

Publikatieblad

van de Europese Gemeenschappen

ISSN 0378-7087

L 153

37e jaargang

18 juni 1994

Uitgave
in de Nederlandse taal

Wetgeving

Inhoud

Europese Economische ruimte

 Toezichhoudende autoriteit van de EVA

- ★ Besluit van de Toezichhoudende Autoriteit van de EVA nr. 3/94/COL van 12 januari 1994 betreffende de vaststelling van tien bekendmakingen en richtsnoeren op het gebied van mededinging 1

2

Besluiten waarvan de titels mager zijn gedrukt, zijn besluiten van dagelijks beheer die in het kader van het landbouwbeleid zijn genomen en die in het algemeen een beperkte geldigheidsduur hebben.

Besluiten, waarvan de titels vet zijn gedrukt en die worden voorafgegaan door een sterretje, zijn alle andere besluiten.

EUROPESE ECONOMISCHE RUIMTE

TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA

BESLUIT VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA

Nr. 3/94/COL

van 12 januari 1994

betreffende de vaststelling van tien bekendmakingen en richtsnoeren op het gebied van mededinging

DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte ⁽¹⁾, inzonderheid op punten 16 tot 25 van bijlage XIV bij deze Overeenkomst,

Gelet op artikel 5, lid 2, onder b), en op artikel 25 van de Overeenkomst tussen de EVA-landen betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie ⁽²⁾,

Overwegende dat, in overeenstemming met artikel 25 van de Overeenkomst betreffende de Toezichthoudende Autoriteit en het Hof, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de bepalingen toepast van de EER-Overeenkomst die verband houden met de tenuitvoerlegging van de voor ondernemingen geldende mededingingsregels en, na de inwerkingtreding van deze Overeenkomst, besluiten neemt die overeenstemmen met die van de Commissie van de EG welke zijn opgenomen in bijlage II bij de Overeenkomst betreffende de Toezichthoudende Autoriteit en het Hof;

Overwegende dat de besluiten ten doel hebben ten behoeve van ondernemingen aan te geven door welke principes en regels de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zich zal laten leiden bij de toepassing van de artikelen 53 tot 60 van de EER-Overeenkomst in specifieke gevallen ten einde een uniforme toepassing van de regels voor mededinging van de EER te verzekeren in de gehele Europese Economische Ruimte,

BESLUIT:

1. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA stelt de bekendmakingen en richtsnoeren vast die hieronder zijn vermeld en als bijlagen I tot X aan dit besluit zijn gehecht.

⁽¹⁾ Hierna de EER-Overeenkomst te noemen.

⁽²⁾ Hierna de Overeenkomst betreffende de Toezichthoudende Autoriteit en het Hof te noemen.

- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende nevenrestricties bij concentraties,
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake verrichtingen met het karakter van een concentratie of samenwerking in de zin van het besluit betreffende de controle op concentraties van ondernemingen zoals bedoeld in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad),
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake de in de punten 2 en 3 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluiten (Verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie) betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op, onderscheidenlijk, groepen alleenverkoopovereenkomsten en groepen exclusieve afnameovereenkomsten,
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA met betrekking tot het in punt 4 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie genoemde besluit betreffende de toepassing van artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen,
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs,
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen,
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende de invoer in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied van goederen uit derde landen waarop de EER-Overeenkomst van toepassing is,

- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst,
- mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst vallen,
- richtsnoeren van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA voor de toepassing van de EER-mededingingsregels in de telecommunicatiesector.

2. Deze bekendmakingen en richtsnoeren zijn authentiek in de Engelse taal en zullen bekend worden gemaakt in het EER-deel van en het EER-supplement bij het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

Gedaan te Brussel, 12 januari 1994.

*Voor de Toezichthoudende Autoriteit
van de EVA*

Knut ALMESTAD

Voorzitter

BIJLAGE I

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA BETREFFENDE NEVENRESTRICTIES BIJ CONCENTRATIES

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Staten ⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie betreffende nevenrestricties bij concentraties, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 16 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 1 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.
- E. Voor de toepassing van de EER-Overeenkomst werd de tekst van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad opgesplitst in materiële regels, die zijn opgenomen in het besluit zoals bedoeld in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 4064/89) en procedureregels, die zijn opgenomen in hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst. Om deze reden komen beide verwijzingen in de hiernavolgende tekst voor.

I. Inleiding

1. In overweging 25 van het besluit betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, zoals bedoeld in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 4064/89) (hierna „het besluit” te noemen), wordt gesteld dat de toepassing van het besluit niet uitgesloten is in gevallen waarin de betrokken ondernemingen restricties aanvaarden die rechtstreeks verband houden met en nodig zijn voor de verwezenlijking van de concentratie, hierna „nevenrestricties” te noemen. In de geest van het besluit moeten dusdanige restricties te zamen met de concentratie zelf beoordeeld worden. Hieruit volgt, zoals wordt bevestigd in artikel 8, lid 2, tweede alinea, laatste zin, van hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst, dat de beschikking waarbij wordt verklaard dat de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt ook deze restricties betreft. In deze hypothese en volgens het bepaalde in artikel 22, leden 1 en 2, van hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst, zijn uitsluitend het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst van toepassing met uitsluiting van hoofdstuk II van

Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst, de in de punten 10 en 11 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluiten (Verordeningen (EEG) nr. 1017/68 en (EEG) nr. 4056/86 van de Raad) en hoofdstukken VI, IX en XI van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst. Er bestaat derhalve geen gevaar voor parallelle procedures bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA waarvan de ene betrekking zou hebben op de controle van de concentratie volgens het besluit en de andere op de toepassing van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst op de nevenrestricties bij deze concentratie.

2. In deze mededeling zet de Toezichthoudende Autoriteit uiteen welke interpretatie zij geeft aan het begrip „restricties die rechtstreeks verband houden met en nodig zijn voor de verwezenlijking van de concentratie”. Deze restricties moeten dus op grond van het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst in relatie tot deze concentratie worden beoordeeld, ongeacht de behandeling van de restricties op grond van de artikelen 53 en 54 van de TAH-Overeenkomst, ingeval zij als zodanig beoordeeld zouden worden in een andere economische context. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA tracht in dit verband, binnen de bij het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst bepaalde grenzen, zoveel mogelijk rekening te houden met de praktijk van het bedrijfsleven en met de voorwaarden die nodig zijn voor de verwezenlijking van de concentratie.

Deze mededeling loopt niet vooruit op een eventuele interpretatie door het EVA-Hof.

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Staten begrepen als die EVA-Staten te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

II. Beoordelingsbeginselen

3. De bedoelde „restricties” zijn die welke tussen partijen bij de concentratie zijn overeengekomen en hun eigen vrijheid van handelen op de markt beperken. Het gaat niet om de restricties ten nadele van derden. Indien dergelijke restricties het onvermijdelijke gevolg zijn van de concentratie, moeten zij met de concentratie worden beoordeeld op grond van artikel 2 van het besluit. Indien deze restricties ten aanzien van derden daarentegen los van de concentratie beschouwd kunnen worden, kunnen zij eventueel onderzocht worden op hun verenigbaarheid met de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst.

4. De „rechtstreeks verband houdende” restricties moeten nevenrestricties zijn bij de totstandkoming van de concentratie, dat wil zeggen restricties van ondergeschikt belang vergeleken met het hoofddoel van de concentratie. Er mag geen sprake zijn van wezenlijke restricties die qua karakter volledig verschillen van de restricties die het gevolg zijn van de concentratie. Het betreft evenmin contractuele bepalingen waarin de concentratie zelf wordt belichaamd, zoals die waarbij een economische eenheid tot stand wordt gebracht tussen partijen die tevoren zelfstandig waren of waarbij de gezamenlijke zeggenschap van twee ondernemingen over een andere onderneming wordt geregeld. Als integrerend deel van de concentraties vormen deze bepalingen het voornaamste onderwerp van de beoordeling uit hoofde van het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst.

Het gaat bij concentraties die geleidelijk in fasen worden verwezenlijkt, ook niet om de contractuele regelingen betreffende de fasen die voorafgaan aan de totstandbrenging van de zeggenschap in de zin van artikel 3, leden 1 en 3, van het besluit, waarvoor de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst van toepassing blijven zolang niet voldaan is aan de in artikel 3 genoemde voorwaarden.

Het begrip „rechtstreeks verband houdende” sluit tevens van toepassing van het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst uit aanvullende beperkingen hierop die geen rechtstreeks verband houden met de concentratie. Het is evenmin voldoende dat de aanvullende regelingen in dezelfde context als de concentratie worden getroffen.

5. Deze restricties moeten tevens „nodig zijn voor de verwezenlijking van de concentratie”, hetgeen betekent dat zonder deze restricties de concentratie niet tot stand zou kunnen komen of slechts tot stand zou komen op een minder hechte grondslag, tegen aanzienlijk hogere kosten, binnen een duidelijk langere termijn of met aanmerkelijk minder kans van slagen. Een en ander moet objectief worden beoordeeld.

6. De vraag of een restrictie voldoet aan deze voorwaarden kan niet in het algemeen worden beantwoord. Meer in het bijzonder met betrekking tot het criterium dat de restrictie noodzakelijk moet zijn, dient niet alleen rekening te worden gehouden met de aard ervan maar tevens dient, onder toepassing van de regel van evenredigheid, te worden nagegaan of de duur en het materiële en geografische toepassingsgebied ervan niet de verwezenlijking van de concentratie. De ondernemingen moeten, als er alternatieve mogelijkheden bestaan om het geoorloofde doel te bereiken, dus die methode kiezen die objectief gezien het minst concurrentiebeperkend is.

De concrete toepassing van deze beginselen moet worden ontwikkeld in de regelgevende praktijk van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA. Het is evenwel mogelijk aan te geven welke standpunten de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA

zal innemen met betrekking tot de meest voorkomende restricties bij de overneming van ondernemingen of delen van ondernemingen bij de verdeling van ondernemingen of hun activa als gevolg van een gezamenlijke verwerving van zeggenschap of bij de oprichting van een gezamenlijke onderneming die een concentratie vormt.

III. Beoordeling van de in geval van ondernemingen gebruikelijke nevenrestricties

A. Concurrentiebedingen

1. Tot de nevenrestricties die beantwoorden aan de criteria van het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst behoren de contractuele concurrentieverboden die aan de verkoper worden opgelegd in het kader van concentraties die plaatsvinden door de overneming van ondernemingen of delen van ondernemingen. Deze verboden dienen de overnemer te waarborgen dat de waarde van de verworven activa ten volle aan hem wordt overgedragen, welke activa in het algemeen zowel lichamenlijk zijn als onlichamelijk, zoals de klantenkring die de verkoper heeft gevormd of de know-how die hij heeft verkregen. Zij houden niet alleen rechtstreeks verband met de concentratie, sterker, zij zijn nodig voor de verwezenlijking daarvan, aangezien redelijkerwijs kan worden verwacht dat de verkoop van de onderneming of van het deel van een onderneming zonder deze restricties niet op bevredigende wijze zou kunnen geschieden. Ten einde ten volle de waarde van de goederen die hem worden afgestaan over te nemen moet de overnemer tot op zekere hoogte beschermd zijn tegen een concurrerend handelen van de verkoper zodat hij in staat is zowel de klanten aan zich te binden als de know-how te assimileren en te benutten. In het algemeen is er geen reden de noodzaak van een dusdanige bescherming te erkennen, wanneer de overdracht feitelijk beperkt is tot lichamenlijke goederen (grond, gebouwen, machines) of tot exclusieve industriële en commerciële eigendomsrechten (de bezitters daarvan kunnen zich onmiddellijk verzetten tegen enigerlei inbreuk van de kant van de gene die deze rechten heeft overgedragen).

Een dusdanig concurrentiebeding is evenwel slechts gewettigd, indien het dienstig is aan het legitieme doel een concentratie te verwezenlijken en de duur, het territoriale toepassingsgebied en de materiële en personele draagwijdte ervan niet verder gaan dan wat redelijkerwijs daartoe nodig kan worden geacht.

2. Voor de aanvaardbare duur van het concurrentieverbod werd een periode van vijf jaar passend geacht ingeval de onderneming ook de klantenkring en de know-how omvat, en een periode van twee jaar indien de overneming uitsluitend de klantenkring omvat. Deze constatering heeft evenwel geen absolute strekking en het is niet uitgesloten dat een verbod van langere duur onder bijzondere omstandigheden aanvaard kan worden. Dit is het geval indien de partijen bij de concentratie kunnen aantonen dat de klantenbinding van langere duur dan twee jaar zal zijn of de te verwachten economische levensduur van de betrokken producten meer dan vijf jaar bedraagt en in aanmerking moet worden genomen.

3. De geografische draagwijdte van het concurrentiebeding moet beperkt worden tot het gebied waarin de overdrager voor de overdracht zijn producten of diensten aanbood. Het is immers objectief niet noodzakelijk de verwerfer te beschermen tegen de concurrentie van de verkoper in gebieden waar deze eerder niet actief was.

4. Op dezelfde wijze moet de materiële draagwijdte van de verbintenis niet te concurreren beperkt worden tot de producten en diensten waarop de economische activiteit van de overgedragen onderneming of het overgedragen deel van een onderneming

betrekking hadden. Met name in gevallen van gedeeltelijke overdracht van activa kan niet worden ingezien waarom de verwerver beschermd zou moeten worden tegen de concurrentie van de verkoper met betrekking tot andere produkten of diensten waarop de activiteiten die door de verkoper na deze overdracht worden voortgezet, betrekking hebben.

5. De verkoper kan zich verbinden voor zichzelf, zijn dochterondernemingen en zijn handelsagenten. Een verplichting om dezelfde verbintenis op te leggen aan derden zou geen nevenrestrictie meer zijn. Deze regel geldt met name voor clausules waardoor wederverkopers of gebruikers in hun invoer- of uitvoermogelijkheden worden beperkt.

6. Een bescherming van de verkoper is gewoonlijk geen nevenrestrictie en moet dus worden onderzocht op grond van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst.

B. Licenties betreffende industriële en commerciële eigendomsrechten en know-how

1. De overdracht van ondernemingen of delen van ondernemingen houdt in het algemeen in dat aan de verwerver met het doel de overgedragen activa ten volle te kunnen benutten industriële en commerciële eigendomsrechten of know-how worden overgedragen. De verkoper kan echter overeenkomen houder van deze rechten te blijven ten einde deze te exploiteren in het kader van andere activiteiten dan die welke werden overgedragen. In deze gevallen is het sluiten van licentieovereenkomsten het middel dat gewoonlijk wordt aangewend om te waarborgen dat de verwerver in het volledige genot van de overgedragen activa wordt gesteld.

2. Voor de transactie is het nodig dat bestaande niet-exclusieve of exclusieve licenties betreffende octrooien, overeenkomstige rechten en know-how worden toegekend en dat verbintenissen om dergelijke licenties toe te kennen worden gesloten.

Deze licenties kunnen beperkt blijven tot bepaalde technische toepassingen, voor zover deze verband houden met de activiteiten van de overgedragen onderneming. Gewoonlijk is het niet nodig dat de licenties territoriale produktiebeperkingen inhouden die verband houden met de plaats waar de overgedragen activa zich bevinden. De licenties kunnen worden verleend voor de wettelijke looptijd van het octrooi of overeenkomstige rechten of de normale economische levensduur van de know-how. Omdat dergelijke licenties economisch gezien neerkomen op een gedeeltelijke overdracht van rechten, behoeft deze overdracht niet naar tijdsduur te worden beperkt.

3. De restricties in de licentieovereenkomsten voor een langere periode vallen in beginsel niet onder het bereik van het besluit. Zij moeten op hun eigen strekking beoordeeld worden op grond van artikel 53, leden 1 en 3 van de EER-Overeenkomst. Zo kunnen ook voor deze clausules, wanneer zij aan de gestelde voorwaarden voldoen, de groepsvrijstellingen van het besluit betreffende octrooilicentieovereenkomsten zoals bedoeld in punt 5 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 2349/84 van de Commissie) of van het besluit betreffende know-how-licentieovereenkomsten zoals bedoeld in punt 9 van bijlage XIV van de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 556/89 van de Commissie) gelden.

4. Dezelfde beginselen moeten naar analogie worden toegepast in geval van licenties betreffende merken, handelsnamen en overeenkomstige rechten. Er kunnen zich immers situaties voordoen waarin de verkoper daarvan de rechthebbende wil blijven voor de uitoefening van activiteiten die hij heeft behouden, terwijl de verkrijger het recht tot gebruik nodig zou kunnen hebben om de produkten waarop de activiteit van de overgeno-

men onderneming of van het overgenomen deel van een onderneming betrekking heeft, te verhandelen.

Het kan in dergelijke omstandigheden noodzakelijk zijn overeenkomsten te sluiten om verwarring tussen de merken te voorkomen.

C. Koop- en leveringsovereenkomsten

1. In vele gevallen kan de overdracht van een onderneming of van een deel van een onderneming inhouden dat de traditionele stromen van interne levering en bevoorrading in het kader van de vroegere bestaande integratie van de activiteiten binnen het economisch geheel van de verkoper worden verbroken. Om onder redelijke omstandigheden de splitsing van het economische geheel van de verkoper en de partiële overdracht van activa aan de overnemer mogelijk te maken is het dikwijls nodig dat, althans voor een overgangperiode, overeenkomstige banden in stand worden gehouden tussen verkoper en koper. Dit doel wordt gewoonlijk bereikt door het sluiten van koop- en leveringsovereenkomsten tussen de verkoper en de koper van de onderneming of het deel van een onderneming. Gezien de bijzondere situatie die voortvloeit uit de splitsing van het economische geheel van de verkoper zijn dergelijke verbintenissen aanvaardbaar ten behoeve van zowel de verkoper als de koper.

2. Het gewettigde doel van deze verbintenissen is ten dele de continuïteit van de bevoorrading van een van beide partijen met de produkten die nodig zijn voor de voortgezette activiteiten (verkoper) of overgenomen activiteiten (koper) te verzekeren; er is derhalve reden voor een overgangperiode de gegrondheid te erkennen van leveringsverbintenissen die tot doel hebbende vroeger binnen het economische geheel van de verkoper geleverde hoeveelheden te waarborgen, dan wel deze naar gelang van de ontwikkeling van de markt aan te passen. Het doel daarvan is voorts de continuïteit van de afzetmogelijkheden van een van beide partijen te verzekeren, zoals deze mogelijkheden vroeger gewaarborgd waren door het behoren tot een economisch geheel. Om dezelfde reden zijn koopverbintenissen betreffende vaste hoeveelheden, eventueel vergezeld gaande van een clause betreffende latere ontwikkelingen, aanvaardbaar.

3. Er lijkt evenwel geen algemene rechtvaardiging te bestaan voor verplichtingen inzake bevoorrading en levering van exclusieve aard. Behoudens bijzondere omstandigheden in verband bij voorbeeld met het ontbreken van een markt of het specifieke karakter van de produkten, is een dergelijke exclusiviteit objectief niet noodzakelijk om een concentratie tot stand te kunnen brengen door de overdracht van een onderneming of een deel van een onderneming.

In ieder geval dient, onder toepassing van het evenredigheidsbeginsel, door de betrokken ondernemingen te worden nagegaan of voor het beoogde doel andere, minder restrictieve, middelen dan exclusiviteit beschikbaar zijn, zoals verbintenissen betreffende vaste hoeveelheden.

4. De aanvaardbare duur van verbintenissen zou beperkt moeten worden tot een periode die niet langer duurt dan nodig is om de banden van afhankelijkheid te vervangen door een zelfstandige positie op de markt. De duur van deze periode dient objectief gemotiveerd te worden.

IV. Beoordeling van nevenrestricties in geval van gezamenlijke verwerving

1. Zoals wordt gesteld in overweging 24 is de toepassing van het besluit niet uitgesloten wanneer twee of meer ondernemingen

overeenkomen om inzonderheid door een openbaar aanbod tot aankoop gezamenlijk de zeggenschap over een of meer andere ondernemingen te verwerven met als doel en gevolg dat eerstgenoemde ondernemingen laatstgenoemde ondernemingen of hun activa onder elkaar verdelen. Dit is een concentratie die in twee achtereenvolgende fasen wordt uitgevoerd: de gezamenlijke strategie is beperkt tot het verwerven van zeggenschap; om een concentratie op te leveren moet de gezamenlijke verwerving worden gevolgd door de duidelijke scheiding van de betrokken ondernemingen of activa.

2. Daartoe kan de verbintenis van de deelnemers aan de gezamenlijke verwerving van een onderneming, om niet afzonderlijk een concurrerend bod op dezelfde onderneming te doen of daarover op een andere wijze de zeggenschap te verwerven, als aanvaardbaar worden beschouwd.

3. De restricties die beperkt zijn tot de tenuitvoerlegging van de verdeling moeten geacht worden rechtstreeks verband te houden met en nodig zijn te zijn voor de verwezenlijking van de concentratie. Dit geldt voor tussen de partijen bij de gezamenlijke verwerving van zeggenschap overeengekomen bepalingen met betrekking tot het onder elkaar verdelen van productie- of verkoopafdelingen, te zamen met de bestaande merken, van de gezamenlijk verworven onderneming of van haar activa. De tenuitvoerlegging van deze verdeling mag in geen geval leiden tot een coördinatie van het toekomstige gedrag van de verwervende ondernemingen.

4. Voor zover een dergelijke verdeling impliceert dat een eerder bestaand economisch geheel wordt gesplitst, moeten als nevenbepalingen worden beschouwd de bepalingen die zijn overeengekomen met het doel de splitsing mogelijk te maken onder redelijke omstandigheden. Er is reden in dit geval voor de overgangperiode naar analogie de beginselen toe te passen die in het voorgaande werden aangegeven met betrekking tot overeenkomsten inzake bevoorrading en levering in geval van overdracht van een onderneming.

V. Beoordeling van de nevenrestricties in geval van de oprichting van gezamenlijke ondernemingen die een concentratie vormt in de zin van artikel 3, lid 2, tweede alinea, van het besluit

In deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de eigen kenmerken van oprichting van een gezamenlijke onderneming die een concentratie betekent. Kenmerkend zijn de oprich-

ting van een zelfstandige economische eenheid die voor langere tijd alle functies van een onderneming vervult en het ontbreken van coördinatie van het concurrentiegedrag tussen de oprichtende ondernemingen of tussen deze ondernemingen en de gezamenlijke onderneming. Deze voorwaarde houdt in beginsel in dat de oprichtende ondernemingen de aan de gezamenlijke onderneming toegewezen markt verlaten en derhalve verdwijnen als feitelijke of potentiële concurrenten van de nieuwe eenheid.

A. *Verbintenissen tot niet concurreren*

Voor zover het voor de oprichtende ondernemingen ten gunste van de gezamenlijke onderneming geldende concurrentieverbod ertoe strekt uitdrukking te geven aan de realiteit dat de oprichtende ondernemingen duurzaam de markt verlaten die is toegewezen aan de gezamenlijke onderneming, dient dit verbod logischerwijze als integrerend onderdeel van de concentratie te worden aangemerkt.

B. *Licenties betreffende industriële en commerciële eigendomsrechten en know-how*

De oprichting van een nieuwe zelfstandige economische eenheid impliceert gewoonlijk dat de technologie die nodig is voor de uitvoering van de taken die aan deze eenheid zijn opgedragen, wordt overgedragen in de vorm van een overdracht van desbetreffende rechten en know-how. In gevallen waarin niettemin de oprichtende ondernemingen overeenkomen de eigendom te behouden, met name om deze rechten op andere gebieden toe te passen, kan de technologie naar de gezamenlijke onderneming worden overgebracht door middel van licenties. Deze licenties kunnen exclusief zijn, zonder dat zij naar duur of territoriaal beperkt moeten zijn, gezien het feit dat zij slechts dienen ter vervanging van de overdracht van de eigendom. Zij moeten derhalve worden beschouwd als noodzakelijk voor de verwezenlijking van de concentratie.

C. *Overeenkomsten van voorziening en levering*

Indien de oprichtende ondernemingen actief blijven op een markt voorafgaand aan of volgend op de markt waarop de gemeenschappelijke onderneming zich beweegt, dienen overeenkomsten van voorziening en levering te worden getoetst aan de beginselen die bij de overneming van ondernemingen worden gehanteerd.

BIJLAGE II

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA INZAKE VERRICHTINGEN MET HET KARAKTER VAN EEN CONCENTRATIE OF SAMENWERKING IN DE ZIN VAN HET BESLUIT BETREFFENDE DE CONTROLE OP CONCENTRATIES VAN ONDERNEMINGEN ZOALS BEDOELD IN PUNT 1 VAN BIJLAGE XIV BIJ DE EER-OVEREENKOMST (VERORDENING (EEG) Nr. 4064/89 VAN DE RAAD

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Staten ⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie inzake verrichtingen met het karakter van een concentratie of samenwerking in de zin van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 17 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 2 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.
- E. Voor de toepassing van de EER-Overeenkomst werd de tekst van Verordening (EEG) nr. 4064/89 opgesplitst in materiële regels, die zijn opgenomen in het besluit zoals bedoeld in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 4064/89) en procedureregels, die zijn opgenomen in hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst. Om deze reden komen beide verwijzingen in de hiernavolgende tekst voor.

I. Inleiding

1. Artikel 3, lid 1, van het besluit zoals bedoeld in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordening (EEG) nr. 4064/89), hierna „het besluit” te noemen, geeft een limitatieve opsomming van feitelijke omstandigheden die als concentraties moeten worden beschouwd. Volgens overweging 23 slaat het begrip concentratie uitsluitend op verrichtingen die een blijvende verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen teweegbrengen.

Daarentegen ziet het besluit niet toe op verrichtingen die tot doel of tot gevolg hebben met mededingingsgedrag van onafhankelijk blijvende ondernemingen te coördineren. Deze gevallen dragen het karakter van samenwerking. Zij moeten mitsdien worden beoordeeld op grond van het bepaalde in de in de punten 10 en 11 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst (Verordeningen (EEG) nr. 1017/68 en (EEG) nr. 4056/86 van de Raad) en de hoofdstukken II, VI, IX of XI van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst genoemde besluiten. Hetzelfde geldt voor een verrichting waarbij zowel sprake is van een blijvende structurele

verandering als van coördinatie van het concurrentiegedrag, indien de twee onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden.

Indien de structurele verandering van de coördinatie van het concurrentiegedrag kan worden losgemaakt, moet het eerste element worden getoetst aan het besluit en hoofdstuk XIII van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst en het tweede, in zoverre het niet op een bijkomende restrictie in de zin van artikel 8, lid 2, tweede alinea, van hoofdstuk XIII van de TAH-Overeenkomst neerkomt, aan de andere in bijlage XIV van de EER-Overeenkomst of in de hoofdstukken van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst tot toepassing van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst vermelde besluiten.

2. Het doel van deze mededeling is dat, terwille van de rechtszekerheid, situaties van concentratie en samenwerking zo duidelijk mogelijk worden gedefinieerd. Dit is met name van belang voor gemeenschappelijke ondernemingen. Dezelfde kwestie doet zich ook voor bij andere vormen van banden tussen ondernemingen, zoals bij voorbeeld eenzijdige of wederzijdse deelneming in het kapitaal en gemeenschappelijk bestuur, alsmede bij bepaalde transacties waarbij meer dan een onderneming betrokken is, zoals bij voorbeeld eenzijdige of wederkerige overdracht van ondernemingen of gedeelten van ondernemingen of de gemeenschappelijke verwerving van een onderneming ten einde deze te verdelen. In al deze gevallen bestaat de mogelijkheid dat verrichtingen niet onder het bereik van het besluit vallen wanneer deze tot doel of tot gevolg hebben het mededingingsgedrag van de betrokken ondernemingen te coördineren.

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Staten begrepen als die EVA-Staten te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

3. In deze mededeling worden de voornaamste overwegingen genoemd op grond waarvan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA haar zienswijze zal vaststellen ten aanzien van de vraag in welke mate deze verrichtingen onder de werkingssfeer van het besluit vallen. Deze mededeling betreft niet de beoordeling van deze verrichtingen, op grond van het besluit of van enige andere hierop toepasselijke bepalingen, inzonderheid de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst.

4. De in deze mededeling neergelegde beginselen zullen worden toegepast en verder worden uitgebouwd in de beslissingspraktijk van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in individuele gevallen. Aangezien de betrokken verrichtingen over het algemeen een ingewikkeld karakter dragen kan met deze mededeling geen definitief antwoord worden gegeven op alle mogelijke situaties.

5. Met deze mededeling wordt niet vooruitgelopen op de interpretatie die het EVA-Hof zou kunnen geven.

II. Gemeenschappelijke ondernemingen in de zin van artikel 3 van het besluit

6. In artikel 3, lid 2, van het besluit is er sprake van twee typen gemeenschappelijke ondernemingen: die welke de coördinatie van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, beogen of tot stand brengen, hierna „gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband” te noemen, en die welke duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen en niet een coördinatie van het concurrentiegedrag tussen de ondernemingen onderling of tussen deze en de gemeenschappelijke onderneming, hierna „GO's met het karakter van een concentratie” te noemen, tot gevolg hebben. Laatstgenoemde zijn concentraties en vallen als zodanig onder de werkingssfeer van het besluit. Gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband moeten worden beoordeeld op grond van de andere in bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst of in de hoofdstukken van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst tot toepassing van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst genoemde besluiten.

A. Het begrip gemeenschappelijke onderneming

7. Voor de definitie van het begrip „gezamenlijke onderneming” („GO”) in de zin van artikel 3, lid 2, moet worden uitgegaan van het bepaalde in artikel 3, lid 1, onder b), van het besluit. Volgens deze bepaling zijn GO's ondernemingen die door verscheidene andere ondernemingen, de moederondernemingen, gezamenlijk worden gecontroleerd. In het besluit vertoont het begrip GO dus verscheidene kenmerken:

a) Onderneming

8. Een GO moet een onderneming zijn. Hieronder moet worden verstaan een georganiseerde vereniging van menselijke en materieel potentieel, ten einde duurzaam een bepaald economisch doel na te streven.

b) Zeggenschap door andere ondernemingen

9. Volgens het besluit staat een GO onder zeggenschap van andere ondernemingen. Volgens artikel 3, lid 3, van het besluit houdt zeggenschap in dat de mogelijkheid bestaat om rechtstreeks of indirect een beslissende invloed uit te oefenen op de werkzaamheden van de GO; of aan deze voorwaarde is voldaan kan slechts worden uitgemaakt aan de hand van alle juridische en feitelijke omstandigheden van een bepaald geval.

10. De zeggenschap over een GO kan zijn gebaseerd op de wet, op een overeenkomst of op andere wijze zijn geregeld, waarbij met name de volgende punten van belang zijn:

- eigendomsrecht of recht van gebruik ten aanzien van alle of bepaalde activa van de GO;
- invloed op de samenstelling, de adviezen, het stemgedrag of de besluiten van het bestuursorgaan of het toezichthoudende orgaan van de GO;
- stemrechten in het bestuursorgaan of het toezichthoudende orgaan van de GO;
- overeenkomsten inzake de zakelijke leiding van de GO.

c) Gezamenlijke zeggenschap

11. Een GO in de zin van het besluit staat onder gezamenlijke zeggenschap. Van een gezamenlijke zeggenschap is sprake wanneer de moederondernemingen gezamenlijk besluiten moeten nemen over de werkzaamheden van de GO, op grond van de in de GO verworven rechten dan wel op grond van overeenkomsten of andere middelen die de zeggenschap instellen. Er kan in gezamenlijke zeggenschap worden voorzien bij de oprichting van de GO (akte van oprichting of statuten). Deze zeggenschap behoeft evenwel niet vanaf het begin te bestaan, doch kan ook later worden ingesteld, inzonderheid door deelneming in een bestaande onderneming.

12. Er is geen sprake van gezamenlijke zeggenschap indien een van de moederondernemingen alléén besluiten kan nemen over de commerciële activiteiten van de GO. Dit is in het algemeen het geval indien zij meer dan de helft van het kapitaal of de activa van de onderneming bezit, het recht heeft meer dan de helft van de leden van het bestuursorgaan of het toezichthoudende orgaan te benoemen, over meer dan de helft van de stemrechten in een van deze organen beschikt dan wel als enige het recht heeft zakelijke leiding te geven aan de onderneming. Indien de andere moederondernemingen ofwel een minderheidsbelang hebben zonder stemrecht of weliswaar een zekere invloed op de onderneming hebben doch niet, alleen of gezamenlijk, de gang van zaken van de onderneming kunnen bepalen, is een relatieve meerderheid van het kapitaal of van de stemmen of plaatsen in de besluitvormende organen voldoende om zeggenschap te hebben over de onderneming.

13. Veelal is de gezamenlijke zeggenschap over de GO gebaseerd op overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen tussen de moederondernemingen. Een meerderheidsaandeelhouder in een GO kent bij voorbeeld dikwijls aan een of meer houders van een minderheidsbelang bij overeenkomst het recht toe medezeggenschap uit te oefenen over de GO. Indien twee ondernemingen elk voor de helft in een GO gerechtigd zijn zullen beide moederondernemingen, zelfs al is tussen hen geen overeenkomst gesloten, verplicht zijn tot permanente samenwerking ten einde wederzijds vetostemmen bij besluiten inzake de werkzaamheid van de GO te voorkomen. Hetzelfde geldt voor GO's met drie of meer moedermaatschappijen die elk het veto-recht bezitten. Een GO kan zelfs worden gecontroleerd door een aanzienlijk aantal ondernemingen die samen over de meerderheid in het kapitaal of de plaatsen of stemmen in de besluitvormende organen van de GO beschikken. In dergelijke gevallen kan echter een gezamenlijke zeggenschap slechts dan worden verondersteld indien de feitelijke en juridische omstandigheden — met name wanneer de economische belangen gelijk gericht zijn — wijzen in de richting van een weloverwogen gemeenschappelijk beleid van de moederondernemingen ten aanzien van de GO.

14. Indien het belang van een onderneming in een andere qua karakter of omvang onvoldoende is om alleen de zeggenschap uit te oefenen en indien geen sprake is van gezamenlijke zeggenschap met derden, kan niet worden gesproken van een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van het besluit. De artikelen 53 of 54 van de EER-Overeenkomst kunnen echter van toepassing zijn krachtens hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst of de in bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst genoemde of in andere hoofdstukken van Protocol 4 van

de TAH-Overeenkomst afgedrukte toepassingsbesluiten (zie titel III, punt I, hierna).

B. Gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie

15. Om te worden geacht het karakter van een concentratie te dragen, moet een gemeenschappelijke onderneming voldoen aan de twee voorwaarden, een positieve en een negatieve, gesteld in artikel 3, lid 2, tweede alinea, van het besluit.

a) **Positieve voorwaarde:** een gezamenlijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult

16. Om aan deze voorwaarde te voldoen moet een GO in de eerste plaats optreden als een zelfstandige leverancier en koper op de markt. GO's die van hun moederondernemingen slechts bepaalde deeltaken overnemen, mogen niet als concentraties worden aangemerkt omdat zij slechts hulpinstrumenten zijn voor de commerciële activiteiten van de moederondernemingen. Dit is het geval indien de GO haar produkten of diensten uitsluitend aan haar moederondernemingen levert of indien in haar behoeften volledig wordt voorzien door de moederondernemingen. De zelfstandige aanwezigheid op de markt kan zelfs onvoldoende zijn indien de GO het merendeel van haar bevoorradings- of verkooptransacties met derde ondernemingen verricht, doch voor de voortzetting en uitbreiding van haar activiteiten wezenlijk afhankelijk blijft van haar moederondernemingen.

17. Een GO bestaat op duurzame basis wanneer het haar bestemming is en zij ertoe in staat is haar activiteiten voor een onbeperkte, althans lange tijd uit te oefenen. Indien dit niet het geval is, is in het algemeen geen sprake van een duurzame verandering in de structuur van de moederondernemingen. Belangrijker dan de door de moederondernemingen overeengekomen tijdsduur is het potentieel aan mensen en middelen van de GO. Dit moet qua karakter en grootte zodanig zijn dat het bestaan en de zelfstandigheid van de GO op langere termijn gewaarborgd is. Dit is in het algemeen het geval wanneer de moederondernemingen belangrijke financiële middelen in de GO investeren, een bestaande onderneming of bedrijf aan haar overdragen of de GO wezenlijke technische of commerciële know-how verlenen zodat zij na een beginperiode op eigen benen kan staan.

18. Een beslissende vraag voor de beoordeling van het zelfstandige karakter van de GO is of zij in staat is haar eigen commerciële beleid te voeren. Hiervoor is nodig dat zij, binnen de grenzen van het vennootschappelijke doel, zelfstandig het beleid bepaalt, besluiten neemt en optreedt. Zij moet met name de vrijheid hebben om haar concurrentiegedrag autonoom te bepalen, in overeenstemming met haar eigen economische belangen. Indien de GO voor haar activiteiten aangewezen is op installaties die economisch deel blijven uitmaken van het bedrijf van de moederondernemingen doet zulks afbreuk aan de zelfstandigheid van de GO.

19. De economische zelfstandigheid van de GO zal niet worden aangevochten om de enige reden dat de moederondernemingen zich het recht voorbehouden bepaalde besluiten te nemen die belangrijk zijn voor de ontwikkeling van de GO, dat wil zeggen besluiten over een wijziging van het doel van de vennootschap, een verhoging of vermindering van het kapitaal of de bestemming van de winst. Indien evenwel de moederondernemingen het commerciële beleid van de GO blijven bepalen, kan deze laatste het karakter krijgen van een instrument dat ten dienste staat van de marktbelangen van de moederondernemingen. Een dergelijke situatie zal zich meestal voordoen, wanneer de GO bedrijvig is op dezelfde markt als de moederondernemingen. Dit kan ook het geval zijn, wanneer de GO enerzijds en de moederondernemin-

gen anderzijds, bedrijvig zijn op aanverwante markten of op markten die successieve schakels in het economische proces vormen.

b) **Negatieve voorwaarde:** geen coördinatie van het concurrentiegedrag

20. Onverminderd hetgeen in punt 1 van deze mededeling is gezegd, kan een GO slechts worden beschouwd als een concentratie in de zin van artikel 3, lid 2, tweede alinea, van het besluit, indien zij niet de coördinatie van het concurrentiegedrag van ondernemingen die ten opzichte van elkaar zelfstandig blijven ten doel of ten gevolge heeft. Een dergelijke coördinatie mag niet bestaan tussen de moederondernemingen onderling en evenmin tussen een of meer van hen en de GO. De coördinatie mag geen doel zijn van de oprichting of de werkzaamheden van de GO, noch mag deze daaruit voortvloeien. De GO moet niet als een concentratie worden beschouwd, indien als gevolg van de overeenkomst tot oprichting van de GO of als gevolg van haar bestaan of haar bedrijvigheid redelijkerwijs te voorzien is dat het concurrentiegedrag van een moederonderneming of van de GO op de relevante markt wordt beïnvloed. Daarentegen zal er normaliter geen sprake zijn van een voorzienbare coördinatie, wanneer alle moederondernemingen zich volledig en definitief uit de markt van de GO terugtrekken en niet bedrijvig zijn op aan de markt van de GO aanverwante markten of op markten die in de bedrijfskolom boven of onder de markt van de GO dienen te worden gesitueerd.

21. Niet elke vorm van samenwerking tussen moederondernemingen met betrekking tot de GO staat eraan in de weg dat de GO als een concentratie wordt beschouwd. Zelfs op een concentratie lijkende GO's zijn voor de moederondernemingen een gewoon middel om gemeenschappelijke of elkaar wederzijds aanvullende belangen na te streven. De oprichting van en de gemeenschappelijke controle over een GO is mitsdien ondenkbaar indien de moederondernemingen het er niet over eens zijn hoe zij die belangen willen nastreven. Een dergelijke belangenovereenstemming is een essentieel kenmerk van de GO, ongeacht haar rechtsvorm.

22. Wat de betrekkingen van de moederondernemingen of een daarvan met de GO betreft, zal in de regel geen risico van coördinatie in de zin van artikel 3, lid 2, bestaan, wanneer de moederondernemingen niet bedrijvig zijn op de markt van de GO, noch op aanverwante of hoger of lager in de bedrijfskolom gesitueerde markten. In andere gevallen zal het risico van coördinatie relatief gering zijn, wanneer de moederondernemingen die door hen uitgeoefende invloed beperken tot de strategische beslissingen van de GO, zoals bij voorbeeld beslissingen betreffende de toekomstige richting van het investeringsbeleid, en wanneer daarbij eerder gelet wordt op hun financiële belangen dan op hun marktgerichte belangen. De samenstelling van het bestuursorgaan en het toezichthoudende orgaan van de GO is in dit verband eveneens van belang. Indien de besluitvormende organen van de GO en van de moederondernemingen uit dezelfde leden bestaan, kan dit een belemmering vormen voor de ontwikkeling van een zelfstandig commercieel beleid van de GO.

23. De scheidslijn tussen een onderlinge afstemming van belangen, inherent aan een GO, en een met het begrip concentratie onverenigbare coördinatie van het concurrentiegedrag kan onmogelijk voor alle denkbare gevallen worden vastgelegd. Beslissend is niet de juridische vorm van de betrekkingen tussen de moederbedrijven onderling en tussen hen en de GO. De directe of indirecte, werkelijke of potentiële gevolgen van de oprichting en het functioneren van de GO voor de marktbetrekkingen zijn van doorslaggevend belang.

24. Bij de beoordeling van de vraag of coördinatie van concurrentiegedrag waarschijnlijk is, is het nuttig enkele van de

verschillende situaties die zich vaak voordoen in ogenschouw te nemen:

- a) GO's die vroegere activiteiten van de moederbedrijven overnemen;
- b) GO's die namens de moederbedrijven nieuwe activiteiten opzetten;
- c) GO's die de markt van de moederbedrijven betreden;
- d) GO's die markten hoger of lager in de bedrijfskolom of aanverwante markten betreden.

- a) GO's die vroegere activiteiten van de moederbedrijven overnemen

25. Het risico van coördinatie zal gewoonlijk niet bestaan wanneer de moederondernemingen bepaalde activiteiten in hun geheel overdragen aan de GO en zich permanent terugtrekken uit de markt van de GO zodat zij niet meer elkaars reële of potentiële concurrenten zijn, noch ten opzicht van de GO. Daarbij moet het begrip potentiële concurrentie realistisch worden benaderd, in overeenstemming met de vaste praktijk van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA⁽¹⁾. Om van een vermoeden van het bestaan van een concurrentieverhouding te kunnen gewagen is het niet alleen vereist dat een of meer van de moedermaatschappijen op elk ogenblik opnieuw de markt van de GO kunnen betreden, maar moet dit ook een realistische optiemogelijkheid en, alle objectieve omstandigheden in aanmerking genomen, een uit commercieel oogpunt te verantwoorden gedragslijn zijn.

26. Wanneer de moederbedrijven hun activiteiten in hun geheel aan de GO overdragen en daarna nog alleen als participatiemaatschappijen optreden, komt dit economisch gezien neer op een volledige fusie.

27. Wanneer de GO slechts enkele van de activiteiten overneemt die de moederbedrijven voorheen zelfstandig ontplooiden, kan deze verrichting eveneens neerkomen op een concentratie. In dit geval mogen de oprichting en het functioneren van de GO er niet toe leiden dat de moederbedrijven hun concurrentiegedrag met betrekking tot andere activiteiten die zij behouden, gaan coördineren. Coördinatie van het concurrentiegedrag tussen alle of sommige moederbedrijven en de GO moet eveneens worden uitgesloten. Dergelijke coördinatie zal zich allicht voordoen wanneer er nauwe economische banden bestaan tussen de gebieden waarop de GO aan de ene kant en de moederbedrijven aan de andere kant werkzaam zijn. Dit is het geval met produktmarkten die zich in de bedrijfskolom boven of beneden de betrokken markt of in verwante markten bevinden.

28. De terugtrekking van de moederbedrijven behoeft niet samen te vallen met de oprichting van de GO. Er kan de moederbedrijven — indien nodig — een korte overgangperiode worden gegund om eventuele startmoeilijkheden van de GO, meer bepaald ten aanzien van knelpunten in de productie of de toelevering, op te lossen. Deze periode mag normaliter niet langer zijn dan een jaar.

29. Zelfs wanneer de moederbedrijven hun activiteit op de produkten- of dienstenmarkt van de GO blijvend in stand houden, kan de oprichting van een GO een als concentratie te beschouwen situatie opleveren. In dit geval moet de geografische markt van de moederbedrijven echter verschillen van die van de GO. Daarenboven moeten de betrokken markten zo ver van elkaar verwijderd zijn of dermate verschillende structuren verto-

nen dat, gelet op de aard van de betrokken goederen of diensten en op de kosten van het (voor het eerst of opnieuw) betreden van de markt van de een door de ander, interactie in concurrentieopzicht kan worden uitgesloten.

30. Indien de markten van de moederbedrijven en van de GO zich in verschillende delen van het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied bevinden of in naburige derde landen, is er een bepaalde mogelijkheid dat een van beide, voor zover de nodige menselijke en materiële middelen voorhanden zijn, zijn activiteiten ooit zal uitbreiden van de ene markt tot de andere. Wanneer de gebieden aan elkaar grenzen of zeer dicht bij elkaar liggen, mag zelfs worden aangenomen dat dit al het geval is. Zeker in dit laatste geval laat de feitelijke verdeling van de markten veronderstellen dat deze het gevolg is van een coördinatie van het concurrentiegedrag tussen de moederbedrijven en de GO.

- b) GO's die namens de moederbedrijven nieuwe activiteiten opzetten

31. Er bestaat doorgaans geen gevaar voor coördinatie in de hiervoor omschreven zin wanneer de GO werkzaam is op een produkten- of dienstenmarkt die de moederbedrijven afzonderlijk niet hebben betreden en in de nabij toekomst ook niet zullen betreden omdat zij daartoe niet over de organisatorische, technische of financiële middelen beschikken of omdat een dergelijke stap, gelet op alle objectieve omstandigheden, commercieel niet verantwoord zou zijn. Voorts is het eveneens weinig waarschijnlijk dat de moederbedrijven individueel de markt zullen betreden wanneer zij na de oprichting van de GO niet meer over de nodige middelen beschikken om nieuwe investeringen te doen in dezelfde sector of wanneer een bijkomende individuele activiteit op de markt van de GO commercieel zinloos zou zijn. In beide gevallen is er geen concurrentieverhouding tussen de moederbedrijven en de GO. Bijgevolg kan er geen sprake zijn van coördinatie van hun concurrentiegedrag. Dit oordeel geldt echter slechts voor zover de markt van de GO zich in de bedrijfskolom noch boven noch beneden die van de moederbedrijven bevindt en evenmin een daaraan aanpalende markt vormt.

32. De oprichting van een GO met het oog op het ontplooiën van de activiteiten op dezelfde produkten- of dienstenmarkt als de moederbedrijven, maar op een andere geografische markt, brengt het risico van coördinatie mede indien er uit concurrentieopzicht interactie bestaat tussen de geografische markt van de moederbedrijven en die van de GO.

- c) GO's die de markt van de moederbedrijven betreden

33. Wanneer de moederbedrijven, of een ervan, actief blijven op de markt van de GO of potentiële concurrenten van de GO blijven, moet een coördinatie van het concurrentiegedrag tussen de moederbedrijven onderling of tussen hen en de GO worden vermoed. Zolang dit vermoeden niet wordt weerlegd, gaat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA ervan uit dat de oprichting van de GO niet onder artikel 3, lid 2, tweede alinea, van het besluit valt.

- d) GO's die werkzaam zijn op markten hoger of lager in de bedrijfskolom of op aanverwante markten

34. Indien de GO werkzaam is op een markt die zich in de bedrijfskolom boven of beneden die van de moederbedrijven bevindt, is het over het algemeen waarschijnlijk dat een coördi-

⁽¹⁾ Zie het dertiende verslag van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (1983) over het mededingingsbeleid, punt 55.

natie van het aankoop- of, naar gelang het geval, het verkoopbeleid van de moederbedrijven optreedt.

35. Indien de moederbedrijven geen concurrenten zijn, dient alsnog te worden nagegaan of een reëel risico van coördinatie van het concurrentiegedrag tussen de GO en een of meer van de moederbedrijven bestaat. Dit zal gewoonlijk het geval zijn wanneer de aan- of verkopen van de GO in aanzienlijke mate bij de moederbedrijven geschieden.

36. Het is niet mogelijk algemene beginselen op te stellen met betrekking tot de waarschijnlijkheidsgraad van coördinatie van het concurrentiegedrag in gevallen waarin de moederbedrijven en de GO werkzaam zijn op aanverwante markten. De beoordeling zal met name afhangen van de vraag of er tussen de produkten van de GO en van de moederbedrijven in technisch of economisch opzicht een verband bestaat, of zij allebei componenten van een ander produkt zijn of op andere wijze elkaar aanvullen, en of het voor de moederbedrijven realistisch zou zijn de markt van de GO te betreden. Indien een dergelijke interactie uit concurrentieoogpunt niet tot de concrete mogelijkheden behoort, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de GO behandelen als hebbende het karakter van een concentratie.

III. Andere banden tussen ondernemingen

A. Minderheidsbelang

37. Het nemen van een minderheidsparticipatie in een onderneming kan worden beschouwd als een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van het besluit indien de nieuwe aandeelhouder de middelen verwerft om een bepalende invloed uit te oefenen op de werkzaamheden van de onderneming. Indien de verwerving van een minderheidsbelang leidt tot een situatie waarin een onderneming door twee of meer andere ondernemingen gezamenlijk wordt gecontroleerd zijn de hierboven genoemde beginselen ten aanzien van de GO van toepassing.

38. Zolang de drempel van de, individuele of gezamenlijke, bepalende invloed niet is bereikt, is het besluit in geen geval van toepassing. Een beoordeling van de situatie uit het oogpunt van het mededingingsrecht zal derhalve uitsluitend gebaseerd zijn op de in de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst neergelegde criteria en op de gangbare procedurevoorschriften inzake concurrentie beperkende praktijken en misbruik van machtspositie⁽¹⁾.

39. Er kan eveneens een risico van coördinatie zijn indien een onderneming een meerderheids- of minderheidsbelang verwerft in een andere onderneming waarin een concurrent reeds een minderheidsbelang bezit. In dit geval zal de verwerving van dit belang op basis van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst worden beoordeeld.

B. Wederzijdse participaties

40. Om hun autonome en tot dusver gescheiden ondernemingen of concerns dichter bij elkaar te brengen, laten de eigenaars de vennootschappen vaak een participatie nemen in elkaars kapitaal. Dergelijke wederzijdse deelnemingen kunnen bijdragen tot de totstandbrenging of de versteviging van de industriële of commerciële samenwerking tussen ondernemingen of concerns. Zij kunnen er evenwel ook toe leiden om een „enkele economische eenheid” op te richten. In het eerste geval overheerst de coördinatie van het concurrentiegedrag tussen onafhankelijke

ondernemingen; in het tweede geval kan het resultaat een concentratie zijn. Wederzijdse participaties en uitwisseling van bestuurders kunnen derhalve slechts van geval tot geval worden beoordeeld, gelet op de voorzienbare gevolgen.

41. Naar het inzicht van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA kunnen twee of meer ondernemingen ook een combinatie aangaan zonder dat een relatie moedermaatschappij/dochter-onderneming ontstaat en zonder dat een van beide haar rechts-persoonlijkheid verliest. Artikel 3, lid 1, van het besluit betreft niet alleen juridische, maar ook economische concentraties. De voorwaarde voor de erkenning van een concentratie in de vorm van de oprichting van een combinatie is echter dat de betrokken ondernemingen of concerns niet alleen onder één enkel, permanent economisch bestuur vallen, maar ook worden samengesmolten tot een echte economische eenheid, die intern wordt gekenmerkt door het compenseren van winsten en verliezen tussen de diverse ondernemingen binnen de concerns en extern door een gezamenlijke aansprakelijkheid.

C. Vertegenwoordiging in de leidinggevende organen van andere ondernemingen

42. Het feit dat verschillende ondernemingen gemeenschappelijke leden hebben in hun raden van bestuur of van toezicht, moet op grond van hetzelfde beginsel worden beoordeeld als wederzijdse participatie. Het kan eveneens een aanwijzing zijn voor een concentratie.

43. De vertegenwoordiging van een onderneming in de beleidsorganen van een andere onderneming is meestal het gevolg van een bestaande participatie. De invloed van de investerende onderneming op de activiteiten van de onderneming waarin zij een participatie heeft, wordt erdoor versterkt doordat zij de gelegenheid krijgt gegevens te krijgen over de activiteiten van een concurrent of actief deel te nemen aan de commerciële besluitvorming.

44. De aanwezigheid van gemeenschappelijke leden in de respectieve raden kan aldus zowel een middel zijn om te komen tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de betrokken ondernemingen als om een concentratie van ondernemingen in de zin van het besluit tot stand te brengen. Dit zal afhangen van de omstandigheden van het individuele geval, waarbij het economische verband tussen het bestaan van de participatie en de persoonlijke banden steeds moet worden onderzocht. Dit geldt zowel voor eenzijdige als voor wederzijdse betrekkingen tussen ondernemingen.

45. Persoonlijke banden tussen ondernemingen, die niet gepaard gaan met participaties, moeten worden beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria als betrekkingen tussen ondernemingen, die op deelnemingen berusten. Een meerderheid in de raad van bestuur of van toezicht van een onderneming betekent normaal gezien dat men zeggenschap heeft over deze onderneming; een minderheidsvertegenwoordiging in die raden verleent op zijn minst een zekere invloed op het commerciële beleid, hetgeen vervolgens tot een coördinatie van het concurrentiegedrag kan leiden. Wederzijdse banden wettigen het vermoeden dat de betrokken ondernemingen hun bedrijfsvoering coördineren. Een zeer groot aantal gemeenschappelijke leden in de respectieve beleidsorganen — dat wil zeggen de helft of meer van het aantal leden — kan een aanwijzing zijn voor een concentratie.

D. Overdracht van ondernemingen of delen van ondernemingen

46. Een overdracht van activa of aandelen valt overeenkomstig artikel 3, lid 1, onder b), van het besluit onder de definitie van een concentratie indien het gevolg ervan is dat de verwerper

⁽¹⁾ Er wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4566 en met name blz. 4577.

geheel of gedeeltelijk zeggenschap verkrijgt over een of meer ondernemingen. De zaken liggen evenwel anders wanneer de overdracht die de controle verschaft over een deel van een onderneming gepaard gaat met een overeenkomst tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de betrokken ondernemingen of wanneer deze overdracht noodzakelijk leidt tot of vergezeld gaat van coördinatie van de bedrijfsvoering van ondernemingen die op dezelfde markt onafhankelijk blijven. Op dergelijke gevallen is het besluit niet van toepassing; zij moeten worden onderzocht in het licht van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst en van de ter zake dienende uitvoeringsbesluiten.

47. Voor de praktische toepassing van deze regel moet een onderscheid worden gemaakt tussen eenzijdige en wederzijdse regelingen. Een eenzijdige verwerving van vermogensbestanddelen of aandelen doet een sterk vermoeden rijzen dat het besluit van toepassing is. Het tegendeel moet worden aangetoond met overtuigend bewijs dat coördinatie van het concurrentiegedrag van de betrokken partijen waarschijnlijk is. Een verwerving van elkaars vermogensbestanddelen of aandelen daarentegen zal meestal voortvloeien uit een overeenkomst tussen de betrokken ondernemingen met betrekking tot hun investeringen, productie of verkoop en is er derhalve op gericht hun concurrentiegedrag te coördineren. Er kan geen sprake zijn van een concentratie

wanneer wederzijdse overdracht van vermogensbestanddelen of aandelen deel uitmaakt van een specialisatie- of herstructureringsovereenkomst of een andere soort coördinatie. Coördinatie veronderstelt in ieder geval dat de partijen althans elkaars potentiële concurrenten blijven nadat de uitwisseling heeft plaatsgehad.

E. Gezamenlijke verwerving van een onderneming met het oog op de verdeling ervan

48. Wanneer meerdere ondernemingen samen een andere onderneming verwerven, zijn de beginselen inzake de beoordeling van een gemeenschappelijke onderneming van toepassing, mits in het overnameproces de periode van gezamenlijke zeggenschap niet tot de zeer korte termijn beperkt blijft. In ieder geval is het besluit wel of niet van toepassing, afhankelijk van de vraag of de GO het karakter van concentratie of coöperatie draagt. Indien daarentegen het onderwerp van de overeenkomst alleen de verdeling van de vermogensbestanddelen van de onderneming is en de overeenkomst onmiddellijk na de verwerving wordt uitgevoerd is het besluit van toepassing, overeenkomst overweging 24.

BIJLAGE III

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA INZAKE DE IN DE PUNTEN 2 EN 3 VAN BIJLAGE XIV BIJ DE EER-OVEREENKOMST BEDOELDE BESLUITEN (VERORDENINGEN (EEG) Nr. 1983/83 EN (EEG) Nr. 1984/83 VAN DE COMMISSIE) BETREFFENDE DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 53, LID 3, VAN DE EER-OVEREENKOMST OP, ONDERSCHIEDENLIJK, GROEPEN ALLEENVERKOOPOVEREENKOMSTEN EN GROEPEN EXCLUSIEVE AFNAMEOVEREENKOMSTEN

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Staten⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie inzake de Verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 83, lid 3, van het EEG-Verdrag op, onderscheidenlijk, groepen alleenverkoopovereenkomsten en groepen exclusieve afnameovereenkomsten, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 18 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 3 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.

I. Inleiding

1. Enige toelichting is gewenst inzake de in de punten 2 en 3 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluiten (Verordeningen (EEG) nr. 1983/83 en (EEG) nr. 1984/83, hierna „Verordening nr. 1983/83” en „Verordening nr. 1984/83” genoemd). Daarmee wordt beoogd het voor het bedrijfsleven eenvoudiger te maken om de voor contracten gevolgde praktijk op de gewijzigde rechtstoestand af te stemmen en tevens een bijdrage te leveren tot een in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied uniforme toepassing van die besluiten.

2. Bij de toepassing van die besluiten moet niet alleen met de bewoordingen en de zin ervan, maar ook met het daarmee beoogde doel rekening worden gehouden, zoals dat uit de overwegingen in de besluiten zelf naar voren komt. Als verder hulpmiddel bij de interpretatie kunnen ook de rechtsbeginselen in aanmerking worden genomen, zoals die door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en in de beschikkingenpraktijk van de EG-Commissie nopens individuele gevallen zijn ontwikkeld.

3. Hieronder geeft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA aan wat de voornaamste criteria zijn waarnaar zij beoor-

deelt of een alleenverkoop- of een exclusieve afnameovereenkomst onder de generieke vrijstelling valt. Met deze mededeling wordt niet voortuitgelopen op de rechtsopvatting van andere bevoegde autoriteiten en in het bijzonder van de nationale rechters en het EVA-Hof.

II. Alleenverkoop- en exclusieve afnameovereenkomsten (Verordeningen nr. 1983/83 en nr. 1984/83)

A. Punten van overeenkomsten en verschillen

4. Bovengenoemde besluiten hebben betrekking op exclusieve overeenkomsten tussen twee ondernemingen, die met het oog op de wederverkoop van produkten worden gesloten. Zij bestrijken elk een bepaald type van deze overeenkomsten: Verordening nr. 1983/83 geldt voor alleenverkoopovereenkomsten, Verordening nr. 1984/83 voor exclusieve afnameovereenkomsten. Alleenverkoopovereenkomsten worden daardoor gekenmerkt, dat de ene contractpartij, de leverancier, de andere contractpartij, de wederverkoper, een afgebakend contractgebied toewijst, waarop deze zijn afzetinspanningen moet concentreren; zijnerzijds moet de leverancier zich ertoe verplichten binnen dat gebied geen andere wederverkopers met contractprodukten te bevoorraden. In exclusieve afnameovereenkomsten verbindt de wederverkoper zich ertoe bij geen andere leverancier dan bij zijn wederpartij contractprodukten te betrekken. Deze heeft het recht om binnen hetzelfde afzetgebied en in dezelfde distributiefase verscheidene wederverkopers te bevoorraden. In tegenstelling tot de alleenverkoper geniet de tot exclusieve afname verplichte wederverkoper geen bescherming tegen de concurrentie van andere wederverko-

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Staten begrepen als die EVA-Staten te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

pers, die de contractproducten, evenals hijzelf, rechtstreeks van de leverancier verkrijgen. Daarentegen staat dat hij voor zijn verkoopspanningen niet aan territoriale beperkingen is gebonden.

5. Gegeven dit gemeenschappelijk uitgangspunt, bevatten bovengenoemde besluiten identieke of gelijkaardige bepalingen. Dit geldt voor de beginselbepaling van artikel 1, waar met de exclusieve bevoorradings-, onderscheidenlijk de exclusieve afnameplicht het respectieve voorwerp van de generieke vrijstelling wordt omschreven, voor de limitatieve lijst van concurrentiebeperkingen, die naast de exclusieve leverings-, onderscheidenlijk de exclusieve afnameplicht kunnen worden overeengekomen (artikel 2, leden 1 en 2), voor de indicatief bedoelde opsomming van verplichtingen die geen beletsel voor de generieke vrijstelling vormen (artikel 2, lid 3), voor de principiële niet-toepasselijkheid van de generieke vrijstelling op exclusieve overeenkomsten tussen concurrerende fabrikanten (artikel 3, onder a) en b), artikel 4 en artikel 5), voor de intrekking van de generieke vrijstelling in individuele gevallen (artikel 6 van Verordening nr. 1983/83, artikel 14 van Verordening nr. 1984/83), en het begrepen zijn van onderling afgestemde feitelijke gedragingen onder het toepassingsgebied van de besluiten (artikel 9 van Verordening nr. 1983/83; artikel 18 van Verordeningen nr. 1984/83). Deze bepalingen moeten, voor zover de bewoordingen waarin zij gesteld zijn het toelaten, in dezelfde zin worden geïnterpreteerd.

6. Onderling verschillende regelingen vindt men in de beide besluiten telkens daar waar met de eigen aard van de alleenverkoop- onderscheidenlijk exclusieve afnameovereenkomst, rekening moet worden gehouden. Dit is met name het geval bij de bepalingen inzake, enerzijds, de verplichting van de alleenverkoper om buiten zijn contractgebied geen actieve verkooppolitiek te bedrijven (artikel 2, lid 2, onder c), van Verordening nr. 1983/83 en de niet-toepasselijkheid van de generieke vrijstelling op overeenkomsten die de alleenverkoper een absolute gebiedsbescherming verschaffen (artikel 3, onder c) en d), van Verordening nr. 1983/83) alsmede inzake, anderzijds, de beperking van de generieke vrijstelling bij exclusieve afnameovereenkomsten in het algemeen (artikel 3, onder c) en d), van Verordening nr. 1984/83) en bij bierleverings- en tankstationcontracten in het bijzonder (titel II en III van Verordening (nr. 1984/83).

7. Het toepassingsgebied van de beide besluiten is zodanig omschreven dat overlapping uitgesloten is (artikel 16 van Verordening nr. 1984/83).

B. Beginselbepaling (artikel 1)

8. Onder de beide besluiten vallen slechts overeenkomsten die worden gesloten met het oog op de wederverkoop van produkten, waarbij niet meer dan twee ondernemingen partij zijn.

a) „Met het oog op de wederverkoop”

9. Essentieel voor het begrip wederverkoop is dat de betrokken produkten door de afnemende contractpartij onder bezwarende titel aan derden worden vervreemd. Overeenkomsten inzake de levering of de afname van produkten welke de afnemende contractpartij tot andere produkten verwerkt of bewerkt of welke hij bij de fabricage van andere produkten gebruikt of verbruikt, zijn niet met het oog op wederverkoop ervan gesloten. Hetzelfde geldt voor de levering van onderdelen die met andere delen tot een nieuw produkt worden samengesteld. Wel is een vereiste dat de door de wederverkoop in de handel gebrachte produkten overeenstemmen met die welke de wederpartij hem tot dat doel heeft geleverd. Aan deze economische identiteit doet niet af dat de wederverkoper de hem geleverde produkten eerst nog uit- of ompakt, bottelt of overtapt.

10. Wanneer de wederverkoper bijkomende verrichtingen uitvoert om kwaliteit, houdbaarheid, uiterlijk of smaak van de produkten te verbeteren (bij voorbeeld roestwerende behandeling van metalen, sterilisatie van levensmiddelen, toevoeging van kleur- of aromastoffen aan geneesmiddelen), gaat het om de aanvang van de door de bewerking of behandeling van de produkten verkregen waardevermeerdering. Een slechts geringe toegevoegde waarde belet niet de betrokken produkten als economisch identiek te beschouwen. Waar in concrete gevallen nu precies de grens moet worden getrokken moet met name aan de hand van de handelsgebruiken worden uitgemaakt. Overeenkomsten die de wederverkoper verplichten een concentraat dat hem door de wederpartij is geleverd, met water, zuivere alcohol of andere vloeistoffen tot een drank te vermengen, worden door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA volgens deze zelfde criteria beoordeeld.

b) „Van produkten”

11. Exclusieve overeenkomsten die niet op de wederverkoop van produkten maar op dienstverrichting betrekking hebben, vallen niet onder het toepassingsgebied van de besluiten. Levert de wederverkoper in samenhang met de wederverkoop klantenservice, dan vormt dat nog geen beletsel voor generieke vrijstelling.

De grenzen van de toepasselijkheid van de besluiten worden echter overschreden, wanneer voor de verrichte dienst meer dan voor het produkt moet worden betaald.

12. De gebruiksverschaffing onder bezwarende titel staat economisch dichter bij de wederverkoop van produkten dan bij de verrichting van diensten. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA gaat er derhalve van uit dat exclusieve overeenkomsten die de afnemende contractpartij verplichten de hem geleverde produkten aan derden te verhuren of op grond van een leasing ter beschikking te stellen, evenzeer onder de besluiten vallen.

c) „Slechts twee ondernemingen mogen partij zijn”

13. Voorwaarde voor een generieke vrijstelling is dat bij de alleenverkoop-, onderscheidenlijk exclusieve afnameovereenkomst, slechts één leverancier en één wederverkoper partij zijn. Verscheidene ondernemingen die een economische eenheid vormen, moeten als één enkele onderneming worden aangemerkt.

14. De beperking van het aantal deelnemende ondernemingen geldt slechts voor de afzonderlijke overeenkomst. De leverancier ziet zich de generieke vrijstelling niet ontgaan alleen omdat hij met betrekking tot dezelfde produkten alleenverkoop- of exclusieve afnameovereenkomsten met verscheidene wederverkopers sluit.

15. De leverancier kan zich om aan zijn contractuele plichten te voldoen van een met hem verbonden of een van hem onafhankelijke onderneming bedienen, welke hij met de afzet van zijn produkten heeft belast, zodat de wederverkoper de contractproducten bij de laatstgenoemde onderneming moet betrekken. Deze regel wordt echter alleen in Verordening nr. 1984/83 (artikelen 1, 6 en 10) uitdrukkelijk genoemd, omdat het element van de gebruikmaking van een tussenschakel vooral in verband met exclusieve afnameovereenkomsten een rol speelt, maar geldt ook voor alleenverkoopovereenkomsten in de zin van Verordening nr. 1983/83.

16. De medewerking van andere dan de contracterende ondernemingen moet tot uitvoering van de leverantie beperkt blijven. Exclusieve bevoorradings- of exclusieve afnameplichten mogen alleen aan de betrokken contractpartij en niet aan derden worden opgelegd, omdat anders meer dan twee ondernemingen aan de overeenkomsten zouden deelnemen. De verplichting van

de contractpartijen, ervoor te zorgen dat de verplichtingen welke zij op zich hebben genomen, ook door de met hen verbonden ondernemingen worden nageleefd, valt wel onder de generieke vrijstelling.

C. Eveneens onder de vrijstelling vallende concurrentiebeperkingen (artikel 2, leden 1 en 2)

17. Naast de in artikel 1 omschreven verplichting tot exclusieve levering (Verordening nr. 1983/83) of tot exclusieve afname (Verordening nr. 1984/83) die voor de toepassing van de generieke vrijstelling onontbeerlijk is, mogen de contractpartijen alleen de in artikel 2, leden 1 en 2, genoemde concurrentiebeperkingen overeenkomen. Nemen zij nog andere concurrentiebeperkende verplichtingen op zich, dan valt de overeenkomst in haar geheel niet meer onder de generieke vrijstelling en is een individuele vrijstelling noodzakelijk. Men gaat het raam van de besluiten met name te buiten wanneer de contractpartijen afstand doen van de mogelijkheid om onder eigen verantwoordelijkheid prijzen en contractvoorwaarden vast te stellen of zich verplichten grensoverschrijdende leveranties, die volgens de voorschriften van de besluiten niet mogen worden belemmerd, achterwege te laten of zelfs te verhinderen. In principe ontoelaatbaar zijn volgens deze voorschriften ook contractclausules die de wederverkoper in diens vrije keuze van klanten belemmeren.

18. De door de besluiten vrijgestelde concurrentiebeperkende verplichtingen mogen slechts voor de duur van het contract worden overeengekomen. Dit geldt ook voor de concurrentieverboden die de leverancier of de wederverkoper worden opgelegd.

D. Verplichtingen van de wederverkoper die geen beletsel voor generieke vrijstelling vormen (artikel 2, lid 3)

19. De in deze bepaling bij wijze van voorbeeld opgesomde verplichtingen leveren in het algemeen geen concurrentiebeperking op. Het staat de ondernemingen derhalve vrij alle, een aantal, of maar één enkele van deze clausules in hun overeenkomsten op te nemen. De genoemde verplichtingen mogen echter niet zodanig worden geformuleerd of toegepast dat zij het karakter van ongeoorloofde concurrentiebeperkingen krijgen. Om die kans te voorkomen, worden in artikel 2, lid 3, onder b), van Verordening nr. 1984/83 uitdrukkelijke verplichtingen tot de afname van minimumhoeveelheden slechts toegestaan voor producten ten aanzien waarvan een exclusieve afnameplicht is overeengekomen.

20. In het raam van de verplichting om afzetbevorderende maatregelen te nemen, met name een verkoopapparaat te onderhouden (artikel 2, lid 3, onder c), van Verordening nr. 1983/83 en artikel 2, lid 3, onder d), van Verordening nr. 1984/83 kan de wederverkoper worden verplicht geen contractproducten aan niet geschikte handelaren te leveren. Tegen dergelijke contractclausules is geen bezwaar wanneer de toelating tot het verkoopapparaat maar geschiedt op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard, die de vakkundigheid van de eigenaar van de zaak of van zijn personeel of de inrichting van diens bedrijfsruimten betreffen, en die criteria uniform voor alle in aanmerking komende handelaren gelden en werkelijk op niet-discriminerende wijze worden toegepast. Distributiestelsels die aan deze voorwaarden niet voldoen, vallen niet onder de generieke vrijstelling.

E. Niet-toepasselijk van de generieke vrijstelling op exclusieve overeenkomsten tussen concurrerende fabrikanten (artikel 3, onder a) en b), artikelen 4 en 5)

21. De generieke vrijstelling geldt niet, wanneer de contractpartijen zelf of de met hen verbonden ondernemingen fabrikant zijn, zij bovendien producten voortbrengen die tot dezelfde productenmarkt behoren en wanneer zij ten slotte juist met

betrekking tot die producten onderlinge alleenverkoop- of exclusieve afnameovereenkomsten sluiten. Tot dezelfde productenmarkt behoren identieke en gelijksoortige producten. De betrokken producten moeten onderling verwisselbaar zijn, maar of dat zo is, moet vanuit het gezichtspunt van de consument worden beoordeeld, waarbij in principe de eigenschappen van de producten, de prijs ervan en het doel waarvoor zij bestemd zijn, te zamen worden beschouwd. In concreto kunnen echter producten louter op grond van hun eigenschappen, hun prijs of het doel waarvoor zij bestemd zijn een specifieke markt opleveren. Dit geldt vooral wanneer voor de producten een voorkeur bij de consument is ontstaan. De toepasselijkheid van de bovengenoemde bepalingen is niet afhankelijk van de vraag of de contractpartijen of de met hen verbonden ondernemingen hun zetel in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied hebben dan wel of de betrokken producten binnen of buiten dit gebied reeds met elkaar in concurrentie staan.

22. In principe moeten zowel wederkerige als niet-wederkerige exclusieve overeenkomsten tussen concurrerende fabrikanten in een individuele procedure op hun verenigbaarheid met artikel 53 van de EER-Overeenkomst worden getoetst, maar niet-wederkerige overeenkomsten van de hiervoor beschreven aard vallen weer wel onder de generieke vrijstelling, wanneer hetzij beide contractpartijen, hetzij een van hen, ondernemingen zijn met een totale jaaromzet van niet meer dan 100 miljoen ecu⁽¹⁾ (artikel 3, onder b)). De jaaromzet wordt gebruikt als middel om de economische betekenis van de betrokken ondernemingen te meten. Daarom moeten niet slechts de met contractproducten, maar de met allerhande producten of diensten behaalde omzetten bij elkaar worden opgeteld. Met omzetbelasting en andere heffingen over de omzet wordt geen rekening gehouden. Bepalend is de wereldomzet van het concern waartoe de contractpartij behoort. Omzetten binnen het concern worden niet meegeteld (artikel 5, lid 3).

23. De bovengrens van 100 miljoen ecu voor de totale omzet kan binnen twee opeenvolgende boekjaren met ten hoogste 10% worden overschreden, zonder dat de betrokken ondernemingen daarmee niet meer voor toepassing van de besluiten in aanmerking komen. De generieke vrijstelling neemt een einde bij de afsluiting van het tweede boekjaar, wanneer de totale omzet gedurende die twee voorbije jaren meer dan 220 miljoen ecu heeft bedragen (artikel 5, lid 2).

F. Intrekking van de generieke vrijstelling in individuele gevallen (artikel 6 van Verordening nr. 1983/83 en artikel 14 van Verordening nr. 1984/83)

24. Het genot van de generieke vrijstelling kan slechts bij individuele beschikking volgens een procedure op grond van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst worden ontnomen. Aan die beschikking kan geen terugwerkende kracht worden verleend. Daarin kan een individuele vrijstelling met voorwaarden en verplichtingen worden opgenomen en in het uiterste geval kan daarin ook een inbreuk worden vastgesteld en worden gelast daaraan een einde te maken.

G. (Geen tekst)⁽²⁾

25. (Geen tekst)⁽³⁾

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt onder „ecu” verstaan de in Verordening (EEG) nr. 3180/78 van de Raad gedefinieerde Europese monetaire eenheid. De waarde van de ecu wordt dagelijks in de C-reeks van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekendgemaakt.

⁽²⁾ Punt 7 bevat geen tekst daar het in de overeenkomstige EG-mededelingen betrekking heeft op artikel 7 van Verordening nr. 1983/83 en artikel 15 van Verordening nr. 1984/83, die, zoals vermeld in bijlage XIV van de EER-Overeenkomst, niet van toepassing zijn.

⁽³⁾ Zie voetnoot 1.

H. *Onderling afgestemde feitelijke gedragingen (artikel 9 van Verordening nr. 1983/83 en artikel 18 van Verordening nr. 1984/83)*

26. Deze bepalingen hebben ten doel ook exclusieve leverings- en afnameregelingen die niet op rechtens bindende wijze zijn overeengekomen, maar toch door de betrokken ondernemingen in de praktijk worden gebracht, onder het toepassingsgebied van bovengenoemde besluiten te begrijpen.

III. *Alleenverkoopovereenkomsten (Verordening nr. 1983/83)*

A. *Exclusieve bevoorradingsplicht (artikel 1)*

27. De exclusieve bevoorradingsplicht sluit niet het recht van de leverancier uit om de contractproducten aan andere wederverkopers te verstrekken, die deze daarop in het contractgebied van de alleenverkoper aan de man brengen. Het maakt daarbij geen verschil of deze tussenhandelaren binnen of buiten het contractgebied zijn gevestigd. De leverancier schendt zijn verplichting tot exclusieve bevoorrading van de alleenverkoper niet, wanneer hij andere wederverkopers die de contractproducten in het contractgebied willen afzetten slechts op aanvraag bevoorraadt en de levering van de producten buiten dit gebied plaatsvindt. Het is van geen belang of de wederverkoper de producten daar zelf of via een tussenpersoon, bij voorbeeld een expediteur, in ontvangst neemt. Wel zijn dergelijke leveranties alleen geoorloofd wanneer de wederverkoper, en niet de leverancier, voor die producten de vervoerskosten tot in het contractgebied draagt.

28. De aan de alleenverkoper geleverde producten moeten voor wederverkoop in het contractgebied bestemd zijn. Deze principiële vereiste doet niet af aan het recht van de alleenverkoper de contractproducten aan klanten buiten zijn contractgebied door te verkopen, indien van die zijde hem bestellingen mochten hebben bereikt. De leverancier kan hem weliswaar contractueel overeenkomstig artikel 2, lid 2, onder c), klantenwerving in andere gebieden, maar niet de uitvoer daarheen verbieden.

29. Onverenigbaar met Verordening nr. 1983/83 zou ook de aan de alleenverkoper opgelegde verplichting zijn om in diens contractgebied slechts bepaalde groepen afnemers (vb. detailhandelaren van een bepaalde branche) te bevoorraden en de levering aan andere groepen afnemers (vb. warenhuizen) aan andere wederverkopers over te laten, welke daartoe door de leverancier zijn aangesteld.

B. *Aan de leverancier opgelegd concurrentieverbod (artikel 2, lid 1)*

30. Het verbod dat de leverancier contractueel werd opgelegd om in het contractgebied van de alleenverkoper contractproducten aan eindverbruikers te leveren, behoeft geen absoluut karakter te dragen. Contractclausules die de leverancier het recht geven bepaalde klanten — eventueel tegen betaling van een schadeloosstelling aan de alleenverkoper — te bevoorraden, zijn met de generieke vrijstelling verenigbaar voor zover het bij deze klanten niet om wederverkopers gaat. De leverancier blijft het recht behouden om in het contractgebied gevestigde eindverbruikers buiten dat gebied met contractproducten te bevoorraden. De situatie van de eindverbruikers komt in dat opzicht overeen met die van tussenhandelaren (zie punt 27).

C. *Niet-toepasselijkheid van de generieke vrijstelling bij absolute gebiedsbescherming (artikel 3, onder c) en d)*

31. Voor overeenkomsten die de alleenverkoper een absolute gebiedsbescherming waarborgen, kunnen de contractpartijen geen beroep doen op de generieke vrijstelling. Is de in artikel 3),

onder c), beschreven situatie aanwezig, dan moeten zij ervoor zorgen dat de contractproducten binnen het contractgebied door nevenimporteurs kunnen worden aangeboden, dan wel waarborgen dat de verbruikers deze bij ondernemingen buiten het contractgebied, eventueel ook buiten het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied, daadwerkelijk tegen de daar geldende prijzen en condities kunnen betrekken. Een alternatieve bevoorradingsbron in de zin van deze bepaling is ook de leverancier, wanneer deze bereid is binnen het contractgebied gevestigde eindverbruikers op hun verzoek met contractproducten te bevoorraden.

32. Met de bepaling van artikel 3, onder d), wordt in de eerste plaats de vrijheid van de tussenhandelaren en verbruikers gevrijwaard om zich de contractproducten in andere EVA-Statens of EG-Lid-Statens te verschaffen. Belemmering van de invoer uit derde landen in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied leidt alleen dan tot ontzegging van de generieke vrijstelling, wanneer binnen dit gebied geen alternatieve bevoorradingsbronnen beschikbaar zijn. Dit kan vooral voorkomen in gevallen waarin het contractgebied van de alleenverkoper het gehele EER-gebied, althans het grootste gedeelte ervan omvat.

33. De generieke vrijstelling vervalt voor de toekomst, zodra een van de contractpartijen maatregelen neemt om nevenimport naar het contractgebied te verhinderen. Voor overeenkomsten waarbij de leverancier zich jegens de alleenverkoper verplicht zijn overige klanten van leveranties naar het contractgebied te weerhouden, geldt nimmer een generieke vrijstelling. Dit laatste geldt ook wanneer de contractpartijen slechts invoer uit derde landen naar het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied willen verhinderen. In dat verband is het irrelevant of er binnen de EER-markt alternatieve bevoorradingsbronnen aanwezig zijn, want niet-toepasselijkheid van de generieke vrijstelling vloeit reeds voort uit het feit dat de overeenkomst concurrentiebeperkende verplichtingen inhoudt die niet door artikel 2, lid 1, werden bestreken.

IV. *Exclusieve afnameovereenkomsten (Verordening nr. 1984/83)*

A. *Structuur van het besluit*

34. Het besluit bevat in titel I algemene bepalingen voor exclusieve afnameovereenkomsten en in de titels II en III bijzondere bepalingen voor, onderscheidelijk, bierleverings- en tankstationcontracten. Op deze overeenkomsten zijn alleen de bijzondere bepalingen van toepassing, al wordt daarin ten dele naar de algemene voorschriften verwezen (artikelen 9 en 13). Artikel 17 sluit bovendien de cumulatie van overeenkomsten in de zin van titel I met die in de zin van titel II of titel III uit, indien daaraan dezelfde ondernemingen of dezelfde concerns deelnemen. Om iedere ontduiking van de speciale voorschriften voor bierleverings- en tankstationcontracten te verhinderen, heeft de communautaire wetgever voorts bepaald dat de bepalingen inzake de alleenverkoop van producten niet van toepassing zijn op overeenkomsten die met het oog op de wederverkoop van dranken in drankgelegenheden of aardolieproducten in tankstations worden gesloten (artikel 8 van Verordening nr. 1983/83).

B. *Exclusieve afnameplicht (artikel 1)*

35. Onder het besluit vallen alleen overeenkomsten waarbij de wederverkoper zich verplicht zijn totale behoefte aan contractproducten bij de andere contractpartij te dekken. Bestaat de afnameplicht slechts voor een deel van deze behoefte, dan geldt de generieke vrijstelling niet. Contractclausules die het de wederverkoper mogelijk maken de betrokken producten bij derde

leveranciers te betrekken, indien die deze tegen gunstiger prijzen en condities dan de wederpartij aanbieden, vormen geen beletsel voor generieke vrijstelling. Hetzelfde geldt voor contractuele bepalingen die de wederverkoper van de exclusieve afnameplicht bevrijden ingeval zijn wederpartij niet tot levering in staat is.

36. De contractproducten moeten in de overeenkomst met opgave van het merk of de benaming worden gespecificeerd. Alleen aldus kunnen de exclusieve afnameplicht van de wederverkoper (artikel 1) en het hem opgelegde concurrentieverbod (artikel 2, lid 2) met voldoende duidelijkheid worden onderscheiden.

C. Aan de leverancier opgelegd concurrentieverbod (artikel 2, lid 1)

37. De genoemde bepaling geeft de wederverkoper de mogelijkheid om zich in zijn hoofdafzetgebied tegen rechtstreekse daden van concurrentie van zijn leverancier te beschermen. Wat het hoofdafzetgebied van de wederverkoper is, wordt beoordeeld aan de hand van diens normale commerciële activiteiten. Het kan in de overeenkomst nader worden aangeduid. De leverancier kan echter noch bevoorrading van handelaren die de contractproducten buiten dit gebied betrekken om ze vervolgens daarvan door te verkopen, noch de benoeming van nog andere wederverkopers binnen dit gebied worden verboden.

D. Grenzen van de generieke vrijstelling (artikel 3, onder c) en d))

38. De exclusieve afnameplicht kan volgens artikel 3, onder c) voor één bepaald produkt of voor verscheidene produkten worden overeengekomen. In het laatste geval moet er tussen de betrokken produkten een relatie bestaan die meebrengt dat zij moeten worden beschouwd als tot hetzelfde warenassortiment te behoren. Die relatie kan berusten op technische gronden (bij voorbeeld machines, toebehoren, vervangingsonderdelen), op commerciële gronden (bij voorbeeld verscheidene produkten die tot hetzelfde gebruik dienen) of voortvloeien uit de handelsgebruiken (bij voorbeeld verschillende produkten die gewoonlijk te zamen worden aangeboden). In het laatste geval dient te worden onderzocht wat de gebruiken in het distributiestadium van de wederverkoper op de betrokken markt zijn, waarbij men zich dient te richten naar de totaliteit van de betrokken handelaren en niet slechts naar bepaalde distributievormen. Exclusieve afnameovereenkomsten inzake niet-samenhangende produkten kunnen alleen bij individuele beschikking van het kartelverbod worden vrijgesteld.

39. Volgens artikel 3, onder d), vallen exclusieve afnameovereenkomsten met onbepaalde looptijd niet onder de generieke vrijstelling. Overeenkomsten met een vaste looptijd, die echter automatisch wordt verlengd indien geen opzegging plaatsvindt, moeten worden geacht voor onbepaalde tijd te zijn gesloten.

V. Bierleveringscontracten (titel II van Verordening nr. 1984/83)

A. Exclusieve afnameplicht (artikel 6)

40. De onder de exclusieve afnameplicht vallende bieren en andere dranken moeten in de overeenkomst met opgave van het merk of de benaming worden aangeduid. Een exclusieve afnameplicht kan de wederverkoper alleen worden opgelegd voor dranken die de leverancier bij de inwerkingtreding van de overeenkomst in voorraad heeft, op voorwaarde dat deze dranken worden geleverd in de vereiste hoeveelheden, met regelmatige en voldoende dicht bij elkaar liggende tussenpozen en tegen prijzen en voorwaarden die een normale wederverkoop aan de verbruikers toelaten. Iedere uitbreiding van de exclusieve afnameplicht tot niet in de overeenkomst aangeduide dranken vereist een nieuwe overeenkomst, die op haar beurt aan de voorwaar-

den van titel II van Verordening nr. 1984/83 moet voldoen. Wijziging van merk of benaming van een overigens onveranderd gebleven drank vormt niet een dergelijke uitbreiding van de exclusieve afnameplicht.

41. De exclusieve afnameplicht kan worden overeengekomen met betrekking tot een of meer drankgelegenheden die de wederverkoper bij de inwerkingtreding van de overeenkomst exploiteert. Deze drankgelegenheden moeten in de overeenkomst met opgave van naam en ligging ervan worden vermeld. Iedere uitbreiding van de exclusieve afnameplicht tot andere drankgelegenheden vergt een nieuwe overeenkomst, die op haar beurt aan de voorwaarden van titel II van Verordening nr. 1984/83 moet voldoen.

42. Het begrip drankgelegenheid omvat alle soorten verkooppunten voor dranken, die voor consumptie ter plaatse bestemd zijn. Het schenken van dranken in privé-clubs staat gelijk met de wederverkoop in openbare drankgelegenheden. Exclusieve afnameovereenkomsten tussen de leverancier en de exploitant van een in dranken gespecialiseerde zaak (off-licence shop) vallen onder de bepalingen van titel I van Verordening nr. 1984/83.

43. Bijzondere economische of financiële voordelen zijn die, welke uitstijgen boven hetgeen de wederverkoper normaal van een overeenkomst mag verwachten. De in de dertiende overweging van dit besluit opgenomen toelichtingen dienen als voorbeeld. Of de leverancier de wederverkopers bijzondere voordelen verschaft, wordt met name beoordeeld naar aard, omvang en duur van de door de contractpartijen te verrichten prestaties. In twijfelgevallen geeft de verkeersopvatting de doorslag.

44. De wederverkoper kan exclusieve afnameovereenkomsten sluiten, zowel met een brouwer over bieren van een bepaalde soort als met een groothandelaar in dranken over bieren van een andere soort en/of andere dranken. De beide overeenkomsten kunnen in één enkel contract met elkaar worden gecombineerd. Het voorschrift van artikel 6 dekt ook gevallen waarin de groothandelaar in dranken onderscheidene functies tegelijkertijd vervult, doordat hij de eerste overeenkomst namens de brouwer en de tweede uit eigen naam sluit en zich met de leverantie van alle dranken belast. De contractuele betrekkingen tussen de brouwer en de groothandelaar in dranken vallen niet onder de voorschriften van titel II.

45. Volgens artikel 6, lid 2, vallen onder de generieke vrijstelling ook gevallen waarin de leverancier ten behoeve van de eigenaar van het pand financiële of andere prestaties met het oog op de inrichting van een drankgelegenheid verricht, en deze als tegenprestatie de koper of pachter van de drankgelegenheid een exclusieve afnameplicht ten gunste van de leverancier oplegt. Een dergelijk geval staat economisch gelijk met de overdracht van de exclusieve afnameverplichting door de exploitant van een drankgelegenheid aan de rechtsopvolger, hetgeen volgens artikel 8, lid 1, onder e), in principe geoorloofd is.

B. Eveneens onder de vrijstelling vallende concurrentiebeperkingen (artikel 7)

46. De lijst van de overeenkomstig artikel 7 toegelaten verplichtingen is uitputtend. Worden de wederverkoper nog extra verplichtingen van concurrentiebeperkende aard opgelegd, dan vervalt de generieke vrijstelling voor de gehele exclusieve afnameovereenkomst.

47. De verplichting overeenkomstig lid 1, onder a), geldt alleen wanneer de leverancier de in de overeenkomst aangeduide bieren en andere dranken die het ontwerp van de exclusieve afnameplicht vormen, in voldoende hoeveelheden in voorraad houdt om aan de vraag te kunnen voldoen die de wederverkoper bij zijn cliënteel heeft geraamd.

48. Bieren die tot een andere soort behoren, kan de wederverkoper volgens lid 1, onder b), uit het vat aanbieden wanneer de contractpartner dit reeds in het verleden heeft toegelaten. In de overige gevallen moet de wederverkoper het tappen van dergelijke bieren uit het vat kunnen rechtvaardigen door te kunnen wijzen op een toereikende vraag daarnaar bij zijn cliënteel. Deze vraag moet in ieder geval als toereikend worden aangemerkt, wanneer daaraan kan worden voldaan zonder een gelijktijdige afzetdaling van de in de exclusieve afnameovereenkomst gespecificeerde bieren. Dit is stellig niet het geval wanneer het tappen van het nieuw in het aanbod van de drankgelegenheid opgenomen vatenbier zich over een zo lange tijd uitstrekt dat een achteruitgang van de kwaliteit van dat bier te duchten valt. Het is aan de wederverkoper om de te verwachten vraag naar bier van andere soorten bij zijn klanten te schatten. Hij draagt daartegenover het risico van een verkeerde prognose.

49. De bepaling van lid 1, onder c), heeft niet slechts ten doel de mogelijkheid te garanderen reclame te maken voor door derde ondernemingen geleverde produkten in een omvang die daarvoor minimaal nodig is. In de reclame voor deze produkten moet bovendien de relatieve betekenis ervan ten opzichte van de concurrerende produkten van de als partner bij de exclusieve afnameovereenkomst optredende leverancier tot uitdrukking komen. Reclame voor produkten die nieuw in het aanbod van de drankgelegenheid worden opgenomen, mag noch uitgesloten, noch op onredelijke wijze belemmerd worden.

50. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA gaat ervan uit dat de in de handel tussen de Staten en de binnen de individuele EVA-Staten of EG-Lid-Staten gebruikelijke soortaanbiddingen een geschikt aanknopingspunt voor de interpretatie van artikel 7, lid 2, kunnen opleveren. Bepalend zijn echter de in het voorschrift zelf genoemde alternatieve criteria. Of twee bieren zich naar samenstelling, uiterlijk of smaak duidelijk van elkaar onderscheiden, moet in twijfelgevallen worden vastgesteld aan de hand van de ter plaatse van de drankgelegenheid heersende verkeersopvattingen. Het staat de deelnemende ondernemingen vrij deze vraag door een gemeenschappelijk benoemde deskundige te laten beantwoorden.

C. Gevallen van niet-toepasselijkheid van de generieke vrijstelling (artikel 8)

51. Het recht van de wederverkoper om dranken bij derde ondernemingen te betrekken mag alleen worden beperkt in de mate waarin zulks in de artikelen 6 en 7 wordt toegestaan. Voor de afname van andere produkten dan dranken en voor een beroep op diensten voor zover die niet rechtstreeks met de levering van dranken door de wederpartij samenhangen, geldt het beginsel dat de wederverkoper in zijn keuze van leverancier vrij is. Iedere belemmering, welke de wederverkoper bij de uitoefening van de rechten van de zijde van de wederpartij, van een met hen verbonden of door hem belaste onderneming of een andere onderneming die op instigatie van de wederpartij of met diens instemming handelt, ondervindt, leidt volgens lid 1, onder a) en b), tot het niet van toepassing zijn van de generieke vrijstelling. Voor de toepassing van de genoemde bepalingen maakt het geen verschil of de vrijheid van de wederverkoper bij contract of onderling afgestemde gedraging, door economische pressie dan wel door maatregelen van feitelijke aard wordt beperkt.

52. De installatie van speelautomaten in gepachte drankgelegenheden kan bij overeenkomst afhankelijk worden gesteld van de toestemming van de eigenaar van de drankgelegenheid. Deze kan zijn toestemming met een beroep op de stijl van de drankgelegenheid weigeren of deze alleen voor bepaalde typen speelautomaten laten gelden. Daarentegen is de praktijk van vele eigenaren van drankgelegenheden om de pachter het sluiten van

contracten voor het installeren van automaten slechts met bepaalde, door hem aanbevolen ondernemingen toe te staan, principieel met Verordening nr. 1984/83 onverenigbaar, tenzij de keuze van degene die de automaat installeert op grond van objectieve criteria van kwalitatieve aard geschiedt, die uniform voor alle in aanmerking komende installateurs zijn vastgelegd en op niet-discriminerende wijze wordt toegepast. Deze criteria kunnen betrekking hebben op de betrouwbaarheid van de onderneming en haar personeel en op de kwaliteit van de door haar aangeboden diensten. De leverancier mag de pachter van de drankgelegenheid niet verhinderen speelautomaten te kopen in plaats van deze te huren.

53. De begrenzing van de duur van de overeenkomst in lid 1, onder c) en d), laat onverlet het recht van de contractpartijen om de overeenkomst onder de in titel II van Verordening nr. 1984/83 genoemde voorwaarden te verlengen.

54. Bij de interpretatie van artikel 8, lid 2, onder b), moet evenzeer rekening worden gehouden met de doelstellingen van de communautaire concurrentieregels als met het algemene rechtsbeginsel volgens hetwelk contractpartijen hun rechten te goeder trouw moeten uitoefenen.

55. Of een derde onderneming bepaalde onder de exclusieve afnameplicht begrepen dranken in de zin van het eerste gedachtenstreepje van deze bepaling tegen gunstiger voorwaarden dan de wederpartij aanbiedt, moet in de eerste plaats door een vergelijking van de prijzen worden nagegaan. Daarbij moet mede rekening worden gehouden met de factoren die voor de prijsvorming beslissend zijn. Is er een gunstiger aanbod gedaan en wil de pachter van de drankgelegenheid dit aannemen, dan moet hij zijn wederpartij onverwijld van zijn voornemen in kennis stellen, opdat deze de gelegenheid krijgt de condities van de derde onderneming over te nemen. Weigert de wederpartij dit of laat hij na de pachter van de drankgelegenheid binnen korte termijn zijn besluit mede te delen, dan heeft deze laatste het recht de dranken in kwestie bij de derde onderneming te betrekken. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal ervoor waken dat de uitoefening door de brouwer of groothandelaar van het recht om de condities van derde ondernemingen over te nemen, de toegang van andere leveranciers tot de betrokken markt niet aanzienlijk bemoeilijkt.

56. Het in het tweede gedachtenstreepje van de bepaling omschreven recht van de pachter van de drankgelegenheid om dranken van een ander merk of benaming bij derde ondernemingen te betrekken, bestaat steeds wanneer de wederpartij deze dranken niet aanbiedt. Op de pachter rust in dat geval geen verplichting de wederpartij over zijn voornemens in te lichten.

57. De overeenkomstig artikel 9 in samenhang met artikel 2, lid 3, onder b), geoorloofde verplichting voor de pachter van de drankgelegenheid minimumhoeveelheden te moeten afnemen, moet in zoverre voor diens rechten uit hoofde van artikel 8, lid 2, onder b), wijken als nodig is om hem de volledige uitoefening van de genoemde rechten mogelijk te maken.

VI. Tankstationcontracten (titel III van Verordening nr. 1984/83)

A. Exclusieve afnameplicht (artikel 10)

58. De exclusieve afnameplicht kan betrekking hebben op uitsluitend brandstoffen voor motorvoertuigen (bij voorbeeld benzine, dieselolie, vloeibaar gas (LPG), kerosine) of op brandstoffen voor motorvoertuigen en andere brandstoffen (bij voorbeeld stookolie, flessengas, paraffine). Bij elk van deze produkten moet sprake zijn van aardolieprodukten.

59. De brandstoffen die onder de exclusieve afnameplicht vallen, moeten bestemd zijn voor verbruik in motorvoertuigen of in door een motor voortbewogen vaartuigen of luchtvaartuigen. Het begrip tankstation moet daarom ruim worden geïnterpreteerd.

60. Verordening nr. 1984/83 geldt voor tankstations aan de openbare weg en vulinrichtingen op particuliere terreinen die niet voor het openbaar verkeer bestemd zijn.

B. Eveneens onder de vrijstelling vallende concurrentiebeperkingen (artikel 11)

61. Volgens het bepaalde onder b) kan de wederverkoper alleen het gebruik van door derde ondernemingen geleverde smeermiddelen en verwante aardolieprodukten worden verboden. In deze bepaling wordt bedoeld op het onderhoud van

motorvoertuigen, dus op de dienstverlening door de wederverkoper. Het blijft de wederverkoper vrij staan om de genoemde produkten met het oog op wederverkoop in het tankstation van derde ondernemingen te kopen. Met smeermiddelen verwante aardolieprodukten zijn additieven en remoliën.

62. Voor de interpretatie van de bepalingen onder c) kan naar de overeenkomstige in punt 49 weergegeven uiteenzettingen worden verwezen.

C. Gevallen van niet-toepasselijkheid van de generieke vrijstelling (artikel 12)

63. Het voorschrift komt in zijn grondgedachte overeen met het bepaalde in artikel 8, lid 1, onder a), b), d) en e), en lid 2, onder 1).

Daarom zij naar de in punten 51 en 53 weergegeven uiteenzettingen verwezen.

BIJLAGE IV

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA MET BETREKKING TOT HET IN PUNT 4 VAN BIJLAGE XIV BIJ DE EER-OVEREENKOMST (VERORDENING (EEG) Nr. 123/85 VAN DE COMISSIE) GENOEMDE BESLUIT BETREFFENDE DE TOEPASSING VAN ARTIKEL 53, LID 3, VAN DE EER-OVEREENKOMST OP GROEPEN AFZET- EN KLANTENSERVICEOVEREENKOMSTEN INZAKE MOTORVOERTUIGEN

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Statens betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Statens ⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie met betrekking tot Verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 19 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 4 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.
- E. Met het in punt 4 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bedoelde besluit (Verordening (EEG) nr. 123/85 betreffende de generieke vrijstelling van distributie-overeenkomsten inzake motorvoertuigen, hierna „het besluit” te noemen) wordt erkend dat exclusieve en selectieve distributie in deze branche in beginsel met artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst verenigbaar is. Deze verenigbaarheid geldt onder een aantal voorwaarden. In deze mededeling worden enkele van deze voorwaarden toegelicht en worden tevens enkele administratieve beginselen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA aangegeven voor procedures, die zij overeenkomstig artikel 10, punten 3 en 4, van het besluit kan inleiden.

I.

1. *Vrij verkeer van de Europese gebruiker en beperkte beschikbaarheid van bepaalde versies van motorvoertuigen*

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA gaat ervan uit dat de EER-Overeenkomst voor de Europese gebruiker voordelen oplevert en dit met name wanneer er een daadwerkelijke concurrentie bestaat. Daarom wordt voor het besluit ervan uitgegaan dat er in de automobielsector tussen de fabrikanten en hun distributienetten een daadwerkelijke concurrentie bestaat. De Europese gebruiker moet op een billijke wijze delen in de voordelen die uit de afzet- en klantenserviceovereenkomsten voortvloeien. Aangenomen wordt dat de gebruiker er voordeel bij heeft dat klantenservice door specialisten wordt verleend (artikel 3, punten 3 en 5) en dat deze service overal binnen het net bij dealers en garagebedrijven die aan bepaalde minimumvoorwaarden voldoen, kan worden verkregen (artikel 4, lid 1).

Maar tot de elementaire rechten van de Europese gebruiker behoort bovenal het recht om een motorvoertuig binnen de

gemeenschappelijke markt daar te kunnen aankopen, te laten herstellen en onderhouden, waar hem de gunstigste voorwaarden inzake prijs en kwaliteit worden geboden.

- a) Dit aankooprecht heeft betrekking op de nieuwe motorvoertuigen van een fabrikant, die door de van zijn distributienet deel uitmakende dealers worden aangeboden in de uitvoeringen en volgens de specificaties, die in eerste instantie erop gericht zijn om aan de vraag van de eindgebruikers binnen het contractgebied van de dealer (contractproducten) te voldoen.
- b) In het belang van de mededinging in de distributiestadia binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied en in dat van de Europese gebruiker wordt bovendien een beperkte beschikbaarheid van andere motorvoertuigen bij de dealers uit het distributienet als onontbeerlijk beschouwd. Er dient zorg voor te worden gedragen dat iedere van het distributienet deel uitmakende dealer bij een leverancier uit dat distributienet een in serie vervaardigde personenauto kan bestellen, die een eindgebruiker bij deze dealer heeft besteld om die wagen in een andere EVA-Staat of EG-Lid-Staat te laten registreren in de uitvoering en met de specificaties die in deze Staat door de fabrikant of met diens toestemming worden aangeboden (personenauto's die met het door de dealer geboden autogamma overeenstemmen: artikel 5, lid 1, punt 2, onder d), en artikel 13, punt 10, van het besluit).

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Statens begrepen als die EVA-Statens te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie

Op grond van deze regeling betreffende de beschikbaarheid is de fabrikant niet verplicht voertuigen te fabriceren die hij anders op het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied niet aanbiedt. Door deze regeling wordt hij evenmin gedwongen modellen van bepaalde motorvoertuigen in bepaalde gebieden van het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied te verkopen waarin hij de afzet ervan niet of nog niet wenst te bevorderen. De fabrikant hoeft aan de dealer uit zijn distributienet, met het oog op de uitvoering van een tussen deze dealer en een eindgebruiker gesloten koopcontract inzake de levering van een voor een andere EVA-Staat of EG-Lid-Staat bestemde nieuwe personenauto, deze auto slechts te leveren, wanneer het door de dealer geboden gamma van auto's wagens van overeenkomstige aard omvat.

2. Misbruik opleverende belemmeringen

De Europese eindgebruiker mag noch in de EVA-Staat of EG-Lid-Staat van uitvoer, waar hij zijn auto wil kopen, noch in het land van bestemming, waar hij de wagen wil laten registreren, op een als misbruik te beschouwen wijze worden gehinderd. De belemmeringen die inherent zijn aan vrijgestelde exclusieve en selectieve distributie vormen geen misbruik. Daarentegen brengen alle verdere afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de van het distributienet deel uitmakende ondernemingen die de aankoopmogelijkheden van de Europese eindgebruikers beperken, tevens de door het besluit verleende vrijstelling in gevaar. Hetzelfde geldt voor eenzijdige maatregelen met voor de gebruikers ver gaande schadelijke werking, die door de autofabrikant, zijn importeurs of zijn dealers worden genomen (artikel 10, punt 2). Bij wijze van voorbeeld kunnen worden genoemd: de weigering door de dealers om garantiwerkzaamheden uit te voeren aan auto's die zij niet verkocht hebben en die uit andere EVA-Staten of EG-Lid-Staten zijn ingevoerd; de weigering door de fabrikanten of hun importeurs om hun medewerking te verlenen bij de registratie van auto's die door Europese eindgebruikers uit andere EVA-Staten of EG-Lid-Staten werden ingevoerd; abnormaal lange levertijden.

3. Tussenpersonen

De Europese gebruiker moet in staat zijn een beroep te doen op dienstverlening door personen of ondernemingen, die hem bij de aankoop van een nieuw motorvoertuig in een andere EVA-Staat of EG-Lid-Staat bijstaan (artikel 3, punten 10 en 11). Behoudens de tussen de dealers uit het distributienet onderling gesloten koopcontracten betreffende contractproducten, kunnen de van het distributienet deel uitmakende ondernemingen verplicht worden aan een derde of door bemiddeling van een derde geen nieuw motorvoertuig uit het motorvoertuigengamma of daarmee overeenstemmend motorvoertuig te verkopen, wanneer deze derde zich voordoet als een erkend wederverkoper van nieuwe auto's uit het gamma of een met de wederverkoop overeenstemmende activiteit uitoefent. De tussenpersoon of de eindgebruiker is ertoe verplicht vooraf aan de van het distributienet deel uitmakende dealer schriftelijk aan te tonen dat de tussenpersoon voor de aankoop en inontvangstneming in naam en voor rekening van de eindgebruiker optreedt.

II

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA kan de krachtens het besluit geldende vrijstelling intrekken, indien zij vaststelt dat in een individueel geval een overeenkomst die op grond van het besluit werd vrijgesteld, desalniettemin bepaalde gevolgen heeft die met de in artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst bedoelde voorwaarden onverenigbaar zijn, en met name, wanneer:

— voor contract- en daarmee overeenstemmende produkten bij voortdurende prijzen of voorwaarden worden toegepast die tussen de EVA-Staten en/of EG-Lid-Staten onderling aanzien-

lijk van elkaar afwijken, en deze aanzienlijke verschillen overwegend op overeenkomstig het besluit vrijgestelde verplichtingen berusten (artikel 10, punt 3);

- wanneer in overeenkomsten betreffende de bevoorrading van de dealer met personenauto's, die met een model van het door de overeenkomst bestreken gamma overeenstemmen, prijzen of voorwaarden worden toegepast die objectief niet gerechtvaardigd zijn en een compartimentering van delen van de onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende markt ten doel of ten gevolge hebben (artikel 10, punt 4).

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA kan procedures van deze aard op verzoek (met name naar aanleiding van door gebruikers ingediende klachten) dan wel ambtshalve uitvoeren in individuele gevallen, met inachtneming van de in de hoofdstukken II en IV van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst neergelegde procedurevoorschriften. Dit betekent dat, voor de beschikking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, aan de betrokkenen de door haar in aanmerking genomen punten van bezwaar werden medegedeeld en dat de betrokkenen in de gelegenheid werden gesteld hun opmerkingen ten aanzien van deze punten van bezwaar kenbaar te maken. De beslissing van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA om de procedures in te leiden zal voornamelijk afhangen van het voorafgaand onderzoek, de omstandigheden van het individuele geval en het betrokken openbaar belang.

De verschillen inzake autoprijzen tussen EVA-Staten en/of EG-Lid-Staten zijn tot op zekere hoogte de uitdrukking van speciale, bestaande regionale omstandigheden van vraag en aanbod. Wanneer aanzienlijke prijsverschillen optreden, kan in het algemeen worden verondersteld dat daaraan overheidsmaatregelen dan wel private beperkende gedragingen ten grondslag liggen.

Bepaalde omstandigheden kunnen in de nabije toekomst op zichzelf geen aanleiding vormen om te onderzoeken of een krachtens het besluit vrijgestelde overeenkomst met artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst onverenigbaar is. Tot nader order zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA afzien van onderzoeken naar private gedragingen op grond van artikel 10, punt 3 of punt 4, van het besluit onder de volgende omstandigheden. Dit sluit niet de mogelijkheid uit dat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in bijzondere gevallen toch ingrijpt.

1. Prijsverschillen tussen EVA-Staten of EG-Lid-Staten (artikel 10, punt 3, in samenhang met artikel 13, punt 11)

Voor de verkoop aan eindgebruikers van een auto uit het gamma in een EVA-Staat of EG-Lid-Staat en voor ditzelfde of een daarmee overeenstemmend produkt in een andere EVA-Staat of EG-Lid-Staat worden verschillende netto-prijzen (prijzlijst) aanbevolen, en moet aan de volgende voorwaarden worden voldaan:

- a) het verschil, berekend op grond van de ecu-munteenheid⁽¹⁾, is niet groter dan 12% van de laagste prijs of overschrijdt dit percentage niet gedurende een periode van minder dan één jaar dan:
 - met 6% boven de prijs van de prijslijst, of
 - voor een onbelangrijk deel van de van het gamma deel uitmakende auto's, of
- b) het prijsverschil valt na een analyse van objectieve gegevens te verklaren door het feit:

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt onder „ecu” verstaan de in Verordening (EEG) nr. 3180/78 van de Raad gedefinieerde Europese monetaire rekeneenheid. De waarde van de ecu wordt dagelijks in de C-reeks van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekendgemaakt.

- dat de koper van de auto in één van deze EVA-Staten of EG-Lid-Staten belastingen, heffingen en rechten moet betalen die samen 100% van de nettoprijs overschrijden,
 - of
 - dat de vrijheid om prijzen en handelsmarges voor de verkoop van auto's in één van deze EVA-Staten of EG-Lid-Staten vast te stellen, rechtstreeks of onrechtstreeks gedurende meer dan één jaar door nationale maatregelen is beperkt,
- en dat dergelijke maatregelen geen inbreuk op de EER-Overeenkomst maken.

Voor zover dit algemeen bekend is, worden de aanbevolen nettoprijzen vervangen door de nettoprijzen na aftrek van kortingen. Voorts wordt gedurende een passende tijd afzonderlijk rekening gehouden met de nieuwe vaststelling van indicatieve koersen in het Europees Monetair Stelsel of de wijziging van de wisselkoersen in een EVA-Staat of EG-Lid-Staat.

2. Prijsverschillen tussen personenauto's van het door de overeenkomst bestreken gamma en daarmee overeenstemmende voertuigen (artikel 10, punt 4, in samenhang met artikel 5, lid 1, punt 2, onder d), en artikel 13, punt 10)

Bij de verkoop van een personenauto die met een model van het door de overeenkomst bestreken gamma overeenstemt, berekent de leverancier aan de dealer een supplement dat door bijkomende distributiekosten en verschillen in uitvoering en specificatie objectief gerechtvaardigd is.

In een EVA-Staat of EG-Lid-Staat waar de prijsvorming is beïnvloed, zoals hiervoor vermeld onder II, punt 1, onder b), berekent de leverancier een verdere toeslag. Daarbij overschrijdt hij de prijs niet die in gelijkaardige gevallen wordt berekend in die EVA-Staat of EG-Lid-Staat waar de genoemde beïnvloeding

niet bestaat en waar voor de verkoop aan eindgebruikers van de personenauto niet het gamma, dan wel de daarmee overeenstemmende auto, de laagste nettoprijs wordt aanbevolen.

3. In hoeverre de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, bij overschrijding van de hierboven genoemde drempels, ambtshalve een procedure in toepassing van artikel 10, punten 3 en 4, van het besluit zal inleiden, hangt vooral af van de uitslag van het onderzoek van een individueel geval. Daaruit moet blijken of de vrijgestelde overeenkomsten werkelijk de belangrijkste reden waren, zoals bedoeld in artikel 10, punt 3 of punt 4, voor de vastgestelde prijsverschillen of tot een afscherming van delen van de onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende markt hebben geleid, dan wel, volgens de opgedane ervaringen, zullen leiden. Bij de daartoe uit te voeren prijsvergelijkingen dient rekening te worden gehouden met de verschillen in uitvoering en specificatie van de auto, alsmede met de bijkomende prestatie (zoals bij voorbeeld de omvang van de garantie, het vervoer van de wagen, de registratieformaliteiten).

III

1. De bevoegdheid van de EVA-Staten, alsmede van personen of verenigingen van personen, om bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA verzoeken overeenkomstig artikel 3 van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst (dat is klachten) in te dienen blijft onverlet. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal deze klachten met de vereiste spoed behandelen.

2. Met deze mededeling wordt niet vooruitgelopen op het oordeel van andere bevoegde autoriteiten en in het bijzonder van de nationale rechters en het EVA-Hof.

3. Intrekking of wijziging van deze mededeling zal geschieden langs de weg van een publikatie in het EER-deel van en het EER-supplement bij het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*.

BIJLAGE V

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA MET BETREKKING TOT ALLEENVERKOOPOVEREENKOMSTEN MET HANDELSAGENTEN EN COMMISSIONAIRS

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Staten⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie met betrekking tot alleenverkoopovereenkomsten met handelsagenten en commissionairs, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 20 bij bijlage XIV van de EER-Overeenkomst en punt 5 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.

I. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van oordeel dat overeenkomsten met handelsagenten en commissionairs waarin deze op zich nemen voor een bepaald gedeelte van het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied:

- bemiddeling te verlenen bij de afsluiting van transacties voor een andere onderneming,
- of
- in diens naam en voor diens rekening,
- dan wel
- in eigen naam maar voor rekening van de ander transacties af te sluiten,

niet onder het verbod van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst vallen.

Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de als handelsagent (c.q. commissionair) aangeduide wederpartij dit qua functie ook werkelijk is en niet onder de schijn van afwikkeling van handelstransacties de functie van een zelfstandig handelaar uitoefent. Als beslissend criterium voor het onderscheid tussen agenten en commissionairs enerzijds en zelfstandige alleenvertegenwoordigers anderzijds, beschouwt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de aanwezigheid van een uitdrukkelijk of stilzwijgend getroffen regeling voor de overdracht van de met de verkoop of uitvoering van de overeenkomst gebonden financiële risico's. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA laat zich bij de beoor-

deling niet door de benaming van het contract leiden. Uitgezonderd de gebruikelijke delcredere waarborg draagt de handelsagent normaal geen risico voor de transactie. Indien hij toch verdergaande risico's overneemt dan begint hij functioneel en economisch op een zelfstandige handelaar te gelijken en moet hij derhalve ook als zodanig behandeld worden. In dat geval moeten de betrokken alleenverkoopovereenkomsten op dezelfde wijze als overeenkomsten met zelfstandige alleenvertegenwoordigers beoordeeld worden.

Met name is er, naar de opvatting van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, aanleiding te stellen dat de functie van zelfstandig handelaar uitgeoefend wordt wanneer de als handelsagent of commissionair aangeduide partij

- een aanzienlijke voorraad van de contractartikelen in eigendom moet houden of feitelijk houdt,
- of
- op aanzienlijke schaal voor verlening van gratis-service zorg moet dragen of dit feitelijk doet, zonder daarvoor van zijn leverancier een vergoeding te ontvangen,
- of
- prijzen of andere condities voor de transacties kan vaststellen of feitelijk vaststelt.

II. In tegenstelling tot de situatie die bestaat bij de met handelsagenten en commissionairs afgesloten overeenkomsten, zoals bedoeld in deze mededeling, moet men bij alleenverkoopovereenkomsten met zelfstandige alleenvertegenwoordigers rekening houden met de toepasselijkheid van artikel 53, lid 1. De mededingingsbeperking berust bij deze overeenkomst op de beperking van het aanbod, wanneer de leverancier zich ertoe

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Staten begrepen als die EVA-Staten te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

verplicht een bepaald artikel uitsluitend aan één afnemer te leveren, dan wel op de beperking van de vraag wanneer de afnemer zich ertoe verplicht een bepaald artikel uitsluitend van één leverancier te betrekken. Voor het geval deze verplichtingen wederzijds zijn aangegaan, is er sprake van tweezijdige beperking van de concurrentie. Of een dergelijke beperking van de concurrentie de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst ongunstig kan beïnvloeden hangt van het concrete geval af.

Daarentegen is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van oordeel, dat een alleenverkoopovereenkomst met handelsagenten of commissionairs niet onder de verbodsbepaling van artikel 53, lid 1, valt, daar in dit geval geen sprake is van een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied. Handelsagent en commissionair oefenen slechts een accessoire marktfunctie uit. Op de betreffende goederenmarkt handelen zij in opdracht en in het belang van het economisch subject voor wie zij werkzaam zijn. In tegenstelling tot de zelfstandige alleenvertegenwoordiger oefenen handelsagent en commissionair niet zelf een vraag- of aanbodfunctie uit; zij zijn slechts hun wederpartij behulpzaam bij de uitoefening van diens vraag- of aanbodfunctie doordat zij voor hem afnemers of leveranciers zoeken.

Dit soort alleenverkoopovereenkomsten heeft niet de uitschakeling van de concurrentie aan vraag- en aanbodzijde ten gevolge, doch zij leiden slechts tot inschakeling van de agent of commissionair in een hulpfunctie, ten einde op de markt artikelen af te zetten of te kopen.

De rechtspositie van de handelsagenten en commissionairs is in de meeste EVA-Statens of EG-Lid-Statens wettelijk, in enkele andere door jurisprudentie op min of meer overeenkomstige wijze geregeld. Overal hebben de handelsagenten en commissionairs een hulpfunctie bij de afsluiting van transacties. Hun

bevoegdheden worden bepaald door de hun gegeven opdracht en volmacht. In welke omvang (zowel zakelijk als geografisch) dergelijke bevoegdheden op de agent of commissionair overgedragen worden, beslist hun opdrachtgever naar eigen inzicht.

Behalve aan de concurrentiesituatie op de markt waar de handelsagent of commissionair hun hulpfunctie voor hun opdrachtgevers uitoefenen, moet aandacht besteed worden aan de bijzondere markt waarop agenten en commissionairs hun diensten voor onderhandelingen of afsluiting van transacties aanbieden. Door de verplichting van de agent of commissionair voor een bepaalde tijd uitsluitend voor de opdrachtgever werkzaam te zijn wordt het aanbod op deze markt beperkt; door de verplichting van de opdrachtgever uitsluitend opdrachten aan een bepaalde agent of commissionair te geven wordt de vraag beperkt. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA ziet in deze beperking echter een uitvloeisel van de plicht tot wederzijdse behartiging van de belangen tussen de agent c.q. commissionair en zijn opdrachtgever en meent derhalve dat hier niet van beperking van de mededinging kan worden gesproken.

Deze mededeling heeft ten doel de ondernemingen in te lichten omtrent de gedragslijn die de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de interpretatie van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst en de toepassing daarvan op de met handelsagenten en commissionairs gesloten alleenverkoopovereenkomsten zal volgen. Door deze verduidelijking valt in de meeste gevallen het belang van de ondernemingen bij het verkrijgen van een negatieve verklaring voor de genoemde overeenkomsten weg en zal derhalve ook geen behoefte meer bestaan aan opheldering van de rechtstoestand door een beschikking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in afzonderlijke gevallen; in zoverre bestaat ook geen reden tot aanmelding van dergelijke overeenkomsten meer. Vanzelfsprekend kan deze mededeling niet vooruitlopen op de uitleg die andere bevoegde autoriteiten, met name het EVA-Hof, zouden kunnen geven.

BIJLAGE VI

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA INZAKE OVEREENKOMSTEN, BESLUITEN EN ONDERLING AFGESTEMDE FEITELIJKE GEDRAGINGEN BETREFFENDE SAMENWERKING TUSSEN ONDERNEMINGEN

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Statens betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Statens ⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie inzake overeenstemming, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 21 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 6 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.
- E. In verband met overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen tracht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA door middel van deze mededeling de ondernemingen een aantal gegevens ter beschikking te stellen waaraan deze — al zijn de gegevens niet uitputtend — nuttige aanwijzingen kunnen ontleenen voor de interpretatie die moet worden gegeven met name aan artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst de artikel 1, lid 1, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst.

I

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA staat positief tegenover samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen, indien deze daardoor in staat worden gesteld rationeler te werken en hun prestatie- en concurrentievermogen op een grotere markt te verstrekken. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA acht het haar taak met name de samenstelling tussen kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken. Ook de samenwerking tussen grote ondernemingen kan economisch zinvol en uit een oogpunt van concurrentiepolitiek onbedenklijk zijn.

Volgens artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst en artikel 1, lid 1, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst zijn alle overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna kortheidshalve overeenkomsten te noemen) onverenigbaar met de EER-Overeenkomst en verboden indien zij ertoe strekken of ten gevolge hebben de mededinging binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grond-

gebied te verhinderen, te beperken of te vervalsen (hierna kortheidshalve concurrentiebeperkingen te noemen), zij het alleen indien zij de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst ongunstig kunnen beïnvloeden.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA acht het met name in het belang van kleine en middelgrote ondernemingen nuttig aanwijzingen te geven over de overwegingen, waardoor zij zich bij de interpretatie van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst en artikel 1, lid 1, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst en de toepassing daarvan op bepaalde maatregelen voor samenwerking tussen ondernemingen zal laten leiden, en bekend te maken welke van deze maatregelen naar haar oordeel niet onder deze voorschriften vallen. Deze mededeling geldt voor alle ondernemingen, ongeacht hun omvang.

Het is mogelijk dat ook andere vormen van samenwerking tussen ondernemingen die hieronder niet zijn genoemd volgens artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst of artikel 1, lid 1, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst niet verboden zijn. Dit is met name het geval wanneer de marktpositie van de gezamenlijke samenwerkende ondernemingen te zwak is om door hun overeenkomst een merkbare beperking van de concurrentie op het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied teweeg te brengen en de handel

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Statens begrepen als die EVA-Statens te betreffen waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst ongunstig te beïnvloeden.

Er wordt voorts op gewezen dat bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen of aanvullende overeenkomsten, die onder het mededingingsrecht van de EER-Overeenkomst vallen, conform artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst kunnen worden vrijgesteld, dan wel conform artikel 1, lid 2, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst kunnen worden goedgekeurd.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is voornemens door daartoe dienstige beschikkingen in individuele gevallen, of algemene mededelingen, te verduidelijken, hoe de verschillende coöperatievormen met betrekking tot de regels van de EER-Overeenkomst te beoordelen zijn.

Over de toepassing van artikel 54 van de EER-Overeenkomst betreffende het misbruik van een machtspositie op het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied of een deel daarvan kunnen momenteel geen algemene uitspraken worden gedaan. Hetzelfde geldt voor artikel 2, lid 4, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst.

Na deze mededeling zal in het algemeen geen interesse meer bestaan een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst voor de genoemde overeenkomsten te verkrijgen en zal er bovendien geen behoefte meer zijn de rechtspositie door individuele beschikkingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA te verduidelijken; in zoverre bestaat er ook geen grond meer om dergelijke overeenkomsten aan te melden. Mocht er nochtans in individuele gevallen twijfel blijven bestaan of een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging beperkt, of mochten andere vormen van samenwerking tussen bedrijven die naar het oordeel van de ondernemingen de mededinging van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst, de mogelijkheid een negatieve verklaring aan te vragen, of in het kader van de aanwending van artikel 1, lid 1, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst voor alle zekerheid een verzoek op grond van artikel 1, lid 2, van dit Protocol in te dienen.

Op het oordeel van andere bevoegde autoriteiten en in het bijzonder van de nationale rechters en het EVA-Hof wordt door deze mededeling niet vooruitgelopen.

II

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van oordeel dat de volgende overeenkomsten niet als concurrentiebeperkingen worden beschouwd:

1. Overeenkomsten die uitsluitend ten doel hebben:

- a) de uitwisseling van meningen en ervaringen,
- b) gemeenschappelijk marktonderzoek,
- c) het gemeenschappelijk verrichten van bedrijfs- en bedrijfstakvergelijkingen,
- d) het gemeenschappelijk opstellen van statistieken en calculatieschema's.

Overeenkomsten die slechts ten doel hebben gemeenschappelijk inlichtingen te verzamelen die de afzonderlijke ondernemingen nodig hebben om hun toekomstig marktgedrag individueel te raadplegen, hebben geen beperking van de concurrentie ten doel of ten gevolge. Indien echter de handelsvrijheid van de ondernemingen wordt beperkt, of het marktgedrag uitdrukkelijk of via onderling afgestemde feitelijke gedragingen wordt gecoördineerd, kan er van mededingingsbeperking sprake zijn. Dat is met name het geval wanneer er aanbevelingen van concrete aard worden gedaan, dan wel conclusies zodanig worden uitgewerkt dat

daardoor althans een deel van de betrokken ondernemingen zich op de markt op uniforme wijze gaat gedragen.

De uitwisseling van inlichtingen kan tussen de ondernemingen zelf of via een derde instantie geschieden. Het is echter uiterst moeilijk de inlichtingen van bureaus die zich bezighouden met het uitwisselen van gegevens betreffende orders, omzet, investeringen en prijzen te onderscheiden in een categorie, die geen negatieve invloed heeft op de concurrentie, en een die dit wel heeft. Men kan er dus gewoonlijk niet zonder meer van uitgaan, dat de uitwisseling niet onder artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst of artikel 1, lid 1, van Protocol 25 van de EER-Overeenkomst valt. Met name kan er bij uitwisseling van informatie op een oligopolitische markt voor homogene goederen concurrentiebeperking optreden.

Gemeenschappelijk marktonderzoek zowel als bedrijfs- en bedrijfstakvergelijkingen dienen het verzamelen van materiaal en het vaststellen van feiten en marktomstandigheden en raken, op zich zelf beschouwd, en zonder verdergaande samenwerking van de betrokken ondernemingen, de mededinging niet. Dit is bij andere maatregelen van deze aard zoals bij voorbeeld het gemeenschappelijk opstellen van conjunctuur- en structuuranalyses zo duidelijk dat zij niet speciaal worden vermeld.

Calculatieschema's die bepaalde calculatiepercentages bevatten, moeten als aanbevelingen worden beschouwd die tot een concurrentiebeperking kunnen leiden.

2. Overeenkomsten die uitsluitend ten doel hebben:

- a) de samenwerking bij de boekhouding,
- b) de gemeenschappelijke kredietgarantie,
- c) gemeenschappelijke incassokantoren,
- d) gemeenschappelijke kantoren voor bedrijfs- of belastingadviezen.

Het gaat in deze gevallen om samenwerking op gebieden die niet van invloed zijn op het aanbod van goederen en diensten en op de economische beslissingen van de betrokken ondernemingen, zodat er geen beperking van de concurrentie ontstaat.

De samenwerking bij de boekhouding heeft geen invloed op de concurrentie, omdat zij slechts de technische zijde van de afrekening ondersteunt. Ook de oprichting van organen die zekerheid verschaffen voor kredieten door het verlenen van garanties valt niet onder de mededingingsregels omdat zij de verhouding van vraag en aanbod niet wijzigt.

Gemeenschappelijke incassokantoren die zich niet beperken tot het innen der vorderingen overeenkomstig de wil en de voorwaarden van de opdrachtgevers, of die de prijzen bepalen of op andere wijze invloed uitoefenen op de prijsvorming, kunnen de concurrentie beperken. In de toepassing van uniforme voorwaarden ten behoeve van alle opdrachtgevers kan een onderling afgestemde gedraging gelegen zijn; ook het verrichten van gemeenschappelijke prijsvergelijkingen kan daartoe leiden. In dit verband kunnen echter tegen het gebruik van uniforme formulieren geen bezwaren worden aangevoerd; zulks mag evenwel niet gepaard gaan met het overeenkomen of het stilzwijgend toepassen van uniforme prijzen, kortingen of leverings- en betalingsvoorwaarden.

3. Overeenkomsten die uitsluitend ten doel hebben:

- a) het gemeenschappelijk uitvoeren van projecten betreffende research en ontwikkeling,
- b) het gemeenschappelijk verstrekken van opdrachten betreffende research en ontwikkeling,

- c) de verdeling van projecten betreffende research en ontwikkeling onder de deelnemers.

Het zuivere uitwisselen van ervaringen en resultaten dient ook op het gebied van de research uitsluitend de informatie en beperkt de concurrentie niet. Het behoeft derhalve niet speciaal te worden genoemd.

Afspraken om op een bepaald gebied gemeenschappelijk research te verrichten of de resultaten daarvan tot de aanvang van de productie gemeenschappelijk te ontwikkelen, raken de concurrentiepositie van de partijen niet. Dit geldt ook bij de verdeling van de researchgebieden en van het ontwikkelingswerk, indien de resultaten voor alle deelnemers toegankelijk zijn.

Indien de ondernemingen echter bindingen aangaan die hun eigen research- en ontwikkelingsarbeid of de exploitatie van de resultaten van de gemeenschappelijke werkzaamheden beperken, zodat zij buiten de gemeenschappelijke projecten in de eigen research en ontwikkeling niet vrij blijven, kan een inbreuk op de mededingingsregels van de EER-Overeenkomst aanwezig zijn. Een contractuele verplichting of een op elkaar afgestemd gedrag, erop gericht zelf geheel en al of op bepaalde terreinen van research af te zien, kan concurrentiebeperkend werken, voor zover geen gemeenschappelijk onderzoek wordt verricht.

In de verdeling der onderzoeksgebieden zonder de afspraak de resultaten wederkerig voor elkaar toegankelijk te maken, moet een specialisatie worden gezien die de concurrentie kan beperken.

Van beperking van de mededinging kan ook sprake zijn wanneer er afspraken over de praktische exploitatie van de resultaten van het gemeenschappelijke research- en ontwikkelingswerk worden gemaakt of dienovereenkomstig feitelijk gedragingen worden afgestemd, met name wanneer de deelnemers zich verplichten of overeenkomen alleen de gemeenschappelijk ontwikkelde producten of typen te vervaardigen of de toekomstige productie onderling te verdelen.

Het ligt in de aard van gemeenschappelijke research dat de resultaten door alle deelnemers naar verhouding van hun deelneming mogen worden geëxploiteerd. Indien de deelneming van sommige ondernemingen zich beperkt tot een bepaald gebied van de gemeenschappelijke research kan worden gesproken, geen sprake van een concurrentiebeperking indien aan deze deelnemers de resultaten van de research slechts naar evenredigheid van hun deelneming toegankelijk worden gemaakt. Indien daarentegen bepaalde deelnemers geheel en al, of in een omvang die met hun deelneming niet overeenstemt, van de exploitatie worden uitgesloten, kan de concurrentie beperkt zijn.

Indien de mogelijkheid van licentieverlening aan derden uitdrukkelijk of stilzwijgend is uitgesloten, kan er sprake zijn van een concurrentiebeperking; de gemeenschappelijkheid van de research rechtvaardigt echter de verplichting om alleen gemeenschappelijk of bij meerderheidsbesluit licenties aan derden te verlenen.

In welke rechtsvorm de gemeenschappelijke research en ontwikkeling worden gegoten, is voor de vraag van de verenigbaarheid van de overeenkomst met het mededingingsrecht niet van betekenis.

4. *Overeenkomsten die alleen het gemeenschappelijke gebruik van productie-installaties en van opslag- en transportinstallaties tot voorwerp hebben*

Deze vormen van samenwerking beperken de mededinging niet omdat zij niet verder gaan dan de organisatorische en technische regeling van het gebruik der installaties. Indien het gebruik van

de installaties en de inrichtingen niet voor eigen rekening van de deelnemende ondernemingen geschiedt of afspraken over gemeenschappelijke productie of verdeling der producten en de oprichting of het functioneren van een gemeenschappelijke onderneming worden gemaakt of dienovereenkomstige gedragingen onderling afgestemd, kan er daarentegen van een mededingingsbeperking sprake zijn.

5. *Overeenkomsten die uitsluitend de oprichting van werkgemeenschappen voor het gezamenlijk uitvoeren van opdrachten ten doel hebben indien de deelnemende ondernemingen ten aanzien van de te volbrengen taken niet met elkaar in concurrentie staan of individueel niet in staat zijn de opdrachten uit te voeren*

Indien ondernemingen niet in onderlinge concurrentie staan, kunnen zij ook door de vorming van werkgemeenschappen de onderlinge concurrentie niet beperken. Dit geldt met name voor ondernemingen die behoren tot verschillende bedrijfstakken, maar ook voor ondernemingen van dezelfde branche, voor zover zij aan de werkgemeenschap alleen deelnemen met producten of prestaties die door de andere deelnemers niet kunnen worden ingebracht. Het gaat er niet om of de ondernemingen op andere gebieden in concurrentie staan maar of er, rekening gehouden met de concrete omstandigheden van de afzonderlijke situatie, binnen afzienbare tijd concurrentie ten aanzien van de onderhavige producten of prestaties mogelijk is. Indien het ontbreken van de concurrentie tussen de ondernemingen en de handhaving van deze toestand berust op afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dan kan daarin een concurrentiebeperking gelegen zijn.

Ook arbeidsgemeenschappen van ondernemingen die op zichzelf met elkaar in concurrentie staan, beperken de mededinging niet, indien de deelnemende ondernemingen individueel niet in staat zijn een bepaalde opdracht uit te voeren. Dat is met name het geval wanneer zij bij gebrek aan voldoende ervaring, speciale kennis, capaciteit of kapitaal individueel niet met kans op succes kunnen werken of de werkzaamheden niet binnen de vereiste tijd kunnen uitvoeren dan wel het financiële risico niet alleen kunnen dragen.

Van een concurrentiebeperking is evenmin sprake wanneer de ondernemingen pas door vorming van de werkgemeenschap in staat worden gesteld een aanbod te doen dat kans op succes heeft. Wel kan er natuurlijk van een concurrentiebeperking sprake zijn wanneer ondernemingen zich zouden verbinden om alleen in het kader van een werkgemeenschap op te treden.

6. *Overeenkomsten die uitsluitend tot onderwerp hebben:*

- a) de gemeenschappelijke verkoop,
- b) de gemeenschappelijke klanten- en reparatieservice,

indien de deelnemende ondernemingen ten aanzien van de producten of prestaties waarop de overeenkomst betrekking heeft niet in onderlinge concurrentie staan.

Indien ondernemingen niet onderling in concurrentie staan kan de samenwerking tussen bedrijven de concurrentie niet beperken, zoals in concreto reeds onder punt 5 werd uiteengezet.

De gemeenschappelijke verkoop door kleine of middelgrote ondernemingen, zelfs wanneer zij onderling in concurrentie staan, veroorzaakt zeer vaak geen merkbare beperking van de concurrentie. In het kader van deze mededeling kunnen echter geen algemeen criteria worden opgesteld en kan evenmin worden

aangegeven welke kleine of middelgrote ondernemingen tot deze kring behoren.

Een gemeenschappelijke klanten- en reparatieservice is niet aanwezig indien verschillende fabrikanten aan eenzelfde, van hen onafhankelijke, onderneming de klanten- of reparatieservice voor hun produkten opdragen zonder daarvoor onderling overleg te plegen. In zulk een geval is ook niet van een concurrentiebeperking sprake wanneer de fabrikanten met elkaar in concurrentie staan.

7. Overeenkomsten die uitsluitend het voeren van gemeenschappelijke reclame ten doel hebben

De gemeenschappelijke reclame wil de aandacht van de kopers op bepaalde produkten in een branche of op een gemeenschappelijk merk richten; zij beperkt als zodanig de concurrentie tussen de deelnemende ondernemingen niet. Wanneer de deelnemende ondernemingen bij overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen geheel of gedeeltelijk worden belemmerd om zelf reclame te voeren, of wanneer hun andere beperkingen

worden opgelegd, kan er sprake zijn van een concurrentiebeperking.

8. Overeenkomsten die uitsluitend strekken tot het gebruik van een gemeenschappelijk kwaliteitsmerk ter onderscheiding van produkten van bepaalde hoedanigheid en waaraan iedere concurrent onder dezelfde voorwaarden kan deelnemen

Dergelijke samenwerkingsvormen betreffende kwaliteitsmerken beperken de mededinging niet wanneer andere concurrenten wier produkten objectief aan de kwaliteitseisen voldoen, het merk onder dezelfde voorwaarden als de leden kunnen gebruiken. Ook in de verplichting om zich aan een kwaliteitscontrole van de van het merk voorziene produkten te onderwerpen op uniforme behandelingsvoorschriften op te geven dan wel de produkten die aan de kwaliteitseisen voldoen van het merk te voorzien, is geen concurrentiebeperking indien het recht op gebruik van het kwaliteitsmerk verbonden is met de verplichtingen ten aanzien van de produktie, de afzet, de prijsvorming of andere, zoals wanneer de deelnemende ondernemingen worden verplicht alleen produkten van gegarandeerde kwaliteit te fabriceren of in de handel te brengen.

BIJLAGE VII

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA BETREFFENDE DE INVOER IN HET ONDER DE TOEPASSING VAN DE EER-OVEREENKOMST VALLENDE GRONDGEBIED VAN GOEDEREN UIT DERDE LANDEN WAAROP DE EER-OVEREENKOMST VAN TOEPASSING IS

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Staten ⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie betreffende de invoer in de Gemeenschap van goederen uit Japan waarop het Verdrag van Rome van toepassing is, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 22 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 7 bij bijlage II van de TAH-Overeenkomst.

Gezien het aantal gevallen waarin de industrieën van derde landen deels autonoom, deels in overleg met overeenkomstige Europese industrieën, maatregelen voorbereiden om de invoer van goederen uit derde landen in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied te beperken of anderszins, op het gebied van kwantiteiten, prijzen, kwaliteit, enzovoort te regelen, acht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA het nodig de betrokkenen erop te wijzen dat op grond van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst alle overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied wordt verhinderd, beperkt of vervalst, onverenigbaar met de EER-Overeenkomst en verboden zijn.

Het feit, dat bepaalde of alle daarbij betrokken ondernemingen buiten het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied zijn gevestigd, staat de toepassing van dit voorschrift niet in de weg als de uitwerking van de overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen zich tot dit grondgebied uitstrekt.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA raadt betrokkenen aan deze overeenkomsten, besluiten en gedragingen tijdig aan te melden, zoals dit in hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst ter toepassing van de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst is bepaald. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal deze overeenkomsten, besluiten en gedragingen aan een onderzoek onderwerpen ten einde vast te stellen of zij met de mededingingsvoorschriften van de EER-Overeenkomst verenigbaar zijn. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal tegelijkertijd de ontwikkelingen in de desbetreffende sectoren opletten volgen.

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Staten begrepen als die EVA-Staten te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

BIJLAGE VIII

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA BETREFFENDE DE
BEOORDELING VAN TOELEVERINGSOVEREENKOMSTEN IN HET LICHT VAN ARTIKEL 53,
LID 1, VAN DE EER-OVEREENKOMST

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Statens betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Statens⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b, van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 23 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 8 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.

1. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA geeft in deze mededeling haar oordeel over wat rechtens de positie van toeleveringsovereenkomsten is in het licht van artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst. Dit type overeenkomst vertegenwoordigt thans een vorm van arbeidsverdeling, waarin elke onderneming ongeacht haar omvang geïnteresseerd kan zijn, doch die met name ontwikkelingsmogelijkheden biedt voor kleine en middelgrote ondernemingen.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van oordeel dat de overeenkomsten krachtens welke een onderneming, de „opdrachtgever”, al of niet in aansluiting op een bestelling van een derde partij een andere onderneming, de „toeleverancier”, belast met het volgens zijn richtsnoeren vervaardigen van produkten, verlenen van diensten of uitvoeren van werken, welke bestemd zijn om te worden geleverd aan de opdrachtgever, dan wel voor zijn rekening dienen te worden verricht, als zodanig niet onder het in artikel 53, lid 1, neergelegde verbod vallen.

De uitvoering van bepaalde toeleveringsovereenkomsten in overeenstemming met de richtsnoeren van de opdrachtgever kan echter het gebruik van specifieke kennis of uitrusting vergen, die de opdrachtgever aan de toeleverancier ter beschikking moet stellen. Ten einde de economische waarde van deze kennis of uitrusting te handhaven, kan er voor de opdrachtgever aanleiding zijn om de gebruikmaking daarvan door de toeleverancier te beperken tot de uitvoering van de overeenkomst. De vraag rijst derhalve of deze beperkingen onder artikel 53, lid 1, vallen. De beoordeling van deze beperkingen geschiedt aan de hand van het voorwerp van dergelijke overeenkomsten, waardoor zij wor-

den onderscheiden van de gebruikelijke octrooi- en know-how-licentieovereenkomsten.

2. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van oordeel dat onder het verbod van artikel 53, lid 1, niet vallen clausules krachtens welke:

- de van de opdrachtgever afkomstige kennis of uitrusting niet mag worden gebruikt voor andere doeleinden dan de uitvoering van de overeenkomst,
- de van de opdrachtgever afkomstige kennis of uitrusting niet ter beschikking van derden mag worden gesteld,
- de produkten, diensten of werken welke uit de gebruikmaking daarvan resulteren alleen aan de opdrachtgever mogen worden geleverd, of alleen voor zijn rekening verricht mogen worden,

indien en voor zover deze kennis of deze uitrusting noodzakelijk is om de toeleverancier in staat te stellen onder redelijke voorwaarden de produkten te vervaardigen, de diensten te leveren of de werken uit te voeren volgens de richtsnoeren van de opdrachtgever. In zoverre verricht de toeleverancier immers een activiteit, waarvoor hij niet als onafhankelijk aanbieder op de markt optreedt.

Dit is over het algemeen het geval wanneer de uitvoering van de toeleveringsovereenkomst de gebruikmaking door de toeleverancier vereist van:

- door de opdrachtgever gehouden of te zijner beschikking staande rechten van industriële eigendom in de vorm van octrooien, gedeponeerde gebruiksmodellen, tekeningen en modellen of andere beschermende rechten,

of

- in het bezit van de opdrachtgever zijnde of te zijner beschikking staande technische kennis of vervaardigingsprocedures die een geheim karakter dragen (know-how),

of ook

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Statens begrepen als die EVA-Statens te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

— door of voor de opdrachtgever uitgewerkte studies, plannen en specifieke documenten

of

— matrijzen, mallen, werktuigen en toebehoren eigen aan de opdrachtgever,

die, zelfs zonder het onderwerp te vormen van een recht van industriële eigendom of zonder een geheim karakter te dragen het mogelijk maken een produkt te vervaardigen waarvan vorm, werking of samenstelling zich onderscheiden van andere produkten die op de markt worden geproduceerd of geleverd.

Daarentegen is de toepassing van de bovenbedoelde clausules niet gerechtvaardigd indien de toeleverancier zelf de noodzakelijke kennis en uitrusting tot zijn beschikking heeft of onder redelijke voorwaarden kan verkrijgen om de produkten, diensten of werken te realiseren. Dit is hoofdzakelijk het geval wanneer de opdrachtgever zich ertoe beperkt hem algemene gegevens te verstrekken die alleen dienen ter beschrijving van de opdracht. Onder deze voorwaarden kunnen dergelijke beperkingen de toeleverancier immers de mogelijkheid ontnemen een onafhankelijke economische activiteit te ontplooiën op de gebieden die het voorwerp van de overeenkomst vormen.

3. Ook de volgende beperkingen die in verband met het door de opdrachtgever doorgeven van technische kennis worden opgelegd, kunnen naar de mening van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in toeleveringsovereenkomsten worden opgenomen zonder aanleiding te geven tot bezwaren uit hoofde van artikel 53, lid 1:

— de verbintenis van elk der contractpartijen om de geheime technische kennis of vervaardigingsprocédés alsmede de vertrouwelijke inlichtingen die hem door zijn partner bij de onderhandelingen over en de uitvoering van de overeenkomst worden medegedeeld niet bekend te maken, zolang deze inlichtingen niet algemeen bekend zijn geworden;

— de verbintenis van de toeleverancier om de gedurende de looptijd van de overeenkomst ontvangen geheime technische kennis of vervaardigingsprocédés, zolang deze niet algemeen bekend zijn geworden, zelfs na de tenuitvoerlegging van de toeleveringsovereenkomst niet te exploiteren;

— de verbintenis van de toeleverancier de door hem gedurende de looptijd van de overeenkomst ontdekte technische verbeteringen op niet-exclusieve basis aan de opdrachtgever mede te delen, of indien het om door de onderaannemer gedane octrooieerbare uitvindingen gaat, aan de opdrachtgever voor

de duur van het door deze gehouden octrooi niet-exclusieve verbeterings- of toepassingsoctrooilicenties te verlenen.

De verbintenis van de toeleverancier kan exclusief zijn ten voordele van de opdrachtgever voor zover de door de toeleverancier gedurende de looptijd van de overeenkomst uitgewerkte verbeteringen of gedane uitvindingen niet kunnen worden gebruikt zonder de geheime technische kennis of octrooi van de opdrachtgever, aangezien dit dan geen merkbare beperking van de mededinging vormt.

Daarentegen kan elke verbintenis van de toeleverancier inzake het recht van beschikking over de toekomstige resultaten van zijn eigen onderzoeks- of ontwikkelingswerkzaamheden die zelfstandig zullen kunnen worden geëxploiteerd, de mededinging beperken. Onder deze omstandigheden is de toeleveringsbetrekking niet voldoende om af te wijken van de algemeen geldende mededingingsregels betreffende de beschikking over rechten van industriële eigendom of geheime technische kennis.

4. Wanneer de toeleverancier gerechtigd is om in het kader van de toeleveringsovereenkomst een merk, de handelsbenaming of een bepaalde prestatie te gebruiken, kan de opdrachtgever ook aan de toeleverancier verbieden zulks te doen met betrekking tot de produkten, diensten of werken die niet zijn bestemd om aan hem te worden geleverd.

5. Deze mededeling, waardoor de ondernemingen er over het algemeen geen belang meer bij zullen hebben om door een individuele beschikking van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA te doen ophelderen hoe de positie rechtens is, doet niet af aan de mogelijkheid voor de betrokken ondernemingen om een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst te verzoeken of de overeenkomst bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA aan te melden conform artikel 4, lid 1, van dat hoofdstuk.

De mededeling betreffende samenwerking tussen ondernemingen⁽¹⁾, waarin een reeks overeenkomsten wordt opgenoemd die gezien hun aard de mededinging niet beperken, wordt aldus aangevuld op het gebied van de toeleveringsovereenkomsten. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA herinnert er eveneens aan dat zij met het oog op de bevordering van de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen een mededeling inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst vallen, heeft gepubliceerd.

Op het eventuele oordeel van andere bevoegde autoriteiten en in het bijzonder van de nationale rechters en het EVA-Hof wordt door deze mededeling niet vooruitgelopen.

⁽¹⁾ Mededeling van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende de samenwerking tussen ondernemingen.

BIJLAGE IX

MEDEDELING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA INZAKE OVEREENKOMSTEN VAN GERINGE BETEKENIS DIE NIET ONDER ARTIKEL 53, LID 1, VAN DE EER-OVEREENKOMST VALLEN

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Statens betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Statens⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b, van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag vallen, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 24 bij bijlage XIV van de EER-Overeenkomst en punt 9 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.

I

1. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA acht het van belang de samenwerking tussen ondernemingen te vergemakkelijken voor zover deze economisch gewenst en er uit een oogpunt van mededingingsbeleid geen bezwaar tegen is, hetgeen met name het geval is bij de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen. Derhalve heeft zij de „mededeling inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen” gepubliceerd, waarin een aantal overeenkomsten wordt vermeld die op grond van hun aard niet als concurrentiebeperkingen moeten worden beschouwd. Voorts heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in haar mededeling betreffende de beoordeling van bepaalde toeleveringsovereenkomsten aangegeven dat dit type overeenkomst, dat ontwikkelingsmogelijkheden biedt met name voor kleine en middelgrote ondernemingen, als zodanig niet onder het in artikel 53, lid 1, neergelegde verbod valt. Met de onderhavige mededeling doet de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA een verdere stap tot afbakening van het toepassingsgebied van artikel 53, lid 1, ten einde de samenwerking tussen kleine en middelgrote ondernemingen te vergemakkelijken.

2. Naar de mening van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA vallen overeenkomsten die slechts in geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst of aan de mededinging, niet onder het kartelverbod van artikel 53, lid 1. Overeenkomsten zijn slechts verboden, indien zij een merkbare invloed hebben op

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Statens begrepen als die EVA-Statens te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

de toestand op de markt, in de zin dat zij de marktpositie van derde ondernemingen en van de gebruikers — dus hun afzet- of voorzieningsmogelijkheden — merkbaar wijzigen.

3. In deze mededeling heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, door kwantitatieve criteria vast te stellen en door het geven van aanwijzingen voor de toepassing daarvan, het begrip „merkbaar” zodanig geconcretiseerd, dat de ondernemingen in staat zijn zelf te beoordelen of de door hen met andere ondernemingen gesloten overeenkomsten op grond van hun geringe betekenis al dan niet onder artikel 53, lid 1, vallen. De door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA gegeven kwantitatieve omschrijving van het begrip „merkbaar” draagt echter geen absoluut karakter; het is goed mogelijk dat in bepaalde gevallen ook overeenkomsten tussen ondernemingen die boven de hierna vermelde drempels liggen eventueel slechts in zo geringe mate afbreuk doen aan de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst of de mededinging dat zij niet onder artikel 53, lid 1, vallen.

4. Dank zij deze mededeling zou het voor ondernemingen geen enkele zin hebben een negatieve verklaring te verkrijgen in de zin van artikel 2 van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst en zal er bovendien geen behoefte meer zijn aan verduidelijking van de rechtspositie door individuele beschikkingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA; in zoverre bestaat er ook geen reden meer om dergelijke overeenkomsten aan te melden. Mocht er evenwel in afzonderlijke gevallen aan getwijfeld worden of de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst dan wel de mededinging door een overeenkomst merkbaar wordt beperkt, dan kunnen de ondernemingen een negatieve verklaring aanvragen of de overeenkomst aanmelden.

5. Met betrekking tot gevallen die onder deze mededeling vallen, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in de

regel geen procedures inleiden op grond van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst, noch op verzoek, noch ambtshalve. Wanneer, op grond van uitzonderlijke omstandigheden een door deze mededeling gedekte overeenkomst desalniettemin onder artikel 53, lid 1, valt, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA geen boeten opleggen. Wanneer ondernemingen hebben nagelaten een onder artikel 53, lid 1, vallende overeenkomst aan te melden omdat zij door een fout in het berekenen van hun marktaandeel of hun totale omzet ten onrechte ervan uitgingen dat hun overeenkomst door deze mededeling was gedekt, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA niet overwegen een boete op te leggen tenzij de fout te wijten was aan nalatigheid.

6. Deze mededeling doet geen afbreuk aan het oordeel van andere bevoegde autoriteiten en in het bijzonder van de nationale rechters en het EVA-Hof.

II

7. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van mening dat overeenkomsten tussen ondernemingen die zich bezighouden met de productie of distributie van goederen of het verlenen van diensten, over het algemeen niet onder het verbod van artikel 53, lid 1, vallen:

— wanneer de produkten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (hierna „de contractprodukten” genoemd) en de andere produkten of diensten van de betrokken ondernemingen die door de gebruiker op grond van hun eigenschappen, hun prijs en hun gebruik als gelijksoortig worden beschouwd, in het gedeelte van het grondgebied waarop de EER-Overeenkomst van toepassing is, niet meer dan 5% op de markt van al deze produkten of diensten (hierna „de produkten” genoemd) te zamen uitmaken

en

— wanneer de totale omzet van de betrokken ondernemingen gedurende een boekjaar niet meer dan 200 miljoen ecu⁽¹⁾ bedraagt.

8. Naar de mening van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA vallen de voornoemde overeenkomsten ook dan niet onder het verbod van artikel 53, lid 1, wanneer het marktaandeel of de totale omzet als hier bedoeld tijdens een periode van twee opeenvolgende boekjaren met hoogstens één tiende wordt overschreden.

9. Betrokken ondernemingen in de zin van deze mededeling zijn:

- a) de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst;
- b) de ondernemingen waarin één der partijen bij de overeenkomst rechtstreeks of onrechtstreeks
 - meer dan de helft van het kapitaal of het bedrijfsvermogen bezit,
 - of
 - over meer dan de helft van de stemrechten beschikt,
 - of
 - meer dan de helft van de leden van de Raad van toezicht of van bestuur of van de krachtens de wet tot vertegenwoordiging van de onderneming bevoegde organen kan benoemen,
 - of

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt onder „ecu” verstaan de in Verordening (EEG) nr. 3180/78 van de Raad gedefinieerde Europese monetaire rekeneenheid. De waarde van de ecu wordt dagelijks in de C-reeks van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekendgemaakt.

— het recht van dagelijks beheer van de onderneming bezit;

- c) de ondernemingen die bij één der partijen de overeenkomst rechtstreeks of onrechtstreeks over de onder b) genoemde rechten of beïnvloedingsmogelijkheden beschikken;
- d) de ondernemingen waarin één der onder c) genoemde ondernemingen rechtstreeks of onrechtstreeks over de onder b) genoemde rechten of beïnvloedingsmogelijkheden beschikt.

Als betrokken ondernemingen worden ook beschouwd ondernemingen ten opzichte waarvan meer dan een van de onder a) tot en met d) genoemde ondernemingen gemeenschappelijk rechtstreeks of onrechtstreeks over de onder b) bedoelde rechten of beïnvloedingsmogelijkheden beschikken.

10. Ten einde het marktaandeel te berekenen, dient de relevante markt te worden vastgesteld. Zulks houdt in dat een definitie moet worden gegeven van de relevante produktmarkt en van de relevante geografische markt.

11. De relevante produktmarkt bestaat uit de contractprodukten alsmede alle andere produkten die identiek of gelijkwaardig zijn aan de eerstgenoemde produkten. Deze regel geldt voor de produkten van de betrokken ondernemingen, alsmede voor de markt voor dergelijke produkten. De betrokken produkten moeten onderling verwisselbaar zijn. Of zulks het geval is, moet vanuit het gezichtspunt van de consument worden beoordeeld, waarbij in principe de eigenschappen van de produkten, de prijs ervan en het doel waarvoor zij bestemd zijn, te zamen worden beschouwd. In bepaalde gevallen echter kunnen produkten louter op grond van hun eigenschappen, hun prijs of het doel waarvoor zij bestemd zijn, een aparte markt vormen. Dit geldt vooral wanneer voor de produkten een voorkeur bij de consument is ontstaan.

12. Voorzover de contractprodukten componenten zijn die door de betrokken ondernemingen in een ander produkt worden opgenomen, dient de markt voor laatstgenoemd produkt in aanmerking te worden genomen, indien de contractprodukten componenten zijn die als zodanig aan derde ondernemingen worden verkocht, dient de markt voor de componenten in aanmerking te worden genomen. In gevallen waar beide situaties zich voordoen, dienen beide markten afzonderlijk in aanmerking te worden genomen.

13. De relevante geografische markt is het gebied binnen het grondgebied waarop de EER-Overeenkomst van toepassing is, waarin de overeenkomst effect sorteert. Dat gebied valt samen met het grondgebied waarop de EER-Overeenkomst van toepassing is in zijn geheel wanneer de contractprodukten in alle EVA-Staten en EG-Lid-Staten regelmatig aangeboden en gevraagd worden. Als de contractprodukten in een gedeelte van het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied niet aangeboden en gevraagd kunnen worden of wanneer zij daar slechts in beperkte hoeveelheden of met onregelmatige tussenpozen worden aangeboden of gevraagd, dan dient met dit gedeelte van de gemeenschappelijke markt geen rekening te worden gehouden.

14. De relevante geografische markt zal met name enger zijn dan het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied in zijn geheel in gevallen waar:

— het contractprodukt, gezien de aard en eigenschappen daarvan — zoals bijvoorbeeld hoge transportkosten in verhouding tot de waarde van het produkt — weinig mobiel is

of

— het verkeer van het contractprodukt binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied wordt bemoeilijkt door maatregelen van de Staat, die de toegang tot nationale markten beperken, zoals kwantitatieve

beperkingen, grote verschillen in belastingen of niet-tarifaire handelsbelemmeringen in de vorm van voorschriften over typegoedkeuring of veiligheidseisen. Het bestaan van dergelijke belemmeringen kan ertoe leiden dat het grondgebied van een Lid-Staat als de relevante geografische markt moet worden beschouwd. Zulks zal echter slechts gerechtvaardigd zijn indien die belemmeringen niet kunnen worden overwonnen door een redelijke inspanning en tegen aanvaardbare kosten.

15. Bij het bepalen van de totale omzet moeten de omzetten worden samengesteld die de deelnemende ondernemingen voor alle goederen en diensten in het laatste boekjaar, exclusief belastingen en andere heffingen, behaald hebben. In gevallen waar de onderneming een aantal soortgelijke overeenkomsten

heeft gesloten met meer dan een andere onderneming in de relevante markt, moeten de omzetten van alle betrokken ondernemingen samengesteld worden. Onder deze totale omzet vallen niet de transacties tussen de betrokken ondernemingen.

16. Deze mededeling is niet van toepassing indien in een bepaalde relevante markt de mededinging wordt beperkt door het cumulatieve effect van naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke overeenkomsten tussen verscheidene producenten of verdelers.

17. Deze mededeling is eveneens van toepassing op besluiten van ondernemersverenigingen en op onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

BIJLAGE X

RICHTSNOEREN VAN DE TOEZICHTHOUDENDE AUTORITEIT VAN DE EVA VOOR DE TOEPASSING VAN DE EER-MEDEDELINGSREGELS IN DE TELECOMMUNICATIESECTOR

- A. Deze mededeling wordt bekendgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-Overeenkomst) en de Overeenkomst tussen de EVA-Statens betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (hierna TAH-Overeenkomst te noemen).
- B. Bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst bevat een lijst van de door de Commissie vóór 31 juli 1991 gepubliceerde mededelingen en richtsnoeren. Deze niet-bindende besluiten bevatten de beginselen en bepalingen die de Commissie op het gebied van de mededinging toepast. De EER-Overeenkomst verplicht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA deze beginselen en bepalingen in acht te nemen.
- C. De EVA-Statens⁽¹⁾ leggen de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij artikel 25 van de TAH-Overeenkomst de verplichting op besluiten aan te nemen die in overeenstemming zijn met bovenbedoelde besluiten van de Commissie van de EG.
- D. Overeenkomstig deze verplichting keurt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bij de uitoefening van de bevoegdheid welke haar bij artikel 5, lid 2, onder b), van de TAH-Overeenkomst is verleend, deze mededeling goed. Zij wenst zich aan de in deze mededeling neergelegde beginselen en bepalingen te houden bij de toepassing van de betrokken EER-mededingingsregels op een bepaald geval. De mededeling komt overeen met de richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van de EER-mededingingsregels in de telecommunicatiesector, zoals bedoeld in, respectievelijk, punt 25 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst en punt 10 van bijlage II bij de TAH-Overeenkomst.

Woord vooraf

Met deze richtsnoeren wordt beoogd de toepassing van de EER-mededingingsregels te verduidelijken ten behoeve van de marktdeelnemers in de telecommunicatiesector. Zij moeten worden beschouwd in het kader van de bijzondere omstandigheden in de telecommunicatiesector.

Een belangrijke doelstelling moet volgens de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de ontwikkeling van efficiënte netwerken en diensten op Europese schaal zijn, tegen de laagste prijs en met de hoogste kwaliteit, ten einde de Europese gebruiker in de EER-markt een basisinfrastructuur te verlenen voor efficiënte verrichtingen.

Op dit punt wordt er van uitgegaan dat liberalisering en harmonisatie in de sector gelijktijdig moeten gebeuren.

Gezien de concurrentie in de telecommunicatiesector, moet de telecommunicatie-exploitanten worden toegestaan en moeten zij worden aangemoedigd om de nodige samenwerkingsmechanismen tot stand te brengen met het oog op de ontwikkeling van — of het zorgen voor — een volledige interconnectiviteit tussen openbare netwerken op EER-schaal, en waar nodig tussen de diensten, ten einde de Europese gebruikers in staat te stellen gebruik te maken van een uitgebreider pakket van betere en goedkopere telecommunicatiediensten.

Dit kan en dient te worden gedaan in overeenstemming en inachtneming van de EER-mededingingsregels, ten einde economische schade die anders zou kunnen ontstaan, te vermijden. Om dezelfde redenen moeten exploitanten en andere ondernemingen die een machtspositie kunnen bezitten, worden gewezen op het verbod van misbruik van die positie.

De richtsnoeren moeten worden gelezen in het licht van deze doelstelling. Zij dienen onder meer om te verduidelijken welke samenwerkingsvormen neerkomen op ongewenste collusie en in dat opzicht geven zij aan wat niet aanvaardbaar is. Zij moeten derhalve beschouwd worden als één aspect van een globaal beleid op het gebied van de telecommunicatie, met name beleidslijnen en acties gericht op het aanmoedigen en stimuleren van samenwerkingsvormen die de ontwikkeling en beschikbaarheid van geavanceerde communicaties in Europa bevorderen.

De onverkorte toepassing van de mededingingsregels vormt een belangrijk aspect van de algemene benadering van de telecommunicatie. Deze richtsnoeren moeten de marktdeelnemers helpen om hun strategieën en voorzieningen voor netwerken en diensten op Europese schaal van het begin af aan in een vorm te gieten, die een volledige overeenstemming met die regels toelaat. Indien er zich belangrijke veranderingen zouden voordoen in de omstandigheden die heersen toen deze richtsnoeren werden opgesteld, kan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA besluiten tot een aanpassing van de richtsnoeren aan de evolutie van de situatie in de telecommunicatiesector.

⁽¹⁾ Voor de doeleinden van deze mededeling wordt een vermelding van de EVA-Statens begrepen als die EVA-Statens te betreffen, waarvoor de EER-Overeenkomst in werking is getreden. Zie artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de EER-Overeenkomst en artikel 2, lid 2, van het Protocol tot aanpassing van de Overeenkomst inzake de Toezichthoudende Autoriteit en het EVA-Hof van Justitie.

I. Samenvatting

1. De doelstelling van de onderhavige mededeling is richtlijnen op te stellen betreffende de toepassing van concurrentievoorschriften op de telecommunicatiesector.

2. De telecommunicatiesector heeft in vele gevallen behoefte aan samenwerkingsovereenkomsten, onder meer tussen telecommunicatieorganisaties (ook TO's genoemd), om de interconnectiviteit van netwerken en diensten, „one-stop shopping” en „one-stop billing”, dat wil zeggen de mogelijkheid om zich in één enkel verkooppunt diensten op Europese schaal aan te schaffen en te betalen, te verzekeren, die nodig zijn voor de levering van diensten op Europese schaal en om aan de gebruikers een optimale dienstverlening te geven. Deze doelstellingen kunnen onder meer worden verwezenlijkt door de samenwerking van telecommunicatieorganisaties, bij voorbeeld in die gebieden waar uitsluitende of bijzondere rechten voor de levering kunnen blijven bestaan in overeenstemming met de EER-voorschriften, met inbegrip van het mededingingsrecht, evenals op gebieden waar voor een optimale dienstverlening bepaalde vormen van samenwerking nodig zijn. Voorts maakt de doorslaggevende doelstelling — het ontwikkelen van de marktvoorwaarden ten einde de Europese gebruikers een grotere verscheidenheid van telecommunicatiediensten van een betere kwaliteit en tegen een lagere prijs aan te bieden — de invoering en de handhaving noodzakelijk van een sterke mededingingsstructuur. Mededinging speelt een centrale rol in de EER.

Voor de exploitanten en de gebruikers van telecommunicatie zal de EER een nieuwe dimensie betekenen. Concurrentie biedt hen de mogelijkheid om de technologische ontwikkeling volledig te benutten en deze te versnellen; zij zullen erdoor worden aangemoedigd te herstructureren en de economische schaalvergroting te bereiken die nodig is om niet alleen op de EER-markt maar ook op de wereldmarkt concurrerend te worden.

Gelet op deze overwegingen worden in de onderhavige richtsnoeren de voornaamste beginselen herhaald die de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA overeenkomstig haar opdracht uit hoofde van de EER-regels inzake mededinging in de sector heeft toegepast en zal blijven toepassen, zonder daarbij vooruit te lopen op de beslissing in specifieke gevallen die aan de hand van de concrete omstandigheden zullen moeten worden beoordeeld.

Een van die doelstellingen is bij te dragen tot zekerheid inzake de investeringsvoorwaarden in de sector en de ontwikkeling van diensten op Europese schaal.

De mechanismen (naast klachten en onderzoeken ambtshalve) om zekerheid te scheppen voor individuele gevallen worden geregeld door de aanmeldings- en negatieve verklaringsprocedures van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst, waarin een formele procedure is vastgelegd voor de goedkeuring van samenwerkingsovereenkomsten op dit gebied, wanneer daarom formeel is verzocht. Hierop wordt nader ingegaan in deze mededeling.

II. Inleiding

3. De wereldwijde fundamentele technologische ontwikkeling in de telecommunicatiesector ⁽¹⁾ heeft de mededingingsstructuur aanzienlijk gewijzigd. De van oudsher monopolistische administraties kunnen de uitdaging van de technologische revolutie niet alleen aan. Op het telecommunicatietoneel zijn economische krachten verschenen, die in staat zijn om de gebruikers de talrijke uitgebreide diensten aan te bieden die door de nieuwe technologieën worden ontwikkeld. Hierdoor ontstond en groeide een omvangrijk dereguleringsproces, dat zich met variërende intensiteit heeft verbreid.

⁽¹⁾ Telecommunicatie omvat alle overdracht, uitzending of ontvangst van tekens, signalen, geschrift, beelden en geluid of gegevens van enige andere soort over draden, met behulp van radioverbinding, of langs optische of andere elektromagnetische weg (artikel 2 van de verordening van de WATTC van 9 december 1988).

Die beweging verandert geleidelijk het aanzicht van de Europese markt. Nieuwe particuliere aanbieders zijn op de markt doorgedrongen met steeds meer grensoverschrijdende diensten met toegevoegde waarde. De telecommunicatieadministraties behouden weliswaar een belangrijke rol als aanbieders van openbare diensten, doch hebben een „zakelijke” denkwijze verworven en zijn voor diensten en apparatuur een dynamische concurrentie aangegaan met particuliere ondernemers. Met fusies en joint ventures wordt gewerkt aan grootschalige herstructureringen om op de gedereguleerde markt met meer succes te concurreren door economische schaalvergroting en rationalisatie. Dit alles heeft een multiplicatoreffect op de technologische vooruitgang.

4. Uit het voorafgaande blijkt duidelijk de belangrijke functie die de concurrentie voor de EER heeft.

5. Bij de toepassing van de mededingingsregels beoogt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA overheidsmaatregelen of overeenkomsten te verhinderen, die met de werking van de EER-Overeenkomst onvermijdelijke kunstmatige belemmeringen instellen of in stand houden. Daarnaast worden alle samenwerkingsvormen aangemoedigd, die zorgen voor de door het mededingingsrecht nagestreefde innovatie en economische vooruitgang. Het nastreven van een daadwerkelijke mededinging in de telecommunicatiesector is geen kwestie van politieke keuze. De keuze van een vrije markt en een concurrentie-georiënteerde economie was reeds in de EER-Overeenkomst neergelegd en de mededingingsregels van de overeenkomst zijn in de EER rechtstreeks toepasselijk. Wegens de voornoemde fundamentele veranderingen is een onverkorte toepassing van het mededingingsrecht noodzakelijk.

6. Er is behoefte aan grotere zekerheid betreffende de toepassing van de mededingingsregels. De telecommunicatieadministraties behouden hun taken van algemeen belang, maar terzelfdertijd worden zij, na een lange traditie van wettelijke bescherming, zonder noemenswaardige overgangperiode geconfronteerd met de toepassing van regels, waarvan de werkingssfeer en actuele implicaties vaak moeilijk te vatten zijn. De technologie evolueert snel en er moeten grote investeringen worden gedaan; om gebruik te kunnen maken van de nieuwe mogelijkheden op de markt moeten alle exploitanten, zowel de openbare als de particuliere, snel beslissingen nemen en zulks binnen het kader van de mededingingsregels.

7. Door de beoordeling van een aantal individuele gevallen is reeds tegemoetgekomen aan die behoefte aan meer zekerheid inzake de toepassing van de mededingingsregels. De beoordeling van individuele gevallen heeft echter slechts een antwoord gebracht op enkele van de talrijke problemen inzake mededinging die in de telecommunicatiesector rijzen. De praktijk van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in deze sector zal door toekomstige zaken verder vorm krijgen.

Doelstelling van de richtsnoeren

8. Met deze richtsnoeren wordt beoogd de openbare telecommunicatie-exploitanten en de overige leveranciers en gebruikers van telecommunicatiediensten en -apparatuur, de juristen en de niet-professionele geïnteresseerden in te lichten over de algemene wettelijke en economische beginselen die de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal hanteren bij de toepassing van de mededingingsregels op ondernemingen in de telecommunicatiesector. Deze beginselen zijn gebaseerd op de ervaring die is opgedaan in een aantal concrete gevallen en liggen in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

9. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal die beginselen toepassen op toekomstige individuele gevallen, waarbij rekening zal worden gehouden met de specifieke context van ieder geval. De onderhavige richtsnoeren behandelen niet alle algemene beginselen inzake de toepassing van de mededingingsregels doch uitsluitend die welke op telecommunicatiegebied van bijzonder belang zijn. De algemene beginselen die geen speciale band hebben met telecommunicatie maar volledig daarop van toepassing zijn, kunnen onder meer worden gevonden in de regelgevende handelingen, de arresten van het Hof en de beschikkingen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in individuele gevallen, de jaarlijkse verslagen van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA over het mededingingsbeleid, perscommuniqués en andere van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA afkomstige openbare informatie.

10. Deze richtsnoeren kunnen geen afdwingbare rechten doen ontstaan. Zij doen evenmin afbreuk aan het oordeel van andere bevoegde autoriteiten en in het bijzonder van de nationale rechters en het EVA-Hof.

11. Een verandering in de economische en wettelijke situatie zal niet automatisch een gelijktijdige wijziging van de richtsnoeren met zich meebrengen. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA houdt evenwel de mogelijkheid open van een dergelijke wijziging, indien zij van oordeel is dat de richtsnoeren niet langer aan hun doelstelling beantwoorden wegens fundamentele en/of herhaalde veranderingen van de rechtspraak, de wijze waarop de mededingingsregels worden toegepast, het wettelijke kader en de economische en technische context.

12. Deze richtsnoeren hebben hoofdzakelijk betrekking op de rechtstreekse toepassing van de mededingingsregels op de ondernemingen, met name de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst. Zij behandelen niet de artikelen die op de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst van toepassing zijn, met name artikel 3 en artikel 59, leden 1 en 3. De beginselen betreffende de toepassing van artikel 59 in de telecommunicatiesector zijn neergelegd in de in de punten 12 en 13 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst genoemde besluiten (Richtlijnen 88/301/EEG en 90/388/EEG van de Commissie, hierna respectievelijk „de richtlijn eindapparatuur” en „de dienstenrichtlijn” genoemd).

Verband tussen de mededingingsregels die van toepassing zijn op de ondernemingen en die welke op de EVA-Staten of EG-Lid-Staten van toepassing zijn

13. Bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (die overeenkomen met de artikelen 53 en 54 van de EER-Overeenkomst) heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen geoordeeld⁽¹⁾ dat ofschoon de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag de gedragingen van ondernemingen betreffen en niet de wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten, deze laatste ingevolge artikel 5, tweede alinea, van het EG-Verdrag (dat overeenkomt met artikel 3, lid 2, van de EER-Overeenkomst) zich ervan dienen te onthouden maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepalingen hun nuttig effect kunnen ontnemen.

Dit zal met name het geval zijn, wanneer een Lid-Staat verboden kartelvorming zou opleggen of begunstigen, de gevolgen ervan zou bekrachtigen of misbruik door ondernemingen met een machtspositie zou aanmoedigen.

⁽¹⁾ Arrest van 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc (Jurispr. 1985, blz. 17); arrest van 11 juli 1985, zaak 299/83, Leclerc (Jurispr. 1985, blz. 2517); arrest van 30 april 1986, gevoegde zaken 209/84-213/84, Asjes e.a. (Jurispr. 1986, blz. 1425); arrest van 1 oktober 1987, zaak 311/85, VVR (Jurispr. 1987, blz. 3801).

Indien dergelijke maatregelen worden genomen of gehandhaafd met betrekking tot openbare bedrijven of ondernemingen waaraan een EVA-Staat of een EG-Lid-Staat bijzondere of uitsluitende rechten verleent, kan ook artikel 59 van toepassing zijn.

14. Indien de handelwijze van een openbaar bedrijf of een onderneming waaraan een EVA-Staat of EG-Lid-Staat bijzondere of uitsluitende rechten verleent, volledig voortvloeit uit de uitoefening van haar autonomie, kan deze alleen vallen onder de artikelen 53 en 54.

Indien die handelwijze is opgelegd door een dwingende (wettelijke of bestuursrechtelijke) overheidsmaatregel, die de betrokken ondernemingen geen beoordelingsvrijheid laat, is artikel 59, in samenhang met de artikelen 53 en 54, van toepassing op de desbetreffende Staat. In een dergelijk geval zijn de artikelen 53 en 54 van toepassing op het ondernemingsmatige gedrag, waarbij rekening wordt gehouden met de door de dwingende overheidsmaatregel opgelegde beperkingen in hun bewegingsvrijheid als ondernemingen.

Indien tenslotte de handelwijze het gevolg is van de vrije keuze van de betrokken ondernemingen, maar de overheid een maatregel heeft genomen die de handelwijze aanmoedigt of haar gevolgen versterkt, zijn de artikelen 53 en/of 54 van toepassing op de gedragingen van de onderneming terwijl artikel 59 op de overheidsmaatregel van toepassing kan zijn. Zulks zal onder meer het geval zijn indien de Staat de gevolgen van de handelwijze van de onderneming (bij voorbeeld tarieven) heeft goedgekeurd en/of bekrachtigd.

Deze richtlijnen en de eindapparatuur- en dienstenrichtlijnen vullen elkaar aan voor zover zij de principes vaststellen met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels: de artikelen 53 en 54 enerzijds en artikel 59 anderzijds.

Toepassing van de mededingings- en andere EER-regels, inzonderheid die betreffende de levering van een open netwerk (Open Network Provision, ONP)

15. De artikelen 53 en 54 en de verordeningen ter uitvoering daarvan vormen positief en afdwingbaar recht binnen het gehele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied. Strijdigheid met andere EER-regels dient niet voor te komen aangezien het gehele EER-recht een coherent regelgevend kader vormt. Andere EER-regels, met name de specifiek voor de telecommunicatiesector geldende regels, kunnen niet worden geacht regels te zijn ter toepassing van de artikelen 53 en 54 in deze sector. Het is echter duidelijk dat EER-regels die in de telecommunicatiesector worden aangenomen zodanig moeten worden uitgelegd dat zij verenigbaar zijn met de mededingingsregels.

16. Dit is onder meer van toepassing op de verhouding tussen mededingingsregels die betrekking hebben op de ondernemingen en de ONP-regels. ONP bestaat uit de „snelle vaststelling van technische voorwaarden, gebruiksvoorwaarden en tariefbeginselen voor Open Network Provision, te beginnen met geharmoniseerde voorwaarden voor het gebruik van huurlijnen”. De details van de ONP-procedures zijn vastgelegd in het in punt 2 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst genoemde besluit (Richtlijn 90/387/EEG van de Raad, hierna „Richtlijn 90/387” te noemen) betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van de Open Network Provision.

17. ONP is van fundamenteel belang voor het verschaffen van Europese toegang tot onderling verbonden openbare netwer-

ken van EER-dimensie. Wanneer de ONP-harmonisatie tot stand zal zijn gebracht, zullen de netwerkgebruikers in het hele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied geharmoniseerde toegangsvoorwaarden worden aangeboden, ongeacht het land waartoe zij zich richten. Geharmoniseerde toegang zal verzekerd zijn in overeenstemming met de mededingingsregels hierboven genoemd, zoals de ONP-regels dat specifiek voorschrijven.

ONP-regels kunnen niet beschouwd worden als mededingingsregels welke van toepassing zijn op Staten en/of ondernemingen. ONP en mededingingsregels vormen daarom twee coherente maar onafhankelijke systemen van regelgeving. Zodoende hebben de mededingingsregels een volle en autonome toepassing, zelfs wanneer alle ONP-regels zullen zijn aangenomen.

18. De mededingingsregels moeten en zullen worden toegepast op een met de van toepassing zijnde EER-regelgeving op het gebied van de handel samenhangende manier. Niettemin, de mededingingsregels zijn gelijkelijk van toepassing op EER-ondernemingen en op niet-EER-ondernemingen welke toegang hebben tot de EER-markt.

III. Gemeenschappelijke beginselen voor de toepassing van de artikelen 53 en 54

Gelijkwaardige toepassing van de artikelen 53 en 54

19. De artikelen 53 en 54 gelden rechtstreeks en in het gehele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied voor alle ondernemingen, openbare zowel als particuliere, op voet van gelijkheid en in dezelfde mate, onverminderd de in artikel 59, lid 2, bepaalde uitzondering⁽¹⁾.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en de nationale administratieve en gerechtelijke autoriteiten hebben de bevoegdheid deze regels toe te passen met inachtneming van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst.

20. Bijgevolg zijn de artikelen 53 en 54 van toepassing, zowel op de particuliere ondernemingen als op de openbare telecommunicatie-exploitanten, daaronder verstaan de telecommunicatieadministraties en de erkende particuliere vertegenwoordigers (hierna „telecommunicatieorganisaties” genoemd).

Telecommunicatieorganisaties zijn ondernemingen in de zin van de artikelen 53 en 54 voor zover zij economische activiteiten uitoefenen in verband met de vervaardiging en de verkoop van telecommunicatieapparatuur en/of in verband met de levering van telecommunicatiediensten, ongeacht of zij bij voorbeeld een economisch karakter hebben en of zij een van de Staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid hebben dan wel deel uitmaken van het centrale bestuur⁽²⁾. Verenigingen van telecommunicatieorganisaties zijn ondernemingsverenigingen in de zin van artikel 53, ofschoon telecommunicatieorganisaties deelnemen als

ondernemingen in organisaties waarin eveneens overheidsdiensten vertegenwoordigd zijn.

De artikelen 53 en 54 zijn ook van toepassing op ondernemingen die buiten het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied zijn gevestigd, indien restrictieve overeenkomsten worden toegepast of er een voornemen is tot toepassing, of misbruiken worden gepleegd bij deze ondernemingen binnen dat grondgebied en in zoverre de handel tussen overeenkomstsluitende partijen wordt beïnvloed⁽³⁾.

Krachtens artikel 59, lid 2, of op grond van essentiële verplichtingen gerechtvaardigde beperkingen van de mededinging

21. De in artikel 59, lid 2, voorziene uitzondering kan zowel gelden ten aanzien van overheidsmaatregelen als ten aanzien van handelingen van ondernemingen. In artikel 3 van de dienstenrichtlijn heet het, dat een EVA-Staat of EG-Lid-Staat de door haar af te geven vergunningen voor het verschaffen van een aantal telecommunicatiediensten aan welbepaalde beperkingen kan onderwerpen. Die beperkingen kunnen worden ingesteld uit hoofde van artikel 59, lid 2, of om te waarborgen dat wordt voldaan aan de nationale, in het genoemde besluit vermelde essentiële eisen.

22. Op de in artikel 59, lid 2, bedoelde uitzondering kan ook beroep worden gedaan in het geval dat het gedrag van een telecommunicatieorganisatie concurrentiebeperkingen tot gevolg heeft die door de betrokken Staat (EVA-Staat of EG-Lid-Staat) niet werden opgelegd in toepassing van het genoemde besluit. Er moet echter rekening worden gehouden met het feit dat de Staat, die tot taak heeft het openbaar en het algemeen economisch belang te beschermen, het in dat geval niet nodig achtte de desbetreffende beperkingen op te leggen. Hierdoor wordt het bijzonder moeilijk om aan te tonen, dat de uitzondering van artikel 59, lid 2, nog kan worden toegepast op het gedrag van een onderneming, dat tot die beperkingen heeft geleid.

23. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁽⁴⁾ concludeert de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, dat de beslissing of de uitzondering van artikel 59, lid 2, van toepassing is, behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, onder de rechterlijke controle van het EVA-Hof. Nationale autoriteiten, met inbegrip van rechterlijke instanties, kunnen vaststellen dat die uitzondering niet geldt indien zij oordelen dat de mededingingsregels duidelijk niet in de weg staan aan de vervulling van de aan de ondernemingen toevertrouwde taak van algemeen economisch belang. Indien de betrokken autoriteiten een dergelijke vaststelling niet kunnen maken, moeten zij hun beslissing opschorten, ten einde de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in staat te stellen na te gaan of de voorwaarden voor de toepassing van de desbetreffende bepaling zijn vervuld.

24. Maatregelen die de nakoming van „essentiële verplichtingen” in de zin van de dienstenrichtlijn moeten verzekeren, kunnen ingevolge haar artikel 1⁽⁵⁾ alleen door EVA-Staten of EG-Lid-Staten worden genomen en niet door ondernemingen.

⁽¹⁾ Artikel 59, lid 2, luidt: „De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van deze overeenkomst, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de overeenkomstsluitende partijen”.

⁽²⁾ Zie het arrest van 16 juni 1987 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, zaak 118/85, Commissie/Italië (Jurispr. 1987, blz. 2599).

⁽³⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 27 september 1988 in de gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85, 126/85, 127/85 en 129/85, Ahlström e.a. („Woodpulp”) (Jurispr. 1988, blz. 5193).

⁽⁴⁾ Zaak 10/71, Openbaar Ministerie Luxemburg/Müller (Jurispr. 1971, blz. 723); arrest van 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed (Jurispr. 1989, blz. 803).

⁽⁵⁾ „... redenen van algemeen belang en van niet-economische aard die een EVA-Staat of EG-Lid-Staat ertoe kunnen bewegen de toegang tot het openbare telecommunicatienetwerk of de openbare telecommunicatiediensten te beperken.”

De relevante markt

25. Met het oog op de vaststelling, welke de gevolgen zijn van een overeenkomst inzake mededinging in het licht van artikel 53, en of er sprake is van een machtspositie in de zin van artikel 54, is het noodzakelijk om voor de telecommunicatiesector een omschrijving te geven van de relevante markt(en), de produkt- of dienstmarkt(en) en de geografische markt(en). Gelet op de snelle evolutie van de technologie moet de omschrijving van de relevante markt dynamisch en veranderlijk zijn.

a) De produktenmarkt

26. Een produktenmarkt omvat alle produkten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien en die slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen wat hun prijs, gebruik en de voorkeur van de consument betreft. Het onderzoek kan niet worden beperkt tot de objectieve kenmerken van de betrokken produkten: ook de mededingingsvoorwaarden en de marktstructuur inzake vraag en aanbod moeten in aanmerking worden genomen⁽¹⁾.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA kan alleen in het kader van individuele gevallen een exacte omschrijving van die markten geven.

27. Binnen het kader van de richtsnoeren kan enkel worden vastgesteld, dat er alleszins afzonderlijke dienstenmarkten kunnen bestaan voor de levering van netwerken op aarde, spraakcommunicatie, datacommunicatie en satellieten. Wat de apparatuur betreft, kan bij de omschrijving van de markt met de volgende gebieden rekening worden gehouden: openbare schakelingen en particuliere schakelingen, zendersystemen, en meer in het bijzonder op het gebied van de eindapparatuur: telefoontoestellen, modems, telexapparaten, eindstations voor datatransport en mobilifoons. Deze opsomming staat er niet aan in de weg, dat andere, engere afzonderlijke markten worden gedefinieerd. Met betrekking tot andere diensten, zoals de diensten met toegevoegde waarde, en de eind- en netwerkapparatuur, kan hier niet worden gespecificeerd of er voor elk van deze afzonderlijk een markt bestaat dan wel voor een combinatie van de twee of meer, zulks ook gelet op de verwisselbaarheid op de verschillende geografische markten. Dit wordt hoofdzakelijk bepaald door het aanbod en de eisen op deze markten.

28. Aangezien de verschillende nationale openbare netwerken nu elkaars concurrenten zijn wat de installatie van de telecommunicatiecentra van de belangrijke gebruikers betreft, kan de omschrijving van de markt dienovereenkomstig verschillen. Het is immers zo dat belangrijke telecommunicatiegebruikers, ongeacht of zij dienstenleveranciers zijn, hun vestiging kiezen afhankelijk van onder meer het pakket van telecommunicatiediensten, dat de telecommunicatieorganisaties aanbieden. Hiertoe vergelijken zij de eigenschappen en de prijzen van de nationale openbare netten en schakelingen en de overige diensten die door de telecommunicatieorganisaties worden geleverd.

29. Wat de levering van satellietverbindingen betreft, is het de vraag, of deze grotendeels verwisselbaar is met de levering van netwerk op aarde.

a) Er zijn verschillende vormen van satellietcommunicatie: vaste dienst (punt naar punt-communicatie), meerpunts (punt naar meerpunts en meerpunts naar meerpunts), in één richting of in twee richtingen.

b) Satellieten hebben als voornaamste kenmerken: een zeer groot geografisch bereik dat niet door nationale grenzen wordt beperkt, de kosten zijn niet afhankelijk van de afstand, flexibele en eenvoudige installatie van netwerk, in het bijzonder voor de systemen van zeer kleine satellietantennes (Very Small Aperture Terminals, VSAT).

c) De gebruikswijzen van satellieten kunnen in de volgende categorieën worden onderverdeeld: spraak- en datatransmissie via openbaar netwerk, diensten met toegevoegde waarde voor de zakenwereld en televisie-uitzendingen.

d) Wat de gewone spraak- en datatransmissie over lange afstanden betreft, bestaat er een grote verwisselbaarheid tussen de satellietverbinding en de transmissie op de grond. Omgekeerd maken de karakteristieken van de satellietverbinding deze op het gebied van een aantal specifieke gebruikswijzen van spraak- en datatransport niet wezenlijk verwisselbaar met transmissie op aarde, maar eerder aanvullend. Deze gebruikswijzen zijn: dienstverlening aan perifere of minder ontwikkelde gebieden, verbindingen tussen niet aan elkaar grenzende landen, herconfiguratie van de capaciteit en levering van een zendweg voor verkeersherstel. Op het gebied van rechtstreekse uitzendingen en particuliere meerpuntsnetwerken voor diensten met toegevoegde waarde voor de bedrijfs-wereld zijn satellieten niet wezenlijk verwisselbaar. Bijgevolg vormen zij voor al die gebruikswijzen afzonderlijke produktenmarkten. Binnen de markt voor satellieten kunnen afzonderlijke markten bestaan.

30. Met betrekking tot mobiele communicatie blijken onderscheiden diensten te bestaan, zoals cellulair telefonie, semafoon, telepunt, draadloze spraakcommunicatie en draadloze datacommunicatie. Door de technische evolutie kunnen al die systemen worden geleverd met steeds uitgebreidere mogelijkheden. Dit heeft tot gevolg dat de verschillen tussen die systemen geleidelijk vervagen en hun onderlinge verwisselbaarheid toeneemt. Het kan dus niet worden uitgesloten, dat in de toekomst voor bepaalde gebruikswijzen meerdere systemen één enkele produktmarkt gaan vormen. Vanwege datzelfde verschijnsel is het waarschijnlijk, dat voor bepaalde toepassingen, mobiele systemen zullen samenvallen in een markt waarbij bepaalde diensten zullen worden aangeboden via het openbare netwerk.

b) De geografische markt

31. Een geografische markt is een gebied

— waar ondernemingen met elkaar concurreren

en

— waar de objectieve mededingingsvoorwaarden voor het betrokken produkt of dienst voor alle handelaren gelijk zijn⁽²⁾.

32. Onverminderd de omschrijving van de geografische markt in individuele gevallen, lijkt ieder nationaal grondgebied in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grond-

⁽¹⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin (Jurispr. 1983, blz. 3461, r.o. 37).

⁽²⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands (Jurispr. 1978, blz. 207, r.o. 44). Voor de telecommunicatiesector: arrest van 5 oktober 1988, zaak 247/86, Alsatel-Novasam (Jurispr. 1988, blz. 5987).

gebied nog steeds een afzonderlijke geografische markt te vormen voor de betrokken diensten of producten wanneer:

- aan de behoeften van de klanten niet kan worden voldaan door gebruik te maken van een niet-nationale dienst;
- er verschillende wettelijke voorwaarden bestaan voor de toegang tot diensten, met name bijzondere of exclusieve rechten, waardoor de nationale grondgebieden kunnen worden afgesloten;
- er geen EER-normen bestaan voor apparatuur en netwerk waardoor de nationale markten eveneens kunnen worden afgesloten. De afwezigheid van vrijwillige EER-normen toont aan, dat er verschillen bestaan in de behoefte van consumenten naar gelang hun nationaliteit.

Verwacht wordt echter, dat de geografische markt zich geleidelijk tot het grondgebied van de EER-Overeenkomst zal uitbreiden.

33. Voorts moet worden nagegaan, of iedere nationale markt of een deel daarvan een wezenlijk deel van het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied vormt. Dit is het geval indien de betrokken diensten of producten een aanzienlijk percentage vertegenwoordigen van het EER-volume. Dit geldt voor alle betrokken diensten en producten.

34. De opstraalverbinding voor grensoverschrijdende satellietcommunicatie kan worden geleverd vanuit één land of uit meerdere landen. In dit geval is de geografische markt ruimer dan het nationale grondgebied en kan hij het hele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied omvatten.

Voor de segmentcapaciteit zal de grootte van de geografische markt afhankelijk zijn van de kracht van de satelliet en zijn vermogen om met andere satellieten te concurreren voor de transmissie naar een bepaald gebied, met andere woorden van haar reikwijdte. Dit kan slechts geval per geval worden beoordeeld.

35. Wat de diensten in het algemeen alsmede rand- en netwerkapparatuur betreft, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de invloed van de betrokken ondernemingen op de markt en het gevolg van hun handelswijze voor de mededinging binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied beoordelen in het licht van hun onderling samenhangende activiteiten en de interactie tussen de EER en de wereldmarkten. Dit kan een aanzienlijk effect hebben op de structuur van de EER-markten, het algemene concurrentievermogen van de ondernemingen die op die markten bedrijvig zijn en uiteindelijk op hun vermogen om onafhankelijke exploitanten te blijven.

IV. Toepassing van artikel 53

36. In veel gevallen kunnen diensten op Europese schaal worden gerealiseerd door samenwerking tussen telecommunicatieorganisaties, bij voorbeeld door te zorgen voor interoperabiliteit en interoperabiliteit

- i) op die gebieden waar voor de levering uitsluitende of voorbehouden rechten kunnen worden gehandhaafd volgens de EER-voorschriften en met name de dienstenrichtlijn

en

- ii) op gebieden waar voor een optimale dienstverlening bepaalde samenwerkingsvormen vereist zijn, zoals de „one-

stop shopping”-regelingen waarbij op één enkel verkooppunt diensten op Europese schaal kunnen worden verkregen.

Die samenwerking wordt door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA verwelkomd en ten volle gesteund, vooral met het oog op de bevordering van de ontwikkeling van diensten op Europese schaal en de versteviging van het concurrentievermogen van de industrie op het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied en op de wereldmarkten. De samenwerking kan die doelstellingen echter slechts bereiken indien zij gebeurt in overeenstemming met de EER-mededingingsregels. Hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst voorziet in een welomschreven procedure ter behandeling van dergelijke samenwerkingsovereenkomsten. De in hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst voorziene procedures zijn:

- i) de toepassing van een negatieve verklaring door welke de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA verklaart, dat de betrokken overeenkomsten niet vallen onder artikel 53 omdat zij geen beperking van de mededinging inhouden en/of de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst niet beïnvloeden

en

- ii) de aanmelding van overeenkomsten vallende onder artikel 53 zulks met het oog op de verkrijging van een ontheffing ex artikel 53, lid 3. Wanneer een bepaalde overeenkomst valt onder artikel 53, kan een ontheffing alleen worden verleend door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA op grond van artikel 53, lid 3, wanneer deze overeenkomst bepaalde economische voordelen oplevert — getoetst aan de in paragraaf 3 genoemde criteria — welke opwegen tegen de beperkingen van de mededinging. In elk geval zal de mededinging niet uitgesloten mogen worden met betrekking tot een substantieel deel van de betrokken producten. Aanmelding is niet verplicht; indien partijen echter terwille van de rechtszekerheid besluiten om een ontheffing van artikel 4 van hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst te verzoeken, kunnen de betrokken overeenkomsten slechts worden vrijgesteld wanneer zij bij de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zijn aangemeld.

37. Samenwerkingsovereenkomsten kunnen vallen onder een van de door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA gegeven groepsvrijstellingbesluiten of bekendmakingen zoals bedoeld in bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst. In het eerste geval is de overeenkomst automatisch vrijgesteld krachtens artikel 53, lid 3. In het laatste geval staat men volgens de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA voor een overeenkomst welke geen merkbare oplossing van de mededinging en handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst inhoudt en die dan ook geen actie van de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA rechtvaardigt. In beide gevallen behoeft de overeenkomst niet te worden aangemeld, hoewel zulks in geval van twijfel toch kan plaatsvinden. Indien de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA een groot aantal aanmeldingen van soortgelijke samenwerkingsovereenkomsten ontvangt betreffende de telecommunicatiesector, kan zij overwegen of een specifieke groepsvrijstellingsverordening voor dergelijke overeenkomsten op haar plaats zou zijn.

38. Hieronder worden de categorieën van overeenkomsten⁽¹⁾ opgesomd, die typisch lijken voor de telecommunicatiesector en die onder artikel 53 kunnen vallen. Die lijst bevat voorbeelden en is daarom niet uitputtend. De Toezichthoudende Autoriteit

(1) Gemakkelijkheidshalve wordt hiermee ook bedoeld de „besluiten van verenigingen” en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” in de zin van artikel 53.

van de EVA geeft daarbij de potentiële beperkingen van de mededinging aan waarop artikel 53 van toepassing zou kunnen zijn alsook de gevallen waarin ontheffing mogelijk zou kunnen zijn.

39. Deze overeenkomsten kunnen de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst beïnvloeden om de volgende redenen:

- i) diensten, met uitzondering van diensten voorbehouden aan de telecommunicatieorganisaties, apparatuur en ruimtesegmentvoorzieningen, worden over het hele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied verhandeld; bijgevolg is het waarschijnlijk, dat overeenkomsten met betrekking tot de diensten en apparatuur de handel zullen treffen. Hoewel de grensoverschrijdende handel momenteel nog beperkt is, is er geen reden om te veronderstellen dat de levering van deze faciliteiten in de toekomst beperkt zal blijven tot de nationale markt;
- ii) men kan stellen dat ook de gereserveerde netwerkdiensten over het hele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied worden verhandeld. Een exploitant die in een EVA-Staat of EG-Lid-Staat is gevestigd, kan die diensten leveren aan klanten die in andere Staten zijn gevestigd en die beslissen hun telecommunicatiecentrum naar de eerste EVA-Staat of EG-Lid-Staat over te brengen omdat dit economisch of kwalitatief gunstiger is. Overeenkomsten op deze gebieden zullen de EER-handel wellicht ten minste in die mate treffen, dat zij de voorwaarden beïnvloeden waaronder de overige diensten en apparatuur in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied worden aangeboden.

40. Tenslotte, voor zover de telecommunicatieorganisaties machtspositie bezitten op de markten voor voorzieningen, diensten en apparatuur, kan hun handelen dat leidt tot — met inbegrip van het sluiten van — de betreffende overeenkomsten, eveneens leiden tot een schending van artikel 54 indien deze overeenkomsten als effect hebben, of waarschijnlijk zullen hebben, dat de mate waarin op de betreffende markt mededinging bestaat, wordt aangetast of dat de groei van de mededinging wordt belemmerd, dan wel ertoe leiden dat telecommunicatieorganisaties handelsvoordelen verkrijgen welke zij niet zouden hebben als er een normale en effectieve mededinging zou bestaan.

A. Horizontale overeenkomsten betreffende de levering van bodemfaciliteiten en gereserveerde diensten

41. Dergelijke overeenkomsten betreffende bodemfaciliteiten (geschakeld openbaar netwerk^o of huurlijnen) of diensten (bijvoorbeeld spraaktelefoondienst voor het gewone publiek) kunnen momenteel uitsluitend worden gesloten tussen telecommunicatieorganisaties, in verband met het systeem waarbij uitsluitende of bijzondere rechten worden verleend. Het feit, dat de dienstenrichtlijn de mogelijkheid erkent voor een EVA-Staat of EG-Lid-Staat om deze voorzieningen te reserveren voor bepaalde marktdeelnemers, zondert deze marktdeelnemers niet uit van de verplichting de mededingingsregels in acht te nemen bij het verstrekken van faciliteiten en diensen. Die overeenkomsten kunnen de mededinging binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied slechts beperken waar die uitsluitende rechten aan meer dan één leverancier zijn toegekend.

42. Deze overeenkomsten kunnen de concurrentie tussen de telecommunicatieorganisaties beperken met betrekking tot het behouden of aantrekken van grote telecommunicatiegebruikers voor hun „telecommunicatiecentra”. Dergelijke concurrentie

inzake de telecommunicatiecentra („hub competition”) is in hoofdzaak gebaseerd op voordelige tarieven en andere voorwaarden evenals op de kwaliteit van de dienstverlening. EVA-Staten of EG-Lid-Staten mogen deze mededinging niet uitsluiten, nu de dienstenrichtlijn uitsluitend de verlening van exclusieve en bijzondere rechten toestaat door elke EVA-Staat of EG-Lid-Staat alleen op haar eigen grondgebied.

43. Tenslotte kunnen die overeenkomsten de mededinging beperken voor wat betreft niet-gereserveerde diensten afkomstig van derde ondernemingen welke worden gesteund door de betrokken installaties, bij voorbeeld wanneer zij aan bepaalde gebruikers discriminerende of onredelijk handelsvoorwaarden opleggen.

44. aa) Prijsovereenkomsten

Alle overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties met betrekking tot prijzen, kortingen, het aan de gebruiker aan te rekenen tarief voor internationale diensten, kunnen de concurrentie inzake de telecommunicatiecentra aanzienlijk beperken. Coördinatie of verbod van kortingen kan leiden tot bijzonder ernstige beperkingen. De tarieven zijn algemeen bekend en in een dergelijke situatie blijven kortingen de enige mogelijkheid voor een daadwerkelijke prijsconcurrentie.

45. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de Commissie van de EG hebben in verscheidene zaken geoordeeld dat prijsovereenkomsten behoren tot de ernstige inbreuken op artikel 85 van het EG-Verdrag⁽¹⁾. Harmonisatie van de tariefstructuren is weliswaar een belangrijke factor voor de levering van diensten op EER-schaal, doch die doelstelling moet worden nagestreefd binnen de perken van de EER-mededingingsregels waarbij tevens efficiënte en voor het hele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied geldende principes voor de vaststelling der prijzen moeten worden gedefinieerd. Prijsconcurrentie is een essentieel, zo al niet het voornaamste element bij keuzebepaling van de klant en is bovendien een stimulans voor technische vooruitgang. Zonder eventuele verzoeken om individuele ontheffing te prejudiciëren, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zeer grondig onderzoeken of prijsovereenkomsten gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 53, lid 3.

46. Indien de overeenkomsten daarentegen alleen betrekking hebben op de vaststelling van gemeenschappelijke tariefstructuren of -beginselen, zou de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA kunnen nagaan of dit niet een van de in artikel 53, lid 3, genoemde economische voordelen vormt die opwegen tegen de concurrentiebeperking. Dit zou immers kunnen voorzien in de noodzakelijke doorzichtigheid van tariefberekeningen en het de gebruikers gemakkelijker maken om een beslissing te nemen over de verkeersstroom of de vestigingsplaats van hoofdzetel of bijkantoren. Die overeenkomsten kunnen er ook toe bijdragen een van de economische doelstellingen, namelijk tarieven die meer beantwoorden aan de kosten, te verwezenlijken.

In dit verband heeft de CEPT, na tussenkomst van de Commissie, besloten tot afschaffing van aanbeveling PGT/10 betreffende de algemene beginselen voor de huur van internationale telecommunicatielijnen en de oprichting van internationale particuliere netwerken. Die aanbeveling voorzag onder meer in een supplementaire heffing van 30% of een aansluitingsheffing, indien

⁽¹⁾ Beschikking 89/190/EEG van de Commissie (PVC) (PB nr. L 74 van 17. 3. 1989, blz. 1); arrest van 30 januari 1985, zaak 123/83, BNIC (Jurispr. 1985, blz. 391); zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren (Jurispr. 1972, blz. 977); Beschikking 86/398/EEG van de Commissie (polypropyleen) (PB nr. L 230 van 18. 8. 1986, blz. 1), in beroep zaak 179/86.

verkeer met derden over een internationale huurlijn werd geleid of indien een dergelijke lijn verbonden was met het openbare telecommunicatienetwerk. Daarnaast waren eenvormige tariefcoëfficiënten voorzien voor de vaststelling van het relatieve prijsniveau voor internationale telecommunicatiehuurlijnen. Doordat de samenwerking van de CEPT met de Commissie heeft geleid tot intrekking van de aanbeveling, is de concurrentie tussen de marktdeelnemers in de telecommunicatiesector voor de levering van internationale huurlijnen hersteld ten voordele van de gebruikers, met name de leveranciers van niet-gereserveerde diensten. De Commissie was van oordeel dat de aanbeveling gelijkstond met een prijsvereenkomst in de zin van artikel 85 van het EG-Verdrag (dat overeenkomt met artikel 53 van de EER-Overeenkomst), waardoor de mededinging in de Gemeenschap wezenlijk werd beperkt ⁽¹⁾.

47. ab) Overeenkomsten met betrekking tot andere voorwaarden voor de levering van faciliteiten

Dergelijke overeenkomsten kunnen tussen de partners de mededinging inzake telecommunicatiecentra beperken. Bovendien kunnen zij de toegang van de gebruikers tot het netwerk begrenzen, waardoor de concurrentie van derde ondernemingen voor vrije diensten wordt beperkt. Dit is met name het geval voor het gebruik van huurlijnen. In de ingetrokken aanbeveling PGT/10 van de CEPT inzake tarieven waren ook aanbevolen beperkingen van de verkoopvoorwaarden vastgesteld, waartegen de Commissie bezwaar heeft gemaakt. De voornaamste beperkingen waren:

- het gebruik van de huurlijnen door de klant en door derden werd afhankelijk gesteld van de voorwaarde, dat de communicatie uitsluitend betrekking had op de activiteit waarvoor de lijn was toegekend;
- onderverhuur werd verboden;
- de machtiging voor particuliere netwerken werd slechts verleend aan klanten die economisch met elkaar verbonden waren en die dezelfde activiteiten uitoefenen;
- voor de goedkeuring van een particulier netwerk, een wijziging van het gebruik van het net of een koppeling van particuliere netwerken zou voorafgaand overleg plaatsvinden tussen de telecommunicatieorganisaties.

Met het oog op een ontheffing krachtens artikel 53, lid 3, zou er onder meer rekening mee kunnen worden gehouden, dat voor een specifieke voorziening bijzondere voorwaarden worden aangeboden om de ontwikkeling ervan te stimuleren. Daardoor zouden technologieën kunnen worden aangemoedigd die de kosten voor de dienstverlening verminderen en ertoe bijdragen, dat de Europese industriële structuren concurrerender worden. Het spreekt vanzelf, dat ook aan de overige voorwaarden van artikel 53, lid 3, moet worden voldaan.

48. ac) Overeenkomsten betreffende de keuze van telecommunicatieroutes

Deze kunnen de volgende beperkende gevolgen hebben:

- i) In de mate dat de keuze van de telecommunicatieorganisaties inzake de voor de internationale diensten te volgen routes

door die overeenkomsten wordt gecoördineerd, kan hierdoor de concurrentie worden beperkt tussen telecommunicatieorganisaties als leveranciers van telecommunicatiecentra voor de gebruikers, en dit voor wat betreft investeringen en produktie, met een mogelijke invloed op de tarieven. Er dient te worden nagegaan of die begrenzing van hun economische vrijheid voldoende groot is om onder artikel 53 te vallen. Een ontheffing krachtens artikel 53, lid 3, zal hoe dan ook gemakkelijker te verdedigen zijn indien een gemeenschappelijke routebepaling noodzakelijk is om onderlinge verbindingen, en dus het gebruik van een Europees netwerk, mogelijk te maken.

- ii) In de mate dat de keuze van reeds vastgestelde routes wordt voorbehouden aan de telecommunicatieorganisaties, en die keuze betrekking heeft op één welbepaalde faciliteit, kunnen de overeenkomsten het gebruik van andere faciliteiten beperken en daarmee de levering van diensten, wat nadelig kan zijn voor de technologische vooruitgang. De keuze van routes lijkt daarentegen in beginsel niet beperkend te zijn indien het gaat om een technische noodzaak.

49. ad) Overeenkomsten inzake het opleggen van technische- en kwaliteitsnormen voor de op het openbare netwerk geleverde diensten

Normalisatie brengt belangrijke economische voordelen met zich zoals bedoeld in artikel 53, lid 3. Zij vergemakkelijkt onder meer het verschaffen van Europa-wijde telecommunicatiediensten. Zoals in het kader van het in de EER-Overeenkomst vervatte standpunt inzake normalisatie werd uiteengezet, mogen producten en diensten die aan de normen beantwoorden in het hele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied worden gebruikt. Overeenkomstig dat standpunt zijn Europese normalisatie-instellingen tot stand gekomen (ETSI en CEN/Cenelec). Nationale markten binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied worden dan opengetrokken om een EER-markt te vormen. De markten voor diensten en apparatuur worden groter, zodat economische schaalvergroting wordt bevorderd. De gebruikers kunnen derhalve kiezen uit goedkopere producten en diensten. Normalisatie kan ook een alternatief bieden voor specificaties die eigendom zijn van ondernemingen met een machtspositie op het gebied van netwerkarchitectuur en niet-gereserveerde diensten. Standaardisatieovereenkomsten verminderen het risico dat die ondernemingen misbruik maken van hun machtspositie om de toegang tot de markten voor niet-gereserveerde diensten en voor apparatuur te blokkeren. Niettemin kunnen bepaalde normalisatieovereenkomsten een restrictief effect hebben op de mededinging: de innovatie verhinderen, een bepaalde vorm van technische ontwikkeling bevriezen, de toegang blokkeren tot het netwerk voor bepaalde gebruikers/dienstenaanbieders. Deze beperking kan merkbaar zijn, bij voorbeeld in geval besloten moet worden in hoeverre de toekomst „intelligentie” zal worden opgenomen in het netwerk of toegestaan zal blijven in de apparatuur van gebruikers. Het opleggen van andere specificaties dan die welke in de EER-voorschriften zijn voorzien, zou een beperkende invloed kunnen hebben op de mededinging. Overeenkomsten welke dat gevolg hebben, vallen daarom onder artikel 53.

Het evenwicht tussen economische voordelen en concurrentiebeperkingen is complex. In beginsel zou ontheffing kunnen worden verleend indien een overeenkomst de markt opener maakt en de toegang ertoe vergemakkelijkt en die voordelen opwegen tegen de erdoor veroorzaakte beperkingen.

50. Normalisatie welke gezamenlijk is ontwikkeld en/of gepubliceerd in overeenstemming met de ONP-procedures leidt tot de veronderstelling, dat de samenwerkende telecommunicatieorganisaties die zich aan deze normen houden, voldoen aan de eis van

⁽¹⁾ Zie persbericht van de Commissie van 6 maart 1990 (IP(90) 188).

open en efficiënte toegang (zie de in punt 16 genoemde ONP-richtlijn). Deze veronderstelling kan worden weerlegd, onder meer indien de overeenkomst beperkingen bevat welke niet zijn voorzien in de EER-voorschriften en niet onmisbaar zijn voor de bedoelde normalisatie.

51. Een belangrijke vereiste van artikel 53, lid 3, is nog dat een billijk aandeel in de voordelen aan de gebruikers ten goede komt. De kans dat dit gebeurt, is groter indien de gebruikers rechtstreeks worden betrokken bij het normalisatieproces zodat zij helpen vaststellen welke produkten of diensten aan hun behoeften beantwoorden. Met het oog op de toepassing van artikel 53, lid 3, is ook de betrokkenheid van andere producenten of dienstenleveranciers dan de telecommunicatieorganisaties een positief element. Het moet echter om een openlijk en zeer representatieve betrokkenheid gaan, ten einde concurrentiebeperkingen te vermijden ten nadele van de niet bij de overeenkomst aangesloten producenten of dienstenleveranciers. Om voor deze overeenkomsten een ontheffing te verkrijgen krachtens artikel 53, lid 3, kan het noodzakelijk blijken om aan andere producenten licenties te verlenen.

52. ae) Overeenkomsten, welke voorzien in een speciale behandeling voor eindapparatuur van telecommunicatieorganisaties of apparatuur voor de verbinding of exploitatie van eindapparatuur van andere ondernemingen met gereserveerde diensten en faciliteiten.

53. af) Overeenkomsten betreffende de uitwisseling van informatie

Voor de goede werking van de internationale telecommunicatiediensten alsmede voor de samenwerking met als doel het waarborgen van de onderlinge interconnectiviteit dan wel de „one-stop shopping” en afrekening, zou een algemene uitwisseling van informatie noodzakelijk kunnen zijn. Dit zou zich echter niet dienen uit te strekken tot mededingingsgevoelige informatie zoals bepaalde informatie omtrent tarieven welke beschouwd kunnen worden als zakengeheim, kortingen, afnemers en commerciële strategie, inclusief die welke betrekking heeft op nieuwe produkten. De uitwisseling van die informatie zou de autonomie van het bedrijfsbeleid van elke telecommunicatieorganisatie aantasten en is niet nodig om de bedoelde doelstellingen te bereiken.

B. Overeenkomsten met betrekking tot de levering van niet-gereserveerde diensten en eindapparatuur

54. Anders dan de faciliteitenmarkten, waar de telecommunicatieorganisaties de enige leveranciers zijn, hebben de deelnemers op de dienstenmarkten talrijke daadwerkelijke en potentiële concurrenten waaronder, naast de telecommunicatieorganisaties, internationale particuliere bedrijven, computerbedrijven, uitgeverijen en andere. Derhalve zijn overeenkomsten inzake diensten en eindapparatuur mogelijk tussen telecommunicatieorganisaties onderling, tussen telecommunicatieorganisaties en particuliere bedrijven, en tussen particuliere bedrijven onderling.

55. Het liberalisatieproces heeft voornamelijk geleid tot een aantal strategische allianties tussen i) telecommunicatieorganisaties en ii) telecommunicatieorganisaties en andere bedrijven. Deze overeenkomsten hebben gewoonlijk de vorm van joint ventures.

56 ba) Overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties

In het algemeen hebben deze overeenkomsten als voorwerp de levering door iedere partner van een dienst met toegevoegde waarde alsmede het beheer van die dienst. Meestal zijn zij gebaseerd op het „one-stop shopping”-beginsel, dat wil zeggen dat iedere partner de klant het volledige dienstenpakket aanbiedt dat hij nodig heeft. Deze beheerde diensten noemt men datanetwerkbeheerdiensten (Managed Data Network Services, hierna: MDNS). MDNS bestaat in wezen uit een compleet dienstenpakket, dat faciliteiten, diensten met toegevoegde waarde en beheer omvat. De overeenkomsten kunnen ook betrekking hebben op elementaire diensten zoals satellietopstraalverbinding.

57. Deze overeenkomsten kunnen de mededeling op de MDNS-markt en ook op de markten voor een dienst of een groep van diensten die vervat zijn in het MDNS-pakket, beperken:

- i) tussen de deelnemende telecommunicatieorganisaties zelf
- en
- ii) ten opzichte van andere bestaande of potentiële derde leveranciers.

58 i) Beperking van de mededinging tussen telecommunicatieorganisaties

Samenwerking tussen telecommunicatieorganisaties kan leiden tot een beperking van het aantal potentiële individuele MDNS die door iedere deelnemende telecommunicatieorganisatie worden aangeboden. De mededinging kan door de overeenkomsten ongunstig worden beïnvloed op bepaalde gebieden die in artikel 53, lid 1, onder a), b) en c), specifiek worden genoemd als voorbeelden van verboden gedragingen, indien zij:

- de prijzen die iedere deelnemer aan zijn klanten aanrekent vaststellen of aanbevelen, of (door het uitwisselen van prijsgegevens) tenminste coördinatie daarvan tot gevolg hebben;
- voorzien in een gezamenlijke specificatie van de MDNS-produkten, quota's, gezamenlijke levering, specificatie van de systemen van de klanten; dit alles zou neerkomen op het controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling en de investeringen;
- inhouden dat de MDNS-apparatuur en/of programmatuur gezamenlijk wordt aangekocht, wat gelijk staat met het delen van de markten of aanvoerbronnen.

59. ii) Beperkende gevolgen voor derde ondernemingen

De toegang van derden tot de markt kan worden belet of bemoeilijkt indien de deelnemende telecommunicatieorganisaties:

- faciliteiten weigeren te leveren aan derde leveranciers van diensten;
- de gebruiksmogelijkheden alleen voor derden en niet voor zich zelf beperken (bij voorbeeld het verbod voor een particuliere leverancier om meerdere klanten op een huurlijn te plaatsen om de eenheidskosten te drukken);

- ten opzichte van die van particuliere leveranciers elkaars MDNS-aanbiedingen bevoordelen wat betreft de toegang, de beschikbaarheid, de kwaliteit en prijs van huurcircuits, het onderhoud en andere diensten;
- bijzonder lage tarieven toepassen op hun eigen MDNS-aanbod en deze kruiselings subsidiëren via hogere tarieven voor monopolistische diensten.

Voorbeelden hiervan zijn de door de telecommunicatieorganisaties aan de particuliere netwerkexploitanten opgelegde beperkingen met betrekking tot de bevoegdheden van de gebruikers, de aard van de boodschappen die over het netwerk worden uitgewisseld of het gebruik van particuliere internationale huurcircuits.

60. Ten slotte kan een concurrentiebeperkende handelwijze zoals beschreven in punt 59 een misbruik van een machtspositie zijn in de zin van artikel 54 (zie titel V), aangezien de deelnemende telecommunicatieorganisaties individueel of collectief op elke nationale markt een machtspositie bezitten voor de installatie en de exploitatie van het netwerk.

61. Anderzijds kunnen overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties economische voordelen met zich brengen waarmee rekening kan worden gehouden voor een eventuele onthefing krachtens artikel 53, lid 3. De mogelijke voordelen zijn onder meer:

- een Europese dienstverlening en „one-stop shopping” kan het Europese bedrijfsleven ten goede komen. Grote multinationale ondernemingen krijgen een Europese communicatiedienst door gebruik te maken van slechts één contactpunt;
- de samenwerking kan leiden tot een zekere normalisatie op Europese schaal, zelfs voordat nieuwe EER-bepalingen op dat gebied worden vastgesteld;
- de samenwerking kan leiden tot kostenverlaging en dus tot goedkopere aanbiedingen in het voordeel van de gebruikers;
- uit een gezamenlijke dienstverlening kan een algemene verbetering van de openbare infrastructuur voortvloeien.

62. Slechts door de aanmelding van de betrokken gevallen overeenkomstig de in hoofdstuk II van Protocol 4 van de TAH-Overeenkomst vastgestelde procedures zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, indien zij daartoe wordt verzocht, kunnen beoordelen, of die voordelen opwegen tegen de beperkingen van de mededinging. Hoe het ook zij, beperkingen van de toegang tot de markt voor derden zullen waarschijnlijk worden beschouwd als niet onmisbaar en leiden tot de uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten en diensten in de zin van artikel 53, lid 3, waardoor de mogelijkheid van een ontheffing wordt uitgesloten. Het verzoek tot ontheffing zal wellicht ook worden verworpen indien een MDNS-overeenkomst een aanmerkelijke versterking betekent van de machtspositie die een deelnemende telecommunicatieorganisatie op de markt bezit voor een dienst die deel uitmaakt van de MDNS.

63. De voorwaarden voor ontheffing van dergelijke samenwerkingsvormen werden door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA samengevat in een zaak waarin een joint venture was voorgesteld tussen 22 telecommunicaties met het oog op de levering van een Europese MDNS, een plan dat later om commerciële redenen werd opgegeven⁽¹⁾. De Toezichthoudende

Autoriteit van de EVA stelt vast, dat het MDNS-project het gevaar inhield dat de mededinging zou worden beperkt tussen de exploitanten zelf en ten opzichte van particuliere dienstenleveranciers, maar zij erkende, dat het project ook economische voordelen verschaft aan telecommunicatiegebruikers, zoals toegang tot Europese diensten via één enkele exploitant. De samenwerking had ook de Europese normalisatie kunnen versnellen, de kosten verlagen en de kwaliteit van de diensten verbeteren. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA had de deelnemers ervan in kennis gesteld, dat de goedkeuring van het project afhankelijk zou zijn van waarborgen met het oog op het voorkomen van overbodige concurrentiebeperkingen op de markt van de telecommunicatiediensten zoals discriminatie van particuliere dienstenleveranciers en winstoverheveling. Dergelijke waarborgen zouden essentiële voorwaarden zijn om samenwerkingsakkoorden waarbij telecommunicatieadministraties zijn betrokken, vrij te stellen van de toepassing van de mededingingsregels. De voorwaarde van een toereikende garantie van niet-discriminatie en niet-winstoverheveling zullen in elk geval apart moeten worden gespecificeerd volgens de voorbeelden van discriminatie hieronder weergegeven in titel V met betrekking tot de toepassing van artikel 54.

64. bb) Overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties en andere dienstenleveranciers

Er is op het gebied van telecommunicatiediensten een toenemende samenwerking tussen telecommunicatieorganisaties en andere exploitanten. Vaak gebeurt dit in de vorm van een joint venture. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA erkent de potentiële positieve effecten ervan. Die samenwerking kan echter de mededinging en de openstelling van de dienstenmarkten ook ongunstig beïnvloeden. Bijgevolg moeten de gunstige en de schadelijke gevolgen zorgvuldig worden afgewogen.

65. Dergelijke overeenkomsten kunnen de mededinging beperken voor de levering van telecommunicatiediensten:

i) tussen de partners

en

ii) ten opzichte van derden.

66. i) De mededinging tussen de partners kan worden beperkt indien deze voor de desbetreffende telecommunicatiedienst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Dit is in het algemeen het geval, zelfs indien alleen de andere partners, en niet de telecommunicatieorganisaties, de dienst reeds leveren. De telecommunicatieorganisaties bezitten immers reeds de financiële draagkracht, en de technische en de commerciële vaardigheden die nodig zijn om zich op de markt van niet-gereserveerde diensten te begeven en zij kunnen de technische en financiële risico's daarvan redelijkerwijze wel dragen. In het algemeen is dit ook het geval voor de particuliere exploitanten, indien zij de dienst nog niet leveren op de geografische markt waarop de samenwerking van toepassing is, maar die dienst elders verlenen. Om die reden kunnen zij op die geografische markt potentiële concurrenten zijn.

67. ii) De samenwerking kan de mededinging van de derden beperken, omdat:

- er een aanmerkelijk risico is, dat de deelnemende telecommunicatie, als belangrijkste netwerkleverancier, de toegang tot het netwerk voordeliger zal

⁽¹⁾ Persbericht van de Commissie van 14 december 1989 (IP(89) 948)

maken voor zijn partners dan voor de andere dienstenleveranciers die met de partners concurreren;

- potentiële concurrenten ervan zouden kunnen afzien zich op de markt te begeven wegens dit risico, of in elk geval wegens de aanwezigheid op de markt van een samenwerkingsverband waarbij de monopoliehouder van de netwerkvoorziening is betrokken. Dit is vooral het geval indien de hindernissen voor een intrede op de markt groot zijn: in het bijzonder wanneer de marktstructuur slechts een klein aantal leveranciers mogelijk maakt en de partners vrij groot zijn en een sterke marktpositie bezitten.

68. Anderzijds kan de samenwerking economische voordelen met zich brengen die zwaarder wegen dan haar schadelijk effect en dus een ontheffing overeenkomstig artikel 53, lid 3, rechtvaardigen. De economische voordelen kunnen onder meer bestaan in de rationalisering van de productie en distributie van telecommunicatiediensten, in verbeteringen van bestaande diensten of ontwikkeling van nieuwe diensten, en in technologieoverdracht die de produktiviteit en het concurrentievermogen van de Europese industriële structuren verbetert.

69. Bij de afwezigheid van dergelijke economische voordelen is een situatie waarbij de partners elkaar aanvullen, dat wil zeggen met een exploitatie van een gereserveerde activiteit naast een competitieve dienst, op zichzelf genomen niet een voordeel. Het omgekeerde beweren zou erop neerkomen, dat de tussenkomst van telecommunicatieorganisaties voor de levering van gelijk welke niet-gereserveerde dienst door middel van beperkende overeenkomsten wordt gerechtvaardigd. Dat zou een hinderpaal vormen voor een concurrerende structuur van deze markt.

In bepaalde gevallen kan de samenwerking de machtspositie van de betrokken telecommunicatieorganisaties consolideren of uitbreiden tot een markt van niet-gereserveerde diensten, wat in strijd is met artikel 54.

70. Het opleggen of het voorstellen van samenwerking met de dienstenleverancier als voorwaarde voor de levering van het netwerk lijkt een misbruik op te leveren (zie punt 98, onder vi)).

71. bc) Overeenkomsten tussen andere dienstenleveranciers dan telecommunicatieorganisaties

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal de beginselen die hiervoor onder ba) en bb) werden uiteengezet ook toepassen op overeenkomsten tussen particuliere dienstenverleners, onder meer overeenkomsten waarin wordt voorzien in quota's, prijsafspraken markt- en/of klantencontingentering. In beginsel komen zij niet in aanmerking voor een ontheffing. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal bijzonder waakzaam zijn ten einde samenwerking inzake diensten te vermijden, die zou leiden tot een versterking van de machtspositie van de partners of een beperking van de mededinging van derden. Hiervoor bestaat bij voorbeeld gevaar, indien een onderneming een machtspositie bezit met betrekking tot de netwerkarchitectuur en de norm die haar eigendom is wordt aanvaard om de met de samenwerking beoogde dienstverlening te ondersteunen. Die architectuur, die de koppeling mogelijk maakt van de computersystemen van de partners, kan een aantal partners aantrekken tot de dominante partner. De machtspositie inzake netwerkarchitectuur zal worden versterkt en artikel 54 kan toepassing vinden.

72. In elke ontheffing van overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties en andere diensten en/of apparatuurleveran-

ciers, of tussen laatstgenoemden onderling, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA van de partners passende garanties verlangen aangaande het niet overhevelen van winsten en het niet-discrimineren. Het risico van winstoverheveling en discriminatie is hoger wanneer de telecommunicatieorganisaties of andere partners zowel diensten als apparatuur leveren, binnen of buiten het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied.

C. Overeenkomsten met betrekking tot onderzoek en ontwikkeling (O & O)

73. Net zoals voor andere sectoren die op spijttechnologie zijn gebaseerd, is onderzoek en ontwikkeling voor de telecommunicatiesector van wezenlijk belang om gelijke tred te houden met de technologische vooruitgang en om, ten bate van de gebruikers, op de markt te kunnen concurreren. Voor onderzoek en ontwikkeling zijn steeds aanzienlijker financiële, technische en menselijke middelen vereist, welke slechts voor enkele ondernemingen individueel kunnen worden opgebracht. Om de bovengenoemde doelstellingen te bereiken is samenwerking dus zeer belangrijk.

74. Het in punt 7 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst genoemde besluit voorziet voor de O & O-overeenkomsten in alle sectoren, inclusief de telecommunicatie, in een groepsvrijstelling op grond van artikel 53, lid 3.

75. Voor overeenkomsten die niet onder dit besluit (of de overige groepsvrijstellingen) vallen, kan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA toch individuele ontheffingen verlenen indien de desbetreffende overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 53, lid 3. Niet in alle gevallen echter wegen de economische voordelen van een O & O-overeenkomst zwaarder dan de concurrentiebeperkingen waartoe zij leidt. Een belangrijk pluspunt in de telecommunicatiesector, en een toegangsmogelijkheid tot nieuwe markten, is de introductie van nieuwe produkten of diensten. Mededinging is niet alleen gebaseerd op prijzen maar ook op technologie. Voor machtige ondernemingen met grote marktaandelen kunnen O & O-overeenkomsten het middel vormen om de concurrentie van innoverende mededingers te vermijden of te beperken. Het gevaar voor overdreven concurrentiebeperkingen neemt toe indien de samenwerking wordt uitgebreid van onderzoek en ontwikkeling tot de productie en zelfs tot de distributie.

76. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA hecht groot belang aan O & O en innovering. Het belang dat ook de EG-Commissie hecht aan deze sectoren blijkt uit het feit dat zij met die doelstellingen verscheidene programma's heeft gestart. De gezamenlijke activiteiten van ondernemingen in het kader van die programma's zijn niet automatisch in alle aspecten buiten het bereik of ontheffen van de toepassing van de mededingingsregels. De meeste van die gezamenlijke activiteiten kunnen evenwel onder de toepassing vallen van de groepsvrijstellingen. Is dit niet zo, dan kan voor de betrokken gezamenlijke activiteiten desgevallend ontheffing worden verleend in overeenstemming met de relevante criteria en procedures.

77. Gezamenlijke distributie gekoppeld aan gezamenlijk onderzoek en ontwikkeling dat niet onder de toepassing van de O & O-verordening valt, speelt geen essentiële rol bij de exploitatie van de resultaten van onderzoek en ontwikkeling. In afzonderlijke gevallen is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA evenwel bereid om allesomvattende samenwerking, zelfs tussen grote bedrijven, in overweging te nemen op voorwaarde dat een concurrerende markt wordt gehandhaafd. Dit dient te leiden tot verbetering van de structuur van de Europese indus-

trie en deze aldus in staat te stellen om de sterke concurrentie op de wereldmarkt aan te kunnen.

V. Toepassing van artikel 54

78. Artikel 54 is van toepassing indien:

- i) de desbetreffende onderneming hetzij afzonderlijk dan wel gezamenlijk met anderen een machtspositie bezit,
- ii) zij misbruik maakt van die machtspositie
en
- iii) de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

De machtspositie

79. Op vele nationale markten bezitten de telecommunicatieorganisaties individueel of gezamenlijk een machtspositie voor de installatie en de exploitatie van het netwerk aangezien zij worden beschermd door exclusieve of speciale rechten die door de Staat werden verleend. De telecommunicatieorganisaties hebben daarenboven een machtspositie voor bepaalde telecommunicatiediensten voor zover zij met betrekking tot die diensten exclusieve of speciale rechten bezitten ⁽¹⁾.

80. De telecommunicatieorganisaties kunnen ook een machtspositie hebben op de markten voor bepaalde apparatuur of diensten, zelfs indien zij op die markten niet langer uitsluitende rechten bezitten. Na de afschaffing van die rechten is het mogelijk dat zij in die sector belangrijke marktaandeelen hebben behouden. Heeft de telecommunicatieorganisatie geen machtspositie op grond van het marktaandeel alleen, dan kan zulks wel het geval zijn door het samenspel van het marktaandeel met andere factoren zoals het monopolie voor het netwerk of andere daarmee verbonden diensten en een machtig en uitgestrekt distributienetwerk.

Met betrekking tot de apparatuur, bij voorbeeld de eindapparatuur, kunnen de telecommunicatieorganisaties een machtspositie bezitten als verdelers, ook al zijn zij niet betrokken bij de vervaardiging van de apparatuur of de dienstverlening.

81. Ook andere bedrijven dan telecommunicatieorganisaties kunnen individueel of gezamenlijk een machtspositie hebben op de markten waar geen uitsluitende rechten bestaan. Dit kan meer bepaald het geval zijn voor sommige niet-gereserveerde diensten, hetzij alleen op grond van het marktaandeel van die ondernemingen, hetzij door het samenspel van meerdere factoren. Naast het marktaandeel zijn er twee andere zeer belangrijke factoren: de technologische voorsprong en het bezit van de informatie met betrekking tot toegangprotocollen of interfaces die nodig zijn om de interoperabiliteit van programmatuur en apparatuur te garanderen. Indien die informatie wordt beschermd door intellectuele eigendomsrechten, is dit een bijkomende factor voor een machtspositie.

82. Tenslotte hebben de telecommunicatieorganisaties, afzonderlijk of gezamenlijk, een machtspositie wat betreft de vraag naar bepaalde telecommunicatieapparatuur, het verrichten van werkzaamheden of programmatuurdiensten. Met hun machtspositie op het gebied van het netwerk en andere dienstverlening kunnen zij langs koperszijde een aandeel verantwoorden dat hoog genoeg is om hen op het stuk van de vraag een machtspositie te verschaffen, dat wil zeggen dat zij hun leveranciers van hen afhankelijk maken. Afhankelijkheid kan bestaan wanneer de

leverancier geen wezenlijk deel zijn productie aan andere klanten kan verkopen of zijn productie niet kan wijzigen. Op bepaalde nationale markten, bij voorbeeld die van grote schakelapparatuur, staan belangrijke kopers zoals de telecommunicatieorganisaties tegenover belangrijke leveranciers. In een dergelijke situatie moet geval per geval worden afgewogen of de positie van de leverancier of die van de klant in een dergelijke mate de overhand heeft op de andere dat zij overeenkomstig artikel 54 als een machtspositie moet worden beschouwd.

Als gevolg van de vrijmaking van het dienstenverkeer en de uitspreiding van nieuwe marktdeelnemers op de dienstenmarkt, kunnen voor de aankoop van apparatuur nieuwe machtsposities ontstaan van andere ondernemingen dan de telecommunicatieorganisaties.

Misbruik

83. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal in hoofdzaak toezicht moeten houden op de volgende ruime categorieën van misbruik:

A. Misbruik door telecommunicatieorganisaties.

Meer bepaald kunnen deze voordeel halen uit hun monopolie, of ten minste hun machtspositie, om ten nadele van concurrenten en klanten vaste voet te krijgen op niet voorbehouden aanverwante markten of er hun macht te vergroten.

B. Misbruik door andere ondernemingen dan telecommunicatieorganisaties.

Deze ondernemingen kunnen de basisinformatie waarover zij beschikken, al dan niet beschermd door intellectuele eigendomsrechten, uitbuiten met het oogmerk en/of het gevolg dat de mededinging wordt beperkt.

C. Misbruik van een machtspositie voor aankopen.

Voorlopig raakt dit hoofdzakelijk de telecommunicatieorganisaties, in het bijzonder in zoverre zij een machtspositie hebben voor gereserveerde activiteiten op de nationale markt. Het kan evenwel in toenemende mate ook betrekking hebben op andere ondernemingen die hun intrede hebben gedaan op de markt.

A. Misbruik door telecommunicatieorganisaties

84. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA erkent de centrale rol van de telecommunicatieorganisatie, die de handhaving van bepaalde monopolies kan rechtvaardigen ten einde hen in staat te stellen hun publieke taak te vervullen. Die publieke taak bestaat in de levering en de exploitatie van een universeel netwerk, of, in zoverre toepasselijk, algemene diensten, dat wil zeggen die welke een algemeen bereik hebben en ten dienste staan aan alle gebruikers (met inbegrip van dienstverstrekkers en telecommunicatieorganisaties zelf), zulks op verzoek en wel tegen redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Deze fundamentele verplichting kan onder bepaalde omstandigheden rechtvaardigen dat de in artikel 59, lid 2, bepaalde uitzondering wordt toegepast, zoals voorzien in de dienstenrichtlijn.

85. Verre van een belemmering te vormen voor de vervulling van die verplichting, zullen de mededingingsregels echter in de meeste gevallen ertoe bijdragen dat zij worden nagekomen. Meer bepaald kan artikel 54 worden toegepast op gedragingen van ondernemingen met een machtspositie, die leiden tot weigering om te leveren, discriminatie, onredelijke verplichtingen, onbillijke prijzen of andere onredelijke voorwaarden.

⁽¹⁾ Er wordt verwezen naar Beschikking 82/861/EEG van de Commissie (British Telecommunication) (PB nr. L 360 van 21. 12. 1982, blz. 36, punt 26), bekrachtigd in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 maart 1985, zaak 41/83, Italië/Commissie („British Telecom”) (Jurispr. 1985, blz. 873).

De voornoemde fundamentele verplichting wordt niet vervuld wanneer een van die handelswijzen voorkomt bij de levering van een dienst waarvoor een monopolie bestaat. Dit zou het geval kunnen zijn indien een telecommunicatieorganisatie voordeel probeert te halen uit haar monopolie voor bepaalde diensten (bij voorbeeld: netwerklevering) ten einde de concurrentie te beperken waarmee zij worden geconfronteerd op het gebied van niet-gereserveerde diensten, die op hun beurt door die onder monopolie vallende diensten worden ondersteund.

Met het oog op de toepassing van artikel 54 is het niet nodig dat de concurrentie wordt beperkt ten aanzien van een dienst die wordt ondersteund door de omstreden levering onder monopolie. Het volstaat dat de handelswijze leidt tot een aanmerkelijke beperking van de mededinging op eender welke wijze. Dat wil zeggen dat er sprake kan zijn van misbruik, wanneer de door de handelwijze benadeelde maatschappij geen dienstenleverancier is, maar een eindgebruiker die een concurrentieel nadeel zou kunnen ondervinden op het gebied van zijn eigen activiteiten.

86. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft dit grondbeginsel inzake mededinging in de telecommunicatiesector in een van zijn arresten uiteengezet⁽¹⁾. Een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt maakt zich schuldig aan misbruik in de zin van artikel 86 van het EG-Verdrag (dat overeenkomt met artikel 54 van de EER-Overeenkomst), wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van mening dat dit beginsel niet alleen van toepassing is indien een onderneming met een machtspositie andere markten monopoliseert, maar ook indien zij haar activiteiten door concurrentiebeperkende middelen uitbreidt tot andere markten.

Wanneer de levering van niet-gereserveerde diensten wordt verhinderd, kan dit leiden tot een beperking van de productie, de afzet en vooral van de technische vooruitgang die in de telecommunicatiesector een sleutelrol speelt. Die negatieve gevolgen van gebruiksbeperkingen bij een levering onder monopolie werden door de EG-Commissie reeds aangetoond in haar beschikking in de „British Telecom”-zaak⁽²⁾. In die beschikking werd vastgesteld dat de door British Telecom opgelegde beperkingen van het gebruik van telefoon- en telexinstallaties, namelijk wat de verzending van internationale berichten ten behoeve van derden betrof:

- i) de activiteiten van ondernemers beperken ten koste van de technologische vooruitgang,
 - ii) die ondernemers op ongelijke wijze behandelden, waardoor zij in een nadelige concurrentiepositie werden gebracht ten opzichte van de telecommunicatieorganisaties waarvoor die beperkingen niet golden
- en
- iii) het sluiten van de contracten voor de levering van telexcircuits afhankelijk maakten van de aanvaarding door de andere partijen van bijkomende verplichtingen die geen verband hielden met dergelijke contracten. Deze beperkingen werden beschouwd als misbruiken van een machtspositie in de zin van artikel 86, tweede alinea, respectievelijk onder b), c) en d), van het EG-Verdrag (komt overeen met artikel 54, tweede alinea, respectievelijk onder b), c) en d), van de EER-Overeenkomst.

De beperkingen kunnen voortvloeien uit:

- a) de weigering om een onder monopolie aangeboden dienst te leveren of de beperking van het gebruik ervan, ten einde de levering van niet-gereserveerde diensten door derden te beperken, zoals hierboven

en

- b) destructief gedrag door winstoverheveling.

87. Het onderscheid tussen de regelgevende bevoegdheid van de telecommunicatieorganisaties en hun commerciële activiteiten is essentieel voor de toepassing van artikel 54, en wordt vastgesteld in de richtlijn eindapparatuur en de dienstenrichtlijn.

- a) Beperkingen van het gebruik

88. De beperkingen van het gebruik van voorzieningen die deel uitmaken van gereserveerde diensten zullen wellicht overeenstemmen met de specifieke voorbeelden van misbruik van machtspositie die in artikel 54 worden vermeld. Meer bepaald:

- kunnen zij, ten nadele van de telecommunicatiegebruikers, de levering van telecommunicatiediensten in vrije mededinging, de investeringen en de technische vooruitgang beperken (artikel 54, tweede alinea, onder b));
- kunnen zij leiden tot discriminatie van bepaalde gebruikers, die daardoor in een nadelige concurrentiepositie worden gebracht, in zoverre die beperkingen niet voor alle gebruikers gelden, dus ook voor de telecommunicatieorganisaties zelf in hun hoedanigheid van gebruikers (artikel 54, tweede alinea, onder c));
- kunnen zij het gebruik van de gereserveerde diensten afhankelijk maken van de aanvaarding van verplichtingen die geen verband houden met dat gebruik (artikel 54, tweede alinea, onder d)).

89. De bedoelde beperkingen van het gebruik hebben in hoofdzaak betrekking op openbare netwerken (openbare telefoonnetten (Public Switched Telephone Network, PSTN)) of openbare datanetten (Public Switched Data Network, PSDN) en in het bijzonder op huurcircuits. Zij kunnen ook betrekking hebben op andere voorzieningen zoals satelliet-opdraalverbinding en netwerken voor mobiele communicatie. De meest voorkomende gedragingen zijn de volgende:

- i) Door de telecommunicatieorganisaties aan derden opgelegd verbod:
 - a) om particuliere huurcircuits te verbinden met het geschakelde openbare net door concentrators, multiplexe inrichtingen of andere apparatuur

en/of

 - b) om particuliere huurcircuits te gebruiken voor dienstverlening voor zover het niet gaat om gereserveerde maar concurrerende diensten.

90. In zoverre de gebruiker een vergunning verkrijgt van de overheidsadministratie volgens het nationale recht, dat in overeenstemming is met het EER-recht, beperken deze verboden de vrije toegang van de gebruiker tot de huurcircuits, waarvan de levering een openbare dienstverlening is. Bovendien worden de gebruikers daardoor verschillend behandeld naar gelang van het gebruik (artikel 54, tweede alinea, onder c)). Dit is een van de ernstige beperkingen die de ontwikkeling van internationale telecommunicatiediensten in aanzienlijke mate kan belemmeren (artikel 54, tweede alinea, onder b)).

91. Het misbruik is nog ernstiger, indien de beperking van het gebruik de levering belemmert van een niet-gereserveerde dienst

⁽¹⁾ Arrest van 3 oktober 1985, zaak 311/84, CBEM (Jurispr. 1985, blz. 3261, r.o. 26 en 27).

⁽²⁾ Zie voetnoot 1, blz. 46.

die concurrerend is met een door de telecommunicatieorganisatie zelf geleverde dienst. In dat geval zijn de beginselen van toepassing van het voornoemde „Télémarketing"-arrest (zie voetnoot 1).

92. In individuele gevallen zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA onderzoeken of de via het huurcircuit geleverde dienst al dan niet is gereserveerd, en dit op basis van de communautaire regelgevende handelingen, geïnterpreteerd overeenkomstig de technische en economische context van iedere zaak. Zelfs indien een dienst juridisch als gereserveerd kan worden beschouwd, kan een discriminatie in de zin van artikel 54, tweede alinea, onder c), voortvloeien uit de omstandigheid dat een telecommunicatieorganisatie in feite het gebruik van het huurcircuit alleen aan bepaalde gebruikers verbiedt en niet aan andere.

93. Bij de toepassing van de gemeenschapsregels is de EG-Commissie opgetreden tegen de Belgische Regie voor telegrafie en telefonie nadat zij van een particulier leverancier van telecommunicatiediensten met toegevoegde waarde een klacht had ontvangen inzake een vermeend misbruik van machtspositie met betrekking tot de voorwaarden waaronder telecommunicatielijnen werden verhuurd. Als gevolg van haar gesprek met de Commissie gaf de RTT aan de betrokken particuliere leverancier de toestemming voor het gebruik van de gehuurde telecommunicatielijnen, met geen andere beperkingen dan dat zij niet voor loutere datatransmissie zouden worden gebruikt.

De RTT verbond er zich tevens toe om de voorwaarden die aan de bovengenoemde particuliere leverancier waren toegekend ook te verlenen aan zijn bestaande en potentiële klanten voor de gehuurde telecommunicatiecircuits waartoe derden toegang kunnen krijgen, en dit in afwachting van de eventuele goedkeuring van nieuwe voorschriften in België en zonder die voorschriften te prejudiciëren ⁽¹⁾.

ii) Weigering door telecommunicatieorganisaties om gereserveerde diensten te verlenen (meer bepaald het netwerk en huurcircuits) aan derden.

94. Zowel de EG-Commissie als het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen hebben geoordeeld dat de weigering om te leveren een misbruik van machtspositie oplevert ⁽²⁾. Een dergelijke handelwijze zou het aan derden onmogelijk althans heel moeilijk maken om niet-gereserveerde diensten te leveren, en dat zou dan weer leiden tot een beperking van de dienstverlening en de technische ontwikkeling (artikel 54, tweede alinea, onder b)) en uitmonden in discriminatie indien het slechts op bepaalde gebruikers zou worden toegepast (artikel 54, tweede alinea, onder c)).

iii) Heffing van extra kosten of andere bijzondere voorwaarden voor bepaalde gebruikswijzen van gereserveerde diensten.

95. Een voorbeeld is het opleggen van aansluitingskosten voor huurcircuits indien die verbonden zijn met het openbaar netwerk, of van andere speciale tarieven en heffingen voor dienstverlening aan derden. De gebruikers van een en dezelfde dienst (levering van huurcircuits) kunnen door die toegangsheffing ongelijk worden behandeld naar gelang van het gebruik, wat leidt tot het opleggen van oneerlijke handelsvoorwaarden. Hierdoor wordt het gebruik beperkt van huurcircuits en uiteindelijk van de levering van concurrerende diensten. Er kan echter niet

van misbruik worden gesproken indien in ieder geval afzonderlijk wordt aangetoond dat de toegangsheffing overeenstemt met de kosten die rechtstreeks in verband met de desbetreffende aansluiting door de telecommunicatieorganisaties werden gemaakt. In dat geval kan de toegangsheffing alleen op voet van gelijkheid worden opgelegd aan alle gebruikers, met inbegrip van de telecommunicatieorganisaties zelf.

96. Anders dan deze mogelijke bijkomende kosten die door een extra heffing moeten worden gedekt, wordt de koppeling van een huurcircuit aan het openbare netwerk reeds vergoed door de prijs die voor het gebruik van dat netwerk wordt betaald. Weliswaar kan een huurcircuit voor een gebruiker een subjectieve waarde hebben, afhankelijk van de rentabiliteit van de dienst met toegevoegde waarde die op dat huurcircuit zal worden geleverd, maar dat kan geen criterium zijn waarop een onderneming met een machtspositie, en daarenboven een openbare dienstverlener, de prijs van haar openbare dienst kan baseren.

97. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA erkent, dat het als gevolg van het wezenlijke verschil tussen huurcircuits en het openbaar netwerk, moeilijk is om de inkomsten te verkrijgen die nodig zijn om de kosten van het geschakelde net te dekken. De gekozen oplossing mag echter niet strijdig zijn met de wettelijke bepalingen, met name met de EER-Overeenkomst, wat het geval zou zijn bij een ongelijke tarifiering van de klanten.

iv) Discriminatoire prijs of kwaliteit van de geleverde dienst.

98. Dergelijk gedrag kan onder meer betrekking hebben op tarieven, beperkingen of wachttijden door de aansluiting op het openbare netwerk of de levering van huursystemen, installatie, onderhoud en herstelling, uitvoering van koppelingen van systemen, of op het verschaffen van gegevens inzake netwerkplanning, signaleringsprotocollen, technische normen en alle andere informatie die voor een juiste verbinding en werking met de gereserveerde dienst noodzakelijk zijn en welke invloed hebben op de samenwerking van competitieve diensten of aanbiedingen van eindapparatuur.

v) De levering van de gereserveerde dienst koppelen aan de levering door de telecommunicatieorganisaties of anderen van eindapparatuur bestemd voor onderlinge verbinding of onderling gebruik, met name door speciale prijzen of andere handelsvoorwaarden op te leggen, af te dwingen of aan te bieden voor de met de apparatuur verbonden gereserveerde diensten.

vi) De levering van de gereserveerde dienst koppelen aan de aanvaarding door de gebruiker van samenwerking met de leverancier van de gereserveerde dienst zelf in verband met de concurrerende dienst, die via het netwerk zal worden geleverd.

vii) Informatie, verkregen in de uitoefening van een gereserveerde dienst, in het bijzonder informatie betreffende gebruikers van een gereserveerde dienst en hun behoeften, voor zichzelf of voor andere dienstverleners houden met het doel niet-gereserveerde diensten te verlenen; de toegang tot deze informatie voor zichzelf of voor andere dienstverleners tegen gunstige voorwaarden toe staan.

Laatstgenoemde informatie kan belangrijk zijn voor de levering van concurrerende diensten, voor zover zij het mogelijk maakt de gebruikers van die diensten op te sporen en een commerciële strategie op te stellen. Het hierboven beschreven bedrag kan leiden tot discriminatie van de ondernemingen aan wie het

⁽¹⁾ Persbericht van de Commissie van 29. 1. 1990 (IP(90) 67).

⁽²⁾ Arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/74 en 7/74, Commercial Solvents (Jurispr. 1974, blz. 223); zaak 27/76, United Brands (zie voetnoot 2).

gebruik van die informatie wordt ontzegd in strijd met artikel 54, tweede alinea, onder c). De bedoelde informatie kan enkel met toestemming van de betrokken gebruikers worden vrijgegeven en in overeenstemming met de relevante wetgeving inzake gegevensbeveiliging.

viii) Verplicht stellen van afname van onnodige gereserveerde diensten bij levering van gereserveerde en/of niet-gereserveerde diensten wanneer eerstgenoemde gereserveerde diensten in redelijkheid niet onlosmakelijk verbonden geacht kunnen worden van anderen.

99. De gedragingen, genoemd onder v), vi), vii) en viii), resulteren in de toepassing van voorwaarden welke geen verband houden met de gereserveerde diensten, zulks in strijd met artikel 54, tweede alinea, onder d).

100. In feite werd in de dienstenrichtlijn vastgelegd, dat de meeste van deze praktijken beperkingen vormen op het verrichten van diensten in de zin van de artikelen 36 en 54 van de EER-Overeenkomst, en dat zij waren veroorzaakt door overheidsmaatregelen. Bijgevolg vallen zij onder het ruimere begrip „beperkingen” die volgens artikel 6 van dat besluit door de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst moeten worden opgeheven.

101. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van mening, dat ook de richtlijn apparatuur en de dienstenrichtlijn een aantal principes verduidelijken inzake de toepassing van de artikelen 53 en 54 in de sector.

De dienstenrichtlijn is niet van toepassing op belangrijke sectoren zoals mobiele communicatie en satellieten, doch de mededingingsregels zijn onverkort van toepassing op die sectoren. Met betrekking tot de diensten waarop de richtlijn van toepassing is, zal de vaststelling of de telecommunicatieorganisaties nog een discretionaire marge hebben om voorwaarden op te leggen, die aan de mededingingsregels moeten worden getoetst, in grote mate afhankelijk zijn van de nauwkeurigheid van de door het regelgevend lichaam afgegeven vergunning. Niet alle voorwaarden kunnen in licenties worden vastgelegd en dat heeft tot gevolg, dat er ruimte kan zijn voor discretionaire maatregelen. Bijgevolg zal de toepassing van mededingingsregels op ondernemingen in grote mate worden bepaald door een onderzoek van de vergunningen voor ieder geval afzonderlijk. Voor eindapparatuur kan uitsluiten een zogenaamde „klassevergunning” als eerste gesteld worden.

b) Winstoverheveling

102. Winstoverheveling betekent, dat een onderneming de kosten van haar activiteiten met betrekking tot een produkt of geografische markt geheel of gedeeltelijk boekt onder haar activiteiten met betrekking tot een ander produkt of een andere geografische markt. In bepaalde omstandigheden kan winstoverheveling in de telecommunicatiesector de mededinging vervalsen, dat wil zeggen ertoe leiden dat concurrenten worden verslagen met offertes die niet het resultaat zijn van efficiëntie en prestaties maar van oneigenlijke middelen zoals subsidies. Voor de ontwikkeling van de levering van diensten en apparatuur is het van essentieel belang om winstoverheveling te vermijden die tot oneerlijke mededinging leidt.

103. Winstoverheveling leidt niet tot oneerlijke prijzen en een beperking van de mededinging indien het de kosten van gereserveerde activiteiten zijn die worden gesubsidieerd door de opbrengst uit andere gereserveerde activiteiten, aangezien er voor die activiteiten geen mededinging mogelijk is. Deze vorm van subsidie is zelfs noodzakelijk, aangezien het de telecommunicatieorganisaties die exclusieve rechten bezitten, in staat stelt hun

verplichting na te komen om iedereen overal en onder gelijke voorwaarden een openbare dienst te verschaffen. In niet-winstgevende landelijke gebieden wordt bij voorbeeld de levering van telefonie gesubsidieerd uit de inkomsten uit de levering van telefonie in winstgevende gebieden of van gesprekken over lange afstand. Hetzelfde kan worden gezegd voor de subsidiëring van de levering van gereserveerde diensten door inkomsten uit activiteiten onder vrije concurrentie. De toepassing van het algemene beginsel inzake „kostenoriëntatie” moet het uiteindelijke doel vormen om onder meer te garanderen, dat de prijzen voor de gebruikers niet onbillijk zijn.

104. Het subsidiëren van activiteiten onder vrije concurrentie, betreffende diensten dan wel apparatuur, door de kosten ervan te boeken bij gemonopoliseerde activiteiten, zal echter naar alle waarschijnlijkheid de mededinging vervalsen en een schending opleveren van artikel 54. Dit zou kunnen neerkomen op een misbruik door een onderneming van een machtspositie binnen het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied. De gebruikers van gemonopoliseerde activiteiten moeten bovendien kosten dragen die geen verband houden met de levering ervan. Winstoverheveling kan ook plaatsvinden tussen de gemonopoliseerde levering en de vervaardiging en verkoop van apparatuur, en, wat winstoverheveling betreft, door:

— de desbetreffende activiteiten te financieren met kapitaal waarvoor een vergoeding wordt betaald die beduidend onder het marktprijs ligt;

— de bedoelde activiteiten, ruimte, apparatuur, expertise en/of diensten te verschaffen tegen een aanmerkelijk lagere prijs dan de marktprijs.

105. De financiering door middel van inkomsten uit gemonopoliseerde activiteiten of het ter beschikking stellen van materiële en intellectuele middelen voor het starten van nieuwe, competitieve activiteiten, vormt een investering waarvan de kosten moeten worden geboekt bij die nieuwe activiteiten. De prijs van het nieuwe produkt of de nieuwe dienst moet normalerwijze een redelijke vergoeding op lange termijn opleveren van die investering. Is dit niet het geval, dan zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de zaak onderzoeken aan de hand van de plannen van de onderneming met betrekking tot die vergoeding en van de economische context.

106. Een doorzichtige boekhouding van de telecommunicatieorganisaties zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in staat stellen om, wanneer die vraag rijst, na te gaan of er winstoverheveling is. Het in punt 2 van bijlage XI bij de EER-Overeenkomst genoemde besluit (de ONP-richtlijn) stelt in dit opzicht geharmoniseerde tariefprincipes vast, waardoor dergelijke gevallen zouden moeten afnemen.

Die doorzichtigheid kan worden bereikt door een boekhoudkundig systeem dat een volledig proportionele verdeling van alle kosten tussen de gereserveerde en de concurrerende activiteiten verzekert. Een juiste verdeling van de kosten kan het meest eenvoudig worden gewaarborgd door structurele scheiding, dat wil zeggen door de oprichting van afzonderlijke lichamen voor het verrichten van elk van beide categorieën activiteiten.

Door een passend boekhoudkundig systeem kunnen alle kosten worden geïdentificeerd en geboekt bij de activiteiten waarvoor zij werden gemaakt. Volgens een dergelijk systeem dragen alle produkten en diensten pro rata de relevante kosten, daaronder begrepen die voor onderzoek en ontwikkeling, infrastructuur en algemene kosten. Hierdoor moet het mogelijk zijn geregistreerde cijfers te verkrijgen die door accountants kunnen worden gecontroleerd.

107. Zoals eerder werd gezegd (punt 59), is in het geval van samenwerkingsovereenkomsten waarbij telecommunicatieorganisaties zijn betrokken, een van de door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA voor een ontheffing krachtens artikel 53, lid 3, gestelde voorwaarden, dat het vermijden van winstoverheveling wordt gewaarborgd. Voor een goed toezicht op de nakoming van deze waarborg dacht de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA er over, van de betrokkenen te eisen dat zij zorgen voor een passend boekhoudkundig systeem zoals hierboven beschreven, dat periodiek aan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA wordt overgelegd. Indien voor de boekhoudkundige methode wordt gekozen, behoudt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zich het recht voor om de boekhouding door een onafhankelijke accountant te laten verifiëren, in het bijzonder indien er enige twijfel rijst of het systeem in staat is om de nodige doorzichtigheid te verzekeren en om het bestaan van winstoverheveling op te sporen. Indien een goed toezicht op de waarborg niet mogelijk is, kan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA de ontheffing intrekken.

108. In alle overige gevallen is de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA niet van plan om die doorzichtigheid te eisen van de telecommunicatieorganisaties. Indien in een bijzonder geval echter belangrijke elementen wijzen op het bestaan van een ongeoorloofde winstoverheveling en/of onbillijke verkoopprijzen, kan de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA vaststellen dat een vermoeden van winstoverheveling en hantering van onbillijke verkoopprijzen bestaat. Een afdoende afgescheiden boekhouding kan dan belangrijk zijn ten einde dat vermoeden te ontkrachten.

109. In beginsel wordt de mededinging niet beperkt door winstoverheveling van een concurrerende activiteit naar een gereserveerde activiteit. De toepassing van de uitzondering in artikel 59, lid 2, op die concurrerende activiteit kan echter niet in beginsel worden gerechtvaardigd door het feit, dat de financiële levensvatbaarheid van de betrokken telecommunicatieorganisatie afhankelijk is van de concurrerende activiteit. Haar financiële levensvatbaarheid en de vervulling van haar taak van algemeen economisch belang mag door de overheid, waar dit passend voorkomt, alleen worden gewaarborgd door het toekennen van een uitsluitend of bijzonder recht en door het opleggen van beperkingen aan activiteiten die met de gereserveerde activiteiten concurreren.

110. Een winstoverheveling door een publieke of private exploitant buiten het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied kan eveneens een overtreding van artikel 54 inhouden wanneer deze exploitant een machtspositie heeft voor apparatuur of niet-gereserveerde diensten binnen dat grondgebied. Het bestaan van een dergelijke machtspositie, die degene die deze geniet in staat stelt zich tot een aanmerkelijke hoogte onafhankelijk te gedragen van concurrenten en klanten, en uiteindelijk van de gebruikers, moet worden onderzocht in het licht van alle factoren zowel binnen als buiten het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied.

B. Misbruik door andere ondernemingen dan de telecommunicatieorganisaties

111. Als gevolg van de vrijmaking van het dienstenverkeer zullen andere ondernemingen dan telecommunicatieorganisaties in toenemende mate hun invloed kunnen uitbreiden om machtsposities te verwerven op markten voor niet-gereserveerde diensten. Het is mogelijk dat zij op bepaalde niet-gereserveerde dienstenmarkten reeds een machtspositie bezitten. Artikel 54 kan ook op die ondernemingen van toepassing zijn indien zij van hun machtspositie gebruik maken om de mededinging te beperken en hun macht te vergroten. De misbruiken waaraan zij zich schuldig kunnen maken zijn in grote lijnen dezelfde als die welke hiervoor

met betrekking tot de telecommunicatieorganisaties werden beschreven.

112. Schendingen van artikel 54 kunnen voorkomen door het misbruik maken van industriële eigendomsrechten met betrekking tot normen die voor de telecommunicatie van essentieel belang zijn. Normen zijn het resultaat van internationale normalisatie dan wel de facto normen die het eigendom zijn van ondernemingen.

113. Producenten van apparatuur en leveranciers van diensten zijn afhankelijk van privé beheerde normen om de onderlinge aansluitbaarheid van hun computer te bereiken. Een onderneming welke eigenaar is van een overheersend netwerksysteem, kan haar machtspositie misbruiken, door te weigeren de noodzakelijke informatie voor de aansluiting van andere systemen op dat systeem af te geven. Andere mogelijke misbruiken — vergelijkbaar met die welke met betrekking tot de telecommunicatieorganisaties zijn aangegeven — zijn, onder meer, vertraging van de informatieverschaffing, discriminatie met betrekking tot de kwaliteit van de informatie, discriminatoire prijsstelling of discriminatie ten aanzien van andere handelsvoorwaarden alsmede het afhankelijk stellen van de verstrekking van informatie van het accepteren door de producent, leverancier of gebruiker van onbillijke handelsvoorwaarden.

114. Op 1 augustus 1984 heeft de EG-Commissie een eenzijdige verbintenis van IBM aanvaard, om aan de andere producenten de technische interface-informatie te verstrekken die nodig is om concurrerende producten te gebruiken met System/370, toentertijd IBM's krachtigste computersysteem. Daarop heeft de Commissie de procedure opgeschort die zij in december 1980 op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag tegen IBM had ingesteld. De IBM-verbintenis⁽¹⁾ betreft ook SNA-formaten en protocollen.

115. De vraag, hoe de auteursrechten op normen met de vereisten inzake mededinging te verzoenen, is bijzonder moeilijk. In ieder geval kan een auteursrecht niet onrechtmatig worden gebruikt om de mededinging te beperken.

C. Misbruik van een machtspositie op het stuk van de vraag

116. Artikel 54 heeft eveneens betrekking op het gedrag van ondernemingen welke een machtspositie hebben op grond van de vraag. De voorbeelden van misbruik, opgesomd in dat artikel, kunnen daarom eveneens betrekking hebben op dat gedrag.

117. Het in punt 8 van bijlage XVI van de EER-Overeenkomst genoemde besluit (Richtlijn 90/531/EEG) inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die onder meer werkzaam zijn in de telecommunicatiesector, regelt in wezen:

i) aanbestedingsprocedures om tot een wederzijdse non-discriminatie op basis van nationaliteit te komen

en

ii) aanbestedingsprocedures voor levering van producten of diensten voor gebruik in gereserveerde markten, niet in

⁽¹⁾ Volledig opgenomen in het Bulletin van de Europese Gemeenschappen nr. 10 van 1984 (punt 3.4.1). Met betrekking tot de verdere toepassing zie mededeling aan de pers van de Commissie van 15 december 1988 (IP(88) 814).

competitieve markten. Dat besluit, dat tot de Lid-Staten is gericht, sluit niet uit dat artikel 54 wordt toegepast op aankopen van producten, die onder het besluit vallen. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA beslist per geval hoe deze verschillende wettelijke bepalingen coherent moeten worden toegepast.

118. Bovendien zijn zowel op gereserveerde markten als op de markten met vrije concurrentie andere praktijken mogelijk dan die waarop het besluit van toepassing is, en kunnen die praktijken een schending van artikel 54 opleveren. Dit is bij voorbeeld het geval wanneer een machtspositie op het stuk van de vraag wordt gebruikt om prijzen of andere contractuele voorwaarden op te leggen die, vergeleken met de prijzen en voorwaarden van andere kopers en leveranciers, overdreven gunstig zijn (artikel 54, tweede alinea, onder a)). Dit zou kunnen leiden tot discriminatie in de zin van artikel 54, tweede alinea, onder c). Een koper met een machtspositie kan ook op ongeoorloofde wijze zijn economische macht uitbreiden naar andere markten wanneer hij, al dan niet door het uitoefenen van druk, voor het aangekochte produkt een exclusief distributierecht verkrijgt (zie arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak „Télémarketing” — voetnoot G blz. G).

119. Misbruik kan er ook zijn, wanneer de aankoop ervan afhankelijk wordt gemaakt dat de leverancier aan de koper zelf of aan andere leveranciers voor het aan te kopen produkt of voor andere producten een licentie geeft voor normen waarop hij eigendomsrechten bezit (artikel 54, tweede alinea, onder d)).

120. Voorts kunnen zelfs op markten met vrije concurrentie procedures bestaan waarin op grond van nationaliteit wordt gediscrimineerd, omdat nationale druk en traditionele banden van niet-economische aard na de vrijmaking van de markten niet altijd snel verdwijnen. In het geval van een systematische uitsluiting of een zeer ongunstige behandeling van een leverancier zonder dat zulks economisch gerechtvaardigd is, is een onderzoek mogelijk op grond van artikel 54, inzonderheid tweede alinea, onder b) (het beperken van de afzet) en c) (discriminatie). Bij dat onderzoek gaat de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA in hoofdzaak na of de onderneming met een machtspositie bij de toekenning van het contract criteria heeft toegepast op alle leveranciers. Gewoonlijk zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA criteria in aanmerking nemen die overeenkomen met de criteria van artikel 27, lid 1, van het besluit⁽¹⁾. Aangezien de betrokken aankopen buiten de werkingssfeer van het besluit vallen, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA niet eisen, dat doorzichtige aankoopprocedures worden nagestreefd.

D. Invloed op de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst

121. Hier is hetzelfde beginsel van toepassing als met betrekking tot artikel 53 werd uiteengezet. In bepaalde omstandigheden, bij voorbeeld wanneer een concurrent door een onderneming met een machtspositie wordt uitgeschakeld zonder dat de handel tussen de overeenkomstsluitende partijen bij de EER-Overeenkomst rechtstreeks ongunstig wordt beïnvloed, is het

voor de toepassing van artikel 54 voldoende dat wordt aangevoerd, dat dit een weerslag heeft op de mededingingsstructuur van de EER-markt.

VI. Toepassing van de artikelen 53 en 54 op satellieten

122. Gelet op het toenemende belang van satellieten en de grote onzekerheid bij de ondernemingen met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels op individuele gevallen in deze sector, lijkt het passend om de sector in een afzonderlijke afdeling van deze richtsnoeren te behandelen.

123. De regelingen van de Staten inzake satellieten vallen buiten de werkingssfeer van de reeds genoemde apparatuur- en dienstenrichtlijnen, met uitzondering van de apparatuurrichtlijn, die geldt voor ontvangstsatellietstations die niet met een openbaar netwerk zijn verbonden.

124. De EER-regels inzake mededinging zijn alleszins overkorte van toepassing op het gebied van satellieten; dat geldt bij voorbeeld voor de toepassing van de artikelen 53 en 54 op de betrokken ondernemingen. Hierna wordt verklaard, hoe de hiervoor, inzonderheid onder de titels IV en V uiteengezette beginselen op satellieten worden toegepast.

125. Overeenkomsten tussen Europese telecommunicatieorganisaties, inzonderheid in het kader van internationale conventies, kunnen een belangrijke rol vervullen bij de totstandkoming van Europese satellietssystemen en bij de harmonieuze ontwikkeling van satellietdiensten in het gehele onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied. In het mededingingsrecht wordt met deze voordelen rekening gehouden, vooropgesteld dat zij geen beperkingen bevatten welke niet onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen.

126. Overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties inzake de exploitatie van satellietssystemen in de ruimste zin kunnen onder artikel 53 vallen. Met betrekking tot ruimtesegmentcapaciteit, zijn de telecommunicatieorganisaties elkaars daadwerkelijke of potentiële concurrenten. Door hun aanbod van ruimtesegmentcapaciteit al dan niet volledig samen te brengen, kunnen zij hun onderlinge concurrentie beperken. Het is bovendien waarschijnlijk, dat de overeenkomsten de mededinging zullen beperken ten opzichte van derden, in zoverre die bepalingen met dat doel of gevolg bevatten: bij voorbeeld bepalingen, waarbij hun aanbod kwalitatief en/of kwantitatief wordt beperkt, of waarbij hun commerciële onafhankelijkheid wordt begrensd door het rechtstreeks of onrechtstreeks opleggen van samenwerking tussen die derden en de partijen bij de overeenkomsten. Of een dergelijke overeenkomst in aanmerking komt voor een ontheffing op grond van artikel 53, lid 3, voor zover zij is aangemeld, moet worden onderzocht. Beperkingen op de concurrentiemogelijkheid van derden zullen waarschijnlijk aan een ontheffing in de weg staan. Ook moet worden onderzocht, of die overeenkomsten een eventuele individuele of gezamenlijke machtspositie van de partijen versterken, wat eveneens de toekenning van een ontheffing zou uitsluiten. Dit kan met name het geval zijn, indien in de overeenkomst wordt bepaald dat de partijen exclusieve leveranciers zijn voor de ruimtesegmentcapaciteit waarop de overeenkomst van toepassing is.

127. Dergelijke overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties kunnen ook de mededinging beperken voor wat betreft de opstaaalverbinding, waarvoor telecommunicatieorganisaties

⁽¹⁾ (Zie voetnoot 1, blz. 48.) Artikel 27, lid 1, onder a) en b). De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende diensten een opdracht gunnen, zijn: a) hetzij de economisch voordeligste aanbidding, waarbij verschillende criteria worden gehanteerd, zoals leveringstermijn, uitvoeringstermijn, gebruikskosten, rentabiliteit, kwaliteit, esthetisch en functioneel karakter, technische waarde, de service na verkoop en technische bijstand, verbintenissen met betrekking tot reserveonderdelen, gewaarborgde levering en prijs, b) hetzij alleen de laagste prijs.

concurrenten zijn. In bepaalde gevallen zal de klant voor satellietcommunicatie de keuze hebben tussen leveranciers uit verscheidene landen en zal zijn keuze in hoofdzaak worden bepaald door de kwaliteit, de prijs en andere verkoopvoorwaarden van de leveranciers. Daar opstraalverbinding in een aantal landen in toenemende mate wordt vrijgemaakt, en in zoverre de markten voor opstraalverbindingen door de toepassing van de EER-bepalingen op de wetgevingen van de Staten zullen worden opgesteld, wordt die keuze nog ruimer. Overeenkomsten op EER-schaal die rechtstreeks of onrechtstreeks voorzien in samenwerking met betrekking tot de opstraalverbinding van de partijen vallen dan ook onder artikel 53.

128. Overeenkomsten tussen telecommunicatieorganisaties en particuliere exploitanten met betrekking tot ruimtesegmentcapaciteit kunnen eveneens onder artikel 53 vallen, nu die bepaling onder meer op samenwerkingsovereenkomsten, inzonderheid op joint venture-overeenkomsten van toepassing is. Voor die overeenkomsten is een ontheffing mogelijk, indien zij bijzondere voordelen met zich brengen die opwegen tegen de beperkingen, zoals technologieoverdracht, verbetering van de kwaliteit van de dienst of een betere afzet, met name voor een nieuwe capaciteit. Hoe dan ook, een ontheffing zal wellicht uitgesloten zijn indien de gezamenlijke levering van opstraalverbinding en ruimtesegmentcapaciteit aan de klanten wordt opgelegd, aangezien daardoor de mededinging in de opstraalverbinding wordt beperkt zodat de klant geen keuzemogelijkheid meer heeft, en aangezien de machtspositie van de telecommunicatieorganisaties in de huidige marktsituatie daardoor bijna zeker zal worden versterkt, wat in strijd is met artikel 54. Een ontheffing is evenmin waarschijnlijk wanneer de overeenkomst tot gevolg heeft, dat het aanbod op een oligopolistische markt aanzienlijk wordt vermindert. Dit is nog duidelijker het geval indien de enige potentiële concurrent van een leverancier met een machtspositie op een bepaalde markt als gevolg van de overeenkomst wordt verhinderd onafhankelijk zijn diensten te leveren. Dit kan een schending van artikel 54 opleveren. Wanneer een telecommunicatieorganisatie rechtstreeks of zijdelings enigerlei overeenkomst oplegt, bij voorbeeld door de opstraalverbinding afhankelijk te stellen van het afsluiten van een overeenkomst met een derde, vormt dit een schending van artikel 54.

VII. Herstructurering in de telecommunicatiesector

129. Deregulering, het vooruitzicht van een eengemaakte markt in 1992 en de ingrijpende veranderingen in de telecommunicatietechnologie hebben in Europa en de hele wereld tot uitgebreide strategische herstructureringsgeleid. In de meeste gevallen gebeurde dit door fusies en joint ventures.

a) Fusies

130. Wanneer de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA fusies in de telecommunicatiesector onderzoekt in het kader van het in punt 1 van bijlage XIV bij de EER-Overeenkomst genoemde besluit (Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Commissie betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, hierna „Verordening nr. 4064/89” genoemd) neemt zij onder meer de volgende elementen in aanmerking.

131. Herstructurerings zijn in het algemeen gunstig voor de Europese telecommunicatie-industrie. Zij kunnen de bedrijven in staat stellen om te rationaliseren en de kritische omvang te bereiken, die nodig is voor de economische schaalvergroting zonder dewelke geen belangrijke investeringen in onderzoek en ontwikkeling mogelijk zijn. Zij zijn noodzakelijk om nieuwe

technologieën te ontwikkelen en op de wereldmarkt concurreren te blijven.

In een aantal gevallen kunnen zij echter ook leiden tot het creëren of verstevigen van machtsposities welke de mededeling belemmeren.

132. Het uit het bereiken van de kritische omvang voortkomende economische voordeel dient te worden aangetoond. De concentratieoperatie kan uitmonden in een loutere samenvoeging van marktaandelen, zonder gepaard te gaan van herstructureeringsmaatregelen of -plannen. In dat geval bestaat het risico, dat die operatie nationale machtsposities of machtsposities op EER-schaal doet ontstaan of versterkt waardoor mededinging onmogelijk wordt.

133. Indien dit het enige gevolg van de concentratieoperaties is, kunnen zij nauwelijks worden gerechtvaardigd door de doelstelling de concurrentiekracht van de EER-industrie op de wereldmarkt te vergroten. Deze door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA met nadruk nagestreefde doelstelling vraagt veeleer om mededinging op de nationale markten in het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied, willen de EER-ondernemingen de concurrentiële structuur en houding verwerven die nodig is om op de wereldmarkt te kunnen optreden.

134. Bij de beoordeling van concentraties in de telecommunicatiesector ziet de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA er bijzonder op toe, dat wordt vermeden dat machtsposities worden versterkt door integratie. Indien het aan dienstenleveranciers met een machtspositie mogelijk wordt gemaakt om met fusies in de apparatuurmarkt te integreren, kan de toegang tot die markt voor andere leveranciers van apparatuur ernstig worden belemmerd. Een dienstenleverancier met een machtspositie kan geneigd zijn zijn dochteronderneming in de apparatuursector een voorkeursbehandeling te geven.

De mogelijkheid, dat de dienstenleverancier zijn dochteronderneming vertrouwelijke informatie verschaft die werd verkregen van concurrerende apparatuurproducenten, kan die laatste bovendien op concurrentieel vlak schade toebrengen.

De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA zal in elk geval afzonderlijk onderzoeken, of de verticale integratie dergelijke gevolgen heeft of veeleer leidt tot een versterking van de concurrentiële structuur van het onder de toepassing van de EER-Overeenkomst vallende grondgebied.

135. De EG-Commissie heeft de principes inzake herstructurering bevestigd in een geval met betrekking tot het gezamenlijk bod van GEC en Siemens op Plessey⁽¹⁾.

136. Artikel 53, lid 1, is van toepassing op de verwerving door een onderneming van een minderheidsaandeel in een concurrent indien, onder meer, de overeenkomsten de oprichting omvatten van een samenwerkingsstructuur tussen de investeerder en de overige ondernemingen waardoor het concurrentiegedrag van die ondernemingen wordt beïnvloed⁽²⁾.

⁽¹⁾ Beschikking van de Commissie tot afwijzing van de klacht van Plessey tegen het bod van GEC-Siemens (zaak IV/33.018 GEC-Siemens/Plessey) (PB nr. C 239 van 25. 9. 1990, blz. 2).

⁽²⁾ Er wordt verwezen het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 17 november 1987, voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, gevoegde zaken 142/84 en 156/84, British American Tobacco Company Ltd en R. J. Reynolds Industries tegen Commissie (Jurispr. 1987, blz. 4487).

b) *Joint ventures*

137. Een joint venture kan coöperatief of concentratief zijn. De joint venture is coöperatief indien zij als doel of als effect heeft een coördinatie van het mededingingsgedrag van ondernemingen welke onafhankelijk blijven. De regels ten aanzien van zulke coöperatieve joint ventures zullen door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA worden neergelegd in richtsnoeren ter zake. Concentratieve joint ventures vallen onder bovengenoemde Verordening nr. 4064/89 betreffende concentraties.

138. In een aantal recente gevallen met betrekking tot joint ventures werd door de EG-Commissie een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag (dat overeenkomt met artikel 53, lid 3, van de EER-Overeenkomst) toegestaan op gronden die voor telecommunicatie bijzonder relevant zijn. In de „optische vezels”-zaak ⁽¹⁾, die betrekking had op telecommunicatie, overwoog de Commissie, dat de joint venture Europese ondernemingen in staat stelde om een technologisch hoogontwikkeld produkt te vervaardigen, technische vooruitgang te bevorderen en de overdracht van technologie te vergemakkelijken. Zodoende stelt de joint venture Europese ondernemingen in staat om het hoofd te bieden aan de concurrentie van fabrikanen uit derde landen, met name de Verenigde Staten van Amerika en Japan, op een gebied waar de technologie zich zeer snel

ontwikkelt en waar de markten internationaal zijn. In de „Canon-Olivetti”-zaak ⁽²⁾ bevestigt de Commissie dit standpunt

VIII. Invloed van de internationale overeenkomsten op de toepassing van de EER-mededingingsregels in de telecommunicatiesector

139. Internationale overeenkomsten (bij voorbeeld de International Telecommunication Union (ITU) of satellietakkoorden) spelen een fundamentele rol in het totstandbrengen van een wereldwijde samenwerking bij de levering van internationale diensten. Alle EVA-Statens nemen deel aan de ITU en haar comités. De toepassing van de internationale overeenkomsten betreffende telecommunicatie moet worden beoordeeld in het licht van het beginsel van de loyale samenwerking. Overeenkomstig de tweede alinea van artikel 3 van de EER-Overeenkomst moeten de EVA-Statens zich bij de toepassing van deze overeenkomsten onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van deze overeenkomst in gevaar kunnen brengen. In dit verband besteedt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA bijzondere aandacht aan de in artikel 1, lid 2, onder e), vastgestelde algemene doelstelling, met name de totstandbrenging van een systeem waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging niet wordt vervalst en dat de mededingingsregels gelijkelijk worden nagekomen.

⁽¹⁾ Beschikking 86/405/EEG van de Commissie (PB nr. L 236 van 22. 8. 1986, blz. 30).

⁽²⁾ Beschikking 88/88/EEG (PB nr. L 52 van 26. 2. 1988, blz. 51).