

II

(Mededelingen)

MEDEDELINGEN VAN DE INSTELLINGEN, ORGANEN EN INSTANTIES
VAN DE EUROPESE UNIE

EUROPESE COMMISSIE

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

**over de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de
werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten**

(2023/C 259/01)

INHOUDSOPGAVE

	<i>Bladzijde</i>
1. Inleiding	7
1.1. Doel en structuur van deze richtsnoeren	7
1.2. Toepasselijkheid van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten	8
1.2.1. Inleiding	8
1.2.2. Analytisch kader	10
1.2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	11
1.2.4. Beperkingen van de mededinging naar strekking	11
1.2.5. Mededingingsbeperkende gevolgen	12
1.2.6. Nevenrestricties	13
1.2.7. Toetsing aan artikel 101, lid 3	14
1.2.8. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen	14
1.3. Verhouding tot andere handvatten, wetgeving en rechtspraak	15
2. Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten	17
2.1. Inleiding	17
2.2. De groepsvrijstellingsverordening inzake O&O (O&O-GVV)	18

2.2.1.	Definitie van onderzoek en ontwikkeling in de O&O-GVV	18
2.2.2.	Definitie van O&O-overeenkomsten in de O&O-GVV	18
2.2.3.	Voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV	20
2.2.4.	Hardcore en uitgesloten beperkingen	25
2.2.5.	Relevant tijdstip voor de beoordeling van de naleving van de voorwaarden van de O&O-GVV	27
2.2.6.	Intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling	27
2.2.7.	Overgangsperiode	28
2.3.	Individuele beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 1	28
2.3.1.	Relevante markten	29
2.3.2.	Voornaamste mededingingsbezwaren	29
2.3.3.	O&O-overeenkomsten die over het algemeen de mededinging niet beperken	30
2.3.4.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	30
2.3.5.	Mededingingsbeperkende gevolgen	30
2.4.	Individuele beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 3	32
2.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	32
2.4.2.	Onmisbaarheid	32
2.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	32
2.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	32
2.5.	Relevant tijdstip voor de beoordeling	33
2.6.	Voorbeelden	33
3.	Productieovereenkomsten	36
3.1.	Inleiding	36
3.2.	Relevante markten	38
3.3.	Specialisatie-GVV	39
3.3.1.	Productieovereenkomsten die onder de specialisatie-GVV vallen	39

3.3.2.	Overige bepalingen die onder de specialisatie-GVV vallen	40
3.3.3.	Distributie in het kader van de specialisatie-GVV	40
3.3.4.	Diensten in het kader van de specialisatie-GVV	41
3.3.5.	Marktaandeeldrempel en duur van de vrijstelling	41
3.3.6.	Hardcore beperkingen in de specialisatie-GVV	42
3.3.7.	Intrekking van het voordeel van de specialisatie-GVV	42
3.3.8.	Overgangsperiode	43
3.4.	Individuele beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1	43
3.4.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	43
3.4.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	44
3.4.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	44
3.5.	Individuele beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3	47
3.5.1.	Efficiëntieverbeteringen	47
3.5.2.	Onmisbaarheid	48
3.5.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	48
3.5.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	48
3.6.	Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur	48
3.7.	Voorbeelden	51
4.	Inkoopovereenkomsten	55
4.1.	Inleiding	55
4.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	56
4.2.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	56
4.2.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	56
4.2.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	58
4.3.	Toetsing aan artikel 101, lid 3	61

4.3.1.	Efficiëntieverbeteringen	61
4.3.2.	Onmisbaarheid	61
4.3.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	61
4.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	62
4.4.	Voorbeelden	62
5.	Commercialiseringsovereenkomsten	66
5.1.	Inleiding	66
5.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	67
5.2.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	67
5.2.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	67
5.2.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	68
5.3.	Toetsing aan artikel 101, lid 3	69
5.3.1.	Efficiëntieverbeteringen	69
5.3.2.	Onmisbaarheid	70
5.3.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	70
5.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	70
5.4.	Inschrijvende consortia	70
5.5.	Voorbeelden	73
6.	Informatie-uitwisseling	76
6.1.	Inleiding	76
6.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	77
6.2.1.	Inleiding	77
6.2.2.	Voornaamste mededingingsbezwaren die voortvloeien uit de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie	78
6.2.3.	De aard van de uitgewisselde informatie	80
6.2.4.	De kenmerken van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie	83

6.2.5.	Marktkenmerken	87
6.2.6.	Beperking van de mededinging naar strekking	88
6.2.7.	Beperking van de mededinging naar gevolgen	90
6.3.	Toetsing aan artikel 101, lid 3	91
6.3.1.	Efficiëntieverbeteringen	91
6.3.2.	Onmisbaarheid	92
6.3.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	92
6.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	92
6.4.	Voorbeelden, zelfbeoordelingstappen en tabel met richtlijnen voor aansprakelijkheid in verschillende situaties	92
7.	Standaardiseringsovereenkomsten	96
7.1.	Inleiding	96
7.2.	Relevante markten	97
7.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	97
7.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	97
7.3.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	99
7.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	99
7.4.	Toetsing aan artikel 101, lid 3	104
7.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	104
7.4.2.	Onmisbaarheid	104
7.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	105
7.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	105
7.5.	Voorbeelden	105
8.	Standaardvoorwaarden	107
8.1.	Definities	107
8.2.	Relevante markten	107

8.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	107
8.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren	107
8.3.2.	Beperking van de mededinging naar strekking	107
8.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen	107
8.4.	Toetsing aan artikel 101, lid 3	109
8.4.1.	Efficiëntievoordelen	109
8.4.2.	Onmisbaarheid	109
8.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	109
8.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	109
8.5.	Voorbeelden	109
9.	Duurzaamheidsovereenkomsten	110
9.1.	Inleiding	110
9.2.	Duurzaamheidsovereenkomsten die waarschijnlijk geen aanleiding zullen geven tot mededingingsbezwaren	112
9.3.	Beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1	113
9.3.1.	Algemene beginselen	113
9.3.2.	Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen	114
9.4.	Beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3	117
9.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	117
9.4.2.	Onmisbaarheid	117
9.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers	119
9.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging	122
9.5.	Betrokkenheid van overheidsinstanties	122
9.6.	Voorbeelden	122

1. INLEIDING

1.1. Doel en structuur van deze richtsnoeren

1. Deze richtsnoeren vervangen de richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten ⁽¹⁾ uit 2011. Zij hebben tot doel rechtszekerheid te bieden door ondernemingen te helpen bij het toetsen van hun horizontale samenwerkingsovereenkomsten aan de mededingingsregels van de Unie en tegelijkertijd een doeltreffende bescherming van de mededinging te waarborgen. Zij willen het voor ondernemingen ook gemakkelijker maken om samen te werken op manieren die economisch wenselijk zijn en aldus, bijvoorbeeld, bijdragen tot de groene en digitale transitie en tot de bevordering van de veerkracht van de interne markt ⁽²⁾.
2. Deze richtsnoeren zetten de beginselen uiteen voor de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("artikel 101"). Zij bieden ook een analytisch kader voor de zelfbeoordeling van de meest gangbare soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten:
 - hoofdstuk 1 is een inleiding, waarin het kader wordt geschetst waarbinnen artikel 101 van toepassing is op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Dit hoofdstuk bevat ook een uitleg van het verband tussen deze richtsnoeren en andere handvatten, wetgeving en rechtspraak die van invloed zijn op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. De handvatten in de hoofdstukken 2 tot en met 9 met betrekking tot specifieke soorten horizontale overeenkomsten vormen een aanvulling op de meer algemene handvatten die in dit inleidende hoofdstuk worden gegeven. Daarom wordt aanbevolen altijd eerst dit hoofdstuk te lezen en dan pas de specifieke hoofdstukken te raadplegen;
 - hoofdstuk 2 betreft onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten ("O&O"), met inbegrip van handvatten voor de toepassing van Verordening (EU) 2023/1066 van de Commissie ("O&O-GVV") ⁽³⁾;
 - hoofdstuk 3 betreft productieovereenkomsten, met inbegrip van handvatten voor de toepassing van Verordening (EU) 2023/1067 van de Commissie ("specialisatie-GVV") ⁽⁴⁾;
 - hoofdstuk 4 heeft betrekking op inkoopovereenkomsten;
 - hoofdstuk 5 heeft betrekking op commercialiseringsovereenkomsten;
 - hoofdstuk 6 heeft betrekking op informatie-uitwisseling;
 - hoofdstuk 7 heeft betrekking op standaardiseringsovereenkomsten;
 - hoofdstuk 8 heeft betrekking op standaardvoorwaarden.
3. Aangezien de Commissie zich heeft gecommitteerd aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Green Deal voor de Europese Unie ⁽⁵⁾, biedt hoofdstuk 9 handvatten voor de wijze waarop de meest gebruikelijke horizontale samenwerkingsovereenkomsten aan artikel 101 zullen worden getoetst wanneer deze duurzaamheidsdoelstellingen nastreven.
4. Wegens het potentieel grote aantal soorten en combinaties van horizontale samenwerking en marktomstandigheden waarin deze kunnen functioneren, is het moeilijk specifieke handvatten te formuleren voor alle mogelijke scenario's. Deze richtsnoeren vormen derhalve geen "checklist" die automatisch kan worden toegepast. Elk geval moet op grond van de specifieke feiten ervan worden beoordeeld.
5. De handvatten in deze richtsnoeren zijn van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten betreffende goederen, diensten en technologieën.

⁽¹⁾ PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1.

⁽²⁾ Zie ook de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's — Actualisering van de nieuwe industriestrategie van 2020: een sterkere eengemaakte markt tot stand brengen voor het herstel van Europa (COM(2021) 350 final).

⁽³⁾ Verordening (EU) 2023/1066 van de Commissie van 1 juni 2023 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 143 van 2 juni 2023, blz. 9).

⁽⁴⁾ Verordening (EU) 2023/1067 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten (PB L 143 van 2 juni 2023, blz. 20).

⁽⁵⁾ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's — De Europese Green Deal (COM(2019) 640 final).

6. Bij horizontale samenwerkingsovereenkomsten kan het gaan om een combinatie van diverse stadia van samenwerking, zoals O&O en de productie of commercialisering van O&O-resultaten. Dergelijke gecombineerde samenwerkingsovereenkomsten vallen ook onder deze richtsnoeren. Wanneer de analyse van een dergelijke gecombineerde overeenkomsten gebeurt op basis van deze richtsnoeren, zijn alle hoofdstukken die betrekking hebben op de verschillende onderdelen van de samenwerking in de regel relevant voor de beoordeling ervan. Wanneer het echter gaat om de beoordeling van de vraag of bepaalde gedragingen een mededingingsbeperkende strekking dan wel mededingingsbeperkende gevolgen hebben, gelden voor de gehele samenwerking de handvatten in het hoofdstuk betreffende het gedeelte van de gecombineerde samenwerking dat als “zwaartepunt” daarvan kan worden beschouwd.
7. Twee factoren zijn in het bijzonder relevant om het zwaartepunt van dergelijke gecombineerde samenwerkingsovereenkomsten te bepalen: ten eerste het beginpunt van de samenwerking en, ten tweede, de mate van integratie van de verschillende gecombineerde functies. Hoewel het niet mogelijk is een welomschreven en definitieve regel te geven die voor alle gevallen en alle mogelijke combinaties geldig is, mag er in de regel toch van het volgende worden uitgegaan:
 - a) het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst die zowel betrekking heeft op O&O-activiteiten als op de gezamenlijke productie (of gezamenlijke distributie) van de resultaten daarvan, zou in de regel de gezamenlijke O&O-activiteiten zijn indien de gezamenlijke productie (of gezamenlijke distributie) er slechts zal komen als de gezamenlijke O&O-activiteiten resultaten afwerpen. Indien de resultaten van de gezamenlijke O&O-activiteiten doorslaggevend zijn voor de latere gezamenlijke productie (of gezamenlijke distributie), gelden de handvatten in het hoofdstuk over O&O-overeenkomsten. Het zwaartepunt van de samenwerking zou anders zijn indien de partijen hoe dan ook — d.w.z. los van de gezamenlijke O&O-activiteiten — tot de gezamenlijke productie (of gezamenlijke distributie) zouden zijn overgegaan. In dat geval moet de samenwerking in plaats daarvan worden beoordeeld als een gezamenlijke productieovereenkomst (of gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst) en gelden de handvatten in het hoofdstuk over productieovereenkomsten (of commercialiseringsovereenkomsten). Indien de overeenkomst voorziet in een volledige integratie van de activiteiten van de partijen op het gebied van de productie en slechts een gedeeltelijke integratie van sommige O&O-activiteiten, zou het zwaartepunt van de samenwerking de gezamenlijke productie zijn;
 - b) het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst die zowel de specialisatie op het niveau van productie als de gezamenlijke commercialisering van de resultaten daarvan inhoudt, is doorgaans de specialisatie, aangezien de gezamenlijke commercialisering in het algemeen slechts zal plaatsvinden als gevolg van de specialisatie;
 - c) het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst waarbij sprake is van de gezamenlijke productie en de gezamenlijke commercialisering van de resulterende producten, is doorgaans de gezamenlijke productie, aangezien de gezamenlijke commercialisering in het algemeen slechts zal plaatsvinden als gevolg van de gezamenlijke productie.
8. De toetsing van het zwaartepunt is slechts van toepassing op het verband tussen de verschillende hoofdstukken van deze richtsnoeren, niet op het verband tussen verschillende groepsvrijstellingsverordeningen. Het toepassingsgebied van een groepsvrijstellingsverordening wordt bepaald door de bepalingen ervan (zie hoofdstuk 2 voor de O&O-GVV en hoofdstuk 3 voor de specialisatie-GVV). Hoewel de voorbeelden in punt 7 een algemene indicatie geven van waar het zwaartepunt van een gecombineerde horizontale samenwerkingsovereenkomst kan liggen, is in de praktijk een analyse per geval op basis van de specifieke juridische en economische context van elke overeenkomst noodzakelijk.

1.2. Toepasselijkheid van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

1.2.1. Inleiding

9. Artikel 101 heeft tot doel ervoor te zorgen dat ondernemingen horizontale samenwerkingsovereenkomsten niet gebruiken om de mededinging op de interne markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen, hetgeen uiteindelijk ten koste gaat van de gebruiker.
10. Artikel 101 is van toepassing op ondernemingen en ondernemersverenigingen. Een onderneming is elke uit personele, materiële en immateriële componenten bestaande entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd ⁽⁶⁾. Een ondernemersvereniging is een orgaan waarbij ondernemingen van hetzelfde algemene type hun marktgedrag coördineren ⁽⁷⁾. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen.

⁽⁶⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P, ECLI:EU:C:2021:238, punt 72 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁽⁷⁾ In de zin van het arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard/Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 76, en de conclusie van advocaat-generaal Léger van 10 juli 2001, Wouters, C-309/99, ECLI:EU:C:2001:390, punt 61.

11. Wanneer een onderneming een beslissende invloed uitoefent op een andere onderneming, vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde onderneming ⁽⁸⁾. Ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde onderneming worden voor de toepassing van deze richtsnoeren niet als concurrenten beschouwd, zelfs niet indien zij beide actief zijn op dezelfde relevante product- en geografische markt(en).
12. Met het oog op het vaststellen van aansprakelijkheid voor inbreuken op artikel 101 heeft het Hof van Justitie bepaald dat moedermaatschappijen en hun gemeenschappelijke onderneming één economische eenheid vormen en dus één onderneming vormen uit het oogpunt van het mededingingsrecht en de relevante markt(en), voor zover wordt aangetoond dat de moedermaatschappijen een beslissende invloed op die gemeenschappelijke onderneming uitoefenen ⁽⁹⁾. In het licht van deze rechtspraak zal de Commissie artikel 101 in het algemeen niet toepassen op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen moedermaatschappijen en hun gemeenschappelijke onderneming voor zover deze betrekking hebben op gedragingen die plaatsvinden op relevante markt(en) waarop de gemeenschappelijke onderneming actief is en in perioden waarin de moedermaatschappijen een beslissende invloed op de gemeenschappelijke onderneming uitoefenen. In het algemeen zal de Commissie artikel 101 echter wel toepassen op de volgende groepen overeenkomsten:
 - a) overeenkomsten tussen moedermaatschappijen om een gemeenschappelijke onderneming op te richten;
 - b) overeenkomsten tussen moedermaatschappijen om het toepassingsgebied van hun gemeenschappelijke onderneming te wijzigen;
 - c) overeenkomsten tussen moedermaatschappijen en hun gemeenschappelijke onderneming over producten of geografische markten waarop de gemeenschappelijke onderneming niet actief is, en
 - d) overeenkomsten tussen moedermaatschappijen die geen betrekking hebben op hun gemeenschappelijke onderneming, zelfs als deze overeenkomsten gaan over producten of geografische markten waarop de gemeenschappelijke onderneming actief is.
13. De omstandigheid dat een gemeenschappelijke onderneming en haar moedermaatschappijen op een bepaalde markt worden geacht deel uit te maken van dezelfde onderneming, belet niet dat de moedermaatschappijen op alle andere markten onafhankelijk blijven ⁽¹⁰⁾.
14. Artikel 101 is slechts van toepassing op horizontale samenwerking indien er een vorm van coördinatie tussen concurrenten bestaat, met andere woorden een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

Voor de toepassing van artikel 101 en deze richtsnoeren wordt onder een overeenkomst verstaan twee of meer ondernemingen die blij hebben gegeven van hun wil om samen te werken ⁽¹¹⁾. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangen door feitelijke samenwerking ⁽¹²⁾. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging vereist, behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen, een daaropvolgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide ⁽¹³⁾.

15. Het bestaan van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging wijst op zichzelf nog niet op een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1. Gemakshalve omvat in deze richtsnoeren, tenzij anders vermeld, de term "overeenkomst" ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen.
16. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen worden gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten. Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten behandeld indien zij op dezelfde product- en geografische markt actief zijn. Een onderneming wordt als een potentiële concurrent van een andere onderneming beschouwd indien deze onderneming zonder de overeenkomst wellicht op korte

⁽⁸⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 1996, Viho/Commissie, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405, punt 51. De uitoefening van beslissende invloed door de moedermaatschappij op het gedrag van een dochteronderneming mag worden vermoed in het geval van volle dochterondernemingen of wanneer de moedermaatschappij alle stemrechten verbonden aan de aandelen van haar dochterondernemingen bezit; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009, Akzo Nobel e. a./Commissie, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, punten 60 e.v., en arrest van het Hof van Justitie van 27 januari 2021, The Goldman Sachs Group/Commissie, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73, punt 36.

⁽⁹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2013, El du Pont de Nemours and Company, C-172/12 P, ECLI:EU:C:2013:601, punt 47, en arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2017, LG Electronics/Commissie, C-588/15 P en C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679, punten 71 en 76.

⁽¹⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2017, LG Electronics/Commissie, C-588/15 P en C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679, punt 79.

⁽¹¹⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 2006, Commissie/Volkswagen, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, punt 37.

⁽¹²⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 26; arrest van het Hof van Justitie van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125/85 tot 129/85, ECLI:EU:C:1993:120, punt 63.

⁽¹³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food Company Inc. en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 126 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

termijn⁽¹⁴⁾ in staat zou zijn de vereiste extra investeringen te doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten te maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te kunnen betreden. Deze beoordeling moet op realistische gronden berusten; de louter theoretische mogelijkheid om een markt te betreden is ontoereikend⁽¹⁵⁾. Verwijzingen in deze richtsnoeren naar concurrenten omvatten zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten, tenzij anders aangegeven.

Voor de beoordeling van de vraag of een onderneming als een potentiële concurrent van een andere onderneming kan worden beschouwd, zijn de volgende overwegingen wellicht van belang:

- a) indien de onderneming het vaste voornemen heeft en zelf in staat is om op korte termijn toe te treden tot de markt en zij niet stoot op onoverkomelijke toetredingsdrempels⁽¹⁶⁾;*
- b) de vraag of de onderneming voldoende voorbereidende stappen heeft genomen om de betrokken markt te kunnen betreden;*
- c) de reële en concrete mogelijkheden van de nog niet actieve onderneming om tot die markt toe te treden en met een of meer andere ondernemingen te concurreren — de louter theoretische mogelijkheid om tot een markt toe te treden is niet voldoende;*
- d) de structuur van de markt en de economische en juridische context waarbinnen deze functioneert⁽¹⁷⁾;*
- e) de perceptie van de gevestigde onderneming is een relevante factor om te beoordelen of er een concurrentieverhouding bestaat tussen die partij en een externe onderneming, aangezien deze laatste, indien zij wordt beschouwd als een potentiële nieuwkomer op de markt, door haar loutere bestaan concurrentiedruk op de op die markt aanwezige marktdeelnemer kan uitoefenen.*

1.2.2. Analytisch kader

17. De beoordeling op grond van artikel 101 gebeurt in twee fasen. In de eerste fase wordt overeenkomstig artikel 101, lid 1, onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel⁽¹⁸⁾ mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben.
18. In de tweede beoordelingsfase overeenkomstig artikel 101, lid 3, die alleen van belang is wanneer blijkt dat een overeenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101, lid 1, wordt nagegaan welke voordelen de overeenkomst oplevert en of deze voordelen opwegen tegen de nadelen voor de mededinging⁽¹⁹⁾. Deze afweging van positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging vindt uitsluitend plaats binnen het in artikel 101, lid 3⁽²⁰⁾, vastgestelde kader. Indien de positieve gevolgen voor de gebruikers in de relevante markt niet opwegen tegen een mededingingsbeperking, bepaalt artikel 101, lid 2, dat de overeenkomst van rechtswege nietig is.
19. Artikel 101 is niet van toepassing indien een mededingingsverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrentieel gedrag voor deze ondernemingen

⁽¹⁴⁾ De kwalificatie “korte termijn” hangt af van de juridische en economische context en van de feiten van de betrokken zaak, en met name van de vraag of de betrokken onderneming partij is bij een horizontale samenwerkingsovereenkomst dan wel een derde partij is. Wanneer het begrip “korte termijn” wordt toegepast om te beoordelen of een partij bij een overeenkomst moet worden beschouwd als een potentiële concurrent van een andere partij, zal de Commissie normaal gesproken een langere termijn in overweging nemen dan wanneer zij dat begrip toepast om te beoordelen of een derde partij in staat is concurrentiedruk uit te oefenen op de partijen bij een overeenkomst. Om een derde partij als potentiële concurrent te beschouwen, zou de markttoetreding relatief snel moeten gebeuren, wil de dreiging van een mogelijke toetreding druk uitoefenen op het gedrag van de andere partijen en de andere marktdeelnemers. Om die redenen wordt zowel in de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O als in die inzake specialisatie, een periode van hoogstens drie jaar als “korte termijn” beschouwd.

⁽¹⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK), C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 37 en 38.

⁽¹⁶⁾ Het bestaan van een octrooi kan op zich niet als een dergelijke onoverkomelijke drempel worden beschouwd. Zie arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Lundbeck/Commissie, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, punten 38, 58 en 59.

⁽¹⁷⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 36-58.

⁽¹⁸⁾ Artikel 101, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsverstorende effecten; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, John Deere/Commissie, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 77; arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 50.

⁽¹⁹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punt 95.

⁽²⁰⁾ Zie arrest van het Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods Ltd/Commissie, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, punt 107; arrest van het Gerecht van 18 september 2001, Métropole Télévision (M6) e.a./Commissie, zaak T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215, punt 74; arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punt 69 e.v. Door rekening te houden met de concurrentiebevorderende gevolgen kan de objectieve ernst van een praktijk worden ingeschat. Het is niet bedoeld als een “rule of reason”, op grond waarvan de mededingingsverstorende en mededingingsbevorderende gevolgen van een overeenkomst tegen elkaar moeten worden afgewogen bij de kwalificatie ervan als “beperking van de mededinging” in de zin van artikel 101, lid 1; zie arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 104.

uitsluit ⁽²¹⁾. In dergelijke situaties is de mogelijkheid uitgesloten van mededinging die nog zou kunnen worden belemmerd, beperkt of vervalst door autonome gedragingen van ondernemingen ⁽²²⁾. De omstandigheid dat overheidsinstanties een horizontale samenwerkingsovereenkomst aanmoedigen, betekent nog niet dat deze op grond van artikel 101 is toegelaten ⁽²³⁾. Artikel 101 blijft evenwel op de ondernemingen van toepassing indien een nationale wet zich ertoe beperkt ondernemingen tot autonome mededingingsverstoringe gedragingen aan te zetten of deze te vergemakkelijken, bijvoorbeeld indien ondernemingen door overheidsinstanties worden aangemoedigd om horizontale samenwerkingsovereenkomsten te sluiten om via zelfregulering een openbare beleidsdoelstelling te bereiken.

1.2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

1.2.3.1. Voordelen van horizontale samenwerking

20. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen aanzienlijke economische voordelen opleveren, waaronder duurzaamheidsvoordelen, met name wanneer daarbij complementaire activiteiten, vaardigheden of activa worden gebundeld. Horizontale samenwerking kan een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, investeringen te vergroten, knowhow te poolen, de productkwaliteit en productdiversiteit te verbeteren en sneller te innoveren. Evenzo kan horizontale samenwerking een middel zijn om tekorten en verstoringen in de toeleveringsketens aan te pakken of de afhankelijkheid van specifieke producten, diensten en technologieën te verminderen.

1.2.3.2. Bezwaren bij horizontale samenwerking

21. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen de mededinging op de relevante markt echter op verschillende manieren beperken. Dergelijke overeenkomsten kunnen bijvoorbeeld leiden tot collusie tussen de partijen of tot mededingingsverstoringe marktafscherming.

Een horizontale samenwerkingsovereenkomst kan ook de beslissingsautonomie van de partijen doen afnemen en daardoor de waarschijnlijkheid vergroten dat zij hun gedrag zullen coördineren om tot een heimelijke verstandhouding te komen. Die overeenkomst kan de coördinatie echter ook gemakkelijker, stabiel of doeltreffender maken voor partijen die voordien reeds coördineerden, hetzij doordat de coördinatie robuuster wordt, hetzij doordat zij nog hogere prijzen kunnen berekenen. Horizontale samenwerking kan bijvoorbeeld leiden tot de openbaarmaking van commercieel gevoelige informatie, en zo de kans vergroten op coördinatie tussen de partijen binnen of buiten het gebied waarop wordt samengewerkt. Bovendien kunnen de partijen tot significante kostendeling (d.w.z. het gedeelte van de variabele kosten dat beide partijen gemeen hebben) komen, zodat zij de marktprijzen en de productie gemakkelijker kunnen coördineren. Een verlies aan concurrentie kan ook negatieve gevolgen hebben voor de kwaliteit of diversiteit van producten, voor de innovatie en voor andere concurrentieparameters.

Bepaalde horizontale samenwerkingsovereenkomsten, zoals productie- en standaardiseringsovereenkomsten, kunnen leiden tot mededingingsverstoringe marktafscherming. De overeenkomst kan de concurrenten van de partijen beletten of beperken om effectief te concurreren, bijvoorbeeld door hun de toegang tot een belangrijke input te ontfangen of een belangrijke route naar de markt te blokkeren. Een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kan niet-deelnemende concurrenten ook een aanzienlijk concurrentienadeel opleveren ten opzichte van de ondernemingen die wel aan de uitwisseling deelnemen.

1.2.4. Beperkingen van de mededinging naar strekking

22. Bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen kunnen, door hun aard, worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging ⁽²⁴⁾. In dergelijke gevallen hoeven de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de marktgedraging niet te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft ⁽²⁵⁾.
23. Het begrip "beperkingen van de mededinging naar strekking" moet strikt worden uitgelegd en kan alleen worden toegepast op bepaalde overeenkomsten tussen ondernemingen waaruit, op zichzelf en gelet op de

⁽²¹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, punten 80-81. Deze mogelijkheid werd strikt uitgelegd; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 29 oktober 1980, Van Landewyck/Commissie, gevoegde zaken 209 tot en met 215 en 218/78, EU:C:1980:248, punten 130-134; arrest van het Hof van Justitie van 11 november 1997, Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, ECLI:EU:C:1997:531, punt 33 e.v.

⁽²²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 9 september 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, punt 54 e.v.

⁽²³⁾ Zie bv. arrest van het Gerecht van 13 december 2006, FNCBV e.a./Commissie, T-217/03 en T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, punt 92.

⁽²⁴⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punten 49-50.

⁽²⁵⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punt 55; arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2008, Beef Industry Development en Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, punt 16; arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 29 e.v.; arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, John Deere/Commissie, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 77.

inhoud van de bepalingen ervan, de doelstellingen ervan en de economische en juridische context waarvan zij deel uitmaken, een zodanige mate van nadelige beïnvloeding van de mededinging blijkt dat de gevolgen ervan niet hoeven te worden beoordeeld ⁽²⁶⁾.

24. Volgens de rechtspraak is er sprake van beperkingen naar strekking als er voldoende betrouwbare en gedegen ervaring is om te kunnen oordelen dat de betrokken overeenkomst, door de aard ervan, schadelijk is voor de goede werking van de mededinging ⁽²⁷⁾, of als de overeenkomst specifieke kenmerken bevat waaruit kan worden afgeleid dat de overeenkomst bijzonder schadelijk is voor de mededinging, wat in voorkomend geval wordt gebaseerd op een gedetailleerde analyse van de overeenkomst en de doelstellingen en de economische en juridische context ervan ⁽²⁸⁾.
25. Om te bepalen dat er sprake is van een “beperking naar strekking” hoeft er geen rechtstreeks verband te bestaan tussen de overeenkomst en de verbruikersprijzen ⁽²⁹⁾. Artikel 101 is niet uitsluitend bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar ook om de structuur van de markt, en daarmee de mededinging als zodanig, veilig te stellen ⁽³⁰⁾.
26. Om te beoordelen of bij een overeenkomst sprake is van een mededingingsbeperkende strekking ⁽³¹⁾, worden de volgende elementen in aanmerking genomen:
 - a) de inhoud van de overeenkomst;
 - b) de doelstellingen die ermee worden nagestreefd, en
 - c) de economische en juridische context waarvan zij deel uitmaakt.
27. Bij het bepalen van die juridische en economische context moet ook rekening worden gehouden met ⁽³²⁾:
 - a) de aard van de betrokken goederen of diensten, en
 - b) de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten ⁽³³⁾.
28. Indien de partijen de mogelijke concurrentiebevorderende gevolgen van een overeenkomst aanvoeren, moeten deze gevolgen terdege in aanmerking worden genomen als contextuele elementen bij de beoordeling of de overeenkomst een beperking naar strekking heeft, voor zover op basis daarvan de algemene beoordeling van de vraag of de overeenkomst voldoende schadelijk is voor de mededinging kan worden betwist ⁽³⁴⁾. Dergelijke concurrentiebevorderende gevolgen moeten echter niet alleen worden aangetoond en relevant zijn, maar ook specifiek verband houden met de betrokken overeenkomst en voldoende significant zijn ⁽³⁵⁾.
29. De bedoeling van de partijen hoeft weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het beoordelen of een overeenkomst van mededingingsbeperkende strekking is, maar daarmee mag wel rekening worden gehouden ⁽³⁶⁾.

1.2.5. Mededingingsbeperkende gevolgen

30. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst die op zichzelf de mededinging niet in voldoende mate nadelig blijkt te beïnvloeden, kan toch mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst heeft mededingingsbeperkende gevolgen als zij een merkbaar ongunstige uitwerking heeft of kan hebben op ten minste één van de concurrentieparameters op de markt, zoals prijs, producthoeveelheden,

⁽²⁶⁾ Arrest van Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 67, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁽²⁷⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, Gazdasági Versenyhivatal/Budapest Bank Nyrt e.a., C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, punten 76 en 79.

⁽²⁸⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Lundbeck, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, punten 130-131; arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Sun/Commissie, C-586/16 P, ECLI:EU:C:2021:241, punt 86. Het feit dat de Commissie niet eerder heeft geoordeeld dat een overeenkomst die vergelijkbaar is met de betrokken overeenkomst een “mededingingsbeperkende strekking” had, belet haar op zich niet om dat in de toekomst te doen.

⁽²⁹⁾ De prijs is een van de concurrentieparameters, naast parameters zoals productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie.

⁽³⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands BV e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punten 38-39; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 125. Arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, HSBC/Commissie, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, punt 121.

⁽³¹⁾ Beperkingen die in groepsvrijstellingsverordeningen, richtsnoeren en mededelingen worden aangemerkt als hardcore beperkingen, worden door de Commissie in de regel beschouwd als beperkingen naar strekking.

⁽³²⁾ Voor overeenkomsten waarvan het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds heeft geoordeeld dat zij zeer zware inbreuken op de mededinging opleveren, kan de analyse van de juridische en economische context worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een beperking naar strekking; zie arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, punt 29.

⁽³³⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 53; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 117, en arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, Budapest Bank e.a., C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, punt 51.

⁽³⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 103-107, en arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, HSBC/Commissie, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, punt 139.

⁽³⁵⁾ Arrest van Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 107.

⁽³⁶⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító Zrt. e.a., C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, punt 37; arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 54, en arrest van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 118.

productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Om vast te stellen of dit het geval is, moet de mededinging worden gezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de overeenkomst zou afspelen ⁽³⁷⁾.

31. Overeenkomsten kunnen beperkende gevolgen hebben door de concurrentie tussen de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst of tussen een van de partijen en derden merkbaar te beperken. Dat betekent dat de overeenkomst de beslissingsautonomie van de partijen moet beperken ⁽³⁸⁾, hetzij doordat zij verplichtingen behelst die het marktgedrag van minstens één van de partijen reguleren, hetzij doordat zij het marktgedrag van minstens één van de partijen beïnvloedt, bijvoorbeeld door een verandering te veroorzaken in de prikkels die deze ondervindt.
32. Om te beoordelen of een overeenkomst beperkende gevolgen heeft, zijn de volgende factoren van belang:
 - a) de aard en inhoud van de overeenkomst;
 - b) het concrete kader waarvan de samenwerking deel uitmaakt, met name de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, de aard van de betrokken goederen of diensten en de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en zijn opgebouwd ⁽³⁹⁾;
 - c) de mate waarin de partijen afzonderlijk of gezamenlijk een bepaalde mate van marktmacht hebben of verwerven ⁽⁴⁰⁾ en de mate waarin de overeenkomst bijdraagt tot de totstandkoming, het behoud of de versterking van die marktmacht of de partijen in staat stelt deze marktmacht te gebruiken;
 - d) de mededingingsbeperkende gevolgen kunnen zowel reëel als potentieel zijn, maar zij moeten hoe dan ook voldoende merkbaar zijn ⁽⁴¹⁾.
33. In sommige gevallen gaan ondernemingen horizontale samenwerkingsovereenkomsten aan omdat zij, op basis van objectieve factoren, niet in staat zouden zijn om het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft, zelfstandig uit te voeren, bijvoorbeeld vanwege hun beperkte technische mogelijkheden. Dergelijke horizontale samenwerkingsovereenkomsten hebben doorgaans geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, tenzij de partijen het project met minder strenge beperkingen hadden kunnen uitvoeren ⁽⁴²⁾.

1.2.6. Nevenrestricties

34. Wanneer ondernemingen een samenwerking aangaan die niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging, valt een beperking van de commerciële autonomie van een of meer van de deelnemende ondernemingen evenmin onder dat verbod, mits die beperking objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de samenwerking en in verhouding staat tot de doelstellingen van de samenwerking (zogenaamde “nevenrestricties”) ⁽⁴³⁾. Om te bepalen of een beperking een nevenrestrictie is, moet worden onderzocht of de samenwerking zonder de beperking in kwestie onmogelijk zou zijn. Het feit dat de samenwerking gewoon moeilijker te realiseren is of minder winstgevend is, impliceert niet dat die beperking “objectief noodzakelijk” is — en dus een nevenrestrictie is ⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁷⁾ Arrest van Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 118; arrest van het Hof van Justitie van 12 december 2018, Krka/Commissie, T-684/14, ECLI:EU:C:2018:918, punt 315, en arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard/Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 166.

⁽³⁸⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, John Deere, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 88; arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 51.

⁽³⁹⁾ Arrest van Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 116, en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Het feitelijke kader van de samenwerking kan factoren omvatten zoals de aanwezigheid van voldoende mogelijkheden voor klanten om over te stappen naar een andere leverancier; de waarschijnlijkheid dat concurrenten hun aanbod zullen verhogen als de prijzen stijgen, of de marktkennmerken bevorderlijk zijn voor coördinatie, of de activiteiten die onder de samenwerking vallen een groot deel vertegenwoordigen van de variabele kosten van de partijen op de relevante markt, enz. Het kan ook relevant zijn om te beoordelen of de partijen hun activiteiten die onder de samenwerking vallen, in ruime mate samenvoegen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer zij gezamenlijk een tussenproduct vervaardigen of inkopen dat een belangrijke input vormt voor hun productie van downstreamproducten is, of wanneer zij gezamenlijk een groot deel van hun totale productie van een eindproduct vervaardigen of distribueren.

⁽⁴⁰⁾ Marktmacht is het vermogen om voor een bepaalde periode prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, op het gebied van producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, voor een bepaalde periode op winstgevende wijze onder het concurrerende niveau te handhaven. De omvang van de marktmacht die normaal gesproken is vereist om te besluiten tot een inbreuk op artikel 101, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 102.

⁽⁴¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 52.

⁽⁴²⁾ Zie ook punt 18 van de richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97) (“richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3”).

⁽⁴³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89; arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1985, Remia/Commissie, 42/84, ECLI:EU:C:1985:327, punten 19-20; arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, punten 15-17; arrest van het Hof van Justitie van 15 december 1994, Gøtttrup-Klim e.a. Grovvareforenining/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, punt 35, en arrest van het Hof van Justitie van 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, punten 12-15.

⁽⁴⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 91.

1.2.7. Toetsing aan artikel 101, lid 3

35. De toetsing aan artikel 101, lid 1, van beperkingen van de mededinging naar strekking of naar gevolgen is slechts één zijde van het onderzoek op grond van artikel 101. De andere zijde is de beoordeling of een beperkende overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3⁽⁴⁵⁾. Wanneer is vastgesteld dat een overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, kan artikel 101, lid 3, als verweer worden ingeroepen. De bewijslast op grond van artikel 101, lid 3, rust op de onderneming(en) die zich op het voordeel van die bepaling beroept of beroepen⁽⁴⁶⁾. Met andere woorden, het is aan de onderneming(en) om aan te tonen dat de betrokken overeenkomst waarschijnlijk concurrentiebevorderende gevolgen zal hebben⁽⁴⁷⁾.
36. Voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 101, lid 3, gelden vier cumulatieve voorwaarden, twee positieve en twee negatieve:
- a) de overeenkomst moet bijdragen tot efficiëntieverbeteringen, met andere woorden bijdragen tot de verbetering van de productie of van de distributie van producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;
 - b) de beperkingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van die doelstellingen, d.w.z. de efficiëntieverbeteringen;
 - c) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen, d.w.z. de door de onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen, met inbegrip van kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, moeten in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers, zodat zij ten minste gecompenseerd worden voor de beperkende gevolgen van de overeenkomst. Het is derhalve niet voldoende wanneer alleen de partijen bij de overeenkomst profiteren van de efficiëntievoordelen. Voor de toepassing van deze richtsnoeren zijn “gebruikers” de klanten van de partijen bij de overeenkomst en latere inkopers⁽⁴⁸⁾;
 - d) de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.
37. De O&O-GVV en de specialisatie-GVV zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de bundeling van complementaire vaardigheden of activa tot aanzienlijke efficiëntievoordelen kan leiden bij O&O-overeenkomsten en specialisatieovereenkomsten. Andere vormen van horizontale samenwerking kunnen op dezelfde manier vaardigheden en activa combineren om aanzienlijke efficiëntievoordelen te bewerkstelligen. Bij het analyseren van de efficiëntievoordelen van een samenwerkingsovereenkomst op grond van artikel 101, lid 3, gaat het er derhalve vooral om vast te stellen welke complementaire vaardigheden en middelen elke partij bijdraagt aan de samenwerking, en na te gaan of de daaruit voortvloeiende efficiëntievoordelen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen op verschillende manieren tot complementariteit leiden. Een O&O-overeenkomst kan verschillende onderzoekscapaciteiten samenbrengen en complementaire vaardigheden en activa combineren, hetgeen ertoe kan leiden dat nieuwe of betere producten en technologieën worden ontwikkeld en op de markt worden gebracht die anders nooit hadden bestaan. Andere horizontale samenwerkingsovereenkomsten stellen partijen misschien in staat hun krachten te bundelen om producten te ontwerpen, te produceren en in de handel te brengen of om gezamenlijk producten of diensten in te kopen die zij nodig hebben voor hun activiteiten.

38. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die niet leiden tot het bundelen van complementaire vaardigheden of activa zullen waarschijnlijk minder efficiëntieverbeteringen opleveren die ten goede komen aan de gebruikers.
- ### 1.2.8. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen
39. Overeenkomsten die de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden (geen gevolgen voor de handel) of die de mededinging niet merkbaar beperken (overeenkomsten van geringe betekenis), vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1⁽⁴⁹⁾. De Commissie heeft omtrent het ontbreken van beïnvloeding van de handel de nodige houvast gegeven in de handvatten van de Commissie betreffende het begrip

⁽⁴⁵⁾ De algemene aanpak voor de toepassing van artikel 101, lid 3, is beschreven in de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽⁴⁶⁾ Zie artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1).

⁽⁴⁷⁾ Zie ook de punten 51-58 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽⁴⁸⁾ Meer bijzonderheden over het begrip “gebruiker” zijn te vinden in punt 84 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽⁴⁹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punten 16-17 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

“beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag ⁽⁵⁰⁾ (“*richtsnoeren beïnvloeding van de handel*”), en omtrent overeenkomsten van geringe betekenis in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ⁽⁵¹⁾ (“*de-minimismededeling*”). Zowel de *richtsnoeren beïnvloeding van de handel* als de *de-minimismededeling* zijn bijzonder relevant voor de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen (“kmo’s”) ⁽⁵²⁾. Deze richtsnoeren laten de richtsnoeren beïnvloeding van de handel en de *de-minimismededeling*, alsmede eventuele toekomstige handvatten van de Commissie in dit verband onverlet.

40. In de richtsnoeren beïnvloeding van de handel worden de beginselen uiteengezet die de Unierechter heeft ontwikkeld in verband met de uitlegging van het begrip “beïnvloeding van de handel” en wordt aangegeven wanneer het weinig waarschijnlijk is dat overeenkomsten de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden. Deze richtsnoeren omvatten een weerlegbaar negatief vermoeden dat geldt voor alle overeenkomsten in de zin van artikel 101, lid 1, ongeacht de aard van de in die overeenkomsten vervatte beperkingen, en dat dus ook van toepassing is op overeenkomsten die hardcore beperkingen bevatten ⁽⁵³⁾. Dit vermoeden betekent dat horizontale samenwerkingsovereenkomsten in beginsel de handel tussen de lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden wanneer:
 - a) het totale marktaandeel van de partijen op relevante markten binnen de Unie waarop de overeenkomst van invloed is, niet meer dan 5 % bedraagt, en
 - b) de totale jaarlijkse omzet in de Unie van de betrokken ondernemingen voor de onder de overeenkomst vallende producten niet meer dan 40 miljoen EUR bedraagt ⁽⁵⁴⁾. In het geval van overeenkomsten betreffende de collectieve inkoop van producten is de relevante omzet de collectieve inkoop door de partijen van de producten die onder de overeenkomst vallen.
41. Zoals uiteengezet in de *de-minimismededeling*, beperken horizontale samenwerkingsovereenkomsten die door daadwerkelijke of potentiële concurrenten worden gesloten, de mededinging niet merkbaar in de zin van artikel 101, lid 1, indien het totale marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, meer dan 10 % bedraagt ⁽⁵⁵⁾. Op deze algemene regel bestaan twee uitzonderingen. Ten eerste is artikel 101, lid 1, van toepassing als er sprake is van beperkingen naar strekking, ongeacht de marktaandelen van de partijen. Een overeenkomst die de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, kan namelijk naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormen ⁽⁵⁶⁾. Ten tweede wordt de markt-aandeeldrempel van 10 % verlaagd tot 5 % wanneer op een relevante markt de mededinging wordt beperkt door het cumulatieve effect van verschillende parallelle netwerken van overeenkomsten ⁽⁵⁷⁾.
42. Bovendien wordt niet verondersteld dat horizontale overeenkomsten gesloten door ondernemingen met een totaal marktaandeel van meer dan 10 % automatisch onder artikel 101, lid 1, vallen. Ook bij dergelijke overeenkomsten kan het voorkomen dat deze de handel tussen lidstaten niet merkbaar beïnvloeden, noch de mededinging merkbaar beperken ⁽⁵⁸⁾. Zij moeten derhalve met inachtneming van de juridische en economische context ervan worden beoordeeld. Deze richtsnoeren bevatten criteria voor de individuele beoordeling van dergelijke overeenkomsten.

1.3. Verhouding tot andere handvatten, wetgeving en rechtspraak

43. Overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende niveaus van de productie- of distributieketen, dat wil zeggen verticale overeenkomsten, vallen over het algemeen onder de Verordening (EU) 2022/720 van de Commissie ⁽⁵⁹⁾ (“VGVV”) en de mededeling van de Commissie — Bekendmaking van de Commissie — Richtsnoeren inzake verticale beperkingen ⁽⁶⁰⁾ (“*verticale richtsnoeren*”). Wanneer verticale overeenkomsten tussen concurrenten worden gesloten, kunnen deze echter mededingingsbezwaren doen rijzen die vergelijkbaar zijn met die van horizontale overeenkomsten. Om die reden kunnen verticale overeenkomsten

⁽⁵⁰⁾ PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81.

⁽⁵¹⁾ PB C 291 van 30.8.2014, blz. 1.

⁽⁵²⁾ In de zin van de bijlage bij de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

⁽⁵³⁾ Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, punt 50.

⁽⁵⁴⁾ Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, punt 52.

⁽⁵⁵⁾ De-minimismededeling, punt 8.

⁽⁵⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punt 37.

⁽⁵⁷⁾ De-minimismededeling, punt 10.

⁽⁵⁸⁾ Zie arrest van het Gerecht van 8 juni 1995, Langnese Iglo/Commissie, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, punt 98.

⁽⁵⁹⁾ Verordening (EU) 2022/720 van de Commissie van 10 mei 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 134 van 11.5.2022, blz. 4).

⁽⁶⁰⁾ PB C 248 van 30.6.2022, blz. 1.

tussen concurrenten in het algemeen niet in aanmerking komen voor toepassing van de VGVV ⁽⁶¹⁾ en moeten zij eerst worden beoordeeld aan de hand van deze richtsnoeren. Wanneer die beoordeling tot de conclusie leidt dat de overeenkomst geen aanleiding geeft tot horizontale bezwaren, moeten eventuele verticale beperkingen in de overeenkomst bovendien worden beoordeeld aan de hand van de verticale richtsnoeren.

44. Indien in deze richtsnoeren sprake is van de relevante markt, biedt de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht ⁽⁶²⁾ (“*bekendmaking markt-bepaling*”) de nodige houvast wat betreft regels, criteria en bewijsmateriaal waarop de Commissie zich baseert om relevante markten te definiëren. Deze bekendmaking en eventuele toekomstige handvatten van de Commissie betreffende de bepaling van relevante markten voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht moeten daarom in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten op grond van artikel 101.
45. Hoewel in deze richtsnoeren kartels ter sprake komen, zijn zij niet bedoeld als leidraad om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een kartel zoals bepaald door de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de besluitvormingspraktijk van de Commissie.
46. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op de meest gangbare soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten, ongeacht het niveau van integratie dat daarmee wordt bereikt, met uitzondering van transacties die een concentratie vormen in de zin van artikel 3 van de Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad ⁽⁶³⁾ (“*concentratieverordening*”). De concentratieverordening is bijvoorbeeld van toepassing op de oprichting van gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische entiteit vervullen (“volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen”) ⁽⁶⁴⁾.
47. Deze richtsnoeren zijn niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten van verenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van producenten van landbouwproducten die betrekking hebben op de productie van of de handel in landbouwproducten en die tot doel hebben een duurzaamheidsnorm toe te passen die strenger is dan de Uniewetgeving of de nationale wetgeving voorschrijft, en die op grond van artikel 210 bis van Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad ⁽⁶⁵⁾ zijn vrijgesteld van artikel 101, lid 1. Deze richtsnoeren doen geen afbreuk aan de richtsnoeren die de Commissie kan uitvaardigen op grond van artikel 210 bis, lid 5, van Verordening (EU) nr. 1308/2013. Overeenkomsten, besluiten van verenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van producenten van landbouwproducten die betrekking hebben op de productie van of de handel in landbouwproducten en die niet aan de voorwaarden van artikel 210 bis van Verordening (EU) nr. 1308/2013 voldoen, vallen echter onder artikel 101, lid 1.
48. De beoordeling op grond van artikel 101 zoals beschreven in deze richtsnoeren laat de eventuele parallelle toepassing van artikel 102 van het Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten onverlet ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶¹⁾ Als uitzondering op deze regel kunnen verticale overeenkomsten tussen concurrenten in aanmerking komen voor toepassing van de VGVV wanneer de overeenkomst niet wederkerig is en ofwel i) de leverancier op het upstreamniveau actief is als fabrikant, importeur of groothandelaar en op het downstreamniveau als importeur, groothandelaar of detailhandelaar van goederen, terwijl de afnemer een importeur, groothandelaar of detailhandelaar op het downstreamniveau is, en geen concurrerende onderneming is op het upstreamniveau waar hij de contractgoederen koopt, of ii) de leverancier een aanbieder is van diensten op verschillende handelsniveaus, terwijl de afnemer zijn diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt (zie artikel 2, lid 4, VGVV).

⁽⁶²⁾ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).

⁽⁶³⁾ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1).

⁽⁶⁴⁾ Zie artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening. Om na te gaan of er sprake is van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming, onderzoekt de Commissie of de gemeenschappelijke onderneming in operationeel opzicht economisch zelfstandig is. Dit betekent niet dat zij zelfstandig ten opzichte van haar moedermaatschappij is wat de goedkeuring van haar strategische beslissingen betreft (zie de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB C 95 van 16.4.2008, blz. 1, punten 91-109 (“geconsolideerde mededeling bevoegdheidskwesties”)). Daarnaast zij er ook aan herinnerd dat indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie vormt op grond van artikel 3 van de concentratieverordening de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, die coördinatie beoordeeld wordt op grond van artikel 101 van het Verdrag (zie artikel 2, lid 4, van de EG-concentratieverordening).

⁽⁶⁵⁾ Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad (PB L 347 van 20.12.2013, blz. 671). Zie voor de gemeenschappelijke marktordening voor visserijproducten artikel 41 van Verordening (EU) nr. 1379/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 houdende een gemeenschappelijke marktordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten, tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1184/2006 en (EG) nr. 1224/2009 van de Raad en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 104/2000 van de Raad (PB L 354 van 28.12.2013, blz. 1).

⁽⁶⁶⁾ Zie arrest van het Gerecht van 10 juli 1990, Tetra Pak/Commissie, T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, punt 25 e.v.

49. Deze richtsnoeren laten de eventuele uitlegging van het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende de toepassing van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten onverlet.
50. Deze richtsnoeren zijn niet van toepassing voor zover sectorspecifieke regels van toepassing zijn, zoals het geval is voor bepaalde overeenkomsten op het gebied van landbouw⁽⁶⁷⁾ of vervoer⁽⁶⁸⁾. De Commissie zal, op basis van de door belanghebbenden en nationale mededingingsautoriteiten verstrekte marktinformatie, de uitvoering van de O&O-GVV en de specialisatie-GVV en deze richtsnoeren blijven monitoren en kan deze richtsnoeren herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen of voortschrijdend inzicht.

2. ONDERZOEKS- EN ONTWIKKELINGSOVEREENKOMSTEN

2.1. Inleiding

51. Dit hoofdstuk bevat richtlijnen voor de beoordeling uit mededingingsoogpunt van onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten ("O&O-overeenkomsten") met betrekking tot producten, technologieën of procedés⁽⁶⁹⁾.
52. O&O-overeenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen. Zij omvatten overeenkomsten waarbij de ene partij O&O-activiteiten financiert die door een andere partij worden uitgevoerd ("tegen betaling verrichte" O&O-activiteiten); overeenkomsten die betrekking hebben op de gezamenlijke verbetering van bestaande producten en technologieën, en overeenkomsten betreffende de ontwikkeling van producten en technologieën die een geheel nieuwe vraag zouden creëren. De O&O-samenwerking kan de vorm aannemen van een samenwerkingsovereenkomst of van een gemeenschappelijke onderneming, waarover de zeggenschap gezamenlijk wordt uitgeoefend⁽⁷⁰⁾. Ondernemingen kunnen ook in lossere vormen samenwerken, zoals technische samenwerking in werkgroepen.
53. O&O-overeenkomsten kunnen worden gesloten door grote ondernemingen, kmo's⁽⁷¹⁾, startende ondernemingen, academische instellingen of onderzoeksinstituten, of een combinatie daarvan.
54. O&O-samenwerkingsovereenkomsten hebben vaak concurrentiebevorderende gevolgen, met name wanneer zij ondernemingen met aanvullende vaardigheden en activa samenbrengen en hen in staat stellen nieuwe en verbeterde producten en technologieën sneller te ontwikkelen en op de markt te brengen dan anders het geval zou zijn. O&O-overeenkomsten kunnen de mededinging echter ook op verschillende manieren beperken. In de eerste plaats kunnen zij de innovatie beperken of afremmen, waardoor er minder of slechtere producten op de markt worden gebracht of nieuwe producten later op de markt worden gebracht dan anders het geval zou zijn. Dit kan zelfs gebeuren wanneer de samenwerking betrekking heeft op de ontwikkeling van producten of technologieën die een geheel nieuwe vraag zouden creëren of op vroege innovatie-inspanningen die niet nauw verband houden met een specifiek product of specifieke technologie, maar gericht zijn op een bepaalde toepassing of gebruik. Ten tweede kunnen O&O-overeenkomsten leiden tot een vermindering van de concurrentie tussen de partijen buiten het toepassingsgebied van de samenwerkingsovereenkomst en/of, in gevallen waarin een of meer partijen marktmacht hebben, tot mededingingsversturende marktafscherming van derden.
55. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd:
- a) afdeling 2.2 bevat richtlijnen voor de toepassing van de O&O-GVV, met inbegrip van de voorwaarden voor vrijstelling van O&O-overeenkomsten, de drempels en de hardcore beperkingen en uitgesloten beperkingen;
 - b) afdeling 2.3 bevat richtlijnen voor de individuele beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 1;
 - c) afdeling 2.4 bevat richtlijnen voor de individuele beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 3;
 - d) afdeling 2.5 bevat richtlijnen voor de relevante periode voor de beoordeling van O&O-overeenkomsten;
 - e) afdeling 2.6 bevat voorbeelden van hypothetische O&O-overeenkomsten, samen met richtlijnen voor de beoordeling ervan uit mededingingsoogpunt.

⁽⁶⁷⁾ Verordening (EG) nr. 1184/2006 van de Raad van 24 juli 2006 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten (PB L 214 van 4.8.2006, blz. 7).

⁽⁶⁸⁾ Verordening (EG) nr. 169/2009 van de Raad van 26 februari 2009 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 61 van 5.3.2009, blz. 1), en Verordening (EG) nr. 906/2009 van de Commissie van 28 september 2009 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia) (PB L 256 van 29.9.2009, blz. 31).

⁽⁶⁹⁾ In dit hoofdstuk omvatten verwijzingen naar "technologieën" zowel technologieën als procedés.

⁽⁷⁰⁾ Deze richtsnoeren zijn van toepassing op de meest voorkomende soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten, ongeacht de mate van integratie die zij met zich meebrengen, met uitzondering van handelingen die een concentratie vormen in de zin van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 139/2004, zoals de oprichting van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming. Zie ook punt 46.

⁽⁷¹⁾ In de zin van de bijlage bij de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

2.2. De groepsvrijstellingsverordening inzake O&O (O&O-GVV)

56. De O&O-GVV ⁽⁷²⁾ stelt bepaalde O&O-overeenkomsten vrij van het verbod zoals vervat in artikel 101, lid 1. De vrijstelling waarin de O&O-GVV voorziet, is gebaseerd op de veronderstelling dat — voor zover een O&O-overeenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt en voldoet aan de voorwaarden die zijn vastgelegd in de O&O-GVV — deze in het algemeen voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3. Voor de goede gang van zaken kunnen ondernemingen die voornemens zijn een O&O-overeenkomst aan te gaan, eerst nagaan of hun overeenkomst in aanmerking kan komen voor toepassing van de O&O-GVV.
57. O&O-overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van de O&O-GVV zijn verenigbaar met artikel 101 en hoeven niet verder te worden beoordeeld ⁽⁷³⁾. Wanneer een O&O-overeenkomst niet voldoet aan de voorwaarden van de O&O-GVV, moet een individuele beoordeling op grond van artikel 101 worden uitgevoerd om te bepalen of de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽⁷⁴⁾, en zo ja, of de overeenkomst voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3.

2.2.1. Definitie van onderzoek en ontwikkeling in de O&O-GVV

58. In het kader van de O&O-GVV betekent “onderzoek en ontwikkeling” activiteiten gericht op de verwerving van knowhow ten aanzien van producten of technologieën, de uitvoering van theoretische analyses, systematisch onderzoek of experimenten, met inbegrip van experimentele productie, productie van demonstratiemodellen en technische tests van producten of procedés, de inrichting van de daartoe benodigde installaties tot op de schaal van de productie van demonstratiemodellen en de verwerving van intellectuele-eigendomsrechten op de resultaten ⁽⁷⁵⁾.

2.2.2. Definitie van O&O-overeenkomsten in de O&O-GVV

59. De O&O-GVV heeft betrekking op O&O-overeenkomsten tussen twee of meer partijen die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder deze partijen ⁽⁷⁶⁾:
- a) gezamenlijke O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën verrichten, die al dan niet de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van die O&O-activiteiten omvatten, of
 - b) tegen betaling verrichte O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën verrichten die al dan niet de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van die O&O-activiteiten omvatten, of
 - c) gezamenlijk de resultaten exploiteren van O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën die krachtens een eerdere overeenkomst voor gezamenlijke O&O-activiteiten (in de zin van punt a)) tussen dezelfde partijen worden uitgevoerd, of
 - d) gezamenlijk de resultaten exploiteren van O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën die krachtens een eerdere overeenkomst voor tegen betaling verrichte O&O-activiteiten (in de zin van punt b)) tussen dezelfde partijen worden uitgevoerd.
60. Voor de toepassing van de O&O-GVV wordt onder “contractproducten” en “contracttechnologieën” het volgende verstaan:
- a) “contractproduct” ⁽⁷⁷⁾: een product dat uit de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten voortvloeit of met gebruikmaking van de contracttechnologieën wordt geproduceerd. “Product”: een goed of een dienst, daaronder begrepen zowel intermediaire goederen en diensten als eindgoederen en -diensten ⁽⁷⁸⁾;
 - b) “contracttechnologie” ⁽⁷⁹⁾: een technologie die of procedé dat uit de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten voortvloeit.
61. Andere soorten O&O-samenwerkingsovereenkomsten vallen niet onder de O&O-GVV. Dergelijke overeenkomsten vereisen altijd een individuele beoordeling op grond van artikel 101 (zie afdelingen 2.3 en 2.4).

⁽⁷²⁾ Verordening (EU) 2023/1066 van de Commissie van 1 juni 2023 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (PB L 143 van 2 juni 2023, blz. 9).

⁽⁷³⁾ Tenzij en totdat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit in een individueel geval het voordeel van de groepsvrijstelling intrekt (zie afdeling 2.2.6).

⁽⁷⁴⁾ De beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 1, komt aan bod in afdeling 2.3.

⁽⁷⁵⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 3, van de O&O-GVV.

⁽⁷⁶⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 1, van de O&O-GVV.

⁽⁷⁷⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 6, van de O&O-GVV.

⁽⁷⁸⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 4, van de O&O-GVV.

⁽⁷⁹⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 5, van de O&O-GVV.

2.2.2.1. Onderscheid tussen “gezamenlijke O&O-activiteiten” en “tegen betaling verrichte O&O-activiteiten” en het begrip “specialisatie op het niveau van O&O”

62. “Gezamenlijke O&O-activiteiten” worden gedefinieerd als O&O-activiteiten uitgevoerd op een van de volgende manieren ⁽⁸⁰⁾:

- a) de O&O-activiteiten worden verricht door een gemeenschappelijk team, gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke onderneming;
- b) de partijen vertrouwen de O&O-activiteiten gezamenlijk aan een derde toe ⁽⁸¹⁾, of
- c) de partijen verdelen de activiteiten onder elkaar door middel van “specialisatie op het niveau van O&O”. Dit betekent dat elk van de partijen bij de O&O-activiteiten betrokken is en dat zij de O&O-activiteiten onder elkaar verdelen op de manier die zij geschikt achten. Hieronder vallen geen tegen betaling verrichte O&O-activiteiten ⁽⁸²⁾.

63. “Tegen betaling verrichte O&O-activiteiten” houdt in dat O&O-activiteiten door ten minste één partij worden uitgevoerd, terwijl ten minste één andere partij de O&O-activiteiten financiert, maar deze zelf niet uitvoert.

64. Het onderscheid tussen gezamenlijke O&O-activiteiten en tegen betaling verrichte O&O-activiteiten is relevant voor de toepassing van de marktaandeeldrempel die is opgenomen in de O&O-GVV. Voor tegen betaling verrichte O&O-activiteiten moeten de partijen voor de berekening van het marktaandeel ook rekening houden met eventuele O&O-overeenkomsten die de financier voor dezelfde contractproducten of contracttechnologieën met derden heeft gesloten (zie afdeling 2.2.3.4).

2.2.2.2. “Gezamenlijke exploitatie” van de O&O-resultaten en het begrip “specialisatie op het niveau van de gezamenlijke exploitatie”

65. De O&O-GVV ziet uitdrukkelijk op overeenkomsten die de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten omvatten. De groepsvrijstelling van dergelijke overeenkomsten is echter onderworpen aan specifieke voorwaarden (zie afdeling 2.2.3.3).

66. Het begrip “exploitatie van de resultaten” is vrij breed en omvat de productie of distributie van de contractproducten of de toepassing van de contracttechnologieën dan wel de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten, alsmede het doorgeven van de knowhow die voor de productie, verspreiding of toepassing ervan noodzakelijk is ⁽⁸³⁾.

67. Gezamenlijke exploitatie van de resultaten van de O&O-activiteiten valt alleen onder de O&O-GVV als de resultaten:

- a) onmisbaar zijn voor de productie van de contractproducten of de toepassing van de contracttechnologieën, en
- b) door intellectuele-eigendomsrechten worden beschermd of knowhow vormen ⁽⁸⁴⁾.

68. De gezamenlijke exploitatie van de resultaten van gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten kan plaatsvinden in het kader van de oorspronkelijke O&O-overeenkomst of in het kader van een latere overeenkomst die betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van een eerdere O&O-overeenkomst tussen dezelfde partijen ⁽⁸⁵⁾. In het laatste geval moet de eerdere O&O-overeenkomst voldoen aan de voorwaarden van de O&O-GVV opdat de latere gezamenlijke exploitatieovereenkomst onder de groepsvrijstelling zou vallen.

69. De O&O-GVV geeft drie verschillende manieren waarop de resultaten van de O&O gezamenlijk kunnen worden geëxploiteerd ⁽⁸⁶⁾:

- a) de exploitatie kan samen door de partijen worden uitgevoerd in een gemeenschappelijk team, een gemeenschappelijke organisatie of een gemeenschappelijke onderneming;
- b) de partijen kunnen het exploitatiewerk gezamenlijk aan een derde partij toevertrouwen ⁽⁸⁷⁾;

⁽⁸⁰⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 10, van de O&O-GVV.

⁽⁸¹⁾ Dit kan worden onderscheiden van tegen betaling verrichte O&O-activiteiten, waarbij de O&O-activiteiten worden uitgevoerd door een of meer partijen bij de O&O-overeenkomst.

⁽⁸²⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 11, van de O&O-GVV.

⁽⁸³⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 7, van de O&O-GVV.

⁽⁸⁴⁾ Zie artikel 5, lid 1, van de O&O-GVV. Aanvullende voorwaarden in verband met de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van de O&O-activiteiten worden beschreven in afdeling 2.2.3.3.

⁽⁸⁵⁾ Zoals bedoeld in artikel 1, lid 1, punt 1, c) en d), van de O&O-GVV.

⁽⁸⁶⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 10, van de O&O-GVV.

⁽⁸⁷⁾ De overeenkomst met de derde partij vereist een afzonderlijke beoordeling op grond van artikel 101.

c) de partijen kunnen het werk onder elkaar verdelen door middel van *specialisatie op het niveau van de exploitatie*, hetgeen betekent dat ⁽⁸⁸⁾:

i) de partijen individuele taken, zoals productie of distributie, onderling verdelen. Situaties waarin slechts één partij de contractproducten produceert en distribueert of de contracttechnologieën toepast op basis van een door de andere partijen verleende exclusieve licentie, zijn hieronder mede begrepen, of

ii) de partijen elkaar beperkingen opleggen ten aanzien van de exploitatie van de resultaten, zoals beperkingen betreffende bepaalde gebieden, klanten of gebruiksgebieden.

70. Indien de partijen overeenkomen zich te specialiseren op het niveau van de exploitatie, kunnen zij overeenstemming bereiken over overeenkomstige beperkingen op hun toegang tot de resultaten voor exploitatiedoel-einden. Zij kunnen bijvoorbeeld overeenkomen om de rechten van bepaalde partijen om de resultaten van de O&O te exploiteren in bepaalde gebieden, gebruiksgebieden of ten opzichte van bepaalde klanten te beperken.

2.2.2.3. Toekenning en licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten

71. De vrijstelling waarin de O&O-GVV voorziet, is ook van toepassing op O&O-overeenkomsten die bepalingen bevatten over de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten aan een of meer partijen of aan een entiteit die door de partijen is opgericht om de gezamenlijke O&O-activiteiten, de tegen betaling verrichte O&O-activiteiten of de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten uit te voeren, mits die bepalingen niet het hoofddoel van de O&O-overeenkomst vormen, maar rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de uitvoering van die overeenkomst ⁽⁸⁹⁾. In die gevallen vallen de bepalingen betreffende toekenning of licentiëring onder de O&O-GVV en niet onder de groepsvrijstellingsverordening technologieoverdracht ⁽⁹⁰⁾.

72. In het kader van O&O-overeenkomsten kunnen de partijen echter ook de voorwaarden bepalen voor het aan derden in licentie geven van de O&O-resultaten. Dergelijke licentieovereenkomsten vallen niet onder de O&O-GVV, maar kunnen onder de groepsvrijstellingsverordening technologieoverdracht vallen indien aan de daarin vervatte voorwaarden is voldaan ⁽⁹¹⁾.

2.2.3. Voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV

73. De O&O-GVV bevat verschillende voorwaarden waaraan moet worden voldaan om een O&O-overeenkomst in aanmerking te laten komen voor de groepsvrijstelling.

2.2.3.1. Toegang tot de eindresultaten

74. De eerste voorwaarde om voor de vrijstelling op grond van de O&O-GVV in aanmerking te komen, is dat alle partijen bij de O&O-overeenkomst volledige toegang hebben tot de eindresultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten voor twee doeleinden ⁽⁹²⁾:

a) het uitvoeren van verder onderzoek en ontwikkeling, en

b) het exploiteren van de O&O-resultaten.

75. Deze voorwaarde heeft betrekking op de O&O-resultaten die definitief zijn en alle daaruit voortvloeiende intellectuele-eigendomsrechten en knowhow ⁽⁹³⁾.

76. Toegang moeten worden verleend zodra de eindresultaten van de O&O-activiteiten beschikbaar zijn ⁽⁹⁴⁾. Dit vereiste is niet noodzakelijk gekoppeld aan het einde van het O&O-project.

⁽⁸⁸⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 12, van de O&O-GVV.

⁽⁸⁹⁾ Zie artikel 2, lid 3, van de O&O-GVV.

⁽⁹⁰⁾ Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB L 93 van 28.3.2014, blz. 17). Zie ook de punten 73 en 74 van de mededeling de Commissie — Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB C 89 van 28.3.2014, blz. 3) ("richtsnoeren technologieoverdracht").

⁽⁹¹⁾ Zie punt 74 van de richtsnoeren technologieoverdracht.

⁽⁹²⁾ Zie artikel 3, lid 2, van de O&O-GVV.

⁽⁹³⁾ Zie artikel 3, lid 3, punt a), van de O&O-GVV.

⁽⁹⁴⁾ Zie artikel 3, lid 3, punt b), O&O-GVV.

77. Het recht op toegang tot de O&O-resultaten kan niet worden beperkt tot *het verrichten van verder onderzoek en ontwikkeling*. In de O&O-GVV is echter bepaald dat de partijen hun *recht om de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten te exploiteren* in twee gevallen kunnen beperken:
- a) ten eerste, wanneer de O&O-overeenkomst is gesloten met een of meer van de volgende categorieën ondernemingen en deze ondernemingen ermee instemmen de O&O-resultaten uitsluitend te gebruiken voor verder onderzoek (en niet voor exploitatie). Deze categorieën ondernemingen zijn:
 - i) onderzoeksinstituten,
 - ii) academische instellingen,
 - iii) ondernemingen die O&O-activiteiten als een commerciële dienst leveren zonder zich gewoonlijk met de exploitatie van de resultaten bezig te houden ⁽⁹⁵⁾;
 - b) ten tweede kunnen de partijen overeenkomen *hun recht om de O&O-resultaten te exploiteren te beperken* in overeenstemming met de O&O-GVV, met name wanneer zij ermee instemmen zich te specialiseren op het niveau van de exploitatie. Wanneer de O&O-overeenkomst bijvoorbeeld voorziet in specialisatie op het niveau van de exploitatie, kunnen de partijen elkaar beperkingen opleggen met betrekking tot de exploitatie van de resultaten in bepaalde gebieden, gebruiksgebieden of ten opzichte van bepaalde klanten).
78. Ten slotte, aangezien de partijen bij een O&O-overeenkomst ongelijke bijdragen kunnen leveren aan hun O&O-samenwerking, bijvoorbeeld vanwege uiteenlopende capaciteiten, middelen of commerciële belangen, kan de O&O-overeenkomst erin voorzien dat de ene partij de andere partij(en) vergoedt voor het verlenen van toegang tot de resultaten met het oog op verdere O&O of exploitatie. In dat geval mag die vergoeding echter niet zo te hoog zijn dat deze de toegang in werkelijkheid belemmert ⁽⁹⁶⁾.

2.2.3.2. Toegang tot bestaande knowhow

79. Een tweede voorwaarde is van toepassing op *O&O-overeenkomsten die geen gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten omvatten*.
80. Opdat dergelijke O&O-overeenkomsten in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling, moet in de overeenkomst worden bepaald dat elke partij toegang krijgt tot alle bestaande knowhow van de andere partijen die onmisbaar is voor de partij om de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten te exploiteren ⁽⁹⁷⁾. Opgemerkt wordt dat deze voorwaarde niet vereist dat de partijen toegang verlenen tot al hun bestaande knowhow, maar enkel tot knowhow die onmisbaar is om de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten te exploiteren.
81. In de O&O-overeenkomsten kan worden bepaald dat de partijen elkaar vergoeden voor het verlenen van toegang tot hun bestaande knowhow (bv. in de vorm van licentievergoedingen). Die vergoeding mag echter niet zo hoog zijn dat zij die toegang in werkelijkheid belemmert ⁽⁹⁸⁾.
82. Deze tweede voorwaarde is van toepassing in aanvulling op de voorwaarden van artikel 3 van de O&O-GVV inzake de toegang tot de definitieve O&O-resultaten (zie afdeling 2.2.3.1). Dit betekent dat, afhankelijk van de feiten van het geval, een bepaalde O&O-overeenkomst bepalingen kan bevatten met betrekking tot zowel de toegang tot bestaande knowhow als wat betreft de eindresultaten van de O&O-activiteiten om in aanmerking te komen voor de groepsvrijstelling.

2.2.3.3. Voorwaarden met betrekking tot gezamenlijke exploitatie

83. De O&O-GVV omvat nog twee voorwaarden voor O&O-overeenkomsten die betrekking hebben op de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten.
84. Ten eerste moet, zoals uiteengezet in artikel 5, lid 1, van de O&O-GVV, elke gezamenlijke exploitatie beperkt blijven tot O&O-resultaten die onmisbaar zijn voor de productie van contractproducten of de toepassing van contracttechnologieën en die worden beschermd door intellectuele-eigendomsrechten of als knowhow worden beschouwd.

⁽⁹⁵⁾ Dit kunnen bijvoorbeeld kmo's zijn waarvan de belangrijkste commerciële activiteit bestaat uit het leveren van O&O-diensten aan derden.

⁽⁹⁶⁾ Zie artikel 3, lid 4, van de O&O-GVV.

⁽⁹⁷⁾ Zie artikel 4, lid 2, van de O&O-GVV.

⁽⁹⁸⁾ Zie artikel 4, lid 3, van de O&O-GVV.

85. Ten tweede, indien de partijen ermee instemmen zich in het kader van de exploitatie te specialiseren en een of meer partijen met de productie van de contractproducten belast, moeten deze partijen verplicht zijn bestellingen voor de levering van de contractproducten van de andere partijen uit te voeren ⁽⁹⁹⁾. Dit vereiste is echter niet van toepassing wanneer i) de O&O-overeenkomst voorziet in gezamenlijke distributie (door een gemeenschappelijk team, gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke onderneming of door een gezamenlijk aangewezen derde partij), of ii) aanneer de partijen overeenkomen dat alleen de partijen die belast zijn met de productie van de contractproducten deze mogen distribueren ⁽¹⁰⁰⁾.

2.2.3.4. Marktaandeeldrempel en duur van de vrijstelling

86. De vrijstelling waarin de O&O-GVV voorziet, is gebaseerd op de veronderstelling dat, onder een bepaald niveau van marktmacht, de positieve effecten van O&O-overeenkomsten in het algemeen zullen opwegen tegen de eventuele negatieve effecten voor de concurrentie ⁽¹⁰¹⁾.

a) O&O-overeenkomsten waarvoor een marktaandeeldrempel geldt

87. In artikel 6, lid 1, van de O&O-GVV is een marktaandeeldrempel van 25 % vastgesteld. Deze marktaandeeldrempel is van toepassing op O&O-overeenkomsten die worden gesloten tussen concurrerende ondernemingen. Voor de toepassing van de O&O-GVV worden onder “concurrerende ondernemingen” daadwerkelijke of potentiële concurrenten verstaan in de zin artikel 1, lid 1, punt 15, van de O&O-GVV:

a) een “daadwerkelijke concurrent” is een onderneming die producten, technologieën of procedés levert die door het contractproduct of de contracttechnologie op de relevante geografische markt kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen;

b) een “potentiële concurrent” is een onderneming die, zonder de O&O-overeenkomst, op realistische gronden en niet louter als theoretische mogelijkheid, waarschijnlijk binnen ten hoogste drie jaar de noodzakelijke bijkomende investeringen zou doen of de noodzakelijke kosten zou maken om producten, technologieën of procedés te leveren die door het contractproduct of de contracttechnologie op de relevante geografische markt kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen.

88. De beoordeling van potentiële concurrentie moet op realistische gronden berusten. De doorslaggevende vraag is of elke partij over de nodige activa, knowhow en andere middelen beschikt en waarschijnlijk de nodige stappen zal ondernemen om onafhankelijk van de andere partijen de producten of technologieën ⁽¹⁰²⁾ te leveren die door de contractproducten of contracttechnologieën kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen ⁽¹⁰³⁾. Nadere richtlijnen voor de beoordeling van potentiële concurrentie zijn te vinden in punt 16.

89. Voor deze doeleinden moet onder een *verbeterd of substituerend product of substituerende technologie* worden verstaan een product dat of een technologie die uitwisselbaar is met het bestaand product, de bestaande technologie of het bestaande proces en tot dezelfde relevante markt behoort. Een *vervangend product of vervangende technologie* houdt in dat het product of de technologie aan dezelfde vraag voldoet als een bestaand product of bestaande technologie, maar niet tot dezelfde relevante markt behoort, bijvoorbeeld compact discs die vinylplaten vervangen ⁽¹⁰⁴⁾.

90. Sommige producten of technologieën zullen bestaande producten of technologieën niet verbeteren, substitueren of vervangen, maar zullen in plaats daarvan een nieuwe relevante markt creëren die voldoet aan een nieuwe vraag, bijvoorbeeld een vaccin dat bescherming biedt tegen een virus waarvoor voorheen geen vaccin bestond. O&O-overeenkomsten die betrekking hebben op de ontwikkeling van deze categorie producten of technologieën vallen onder artikel 6, lid 2, van de O&O-GVV en zijn niet onderworpen aan een marktaandeeldrempel (zie afdeling 2.2.3.4, punt b)) ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁹⁾ Zie artikel 5, lid 2, van de O&O-GVV.

⁽¹⁰⁰⁾ Zie artikel 5, lid 2, van de O&O-GVV.

⁽¹⁰¹⁾ Zie overweging 5 van de O&O-GVV.

⁽¹⁰²⁾ De rest van dit hoofdstuk omvat verwijzingen naar technologie of technologieën ook processen, tenzij anders aangegeven.

⁽¹⁰³⁾ Zie ook afdeling 1.2.1.

⁽¹⁰⁴⁾ Zie punt 44 en de *bekendmaking marktbeoordeling* van de Commissie voor richtlijnen inzake het definiëren van de relevante markt. Zie ook afdeling 2.3.1.

⁽¹⁰⁵⁾ Zie punt 44 en de *bekendmaking marktbeoordeling* van de Commissie voor richtlijnen inzake het definiëren van de relevante markt. Zie ook afdeling 2.3.1.

a.1) *Marktaandeeldrempel*

91. Indien twee of meer partijen bij de O&O-overeenkomst concurrerende ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, lid 1, punt 15, van de O&O-GVV ⁽¹⁰⁶⁾, kan de O&O-overeenkomst alleen in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling als het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de relevante product- en technologiemarkten niet hoger is dan 25 % op het moment dat de O&O-overeenkomst wordt gesloten. De marktaandeeldrempel is als volgt van toepassing ⁽¹⁰⁷⁾:
- a) voor O&O-overeenkomsten waarbij sprake is van *gezamenlijke O&O-activiteiten* mag het gecombineerde marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst niet meer dan 25 % bedragen op de relevante product- en technologiemarkten ⁽¹⁰⁸⁾;
 - b) voor O&O-overeenkomsten waarbij sprake is van *tegen betaling verrichte O&O-activiteiten* geldt dezelfde marktaandeeldrempel van 25 %, maar bij het gecombineerde marktaandeel moet rekening worden gehouden met het marktaandeel van de financier en de marktaandelen van alle ondernemingen waarmee de financier O&O-overeenkomsten heeft gesloten met betrekking tot dezelfde contractproducten of contracttechnologieën ⁽¹⁰⁹⁾.

a.2) *Berekening van marktaandeel*

92. Bij het sluiten van de O&O-overeenkomst, is het referentiepunt de markt voor bestaande producten of technologieën die door de contractproducten of -technologieën kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen ⁽¹¹⁰⁾.
93. Indien de O&O-overeenkomst gericht is op *verbetering, substitutie of vervanging* van bestaande producten of technologieën, worden de marktaandelen puur berekend aan de hand van de bestaande producten of technologieën die verbeterd, gesubstitueerd of vervangen zullen worden. Dit geldt zelfs als het vervangende product of de vervangende technologie aanzienlijk zal verschillen van het bestaande product of de bestaande technologie.
94. In de O&O-GVV is bepaald dat de marktaandelen van de partijen moeten worden berekend op basis van gegevens over de *waarde van de verkopen op de markt*. Ingeval geen gegevens betreffende de waarde van de verkopen op de markt beschikbaar zijn, mogen de partijen gegevens betreffende de *omvang van de verkopen op de markt* gebruiken, en ingeval dergelijke gegevens niet beschikbaar zijn, mogen de partijen andere betrouwbare marktinformatie gebruiken om hun marktaandeel te berekenen, met inbegrip van O&O-uitgaven of O&O-capaciteiten ⁽¹¹¹⁾.
95. Over het algemeen moeten de marktaandelen worden berekend op basis van verkoopgegevens die betrekking hebben op het voorgaande kalenderjaar ⁽¹¹²⁾. In gevallen waarin verkoopgegevens over het voorgaande kalenderjaar echter niet representatief zijn voor de positie van de partijen op de relevante markt(en), wordt het marktaandeel berekend als een gemiddelde van de marktaandelen van de partijen over de drie voorgaande kalenderjaren ⁽¹¹³⁾. Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn op biedmarkten waar de marktaandelen van jaar tot jaar aanzienlijk variëren, afhankelijk van het feit of ondernemingen succesvol zijn in aanbestedingsprocedures. Dit kan ook van belang zijn in markten die worden gekenmerkt door grote, incidentele orders, bijvoorbeeld waardoor de verkoopgegevens voor het voorgaande kalenderjaar niet representatief zijn omdat er in dat jaar geen grote orders hebben plaatsgevonden. Een andere situatie waarin het nodig kan zijn de marktaandelen te berekenen op basis van een gemiddelde van de drie voorgaande kalenderjaren, is wanneer er zich een schok aan de aanbod- of vraagzijde voordoet in het kalenderjaar dat aan de samenwerkingsovereenkomst voorafgaat.
96. In het geval van technologiemarkten wordt het marktaandeel van een technologielicentiegever berekend op basis van de verkoop door de licentiegever en al zijn licentiehouders van producten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, als aandeel van alle verkopen van concurrerende producten, ongeacht of de concurrerende producten worden geproduceerd met behulp van de technologie waarvoor een licentie wordt verleend. Deze methode wordt gebruikt omdat het over het algemeen moeilijk is om betrouwbare gegevens over royaltyinkomsten te verkrijgen en omdat berekeningen op basis van werkelijke royaltyinkomsten de positie van een technologie op de markt kunnen onderschatten ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Zie de punten 87 en 88.

⁽¹⁰⁷⁾ Zie afdeling 2.2.2.1 over het onderscheid tussen *gezamenlijke O&O-activiteiten* en *tegen betaling verrichte O&O-activiteiten*. Zie ook artikel 1, lid 1, punt 1, van de O&O-GVV.

⁽¹⁰⁸⁾ Zie artikel 6, lid 1, punt a), van de O&O-GVV.

⁽¹⁰⁹⁾ Zie artikel 6, lid 1, punt b), van de O&O-GVV. Het is niet noodzakelijk dat alle O&O-overeenkomsten van de financier met betrekking tot dezelfde contractproducten of contracttechnologieën onder de O&O-GVV vallen.

⁽¹¹⁰⁾ Zie punt 44 en de *bekendmaking marktbeoordeling* van de Commissie voor richtlijnen inzake het definiëren van de relevante markt. Zie ook afdeling 2.3.1.

⁽¹¹¹⁾ Zie artikel 7, lid 2, van de O&O-GVV.

⁽¹¹²⁾ Zie artikel 7, lid 3, van de O&O-GVV.

⁽¹¹³⁾ Zie artikel 7, lid 3, van de O&O-GVV.

⁽¹¹⁴⁾ Zie ook artikel 8, punt d), van de groepsvrijstellingsverordening technologieoverdracht, en punten 25, 86, 87 en 88 van de richtsnoeren technologieoverdracht.

b) *O&O-overeenkomsten waarvoor geen marktaandeeldrempel geldt*

97. In artikel 6, lid 2, van de O&O-GVV is bepaald dat, wanneer de partijen bij de O&O-overeenkomst geen concurrerende ondernemingen zijn in de zin van artikel 1, lid 1, punt 15, van de O&O-GVV ⁽¹¹⁵⁾, de groepsvrijstelling geldt voor de duur van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten en dat voor de vrijstelling geen marktaandeeldrempel geldt.
98. Artikel 6, lid 2, van de O&O-GVV is met name van toepassing in de volgende situaties ⁽¹¹⁶⁾:
- a) wanneer slechts één partij voldoet aan de definitie van daadwerkelijke of potentiële concurrent in de zin van artikel 1, lid 1, punt 15, van de O&O-GVV;
 - b) wanneer de O&O-overeenkomst betrekking heeft op de ontwikkeling van producten of technologieën die bestaande producten of technologieën niet zouden verbeteren, substitueren of vervangen, maar in plaats daarvan een geheel nieuwe vraag zouden creëren, bijvoorbeeld een vaccin dat bescherming biedt tegen een virus waarvoor voorheen geen vaccin bestond;
 - c) wanneer de O&O-overeenkomst betrekking heeft op innovatie-inspanningen die op het moment dat de O&O-overeenkomst wordt gesloten, nog niet nauw verband houden met een specifiek product of specifieke technologie.
99. In de in punt 98, b) en c), beschreven situaties is het niet mogelijk een product of technologie aan te wijzen dat of die door de contractproducten of contracttechnologieën zal worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen. In dat geval kan de O&O-overeenkomst in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling voor de duur van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten en geldt er geen marktaandeeldrempel ⁽¹¹⁷⁾. De bepalingen van de O&O-GVV met betrekking tot de relevante markt en marktaandeeldrempels doen geen afbreuk aan de beoordeling uit mededingingsoogpunt van O&O-overeenkomsten die niet in aanmerking komen voor de vrijstelling van de O&O-GVV, met inbegrip van O&O-overeenkomsten waarvoor het voordeel van de groepsvrijstelling is ingetrokken. Ondernemingen die bijvoorbeeld geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn in de zin van de O&O-GVV, kunnen desalniettemin concurreren op het gebied van innovatie.
- c) *Duur*
100. Indien de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten *niet gezamenlijk worden geëxploiteerd*, geldt de vrijstelling op grond van de O&O-GVV voor de duur van de O&O-activiteiten.
101. Wanneer de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten *gezamenlijk worden geëxploiteerd* en de O&O-overeenkomst binnen de definities in artikel 1, lid 1, punt a) of punt b), van de O&O-GVV (overeenkomsten gericht op gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten) valt, geldt de vrijstelling voor de O&O-overeenkomst voor een periode van zeven jaar vanaf het moment dat de contractproducten of -technologieën binnen de interne markt voor het eerst op de markt werden gebracht indien de relevante marktaandeeldrempel niet werd overschreden op het moment dat de overeenkomst werd gesloten.
102. Wanneer de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten *gezamenlijk worden geëxploiteerd* en de O&O-overeenkomst binnen de definities in artikel 1, lid 1, punt 1, c) of d), van de O&O-GVV (overeenkomsten die gericht zijn op de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van O&O-activiteiten uitgevoerd in het kader van een eerdere overeenkomst voor gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten tussen dezelfde partijen) valt, geldt de vrijstelling voor de O&O-overeenkomst voor een periode van zeven jaar vanaf het moment dat de contractproducten of -technologieën binnen de interne markt voor het eerst op de markt werden gebracht indien de relevante marktaandeeldrempel niet werd overschreden op het moment dat die eerdere overeenkomst werd gesloten ⁽¹¹⁸⁾.
103. Wanneer een O&O-overeenkomst ertoe leidt dat meer dan een contractproduct of -technologie binnen de interne markt op de markt wordt gebracht en elk contractproduct of elke contracttechnologie tot een afzonderlijke productmarkt behoort, geldt de vrijstellingsperiode van zeven jaar afzonderlijk voor elk contractproduct of elke contracttechnologie, vanaf het moment dat het product of de technologie voor het eerst op de markt wordt gebracht binnen de interne markt.

⁽¹¹⁵⁾ Zie de punten 87 en 88.

⁽¹¹⁶⁾ Artikel 6, lid 2, is niet van toepassing indien twee of meer partijen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een markt voor bestaande producten of technologieën die kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen door de contractproducten of contracttechnologieën; in dat geval is artikel 6, lid 1, van toepassing (marktaandeeldrempel).

⁽¹¹⁷⁾ Dit laat de bevoegdheid van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten onverlet om in individuele gevallen het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken. Zie afdeling 2.2.6.

⁽¹¹⁸⁾ Zoals vermeld in punt 68, moet de eerdere overeenkomst voor gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten ook voldoen aan de voorwaarden van de O&O-GVV.

104. Na het verstrijken van de in artikel 6, lid 3, O&O-GVV bedoelde periode van zeven jaar blijft de vrijstelling gelden zolang het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de markten waartoe de contractproducten of contracttechnologieën behoren, niet meer dan 25 % bedraagt. Indien na het verstrijken van de periode van zeven jaar het gecombineerde marktaandeel van de partijen stijgt tot meer dan 25 %, blijft de O&O-overeenkomst gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren na het jaar waarin de drempel voor het eerst wordt overschreden, onder de O&O-GVV vallen ⁽¹¹⁹⁾.

2.2.4. *Hardcore en uitgesloten beperkingen*

2.2.4.1. *Hardcore beperkingen*

105. In artikel 8 van de O&O-GVV is een lijst van hardcore beperkingen opgenomen. Hardcore beperkingen zijn ernstige mededingingsbeperkingen die in het algemeen schadelijk zullen zijn voor de markt en gebruikers. Wanneer een O&O-overeenkomst een of meer van deze beperkingen omvat, is de volledige overeenkomst uitgesloten van de vrijstelling die wordt geboden door de O&O-GVV.
106. De in artikel 8 van de O&O-GVV opgesomde hardcore beperkingen kunnen in de volgende categorieën worden ingedeeld: i) beperkingen van de vrijheid van de partijen om andere O&O-inspanningen te verrichten; ii) beperkingen van de productie of de verkoop en de vaststelling van prijzen; iii) beperkingen op de actieve en passieve verkoop, en iv) overige hardcore beperkingen.
- a) *Beperking van de vrijheid van de partijen om andere O&O-inspanningen te verrichten*
107. In artikel 8, punt a), van de O&O-GVV is bepaald dat er sprake is van een hardcore beperking wanneer de vrijheid van de partijen om zelfstandig of in samenwerking met derden O&O-activiteiten uit te voeren, wordt beperkt in een van de volgende gevallen:
- i) op een gebied dat geen verband houdt met dat waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft;
- ii) op het gebied waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft of op een verwant gebied na de voltooiing van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten.
- b) *Beperking van de productie of de verkoop en prijsafspraken*
108. *Beperking van de productie of de verkoop.* In artikel 8, punt b), van de O&O-GVV is bepaald dat *beperkingen van de productie of de verkoop* hardcore beperkingen zijn. Hierop zijn echter vier uitzonderingen:
- i) het vaststellen van *productiedoelstellingen* waarbij de O&O-overeenkomst voorziet in de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten en de gezamenlijke exploitatie de gezamenlijke productie van de contractproducten omvat ⁽¹²⁰⁾;
- ii) het vaststellen van *verkoopdoelstellingen* waarbij de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten 1) de gezamenlijke distributie van de contractproducten of de gezamenlijke licentiëring van de contracttechnologieën omvat, en 2) door een gemeenschappelijk team, een gemeenschappelijke organisatie of een gemeenschappelijke onderneming wordt uitgevoerd, dan wel gezamenlijk aan een derde partij wordt vertrouwd ⁽¹²¹⁾;
- iii) praktijken die *de specialisatie op het niveau van de exploitatie* omvatten, zoals beperkingen die aan de partijen worden opgelegd met betrekking tot de exploitatie van de O&O-resultaten met betrekking tot bepaalde gebieden, klanten of gebruiksgebieden ⁽¹²²⁾;
- iv) bepaalde *niet-concurrentiebedingen* ⁽¹²³⁾, namelijk de beperking van de vrijheid van de partijen om met de contractproducten of contracttechnologieën concurrerende producten of technologieën te vervaardigen, te verkopen, toe te kennen of te licentiëren gedurende de periode waarvoor de partijen zijn overeengekomen de resultaten gezamenlijk te exploiteren.
109. *Vaststelling van prijzen.* In artikel 8, punt c), O&O-GVV is bepaald dat de *vaststelling van prijzen* bij de verkoop van contractproducten of van licentievergoedingen bij het in licentie geven van de contracttechnologieën aan derden een hardcore beperking is.

⁽¹¹⁹⁾ Zie artikel 6, lid 5, van de O&O-GVV.

⁽¹²⁰⁾ Zie artikel 8, punt b), i), van de O&O-GVV.

⁽¹²¹⁾ Zie artikel 8, punt b), ii), van de O&O-GVV.

⁽¹²²⁾ Zie artikel 8, punt b), iii), van de O&O-GVV.

⁽¹²³⁾ Zie artikel 8, punt b), iv), van de O&O-GVV.

110. De O&O-GVV voorziet evenwel in uitzonderingen op deze hardcore beperking voor de vaststelling van prijzen die worden aangerekend aan directe afnemers en de vaststelling van licentievergoedingen die worden aangerekend aan directe licentiehouders wanneer de O&O-overeenkomst voorziet in de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten en de gezamenlijke exploitatie i) de gezamenlijke distributie van de contractproducten of de gezamenlijke licentiëring van de contracttechnologieën omvat, en ii) wordt uitgevoerd door een gemeenschappelijk team, gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke onderneming of gezamenlijk wordt vertrouwd aan een derde ⁽¹²⁴⁾.
- c) *Beperkingen op de actieve en passieve verkoop*
111. Artikel 8, punten d) en e), O&O-GVV hebben betrekking op beperkingen op de actieve en passieve verkoop. In de O&O-GVV worden de volgende definities gegeven:
- i) “*passieve verkoop*” ⁽¹²⁵⁾: verkoop naar aanleiding van spontane verzoeken van individuele klanten, met inbegrip van levering van goederen aan klanten, zonder dat de verkoop is geïnitieerd door de specifieke klant, de groep klanten of het grondgebied actief te benaderen, en met inbegrip van verkoop die voortvloeit uit inschrijvingen op overheidsopdrachten of reacties op particuliere aanbestedingen;
- ii) “*actieve verkoop*” ⁽¹²⁶⁾: alle vormen van verkoop die niet passieve verkoop zijn. Dit omvat het gericht actief benaderen van klanten door bezoeken, brieven, e-mails, oproepen of andere vormen van directe communicatie, of via gerichte offline- of online-advertenties en promotie door middel van bijvoorbeeld gedrukte of digitale media, met inbegrip van onlinemedi, prijsvergelijkingsdiensten of advertenties op zoekmachines die op specifieke grondgebieden of klantenkringen zijn gericht, het exploiteren van een website met een top-leveldomein dat overeenkomt met bepaalde gebieden, of het op een website aanbieden van andere taalkeuzes dan die welke doorgaans worden gebruikt op het grondgebied waar de gebruiker is gevestigd.
112. In artikel 8, punt d), van de O&O-GVV is bepaald dat beperkingen op de *passieve verkoop* hardcore beperkingen zijn. Dit omvat elke beperking van het grondgebied waar of de klanten aan wie de partijen de contractproducten passief mogen verkopen of de contracttechnologieën passief in licentie mogen geven. Artikel 8, punt d), voorziet echter in een uitzondering voor de vereisten om de O&O-resultaten uitsluitend in licentie te geven aan een andere partij bij de O&O-overeenkomst. De reden voor deze uitzondering is dat de O&O-GVV de partijen de mogelijkheid biedt zich te specialiseren op het niveau van de exploitatie, wat een scenario omvat waarin slechts één partij de contractproducten produceert en distribueert op basis van een exclusieve licentie die door de andere partijen is verleend.
113. In artikel 8, punt e), van de O&O-GVV is bepaald dat bepaalde beperkingen op de *actieve verkoop* hardcore beperkingen zijn. Dit is het geval bij een beperking van de actieve verkoop van de contractproducten of de contracttechnologieën in gebieden of aan klanten die niet uitsluitend aan een van de partijen zijn toegewezen door middel van specialisatie op het niveau van de exploitatie.
- d) *Overige hardcore beperkingen*
114. In artikel 8, punt f), van de O&O-GVV is bepaald dat er sprake is van een hardcore beperking wanneer van een partij wordt verlangd dat zij weigert te voldoen aan de vraag van klanten op haar grondgebied of van klanten die anderszins op basis van specialisatie op het niveau van de exploitatie aan de partijen zijn toegewezen, wanneer deze klanten de contractproducten in andere gebieden binnen de interne markt op de markt zouden brengen.
115. Ten slotte wordt in artikel 8, punt g), van de O&O-GVV elke vereiste die aan een partij wordt opgelegd om het gebruikers of wederverkopers moeilijk te maken om de contractproducten van andere wederverkopers binnen de interne markt te verkrijgen, als een hardcore beperking aangemerkt ⁽¹²⁷⁾. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat de verlening van klantgarantiediensten afhankelijk wordt gesteld van de aankoop van het contractproduct in een bepaalde lidstaat.

⁽¹²⁴⁾ Zie artikel 8, punt c), van de O&O-GVV.

⁽¹²⁵⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 19, van de O&O-GVV.

⁽¹²⁶⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 18, van de O&O-GVV.

⁽¹²⁷⁾ Zie artikel 8, punt g), van de O&O-GVV.

2.2.4.2. Uitgesloten beperkingen

116. Op grond van artikel 9 van de O&O-GVV zijn bepaalde verplichtingen in O&O-overeenkomsten uitgesloten van de groepsvrijstelling. Het gaat om verplichtingen waarvan niet kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen. In tegenstelling tot de hardcore beperkingen van artikel 8 van de O&O-GVV, leidt het gebruik van uitgesloten beperkingen niet tot intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling voor de gehele O&O-overeenkomst. Als de uitgesloten beperking kan worden losgekoppeld van de rest van de overeenkomst, komt de rest van de overeenkomst nog altijd in aanmerking voor de groepsvrijstelling, mits deze voldoet aan de voorwaarden van de O&O-GVV.
117. Uitgesloten beperkingen worden individueel aan artikel 101 getoetst. Er is geen sprake van een vermoeden dat dergelijke beperkingen binnen het verbod van artikel 101, lid 1, vallen of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.
118. De eerste uitgesloten beperking is een verplichting om niet in beroep te gaan tegen:
- a) na voltooiing van de O&O-activiteiten, de geldigheid van de intellectuele-eigendomsrechten die de partijen op de interne markt bezitten en die relevant zijn voor de O&O-activiteiten ⁽¹²⁸⁾, of
 - b) na afloop van de O&O-overeenkomst, de geldigheid van de intellectuele-eigendomsrechten die de partijen op de interne markt bezitten en die de O&O-activiteiten beschermen ⁽¹²⁹⁾.
119. De reden om dergelijke verplichtingen uit te sluiten van de groepsvrijstelling is dat partijen die over informatie beschikken die relevant is voor de identificatie van intellectuele-eigendomsrechten die ten onrechte zijn verleend, niet mogen worden belet de geldigheid van dergelijke intellectuele-eigendomsrechten te betwisten. Bepalingen die de beëindiging van de O&O-overeenkomst mogelijk maken indien een van de partijen de geldigheid betwist van intellectuele-eigendomsrechten die voor de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten relevant zijn of die de O&O-resultaten beschermen, zijn echter geen uitgesloten beperkingen.
120. De tweede uitgesloten beperking is een verplichting geen licenties aan derden te verlenen om de contractproducten te produceren of de contracttechnologieën toe te passen. Dit betekent dat de partijen in beginsel vrij moeten zijn om licenties aan derden te verlenen. Een uitzondering geldt wanneer O&O-overeenkomsten voorzien in de exploitatie van de resultaten van de gezamenlijke of de tegen betaling verrichte O&O-activiteiten door ten minste één van de partijen, en deze exploitatie plaatsvindt op de interne markt ten aanzien van derden.

2.2.5. Relevant tijdstip voor de beoordeling van de naleving van de voorwaarden van de O&O-GVV

121. Voor de toepassing van de marktaandeeldrempel zoals vervat in artikel 6 van de O&O-GVV, is het relevante tijdstip voor de beoordeling de datum waarop de partijen de overeenkomst voor gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten sluiten. Na het verstrijken van de in artikel 6, lid 4, van de O&O-GVV bedoelde periode van zeven jaar, moeten de partijen beoordelen tot welke markt(en) het contractproduct behoort of de contracttechnologieën behoren en of hun gecombineerde marktaandeel meer dan 25 % bedraagt. De naleving van de andere voorwaarden van de O&O-GVV moet worden beoordeeld op het moment dat de O&O-overeenkomst wordt gesloten en de overeenkomst moet gedurende de gehele looptijd aan deze voorwaarden blijven voldoen, met inbegrip van, indien van toepassing, de periode van de exploitatie van de O&O-resultaten.

2.2.6. Intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling

122. In de artikelen 10 en 11 van de O&O-GVV is bepaald dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten het voordeel van de groepsvrijstelling op grond van respectievelijk artikel 29, lid 1, en artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kunnen intrekken wanneer zij in een individueel geval vaststellen dat een O&O-overeenkomst die onder de groepsvrijstelling valt, toch gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3.
123. In artikel 10, lid 2, van de O&O-GVV is een niet-uitputtende lijst opgenomen van situaties waarin de Commissie kan overwegen gebruik te maken van deze bevoegdheid, namelijk wanneer:
- a) het bestaan van een O&O-overeenkomst de mogelijkheden voor derden om O&O-activiteiten uit te voeren op de gebieden van de contractproducten of contracttechnologieën significant beperkt; dit kan bijvoorbeeld verband houden met de beperkte beschikbare onderzoekscapaciteit;

⁽¹²⁸⁾ Zie artikel 9, lid 1, punt a), i), van de O&O-GVV.

⁽¹²⁹⁾ Zie artikel 9, lid 1, punt a), ii), van de O&O-GVV.

- b) het bestaan van de O&O-overeenkomst de toegang van derden tot de relevante markt voor contractproducten of contracttechnologieën aanzienlijk beperkt, bijvoorbeeld als gevolg van de verlening van een exclusieve licentie aan een van de partijen om de contractproducten of contracttechnologieën te vervaardigen en te distribueren;
- c) de partijen zonder objectief gerechtvaardigde reden de resultaten van hun gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten niet exploiteren ten aanzien van derden, bijvoorbeeld door te weigeren de O&O-resultaten in licentie te geven;
- d) de uit de O&O-overeenkomst voortvloeiende producten of technologieën in de gehele interne markt of op een wezenlijk deel daarvan geen daadwerkelijke concurrentie ondervinden;
- e) het bestaan van de O&O-overeenkomst de innovatieconcurrentie of de concurrentie op het gebied van O&O op een bepaald gebied aanzienlijk zou beperken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de contractproducten of contracttechnologieën een geheel nieuwe vraag zouden creëren en ten aanzien waarvan er op het moment dat de overeenkomst wordt gesloten een klein aantal vergelijkbare onafhankelijke O&O-projecten op hetzelfde gebied bestaat.
124. Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan de Commissie het voordeel van de groepsvrijstelling ambtshalve of naar aanleiding van een klacht intrekken. Wanneer de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit het voordeel van de groepsvrijstelling met betrekking tot een O&O-overeenkomst wil intrekken, moet zij ten eerste vaststellen dat de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, en ten tweede dat de overeenkomst niet voldoet aan ten minste een van de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3 ⁽¹³⁰⁾. Een besluit om het voordeel van de O&O-GVV in te trekken kan worden gecombineerd met de vaststelling van een inbreuk op artikel 101 en een vereiste om een einde te maken aan de inbreuk. Ook kunnen gedrags- of structurele maatregelen worden opgelegd ⁽¹³¹⁾.
125. Elk besluit om het voordeel van de groepsvrijstelling in te trekken heeft slechts gevolgen *ex nunc*, dat wil zeggen dat de vrijgestelde status van de O&O-overeenkomst ongewijzigd blijft gedurende de periode voorafgaand aan de datum waarop de intrekking van kracht wordt. In het geval van intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling overeenkomstig artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 moet een nationale mededingingsautoriteit rekening houden met haar verplichtingen uit hoofde van artikel 11, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003, met name haar verplichting om de Commissie te raadplegen over haar voorgenoemd besluit.
- 2.2.7. *Overgangsperiode*
126. De O&O-GVV voorziet in een overgangsperiode van twee jaar (van 1 juli 2023 tot en met 30 juni 2025), waarin het verbod van artikel 101, lid 1, niet van toepassing is op O&O-overeenkomsten die al van kracht zijn op 30 juni 2023 en niet voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling zoals vastgelegd in de O&O-GVV, maar wel aan de voorwaarden voor vrijstelling van Verordening (EG) nr. 1217/2010.

2.3. **Individuele beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 1**

127. Wanneer een O&O-overeenkomst niet in aanmerking komt voor de vrijstelling van de O&O-GVV, is het noodzakelijk om een individuele beoordeling uit te voeren op grond van artikel 101. De eerste stap in de beoordeling bestaat erin vast te stellen of de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽¹³²⁾. Indien de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van die bepaling, bestaat de tweede stap erin vast te stellen of de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

⁽¹³⁰⁾ Overeenkomstig artikel 41, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de EU hebben personen die nadelige gevolgen kunnen ondervinden van een individueel besluit waarbij het EU-recht wordt toegepast, het recht om te worden gehoord voordat het besluit wordt genomen.

⁽¹³¹⁾ Overeenkomstig artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003. De Commissie heeft van haar bevoegdheid gebruikgemaakt door het voordeel van groepsvrijstellingsverordeningen in te trekken in haar beschikking van 25 maart 1992 (voorlopige maatregelen) inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-verdrag in zaak IV/34.072 — *Mars/Langnese en Schöller*, bevestigd bij arrest van 1 oktober 1998, *Langnese-Iglo/Commissie*, C-279/95 P, EU:C:1998:447, en in haar beschikking van 4 december 1991 (voorlopige maatregelen) inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-verdrag in zaak IV/33.157 — *Eco System/Peugeot*.

⁽¹³²⁾ Als dat niet het geval is, is artikel 101 niet van toepassing en is er geen verdere beoordeling vereist.

2.3.1. Relevante markten

128. De *bekendmaking marktbeoordeling* bevat de belangrijkste criteria en bewijsmiddelen die door de Commissie worden gebruikt om relevante markten af te bakenen bij de handhaving van het gemeenschappelijke mededingingsrecht (zie ook punt 44). Voor de individuele beoordeling op grond van artikel 101 van O&O-overeenkomsten die niet onder de O&O-GVV vallen ⁽¹³³⁾, kunnen de volgende overwegingen relevant zijn.

2.3.1.1. Productmarkten

129. Indien de O&O-samenwerkingsovereenkomst betrekking heeft op de ontwikkeling van producten die bestaande producten *verbeteren of substitueren*, is(zijn) de markt(en) voor die bestaande producten of technologieën relevant voor de beoordeling op grond van artikel 101.
130. Bestaande productmarkten kunnen ook relevant zijn voor de beoordeling wanneer de O&O-overeenkomst betrekking heeft op producten die bestaande producten zullen *vervangen* (namelijk wanneer het product dat voortkomt uit de O&O-activiteiten voldoet aan dezelfde vraag als het bestaande product, maar tot een afzonderlijke relevante markt behoort). Dit kan met name het geval zijn wanneer de vervanging van de bestaande producten niet perfect of een langdurig proces is. Zogenaemde *pijplijnproducten* ⁽¹³⁴⁾ kunnen, afhankelijk van de feiten van het specifieke geval, worden beschouwd als producten die bestaande producten zullen verbeteren of substitueren of als producten die bestaande producten zullen vervangen ⁽¹³⁵⁾.
131. Wanneer de O&O-activiteiten betrekking hebben op een *belangrijk component van een eindproduct*, kunnen zowel de markt voor de component als de markt voor het eindproduct relevant zijn voor de beoordeling op grond van artikel 101. De markt voor het eindproduct is echter alleen relevant als de component waarop de O&O-activiteiten betrekking hebben technisch of economisch een belangrijk component is van het eindproduct en ten minste één van de partijen bij de O&O-overeenkomst actief is op de markt voor de eindproducten en op die markt marktmacht heeft.

2.3.1.2. Technologiemarkten

132. O&O-overeenkomsten kunnen niet alleen betrekking hebben op producten, maar ook op technologie. Wanneer intellectuele-eigendomsrechten los van de producten waarop zij betrekking hebben op de markt worden gebracht, zijn technologiemarkten relevant voor de beoordeling op grond van artikel 101. De relevante technologiemarkt bestaat uit de technologie (intellectuele eigendom) die wordt verkocht of in licentie wordt gegeven en technologieën die door licentiehouders als substitueerbaar worden beschouwd ⁽¹³⁶⁾. Wanneer een O&O-overeenkomst betrekking heeft op de ontwikkeling van technologieën die bestaande technologieën zullen verbeteren, substitueren of vervangen, zijn de markten voor die bestaande technologieën relevante markten voor de beoordeling op grond van artikel 101.

2.3.1.3. Vroege innovatie-inspanningen

133. In sommige gevallen kunnen ondernemingen samenwerken op het gebied van O&O-activiteiten die niet nauw verband houden met een specifiek product of specifieke technologie. De resultaten van dergelijke vroege innovatie-inspanningen kunnen uiteindelijk meerdere doelen dienen en op langere termijn worden gebruikt in verschillende producten of technologieën.
134. Wanneer een O&O-overeenkomst betrekking heeft op vroege innovatie-inspanningen, kan het voor de beoordeling van de concurrentiepositie van de partijen met het oog op de toepassing van artikel 101 noodzakelijk zijn rekening te houden met factoren zoals de aard en het toepassingsgebied van de innovatie-inspanningen, de doelstellingen van de verschillende onderzoekslijnen, de specialisatie van de verschillende betrokken teams of de resultaten van eerdere innovatie-inspanningen van de betrokken ondernemingen. Dit kan het gebruik van specifieke maatstaven vereisen, bijvoorbeeld het niveau van de O&O-uitgaven of het aantal octrooien of octrooicitaties.

2.3.2. Voornaamste mededingingsbezwaren

135. O&O-samenwerking kan aanleiding geven tot verschillende mededingingsbezwaren; het kan met name de mededinging tussen de partijen rechtstreeks beperken, leiden tot een heimelijke verstandhouding op de markt of tot mededingingsverstoringe marktafscherming van derden.

⁽¹³³⁾ De O&O-GVV bevat specifieke definities die relevant zijn voor de toepassing van de marktaandeeldrempel in de O&O-GVV. Zie afdeling 2.2.3.4.

⁽¹³⁴⁾ Deze term wordt in bepaalde sectoren gebruikt om te verwijzen naar producten die nog niet op de markt zijn gebracht, maar waarvoor voldoende zicht is op het O&O-proces om vast te stellen tot welke markt de producten waarschijnlijk zullen behoren als het O&O-proces succesvol is.

⁽¹³⁵⁾ Sommige O&O-overeenkomsten hebben betrekking op de ontwikkeling van producten die bestaande producten niet zullen verbeteren, substitueren of vervangen, maar die aan een geheel nieuwe vraag zullen voldoen. Pijplijnproducten kunnen ook in die categorie producten vallen.

⁽¹³⁶⁾ Zie ook de richtsnoeren technologieoverdracht, punten 19-26.

136. Wanneer O&O-samenwerking *rechtstreeks de mededinging tussen de partijen beperkt of een heimelijke verstandhouding op de markt faciliteert*, kan dit leiden tot hogere prijzen, minder keuze voor gebruikers of een lagere kwaliteit van producten of technologieën. Een en ander zou ook kunnen leiden tot verminderde of vertraagde innovatie en daardoor tot slechtere kwaliteit of minder producten of technologieën die op de markt komen.
137. O&O-overeenkomsten kunnen leiden tot *mededingingsverstorende marktafsluiting* van derden wanneer een of meer partijen bij de overeenkomst marktmacht hebben op een relevante product- of technologiemarkt en de overeenkomst exclusiviteitsbepalingen of niet-concurrentiebedingen bevat.
- 2.3.3. *O&O-overeenkomsten die over het algemeen de mededinging niet beperken*
138. Bij gebrek aan marktmacht vormen O&O-overeenkomsten van niet-concurrenten doorgaans geen beperking van de mededinging. Dit kan het geval zijn wanneer de activa, technologieën of vaardigheden van de partijen elkaar aanvullen en zij niet in staat zouden zijn om de O&O-activiteiten binnen korte tijd zelf uit te voeren ⁽¹³⁷⁾. De concurrentieverhouding tussen de partijen moet worden beoordeeld op basis van objectieve factoren. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een onderneming niet in staat is zelfstandig O&O-activiteiten uit te voeren wanneer zij beperkte technische capaciteiten heeft of beperkte toegang tot financiering, geschoolde werknemers, technologieën of andere middelen.
139. De uitbesteding van O&O-activiteiten die voorheen in de onderneming zelf werden verricht aan entiteiten die niet actief zijn in de exploitatie van O&O-resultaten, zoals onderzoeksinstituten, academische instellingen of andere gespecialiseerde ondernemingen, is een voorbeeld van een O&O-overeenkomst waarin complementaire activa, technologieën en vaardigheden kunnen worden samengebracht. In dergelijke overeenkomsten wordt doorgaans voorzien in een overdracht van knowhow en/of een exclusieve leveringsverplichting met betrekking tot de O&O-resultaten.
140. O&O-samenwerking met betrekking tot fundamenteel onderzoek vormt doorgaans geen beperking van de mededinging. In deze context wordt onder fundamenteel onderzoek verstaan experimenteel of theoretisch werk dat hoofdzakelijk wordt verricht om nieuwe kennis te verwerven over de onderliggende grondslagen van verschijnselen en waarneembare feiten.
- 2.3.4. *Beperkingen van de mededinging naar strekking*
141. O&O-overeenkomsten kunnen een mededingingsbeperkende strekking hebben indien zij niet in de eerste plaats O&O ten doel hebben, maar dienen als instrument om een kartel te vormen waarbij de partijen prijsafspraken maken, de productie beperken, de markt verdelen of de technische ontwikkeling beperken ⁽¹³⁸⁾.
142. Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld een O&O-overeenkomst gebruiken om i) de markttoegang van producten of technologieën te voorkomen of uit te stellen; ii) de kenmerken van producten of technologieën die niet onder de O&O-overeenkomst vallen te coördineren, of iii) de verbetering van een gezamenlijk ontwikkeld product of technologie te beperken.
- 2.3.5. *Mededingingsbeperkende gevolgen*
143. Om te beoordelen of een O&O-samenwerkingsovereenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet rekening worden gehouden met de relevante concurrentieparameters in het specifieke geval. Die parameters kunnen de prijs van het product omvatten, maar ook het innovatieniveau, de kwaliteit op verschillende aspecten, en de beschikbaarheid ervan, onder meer wat betreft doorlooptijd, veerkracht van toeleveringsketens, betrouwbaarheid van de levering en transportkosten.
144. O&O-overeenkomsten die geen betrekking hebben op de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten door middel van licenties, productie of marktintroductie, hebben zelden mededingingsbeperkende gevolgen. Dergelijke overeenkomsten hebben waarschijnlijk alleen mededingingsbeperkende gevolgen wanneer ze de innovatieconcurrentie beperken.
- 2.3.5.1. *Marktmacht*
145. Over het algemeen kunnen O&O-overeenkomsten alleen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer bij een of meer van de partijen bij de overeenkomst sprake is van marktmacht op een relevante markt van het bestaande product of de bestaande technologie, of wanneer de overeenkomst leidt tot een aanzienlijke vermindering van de innovatieconcurrentie.

⁽¹³⁷⁾ Zie ook punt 16 over potentiële concurrentie.

⁽¹³⁸⁾ Zie bv. besluit van de Commissie van 8 juli 2021 in zaak AT.40178, Emissies van personenauto's, dat betrekking had op een kartel van vijf autofabrikanten in het kader van een ondernemersvereniging. Het ogenschijnlijke doel van de samenwerking was om componenten te ontwikkelen voor een nieuw emissiereinigingssysteem. In de context van deze samenwerking kwamen de autofabrikanten echter ook overeen om de doeltreffendheid van het systeem niet verder te verbeteren dan wettelijk vereist was, waardoor de technische ontwikkeling van de emissiereinigingstechnologie werd beperkt.

146. Er is geen absolute drempelwaarde waarboven kan worden aangenomen dat een O&O-overeenkomst marktmacht doet ontstaan of in stand houdt en daardoor wellicht mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Naarmate de gecombineerde positie van de partijen op de relevante markten, met inbegrip van hun positie op het gebied van innovatie, sterker is, is het echter waarschijnlijker dat de O&O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben ⁽¹³⁹⁾.

2.3.5.2. O & O-activiteiten met betrekking tot bestaande producten of technologieën

147. Wanneer de O&O-activiteiten gericht zijn op de *verbetering of substituering van een bestaand product of bestaande technologie*, betreffen de mogelijke gevolgen de relevante markt(en) voor die bestaande producten of technologieën. De gevolgen voor prijzen, productie, productkwaliteit, productdiversiteit of technische ontwikkeling op bestaande markten zijn evenwel alleen waarschijnlijk als de partijen samen een sterke positie hebben, de toegang moeilijk is en als concurrerende derden niet in staat zijn het gedrag van de partijen te beperken, bijvoorbeeld vanwege hun beperkte aantal of vanwege minderwaardige middelen of vaardigheden. Wanneer de O&O-activiteiten voorts slechts betrekking hebben op een relatief onbeduidend onderdeel van een eindproduct, zijn de gevolgen voor de mededinging op de relevante markt(en) van dat eindproduct zeer gering.
148. Indien de O&O-activiteiten gericht zijn op de *vervanging van een bestaand product of een bestaande technologie*, kunnen eventuele mededingingsbeperkende gevolgen betrekking hebben op bijvoorbeeld de vertraging van de ontwikkeling van het vervangende product of de vervangende technologie. Dit kan met name het geval zijn wanneer de partijen marktmacht hebben op de markt van het bestaande product of de bestaande technologie en zij ook de enigen zijn die zich bezighouden met O&O-activiteiten voor de ontwikkeling van een vervanging voor dat bestaande product of die bestaande technologie. Vergelijkbare gevolgen zijn mogelijk ingeval een grote speler op een bestaande markt samenwerkt met een kleinere speler of met een potentiële concurrent die op het punt staat een product of technologie op de markt te brengen en waardoor de positie van de gevestigde onderneming mogelijk wordt bedreigd.
149. Bij O&O-overeenkomsten die voorzien in gezamenlijke exploitatie van de resultaten van de O&O (bv. gezamenlijke productie of distributie) is de kans groter dat de mededinging wordt beperkt dan bij overeenkomsten waarbij elke partij de O&O-resultaten onafhankelijk exploiteert. In het geval van gezamenlijke exploitatie zijn mededingingsbeperkende gevolgen in de vorm van hogere prijzen of verminderde productie op bestaande markten waarschijnlijker wanneer een of meer partijen marktmacht hebben. Indien de gezamenlijke exploitatie daarentegen beperkt blijft tot licentieverlening aan derden, zijn mededingingsbeperkende gevolgen zoals markt-afscherming onwaarschijnlijk.

2.3.5.3. Innovatie met betrekking tot geheel nieuwe producten en vroege innovatie-inspanningen

150. Wat O&O-overeenkomsten met betrekking tot i) de ontwikkeling van producten of technologieën die een geheel nieuwe vraag zouden creëren, of ii) vroege innovatie-inspanningen betreft, zijn de gevolgen voor de prijs en de productie op bestaande markten over het algemeen onwaarschijnlijk. In dergelijke vallen zal de beoordeling gericht zijn op mogelijke beperkingen van de innovatieconcurrentie met betrekking tot bijvoorbeeld de kwaliteit en de diversiteit van mogelijke toekomstige producten of technologieën of de snelheid of het niveau van innovatie. Bij de beoordeling moet rekening worden gehouden met het feit dat de resultaten van O&O van nature onzeker zijn en dat de resultaten over het algemeen minder zeker zullen zijn voor vroege innovatie-inspanningen dan voor O&O-inspanningen die dicht bij de marktintroductie staan van de producten of technologieën die voortvloeien uit de O&O-overeenkomst.
151. Het is over het algemeen onwaarschijnlijk dat er beperkende gevolgen optreden als voldoende derden concurrerende O&O-projecten hebben. Negatieve gevolgen zijn echter waarschijnlijker wanneer de O&O-overeenkomst onafhankelijke O&O-inspanningen samenbrengt die zich in een stadium bevinden dat dicht bij de lancering van het nieuwe product of de nieuwe technologie ligt. Beperkende gevolgen kunnen rechtstreeks voortvloeien uit de coördinatie van de O&O-inspanningen van de partijen, ongeacht of de O&O-overeenkomst beperkingen bevat op het vermogen van de partijen om O&O-activiteiten onafhankelijk of met derden uit te voeren. De O&O-overeenkomst kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een of meer partijen hun O&O-project opgeven en hun capaciteiten bundelen met die van de andere partijen.

2.3.5.4. Informatie-uitwisseling

152. De uitvoering van een O&O-overeenkomst kan de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie vereisen. Indien de O&O-overeenkomst zelf niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging, valt ook een informatie-uitwisseling die een aanvulling is op die overeenkomst niet onder dat verbod ⁽¹⁴⁰⁾. Dit is het geval als de informatie-uitwisseling objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de O&O-overeenkomst en in verhouding staat tot de doelstellingen ervan ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁹⁾ Dit geldt ongeacht de beoordeling van mogelijke efficiëntieverbeteringen, zoals onder meer vaak het geval is bij O&O die door de overheid medegefinancierd is. Zie punt 2.4.1.

⁽¹⁴⁰⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89.

⁽¹⁴¹⁾ Zie ook afdeling 1.2.6 en punt 369.

153. Indien de informatie-uitwisseling verder gaat dan wat objectief noodzakelijk is om de O&O-overeenkomst uit te voeren of niet evenredig is aan de doelstellingen ervan, moet zij worden beoordeeld aan de hand van de richtlijnen in hoofdstuk 6 ⁽¹⁴²⁾. Indien de informatie-uitwisseling onder artikel 101, lid 1, valt, kan deze nog steeds voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

2.4. **Individuele beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 3**

154. Wanneer een O&O-overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, zal deze niettemin voldoen aan artikel 101 indien zij voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3 (zie afdeling 1.2.7).

2.4.1. *Efficiëntieverbeteringen*

155. O&O-overeenkomsten — met of zonder gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten — genereren vaak efficiëntieverbeteringen omdat ze:

- a) complementaire vaardigheden en activa van de partijen combineren, wat resulteert in een snellere ontwikkeling en marketing van verbeterde of nieuwe producten en technologieën dan zonder samenwerking;
- b) leiden tot een bredere verspreiding van kennis, wat verdere innovatie kan stimuleren;
- c) kostenbesparingen of vermindering van de afhankelijkheid opleveren in het geval van producten of technologieën waarvoor er een beperkt aantal leveranciers is.

156. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt.

157. Voor de toepassing van artikel 101, lid 3, mogen alleen objectieve voordelen in aanmerking worden genomen ⁽¹⁴³⁾. Een O&O-overeenkomst kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een of meer partijen hun O&O-activiteiten geheel of gedeeltelijk opgeven. Dit kan de (vaste) kosten voor de betrokken partijen verminderen, maar leidt waarschijnlijk niet tot voordelen voor gebruikers, tenzij de partijen kunnen aantonen dat de vermindering van het aantal O&O-inspanningen waarschijnlijk opweegt tegen het feit dat producten sneller op de markt komen of dat de kans groter is dat de O&O succesvol zal zijn.

2.4.2. *Onmisbaarheid*

158. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om via een O&O-overeenkomst efficiëntieverbeteringen te behalen, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Met name de hardcore beperkingen die in artikel 8 van de O&O-GVV ⁽¹⁴⁴⁾ worden opgesomd, zullen bij een individuele beoordeling minder snel aan het onmisbaarheidscriterium voldoen.

2.4.3. *Voordelen doorgegeven aan gebruikers*

159. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de O&O-overeenkomst te compenseren. Zo moet bijvoorbeeld het op de markt brengen van nieuwe of verbeterde producten opwegen tegen mogelijke prijsverhogingen of andere mededingingsbeperkende gevolgen.

160. In het algemeen is het waarschijnlijker dat een O&O-overeenkomst tot efficiëntieverbeteringen leidt waarvan een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen bij de gebruikers terecht komt wanneer de partijen complementaire vaardigheden en activa combineren, zoals onderzoekscapaciteiten die zijn ontwikkeld in verschillende sectoren of verschillende onderzoeksgebieden.

161. Hoe groter de marktmacht van de partijen, hoe minder waarschijnlijk het overigens is dat zij de efficiëntieverbeteringen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert.

2.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

162. Aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de O&O-overeenkomst de partijen de mogelijkheid biedt de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten of technologieën uit te schakelen. Bij de toepassing van deze voorwaarde moet rekening worden gehouden met de impact van de overeenkomst op innovatieconcurrentie.

⁽¹⁴²⁾ Zie ook punt 6.

⁽¹⁴³⁾ Zie punt 49 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽¹⁴⁴⁾ Zie afdeling 2.2.4.1.

2.5. Relevant tijdstip voor de beoordeling

163. De beoordeling van mededingingsbeperkende overeenkomsten op grond van artikel 101 vindt plaats in de concrete context van de overeenkomst en op basis van de feiten zoals die zich op een bepaald moment voordoen. De beoordeling kan wijzigen bij substantiële veranderingen in de feiten⁽¹⁴⁵⁾. De uitzondering van artikel 101, lid 3, is van toepassing zolang aan elk van de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, en vervalt wanneer dat niet langer het geval is.
164. Bij de toepassing van artikel 101, lid 3, moet rekening worden gehouden met de initiële verzonken investeringen die de partijen hebben gedaan, en met de tijd die nodig is en de beperkingen die vereist zijn om een efficiëntieverbeterende investering te doen en terug te verdienen. Artikel 101 kan niet worden toegepast zonder naar behoren rekening te houden met een dergelijke voorafgaande investering. Het risico dat de partijen nemen en de verzonken investering die gedaan moet worden om de overeenkomst uit te voeren, kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen, buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, valt c.q. aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. Wanneer de investering resulteert in een uitvinding en de partijen op grond van de regels inzake intellectuele eigendom exclusieve rechten op die uitvinding verkrijgen, zal de terugverdienperiode van de investering wellicht niet langer zijn dan de exclusiviteitsperiode die overeenkomstig die regels werd toegekend.
165. In sommige gevallen kunnen de gevolgen van een beperkende overeenkomst onomkeerbaar zijn. Zodra de overeenkomst ten uitvoer is gelegd, kan de vroegere situatie niet meer worden hersteld. In dergelijke gevallen dient de beoordeling uitsluitend plaats te vinden op basis van de feiten zoals die zich voordoen op het tijdstip van tenuitvoerlegging.
166. In het geval van een O&O-overeenkomst met betrekking tot een volledig nieuw product dat geen bestaand product verbetert, substitueert of vervangt, waarbij elke partij ermee instemt haar eigen onderzoeksproject op te geven en haar capaciteiten te bundelen met die van de andere partij(en), kan het bijvoorbeeld technisch en economisch onmogelijk zijn om de opgegeven projecten nieuw leven in te blazen. Wanneer de overeenkomst verenigbaar is met artikel 101 op het tijdstip waarop zij wordt gesloten, bijvoorbeeld omdat een voldoende aantal derden concurrerende O&O-projecten hebben, blijft de overeenkomst van de partijen om hun individuele projecten op te geven verenigbaar met artikel 101, zelfs wanneer op een later tijdstip de projecten van derden mislukken.
167. Het verbod van artikel 101, lid 1, kan echter gelden voor andere onderdelen van de overeenkomst ten aanzien waarvan het probleem van de onomkeerbaarheid zich niet voordoet. Wanneer bijvoorbeeld de overeenkomst naast gezamenlijke O&O-activiteiten ook voorziet in gezamenlijke exploitatie, kan artikel 101 van toepassing zijn op die bepalingen van de overeenkomst indien de overeenkomst als gevolg van latere marktontwikkelingen mededingingsbeperkende gevolgen heeft en, mede gelet op de eerder gemaakte verzonken kosten, niet (langer) voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

2.6. Voorbeelden

168. O&O-overeenkomsten met betrekking tot producten die een geheel nieuwe vraag creëren

Voorbeeld 1

Situatie: Ondernemingen A en B hebben elk aanzienlijke investeringen gedaan in O&O voor de ontwikkeling van een nieuwe geminiaturiseerde elektronische component. De verwachting is dat de nieuwe component bestaande componenten niet zal verbeteren of vervangen, maar in plaats daarvan een geheel nieuwe vraag zal creëren. Ondernemingen A en B hebben elk prototypes ontwikkeld en verwachten deze binnen ongeveer 18 maanden op de markt te kunnen brengen. Bovendien verwachten ondernemingen A en B dat alleen de eerste component die op de markt komt een financieel succes zal worden en dat de tweede onderneming die haar product op de markt brengt niet in staat zal zijn de aanzienlijke O&O-investeringen terug te verdienen, terwijl ondernemingen A en B verwachten een aanzienlijke winst te kunnen maken indien beide ondernemingen het product gelijktijdig op de markt brengen. Zij komen derhalve overeen hun O&O-inspanningen te bundelen in een gemeenschappelijke onderneming die het prototype van onderneming A zal ontwikkelen en vervolgens de nieuwe component zal produceren en leveren aan beide ondernemingen, die de component dan onafhankelijk zullen commercialiseren. Als gevolg van de overeenkomst inzake de gemeenschappelijke onderneming zal onderneming B stoppen met de ontwikkeling van haar eigen prototype. Door hun O&O-inspanningen te bundelen, verwachten de partijen de nieuwe component binnen een jaar op de markt te kunnen brengen. Geen enkele andere onderneming ontwikkelt een substitueerbare component.

⁽¹⁴⁵⁾ Zie punt 44 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3. Voor het relevante tijdstip voor de beoordeling van de toepasbaarheid van de O&O-GVV, zie afdeling 2.2.5.

Analyse:

Toepasbaarheid van de O&O-GVV: De geminiaturiseerde elektronische component waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft, zou een geheel nieuwe vraag creëren. Hij zou een bestaand product niet verbeteren, substitueren of vervangen. Ondernemingen A en B zijn concurrenten op innovatieniveau; ze vallen echter niet onder de definitie van daadwerkelijke of potentiële concurrenten in de zin van de O&O-GVV ⁽¹⁴⁶⁾, en dus zou de marktaandeeldrempel van artikel 6, lid 1, van de O&O-GVV niet van toepassing zijn op hun overeenkomst. In plaats daarvan zal de O&O-overeenkomst tussen ondernemingen A en B vallen onder artikel 6, lid 2, van de O&O-GVV, en bijgevolg zal de overeenkomst worden vrijgesteld voor de duur van de O&O-activiteiten, zolang de overeenkomst voldoet aan alle andere voorwaarden voor vrijstelling die zijn opgenomen in de O&O-GVV (bv. voorwaarden met betrekking tot toegang tot de O&O-resultaten, afwezigheid van hardcore beperkingen enz.).

Waarschijnlijkheid van intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling:

i) *Mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1:* De O&O-overeenkomst zou ertoe leiden dat onderneming B zou stoppen met de ontwikkeling van haar prototypecomponent, die zij anders waarschijnlijk binnen ongeveer 18 maanden op de markt zou hebben gebracht. Op het moment dat ondernemingen A en B de O&O-overeenkomst sluiten, zijn zij de enige ondernemingen die O&O-activiteiten verrichten met betrekking tot de geminiaturiseerde elektronische component en ontwikkelt geen enkele andere onderneming een substitueerbaar component. Bovendien bevinden de ondernemingen zich in een laat stadium van het O&O-proces (zij verwachten de component binnen ongeveer 18 maanden op de markt te brengen) en door de overeenkomst zouden beide ondernemingen een race om als eerste op de markt te komen kunnen vermijden, waardoor het risico dat zij de reeds gedane investeringen geheel of gedeeltelijk niet kunnen terugverdienen, wordt verkleind. Daarom lijkt het waarschijnlijk dat de O&O-overeenkomst de innovatieconcurrentie beperkt in de zin van artikel 101, lid 1. Deze conclusie wordt niet gewijzigd door het feit dat elke partij de nieuwe component onafhankelijk zal commercialiseren.

ii) *Niet-naleving van de voorwaarden van artikel 101, lid 3:* De gemeenschappelijke onderneming zal de partijen in staat stellen de nieuwe component sneller op de markt te brengen, wat een objectieve efficiëntieverbetering is die de gebruikers ten goede kan komen. Het is echter onwaarschijnlijk dat deze tijdswinst opweegt tegen de vermindering van innovatieconcurrentie en productdiversiteit als gevolg van het opgeven van het prototype door onderneming B, aangezien het waarschijnlijk is dat het product van onderneming B anders eerder of uiterlijk korte tijd na het product van onderneming A op de markt zou zijn gebracht en de partijen op innovatieniveau geen andere concurrentiedruk ondervinden. Daarom lijkt het erop dat de O&O-overeenkomst niet voldoet aan ten minste een van de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3, namelijk een billijk aandeel voor gebruikers. In dat scenario zal het voordeel van de groepsvrijstelling waarschijnlijk worden ingetrokken, zoals bepaald in artikel 10 van de O&O-GVV, en is de overeenkomst waarschijnlijk verboden op grond van een inbreuk op artikel 101.

169. O&O-overeenkomsten waarbij academische instanties/onderzoeksinstituten betrokken zijn

Voorbeeld 2

Situatie: Onderneming A is een belangrijke producent van landbouwbestrijdingsmiddelen. Ze is actief op een upstreammarkt voor ingrediënten van pesticiden, met ingrediënt X, en op een downstreammarkt voor bestrijdingsmiddelen met het bestrijdingsmiddel Y. Ingrediënt X is een belangrijke grondstof voor de productie van bestrijdingsmiddel Y.

Onderneming A is van plan een onderzoeksproject te financieren dat gericht is op het verbeteren van ingrediënt X, zodat klanten die bestrijdingsmiddel Y gebruiken dezelfde gewasopbrengsten kunnen behalen met kleinere hoeveelheden bestrijdingsmiddelen. Daartoe sluit onderneming A een O&O-overeenkomst met universiteit B, die over aanzienlijke O&O-capaciteiten beschikt op het gebied van ingrediënten voor bestrijdingsmiddelen. Universiteit B produceert of verkoopt geen bestrijdingsmiddelen of ingrediënten voor bestrijdingsmiddelen.

In de O&O-overeenkomst is bepaald dat onderneming A de O&O-activiteiten, die door universiteit B zullen worden uitgevoerd, zal financieren, maar niet zal uitvoeren. De O&O-overeenkomst staat universiteit B niet toe de O&O-resultaten te exploiteren. Volgens de O&O-overeenkomst behoudt onderneming A zich het exclusieve recht voor om de resultaten van de tegen betaling verrichte O&O-activiteiten te exploiteren. Universiteit B heeft alleen het recht om de resultaten van de O&O te gebruiken voor verdere O&O-doel-einden.

⁽¹⁴⁶⁾ Zie artikel 1, lid 1, punt 15, van de O&O-GVV.

Analyse:

Toepasbaarheid van de O&O-GVV: Onderneming A en universiteit B zijn geen concurrerende ondernemingen in de zin van de O&O-GVV. Op grond van artikel 6, lid 2, van de O&O-GVV hoeft niet te worden voldaan aan een marktaandeeldrempel.

In artikel 3 van de O&O-GVV wordt als algemene voorwaarde voor een groepsvrijstelling gesteld dat alle partijen bij de O&O-overeenkomst volledige toegang moeten hebben tot de resultaten van de tegen betaling verrichte O&O-activiteiten met het oog op het verrichten van verdere O&O-activiteiten en de exploitatie ervan. De O&O-overeenkomst voldoet niet aan deze voorwaarde. De O&O-overeenkomst valt echter onder de speciale uitzondering van artikel 3, lid 5, van de O&O-GVV, volgens welke O&O-overeenkomsten die het gebruik van O&O-resultaten door academische instellingen beperken tot verdere O&O (dat wil zeggen dat de overeenkomst de exploitatie van de resultaten uitsluit) in aanmerking kunnen komen voor de groepsvrijstelling.

Op voorwaarde dat aan de andere voorwaarden van de O&O-GVV is voldaan, komt de O&O-overeenkomst tussen onderneming A en universiteit B derhalve in aanmerking voor de groepsvrijstelling en is er geen verdere beoordeling vereist.

170. Impact van O&O-samenwerking op het milieu

Voorbeeld 3

Situatie: Twee ingenieursbedrijven die auto-onderdelen vervaardigen komen overeen om een gemeenschappelijke onderneming op te richten waarin hun O&O-inspanningen die erop gericht zijn de productie en de prestaties van een bestaand onderdeel te verbeteren, worden ondergebracht. Als de gezamenlijke O&O-activiteiten succesvol zijn, zal de verbeterde component een positief effect hebben op het milieu: voertuigen waarin de component is ingebouwd, zullen minder brandstof verbruiken en dus minder CO₂ uitstoten. De ondernemingen verwachten dat het combineren van hun O&O-inspanningen de ontwikkeling van het verbeterde product zal versnellen. In de overeenkomst inzake de gemeenschappelijke onderneming is bepaald dat elke onderneming de (bestaande en verbeterde) componenten onafhankelijk blijft produceren en verkopen. Op de EU-brede markt voor de levering van de bestaande component hebben de twee ondernemingen een marktaandeel van respectievelijk 15 % en 20 %. Er zijn nog drie andere belangrijke concurrerende fabrikanten van componenten. De levenscyclus van de component bedraagt over het algemeen drie tot vijf jaar. In elk van de afgelopen drie jaar heeft een van de grote fabrikanten van componenten een nieuwe versie of upgrade geïntroduceerd.

Analyse:

Toepasbaarheid van de O&O-GVV: Volgens de O&O-GVV is een "relevante productmarkt" de markt voor de producten die door de contractproducten kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen. In het onderhavige geval is dit de markt voor het voertuigonderdeel dat met de O&O-activiteiten moet worden verbeterd. De partijen hebben samen een marktaandeel van 35 % op de relevante productmarkt. Aangezien dit hoger is dan de marktaandeeldrempel van 25 % in de O&O-GVV, kan de gemeenschappelijke onderneming niet in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: Door de voorheen onafhankelijke O&O-inspanningen van de partijen te combineren, leidt de gemeenschappelijke onderneming tot een vermindering van het aantal O&O-inspanningen met betrekking tot de verbetering van de component. Om te bepalen of dit leidt tot een merkbare beperking van de mededinging op de relevante productmarkt of een merkbare beperking van de innovatieconcurrentie is een volledige beoordeling van de juridische en economische context nodig. De relevante factoren waar hierbij wordt gekeken zijn onder meer de aanwezigheid van drie andere belangrijke fabrikanten op de relevante productmarkt; de prestaties van deze fabrikanten op het gebied van innovatie; de relatief korte levenscyclus van de component en het feit dat de partijen de bestaande en verbeterde componenten onafhankelijk zullen blijven produceren en verkopen. Al met al lijkt het onwaarschijnlijk dat de gemeenschappelijke onderneming tot een merkbare beperking van de mededinging zal leiden.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: Een beoordeling op grond van artikel 101, lid 3, is alleen nodig indien wordt aangenomen dat de gemeenschappelijke onderneming de mededinging merkbaar beperkt in de zin van artikel 101, lid 1. Het versnellen van de ontwikkeling van een verbeterde versie van het onderdeel die het brandstofverbruik zal verminderen, is een objectieve efficiëntieverbetering. Hoewel de partijen een aanzienlijk gecombineerd marktaandeel hebben op de relevante markt voor onderdelen, is het door de aanwezigheid van andere belangrijke concurrenten met een goede reputatie op het gebied van innovatie, de korte levenscyclus van het onderdeel en het feit dat de partijen het onderdeel onafhankelijk blijven produceren en verkopen, waarschijnlijk dat de efficiëntieverbetering wordt doorgegeven aan afnemers en niet waarschijnlijk dat de gemeenschappelijke onderneming de concurrentie op de relevante markt voor

onderdelen of relevante innovatieconcurrentie uitschakelt. De bewering van de partijen dat het combineren van hun O&O-inspanningen onmisbaar is om de ontwikkeling van de verbeterde component te versnellen, lijkt aannemelijk. Het is daarom waarschijnlijk dat deze gemeenschappelijke onderneming op het gebied van O&O aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

171. Onderzoekspartnerschap

Voorbeeld 4

Situatie: De ondernemingen A, B en C zijn toonaangevende spelers op het gebied van hernieuwbare energietechnologie. Zij hebben een onderzoekspartnerschap opgezet, waarbij een O&O-agenda is vastgesteld met een gemeenschappelijke langetermijnvisie voor de ontwikkeling van nieuwe technologieën voor hernieuwbare energie en de verbetering van bestaande technologieën. Deze agenda zal worden uitgevoerd via een aantal afzonderlijke opeenvolgende overeenkomsten die betrekking hebben op individuele, gezamenlijke en tegen betaling verrichte O&O-projecten.

Deze agenda wordt vastgelegd in een memorandum van overeenstemming, waarin een kader wordt vastgesteld voor de samenwerking tussen de partijen, met inbegrip van doelstellingen, voorwaarden, governance-regels en toezichtregelingen. Het memorandum van overeenstemming voorziet met name in een compensatiemechanisme voor gevallen waarin een partij de resultaten van door de andere partijen uitgevoerde O&O wil exploiteren.

Analyse:

Toepasbaarheid van de O&O-GVV: Aangezien het memorandum van overeenstemming geen betrekking heeft op specifieke O&O-projecten (het bevat enkel algemene voorwaarden voor de uitvoering van O&O-projecten die het onderwerp zullen zijn van afzonderlijke, volgende overeenkomsten), vormt het memorandum van overeenstemming op zichzelf geen O&O-overeenkomst in de zin van de O&O-GVV. De groepsvrijstelling is daarom niet van toepassing.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1, en artikel 101, lid 3: Alle partijen bij het memorandum van overeenstemming zijn actief op het gebied van technologieën voor hernieuwbare energie, maar het memorandum van overeenstemming is een raamovereenkomst op hoog niveau die geen betrekking heeft op de specifieke O&O-projecten. Het is daarom niet mogelijk om te bepalen of de partijen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn voor de toepassing van die overeenkomst. Hun concurrentieverhouding zal pas kunnen worden beoordeeld wanneer zij de daaropvolgende O&O-uitvoeringsovereenkomsten sluiten. Derhalve is het memorandum van overeenstemming niet mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1.

3. PRODUCTIEOVEREENKOMSTEN

3.1. **Inleiding**

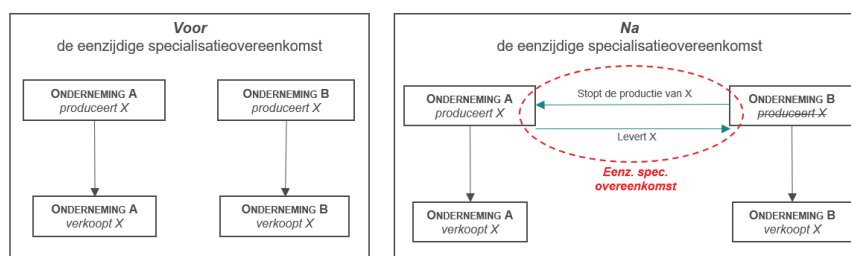
172. Dit hoofdstuk bevat richtlijnen voor de beoordeling van horizontale productieovereenkomsten. Voor de toepassing van dit hoofdstuk wordt onder productie verstaan de vervaardiging van goederen en de voorbereiding van diensten ⁽¹⁴⁷⁾.
173. Productieovereenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen:
- a) zij kunnen bepalen dat de productie gezamenlijk wordt uitgevoerd, bijvoorbeeld door middel van een gemeenschappelijke onderneming, een gemeenschappelijk team of een gemeenschappelijke organisatie, of
 - b) zij kunnen bepalen dat de productie wordt uitgevoerd door slechts één partij of door twee of meer partijen, door middel van lossere vormen van samenwerking, zoals onderaannemingsovereenkomsten.
174. Gezamenlijke productieovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij twee of meer ondernemingen overeenkomen bepaalde producten gezamenlijk te produceren. Gezamenlijke productie kan verschillende vormen aannemen, bijvoorbeeld i) een gemeenschappelijke onderneming, dat wil zeggen een onderneming waarover gezamenlijk zeggenschap wordt uitgeoefend en die een of meer productiefaciliteiten exploiteert ⁽¹⁴⁸⁾, of ii) een gemeenschappelijk team of gemeenschappelijke organisatie bestaande uit een gelijk of ongelijk aantal vertegenwoordigers van de partijen.

⁽¹⁴⁷⁾ Voor de voorbereiding van diensten, zie in het bijzonder punt 200.

⁽¹⁴⁸⁾ Zie de punten 12 en 46. Deze richtsnoeren zijn niet van toepassing op handelingen die een concentratie vormen in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening; dit omvat de oprichting van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming.

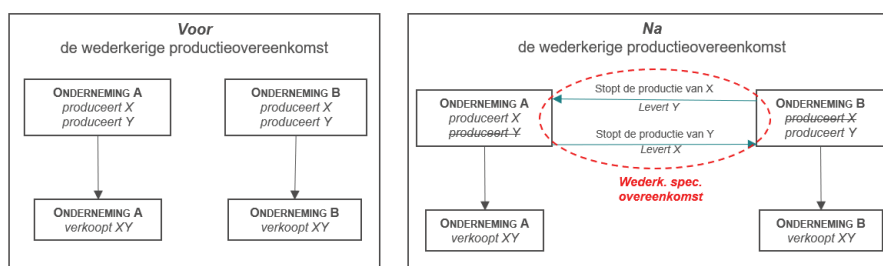
175. Onderaannemingsovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij een partij (de “aannemer”) de productie van een product toevertrouwt aan een andere partij (de “onderaannemer”). In dit hoofdstuk worden onder horizontale onderaannemingsovereenkomsten verstaan tussen ondernemingen die actief zijn op dezelfde productmarkt, maar niet noodzakelijk op dezelfde geografische markt, dus ongeacht of de ondernemingen concurrenten zijn. Horizontale onderaannemingsovereenkomsten omvatten eenzijdige en wederkerige specialisatieovereenkomsten, maar ook andere soorten onderaannemingsovereenkomsten.
176. *Eenzijdige specialisatieovereenkomsten* zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die op dezelfde productmarkt actief zijn, waarbij een partij of meer partijen zich ertoe verbindt of verbinden de productie van bepaalde producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot productie van die producten over te gaan maar die in te kopen bij de andere partij of partijen, die zich ertoe verbindt of verbinden die producten te vervaardigen en te leveren aan de partij of partijen die de productie ervan heeft of hebben beëindigd of niet tot productie van die producten is of zijn overgegaan.

Voorbeeld van een eenzijdige specialisatieovereenkomst



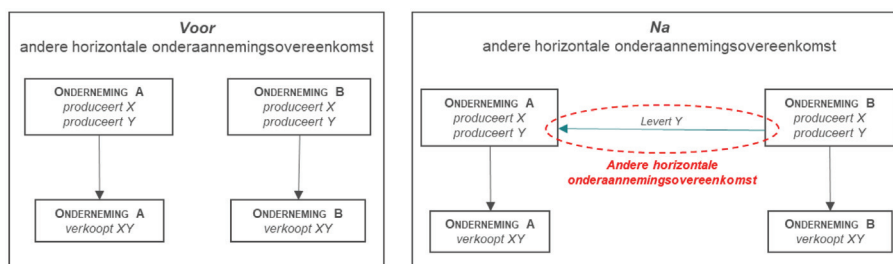
177. *Wederkerige specialisatieovereenkomsten* zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die op dezelfde productmarkt actief zijn, waarbij twee of meer partijen zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden de productie van bepaalde, doch verschillende producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot productie van die producten over te gaan maar die in te kopen bij de andere partijen, die zich ertoe verbinden deze te produceren en te leveren aan de partij of partijen die de productie ervan heeft of hebben beëindigd of niet tot productie van die producten is of zijn overgegaan.

Voorbeeld van een wederkerige specialisatieovereenkomst



178. De richtlijnen in dit hoofdstuk zijn ook van toepassing op andere soorten horizontale onderaannemingsovereenkomsten. Hieronder vallen onderaannemingsovereenkomsten met het oog op uitbreiding van de productie, waarbij de aannemer niet tegelijkertijd zijn eigen productie van het product beëindigt of beperkt.

Voorbeeld van een specialisatieovereenkomst gericht op uitbreiding van de productie



179. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op alle vormen van horizontale overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie en horizontale onderaannemingsovereenkomsten ⁽¹⁴⁹⁾.
180. Voor de goede gang van zaken kunnen ondernemingen die van plan zijn een horizontale productieovereenkomst aan te gaan, eerst overwegen of hun overeenkomst in aanmerking kan komen voor toepassing van de specialisatie-GVV ⁽¹⁵⁰⁾. De vrijstelling waarin de specialisatie-GVV voorziet, is gebaseerd op de veronderstelling dat — voor zover een productieovereenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt en voldoet aan de voorwaarden die zijn vastgelegd in de specialisatie-GVV — deze in het algemeen voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Een horizontale productieovereenkomst die voldoet aan de voorwaarden van de specialisatie-GVV is verenigbaar met artikel 101 en hoeft niet verder te worden beoordeeld ⁽¹⁵¹⁾. Wanneer een productieovereenkomst niet onder de specialisatie-GVV valt of niet voldoet aan de voorwaarden van de verordening, moet een individuele beoordeling op grond van artikel 101 worden uitgevoerd om te bepalen of de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, en zo ja, of de overeenkomst voldoet aan de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3.
181. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd:
- a) afdeling 3.2 bevat richtlijnen voor de identificatie van markten die relevant zijn voor de beoordeling van productieovereenkomsten;
 - b) afdeling 3.3 bevat richtlijnen voor de toepassing van de specialisatie-GVV, met inbegrip van de voorwaarden voor vrijstelling van specialisatieovereenkomsten, de marktaandeeldrempel en de hardcore beperkingen en uitgesloten beperkingen;
 - c) afdeling 3.4 bevat richtlijnen voor de individuele beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1;
 - d) afdeling 3.5 bevat richtlijnen voor de individuele beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3;
 - e) afdeling 3.6 bevat specifieke richtlijnen voor de beoordeling van overeenkomsten inzake medegebruik van infrastructuur voor mobiele telecommunicatie op grond van artikel 101, lid 1, en artikel 101, lid 3.

3.2. Relevante markten

182. De *bekendmaking marktbeoordeling* bevat de belangrijkste criteria en bewijsmiddelen die door de Commissie worden gebruikt om relevante markten af te bakenen bij de handhaving van het gemeenschappelijke mededingingsrecht (zie ook punt 44). Deze criteria zijn van toepassing voor de beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101.
183. Een productieovereenkomst heeft gevolgen voor de markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, d.w.z. de markten waartoe de in het kader van de overeenkomst vervaardigde producten behoren. Een productieovereenkomst kan ook effecten hebben op upstream-, downstream- of naburige markten van die waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (*“spill-overmarkten”*) ⁽¹⁵²⁾. Dergelijke spill-overmarkten zijn waarschijnlijk relevant voor de beoordeling wanneer de markten onderling afhankelijk zijn en de partijen een sterke positie innemen op de spill-overmarkt.
184. Voor de toepassing van de specialisatie-GVV wordt onder de relevante markt verstaan de product- en geografische markt waartoe de in het kader van de specialisatieovereenkomst geproduceerde producten behoren, en, indien die producten tussenproducten zijn die door een of meer van de partijen intern volledig of gedeeltelijk worden gebruikt als input voor downstreamproducten, de product- en geografische markten waartoe deze downstreamproducten behoren.

⁽¹⁴⁹⁾ Verticale onderaannemingsovereenkomsten vallen niet onder deze richtsnoeren. Verticale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die op verschillende niveaus in de productie- of distributieketen actief zijn. Deze overeenkomsten kunnen binnen het toepassingsgebied van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen vallen en kunnen, onder bepaalde voorwaarden, in aanmerking komen voor toepassing van de VGVV. Voorts kunnen deze overeenkomsten onder de bekendmaking van de Commissie van 18 december 1978 betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag (PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2) (“de toeleveringsbekendmaking”) vallen.

⁽¹⁵⁰⁾ Verordening (EU) 2023/1067 van de Commissie van 1 juni 2023 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten (PB L 143 van 2 juni 2023, blz. 20).

⁽¹⁵¹⁾ Tenzij en totdat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit in een individueel geval het voordeel van de groepsvrijstelling intrekt (zie afdeling 3.3.7).

⁽¹⁵²⁾ Zie artikel 2, lid 5, eerste alinea, van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad.

3.3. Specialisatie-GVV

185. De specialisatie-GVV stelt bepaalde productieovereenkomsten vrij van het verbod zoals vervat in artikel 101, lid 1 ⁽¹⁵³⁾. De vrijstelling waarin de specialisatie-GVV voorziet, is gebaseerd op de veronderstelling dat — voor zover een productieovereenkomst binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt en voldoet aan de voorwaarden die zijn vastgelegd in de specialisatie-GVV — deze in het algemeen voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3. Voor de goede gang van zaken kunnen ondernemingen die voornemens zijn een productieovereenkomst aan te gaan, eerst nagaan of hun overeenkomst in aanmerking kan komen voor toepassing van de specialisatie-GVV.
186. Productieovereenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van de specialisatie-GVV zijn verenigbaar met artikel 101 en hoeven niet verder te worden beoordeeld ⁽¹⁵⁴⁾. Wanneer een productieovereenkomst niet voldoet aan de voorwaarden van de specialisatie-GVV, moet een individuele beoordeling op grond van artikel 101 worden uitgevoerd om te bepalen of de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽¹⁵⁵⁾, en zo ja, of de overeenkomst voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3.
- 3.3.1. *Productieovereenkomsten die onder de specialisatie-GVV vallen*
187. De specialisatie-GVV omvat de volgende soorten horizontale productieovereenkomsten: a) eenzijdige specialisatieovereenkomsten, b) wederkerige specialisatieovereenkomsten en c) gezamenlijke productieovereenkomsten. In de specialisatie-GVV wordt de term “specialisatieovereenkomst” gebruikt om te verwijzen naar al deze drie soorten horizontale productieovereenkomsten. In elk geval kan de overeenkomst betrekking hebben op de vervaardiging van goederen en/of de voorbereiding van diensten ⁽¹⁵⁶⁾.
188. In artikel 1, lid 1, punt 1, a), van de specialisatie-GVV zijn *eenzijdige specialisatieovereenkomsten* als volgt gedefinieerd:
- a) er zijn twee of meer partijen bij betrokken;
 - b) de partijen bij de overeenkomst zijn reeds actief op dezelfde productmarkt;
 - c) een partij komt of meer partijen komen overeen de vervaardiging van bepaalde producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot vervaardiging daarvan over te gaan doch deze van de andere partij of partijen te kopen, en
 - d) een andere partij stemt of andere partijen stemmen ermee in die producten te vervaardigen en te leveren aan de andere partij of partijen die de vervaardiging daarvan heeft of hebben beëindigd of niet tot vervaardiging daarvan is of zijn overgegaan.
189. De definitie van eenzijdige specialisatieovereenkomsten vereist niet: i) dat de partijen actief zijn op dezelfde geografische markt of ii) dat de partij of partijen die de vervaardiging van bepaalde producten beëindigt of beëindigen of die ervan afziet of afzien deze te vervaardigen, de capaciteit vermindert of verminderen (bv. door fabrieken te verkopen of productielijnen te sluiten). Het is voldoende dat deze partijen hun productievolume verminderen.
190. In artikel 1, lid 1, punt 1, b) van de specialisatie-GVV zijn *wederkerige specialisatieovereenkomsten* als volgt gedefinieerd:
- a) er zijn twee of meer partijen bij betrokken;
 - b) de partijen bij de overeenkomst zijn reeds actief op dezelfde productmarkt;
 - c) twee of meer partijen komen, op basis van wederkerigheid, volledig of gedeeltelijk overeen de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende producten te beëindigen of niet tot vervaardiging daarvan over te gaan en deze producten van een of meer van de andere partijen te kopen, en
 - d) een of meer van de andere partijen stemmen ermee in die producten te vervaardigen en te leveren aan de partijen die de vervaardiging van die producten hebben beëindigd of niet tot vervaardiging daarvan zijn overgegaan.
191. De definitie van wederkerige specialisatieovereenkomsten vereist niet: i) dat de partijen actief zijn op dezelfde geografische markt of ii) dat de partijen die de vervaardiging van bepaalde producten beëindigen of die ervan afzien deze te vervaardigen, de capaciteit verminderen (bv. door fabrieken te verkopen of productielijnen te sluiten). Het is voldoende dat deze partijen hun productievolume verminderen.

⁽¹⁵³⁾ Verordening (EEG) nr. 2821/71 geeft de Commissie de bevoegdheid om, overeenkomstig artikel 101, lid 3, overeenkomsten die specialisatie tot doel hebben, met inbegrip van overeenkomsten die noodzakelijk zijn om deze te bereiken, bij verordening een groepsvrijstelling te verlenen.

⁽¹⁵⁴⁾ Tenzij en totdat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit in een individueel geval het voordeel van de groepsvrijstelling intrekt (zie afdeling 3.3.7).

⁽¹⁵⁵⁾ De beoordeling van specialisatieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1, komt aan bod in afdeling 3.4.

⁽¹⁵⁶⁾ Zie overweging 6 en artikel 1, lid 1, punt 5, van de specialisatie-GVV.

192. In artikel 1, lid 1, punt 1, c) van de specialisatie-GVV zijn *gezamenlijke productieovereenkomsten* als volgt gedefinieerd:
- a) er zijn twee of meer partijen bij betrokken, en
 - b) de partijen komen overeen om bepaalde producten gezamenlijk te produceren.
193. De specialisatie-GVV definieert de term “gezamenlijk” niet in het kader van productie. Voor de toepassing van de specialisatie-GVV kan gezamenlijke productie elke vorm aannemen (bv. een gemeenschappelijke onderneming, gemeenschappelijke organisatie, gemeenschappelijk team). Voorts is er bij gezamenlijke productieovereenkomsten geen vereiste dat een of meer partijen de productie van producten moeten beëindigen of niet tot vervaardiging daarvan moeten overgaan.
- 3.3.2. *Overige bepalingen die onder de specialisatie-GVV vallen*
194. De vrijstelling waarin de specialisatie-GVV voorziet, is ook van toepassing op sommige bepalingen die vaak worden gebruikt in productieovereenkomsten.
195. *Bepalingen betreffende de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten aan een of meer partijen.* In artikel 2, lid 3, van de specialisatie-GVV is bepaald dat de groepsvrijstelling ook van toepassing is op specialisatieovereenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten aan een of meer partijen, mits die bepalingen voldoen aan twee cumulatieve voorwaarden:
- a) zij houden rechtstreeks verband met en zijn noodzakelijk voor de uitvoering van die specialisatieovereenkomst, en
 - b) zij vormen niet het voornaamste voorwerp van de overeenkomst.
196. *Bepalingen inzake leverings- of afnameverplichtingen.* In artikel 2, lid 4, punt a), van de specialisatie-GVV is bepaald dat de groepsvrijstelling ook van toepassing is op specialisatieovereenkomsten op grond waarvan de partijen exclusieve leverings- en exclusieve afnameverplichtingen aanvaarden ⁽¹⁵⁷⁾, die als volgt zijn gedefinieerd:
- a) een *exclusieve leveringsverplichting* betekent een verplichting om de specialisatieproducten niet te leveren aan een andere concurrerende onderneming dan een partij of partijen bij de overeenkomst (zie artikel 1, lid 1, punt 10, van de specialisatie-GVV). Specialisatieproducten zijn de producten die worden geproduceerd in het kader van een specialisatieovereenkomst (zie artikel 1, lid 1, punt 6, van de specialisatie-GVV);
 - b) een *exclusieve afnameverplichting* betekent een verplichting om de specialisatieproducten uitsluitend van een partij of partijen bij de overeenkomst af te nemen (zie artikel 1, lid 1, punt 11, van de specialisatie-GVV).
- 3.3.3. *Distributie in het kader van de specialisatie-GVV*
197. In artikel 2, lid 4, punt b), van de specialisatie-GVV is bepaald dat de groepsvrijstelling ook van toepassing is op specialisatieovereenkomsten die voorzien in gezamenlijke distributie van de specialisatieproducten. Het staat de partijen vrij om de specialisatieproducten ook onafhankelijk te verkopen.
198. In artikel 1, lid 1, punt 13, van de specialisatie-GVV is “*distributie*” gedefinieerd als de verkoop en levering van specialisatieproducten aan afnemers, met inbegrip van de commercialisering van die producten.
199. In artikel 1, lid 1, punt 12, van de specialisatie-GVV is het begrip “*gezamenlijk*” in het kader van distributie als volgt gedefinieerd:
- a) de distributie wordt uitgevoerd door een gemeenschappelijk team, gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke onderneming, of
 - b) de distributie wordt uitgevoerd door een derde distributeur die aan twee cumulatieve voorwaarden voldoet:
 - a) de distributeur wordt gezamenlijk aangesteld door de partijen bij de specialisatieovereenkomst (op exclusieve of niet-exclusieve basis), en
 - b) de distributeur is geen daadwerkelijke of potentiële concurrent van de partijen bij de specialisatieovereenkomst.

⁽¹⁵⁷⁾ Opgemerkt moet worden dat eenzijdige en wederkerige specialisatieovereenkomsten leverings- en afnameverplichtingen moeten omvatten om te kunnen vallen onder de definities van die overeenkomsten zoals vervat in artikel 1 van de specialisatie-GVV (zie punten 188 en 190).

3.3.4. *Diensten in het kader van de specialisatie-GVV*

200. De specialisatie-GVV is van toepassing op specialisatieovereenkomsten die betrekking hebben op de voorbereiding van diensten. De voorbereiding van diensten heeft betrekking op activiteiten die aan de verrichting van diensten voor de klanten voorafgaan ("upstream") (artikel 1, lid 1, punt 5, specialisatie-GVV). Voorbeelden van de voorbereiding van diensten zijn onder meer de oprichting of exploitatie van een platform waarop diensten zullen worden verleend.
201. Zoals uiteengezet in overweging 6 van de specialisatie-GVV, valt het verlenen van diensten aan klanten evenwel buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV, tenzij de partijen overeenkomen de in het kader van de specialisatieovereenkomst voorbereide diensten gezamenlijk te verrichten.

3.3.5. *Marktaandeeldrempel en duur van de vrijstelling*

3.3.5.1. *Marktaandeeldrempel*

202. Specialisatieovereenkomsten kunnen in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling wanneer aan de volgende marktaandeeldrempels, zoals uiteengezet in artikel 3 van de specialisatie-GVV, is voldaan:
- a) het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de relevante markt of markten waartoe de specialisatieproducten behoren, bedraagt niet meer dan 20 %;
 - b) wanneer de specialisatieproducten tussenproducten zijn en een of meer van de partijen die producten geheel of gedeeltelijk intern gebruiken voor de productie van bepaalde downstreamproducten, die de partijen ook verkopen, is de vrijstelling van de specialisatie-GVV afhankelijk van de volgende voorwaarden:
 - a) het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de relevante markt of markten waartoe de specialisatieproducten behoren, bedraagt niet meer dan 20 %, en
 - b) het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de relevante markt of markten waartoe de downstreamproducten behoren bedraagt niet meer dan 20 %. In de specialisatie-GVV wordt een "downstreamproduct" gedefinieerd als een product waarvoor een specialisatieproduct door een of meer van de partijen als input wordt gebruikt en dat door deze partijen op de markt wordt verkocht (artikel 1, lid 1, punt 7, van de specialisatie-GVV).

3.3.5.2. *Berekening van marktaandeel*

203. In de specialisatie-GVV is bepaald dat de marktaandelen van de partijen moeten worden berekend op basis van gegevens over de waarde van de verkopen op de markt (artikel 4, punt a), van de specialisatie-GVV). Als er geen gegevens over de waarde van de verkopen op de markt beschikbaar zijn, kunnen de partijen andere betrouwbare marktinformatie (waaronder omvang van de verkopen op de markt) gebruiken om hun marktaandeel te berekenen.
204. De marktaandeeldrempel geldt gedurende de hele looptijd van de specialisatieovereenkomst. Om te beoordelen of aan deze voorwaarde is voldaan, moeten de marktaandelen van de partijen worden berekend op basis van gegevens over het kalenderjaar voorafgaand aan de datum van de beoordeling (artikel 4, punt b), van de specialisatie-GVV).
205. In sommige gevallen zijn gegevens over het voorgaande kalenderjaar niet representatief voor de positie van de partijen op de relevante markt(en). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn op markten met een gefragmenteerde of onregelmatige vraag. Voorbeelden van een gefragmenteerde vraag zijn te vinden op aanbestedingsmarkten, waar marktaandelen van jaar tot jaar aanzienlijk kunnen veranderen, afhankelijk van het feit of een partij al dan niet een opdracht krijgt. Wanneer het voorgaande kalenderjaar niet representatief is voor de positie van de partijen op de relevante markt(en), moet het marktaandeel worden berekend als een gemiddelde van de marktaandelen van de partijen over de drie voorgaande kalenderjaren.

3.3.5.3. *Duur van de vrijstelling*

206. De vrijstelling waarin de specialisatie-GVV voorziet, is niet beperkt in de tijd. De vrijstelling is van toepassing voor de duur van de specialisatieovereenkomst, zolang aan de marktaandeeldrempel- en andere bepalingen van de specialisatie-GVV wordt voldaan.
207. In artikel 4, punt d), van de specialisatie-GVV is bepaald dat wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen initieel niet meer dan 20 % bedraagt, maar daarna stijgt tot meer dan 20 % op ten minste één van de relevante markten waarop de specialisatieovereenkomst betrekking heeft, blijft de groepsvrijstelling van toepassing gedurende een periode van twee opeenvolgende kalenderjaren volgend op het jaar waarin de drempel van 20 % voor het eerst werd overschreden.

3.3.6. *Hardcore beperkingen in de specialisatie-GVV*

3.3.6.1. *Hardcore beperkingen*

208. In artikel 5 van de specialisatie-GVV is een lijst van hardcore beperkingen opgenomen. Hardcore beperkingen zijn ernstige mededingingsbeperkingen die in het algemeen schadelijk zullen zijn voor de markt en gebruikers.
209. Wanneer een specialisatieovereenkomst een of meer van de hardcore beperkingen omvat die zijn opgesomd in artikel 5 van de specialisatie-GVV, is de volledige overeenkomst uitgesloten van de groepsvrijstelling.
210. De in artikel 5 van de specialisatie-GVV opgesomde hardcore beperkingen kunnen in de volgende categorieën worden ingedeeld:
- a) de vaststelling van prijzen bij de verkoop van de specialisatieproducten aan derden;
 - b) de beperking van de productie of de verkoop, en
 - c) de toewijzing van markten of klanten.
211. Dergelijke beperkingen kunnen a) direct of indirect, en b) afzonderlijk of in combinatie met andere factoren waarover de partijen bij de specialisatieovereenkomst controle hebben, tot stand worden gebracht.

3.3.6.2. *Uitzonderingen*

212. Artikel 5 van de specialisatie-GVV bevat ook verscheidene uitzonderingen op de hardcore beperkingen. Specialisatieovereenkomsten die deze uitgezonderde bepalingen bevatten, kunnen daarom nog steeds in aanmerking komen voor de vrijstelling, mits aan de andere voorwaarden van de specialisatie-GVV is voldaan.
- a) *Vaststelling van prijzen.* In het kader van de *gezamenlijke distributie* staat de specialisatie-GVV vaststelling toe van prijzen die aan directe afnemers in rekening worden gebracht (artikel 5, punt a)).
 - b) *Beperking van de productie of de verkoop.*
 - a) In het kader van *eenzijdige of wederkerige specialisatieovereenkomsten* kunnen op grond van de specialisatie-GVV bepalingen worden vastgesteld betreffende de overeengekomen hoeveelheid producten die i) een partij of partijen niet langer zou of zouden vervaardigen en/of ii) een partij of partijen voor de andere partij of partijen zou of zouden vervaardigen (artikel 5, punt b, i));
 - b) In het kader van *gezamenlijke productieovereenkomsten* staat de specialisatie-GVV bepalingen toe betreffende de vaststelling van de capaciteit en de productievolumes van de partijen met betrekking tot de specialisatieproducten (artikel 5, punt b, ii));
 - c) In het kader van *gezamenlijke distributie* staat de specialisatie-GVV bepalingen toe waarbij verkoopdoelstellingen worden vastgesteld met betrekking tot de specialisatieproducten (artikel 5, punt b, iii)).

3.3.7. *Intrekking van het voordeel van de specialisatie-GVV*

213. In de artikelen 6 en 7 van de specialisatie-GVV is bepaald dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten het voordeel van de groepsvrijstelling op grond van respectievelijk artikel 29, lid 1, en artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kunnen intrekken wanneer zij in een individueel geval vaststellen dat specialisatieovereenkomst die onder de groepsvrijstelling valt, toch gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3. Artikel 6, lid 2, van de specialisatie-GVV bevat een niet-uitputtende lijst van scenario's waarin de Commissie kan overwegen gebruik te maken van deze bevoegdheid, namelijk wanneer de relevante markt sterk geconcentreerd is en de concurrentie al zwak is, bijvoorbeeld als gevolg van een van de volgende redenen:
- a) de individuele marktposities van andere marktdeelnemers;
 - b) banden tussen andere marktdeelnemers die tot stand zijn gekomen door parallelle specialisatieovereenkomsten;
 - c) banden tussen de partijen en andere marktdeelnemers.

214. Een of meer partijen bij een specialisatieovereenkomst kunnen bijvoorbeeld partij zijn bij afzonderlijke specialisatieovereenkomsten met andere marktdeelnemers. Als alternatief kunnen een of meer van de partijen contractuele of structurele banden hebben met andere marktdeelnemers die betrekking hebben op andere markten.

215. De richtlijnen in hoofdstuk 2 over O&O-overeenkomsten met betrekking tot de procedure voor het intrekken van het voordeel van de groepsvrijstelling in individuele gevallen en de gevolgen van de intrekking zijn ook relevant voor de intrekking van het voordeel van de specialisatie-GVV (zie afdeling 2.2.6).

3.3.8. *Overgangsperiode*

216. De specialisatie-GVV voorziet in een overgangsperiode van twee jaar (van 1 juli 2023 tot en met 30 juni 2025), waarin het verbod van artikel 101, lid 1, niet van toepassing is op specialisatieovereenkomsten die al van kracht zijn op 30 juni 2023 en niet voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling zoals vastgelegd in de specialisatie-GVV; maar wel aan de voorwaarden voor vrijstelling van Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie ⁽¹⁵⁸⁾.

3.4. **Individuele beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1**

217. Wanneer een productieovereenkomst niet in aanmerking komt voor de vrijstelling van de specialisatie-GVV, is het noodzakelijk om een individuele beoordeling uit te voeren op grond van artikel 101. De eerste stap in de beoordeling bestaat erin vast te stellen of de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽¹⁵⁹⁾. Indien de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van die bepaling, bestaat de tweede stap erin vast te stellen of de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3 ⁽¹⁶⁰⁾.

3.4.1. *Voornaamste mededingingsbezwaren*

218. Productieovereenkomsten kunnen aanleiding geven tot verschillende mededingingsbezwaren, waaronder:

- a) een rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen;
- b) coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen als leveranciers, of
- c) een mededingingsversturende marktafscherming van derde partijen op een spill-overmarkt.

219. Productieovereenkomsten kunnen leiden tot een *rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen*. Productieovereenkomsten, en in het bijzonder gemeenschappelijke productieondernemingen ⁽¹⁶¹⁾, kunnen de partijen ertoe aanzetten directe afspraken te maken over het productieniveau, de productkwaliteit, de prijs waartegen de gemeenschappelijke onderneming haar producten verkoopt, of andere belangrijke concurrentieparameters (bv. innovatie of duurzaamheid). Dit kan de mededinging beperken, zelfs als de partijen de producten die onder de overeenkomst vallen onafhankelijk van elkaar verkopen.

220. Productieovereenkomsten kunnen ook aanleiding geven tot de *coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen als leveranciers*, d.w.z. een *heimelijke verstandhouding*, hetgeen leidt tot hogere prijzen, verminderde productie, verminderde productkwaliteit, verminderde productdiversiteit, of verminderde innovatie ⁽¹⁶²⁾. Een heimelijke verstandhouding zal zich eerder voordoen wanneer:

- a) de partijen marktmacht hebben, en
- b) factoren die bevorderlijk zijn voor een dergelijke coördinatie aanwezig zijn, zoals:
 - a) wanneer de productieovereenkomst de kostendeling van de partijen (d.w.z. het gemeenschappelijke aandeel in de variabele kosten van de partijen) zodanig doet toenemen dat zij een heimelijke verstandhouding tot stand kunnen brengen, of
 - b) wanneer de overeenkomst een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie inhoudt die tot een heimelijke verstandhouding kan leiden.

⁽¹⁵⁸⁾ Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten (PB L 335 van 18.12.2010, blz. 43).

⁽¹⁵⁹⁾ Als dat niet het geval is, is artikel 101 niet van toepassing en is er geen verdere beoordeling vereist.

⁽¹⁶⁰⁾ Zie afdeling 3.5.

⁽¹⁶¹⁾ Zie punt 46 ("volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen") en punt 12 ("aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 101").

⁽¹⁶²⁾ Productieovereenkomsten kunnen ook leiden tot coördinatie van het gedrag van de partijen als kopers. In dat geval kunnen, zoals uitgelegd in punt 6, de richtlijnen van hoofdstuk 4 (over inkoopovereenkomsten) relevant zijn, naast de richtlijnen van dit hoofdstuk 3.

221. Productieovereenkomsten kunnen ook leiden tot mededingingsverstoringen van derden op downstreammarkten in situaties waarin de productieovereenkomst betrekking heeft op een tussenproduct dat verantwoordelijk is voor een groot deel van de variabele kosten van een eindproduct ten aanzien waarvan de partijen downstream concurreren. In dat geval kunnen de partijen de productieovereenkomst gebruiken om de prijs van het tussenproduct te verhogen en zo de kosten van hun downstreamconcurrenten te verhogen. Dit kan de mededinging op de downstreammarkt verzwakken en leiden tot hogere eindprijzen.
- 3.4.2. *Beperkingen van de mededinging naar strekking*
222. Over het algemeen hebben overeenkomsten waarbij a) prijsafspraken worden gemaakt, b) de productie wordt beperkt of c) de markten of afnemers worden verdeeld, een mededingingsbeperkende strekking.
223. In de context van productieovereenkomsten geldt dit evenwel niet wanneer:
- a) de partijen de productie vastleggen waarop de productieovereenkomst rechtstreeks betrekking heeft (bv. de capaciteit en het productievolume van een gemeenschappelijke onderneming, of de hoeveelheid producten die zullen worden uitbesteed), mits de overige concurrentieparameters (bv. prijzen) niet worden uitgeschakeld, of
 - b) een productieovereenkomst die ook voorziet in de gezamenlijke distributie van de gezamenlijk geproduceerde producten, voorziet in een gezamenlijke vaststelling van de verkoopprijzen van die producten, en alleen van die producten, mits de beperking objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de gecombineerde productie- en distributieovereenkomst en in verhouding staat tot de doelstellingen van die overeenkomst.
224. Indien een productieovereenkomst niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging en een prijsbepalingsbeperking bevat zoals bedoeld in punt 223, b), valt deze nevenrestrictie beperking ook buiten het verbod van artikel 101, lid 1 ⁽¹⁶³⁾.
225. Indien een productieovereenkomst een productiegerelateerde beperking bevat zoals bedoeld in punt 223, a), dat geen nevenrestrictie vormt die buiten het verbod van artikel 101, lid 1, valt ⁽¹⁶⁴⁾, moet worden beoordeeld of de overeenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Een dergelijke beperking zal niet los van de productieovereenkomst worden beoordeeld, maar in het licht van de algemene gevolgen van de volledige productieovereenkomst.
- 3.4.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*
226. Om te beoordelen of een productieovereenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, moet rekening worden gehouden met verschillende factoren. Hierbij gaat het onder meer om:
- a) of de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn ⁽¹⁶⁵⁾;
 - b) de situatie zoals die zou zijn zonder de overeenkomst, met inbegrip van eventuele beperkingen die erin zijn opgenomen;
 - c) de kenmerken van de relevante markt en of de partijen bij de overeenkomst marktmacht hebben;
 - d) de aard en het toepassingsgebied van de samenwerking;
 - e) de producten waarop de samenwerking betrekking heeft.
- 3.4.3.1. *Productieovereenkomsten die waarschijnlijk geen beperkende gevolgen zullen hebben*
227. Sommige productieovereenkomsten zullen waarschijnlijk geen beperkende gevolgen hebben:
- a) productieovereenkomsten tussen ondernemingen die geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Dergelijke overeenkomsten kunnen in het algemeen alleen de mededinging beperken wanneer zij bepalingen bevatten die de concurrentie van derden uitsluiten;
 - b) productieovereenkomsten die de partijen in staat stellen een product op de markt te brengen dat zij, op basis van objectieve factoren, anders niet hadden kunnen produceren (bv. vanwege hun technische capaciteiten) en die niet leiden tot een heimelijke verstandhouding met betrekking tot andere producten ten aanzien waarvan de partijen concurreren;

⁽¹⁶³⁾ Zie punt 34.

⁽¹⁶⁴⁾ Zie punt 34.

⁽¹⁶⁵⁾ Zie punt 16.

- c) productieovereenkomsten die gevolgen hebben voor markten waarop de partijen geen marktmacht hebben ⁽¹⁶⁶⁾, met inbegrip van overeenkomsten die profiteren van de *de-minimisededeling* ⁽¹⁶⁷⁾.

3.4.3.2. Marktmacht

228. Alleen als de partijen bij de overeenkomst over marktmacht beschikken, kunnen zij op rendabele wijze prijzen boven het concurrentieniveau houden, of op rendabele wijze de productie, productkwaliteit of productdiversiteit onder het concurrentieniveau houden. Het uitgangspunt voor de analyse van marktmacht is a) het individuele en gecombineerde marktaandeel van de partijen. Daarna volgen doorgaans b) de concentratiegraad en het aantal marktdeelnemers en c) dynamische factoren zoals potentiële toetreding en veranderende marktaandelen, alsmede d) andere relevante factoren.

a) Marktaandeel

229. Onder een bepaalde marktaandeedrempel is het onwaarschijnlijk dat een onderneming marktmacht heeft.
230. *Specialisatie-GVV*: Specialisatieovereenkomsten ⁽¹⁶⁸⁾ vallen onder de specialisatie-GVV indien zij worden gesloten tussen partijen met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 20 % op de relevante markt of markten ⁽¹⁶⁹⁾, mits aan de overige voorwaarden voor de toepassing van de specialisatie-GVV is voldaan.
231. *Buiten de specialisatie-GVV*: Voor horizontale productieovereenkomsten die geen specialisatieovereenkomsten vormen zoals gedefinieerd in de specialisatie-GVV, is het in de meeste gevallen onwaarschijnlijk dat er marktmacht bestaat als de partijen bij de overeenkomst een gecombineerd marktaandeel hebben van niet meer dan 20 % op de relevante markten.
232. Zoals uitgelegd in punt 183, kan een productieovereenkomst spill-overeffecten hebben op upstream-, downstream- of naburige markten van die waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (bv. wanneer de overeenkomst betrekking heeft op tussenproducten die worden gebruikt als input voor downstreamproducten). De beperkende gevolgen voor de spill-overmarkten zijn waarschijnlijker wanneer de markten onderling afhankelijk zijn en de partijen marktmacht hebben op de spill-overmarkt.
233. *Marktaandeel boven 20 %*: Indien het gecombineerde marktaandeel van de partijen meer dan 20 % bedraagt, moeten de beperkende gevolgen van de productieovereenkomst worden beoordeeld. In het algemeen geldt dat hoe hoger de gecombineerde marktaandelen van de partijen zijn, hoe groter het risico dat de productieovereenkomst de partijen zal stimuleren om hun prijzen te verhogen (en/of de kwaliteit en/of diversiteit van hun producten te verlagen).

b) graad van marktconcentratie

234. Over het algemeen zal een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt (d.w.z. een markt met een beperkt aantal marktdeelnemers) vaker mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan op een markt die niet geconcentreerd is. Een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt kan het risico op een heimelijke verstandhouding verhogen, zelfs indien de partijen slechts een bescheiden gecombineerd marktaandeel hebben. Het enkele feit dat het gecombineerde marktaandeel van de partijen iets meer dan 20 % bedraagt, impliceert op zichzelf nog geen sterk geconcentreerde markt.

c) Dynamische factoren

235. Zelfs wanneer de marktaandelen van de partijen bij de overeenkomst en de graad van marktconcentratie hoog zijn, kan het risico op mededingingsbeperkende gevolgen toch gering zijn wanneer de markt dynamisch is, d.w.z. wanneer het een markt is waarop markttoetreding plaatsvindt en waar marktaandelen snel fluctueren.

d) Andere relevante factoren voor de beoordeling van marktmacht

236. Het aantal en de intensiteit van de banden (bv. andere samenwerkingsovereenkomsten) tussen concurrenten op de markt; het vermogen van afnemers om over te stappen naar een andere leverancier en/of het onwaarschijnlijk is dat concurrenten het aanbod zullen vergroten als de prijzen stijgen, kan ook relevant zijn om te beoordelen of de partijen marktmacht hebben.

⁽¹⁶⁶⁾ Zie afdeling 3.4.3.2.

⁽¹⁶⁷⁾ Zie punt 41. In veel gevallen zullen productieovereenkomsten tussen kmo's binnen het toepassingsgebied van de *de-minimisededeling* vallen. Deze bekendmaking is echter niet van toepassing op overeenkomsten die beperkingen van de mededinging naar strekking bevatten.

⁽¹⁶⁸⁾ Zie artikel 2, lid 1, van de specialisatie-GVV.

⁽¹⁶⁹⁾ Zie afdeling 3.3.5.1.

237. Bovendien kan in gevallen waarin een onderneming met marktmacht op een markt samenwerkt met een potentiële toetreders, bijvoorbeeld met een aanbieder van hetzelfde product in een naburige geografische markt, de overeenkomst de marktmacht van de gevestigde onderneming mogelijk vergroten. Dit kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien: a) de daadwerkelijke concurrentie op de markt van de gevestigde onderneming al zwak is, en b) de dreiging van toetreding een aanzienlijke concurrentiedruk uitoefent.

3.4.3.3. Rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen

238. Een productieovereenkomst kan de concurrentie tussen de partijen op verschillende manieren rechtstreeks beperken. Bijvoorbeeld:
- a) bij een gemeenschappelijke productieonderneming kunnen de partijen bijvoorbeeld de productie van de gemeenschappelijke onderneming beperken in vergelijking met wat de partijen op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk afzonderlijk over hun productievolume zouden hebben beslist;
 - b) wanneer de belangrijkste productkenmerken worden bepaald door de productieovereenkomst, kan dit de concurrentie tussen de partijen op belangrijke parameters (bv. productkwaliteit en/of -diversiteit of innovatie) elimineren, ongeacht of de overeenkomst ook gezamenlijke distributie inhoudt. Deze zorg is met name relevant in bedrijfstakken waar productie de belangrijkste economische activiteit is, zoals de maakindustrie of de voedselverwerking;
 - c) als een gemeenschappelijke onderneming een hoge verkoopprijs doorberekent aan de partijen, zouden de productiekosten voor de partijen kunnen toenemen, hetgeen vervolgens tot hogere downstreamprijzen zou kunnen leiden. Concurrerende derden kunnen het winstgevend achten te reageren door hun prijzen te verhogen, waardoor zij mede een prijsverhoging op de relevante markt veroorzaken.
239. Over het algemeen houden productieovereenkomsten die ook voorzien in gezamenlijke distributie (d.w.z. de gezamenlijke verkoop van de producten) een groter risico op beperkende gevolgen in dan productieovereenkomsten die alleen betrekking hebben op de tot productie. Gezamenlijke distributie brengt de samenwerking dicht bij de gebruiker en behelst doorgaans de gezamenlijke vaststelling van prijzen en verkoopvolumes, namelijk gedragingen die de hoogste risico's inhouden voor de mededinging.

3.4.3.4. Heimelijke verstandhouding en mededingingsverstoringe marktafscherming

240. De waarschijnlijkheid dat er een heimelijke verstandhouding en/of mededingingsverstoringe marktafscherming tot stand komt, hangt af van de marktmacht van de partijen en van de kenmerken van de relevante markt. Het vermogen van de partijen om tot een heimelijke verstandhouding en/of mededingingsverstoringe marktafscherming te komen, kan ook worden vergroot door onder meer kostendeling of een uitwisseling van informatie op grond van de productieovereenkomst.
- a) *Kostendeling*
241. Wanneer een of meer partijen bij een productieovereenkomst marktmacht hebben en de overeenkomst de kostendeling van de partijen tot een aanzienlijk niveau verhoogt, kan dit het vermogen van de partijen vergroten om tot een heimelijke verstandhouding te komen over prijzen (waaronder het in rekening brengen van hogere prijzen voor tussenproducten om concurrerende derden op downstreammarkten af te schermen).
242. Kostendeling heeft betrekking op het deel van de variabele kosten dat de partijen bij de overeenkomst gemeen hebben. De relevante kosten zijn de variabele kosten van de producten waarmee de partijen bij de productieovereenkomst met elkaar concurreren. Daarom zal een overeenkomst waarschijnlijk niet leiden tot een hogere kostendeling wanneer de samenwerking betrekking heeft op producten die dure commercialisering vereisen (bijvoorbeeld nieuwe of heterogene producten die dure marketing vereisen) of producten met hoge transportkosten en de samenwerking niet de gezamenlijke distributie van die producten omvat.
243. De hogere kostendeling kan ook het vermogen van de partijen vergroten om op downstreammarkten tot een heimelijke verstandhouding te komen. Dit kan voorkomen wanneer, bijvoorbeeld, de productieovereenkomst betrekking heeft op een tussenproduct dat verantwoordelijk is voor een groot deel van de variabele kosten van een eindproduct ten aanzien waarvan de partijen downstream concurreren. In dat geval kunnen de partijen de productieovereenkomst gebruiken om de prijs van het tussenproduct te verhogen en zo de eindprijs te verhogen ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Onder meer door de prijs die de partijen voor het tussenproduct in rekening brengen aan concurrerende derden op de downstreammarkt die voor de levering van het tussenproduct afhankelijk zijn van de partijen, te verhogen.

b) Informatie-uitwisseling

244. Voor de uitvoering van een productieovereenkomst kan de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie nodig zijn, bijvoorbeeld over productiekosten en -processen. Indien de productieovereenkomst zelf niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging, valt ook een informatie-uitwisseling die een aanvulling is op die overeenkomst niet onder dat verbod ⁽¹⁷¹⁾. Dit is het geval als de informatie-uitwisseling objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de productieovereenkomst en in verhouding staat tot de doelstellingen ervan ⁽¹⁷²⁾. De uitwisseling van informatie over verkoopvolumes en -prijzen kan bijvoorbeeld noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een productieovereenkomst die voorziet in gezamenlijke distributie, maar zal doorgaans niet nodig zijn wanneer de overeenkomst geen gezamenlijke distributie omvat.
245. Indien de informatie-uitwisseling verder gaat dan wat objectief noodzakelijk is om de productieovereenkomst uit te voeren of niet evenredig is aan de doelstellingen ervan, moet zij worden beoordeeld aan de hand van de richtlijnen in hoofdstuk 6 ⁽¹⁷³⁾. Indien de informatie-uitwisseling onder artikel 101, lid 1, valt, kan deze nog steeds voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

3.5. Individuele beoordeling van productieovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3

246. Wanneer een productieovereenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽¹⁷⁴⁾, en voldoet niet aan de voorwaarden van de vrijstelling van de specialisatie-GVV ⁽¹⁷⁵⁾, moet worden beoordeeld of de overeenkomst voldoet aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3, die worden beschreven in afdeling 1.2.7. De volgende factoren zijn relevant voor de toepassing van deze voorwaarden op productieovereenkomsten.

3.5.1. Efficiëntieverbeteringen

247. De productieovereenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang.
248. Productieovereenkomsten kunnen efficiëntieverbeteringen opleveren door bijvoorbeeld:
- a) ondernemingen in staat te stellen kosten te besparen die zij anders dubbel zouden maken;
 - b) ondernemingen te helpen de kwaliteit van hun producten te verbeteren als zij hun complementaire vaardigheden en knowhow samenbrengen;
 - c) ondernemingen in staat te stellen de productdiversiteit te vergroten, hetgeen zij anders niet zouden kunnen betalen of bereiken;
 - d) ondernemingen in staat te stellen productietechnologieën te verbeteren of nieuwe producten te lanceren (zoals duurzame producten), waartoe zij anders niet in staat zouden zijn geweest (bv. vanwege hun technische mogelijkheden);
 - e) ondernemingen ertoe aan te zetten en in staat te stellen hun productiecapaciteiten aan te passen aan een plotselinge stijging van de vraag of daling van het aanbod van bepaalde producten, waardoor het risico op tekorten ontstaat;
 - f) ondernemingen in staat te stellen tegen lagere kosten te produceren indien de partijen dankzij de samenwerking de productie kunnen verhogen waarbij de marginale kosten dalen met de productie, d.w.z. door schaalvoordelen;
 - g) kostenbesparingen mogelijk te maken door middel van schaalvoordelen, indien de overeenkomst de partijen in staat stelt het aantal verschillende soorten producten uit te breiden.

⁽¹⁷¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89.

⁽¹⁷²⁾ Zie ook afdeling 1.2.6 en punt 369.

⁽¹⁷³⁾ Zie ook punt 6.

⁽¹⁷⁴⁾ Zie afdeling 3.4.

⁽¹⁷⁵⁾ Zie afdeling 3.3.

249. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt. Een productieovereenkomst kan bijvoorbeeld de veerkracht vergroten door de productie te verplaatsen naar gebieden die dichterbij duurzame energiebronnen liggen.

3.5.2. *Onmisbaarheid*

250. De productieovereenkomst mag geen beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van efficiëntieverbeteringen in de zin van artikel 101, lid 3.

251. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een productieovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Beperkingen die bijvoorbeeld door een productieovereenkomst aan partijen worden opgelegd met betrekking tot hun concurrentiegedrag in het kader van productie buiten de samenwerking om, worden doorgaans niet als onmisbaar beschouwd. Zo ook zal het gezamenlijke vaststellen van prijzen niet onmisbaar worden geacht indien de productieovereenkomst niet ook een gezamenlijke distributie omvat.

3.5.3. *Voordelen doorgegeven aan gebruikers*

252. De productieovereenkomst moet gebruikers een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen bieden. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen te compenseren, bijvoorbeeld in de vorm van lagere prijzen of een betere productkwaliteit of -diversiteit.

253. Efficiëntieverbeteringen die slechts aan de partijen ten goede komen of kostenbesparingen ten gevolge van een beperking van de productie of een verdeling van de markt, volstaan niet om aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, te voldoen.

254. Besparingen op variabele kosten worden eerder doorgegeven aan gebruikers dan besparingen op vaste kosten ⁽¹⁷⁶⁾.

255. Hoe groter de marktmacht van de partijen is, hoe minder waarschijnlijk het overigens wordt dat zij de efficiëntieverbeteringen in voldoende mate aan de gebruikers doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert.

3.5.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

256. De productieovereenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, de mededinging uit te schakelen.

257. Dit moet worden beoordeeld voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren en voor mogelijke spill-overmarkten waar de overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft.

3.6. **Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur**

258. Deze afdeling bevat richtlijnen voor de beoordeling uit mededingingsoogpunt van een specifiek type productieovereenkomst: overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur ⁽¹⁷⁷⁾ (in deze afdeling “NSA’s” genoemd). Dit zijn overeenkomsten waarbij exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken het gebruik van delen van hun netwerkinfrastructuur, de exploitatiekosten en de kosten van latere upgrades en onderhoud delen ⁽¹⁷⁸⁾. Een digitale economie en samenleving, en ook vrijwel alle ondernemingen en gebruikers, zijn zeer afhankelijk van connectiviteitsnetwerken. Exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken bundelen vaak hun middelen om mobiele telecommunicatiediensten kosteneffectiever aan te bieden.

⁽¹⁷⁶⁾ Zie punt 98 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽¹⁷⁷⁾ Hierbij zij aangetekend dat de term “mobiele infrastructuur” in deze afdeling niet alleen betrekking heeft op het gebruik van de infrastructuur voor mobiele telecommunicatiediensten, zoals mobiele breedband, maar ook op het aanbieden van draadloze toegang tot een vaste locatie, zoals de Fixed Wireless Access (“FWA”), die wordt gebruikt als alternatief voor vaste verbindingen.

⁽¹⁷⁸⁾ De richtlijnen in deze afdeling zijn van toepassing op overeenkomsten met betrekking tot de gezamenlijke uitrol van infrastructuur door exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken. Deze afdeling is niet van toepassing op overeenkomsten met betrekking tot de levering van groothandelsproducten voor mobiele telecommunicatie.

259. Bij NSA's kan het onder meer gaan om het medegebruik van basisinfrastructuur op locaties, zoals masten, kasten, antennes of stroomvoorzieningen ("passief delen" of "site-sharing"). Exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken kunnen ook de uitrusting van het Radio Access Network ("RAN") op de locaties delen, zoals basistransceiverstations of controller nodes ("actief delen" of "actieve RAN-sharing") of hun spectrum, zoals frequentiebanden ("delen van spectrum") ⁽¹⁷⁹⁾. Bij NSA's kan er sprake zijn van geografische segmentatie, waarbij de exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken hun verantwoordelijkheden voor de installatie, het onderhoud en de exploitatie van de infrastructuur en uitrusting op hun respectieve grondgebied verdelen.
260. De Commissie erkent dat NSA's voordelen kunnen bieden in de vorm van kostenbesparingen en verbeteringen in kwaliteit en keuze. Verlagen van de kosten van uitrol en onderhoud kunnen gebruikers bijvoorbeeld ten goede komen in de vorm van lagere prijzen of meer investeringen in infrastructuur. Evenzo kunnen de snellere uitrol van nieuwe netwerken en technologieën, een grotere dekking of dichtere netwerken leiden tot verbeteringen in de kwaliteit van de diensten en tot een grotere diversiteit aan producten en diensten. Dankzij NSA's kan er ook concurrentie ontstaan die anders niet zou bestaan ⁽¹⁸⁰⁾. De Commissie heeft ook vastgesteld dat NSA's exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken in staat stellen toegang te krijgen tot grotere, efficiëntere netwerken ⁽¹⁸¹⁾, zonder de noodzaak van consolidatie door fusies.
261. De Commissie is van mening dat NSA's, waaronder eventueel het delen van spectrum, in beginsel geen mededingingsbeperkende strekking hebben in de zin van artikel 101, lid 1, tenzij zij dienen als middel om een kartel te vormen.
262. NSA's kunnen echter mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Zij kunnen de concurrentie beperken die, zonder de overeenkomst, op het gebied van infrastructuur zou spelen ⁽¹⁸²⁾. Verminderde concurrentie op het gebied van infrastructuur kan ook de concurrentie van mobiele telecommunicatiediensten, op groothandels- en retailniveau, beperken. Dit komt omdat beperktere concurrentie op infrastructuurniveau van invloed kan zijn op concurrentieparameters zoals het aantal, de locatie en de geïnstalleerde capaciteit van infrastructuurlocaties, de beschikbaarheid van backhaulverbindingen ⁽¹⁸³⁾ voor locaties waar de partijen bij de NSA hun mobiele communicatieapparatuur op dezelfde locatie plaatsen, het tijdstip van de uitrol van nieuwe locaties en de capaciteit die op elke locatie is geïnstalleerd ⁽¹⁸⁴⁾, wat, op zijn beurt, van invloed kan zijn op de kwaliteit van de dienstverlening en de prijzen op groothandels- en retailniveau.
263. NSA's kunnen ook de beslissingsautonomie van de partijen verminderen en het vermogen en de prikkels van de partijen beperken om op het gebied van infrastructuur met elkaar te concurreren. Dit kan op zijn beurt de flexibiliteit van de partijen op het gebied van innovatie en differentiatie van technologie/producten op de groothandels- en retailmarkt voor mobiele telecommunicatie verminderen en daardoor de concurrentie tussen hen beperken ⁽¹⁸⁵⁾. Daarom kunnen overeenkomsten voor het delen van mobiele infrastructuur — vanwege hun gevolgen voor de structuur van de markt — schadelijk zijn voor eindgebruikers omdat ze leiden tot minder

⁽¹⁷⁹⁾ Exploitanten van mobiele telecommunicatie kunnen zich ook bezighouden met andere vormen van delen: behalve het RAN-gedeelte van hun netwerk kunnen zij ook bepaalde knooppunten van hun respectieve kernnetwerk delen, zoals mobiele schakelcentrales (MSC's) en mobile management entiteiten (MME's).

⁽¹⁸⁰⁾ Medegebruik van mobiele infrastructuur kan bijvoorbeeld concurrentie op retailniveau mogelijk maken, waarvan zonder de overeenkomst geen sprake zou zijn geweest. Zie, per analogiam, het arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punten 77-79. Dit arrest heeft betrekking op nationale roamingovereenkomsten, maar de beginselen kunnen, mutatis mutandis, worden toegepast op overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur.

⁽¹⁸¹⁾ Het regelgevingskader voor elektronische communicatie stelt de instanties van de lidstaten in staat om netwerkexploitanten onder bepaalde omstandigheden het delen van infrastructuur op te leggen, bijvoorbeeld in geografische gebieden waar onoverkomelijke economische of fysieke belemmeringen bestaan voor de replicatie van infrastructuur en eindafnemers het risico lopen verstoken te raken van digitale connectiviteit. Zie artikel 61, lid 4, van Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) ("Europees wetboek voor elektronische communicatie") (PB L 321 van 17.12.2018, blz. 36). Zie ook Aanbeveling (EU) 2020/1307 van de Commissie van 18 september 2020 betreffende een gemeenschappelijke toolbox van de Unie om de kosten van de uitrol van netwerken met zeer hoge capaciteit te verlagen en een tijdige en investeringsvriendelijke toegang tot 5G-radiospectrum te waarborgen, ter bevordering van de connectiviteit als ondersteuning van het economisch herstel na de COVID-19-crisis in de Unie. De aanbeveling benadrukt dat "[i]n het geval van 5G-netwerken [...] een veel dichter netwerk van cellen in hogere frequentiebanden [moet] worden uitgerold dan bij technologieën van vorige generaties. Passieve en actieve infrastructuurdeling en gezamenlijke uitrol van draadloze infrastructuur kunnen de kosten van een dergelijke uitrol (met inbegrip van incrementele kosten) verlagen [...] en daardoor zorgen voor een snellere uitrol, een grotere netwerkdekking en een effectiever en efficiënter gebruik van het radiospectrum ten voordele van gebruikers. De bevoegde autoriteiten zouden zich hier dus positief tegenover moeten opstellen, met name op gebieden met een beperkt economisch rendement", zie overweging 26 en punt 20, f) (PB L 305 van 21.9.2020, blz. 33).

⁽¹⁸²⁾ De concurrentie in kwestie moet worden gezien binnen het feitelijke kader waarin deze zou plaatsvinden zonder de overeenkomst; aan de inmenging in de mededinging kan met name worden getwijfeld indien de overeenkomst noodzakelijk is voor de penetratie van een nieuw gebied door een onderneming. Zie het arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punt 68.

⁽¹⁸³⁾ Backhaulverbindingen verbinden de ruggengraat ("backbone") van het netwerk met de meer perifere delen van het netwerk.

⁽¹⁸⁴⁾ Beperkingen op geïnstalleerde capaciteit, samen met beperkingen als gevolg van het gedeelde backhaulnetwerk, kunnen bijvoorbeeld rechtstreeks gevolgen hebben voor de levering van groothandelsdiensten voor exploitanten van mobiele virtuele netwerken ("MVNO's") en van (internationale en nationale) roamingdiensten.

⁽¹⁸⁵⁾ Besluit van de Commissie van 11 juli 2022, Network sharing — Republiek Tsjechië, AT.40305, overweging 89.

keuze, lagere kwaliteit van diensten en vertragingen in innovatie ⁽¹⁸⁶⁾. Dit kan bijvoorbeeld samenhangen met een aantal technische ⁽¹⁸⁷⁾, contractuele ⁽¹⁸⁸⁾ of financiële voorwaarden van de overeenkomst ⁽¹⁸⁹⁾. Wanneer de partijen bij de NSA concurrenten zijn, kan de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen hen ook aanleiding geven tot mededingsbezwaren indien de informatie-uitwisseling verder gaat dan wat objectief noodzakelijk en evenredig is voor de uitvoering van de overeenkomst.

264. NSA's vereisen altijd een individuele beoordeling op grond van artikel 101 ⁽¹⁹⁰⁾. Al naargelang de feiten van de zaak, kunnen sommige of alle van de volgende factoren relevant zijn voor de beoordeling:
- a) de soort en de reikwijdte van het medegebruik (waaronder de mate van onafhankelijkheid die de exploitanten van de mobiele telecommunicatienetwerken behouden) ⁽¹⁹¹⁾;
 - b) het toepassingsgebied van de gedeelde diensten en de gedeelde technologieën, het doel van het delen (van spectrum), de duur en de structuur van de samenwerking waarin de overeenkomsten voorzien;
 - c) het geografische toepassingsgebied en de marktdekking van de NSA (bv. welk deel van de bevolking wordt bediend en de vraag of de overeenkomst betrekking heeft op dichtbevolkte gebieden) ⁽¹⁹²⁾;
 - d) de kenmerken en structuur van de relevante markt (marktaandeel van de partijen, hoeveelheid spectrum in handen van de partijen, mate van concurrentie tussen de partijen, aantal exploitanten buiten de overeenkomst en omvang van de door hen uitgeoefende concurrentiedruk, toetredingsdrempels, overeenkomsten met derde partijen (zoals derde eigenaren van componenten van netwerkinfrastructuur of externe dienstverleners, bijvoorbeeld aanbieders van toweringsdiensten));
 - e) het aantal NSA's op de relevante markt en het aantal en de identiteit van de betrokken netwerkbeheerders.
265. Hoewel een beoordeling per geval op basis van de bovenstaande factoren altijd vereist zal zijn, is de Commissie van mening dat om te bepalen dat een NSA op het eerste gezicht waarschijnlijk geen beperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, deze ten minste aan de volgende voorwaarden moet voldoen:
- a) de betrokken exploitanten beheren en exploiteren elk hun eigen kernnetwerk en er zijn geen technische, contractuele, financiële of andere belemmeringen die elke exploitant ervan weerhouden eenzijdig de infrastructuurimplementaties en -upgrades uit te voeren die hij wenst uit te voeren;
 - b) de betrokken exploitanten onderhouden onafhankelijke retail- en groothandelsactiviteiten (technische en commerciële beslissingsautonomie). Hieronder valt de vrijheid van exploitanten om tarieven vast te stellen voor hun diensten, de parameters voor producten/bundels te bepalen, en hun diensten te differentiëren op basis van kwaliteit en andere parameters;
 - c) de betrokken exploitanten behouden de mogelijkheid om onafhankelijke spectrumstrategieën te volgen ⁽¹⁹³⁾;
 - d) de betrokken exploitanten wisselen geen commercieel gevoelige informatie uit, behalve de informatie die strikt noodzakelijk is voor het delen van de mobiele infrastructuur, en waar nodig zijn er grenzen aan de informatie-uitwisseling gesteld.

⁽¹⁸⁶⁾ Besluit van de Commissie van 11 juli 2022, Network sharing — Republiek Tsjechië, AT.40305, overweging 89.

⁽¹⁸⁷⁾ Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur zouden kunnen leiden tot situaties waarin een partij informatie achterhoudt voor de andere partij: bv. wanneer de mobiele netwerkinfrastructuur die door een partij in een bepaald gebied wordt beheerd, geen ondersteuning biedt voor bepaalde technologie die de andere partij die die infrastructuur in dat gebied gebruikt, graag zou willen inzetten. Zie ook besluit van de Commissie van 11 juli 2022, Network sharing — Republiek Tsjechië, AT.40305, overweging, afdeling 4.4.1, overwegingen 91 en 106.

⁽¹⁸⁸⁾ Bijvoorbeeld als twee partijen het eens zijn over een geografische verdeling (waarbij i) partij A de netwerkbeheerder is voor geografisch gebied A en partij B de netwerkbeheerder voor gebied B; ii) beide partijen actief blijven en concurreren op elkaars grondgebied; terwijl iii) de netbeheerder voor een bepaald gebied verantwoordelijk is voor investeringsbeslissingen namens beide exploitanten (voor dat gebied) en de overeenkomst de netwerkbeheerder het recht verleent om de uitvoering van netuitbreidingen op verzoek van de andere partij te weigeren.

⁽¹⁸⁹⁾ Bijvoorbeeld bij een geografische verdeling, wanneer netwerkupgrades door de ene partij aan de andere partij in rekening worden gebracht tegen een prijs die hoger is dan de onderliggende incrementele kosten.

⁽¹⁹⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punten 65-71.

⁽¹⁹¹⁾ Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003, T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag, COMP/38.369, overweging 12; beschikking van de Commissie van 30 april 2003, O2 UK Limited/T-Mobile UK Limited ("UK Network Sharing Agreement"), COMP/38.370, overweging 11.

⁽¹⁹²⁾ Zie Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC), Common position on infrastructure sharing, 13 juni 2019, afdeling 4.2. Active sharing.

⁽¹⁹³⁾ Zoals bijvoorbeeld het onafhankelijk verwerven van spectrum; onafhankelijke beslissingen over het gebruik van dergelijk spectrum en van welke spectrumbanden, en over het al dan niet delen van spectrum, zodra het is verworven.

266. Ten slotte worden de volgende algemene handvatten gegeven voor de verschillende soorten overeenkomsten inzake gedeeld gebruik van mobiele infrastructuur ⁽¹⁹⁴⁾:
- a) overeenkomsten met betrekking tot passief delen ⁽¹⁹⁵⁾ zullen waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben, zolang i) de netwerkbeheerders een aanzienlijke mate van onafhankelijkheid en flexibiliteit behouden bij het bepalen van hun commerciële strategie, de kenmerken van hun diensten en hun netwerk-investeringen, en ii) de toegang tot passieve infrastructuur op de relevante markt niet beperkt is (in dit verband moet rekening worden gehouden met relevante factoren zoals wettelijke verplichtingen of bestaande commerciële regelingen die een dergelijke toegang beperken);
 - b) bij overeenkomsten met betrekking tot actief delen ⁽¹⁹⁶⁾ is de kans wellicht groter dat deze mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Dit komt omdat actief delen, vergeleken met passief delen, in het algemeen gepaard gaat met uitgebreidere samenwerking ten aanzien van netwerkelementen die waarschijnlijk niet alleen van invloed zullen zijn op de dekking maar ook op de onafhankelijke inzet van capaciteit;
 - c) overeenkomsten met betrekking tot het delen van spectrum (ook wel “spectrumpooling” genoemd) zijn een veel verregaandere vorm van samenwerking en kunnen de mogelijkheden van de partijen om hun retail-en/of groothandelsaanbod te differentiëren inperken en onderlinge concurrentie rechtstreeks beperken ⁽¹⁹⁷⁾. Hoewel het delen van radiospectrum door regelgevende instanties kan worden toegestaan wanneer zij rechten verlenen om radiospectrum te gebruiken ⁽¹⁹⁸⁾, vereisen deze overeenkomsten een zorgvuldiger beoordeling op grond van artikel 101 dan andere vormen van medegebruik van het netwerk ⁽¹⁹⁹⁾.

3.7. Voorbeelden

267. Rechtstreekse beperking van mededinging

Voorbeeld 1

Situatie: Ondernemingen A en B, twee leveranciers van product X, besluiten hun bestaande, verouderde productielocaties te sluiten en een nieuwe grotere en efficiëntere productielocatie te bouwen die geëxploiteerd wordt door een gemeenschappelijke onderneming en die een hogere capaciteit zal hebben dan de capaciteit van de oude productielocaties van ondernemingen A en B samen. Concurrenten laten hun bestaande productielocaties op volle capaciteit draaien en hebben geen uitbreidingsplannen. Ondernemingen A en B hebben een marktaandeel van respectievelijk 20 % en 25 % op de relevante markt voor product X. De markt is geconcentreerd en stagneert; er zijn recentelijk geen nieuwe toetredingen geweest en de marktaandelen zijn al geruime tijd stabiel. De productiekosten vormen een groot deel van de variabele kosten van onderneming A en onderneming B voor product X. De commercialisering is vergeleken met de productie een geringe economische activiteit uit oogpunt van kosten en strategisch belang; de marketingkosten zijn laag aangezien product X een homogeen en gevestigd product is en de transportkosten geen bepalende concurrentiefactor zijn.

⁽¹⁹⁴⁾ Afhankelijk van de evolutie van de relevante (RAN-)technologie in de loop der tijd kan dit onderscheid tussen passief delen, actief delen en delen van spectrum minder relevant worden voor toekomstige NSA's. De in dit punt uiteengezette beginselen zullen echter waarschijnlijk relevant blijven voor de beoordeling van toekomstige NSA's, mede afhankelijk van de rol die de hardwarecomponenten van de (RAN-)technologie in de toekomst zullen spelen in termen van differentiatie. In de toekomst kan er bijvoorbeeld minder differentiatie mogelijk zijn op het niveau van de hardwarecomponenten van RAN, maar kan er meer differentiatie mogelijk zijn op het niveau van de software.

⁽¹⁹⁵⁾ Zie punt 259.

⁽¹⁹⁶⁾ Zie punt 259.

⁽¹⁹⁷⁾ Hierbij zij aangetekend dat de term “delen van spectrum” in dit deel alleen betrekking heeft op het type overeenkomst inzake medegebruik van infrastructuur waarbij twee of meer concurrerende mobiele telecommunicatienetwerkeexploitanten hun respectieve spectrumposities binnen een of meer spectrumbanden gebruiken als gemeenschappelijke hulpbron (“poolen”). De richtlijnen betreffende het delen van spectrum laten echter andere vormen van het delen van spectrum onverlet, bijvoorbeeld tussen niet-concurrenten (onder meer tussen exploitanten van mobiele telecommunicatienetwerken en exploitanten van niet-mobiele telecommunicatienetwerken) die dezelfde spectrumbanden op dynamische wijze gebruiken en daarmee het efficiënte gebruik van een schaarse hulpbron en nieuwe kansen voor de inzet van 5G bevorderen. Verder moet de term “delen van spectrum” in dit deel niet worden verward met de zgn. “Dynamic Spectrum Sharing”, een technologie voor de dynamische toewijzing van capaciteit aan een exploitant van mobiele diensten binnen een specifieke spectrumband, zodat meerdere generaties mobiele technologie, zoals 3G, 4G en 5G, gelijktijdig binnen deze spectrumband kunnen functioneren.

⁽¹⁹⁸⁾ Artikel 47, lid 2, van het Europees wetboek voor elektronische communicatie. Verder kunnen de bevoegde autoriteiten, wanneer zij voorwaarden verbinden aan individuele gebruiksrechten voor radiospectrum, de volgende mogelijkheden bieden voor: a) gedeeld gebruik van passieve of actieve infrastructuur die van radiospectrum afhankelijk is, of van radiospectrum zelf; b) commerciële overeenkomsten inzake roamingtoegang; c) de gezamenlijke uitrol van infrastructuur voor het aanbieden van netwerken of diensten die afhankelijk zijn van het gebruik van radiospectrum.

⁽¹⁹⁹⁾ Bij een overeenkomst voor het delen van mobiele infrastructuur tussen twee exploitanten van mobiele diensten met een hoog gecombineerd marktaandeel die een groot deel van het grondgebied van een lidstaat bestrijkt en waarbij het delen van spectrum een rol speelt, is bijvoorbeeld eerder een diepgaand onderzoek gerechtvaardigd. Onder bepaalde omstandigheden (bv. als de overeenkomst zich beperkt tot dunbevolkte gebieden), hebben dergelijke overeenkomsten echter mogelijk geen mededingingsbeperkende gevolgen.

Analyse:

Toepasbaarheid van de specialisatie-GVV: De specialisatie-GVV is niet van toepassing, omdat het gecombineerde marktaandeel van de partijen hoger is dan 20 % op de relevante markt voor product X. Daarom zou een individuele beoordeling van de productieovereenkomst vereist zijn.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: Als de gemeenschappelijke onderneming ertoe leidt dat ondernemingen A en B het grootste deel van hun variabele kosten voor product X delen, zal dit waarschijnlijk de concurrentie tussen hen rechtstreeks beperken. De gemeenschappelijke onderneming kan er ook toe leiden dat de partijen de productie van de product X beperken in vergelijking met wat de partijen op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk onafhankelijk hun productievolume zouden hebben bepaald. Gezien de beperkte druk die concurrenten zullen uitoefenen wat betreft capaciteit, zou deze beperking van de productie kunnen leiden tot hogere prijzen.

Daarom zal de gemeenschappelijke productieonderneming op de markt voor product X waarschijnlijk de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: De vervanging van twee kleinere oude productielocaties door een nieuwe productielocatie kan ertoe leiden dat de gemeenschappelijke onderneming meer gaat produceren tegen een lagere prijs, ten voordele van de gebruikers. De productieovereenkomst kan evenwel alleen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen indien de partijen afdoende bewijzen hebben geleverd dat de efficiëntieverbeteringen aanzienlijk zijn, en waarschijnlijk in voldoende mate zouden worden doorgegeven aan de gebruikers om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

268. Heimelijke verstandhoudingen en banden tussen concurrenten

Voorbeeld 2

Situatie: Twee leveranciers, ondernemingen A en B, richten een gemeenschappelijke productieonderneming op voor de vervaardiging van product Y. Ondernemingen A en B hebben een aandeel van respectievelijk 15 % en 10 % op de markt voor product Y. Er zijn drie andere marktpartijen: onderneming C met een marktaandeel van 30 %, onderneming D met 25 % en onderneming E met 20 %. Onderneming B heeft al een gezamenlijke productielocatie met onderneming D. Product Y is homogeen; de onderliggende technologie is eenvoudig en de leveranciers hebben zeer vergelijkbare variabele kosten.

Analyse:

Toepasbaarheid van de specialisatie-GVV: De specialisatie-GVV is niet van toepassing, omdat het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de relevante markt voor product Y hoger is dan 20 %. Daarom zou een individuele beoordeling van de productieovereenkomst vereist zijn.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: De markt wordt gekenmerkt door een zeer gering aantal spelers met vergelijkbare marktaandelen en vergelijkbare productiekosten. De gemeenschappelijke onderneming van ondernemingen A en B zou een extra band tot stand brengen tussen de leveranciers op de markt, wat de concentratiegraad op de markt feitelijk zou verhogen, aangezien ook onderneming D aan ondernemingen A en B zou worden gekoppeld. Deze samenwerking kan het risico op een heimelijke verstandhouding vergroten en daardoor de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: Aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt alleen voldaan indien sprake is van aanzienlijke efficiëntieverbeteringen die in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen. In dit voorbeeld lijkt dit, gezien de homogene aard van product Y en de eenvoud van de onderliggende technologie, echter onwaarschijnlijk.

269. Mededingingsverstorende marktafscherming

Voorbeeld 3

Situatie: Ondernemingen A en B richten een gemeenschappelijke productieonderneming op voor het tussenproduct X, die hun productie van X volledig voor haar rekening neemt. Product X is een essentiële component voor de productie van downstreamproduct Y en er is geen ander product dat in plaats daarvan als component kan worden gebruikt. De productiekosten van X maken 50 % uit van de variabele kosten van het eindproduct Y, ten aanzien waarvan ondernemingen A en B downstream concurreren. Ondernemingen A en B hebben elk een aandeel van 20 % op de downstreammarkt voor product Y. De toegang

tot deze downstreammarkt is beperkt en de marktaandeelen zijn al geruime tijd stabiel. Ondernemingen A en B voorzien niet alleen in hun eigen behoefte aan product X (intern gebruik), maar hebben daarnaast beide een marktaandeel van 30 % op de markt voor product X (verkoop aan derden). De toetredingsdrempels op de markt voor product X zijn hoog en de bestaande producenten benutten vrijwel de volledige capaciteit. Op de markt voor product Y zijn er twee belangrijke andere leveranciers, met elk een marktaandeel van 15 %, en diverse kleinere concurrenten. De gemeenschappelijke onderneming genereert schaalvoordelen in de vorm van een verlaging van de vaste kosten van het hoofdkantoor van de partijen.

Analyse:

Toepasbaarheid van de specialisatie-GVV: De specialisatie-GVV is niet van toepassing, omdat het gecombineerde marktaandeel van de partijen hoger is dan 20 %, zowel op de markt van het tussenproduct X als op de markt voor het downstreamproduct Y. Daarom is een individuele beoordeling van de productieovereenkomst vereist.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: Door de gemeenschappelijke productieonderneming en hun hoge gecombineerde marktaandeel op de upstreammarkt voor product X, zouden ondernemingen A en B de levering van de essentiële component X aan hun concurrenten op de downstreammarkt voor product Y verregaand kunnen controleren. Dit zou ondernemingen A en B in staat stellen de kosten van hun concurrenten te verhogen door de prijs van product X kunstmatig te verhogen, of door de productie te verminderen. Dit zou de concurrenten van ondernemingen A en B van de markt voor product Y kunnen uitsluiten. Vanwege de waarschijnlijke mededingingsverstoringende afscherming van de downstreammarkt heeft deze overeenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: De schaalvoordelen die de gemeenschappelijke productieonderneming oplevert, zullen waarschijnlijk niet opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen, zodat deze overeenkomst wellicht niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zal voldoen.

270. Productieovereenkomst als verdeling van de markt

Voorbeeld 4

Situatie: Ondernemingen A en B vervaardigen beide de producten X en Y. Onderneming A heeft een marktaandeel van 30 % op de markt voor product X en een aandeel van 10 % op de markt voor product Y. Onderneming B heeft een marktaandeel van 10 % op de markt voor product X en een aandeel van 30 % op de markt voor product Y. Om schaalvoordelen te bereiken sluiten ondernemingen A en B een productieovereenkomst waarbij onderneming A alleen product X produceert, en onderneming B alleen product Y. De overeenkomst voorziet er niet in dat de partijen de producten onderling aan elkaar leveren. Als gevolg hiervan zal onderneming A na de overeenkomst alleen product X verkopen, en onderneming B alleen product Y. De partijen beweren dat ze door zich op deze manier te specialiseren aanzienlijke zullen besparen op de vaste kosten, dankzij schaalvoordelen, en dat zij, door zich elk op slechts één product te concentreren, hun productietechnologieën zullen verbeteren, wat zal leiden tot producten van betere kwaliteit.

Analyse:

Toepasbaarheid van de specialisatie-GVV: De specialisatie-GVV is niet van toepassing, aangezien het gecombineerde marktaandeel van de partijen hoger is dan 20 % op elk van de relevante markten voor producten X en Y. In ieder geval kan de overeenkomst niet worden aangemerkt als een wederkerige specialisatieovereenkomst zoals gedefinieerd in de specialisatie-GVV, aangezien de partijen niet overeenkomen elkaar de producten te leveren die zij respectievelijk niet meer produceren. Daarom is een individuele beoordeling van de overeenkomst vereist.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: Op grond van de overeenkomst komen ondernemingen A en B overeen om de productie (en verkoop) van producten ten aanzien waarvan zij concurreren te beëindigen. De overeenkomst heeft derhalve tot doel de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: Aangezien de beweerde efficiëntieverbeteringen (lagere vaste kosten en betere productietechnologie) uitsluitend te maken hebben met de marktverdeling, wegen zij waarschijnlijk niet op tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst, en voldoet de overeenkomst derhalve niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Hoe dan ook zouden onderneming A of B, indien zij van mening zijn dat het efficiënter zou zijn om zich op slechts één product te concentreren, eenvoudigweg de eenzijdige beslissing kunnen nemen om alleen X of Y te produceren, zonder overeen te komen dat de andere onderneming zich op de productie van het andere product concentreert.

271. Potentiële concurrenten

Voorbeeld 5

Situatie: Onderneming A vervaardigt het eindproduct X en onderneming B vervaardigt het eindproduct Y. Producten X en Y behoren tot afzonderlijke productmarkten, waar ondernemingen A en B elk marktmacht hebben, met individuele marktaandelen van meer dan 20 %. Beide ondernemingen gebruiken product Z als input voor hun respectievelijke productie van producten X en Y en vervaardigen product Z uitsluitend voor intern gebruik. Product X kan worden geproduceerd door een eenvoudige transformatie van product Z, en onderneming B heeft voorbereidingen getroffen om de markt te betreden voor product X en het lijkt realistisch dat het product volgend jaar op die markt zal verschijnen. Ondernemingen A en B komen overeen product Z gezamenlijk te produceren, wat bescheiden schaalvoordelen oplevert. Ook komen zij overeen om de onafhankelijke productie van product Z te beëindigen. Als onderdeel van de overeenkomst stemt onderneming B ermee in om binnen de komende vijf jaar de markt voor product X niet te betreden.

Analyse:

Toepasbaarheid van de specialisatie-GVV: De specialisatie-GVV is niet van toepassing, aangezien de marktaandeeldrempel van 20 % wordt overschreden op de downstreammarkten voor de eindproducten X en Y. Deze markten zijn relevant voor de toepassing van de marktaandeeldrempel omdat het product waarop de productieovereenkomst betrekking heeft (tussenproduct Z) door de partijen wordt gebruikt als input voor de productie van producten X en Y.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: Ondernemingen A en B zijn geen daadwerkelijke concurrenten met betrekking tot producten X, Y of Z. Maar gezien het plan om binnen een jaar de markt voor product X te betreden, is onderneming B een potentiële concurrent van onderneming A op die markt. Daarom beperkt de gezamenlijke productieovereenkomst de concurrentie op de markt voor product X in de zin van artikel 101, lid 1, door de beperking op te heffen die werd opgelegd door de geplande toetreding van onderneming B.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: Het is onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zal worden voldaan, omdat de efficiëntieverbeteringen in de vorm van schaalvoordelen als gevolg van de gezamenlijke productieovereenkomst bescheiden zijn, zodat het onwaarschijnlijk is dat ze opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst voor de concurrentie op de markt voor product X, waar onderneming A marktmacht heeft.

272. Informatie-uitwisseling

Voorbeeld 6

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

Ondernemingen A en B besluiten dat het efficiënter zou zijn dat onderneming A stopt met het vervoer van product Z van lidstaat X naar Zuid-Europa en dat onderneming B stopt met het vervoer van product Z van lidstaat Y naar Noord-Europa, maar zij willen ook graag hun bestaande klanten behouden. Daartoe zijn ondernemingen A en B voornemens een ruilovereenkomst te sluiten op grond waarvan zij een overeengekomen jaarlijkse hoeveelheid product Z kunnen kopen van de productielocatie van de andere partij, met als doel het gekochte product Z te verkopen aan klanten die dichterbij de productielocatie van de andere partij gevestigd zijn. Om een inkoopprijs te berekenen die niet voordeliger is voor de ene partij dan voor de

andere, en die terdege rekening houdt met de verschillende productiekosten en besparingen op transportkosten van de partijen, en om ervoor te zorgen dat beide partijen een passende winstmarge kunnen behalen, komen zij overeen hun kosten met betrekking tot product Z aan elkaar bekend te maken (d.w.z. productiekosten en vervoerskosten).

Analyse:

Toepasbaarheid van de specialisatie-GVV: De specialisatie-GVV is niet van toepassing, omdat de ruilovereenkomst niet overeenkomt met een van de soorten overeenkomsten die onder de specialisatie-GVV vallen.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 1: Het feit dat de ondernemingen A en B, die concurrenten zijn, delen van hun productie ruilen, levert op zichzelf geen mededingingsbezwaren op. De overeenkomst voorziet echter ook in de uitwisseling van informatie tussen de partijen over de productie- en vervoerskosten voor product Z, ten aanzien waarvan zij concurreren. De informatie-uitwisseling tussen concurrenten gaat verder dan wat nodig is voor de uitvoering van de ruilovereenkomst. Gezien de relatief geconcentreerde structuur van de markt, het homogene karakter van product Z en het feit dat productie- en vervoerskosten een belangrijk onderdeel zijn van de totale productkosten en dus een belangrijke concurrentieparameter zijn, zou de informatie-uitwisseling tot een heimelijke verstandhouding kunnen leiden. Gezien de aanzienlijke marktaandelen van de partijen, zal de overeenkomst dus waarschijnlijk de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1.

Individuele beoordeling op grond van artikel 101, lid 3: De overeenkomst zal leiden tot efficiëntieverbeteringen in de vorm van kostenbesparingen voor de partijen, maar de inhoud van de informatie-uitwisseling lijkt niet onmisbaar voor het bereiken van de efficiëntieverbeteringen. De partijen zouden dergelijke kostenbesparingen ook kunnen realiseren door een prijsformule overeen te komen waarbij zij hun productie- en vervoerskosten niet bekend hoeven te maken. Derhalve voldoet de ruilovereenkomst in haar huidige vorm niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

4. INKOOPOVEREENKOMSTEN

4.1. Inleiding

273. Dit hoofdstuk bevat richtlijnen voor de beoordeling van overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke inkoop van producten door meer dan één onderneming. Collectieve inkoop omvat het bundelen van inkoopactiviteiten en kan op verschillende manieren worden uitgevoerd, onder meer via een onderneming onder gezamenlijke zeggenschap, door een onderneming waarin andere ondernemingen een aandeel zonder zeggenschap hebben, door een coöperatie, op basis van een contractuele regeling of en nog lossere vorm van samenwerking, bijvoorbeeld wanneer een vertegenwoordiger onderhandelt of inkopen doet namens meerdere ondernemingen ("collectieve inkoopregelingen" genoemd).
274. Collectieve inkoopregelingen zijn in uiteenlopende economische sectoren te vinden. Zij kunnen bepalen dat de leden collectief inkopen, of zij kunnen zich beperken tot het gezamenlijk onderhandelen over inkooprijzen, onderdelen van de inkooprijzen of andere voorwaarden met een leverancier, waarbij de daadwerkelijke inkooptransacties door elke partij afzonderlijk worden gesloten op basis van de gezamenlijk onderhandelde prijzen en/of voorwaarden. Wanneer in dit hoofdstuk wordt gesproken over collectieve inkoop, omvat dit zowel collectieve inkopen als gezamenlijke onderhandelen over (onderdelen van) de inkooprijzen of andere voorwaarden. Een collectieve inkoopregeling kan ook aanvullende activiteiten met zich meebrengen, zoals gezamenlijke distributie, kwaliteitscontrole en opslag, om dubbele leveringskosten te vermijden. Al naargelang de sector kan de inkoper de producten consumeren of deze gebruiken als basisproducten voor zijn eigen activiteiten, bijvoorbeeld energie of meststoffen. Als alternatief kunnen de inkopers de producten doorverkopen, bijvoorbeeld in het geval van consumptiegoederen met een hoge omzetsnelheid (bv. voedsel, producten voor huishoudelijke of persoonlijke verzorging enz.) of consumentenelektronica. Groepen van onafhankelijke detailhandelaren, winkelketens of detailhandelsgroepen die betrokken zijn bij collectieve inkoop, worden vaak "retailallianties" genoemd ⁽²⁰⁰⁾.

⁽²⁰⁰⁾ Zie Colen, L., Z. Bouamra-Mechemache, V. Daskalova en K. Nes, *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, Luxemburg, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271. Dit verslag van het JRC bevat met name een typologie van retailallianties (zie afdeling 2.3), waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen i) groepen onafhankelijke detailhandelaren, ii) nationale retailallianties en iii) internationale of Europese retailallianties. In tegenstelling tot groepen onafhankelijke detailhandelaren kopen nationale en internationale retailallianties over het algemeen niet gezamenlijk producten van leveranciers in, maar onderhandelen ze alleen over bepaalde inkoopvoorwaarden met fabrikanten van merkproducten, zoals de toekenning van aanvullende kortingen door de fabrikant in ruil voor de levering van bepaalde diensten door de detailhandelaren. Deze voorwaarden zijn van toepassing in aanvulling op de voorwaarden die zijn overeengekomen met de individuele leden van de alliantie.

275. Collectieve inkoopregelingen hebben doorgaans tot doel een mate van kopersmacht jegens grote leveranciers tot stand te brengen die individuele deelnemers aan de collectieve inkoopregeling niet zouden bereiken indien zij afzonderlijk in plaats van gezamenlijk zouden handelen. De kopersmacht van een collectieve inkoopregeling kan voor gebruikers leiden tot lagere prijzen, meer diversiteit of producten van betere kwaliteit. Het kan de leden, met name kleinere ondernemingen, ook in staat stellen betere inkoopvoorwaarden te krijgen, en zo een betere concurrentiepositie te behouden op de downstreamafzetmarkt(en) wanneer de concurrentie groot is. Ondernemingen kunnen zich daarnaast ook aansluiten bij collectieve inkoopregelingen om tekorten of verstoringen van de productie van bepaalde producten te voorkomen, waardoor onderbrekingen van de toeleveringsketen kunnen worden vermeden. In bepaalde omstandigheden kan collectieve inkoop echter ook aanleiding geven tot mededingingsbezwaren, zoals uiteengezet in afdeling 4.2.3.
276. Met collectieve inkoopregelingen kunnen zowel horizontale als verticale overeenkomsten gepaard gaan. In dergelijke gevallen is een analyse in twee stappen noodzakelijk. Eerst moeten de horizontale overeenkomsten tussen de bij de collectieve inkoop betrokken concurrerende ondernemingen of de door de ondernemersvereniging genomen besluiten worden beoordeeld op grond van de in deze richtsnoeren beschreven beginselen. Indien deze beoordeling leidt tot de conclusie dat de collectieve inkoopregeling geen mededingingsbezwaren oplevert, zal een verdere beoordeling nodig zijn van de desbetreffende verticale overeenkomsten tussen de collectieve inkoopregeling en de individuele deelnemers daaraan en tussen de collectieve inkoopregeling en leveranciers. Dergelijke verticale overeenkomsten moeten worden beoordeeld aan de hand van de VGVV en verticale richtsnoeren. Verticale overeenkomsten die niet onder de VGVV vallen, worden niet als onwettig beschouwd, maar vereisen een individuele beoordeling op grond van artikel 101.

4.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

4.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

277. Collectieve inkoopregelingen tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben voor de upstreaminkoopmarkt(en) en/of voor de downstreamafzetmarkt(en), zoals hogere prijzen, een geringere productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, een verdeling van de markt of een mededingingsverstoringende marktafscherming voor andere potentiële inkopers.

4.2.2. Beperkingen van de mededinging naar strekking

278. Collectieve inkoopregelingen hebben doorgaans geen mededingingsbeperkende strekking indien zij daadwerkelijk betrekking hebben op collectieve inkoop, namelijk wanneer twee of meer inkopers gezamenlijk onderhandelen en een overeenkomst sluiten met een bepaalde leverancier met betrekking tot een of meer handelsvoorwaarden voor de levering van producten aan de samenwerkende inkopers.
279. Collectieve inkoopregelingen moeten worden onderscheiden van koperskartels die tot doel hebben de mededinging op de interne markt te beperken, in strijd met artikel 101, lid 1 ⁽²⁰¹⁾. Koperskartels zijn overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer inkopers die, zonder gezamenlijke onderhandelingen met de leverancier aan te gaan:
- a) het individuele concurrentiegedrag van deze inkopers op de inkoopmarkt coördineren of de relevante concurrentieparameters tussen hen beïnvloeden door middel van praktijken zoals, maar niet beperkt tot, het bepalen of coördineren van inkooprijzen of onderdelen daarvan (waaronder bijvoorbeeld overeenkomsten om lonen vast te stellen of om een bepaalde prijs niet te betalen voor een product); de toewijzing van aankoopquota of het delen van markten en leveranciers, of
 - b) invloed uitoefenen op individuele onderhandelingen van die inkopers met leveranciers of hun individuele inkopen bij leveranciers, bijvoorbeeld door de prijsonderhandelingsstrategieën van de inkopers te coördineren of aanbidders te polsen over de status van dergelijke onderhandelingen.
280. Wanneer inkopers individueel zakendoen met leveranciers (d.w.z. zij voeren geen gezamenlijke onderhandelingen met de leverancier), moeten zij hun aankoopbeslissingen onafhankelijk nemen en mogen zij onderling strategische onzekerheid over hun toekomstige gedrag op de markt niet wegnemen door middel van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. De inkopers mogen niet eerst een of meer inkoopvoorwaarden (prijs, hoeveelheid, leveringsbron, kwaliteit of andere concurrentieparameters) onderling vastleggen voordat elke inkoper afzonderlijk onderhandelt en bij de leverancier inkoopt.

⁽²⁰¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 7 november 2019, Campine, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, punt 297; zie ook arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 37; arrest van het Gerecht van 13 december 2006, FNCBV e.a./Commissie, T-217/03 en T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, punt 83 e.v.

281. Van een koperskartel kan ook sprake zijn wanneer inkopers overeenkomen onderling commercieel gevoelige informatie uit te wisselen over hun individuele inkoopvoornemens of onderhandelingen met leveranciers, buiten een eventuele collectieve inkoopregeling om die, namens haar deelnemers, collectief zakendoet met leveranciers ⁽²⁰²⁾. Hierbij gaat het met name om contacten tussen inkopers over de te betalen inkooprijzen (maximumprijzen, minimumkortingen en andere prijsaspecten), overige inkoopvoorwaarden, leveringsbronnen (in termen van zowel leveranciers als gebieden), aantallen en hoeveelheden, kwaliteit of andere concurrentieparameters (bv. tijdstip, levering en innovatie).
282. Uit de aard van een koperskartel blijkt dat de mededinging in voldoende mate is geschaad, zodat het niet nodig is de mogelijke gevolgen ervan te beoordelen. Het zal dus, op voorwaarde dat het de handel tussen lidstaten beïnvloedt, een beperking van de mededinging naar strekking vormen in de zin van artikel 101, lid 1. Bij de beoordeling van koperskartels is derhalve, anders dan bij collectieve inkoopregelingen, in beginsel geen definitie van de relevante markt(en) vereist, hoeft er niet te worden gekeken naar de marktpositie van de inkopers op de upstreaminkoopmarkt of naar de vraag of zij onderling concurreren op de downstreamafzetmarkt ⁽²⁰³⁾. De volgende factoren maken het minder waarschijnlijk dat een tussen inkopers gesloten inkoopregeling een koperskartel vormt:
- a) De collectieve inkoopregeling maakt leveranciers duidelijk dat de onderhandelingen worden gevoerd namens de deelnemers en dat de deelnemers gebonden zullen zijn aan de overeengekomen voorwaarden voor hun individuele aankopen, of dat de collectieve inkoopregeling namens haar deelnemers bekendmaakt, met name vereist niet dat de collectieve inkoopregeling de identiteit van haar deelnemers bekendmaakt, met name wanneer zij kmo's zijn en/of slechts een beperkt deel van de aankopen van de collectieve inkoopregeling bij een leverancier voor hun rekening nemen. Het is echter niet de verantwoordelijkheid van leveranciers om stappen te ondernemen om meer te weten te komen over het bestaan van een collectieve inkoopregeling, bijvoorbeeld via derden of persberichten. Geheimhouding is evenwel geen vereiste om van een koperskartel te spreken ⁽²⁰⁴⁾.
 - b) De deelnemers aan de collectieve inkoopregeling hebben de vorm, het toepassingsgebied en de werkwijze van hun samenwerking vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst, zodat de naleving van artikel 101 achteraf kan worden gecontroleerd en vergeleken met de feitelijke uitvoering van de collectieve inkoopregeling. Een schriftelijke overeenkomst vrijwaart de regeling echter niet van mededingingsrechtelijke handhaving.
283. Collectieve inkoopregeling kunnen ook bijdragen tot of dienen als instrument om deel te nemen aan een verkoopkartel, dat wil zeggen een overeenkomst tussen concurrenten om verkoopprijzen vast te stellen, de productie te beperken of markten of klanten op downstreamafzetmarkten te verdelen. In dat geval kan de collectieve inkoopregeling samen met het kartel op de downstreamafzetmarkt worden beoordeeld.
284. Een collectieve inkoopregeling die tot doel heeft een daadwerkelijke of potentiële concurrent uit te sluiten van de downstreamafzetmarkt(en) is een vorm van horizontale boycot en heeft zo een mededingingsbeperkende strekking. Horizontale boycotts moeten worden onderscheiden van verticale boycotts, namelijk een overeenkomst tussen inkopers om niet bij bepaalde leveranciers op de upstreammarkt in te kopen. Hoewel een verticale boycot in bepaalde omstandigheden een beperking van de mededinging naar strekking kan inhouden, is dit in het algemeen niet het geval. Een overeenkomst tussen inkopers om producten van bepaalde leveranciers niet langer in te kopen vanwege specifieke productkenmerken, productieprocessen of arbeidsomstandigheden, bijvoorbeeld omdat de aangeboden producten niet duurzaam zijn terwijl de inkopers alleen duurzame producten willen kopen, heeft niet tot doel de mededinging te beperken. Verticale boycotts moeten daarom in hun juridische en economische context worden bekeken om hun daadwerkelijke of waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen te beoordelen.

⁽²⁰²⁾ Zie hoofdstuk 6 over informatie-uitwisseling en, in het bijzonder, afdeling 6.2.6, die ook van toepassing is op de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen inkopers.

⁽²⁰³⁾ Alle mogelijke concurrentiebevorderende gevolgen van een overeenkomst moeten terdege in aanmerking worden genomen als contextuele elementen bij de beoordeling of de overeenkomst een beperking naar strekking heeft, voor zover op basis daarvan de algemene beoordeling van de vraag of de overeenkomst voldoende schadelijk is voor de mededinging kan worden betwist; zie punt 28.

⁽²⁰⁴⁾ De Commissie heeft geldboetes opgelegd aan koperskartels die geen volledige geheimhouding betrachtten maar ten minste op vrij transparante wijze van start gingen. Zie Beschikking 2003/600/EG van de Commissie van 2 april 2003, *Frans rundvlees* (PB L 209 van 19.8.2003, blz. 12).

4.2.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

285. Collectieve inkoopregeling, waarbij inkopers via de regeling gezamenlijk zakendoen met leveranciers, moeten in hun juridische en economische context worden beoordeeld wat betreft hun daadwerkelijke en waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen. De beoordeling moet betrekking hebben op de mogelijke beperkende gevolgen voor zowel de relevante inkoopmarkt(en), waar de collectieve inkoopregeling zakendoet met leveranciers, als voor de relevante afzetmarkt(en), waar de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling als verkopers kunnen concurreren. Bij deze beoordeling zal de Commissie de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de collectieve inkoopregeling voor de relevante inkoop- en afzetmarkt(en) vergelijken met de situatie waarvan sprake zou zijn zonder die specifieke regeling.
286. In het algemeen zullen collectieve inkoopregeling evenwel minder gemakkelijk aanleiding geven tot mededingingsbezwaren wanneer de partijen geen marktmacht op de afzetmarkt(en) bezitten.
287. Bepaalde beperkingen die door een collectieve inkoopregeling aan de deelnemers worden opgelegd, kunnen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen indien zij beperkt zijn tot wat objectief noodzakelijk en evenredig is om ervoor te zorgen dat de regeling naar behoren functioneert en de deelnemers in staat stellen kopersmacht uit te oefenen jegens leveranciers ⁽²⁰⁵⁾. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een bepaling die de deelnemers verbiedt deel te nemen aan concurrerende collectieve inkoopregelingen voor zover dit de goede werking van de inkoopregeling en haar kopersmacht in gevaar zou brengen.

4.2.3.1. Relevante markten

288. Er zijn twee markten waarvoor collectieve inkoopregelingen gevolgen kunnen hebben. Ten eerste de markt(en) die rechtstreeks betrokken is of zijn bij de collectieve inkoopregeling, namelijk de relevante inkoopmarkt(en) waar de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling gezamenlijk onderhandelen met of aankopen doen bij leveranciers. Ten tweede de downstreamafzetmarkt(en), namelijk de markt(en) waar de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling actief zijn als verkopers.
289. De methode ter bepaling van de relevante inkoopmarkten volgt de beginselen uiteengezet in de bekendmaking marktbeoordeling en gaat uit van het begrip substitueerbaarheid om te bepalen of er sprake is van concurrentiedruk. De enige bijzonderheid voor inkoopmarkten, in vergelijking met afzetmarkten, is dat de substitueerbaarheid moet worden gedefinieerd vanuit het oogpunt van het aanbod en niet vanuit het oogpunt van de vraag. Met andere woorden, de alternatieven van de leveranciers zijn van doorslaggevend belang wanneer het erom gaat de concurrentiedruk op inkopers vast te stellen. Deze alternatieven zouden bijvoorbeeld kunnen worden geanalyseerd door de waarschijnlijke reactie van de leveranciers op een geringe doch duurzame daling van de prijs die voor hun producten wordt geboden te onderzoeken. Zodra de relevante markt is bepaald, kan het marktaandeel van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling worden berekend op basis van de waarde of het volume van de aankopen van de relevante producten door de deelnemers als aandeel van de totale verkoop op de relevante inkoopmarkt.
290. Indien de deelnemers daarnaast op een of meer afzetmarkten concurreren, zijn ook die markten relevant voor de beoordeling. De relevante afzetmarkten moeten worden bepaald overeenkomstig de in de bekendmaking marktbeoordeling beschreven methode.

4.2.3.2. Marktmacht

291. Er bestaat geen absolute drempel waarboven kan worden vermoed dat de deelnemers aan een collectieve inkoopregeling marktmacht hebben zodat de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1. In de meeste gevallen is het echter niet erg waarschijnlijk dat er sprake zou zijn van marktmacht wanneer het gecombineerde marktaandeel van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling minder dan 15 % bedraagt, op zowel de relevante inkoopmarkt(en) als de relevante afzetmarkt(en). Indien het gecombineerde marktaandeel van de deelnemers op zowel de inkoop- als de afzetmarkten niet meer dan 15 % bedraagt, is het waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, tenzij de regeling een beperking van de mededinging naar strekking tot doel heeft.
292. Een marktaandeel boven die drempel op een van beide markten of op beide markten is niet automatisch een aanwijzing dat de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Een collectieve inkoopregeling met een gecombineerd marktaandeel dat deze drempel overschrijdt, vereist een gedetailleerde beoordeling van de gevolgen ervan voor de markt, waarbij rekening wordt gehouden met factoren zoals marktconcentratie, winstmarges, of de partijen naaste concurrenten zijn, de aard van de producten waarop de inkoopregeling van toepassing is en een mogelijke tegenmacht van de verkopende leveranciers.

⁽²⁰⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 15 december 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, punt 34. Zie ook afdeling 1.2.6 over nevenrestricties.

293. Bij het analyseren of de deelnemers van een collectieve inkoopregeling gezamenlijk kopersmacht bezitten, zijn het aantal en de intensiteit van de banden tussen de concurrenten op de inkoopmarkt van belang. Sommige van dezelfde deelnemers kunnen bijvoorbeeld ook deelnemen aan andere inkoopregelingen.
294. Als de deelnemers van een collectieve inkoopregeling aanzienlijke kopersmacht bezitten op de inkoopmarkt, bestaat het risico dat ze de mededinging upstream verstoren, wat uiteindelijk ook voor gebruikers verder downstreamnadeel kan opleveren. Gezamenlijk uitgeoefende kopersmacht kan bijvoorbeeld de prikkel van leveranciers om te investeren aantasten en leveranciers die geen tegenmacht kunnen uitoefenen dwingen de diversiteit of de kwaliteit van hun productaanbod te beperken. Dit kan op upstreammarkten mededingingsbeperkende gevolgen hebben, zoals kwaliteitsverlies, verminderde innovatie-inspanningen of uiteindelijk een suboptimaal aanbod. Bovendien kunnen detailhandelaren kopersmacht uitoefenen en leveranciers tegen elkaar uitspelen door gezamenlijk de productdiversiteit in hun winkels te beperken, wat uiteindelijk gebruikers downstream schaadt.
295. Het risico dat een collectieve inkoopregeling investeringen of innovatie door leveranciers kan ontmoedigen, is groter wanneer de inkopers gezamenlijk een groot deel van de relevante inkopen voor hun rekening nemen, met name wanneer dergelijke inkopers zakendoen met leveranciers die als verkopers geen tegenmacht kunnen uitoefenen. Dergelijke leveranciers kunnen bijzonder kwetsbaar zijn voor lagere winstmarges, vooral wanneer zij specifieke investeringen hebben gedaan om de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling te bevoorraden. Mededingingsbeperkende gevolgen zijn minder waarschijnlijk wanneer leveranciers als verkopers een aanzienlijke tegenmacht hebben (hetgeen niet noodzakelijkerwijs een machtspositie impliceert) op de inkoopmarkt(en), bijvoorbeeld omdat ze producten of diensten verkopen die inkopers nodig hebben om te concurreren op de downstreamafzetmarkt(en).
296. De kopersmacht van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling kan ook worden gebruikt om concurrerende inkopers uit te sluiten van de inkoopmarkt door hun toegang tot efficiënte leveranciers te beperken. Dit is het meest waarschijnlijk wanneer er slechts een beperkt aantal leveranciers is en er toetredingsdrempels moeten worden overwonnen om de inkoopmarkt aan de aanbodzijde te betreden.
297. Wanneer de deelnemers van een collectieve inkoopregeling downstream daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn, kan voor hen de prikkel om op de downstreamafzetmarkt(en) op prijs te concurreren aanzienlijk worden vermindert als zij gezamenlijk een aanzienlijk deel van de producten inkopen waarmee zij downstream concurreren. Ten eerste is het zo dat, als de deelnemers een aanzienlijke marktmacht op de afzetmarkt(en) hebben (hetgeen niet noodzakelijk een machtspositie impliceert), de lagere inkooprijzen die door de collectieve inkoopregeling worden bereikt, waarschijnlijk niet zullen worden doorgegeven aan de gebruikers. Dit is met name het geval wanneer de concurrenten van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling vanwege hun zwakke marktpositie een beperkte capaciteit hebben om effectief op de afzetmarkt te concurreren. Ten tweede, hoe hoger het gecombineerde marktaandeel van de leden van de collectieve inkoopregeling op de downstreamafzetmarkt, hoe groter het risico dat de coördinatie van de upstreaminkoop zal leiden tot coördinatie van de downstreamverkoop. Het risico is bijzonder groot als de collectieve inkoopregeling deelnemers beperkt (of ontmoedigt) om zelfstandig aanvullende volumes van de input op de inkoopmarkt te kopen. Een verplichting voor de deelnemers om alle of de meeste van de benodigde producten in te kopen via de collectieve inkoopregeling, met als doel te zorgen voor een voldoende sterke onderhandelingspositie jegens sterke leveranciers, moet worden beoordeeld met inachtneming van factoren zoals de omvang (het volume of het aandeel van de betrokken aankopen) en de duur van de verplichting, het gecombineerde marktaandeel van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling op de relevante inkoop- en afzetmarkt(en).
298. Als de deelnemers aan een collectieve inkoopregeling echter gezamenlijk geen marktmacht hebben of niet op dezelfde relevante afzetmarkt(en) actief zijn (bijvoorbeeld detailhandelaren die op verschillende geografische markten actief zijn en geen potentiële concurrenten zijn), is het minder waarschijnlijk dat de collectieve inkoopregeling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben voor de afzetmarkt(en).

4.2.3.3. Heimelijke verstandhouding

299. Collectieve inkoopregelingen kunnen leiden tot een heimelijke verstandhouding indien zij coördinatie van de gedragingen van de deelnemers op de downstreamafzetmarkt waar ze daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn, vergemakkelijken. Dit kan met name het geval zijn als de marktstructuur op de afzetmarkt bevorderlijk is voor collusie (bv. omdat de markt geconcentreerd is en een aanzienlijke mate van transparantie vertoont). Een heimelijke verstandhouding is ook waarschijnlijker als de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling een

groot gecombineerd marktaandeel hebben op de afzetmarkt en de regeling verder gaat dan gezamenlijke inkopen of gezamenlijke onderhandelingen over inkoopvoorwaarden. Een dergelijke heimelijke verstandhouding kan bijvoorbeeld worden vergemakkelijkt wanneer de leden van de regeling afspreken welke hoeveelheden zij via de regeling zullen inkopen of het tijdstip van kortingen op verkoopprijzen of verkoopbevorderende acties op de downstreamafzetmarkt coördineren, waardoor de onderlinge concurrentie op de afzetmarkt aanzienlijk wordt beperkt.

300. Collusie kan ook in de hand worden gewerkt wanneer de leden van de collectieve inkoopregeling door collectieve inkoop een hoge mate van kostendeling bereiken, mits zij marktmacht hebben op de afzetmarkt en de marktkenmerken coördinatie in de hand werken. Mededingingsbeperkende gevolgen zijn waarschijnlijker indien de deelnemers aan de gezamenlijke aankoopregeling een aanzienlijk deel van hun variabele kosten op de afzetmarkt delen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer concurrerende fabrikanten en verkopers van een eindproduct een groot deel van hun input gezamenlijk inkopen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer detailhandelaren die op dezelfde relevante detailhandelsmarkt(en) actief zijn, gezamenlijk een aanzienlijke hoeveelheid producten inkopen die zij daarna doorverkopen. Naast het vergroten van de mogelijkheden voor een “hub and spoke”-type collusie ⁽²⁰⁶⁾, kunnen detailhandelaren die aan een collectieve inkoopregeling deelnemen ook eerder bereid zijn om prijsstijgingen door leveranciers toe te staan als ze weten dat deze verhogingen ook gelden voor de meeste van hun concurrenten op de downstreamafzetmarkt(en) en dus aan gebruikers kunnen worden doorberekend.
301. Voor de uitvoering van een collectieve inkoopregeling kan het nodig zijn commercieel gevoelige informatie uit te wisselen, bijvoorbeeld over verkoopprijzen (of een deel daarvan) en -volumes. Indien de collectieve inkoopregeling zelf niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging, valt ook een informatie-uitwisseling die een aanvulling is op die regeling niet onder dat verbod ⁽²⁰⁷⁾. Dit is het geval als de informatie-uitwisseling objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de collectieve inkoopregeling en in verhouding staat tot de doelstellingen ervan ⁽²⁰⁸⁾. Indien de informatie-uitwisseling verder gaat dan wat objectief noodzakelijk is om de collectieve inkoopregeling uit te voeren of niet evenredig is aan de doelstellingen ervan, moet zij worden beoordeeld aan de hand van de richtlijnen in hoofdstuk 6 ⁽²⁰⁹⁾. Indien de informatie-uitwisseling onder artikel 101, lid 1, valt, kan deze nog steeds voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.
302. De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kan coördinatie met het oog op de vaststelling van verkoopprijzen en productievolumes vergemakkelijken en zo leiden tot een heimelijke verstandhouding op de afzetmarkten. De spill-overeffecten van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kunnen bijvoorbeeld tot een minimum worden beperkt wanneer de gegevens worden verzameld door een collectieve inkoopregeling die als een afzonderlijke entiteit wordt opgericht en geen individuele informatie doorgeeft aan de betrokken inkopers, of door technische of praktische maatregelen te nemen om de toegang tot dergelijke informatie te beperken en de vertrouwelijkheid ervan te beschermen. De deelnemers aan de collectieve inkoopregeling kunnen dus clean teams opzetten of effectieve vertrouwelijkheidsregels opstellen voor de relevante medewerkers van de collectieve inkoopregeling en haar deelnemers, die van toepassing blijven indien bepaalde medewerkers terugkeren naar de individuele deelnemers aan de regeling of bepaalde medewerkers of deelnemers overstappen naar een andere collectieve inkoopregeling. De deelname van een onderneming aan meerdere collectieve inkoopregelingen mag bovendien niet leiden tot mededingingsversturende informatie-uitwisselingen of andere vormen van coördinatie tussen de diverse inkoopregelingen.
303. In het kader van gezamenlijke onderhandelingen over standaardvoorwaarden met leveranciers kan een collectieve inkoopregeling (d.w.z. haar deelnemers of de door hen opgerichte juridische entiteit) haar kopersmacht uitoefenen door bijvoorbeeld te dreigen de onderhandelingen of de inkoop te beëindigen, tenzij de leverancier betere standaardvoorwaarden of lagere prijzen aanbiedt. De tegenpartijen bij dergelijke onderhandelingen kunnen in hun onderhandelingen met inkopers eveneens dreigen de onderhandelingen over of de levering van producten te beëindigen.
304. Dergelijke dreigementen tijdens gezamenlijke onderhandelingen kunnen worden beschouwd als een integraal onderdeel van de collectieve inkoopregeling wanneer zij betrekking hebben op de producten waarover wordt onderhandeld en van tijdelijke aard zijn, en worden ingetrokken wanneer de partijen hun onderhandelingen hebben hervat of een overeenkomst hebben gesloten. Onverminderd de toepassing van strengere

⁽²⁰⁶⁾ Zie afdeling 6.2.4.2.

⁽²⁰⁷⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89.

⁽²⁰⁸⁾ Zie punt 369.

⁽²⁰⁹⁾ Zie ook punt 6.

ationale wetgeving die eenzijdige gedragingen of oneerlijke handelspraktijken verbiedt ⁽²¹⁰⁾, hebben dergelijke dreigementen doorgaans geen mededingingsbeperkende strekking ⁽²¹¹⁾. Alle gevolgen voor de mededinging als gevolg van dergelijke dreigementen zullen op grond van artikel 101, lid 1, worden beoordeeld in het licht van de algemene gevolgen van de collectieve inkoopregeling, waarbij rekening wordt gehouden met de marktpositie van de deelnemers die de dreigementen uitvoeren ⁽²¹²⁾. Een voorbeeld van gezamenlijke dreigementen die kunnen worden beschouwd als een integraal onderdeel van een collectieve inkoopregeling betreft deelnemers van een retailalliantie die bestellingen van bepaalde producten bij een leverancier stopzetten tijdens hun onderhandelingen over de voorwaarden voor de toekomstige levering van die producten. Deze tijdelijke stopzettingen kunnen ertoe leiden dat de door de individuele deelnemers aan de alliantie geselecteerde producten enige tijd niet beschikbaar zijn in de winkels van de detailhandelaren, namelijk totdat de retailalliantie en de leverancier overeenstemming bereiken over de voorwaarden van toekomstige leveringen. Dergelijke (dreigementen met) stopzetting van bestellingen zullen in het algemeen geen noemenswaardige gevolgen hebben voor de mededinging op de downstreamafzetmarkt(en) waar de detailhandelaren producten blijven aanbieden die een substituuut zijn voor de betrokken producten, en voor zover afnemers op de afzetmarkt(en) deze producten of substituerende producten kunnen kopen van concurrenten van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling.

4.3. Toetsing aan artikel 101, lid 3

4.3.1. Efficiëntieverbeteringen

305. Collectieve inkoopregeling kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Zij kunnen met name leiden tot kostenbesparingen, zoals lagere inkooprijzen, lagere productiekosten en lagere transactiekosten. Bovendien kunnen collectieve inkoopregelingen leiden tot kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, bijvoorbeeld door leveranciers ertoe aan te zetten te innoveren en nieuwe of verbeterde producten op de markt te brengen of, in het bijzonder voor kleinere leveranciers, de distributie van hun producten naar een groter aantal inkopers en markten uit te breiden. Deze kwalitatieve efficiëntieverbeteringen kunnen gebruikers ten goede komen, doordat zij de afhankelijkheid van bepaalde producten verminderen en tekorten voorkomen door veerkrachtigere toeleveringsketens te realiseren en bij te dragen tot een veerkrachtigere interne markt, door de collectieve inkoop van medicijnen of energie.

4.3.2. Onmisbaarheid

306. Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een collectieve inkoopregeling voortvloeien, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Kostenbesparingen die bijvoorbeeld niet het resultaat zijn van de collectieve inkoop zelf, maar van aanvullende activiteiten die worden uitgevoerd in het kader van de collectieve inkoopregeling, zoals logistiek, vervoer of opslag, kunnen alleen worden beschouwd als efficiëntieverbeteringen van de regeling als de aanvullende activiteit noodzakelijk is voor het functioneren van de inkoopregeling en dit niet met minder beperkende middelen kan worden bereikt. Een verplichting om uitsluitend via de collectieve inkoopregeling in te kopen of te onderhandelen kan in sommige gevallen onmisbaar zijn om de mate van kopersmacht of het volume te bereiken die nodig zijn voor het behalen van schaalvoordelen. Een dergelijke verplichting moet echter per geval in de concrete context worden beoordeeld.

4.3.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

307. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen, zoals kostenbesparingen of kwalitatieve verbeteringen in de vorm van de introductie van nieuwe of verbeterde producten op de markt, moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de collectieve inkoopregeling te compenseren. Kostenbesparingen of andere efficiëntieverbeteringen die alleen de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling ten goede komen, zijn derhalve niet voldoende. De kostenbesparingen moeten in plaats daarvan worden doorgegeven aan de afnemers van de deelnemers. In het geval van lagere inkoopkosten kunnen de voordelen worden doorgegeven via lagere prijzen op de afzetmarkt(en).

⁽²¹⁰⁾ Bijvoorbeeld nationale wetgeving tot omzetting van Richtlijn (EU) 2019/633 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (PB L 111 van 25.4.2019, blz. 59), of die strenger is dan artikel 102 door misbruik jegens economisch afhankelijke ondernemingen te verbieden of te bestraffen, zie artikel 3, lid 2, en overweging 8 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

⁽²¹¹⁾ Zie punt 278.

⁽²¹²⁾ Dergelijke dreigementen kunnen een integraal onderdeel zijn van efficiënte onderhandelingen om tot meer concurrerende prijzen te komen. Aan de andere kant kunnen dergelijke dreigementen zich ook voordoen in het kader van collectieve inkoopregelingen die tot gevolg hebben dat de concurrentie wordt beperkt. Op zichzelf is de waarneming van dergelijke dreigementen dus geen bewijs van verstoring van de mededinging of van het ontbreken daarvan.

308. Doorgaans bestaat er voor ondernemingen een prikkel om de verlaging van de variabele kosten in elk geval deels door te geven aan hun eigen afnemers. De hogere winstmarge als gevolg van lagere variabele kosten biedt ondernemingen een aanzienlijke prikkel om de productie uit te breiden door middel van prijsverlagingen. De deelnemers aan een collectieve inkoopregeling die samen aanmerkelijke marktmacht bezitten op de afzetmarkt (en), zijn mogelijk echter minder geneigd om verlagingen van de variabele kosten door te geven aan klanten. Bovendien worden verlagingen van de vaste kosten (zoals eenmalige betalingen door leveranciers) waarschijnlijk niet doorgegeven aan gebruikers, aangezien ze ondernemingen doorgaans niet stimuleren om hun productie uit te breiden. Een zorgvuldige beoordeling van de specifieke collectieve inkoopregeling is derhalve vereist om na te gaan of deze een economische prikkel biedt om de productie uit te breiden en daarmee kostenbesparingen of efficiëntieverbeteringen door te geven⁽²¹³⁾. Tot slot zijn lagere verkoopprijzen voor afnemers uiterst onwaarschijnlijk als de collectieve inkoopregeling de mogelijkheden van deelnemers beperkt (of deze ontmoedigt) om extra hoeveelheden van een bepaalde leverancier te kopen, hetzij via de collectieve inkoopregeling of daarbuiten. Collectieve inkoopregelingen die het zelfstandig bestellen van aanvullende volumes door hun deelnemers bij een bepaalde leverancier beperken, vormen in feite een prikkel om de verkoopprijzen te verhogen. Het gezamenlijk beperken van de inkoop van inputs heeft immers doorgaans tot gevolg dat het verkoopvolume op de afzetmarkt(en) wordt beperkt.
- 4.3.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*
309. Aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen de mogelijkheid krijgen de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Aan deze voorwaarde moet worden voldaan op zowel de relevante inkoop- als afzetmarkten.
- 4.4. **Voorbeelden**
310. Koperskartel

Voorbeeld 1

Situatie: Veel kleine ondernemingen zamelen gebruikte mobiele telefoons in via retailverkooppunten waar ze worden ingeleverd bij de aanschaf van een nieuwe mobiele telefoon. Deze inzamelaars verkopen gebruikte mobiele telefoons aan recyclingbedrijven die er waardevolle grondstoffen uithalen, zoals goud, zilver en koper, bestemd om te worden hergebruikt als een duurzamer alternatief voor mijnbouw. Vijf recyclingbedrijven die 12 % van de inkoopmarkt voor gebruikte mobiele telefoons vertegenwoordigen, komen een gemeenschappelijke maximale inkoopprijs per telefoon overeen. Deze vijf recyclingbedrijven houden elkaar daarnaast op de hoogte over het prijsoverleg dat ze individueel voeren met inzamelaars van gebruikte mobiele telefoons, de aanbieding die de inzamelaar hun hebben gedaan, en de prijs die ze uiteindelijk overeenkomen om per telefoon aan de inzamelaars te betalen.

Analyse: De vijf recyclingbedrijven zijn allemaal partij bij een koperskartel. Zij onderhandelen en kopen elk afzonderlijk van de inzamelaars van mobiele telefoons. Er is geen sprake van een collectieve inkoopregeling die de inkopers gezamenlijk vertegenwoordigt bij de onderhandelingen met of de aankoop van de inzamelaars. Ongeacht het relatief kleine gecombineerde marktaandeel van de recyclingbedrijven op de inkoopmarkt voor elektronisch afval, kan de overeenkomst tussen hen worden aangemerkt als een beperking van de mededinging naar strekking. Het is derhalve niet nodig de relevante markt af te bakenen of de daadwerkelijke of potentiële effecten van het kartel op de markt te beoordelen.

311. Gezamenlijke onderhandelingen over inputs door fabrikanten

Voorbeeld 2

Situatie: Vijf concurrerende staalfabrikanten hebben een gecombineerd marktaandeel van 40 % op de relevante inkoopmarkt in lidstaat A. De staalfabrikanten richten een gemeenschappelijke onderneming op, en zijn samen eigenaar en exploitant van deze gemeenschappelijke onderneming, die namens hen onderhandelt over de inkoop van ijzererts. De gemeenschappelijke onderneming verlangt en bedingt van een grote ijzerertsleverancier een korting van 20 % op de inkoopprijs van ijzererts in lidstaat A. In plaats van met elkaar te concurreren op de inkoopmarkt, kopen de vijf staalfabrikanten ijzererts tegen de inkoopprijs waarover de gemeenschappelijke onderneming heeft onderhandeld. Er zijn geen aanwijzingen dat de eigenaren van de gemeenschappelijke onderneming hun staalprijsen op de afzetmarkt hebben verlaagd als gevolg van de lagere prijzen die zij betaalden voor ijzererts.

⁽²¹³⁾ Een korting kan bijvoorbeeld misschien contractueel zijn vastgelegd als een eenmalige betaling, maar kan in werkelijkheid afhankelijk zijn van de vraag of de inkoper bepaalde verwachte verkoopdoelstellingen behaalt wanneer het jaar nadien opnieuw over het contract wordt onderhandeld. Evenzo kan de betaling afhankelijk zijn van de levering van bepaalde diensten.

Analyse: De gemeenschappelijke onderneming is een collectieve inkoopregeling die namens de vijf staalfabrikanten onderhandelt met leveranciers. De vijf staalfabrikanten, die partij zijn bij de gemeenschappelijke onderneming, hebben een lagere prijs kunnen bedingen voor de inkopen van ijzererts. De partijen bij de gemeenschappelijke onderneming kopen ijzererts op individuele basis in, maar wel op basis van de prijs waarover hun gemeenschappelijke onderneming heeft onderhandeld. De oprichting en uitvoering van de gemeenschappelijke onderneming hebben niet tot doel de mededinging te beperken. Of de overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt bijvoorbeeld af van de vraag of de gemeenschappelijke onderneming leidt tot een aanzienlijke kostendeling en of de collectieve inkoopregeling een reëel risico van collusie inhoudt op de afzetmarkt voor staal. Het feit dat geen van de staalproducenten die aan de gemeenschappelijke onderneming deelnemen, zijn staalprijs zou hebben verlaagd, zou, ceteris paribus, kunnen wijzen op een dergelijke heimelijke verstandhouding.

312. Gezamenlijke onderhandelingen door een Europese retailalliantie

Voorbeeld 3

Situatie: Een Europese retailalliantie, met als leden zeven grote detailhandelsketens, die elk actief zijn op verschillende nationale markten, onderhandelt gezamenlijk met een grote merkfabrikant van zoete koekjes en vruchtensappen, met een marktaandeel van 30 % in deze productcategorieën, over bepaalde voorwaarden voor een toekomstige leveringsovereenkomst. De alliantie heeft een marktaandeel van slechts 18 % op elke relevante (nationale) inkoopmarkt en elk van de leden heeft op de detailhandelsmarkten in hun respectieve lidstaat een relevant (lokaal) marktaandeel van tussen 15 % en 20 %. De leden van de alliantie zijn geen potentiële nieuwkomers op elkaars nationale afzetmarkten. De onderhandelingen hebben met name betrekking op een extra korting van de fabrikant aan de detailhandelaren. Beide zijden voeren harde onderhandelingen om de best mogelijke deal uit de brand te slepen. Op een bepaald moment in de onderhandelingen verzoekt de retailalliantie haar leden tijdelijk geen producten te bestellen uit de twee categorieën waarover met de fabrikant wordt onderhandeld, om de druk op te voeren. Bij de uitvoering van dit besluit beslist elk lid van de alliantie individueel welke producten van de fabrikant in die categorieën tijdens de impasse in de onderhandelingen zij niet meer bestellen, waarbij rekening wordt gehouden met de voorkeuren van de lokale gebruikers op de afzetmarkten. Uiteindelijk, na een nieuwe onderhandelingsronde, worden de fabrikant en de alliantie het eens over de extra korting die de fabrikant aan de individuele leden van de alliantie zal geven, en hervatten zij hun bestellingen voor het totale productassortiment van de fabrikant.

Analyse: De Europese retailalliantie is geen koperskartel en vormt geen beperking van de mededinging naar strekking. De Europese retailalliantie kan worden gezien als een collectieve inkoopregeling, ook als de alliantie gezamenlijk namens haar leden enkel met de fabrikant onderhandelt over een bepaalde korting als onderdeel van een bredere inkoopregeling, op basis waarvan de leden individueel hun benodigde hoeveelheden producten bij de fabrikant inkopen. De nationale detailhandelsketens die lid zijn van de alliantie, zijn niet op dezelfde afzetmarkten actief en zijn geen potentiële concurrenten van elkaar. Als gevolg hiervan is het onwaarschijnlijk dat de collectieve inkoopregeling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben voor de detailhandelaren op de downstreamafzetmarkt(en). Bovendien ondervinden zij voldoende concurrentiedruk van concurrerende detailhandelaren die niet deelnemen aan de collectieve inkoopregeling. De regeling kan nog steeds een beoordeling van de mogelijke negatieve gevolgen voor de mededinging in upstreammarkten vereisen, als gevolg van de aanvullende korting (bv. in termen van verminderde innovatie door leveranciers). Dergelijke negatieve gevolgen lijken echter onwaarschijnlijk, gezien het bescheiden gecombineerde marktaandeel van de partijen van niet meer dan 18 % op elke relevante inkoopmarkt. De tijdelijke stopzetting van bestellingen moet samen met de algemene gevolgen van de collectieve inkoopregeling worden beoordeeld. Een dergelijke maatregel betreft alleen de productcategorieën waarover met de fabrikant wordt onderhandeld en lijkt de gebruikers niet direct of indirect te schaden, met name voor zover deze detailhandelaren vervangende producten aanbieden of er andere concurrerende detailhandelaren zijn waar de gebruikers dezelfde producten kunnen kopen, en kan voor de gebruikers een voordeel opleveren in de vorm van lagere prijzen nadat een overeenkomst is bereikt.

313. Collectieve inkoop door kleine ondernemingen met een bescheiden gecombineerd marktaandeel

Voorbeeld 4

Situatie: 150 kleine detailhandelaren sluiten een overeenkomst om een collectieve inkoopregeling te vormen. Zij verplichten zich ertoe een minimumhoeveelheid via de regeling af te nemen, die grofweg 50 % van de totale kosten van iedere detailhandelaar vertegenwoordigt. De detailhandelaren kunnen via de regeling meer dan de minimumhoeveelheid inkopen en zij kunnen ook buiten de regeling om inkopen. Zij hebben een gecombineerd marktaandeel van 23 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. Onderneming A en onderneming B zijn twee grote concurrenten van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling. Onderneming A heeft een aandeel van 25 % en onderneming B een aandeel van 35 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. Er zijn geen belemmeringen die de overige kleinere concurrenten zouden verhinderen ook een collectieve inkoopregeling op te zetten. De 150 detailhandelaren behalen aanzienlijke kostenbesparingen dankzij de collectieve inkoop via de collectieve inkoopregeling.

Analyse: De collectieve inkoopregeling is geen koperskartel en kwalificeert niet als een beperking van de mededinging naar strekking. Het gecombineerde marktaandeel van de betrokken detailhandelaren op de inkoop- en afzetmarkten overschrijdt de "zachte" safe harbour van 15 %, maar zij worden beperkt door de ondernemingen A en B, die op beide markten een groter marktaandeel hebben. Gezien het gecombineerde marktaandeel van de deelnemers op de inkoopmarkt blijft de kans klein dat de collectieve inkoopregeling investeringen of innovatie door de productleveranciers zal ontmoedigen. Dit hangt echter ook af van de mate van tegenmacht van de verkopende leveranciers op de inkoopmarkt en, in het geval van leveranciers zonder tegenmacht, of zij klantspecifieke investeringen hebben gedaan voor de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling. Hoewel de betrokken detailhandelaren een hoge mate van kostendeling bereiken, is het onwaarschijnlijk dat marktmacht hebben op de afzetmarkt, vanwege de marktsaanwezigheid van ondernemingen A en B, die beide afzonderlijk sterker zijn dan de gezamenlijke detailhandelaren die partij zijn bij de collectieve inkoopregeling. Bijgevolg is het onwaarschijnlijk dat de 150 detailhandelaren in staat zullen zijn om hun gedragingen ten aanzien van verkoopprijzen met succes af te stemmen en op de afzetmarkt tot een heimelijke verstandhouding te komen die hun zou beletten lagere inkooprijzen of gerelateerde kortingen door te geven. De totstandbrenging van de collectieve inkoopregeling zal dus vermoedelijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Bovendien brengt de samenwerking bepaalde efficiëntieverbeteringen teweeg via schaalvoordelen die de verkoopprijzen verder kunnen doen dalen en de detailhandelaren concurrerender maken op de afzetmarkt ten opzichte van de ondernemingen A en B.

314. Kostendeling en marktmacht op de afzetmarkt

Voorbeeld 5

Situatie: Twee concurrerende supermarktketens sluiten een overeenkomst voor de collectieve inkoop van producten die ongeveer 80 % van hun variabele kosten uitmaken. Op de relevante inkoopmarkten voor de diverse soorten producten hebben de partijen een gecombineerd marktaandeel dat varieert van 25 % tot 40 %. Op de relevante afzetmarkt hebben ze een gecombineerd marktaandeel van 60 % en er zijn vier andere grote detailhandelaren, elk met een marktaandeel van 10 %. Dat nieuwkomers de markt betreden is niet erg waarschijnlijk.

Analyse: De inkoopovereenkomst is geen koperskartel en kwalificeert niet als een beperking van de mededinging naar strekking. De kans is echter groot dat deze afnameovereenkomst de partijen de gelegenheid biedt om hun gedrag op de afzetmarkt af te stemmen en dat er zo een heimelijke verstandhouding ontstaat. De partijen hebben marktmacht op de afzetmarkt, gezien het geringe aantal veel kleinere concurrenten op die markt, en de inkoopovereenkomst zorgt voor een aanzienlijke mate van kostendeling. Bovendien is de komst van nieuwkomers op de markt onwaarschijnlijk. De prikkel voor de partijen om hun gedrag op de afzetmarkt te coördineren, zou nog worden versterkt indien hun kostenstructuren vóór het sluiten van de overeenkomst reeds vergelijkbaar waren. Als de partijen vergelijkbare winstmarges hebben, zou dit het risico op een heimelijke verstandhouding nog verder vergroten. Deze overeenkomst houdt ook het risico in dat de partijen de vraag beperken en bijgevolg, als gevolg van lagere inkopen, ook de verkoopvolumes verlagen, waardoor de verkoopprijzen downstream stijgen. De inkoopovereenkomst zal daarom waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Ofschoon de overeenkomst door de aanzienlijke marktmacht van de partijen op de afzetmarkt, meer dan waarschijnlijk tot efficiëntieverbeteringen zal leiden in de vorm van kostenbesparingen, zullen die allicht niet aan de gebruikers worden doorgegeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert. De inkoopovereenkomst zal daarom waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

315. Partijen die op verschillende geografische markten actief zijn

Voorbeeld 6

Situatie: Zes grote detailhandelaren die elk in een andere lidstaat gevestigd zijn, vormen een collectieve inkoopregeling om verscheidene merkproducten op basis van durumtarwemeel gezamenlijk in te kopen. De regeling stelt de detailhandelaren in staat om buiten de samenwerking om andere soortgelijke merkproducten te kopen. De deelnemers aan de collectieve inkoopregeling hebben een gecombineerd marktaandeel van ongeveer 22 % op de relevante inkoopmarkt, die de gehele Unie bestrijkt. Op de inkoopmarkt zijn er drie andere grote kopers met een vergelijkbare omvang als de collectieve inkoopregeling. Elk van de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling heeft een marktaandeel tussen 20 % en 30 % op de afzetmarkten waarop zij actief zijn, namelijk de nationale markten. Geen van de partijen is actief op de afzetmarkt van een lidstaat waar een andere partij actief is. De partijen zijn geen potentiële nieuwkomers op elkaars afzetmarkten.

Analyse: De collectieve inkoopregeling is geen koperskartel en kwalificeert niet als een beperking van de mededinging naar strekking. Door de regeling zullen de betrokken detailhandelaren kunnen concurreren met de andere bestaande grote kopers op de inkoopmarkt en betere prijzen of voorwaarden kunnen verkrijgen dan het geval zou zijn indien zij de producten onafhankelijk zouden inkopen. Gezien het gecombineerde marktaandeel van de deelnemers op de inkoopmarkt blijft de kans klein dat de collectieve inkoopregeling investeringen of innovatie door de productleveranciers zal ontmoedigen. Dit hangt echter ook af van de mate van tegenmacht van de verkopende leveranciers op de inkoopmarkt en, in het geval van leveranciers zonder tegenmacht, of zij klantspecifieke investeringen hebben gedaan voor de inkopers die deelnemen aan de regeling. Vergeleken met de Unie-brede inkoopmarkt zijn de nationale afzetmarkten veel kleiner (qua omzet en geografisch gebied) en op die markten hebben sommige deelnemers aan de regeling mogelijk een zekere mate van marktmacht. Hoewel de leden van de collectieve inkoopregeling een gecombineerd marktaandeel van meer dan 15 % hebben op de inkoopmarkten, kunnen de partijen hun gedrag op de nationale afzetmarkten echter niet coördineren, aangezien zij geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op deze downstreammarkten. De collectieve inkoopregeling zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Maar zelfs als de regeling mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben, voldoet zij waarschijnlijk aan de voorwaarden van de uitzondering van artikel 101, lid 3. De collectieve inkoopregeling leidt tot lagere inkoopkosten die de deelnemers niet zouden kunnen bedingen als zij afzonderlijk over prijzen zouden onderhandelen. Gezien de marktpositie van de individuele deelnemers downstream, waar zij niet op elkaars afzetmarkten actief zijn maar geconfronteerd worden met aanzienlijke concurrentie van andere detailhandelaren (die minstens 70 % van de afzetmarkt in handen hebben), lijkt het waarschijnlijk dat deze lagere aankoopkosten aan gebruikers zullen worden doorgegeven. De deelnemers aan de regeling zouden immers een prikkel moeten hebben om ten minste een deel van de verlaging van de variabele kosten door te geven aan hun eigen klanten door de downstreamverkoop uit te breiden door middel van prijsverlagingen.

316. Informatie-uitwisseling

Voorbeeld 7

Situatie: Drie concurrerende fabrikanten A, B en C belasten een onafhankelijk collectieve inkoopregeling met de inkoop van product Z, een tussenproduct dat door de drie deelnemers aan de collectieve inkoopregeling wordt gebruikt voor hun productie van het eindproduct X. De kostprijs van Z is geen significante kostenfactor bij de productie van X. Alle informatie die noodzakelijk is voor de collectieve inkoop (bv. kwaliteitspecificaties, hoeveelheden, leveringstermijnen, maximale inkooprijzen) wordt alleen meegedeeld aan de collectieve inkoopregeling en gedeeld met de andere deelnemers. De collectieve inkoopregeling komt de aankooprijzen overeen met alle leveranciers van product Z. A, B en C hebben een gecombineerd marktaandeel van 30 % op elk van de inkoop- en afzetmarkten. Zij hebben zes concurrenten op de inkoop- en afzetmarkt, waarvan twee een marktaandeel van 20 % hebben.

Analyse: De collectieve inkoopregeling is geen koperskartel en vormt geen beperking van de mededinging naar strekking. De deelnemers aan de collectieve inkoopregeling hebben samen een gecombineerd marktaandeel van 30 % op zowel de inkoop- als de afzetmarkten, wat duidelijk hoger is dan de "zachte" safe harbour van 15 %. Dit kan hen een aanzienlijke mate van marktmacht geven op zowel de inkoop- als afzetmarkten. De deelnemers aan de regeling hebben echter zowel upstream als downstream te maken met concurrentie van verschillende concurrenten. Ten minste twee van deze concurrenten hebben een aanzienlijke marktpositie (met een marktaandeel van elk 20 %) waardoor zij een effectieve concurrentiedruk kunnen uitoefenen op de deelnemers aan de regeling. Het lijkt daarom onwaarschijnlijk dat de deelnemers aan de collectieve inkoopregeling een aanzienlijke mate van marktmacht hebben op de afzetmarkten om deze concurrenten van de inkoopmarkt te kunnen uitsluiten. Bovendien is de regeling beperkt tot de aankoop van product Z, dat geen belangrijke kostenfactor is voor de productie van product X. Dit betekent dat het geen belangrijke component vormt voor de activiteiten van de partijen op de afzetmarkten en niet zal leiden

tot een hoge mate van kostendeling. A, B en C kopen of produceren nog steeds afzonderlijk de andere inputs voor product X, die belangrijkere kostenfactoren vertegenwoordigen, en zij ondervinden daadwerkelijke concurrentie van de zes overblijvende concurrenten en van elkaar op de markt voor product X.

Daarom is het onwaarschijnlijk dat de collectieve inkoopregeling in strijd is met artikel 101, lid 1, en negatieve gevolgen zal hebben voor de mededinging op de inkoop- en/of afzetmarkten, of hoe dan ook kan voldoen aan de vier cumulatieve voorwaarden van artikel 101, lid 3.

Bovendien valt de uitwisseling van informatie evenmin onder het verbod van artikel 101, lid 1, indien deze objectief noodzakelijk is voor en in verhouding staat tot de collectieve inkoopregeling voor product Z, en uitsluitend betrekking heeft op de parameters die vereist zijn voor de deelnemers aan de overeenkomst om een overeenkomst met leveranciers te sluiten. Aangezien de informatie niet wordt gedeeld tussen de individuele deelnemers, maar alleen in het kader van de collectieve inkoopregeling, is er geen directe informatie-uitwisseling tussen A, B en C, en is het dus onwaarschijnlijk dat de uitwisseling van de informatie zal leiden tot een heimelijke verstandhouding tussen de partijen, in strijd met artikel 101, lid 1.

5. COMMERCIALISERINGSOVEREENKOMSTEN

5.1. Inleiding

317. Commercialiseringsovereenkomsten hebben betrekking op de samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun substitutieproducten. Het toepassingsgebied van dit soort overeenkomsten kan sterk variëren, afhankelijk van de commercialiseringsfuncties die binnen de samenwerking vallen. Aan het ene uiteinde van het spectrum staan de overeenkomsten inzake gezamenlijke afzet, die tot de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs, kunnen leiden. Aan het andere uiteinde zijn er meer beperkte overeenkomsten die alleen betrekking hebben op één bepaalde commercialiseringsfunctie, zoals distributie, aftersales of reclame.
318. Een belangrijke categorie binnen deze meer beperkte overeenkomsten zijn de distributieovereenkomsten. De VGTV en de verticale richtsnoeren zijn in beginsel van toepassing op distributieovereenkomsten, tenzij de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Komen de concurrenten overeen hun substitutieproducten te distribueren (met name indien zij dit op verschillende geografische markten doen), dan bestaat in bepaalde gevallen het risico dat deze overeenkomsten de opdeling van de markten tussen de partijen als voorwerp of gevolg hebben, of dat zij tot een heimelijke verstandhouding leiden. Dit kan het geval zijn voor zowel wederkerige overeenkomsten als niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten, die dus eerst moeten worden getoetst aan de in dit hoofdstuk uiteengezette beginselen. Indien deze toetsing tot de conclusie leidt dat een samenwerking tussen concurrenten op distributiegebied in beginsel aanvaardbaar zou zijn, zal een verdere beoordeling van de verticale beperkingen in dergelijke overeenkomsten noodzakelijk zijn. Deze tweede stap van de beoordeling moet worden gebaseerd op de beginselen die in de verticale richtsnoeren zijn uiteengezet.
319. De enige uitzondering op deze in het vorige punt genoemde tweestapsbenadering is het geval van een niet-wederkerige distributieovereenkomst tussen concurrenten waarbij a) de leverancier een producent, groothandelaar of importeur en een distributeur van goederen is, terwijl de koper een distributeur is die geen concurrent op productie-, groothandels- of importniveau is, of b) de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de koper zijn diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrent is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt⁽²¹⁴⁾. In die scenario's kan de distributieovereenkomst profiteren van de VGTV, in welk geval deze richtsnoeren niet van toepassing zijn⁽²¹⁵⁾. Punt 43 biedt verdere richtlijnen met betrekking tot de algemene relatie tussen deze richtsnoeren en de VGTV en de verticale richtsnoeren.

⁽²¹⁴⁾ Artikel 2, lid 4, VGTV.

⁽²¹⁵⁾ De vrijstelling bedoeld in artikel 2, lid 4, VGTV, is niet van toepassing op i) de uitwisseling van informatie tussen de leverancier en de koper die ofwel niet rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst of niet noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren, of die aan geen van deze twee voorwaarden voldoet (artikel 2, lid 5, VGTV) of op ii) verticale overeenkomsten met betrekking tot de levering van onlinetussenhandelsdiensten waarbij de aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten een concurrerende onderneming is op de relevante markt voor de verkoop van goederen of diensten via tussenhandel (artikel 2, lid 6, van de VGTV). In deze gevallen zijn deze richtsnoeren van toepassing naast de verticale richtsnoeren. Dergelijke informatie-uitwisselingen en overeenkomsten vereisen een individuele beoordeling op grond van artikel 101. De verticale richtsnoeren kunnen relevant zijn voor de beoordeling van eventuele verticale beperkingen, terwijl deze richtsnoeren relevante richtlijnen kunnen bieden voor de beoordeling van een mogelijke resulterende heimelijke verstandhouding.

320. Verder moet onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarbij de partijen zich alleen verbinden tot gezamenlijke commercialisering en overeenkomsten waarbij de commercialisering verband houdt met een andere vorm van samenwerking upstream, zoals gezamenlijke productie of collectieve inkoop. Bij het onderzoek van commercialiseringsovereenkomsten waarbij samenwerking in verschillende stadia wordt gecombineerd, moet de beoordeling worden uitgevoerd overeenkomstig de punten 6, 7 en 8.
321. In Verordening (EU) nr. 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten zijn uitzonderingen opgenomen op de toepassing van artikel 101, lid 1, op de commercialisering van landbouwproducten ⁽²¹⁶⁾.

5.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

5.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

322. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen op uiteenlopende wijzen leiden tot een beperking van de mededinging. Ten eerste zijn prijsafspraken het meest voor de hand liggende gevolg van commercialiseringsovereenkomsten.
323. Ten tweede kunnen commercialiseringsovereenkomsten ook productiebeperkingen in de hand werken, omdat de partijen kunnen beslissen over de hoeveelheid producten die op de markt wordt gebracht, waardoor zij het aanbod kunnen beperken.
324. Ten derde kunnen commercialiseringsovereenkomsten voor de partijen een middel worden om de markten te verdelen of bestellingen dan wel afnemers onderling toe te wijzen, bijvoorbeeld wanneer de productielocaties van de partijen gevestigd zijn in verschillende geografische markten of wanneer het om wederkerige overeenkomsten gaat.
325. Ten vierde kunnen commercialiseringsovereenkomsten ook leiden tot een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie over aspecten die binnen of buiten het bestek van de samenwerking vallen of tot kostendeling — met name bij overeenkomsten die geen prijsafspraken behelzen — hetgeen in een heimelijke verstandhouding kan resulteren.
326. Een commercialiseringsovereenkomst zal daarentegen doorgaans geen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren indien zij objectief gezien noodzakelijk is om een partij in staat te stellen een markt te betreden die zij alleen niet had kunnen betreden, of die zij niet had kunnen betreden met een kleiner aantal partijen dan die welke aan de samenwerking deelnemen, bijvoorbeeld wegens de daaraan verbonden kosten. In een dergelijk scenario zijn de partijen bij de overeenkomst niet elkaars potentiële of daadwerkelijke concurrenten en zal de overeenkomst derhalve niet tot gevolg hebben dat de concurrentie tussen hen wordt beperkt.
327. Bij de beoordeling van een wederkerige commercialiseringsovereenkomst moet met name worden nagegaan of de partijen objectief gezien de betrokken overeenkomst nodig hebben om elkaars markten te betreden. Is dit het geval, dan zal de overeenkomst geen mededingingsbezwaren opleveren. Indien een partij echter zonder de overeenkomst de markt van een andere partij kan betreden en de overeenkomst de beslissingsautonomie van de eerste partij met betrekking tot de mogelijkheid om de markt van de andere partij te betreden, vermindert, zal dit waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Hetzelfde principe is van toepassing op niet-wederkerige commercialiseringsovereenkomsten. Het risico van mededingingsbeperkende gevolgen is echter minder groot voor niet-wederkerige overeenkomsten, aangezien er voor de partijen minder prikkels zijn om markten of klanten toe te wijzen.

5.2.2. Beperkingen van de mededinging naar strekking

328. Allereerst leiden commercialiseringsovereenkomsten tot een beperking van de mededinging naar strekking indien ze als instrument fungeren om deel te nemen aan een verkapt kartel. In ieder geval zullen commercialiseringsovereenkomsten waarbij sprake is van prijsafspraken, productiebeperkingen of marktopdeling waarschijnlijk de beperking van de mededinging tot doel hebben, behalve als die beperkingen ondergeschikt zijn aan het hoofddoel van de overeenkomst en wanneer dat hoofddoel buiten het verbod van artikel 101, lid 1, valt.
329. Een van de belangrijkste mededingingsbezwaren die bij commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten rijzen, zijn de onderlinge prijsafspraken. Overeenkomsten die zich beperken tot gezamenlijke verkoop, en in het algemeen commercialiseringsovereenkomsten die voorzien in gezamenlijke prijsvaststelling, leiden doorgaans tot de coördinatie van het prijsstellingsbeleid van concurrerende producenten of dienstverleners. Bij dergelijke overeenkomsten wordt niet alleen de prijsconcurrentie tussen de partijen met betrekking tot hun substitutieproducten uitgeschakeld, maar kan tevens de totale hoeveelheid producten worden beperkt die door de partijen in het kader van een systeem van toewijzing van bestellingen moet worden geleverd. Dergelijke overeenkomsten hebben daarom waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking.

⁽²¹⁶⁾ Zie ook punt 47.

330. Deze beoordeling verandert niet wanneer de overeenkomst niet-exclusief is (d.w.z. wanneer het de partijen vrij staat individueel buiten de overeenkomst om te verkopen), voor zover kan worden geconcludeerd dat de overeenkomst tot coördinatie van de door de partijen aan alle of een deel van hun klanten berekende prijzen zal leiden.
331. Ook productiebeperkingen vormen een belangrijk mededingingsbezwaar dat kan voortvloeien uit commercialiseringsovereenkomsten. Wanneer de partijen bij de overeenkomst gezamenlijk beslissen over de hoeveelheid op de markt te brengen producten, zou het beschikbare aanbod van de contractproducten kunnen worden verminderd, hetgeen de prijs ervan verhoogt. Elke partij bij de overeenkomst zou in beginsel zelfstandig moeten kunnen beslissen om de productie te verhogen of te verlagen om aan de marktvraag te voldoen. Het risico op productiebeperkingen is beperkter in het geval van niet-exclusieve commercialiseringsovereenkomsten, zolang de partijen vrij en daadwerkelijk beschikbaar blijven om individueel aan eventuele extra vraag te voldoen, en op voorwaarde dat de overeenkomst niet zal leiden tot een coördinatie van het leveringsbeleid van de partijen.
332. Commercialiseringsregelingen tussen partijen die actief zijn op verschillende geografische markten of ten opzichte van verschillende categorieën klanten kunnen ook worden gebruikt als instrument voor marktopdeling. Indien de partijen gebruikmaken van een wederkerige commercialiseringsovereenkomst om elkaars producten te distribueren, en zo daadwerkelijke of potentiële onderlinge concurrentie uit te schakelen door markten of klanten toe te wijzen, mag ervan worden uitgegaan dat deze overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft. Is de overeenkomst niet wederkerig, dan is het risico op marktopdeling minder groot. Er moet evenwel worden nagegaan of de niet-wederkerige overeenkomst de basis vormt voor een onderlinge afspraak tussen de partijen om elkaars markt niet te betreden.

5.2.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

333. Een commercialiseringsovereenkomst die geen mededingingsbeperkende strekking heeft, kan desalniettemin mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Om de gevolgen van commercialiseringsovereenkomsten op de mededinging te beoordelen, moet rekening worden gehouden met de in punt 32 genoemde factoren en met de volgende aanvullende richtlijnen die specifiek betrekking hebben op dit soort overeenkomsten.
334. Om de gevolgen van een commercialiseringsovereenkomst te beoordelen, moeten de relevante product- en geografische markten worden afgebakend en moeten de respectieve posities van de partijen op die markten worden bepaald. De markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, zijn de markten waartoe de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, behoren en waar de partijen deze producten gezamenlijk commercialiseren. Aangezien een commercialiseringsovereenkomst op een bepaalde markt ook gevolgen kan hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op naburige markten die nauw verbonden zijn met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (spill-overmarkten), moeten in voorkomend geval echter ook die naburige markten worden afgebakend ⁽²¹⁷⁾.
335. In gevallen waarin commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten geen mededingingsbeperkende strekking hebben, zullen zij slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de partijen een zekere mate van marktmacht bezitten. Om te beoordelen of de partijen over dergelijke marktmacht beschikken, moet rekening worden gehouden met het mogelijke bestaan van tegenmacht van hun klanten. Wanneer de partijen gezamenlijk marktmacht hebben, is het in het algemeen waarschijnlijk dat zij in staat zullen zijn om de prijzen te verhogen of de productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie te verminderen. Daarnaast bundelen de partijen in het kader van een commercialiseringsovereenkomst (een deel van) hun marktgerelateerde activiteiten, namelijk activiteiten die een directe impact hebben op hun klanten. Deze directe impact op klanten verhoogt het risico dat commercialiseringsovereenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen hebben.

5.2.3.1. Heimelijke verstandhouding

336. Een gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst die geen prijsafspraken, productiebeperkingen of marktopdeling behelst, kan toch mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de mate waarin de partijen variabele kosten delen, stijgt tot een niveau waarop een heimelijke verstandhouding het logische gevolg is. Dit is waarschijnlijk het geval wanneer de partijen voorafgaand aan de overeenkomst reeds een groot deel van hun variabele kosten met elkaar gemeen hebben. In dat scenario kan de extra toename van de gedeelde kosten (namelijk de commercialiseringskosten van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft), zelfs als deze beperkt is, de balans doen doorslaan naar een heimelijke verstandhouding. Indien daarentegen de gedeelde kosten sterk toenemen, zal het risico dat het tot een heimelijke verstandhouding komt wellicht groot zijn, zelfs indien het oorspronkelijke niveau van kostendeling laag is.

⁽²¹⁷⁾ Bijvoorbeeld in het geval van een commercialiseringsovereenkomst op een specifieke geografische markt, andere geografische markten waar de partijen bij de overeenkomst ook actief zijn, of markten voor de levering van componenten die gezamenlijk zijn ingekocht voor de commercialisering van de contractproducten.

337. De waarschijnlijkheid dat er een heimelijke verstandhouding tot stand komt, hangt af van de marktmacht van de partijen en van de kenmerken van de relevante markt. Kostendeling kan het risico op een heimelijke verstandhouding alleen doen toenemen als de partijen marktmacht hebben en als de commercialiseringskosten een groot deel van de variabele kosten voor de betrokken producten vertegenwoordigen. Het delen van de commercialiseringskosten doet het risico op een heimelijke verstandhouding toenemen als de commercialiseringsovereenkomst betrekking heeft op producten waarvan de commercialisering veel kosten meebrengt, bijvoorbeeld hoge distributie- of marketingkosten. Bijgevolg kunnen zelfs overeenkomsten die beperkt zijn tot gezamenlijke reclame of gezamenlijke promotie, mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien deze activiteiten een aanzienlijk deel van de variabele kosten van het product uitmaken.
338. Voor de uitvoering van een gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst kan het nodig zijn commercieel gevoelige informatie uit te wisselen, met name over marketingstrategie en prijsstelling. Indien de commercialiseringsovereenkomst zelf niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging, valt ook een informatie-uitwisseling die een aanvulling is op die overeenkomst niet onder dat verbod⁽²¹⁸⁾. Dit is het geval als de informatie-uitwisseling objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de commercialiseringsovereenkomst en in verhouding staat tot de doelstellingen ervan⁽²¹⁹⁾. Indien de informatie-uitwisseling verder gaat dan wat objectief noodzakelijk is om de commercialiseringsovereenkomst uit te voeren of niet evenredig is aan de doelstellingen ervan, moet zij worden beoordeeld aan de hand van de richtlijnen in hoofdstuk 6⁽²²⁰⁾. Indien de informatie-uitwisseling onder artikel 101, lid 1, valt, kan deze nog steeds voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

5.2.3.2. Samenwerking die doorgaans geen bezwaren oplevert

339. Zoals reeds gezegd in punt 335, kunnen commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten die geen mededingingsbeperkende strekking hebben doorgaans alleen mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de partijen een zekere marktmacht bezitten. In de meeste van die gevallen is het onwaarschijnlijk dat er marktmacht zou bestaan wanneer de partijen bij de overeenkomst een gecombineerd marktaandeel van ten hoogste 15 % hebben op de markt(en) waar ze de contractproducten gezamenlijk commercialiseren. Bij een gezamenlijk marktaandeel van de partijen van minder dan 15 % is het hoe dan ook waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.
340. Wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen meer dan 15 % bedraagt, kan niet worden verondersteld dat hun overeenkomst geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft en moet dus worden nagegaan welke gevolgen de gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst waarschijnlijk voor de relevante markt(en) zal hebben.

5.3. Toetsing aan artikel 101, lid 3

5.3.1. Efficiëntieverbeteringen

341. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Met welke efficiëntieverbeteringen rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de vraag of een commercialiseringsovereenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, hangt af van de aard van de samenwerking en de partijen bij de samenwerking. Prijsafspraken kunnen over het algemeen niet worden gerechtvaardigd, tenzij deze onmisbaar zijn voor de integratie van andere marketingfuncties en deze integratie een aanmerkelijke efficiëntieverbetering oplevert. Gezamenlijke distributie kan aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren, die voortkomen uit toepassings- en schaalvoordelen, met name voor kleinere producenten of groepen onafhankelijke detailhandelaren, bijvoorbeeld wanneer ze profiteren van nieuwe distributieplatforms om te concurreren met grotere marktpartijen. Gezamenlijke distributie kan met name worden gebruikt om milieudoelstellingen te bereiken, die kunnen leiden tot efficiëntieverbeteringen in de zin van artikel 101, lid 3, op voorwaarde dat ze objectief, concreet en verifieerbaar zijn⁽²²¹⁾. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen ook bijdragen aan een veerkrachtige interne markt en efficiëntieverbeteringen ten voordele van gebruikers opleveren doordat ze de afhankelijkheid van bepaalde producten en/of tekorten en verstoringen in toeleveringsketens beperken, bijvoorbeeld wanneer ze een partij in staat stellen een markt te betreden die zij niet onafhankelijk had kunnen betreden.
342. De efficiëntieverbeteringen moeten het gevolg zijn van de integratie van de economische activiteiten van de partijen. Besparingen die uitsluitend voortvloeien uit de eliminatie van kosten die inherent deel uitmaken van de concurrentie, kunnen niet in aanmerking worden genomen. Een verlaging van de vervoerskosten die alleen voortvloeit uit de toewijzing van klanten zonder integratie van de logistieke systemen van de partijen, kan daarom niet worden beschouwd als een efficiëntieverbetering in de zin van artikel 101, lid 3.

⁽²¹⁸⁾ Arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89.

⁽²¹⁹⁾ Zie ook afdeling 1.2.6 over nevenrestricties.

⁽²²⁰⁾ Zie ook punt 6.

⁽²²¹⁾ Zie met name hoofdstuk 9, punt 559, over duurzaamheidsovereenkomsten.

343. De efficiëntieverbeteringen moeten worden aangetoond door de partijen bij de overeenkomst. De inbreng door de partijen van aanzienlijk kapitaal, technologie of andere activa voor de gezamenlijke commercialisering zou in dit verband een belangrijk element zijn. Kostenbesparingen dankzij minder duplicatie van middelen en faciliteiten kunnen eveneens worden aanvaard. Wanneer de gezamenlijke commercialisering echter niet meer inhoudt dan een verkoopbureau en er geen investeringen worden gedaan, zal deze waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

5.3.2. Onmisbaarheid

344. Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een commercialiseringsovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Onmisbaarheid is met name van belang voor overeenkomsten die betrekking hebben op prijsafspraken of markt-opdeling, wat slechts in uitzonderlijke omstandigheden als onmisbaar kan worden beschouwd.

5.3.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

345. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de commercialiseringsovereenkomst te compenseren. Dit kan gebeuren in de vorm van lagere prijzen dan wel een betere productkwaliteit of -diversiteit. Hoe groter echter de marktmacht van de partijen, hoe kleiner de kans dat efficiëntieverbeteringen aan de gebruikers wordt doorgegeven in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen. Indien de partijen een gecombineerd marktaandeel van minder dan 15 % hebben, is de kans groot dat alle efficiëntieverbeteringen die uit de overeenkomst voortvloeien, in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven.

5.3.4. Geen uitschakeling van de mededinging

346. Aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen de mogelijkheid krijgen de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. De naleving van deze voorwaarde moet worden beoordeeld met betrekking tot alle relevante markten, namelijk de markten waartoe de producten waarop de samenwerking betrekking heeft en eventuele spill-overmarkten.

5.4. Inschrijvende consortia

347. De term “inschrijvend consortium” verwijst naar een situatie waarbij twee of meer partijen gezamenlijk inschrijven op een openbare of particuliere aanbesteding ⁽²²²⁾.
348. Ten behoeve van dit deel moet onderscheid worden gemaakt tussen inschrijvende consortia en manipulatie van aanbestedingsprocedures (of collusie bij aanbestedingsprocedures), wat verwijst naar illegale overeenkomsten tussen marktpartijen met als doel de concurrentie bij aanbestedingsprocedures te verstoren. Manipulatie van aanbestedingsprocedures is een van de ernstigste mededingingsbeperkingen, die een beperking naar strekking vormt, en kan verschillende vormen aannemen, zoals het vooraf overeenkomen van de inhoud van de inschrijvingen van elke partij (met name de prijs) om het resultaat van de gunningsprocedure te beïnvloeden, het afzien van het indienen van een inschrijving, het verdelen van de markt op basis van geografie, de aanbestedende dienst of het voorwerp van de aanbesteding, of het opzetten van roulatieschema's voor een reeks procedures. Het doel van al deze praktijken is een vooraf bepaalde inschrijver in staat te stellen een opdracht in de wacht te slepen en tegelijkertijd de indruk te wekken dat er bij de procedure werkelijk sprake was van mededinging ⁽²²³⁾. Op grond van de mededingingswetgeving is manipulatie van aanbestedingsprocedures een vorm van kartelvorming die bestaat uit het manipuleren van een aanbestedingsprocedure om een opdracht in de wacht te slepen ⁽²²⁴⁾.

⁽²²²⁾ Samenwerking bij inschrijvingen kan worden gerealiseerd via onderaanneming, waarbij de officiële bidder overeenkomt om, in het geval van toewijzing, een deel van de activiteit uit te besteden aan een of meer andere partijen, of via een consortium, waarbij alle consortiumpartners gezamenlijk deelnemen aan de aanbestedingsprocedure, doorgaans met een speciaal voor de aanbestedingsprocedure opgerichte juridische entiteit. Bij een overheidsopdracht is het verschil tussen onderaanneming en een consortium dat, in het eerste geval, de hoofdaannemer de namen van zijn onderaannemers mogelijk niet onmiddellijk hoeft te delen, terwijl bij een consortium de namen van de consortiumleden onmiddellijk bekend worden gemaakt aan de aanbestedende dienst. Uit oogpunt van mededingingsrecht vormen onderaanneming en consortia allebei gezamenlijke inschrijvingen. In deze afdeling wordt eenvoudigheidshalve de term “inschrijvend consortium” gebruikt. Bovendien moet een onderscheid worden gemaakt tussen situaties waarin i) de onderaanneming is overeengekomen vóór de inschrijving, en ii) de onderaanneming wordt overeengekomen en aangegaan nadat de opdracht is gegund. Over het algemeen komt onderaanneming alleen in de eerste situatie neer op een gezamenlijke inschrijving en in sommige situaties op een vorm van manipulatie van aanbestedingsprocedures.

⁽²²³⁾ Mededeling van de Commissie over instrumenten ter bestrijding van collusie bij overheidsopdrachten en over richtsnoeren voor de toepassing van de desbetreffende uitsluitingsgrond (PB C 91 van 18.3.2021, blz. 1).

⁽²²⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10, punt 35.

349. Bij manipulatie van aanbestedingsprocedures is doorgaans geen sprake van gezamenlijke inschrijving. Het is eerder een heimelijke of stilzwijgende overeenkomst tussen potentiële deelnemers om hun ogenschijnlijke individuele beslissingen over deelname aan de aanbestedingsprocedure te coördineren. In sommige gevallen is het onderscheid tussen manipulatie van aanbestedingsprocedures en rechtmatige vormen van gezamenlijke inschrijving niet eenvoudig te maken, met name in het geval van onderaanneming. Zo kunnen gevallen waarbij twee inschrijvers als onderaannemer voor elkaar optreden wijzen op collusie, aangezien onderaannemingsovereenkomsten de partijen gewoonlijk in staat stellen elkaars financiële bod te kennen, waardoor er twijfel ontstaat de onafhankelijkheid van de partijen bij het formuleren van hun eigen inschrijvingen. Er bestaat echter geen algemeen vermoeden dat onderaanneming tussen inschrijvers die aan dezelfde procedure deelnemen, collusie tussen de betrokken ondernemingen inhoudt ⁽²²⁵⁾.
350. Bij overeenkomsten tussen inschrijvende consortia kan sprake zijn van een aanzienlijke mate van integratie van middelen en activiteiten door de partijen met het oog op deelname aan de aanbestedingsprocedure, met name wanneer vormen van gezamenlijke productie zijn opgenomen in de activiteit waarop de aanbestedingsprocedure betrekking heeft. In situaties waarin de gezamenlijke commercialisering slechts bijkomstig is ten opzichte van de integratie van de productieactiviteiten van de partijen (gezamenlijke productie), ligt het zwaartepunt van de overeenkomst bij de productie en moet de beoordeling uit mededingingsoogpunt worden uitgevoerd in overeenstemming met de regels en richtlijnen die gelden voor gezamenlijke productieovereenkomsten. In dergelijke situaties worden prijsafspraken voor de contractproducten of -diensten over het algemeen niet als een beperking naar strekking beschouwd en zal een beoordeling van de neveneffecten noodzakelijk zijn (zie punt 223 over productieovereenkomsten).
351. In beginsel moeten overeenkomsten tussen inschrijvende consortia die voornamelijk of uitsluitend voorzien in gezamenlijke commercialisering echter worden beschouwd als commercialiseringsovereenkomsten en derhalve worden beoordeeld overeenkomstig de in dit hoofdstuk uiteengezette beginselen.
352. Een overeenkomst tussen inschrijvende consortia — ongeacht de juridische kwalificatie ervan — beperkt de mededinging niet in de zin van artikel 101, lid 1, als deze de partijen in staat stelt om deel te nemen aan projecten die ze individueel niet zouden kunnen uitvoeren. In dat scenario zijn de partijen bij de overeenkomst tussen inschrijvende consortia geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten voor de uitvoering van het project. Dit kan het geval zijn wanneer de partij bij een overeenkomst tussen inschrijvende consortia verschillende diensten leveren die complementair zijn wat betreft de deelname aan de aanbestedingsprocedure. Dit kan ook het geval zijn als de partijen bij de overeenkomst tussen inschrijvende consortia weliswaar allemaal op dezelfde markt(en) actief zijn, maar het project individueel niet kunnen uitvoeren, bijvoorbeeld vanwege de omvang van het project of de complexiteit ervan.
353. De beoordeling of de partijen afzonderlijk kunnen meedingen in een aanbestedingsprocedure, waardoor ze concurrenten zijn, hangt bovenal af van de aanbestedingsvereisten. De louter theoretische mogelijkheid om de contractwerkzaamheden alleen te verrichten maakt de partijen echter niet automatisch tot concurrenten: er moet worden beoordeeld of elke partij realistisch gezien in staat is om het contract zelf uit te voeren, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de zaak, zoals de omvang en capaciteiten van de onderneming, het financiële risico dat door het project wordt veroorzaakt, het niveau van de investeringen die nodig zijn voor het project, en de huidige en toekomstige capaciteit van de onderneming, beoordeeld in het licht van de contractuele vereisten ⁽²²⁶⁾.
354. Wanneer aanbestedingsprocedures voorzien in de mogelijkheid om in te schrijven op delen van de opdracht (percelen), moeten ondernemingen die capaciteit hebben om op een of meer percelen in te schrijven — maar vermoedelijk niet voor de hele aanbesteding — worden aangemerkt als concurrenten en is artikel 101, lid 1, in beginsel van toepassing. In dit soort situaties rechtvaardigen ondernemingen hun medewerking aan de overeenkomst tussen inschrijvende consortia vaak op basis van het feit dat zij op de hele opdracht kunnen inschrijven en daardoor een gecombineerde korting voor de hele opdracht kunnen bieden. Dit neemt echter niet weg dat de partijen concurrenten zijn voor ten minste een deel van de aanbestedingsprocedure en dat artikel 101, lid 1, dus van toepassing is. Eventuele gestelde efficiëntieverbeteringen met betrekking tot de gezamenlijke inschrijving op het volledige contract moeten worden beoordeeld overeenkomstig de voorwaarden van artikel 101, lid 3.
355. Als niet kan worden uitgesloten dat de partijen bij de overeenkomst tussen inschrijvende consortia elk afzonderlijk aan de aanbestedingsprocedure kunnen deelnemen (of als de overeenkomst tussen inschrijvende consortia meer partijen omvat dan noodzakelijk), kan de gezamenlijke inschrijving de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1. Dit kan zelfs het geval zijn als slechts één partij bij de overeenkomst afzonderlijk kan inschrijven.

⁽²²⁵⁾ Mededeling van de Commissie over instrumenten ter bestrijding van collusie bij overheidsopdrachten en over richtsnoeren voor de toepassing van de desbetreffende uitsluitingsgrond, afdeling 5.6.

⁽²²⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a./Competition and Markets Authority, C-307/18, EU: C:2020:52, punt 39.

356. In het algemeen is het in gevallen waarin artikel 101, lid 1, van toepassing is op een gezamenlijke inschrijving, noodzakelijk om een individuele beoordeling van de overeenkomst tussen inschrijvende consortia uit te voeren, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante factoren, waaronder de positie van de partijen op de relevante markt, het aantal en de marktpositie van de andere waarschijnlijke deelnemers aan de aanbestedingsprocedure, de inhoud van de overeenkomst tussen inschrijvende consortia, de betrokken producten of diensten en de marktomstandigheden.
357. Er kan sprake zijn van een beperking naar strekking of naar gevolgen, afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst en van de specifieke omstandigheden van de zaak. In het algemeen en voor inschrijvende consortia die als commercialiseringsovereenkomsten moeten worden beschouwd, zijn de opmerkingen in de punten 328-340 van toepassing. Daarnaast geldt het volgende:
- a) in omstandigheden waarin twee (of meer) partijen afzonderlijk kunnen inschrijven en er geen significante mate van integratie van middelen en activiteiten van de partijen is, zou een gezamenlijke inschrijving in principe een mededingingsbeperkende strekking hebben, omdat het gaat om de vaststelling van prijzen tussen concurrenten en deze bepaling geen aanvulling lijkt op een echte samenwerking tussen de partijen;
 - b) in het geval van overeenkomsten tussen inschrijvende consortia met meer partijen dan noodzakelijk is, kan, indien er maar één partij is die afzonderlijk zou kunnen inschrijven, het enkele feit dat er meer partijen zijn dan noodzakelijk in beginsel niet voldoende zijn om een mededingingsbeperkende strekking vast te stellen, aangezien het mogelijk is dat de partijen geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Er kunnen echter andere redenen zijn een dergelijke consortiumovereenkomst als een beperking naar strekking te beschouwen, bijvoorbeeld als een partij die individueel had kunnen inschrijven een gezamenlijke inschrijvingsregeling aangaat met een of meer andere partijen met het specifieke doel een concurrerend gezamenlijke inschrijving van die andere partijen, zelfs samen met een derde, uit te sluiten;
 - c) wat de mededingingsbeperkende gevolgen betreft, en bij ontbreken van een beperking naar strekking, hangt de vraag of dit soort gezamenlijke offertes de mededinging kunnen beperken af van een specifieke beoordeling van, onder andere, hoe de mededinging zich realistisch gezien het best zou ontwikkelen zonder de betrokken overeenkomst tussen inschrijvende consortia;
 - d) alleen de informatie die strikt noodzakelijk is voor de formulering van de inschrijving en de uitvoering van het contract mag tussen de deelnemers aan het consortium worden gedeeld. Bovendien moet de verspreiding van de informatie worden beperkt tot relevante medewerkers op een “need-to-know”-basis.
358. In ieder geval kan een overeenkomst tussen inschrijvende consortia tussen concurrenten waarop artikel 101, lid 1, van toepassing is, voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Wat efficiëntieverbeteringen betreft, kunnen deze de vorm aannemen van lagere prijzen, maar ook betere kwaliteit, een ruimere keuze of snellere realisatie van de betrokken producten of diensten waarop de aanbestedingsprocedure van toepassing is. Daarnaast moet aan alle overige voorwaarden van artikel 101, lid 3, worden voldaan (onmisbaarheid, voordelen doorgegeven aan gebruikers en geen uitschakeling van de mededinging). Bij aanbestedingsprocedures hangen deze voorwaarden vaak onderling samen: de efficiëntieverbeteringen van een gezamenlijke inschrijving via een overeenkomst tussen inschrijvende consortia kunnen eenvoudiger worden doorgegeven aan gebruikers — in de vorm van lagere prijzen of betere kwaliteit van het aanbod — als de mededinging ten aanzien van het binnenhalen van de opdracht niet wordt uitgeschakeld en andere relevante concurrenten aan de aanbestedingsprocedure deelnemen.
359. In wezen is aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldaan als de gezamenlijke inschrijving de partijen in staat stelt om een bod in te dienen dat — in termen van prijs en/of kwaliteit — concurrerender is dan het bod dat ze afzonderlijk zouden hebben ingediend, en de voordelen voor de aanbestedende dienst en de eindgebruikers opwegen tegen de mededingingsbeperkingen. Efficiëntieverbeteringen moeten worden doorgegeven aan gebruikers en voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, als ze slechts ten goede komen aan de partijen bij de overeenkomst tussen inschrijvende consortia.

5.5. Voorbeelden

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

Voorbeeld 1

Situatie: Vier ondernemingen die in een grote stad dicht bij de grens van een andere lidstaat wasserijdiensten aanbieden, elk met een marktaandeel van 3 % van de totale wasserijmarkt in die stad, komen overeen een gemeenschappelijke marketingafdeling op te richten voor de verkoop van wasserijdiensten aan institutionele klanten (d.w.z. hotels, ziekenhuizen en kantoren), met behoud van hun onafhankelijkheid en de vrijheid om elkaar te beconcurreren voor lokale, individuele klanten. Om zich te richten op dit nieuwe segment (institutionele klanten) ontwikkelen zij een gemeenschappelijke merknaam, een gemeenschappelijke prijs en gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, waaronder geplande leveringen en een maximale levertijd van 24 uur. Zij zetten een gemeenschappelijk callcenter op waarnaar institutionele klanten kunnen bellen om te vragen om ophaling en/of levering. Zij nemen een receptionist (voor het callcenter) en verscheidene chauffeurs in dienst. Voorts investeren zij in bestelwagens voor ophaling en levering en in merkpromotie, om hun naamsbekendheid te vergroten. De overeenkomst zorgt niet voor een algehele eliminering van hun afzonderlijke infrastructuurkosten (zij behouden elk hun eigen bedrijfsgebouwen en concurreren nog met elkaar om individuele lokale klanten), maar levert wel schaalvoordelen op en stelt hen in staat een vollediger assortiment aan diensten aan te bieden aan een nieuwe categorie klanten, waarvoor langere openingstijden en leveranties binnen een groter geografisch gebied nodig zijn. Met het oog op de levensvatbaarheid van het project is het noodzakelijk dat alle vier ondernemingen de overeenkomst aangaan. De markt is zeer versnipperd, en geen enkele individuele concurrent heeft een marktaandeel van meer dan 15 %.

Analyse: Hoewel het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kleiner is dan 15 %, brengt het feit dat de overeenkomst voorziet in prijsafspraken toch mee dat artikel 101, lid 1, van toepassing is. Aangezien de partijen actief zijn in een grote stad dicht bij de grens van een andere lidstaat, wordt aangenomen dat de handel tussen de lidstaten zal worden beïnvloed. De partijen zouden echter niet in staat zijn geweest wasserijdiensten aan te bieden aan institutionele klanten, noch individueel, noch in samenwerking met een kleiner aantal partijen dan de vier die aan de overeenkomst deelnemen. Aangezien de beperking van de prijsafspraken kan worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en het welslagen van het project, lijkt deze beperking ondergeschikt te zijn aan het hoofddoel van de overeenkomst, dat niet mededingingsbeperkend is en over het algemeen geen aanleiding geeft tot mededingingsbezwaren.

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

Voorbeeld 2

Situatie: De feitelijke omstandigheden zijn dezelfde als in voorbeeld 1 in punt 360, met één belangrijk verschil: met het oog op de levensvatbaarheid van het project had de overeenkomst kunnen worden uitgevoerd door slechts drie van de partijen (in plaats van de vier daadwerkelijk bij de samenwerking betrokken partijen).

Analyse: Hoewel het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kleiner is dan 15 %, is artikel 101, lid 1, om dezelfde redenen van toepassing als hierboven uiteengezet in voorbeeld 1. De overeenkomst had door minder dan de vier partijen kunnen worden uitgevoerd. Aangezien geen van de partijen het project alleen had kunnen uitvoeren, is het feit dat er meer partijen zijn dan nodig is misschien niet voldoende om te stellen dat de overeenkomst een beperking naar strekking heeft, tenzij de overeenkomst bedoeld is om een concurrerend initiatief waarbij een van de partijen betrokken is, te voorkomen. Wat eventuele beperkende gevolgen betreft, is een contrafeitelijke analyse noodzakelijk. In ieder geval kan de overeenkomst worden beoordeeld op grond van artikel 101, lid 3. De overeenkomst levert efficiëntieverbeteringen op, aangezien de partijen nu betere dienstverlening op grotere schaal kunnen aanbieden aan een nieuwe categorie klanten (iets wat zij anders individueel niet hadden kunnen doen). Gelet op het gecombineerde marktaandeel van de partijen van minder dan 15 % zullen zij de behaalde efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk in voldoende mate aan de gebruikers doorgeven. Voorts moet worden nagegaan of de door de overeenkomst opgelegde beperkingen onmisbaar zijn om de efficiëntieverbeteringen te behalen en of de overeenkomst de mededinging niet uitschakelt. Aangezien de overeenkomst beoogt een meer volledige dienstverlening aan te bieden (onder meer ophaling en aflevering, wat voorheen niet werd aangeboden) aan een nieuwe categorie klanten, onder één merknaam en met gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, kunnen de prijsafspraken worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en derhalve voor het welslagen van het project en de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen. Gezien de versnippering van de markt zal de overeenkomst de mededinging overigens niet uitschakelen. Het feit dat er vier partijen bij de overeenkomst betrokken zijn (in plaats van de drie die strikt genomen noodzakelijk waren geweest) zorgt voor een grotere capaciteit en helpt om gelijktijdig aan de vraag van meerdere institutionele klanten te voldoen met inachtneming van de standaardvoorwaarden (d.w.z. het halen van de maximumleveringstijden).

Daardoor is het waarschijnlijk dat de efficiëntieverbeteringen de mededingingsbeperkende gevolgen compenseren die voortvloeien uit de verminderde concurrentie tussen de partijen, en dat de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

362. Gemeenschappelijk internetplatform

Voorbeeld 3

Situatie: Een aantal kleine speciaalzaken verspreid over een lidstaat zet gezamenlijk een elektronisch webplatform op voor de promotie, verkoop en levering van fruitmanden. Er zijn een aantal concurrerende webshops met vergelijkbare en beperkte marktaandelen. De betrokken speciaalzaken delen de exploitatiekosten van de webshop en investeren samen in merkpromotie. Via de webshop, waar een ruime keuze aan verschillende fruitmanden wordt aangeboden, bestellen (en betalen) de klanten de fruitmand die zij willen laten bezorgen of in de winkel op willen halen. De bestelling wordt dan toegewezen aan de door de klant geselecteerde speciaalzaak of, als er geen winkel wordt geselecteerd, aan de winkel die zich het dichtst bij het leveringsadres bevindt of die het handigst is voor de klant die de bestelling op wil halen. Elke speciaalzaak draagt zelf de kosten van het samenstellen van de fruitmand en de bezorging aan de klant of het klaarzetten voor afhalen in de winkel. De winkel behoudt 90 % van de eindprijs, die door de webinfrastructuur is vastgesteld en die uniform geldt voor alle betrokken speciaalzaken, terwijl de overige 10 % wordt gebruikt voor collectieve promotie en de exploitatiekosten van de webshop. Buiten de betaling van de bijdrage gelden voor speciaalzaken geen verdere beperkingen om zich op het hele nationale grondgebied bij de webinfrastructuur aan te sluiten. Speciaalzaken die hun eigen bedrijfswebsite hebben, mogen bovendien onder hun eigen naam fruitmanden verkopen via het internet (wat sommige ook doen) en kunnen zo dus nog steeds onderling concurreren buiten de samenwerking via het webplatform om. Klanten die bestellingen plaatsen via de webshop krijgen de garantie dat de fruitmand nog dezelfde dag wordt bezorgd of in de winkel kan worden opgehaald, en zij kunnen ook een voor hen geschikt tijdstip voor bezorging of ophalen aangeven.

Analyse: Ervan uitgaande dat de speciaalzaken concurrenten zijn, is artikel 101, lid 1, van toepassing en aangezien de overeenkomst prijsafspraken omvat, zal deze waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking hebben. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De speciaalzaken die aan de samenwerking deelnemen, zijn allemaal kleine winkels en het is duidelijk dat zij op nationale basis niet zouden kunnen concurreren met andere webshops. De overeenkomst zou dus kunnen leiden tot efficiëntieverbeteringen zoals een ruimere keuze, een dienstverlening van hogere kwaliteit en een vermindering van zoekkosten, die de gebruikers ten goede komen en waarschijnlijk de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert die uit de overeenkomst voortvloeien. Aangezien de speciaalzaken die aan de samenwerking deelnemen nog steeds individueel kunnen verkopen en elkaar kunnen beconcurreren — zowel in hun winkel als via het internet — zou de beperking van de prijsvaststelling tot de webshop als onmisbaar kunnen worden beschouwd voor de promotie van het product (omdat klanten bij aankoop via de webshop niet met allerlei uiteenlopende prijzen te maken willen krijgen) en voor de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen. Bij gebreke van andere beperkingen voldoet de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Aangezien er bovendien andere belangrijke concurrerende webshops bestaan en de partijen onderling blijven concurreren via hun fysieke speciaalzaken of via het internet, zal de concurrentie niet worden uitgeschakeld.

363. Gemeenschappelijke verkooporganisatie

Voorbeeld 4

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

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

364. Mediadistributieplatform

Voorbeeld 5

Situatie: Televisiezender A en televisiezender B, beide voornamelijk actief op de markt voor vrij te ontvangen televisie in een lidstaat, zetten een gemeenschappelijke onderneming op voor de totstandbrenging op dezelfde nationale markt van een online video-on-demand-platform waar consumenten, tegen een vergoeding, films of series kunnen kijken die worden geproduceerd door de twee televisiezenders of door derden die de betreffende audiovisuele rechten in licentie hebben gegeven aan een van hen. De groep van televisiezender A heeft een marktaandeel van circa 25 % op de markt voor vrij te ontvangen televisie, en televisiezender B heeft een marktaandeel van circa 15 %. Er zijn twee andere grote televisiezenders met een marktaandeel tussen 10 % en 15 % en een reeks kleinere zenders. De nationale markt voor video on demand, waarop de gemeenschappelijke onderneming voornamelijk actief zal zijn, is een jonge markt met een aanzienlijk groeipotentieel, zo is de algemene verwachting. Het tarief voor het bekijken van een video zal centraal door de gemeenschappelijke onderneming worden vastgesteld, die ook de prijzen voor de aankoop van video-on-demand-licenties op de upstreammarkt zal coördineren.

Analyse: Gezien de omvang van de nationale televisiemarkt en hun grote "library" van audiovisuele rechten, zouden zowel A als B afzonderlijk een video-on-demand-platform kunnen lanceren. Ze zijn derhalve potentiële concurrenten op de ontluikende consumentenmarkt voor video on demand. Aangezien de overeenkomst de prikkels van de partijen om onafhankelijk tot de markt toe te treden beperkt, is artikel 101, lid 1, van toepassing. Bovendien elimineert de overeenkomst concurrentie op prijs tussen de twee zenders en houdt de overeenkomst coördinatie in met betrekking tot de prijsstelling voor video on demand. Bijgevolg heeft de overeenkomst in principe mededingingsbeperkende strekking. Wat de toepassing van artikel 101, lid 3, betreft, lijken de voordelen die voortvloeien uit een toegenomen aanbod aan video on demand en een vereenvoudigde contentnavigatie niet op te wegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging, die aanzienlijk zullen zijn, gezien de activiteiten en marktpositie van de betrokken ondernemingen. Daarnaast lijken de beperkingen niet noodzakelijk om de genoemde efficiëntieverbeteringen te realiseren, aangezien deze ook haalbaar zouden zijn met een open platform en een louter technische samenwerking. De overeenkomst lijkt niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, te voldoen.

365. Inschrijvende consortia

Voorbeeld 6

Situatie: Ondernemingen A en B zijn concurrerende aanbieders van gespecialiseerde medische producten voor ziekenhuizen. Ze besluiten een overeenkomst tussen inschrijvende consortia te sluiten om gezamenlijke offertes in te dienen in een reeks aanbestedingen georganiseerd door het nationale gezondheidsstelsel in een lidstaat, voor de levering van een aantal uit plasma verkregen geneesmiddelen aan openbare ziekenhuizen. Het criterium voor de gunning van contracten is de economisch meest voordelige inschrijving, rekening houdende met het evenwicht tussen prijs en kwaliteit. Aanvullende punten worden daarnaast toegekend indien het voorstel een aantal optionele producten omvat. Ondernemingen A en B zouden elk afzonderlijk om de aanbestedingen kunnen concurreren, op basis van de aanbestedingsvereisten. Ondernemingen A en B hebben namelijk reeds met elkaar geconcentreerd om een van de betrokken aanbestedingen, die werd gegund aan een andere deelnemer aangezien de inschrijvingen van ondernemingen A en B inferieur waren in termen van prijs en kwaliteit, met name vanwege een beperkt aanbod van optionele producten. Over het algemeen zijn er minimaal twee andere deelnemers bij de betreffende aanbestedingsprocedures.

Analyse: Aangezien ondernemingen A en B elk afzonderlijk zouden kunnen concurreren in de aanbestedingen, kan hun gezamenlijke inschrijving de mededinging beperken en is artikel 101, lid 1, van toepassing. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. Afgaande op het resultaat van de vorige aanbestedingsprocedure waarbij de partijen afzonderlijk concurreerden, lijkt het erop dat een gezamenlijke inschrijving concurrerende zou zijn dan de individuele inschrijvingen, qua prijs en productaanbod, en met name qua optionele producten, hetgeen bijzonder belangrijk is voor de aanbestedende dienst. De overeenkomst tussen inschrijvende consortia lijkt onmisbaar voor de betrokken partijen om een echt concurrerende bod in te kunnen dienen in de aanbestedingsprocedures, vergeleken met de andere deelnemers. Het is duidelijk dat de partijen zouden kunnen aantonen dat de gezamenlijke inschrijving zorgt voor een aanzienlijke mate van synergie die kan leiden tot efficiëntieverbeteringen — in de vorm van lagere prijzen en hogere kwaliteit — wat op zijn beurt leidt tot een concurrerende bod. De mededinging bij de aanbestedingsprocedure wordt niet uitgeschakeld omdat ten minste twee andere relevante concurrenten in staat zijn onafhankelijk aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Dit impliceert dat de efficiëntieverbeteringen van de gezamenlijke inschrijving de aanbestedende dienst en uiteindelijk de gebruikers ten goede kunnen komen. Derhalve lijkt de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, te voldoen.

6. INFORMATIE-UITWISSELING

6.1. Inleiding

366. Dit hoofdstuk bevat richtlijnen voor de beoordeling van informatie-uitwisseling uit het oogpunt van mededinging⁽²²⁷⁾. Informatie-uitwisseling kan verschillende vormen aannemen en in verschillende contexten plaatsvinden.
367. Voor het doel van dit hoofdstuk omvat de term “informatie-uitwisseling” de uitwisseling van i) ruwe en niet-geordende digitale content die moet worden verwerkt om bruikbaar te zijn (ruwe data); ii) voorbewerkte data, die reeds zijn voorbereid en gevalideerd; iii) data die zijn gemanipuleerd om betekenisvolle informatie in enigerlei vorm voort te brengen, en iv) alle andere soorten informatie, waaronder niet-digitale informatie. Dit omvat fysieke informatie-uitwisseling en digitale data-uitwisseling tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten⁽²²⁸⁾. In dit hoofdstuk omvat de term “informatie” alle in de punten i) tot en met iv) genoemde soorten data en informatie.
368. Informatie kan direct worden uitgewisseld tussen concurrenten (in de vorm van eenzijdige bekendmaking of in een bi- of multilaterale uitwisseling), of indirect door of via een derde (zoals een dienstverlener, platform, online-instrument of algoritme), via een gezamenlijk agentschap (bv. een brancheorganisatie), een organisatie voor marktonderzoek, of via leveranciers of klanten van de partijen bij de uitwisseling, of via een website of persbericht. De uitwisseling kan plaatsvinden tussen ondernemingen die met elkaar concurreren op het gebied van hetzelfde merk (concurrentie binnen een merk) of tussen ondernemingen die onder verschillende merken concurreren (concurrentie tussen merken). Dit hoofdstuk is van toepassing op directe en indirecte vormen van informatie-uitwisseling en informatie-uitwisseling tussen concurrenten binnen een merk en tussen merken.
369. Informatie-uitwisseling kan plaatsvinden in de context van een ander type samenwerkingsovereenkomst, bijvoorbeeld een collectieve inkoopregeling, een gezamenlijke productieovereenkomst of een gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst. Indien de samenwerkingsovereenkomst zelf echter niet onder het verbod van artikel 101, lid 1, valt omdat deze neutrale of positieve gevolgen heeft voor de mededinging, valt ook een informatie-uitwisseling die een aanvulling is op die overeenkomst niet onder dat verbod. Dit is het geval als de informatie-uitwisseling objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de horizontale samenwerkingsovereenkomst en in verhouding staat tot de doelstellingen ervan (zie ook afdeling 1.2.6)⁽²²⁹⁾. Indien de informatie-uitwisseling verder gaat dan wat objectief noodzakelijk is om de samenwerkingsovereenkomst uit te voeren of niet evenredig is aan de doelstellingen ervan, moet zij worden beoordeeld aan de hand van de richtlijnen dit hoofdstuk⁽²³⁰⁾. Indien de informatie-uitwisseling zelf het voornaamste doel van de samenwerking

⁽²²⁷⁾ Voor zover de uitgewisselde informatie geheel of gedeeltelijk bestaat uit persoonsgegevens, laten deze richtsnoeren het Unierecht inzake gegevensbescherming onverlet, in het bijzonder Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 1). Bepalingen van deze richtsnoeren mogen niet zodanig worden toegepast of uitgelegd dat het recht op de bescherming van persoonsgegevens daarmee wordt verminderd of beperkt.

⁽²²⁸⁾ De term data-uitwisseling verwijst naar alle mogelijke vormen en modellen die ten grondslag liggen aan datatoegang en -overdracht tussen ondernemingen. Dit omvat “datapools”, waarbij houders van de data zich verenigen om data uit te wisselen.

⁽²²⁹⁾ Arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89.

⁽²³⁰⁾ Zie ook punt 6.

vormt, prevaleren de in dit hoofdstuk vervatte richtlijnen om te beoordelen of de samenwerking de mededinging beperkt. Indien de informatie-uitwisseling onder artikel 101, lid 1, valt, kan deze nog steeds voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

370. Informatie-uitwisseling in het kader van een verticale overeenkomst, waarbij informatie wordt uitgewisseld tussen een leverancier en een koper, kan in aanmerking komen voor de groepsvrijstelling van de VGVV ⁽²³¹⁾. Dit is het geval indien de uitgewisselde informatie rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst tussen die partijen en noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren.
371. Informatie-uitwisseling kan ook deel uitmaken van een overnameproces. In zulke gevallen kan, al naargelang de omstandigheden, de uitwisseling onderworpen zijn aan de regels van de concentratieverordening ⁽²³²⁾. Mededingingsbeperkend gedrag dat niet direct samenhangt met en noodzakelijk is voor de verwerving van zeggenschap, blijft onderworpen aan artikel 101. Deze beoordeling moet gedurende het hele overnameproces worden gemaakt, aangezien hetgeen rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de uitvoering van de overname, kan afhangen van het stadium waarin het overnameproces zich bevindt.
372. Informatie-uitwisseling kan ook plaatsvinden in de context van regelgevingsinitiatieven. Wanneer ondernemingen door de wet of door overheidsinstanties worden aangemoedigd om informatie met andere ondernemingen te delen, of wanneer zij naar eigen goeddunken kunnen beslissen welke informatie zij met andere ondernemingen willen delen, blijft artikel 101 van toepassing. In de praktijk betekent dit dat ondernemingen die aan wettelijke vereisten onderworpen is, die vereisten niet mogen gebruiken als een middel om inbreuk te maken op artikel 101. Zij moeten de omvang van de informatie-uitwisseling beperken tot wat noodzakelijk is op basis van de toepasselijke verordening en mogelijk voorzorgsmaatregelen nemen indien commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld.

EU-regelgeving kan bijvoorbeeld ondernemingen in staat te stellen informatie uit te wisselen met als doel dierproeven overbodig te maken of te verminderen en/of onderzoekskosten te beperken. Op dergelijke uitwisselingen is artikel 101 van toepassing. Ondernemingen die deelnemen aan uitwisselingen waarin een dergelijke verordening voorziet, mogen daarom geen commercieel gevoelige informatie delen die hun marktstrategie onthult of technische informatie die verder gaat dan de vereisten van de verordening. Ondernemingen kunnen mogelijk de frequentie van de uitwisseling verminderen om de informatie commercieel minder gevoelig te maken. Waar mogelijk moet gebruik worden gemaakt van geaggregeerde informatie of reeksen om de uitwisseling van granulaire gegevens of gegevens die aan individuele ondernemingen kunnen worden toegeschreven, te vermijden. Ondernemingen kunnen ook overwegen om een onafhankelijke externe dienstverlener ("een trustee") in te schakelen, die de informatie uit verschillende bronnen verzamelt op basis van geheimhoudingsovereenkomsten en vervolgens de gegevens vergelijkt, verifieert en samenvoegt om een gegevensverzameling samen te stellen die met de deelnemers kan worden gedeeld, waarbij het niet mogelijk is identificeerbare gegevens toe te schrijven aan individuele ondernemingen.

6.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

6.2.1. Inleiding

373. De uitwisseling van informatie is een gemeenschappelijk kenmerk van vele concurrerende markten en kan verschillende soorten efficiëntieverbeteringen opleveren. Informatieasymmetrie ⁽²³³⁾ kan erdoor worden verholpen, zodat de markten efficiënter worden. In de afgelopen jaren heeft met name de data-uitwisseling aan belang

⁽²³¹⁾ Zie artikel 2, leden 1 en 5, van Verordening (EU) 2022/720 van de Commissie van 10 mei 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB L 134 van 11.5.2022, blz. 4). Voor een niet-uitputtende lijst van voorbeelden van informatie die, afhankelijk van de specifieke omstandigheden, rechtstreeks verband kan houden met de uitvoering van een verticale overeenkomst en noodzakelijk is om de productie of distributie van contractgoederen of -diensten te verbeteren, zie punt 99 van mededeling van de Commissie: Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB C 248 van 30.6.2022, blz. 1). Wanneer partijen bij een verticale overeenkomst die voldoet aan de voorwaarden van artikel 2, lid 4, punt a) of b), van Verordening (EU) 2022/720 informatie uitwisselen die ofwel niet rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van hun verticale overeenkomst of niet noodzakelijk is om de productie of distributie van de contractgoederen of -diensten te verbeteren, of die aan geen van beide voorwaarden voldoet, moet de informatie-uitwisseling individueel worden beoordeeld op grond van artikel 101 van het verdrag en met de hulp van deze richtsnoeren.

⁽²³²⁾ Artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening") (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1). Zie ook de mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties (PB C 56 van 5.3.2005, blz. 24). Zie ook arrest van het Gerecht van 22 september 2021, Altice Europe/Commissie, T-425/18, ECLI:EU:T:2021:607, punt 239.

⁽²³³⁾ De economische theorie inzake informatieasymmetrie betreft het onderzoek van beslissingen in scenario's waarin de ene partij over meer informatie beschikt dan de andere.

gewonnen als hulpmiddel om besluitvorming te ondersteunen, bijvoorbeeld door het gebruik van analyse-instrumenten voor big data en technieken voor machinelere (234). Bovendien kunnen ondernemingen hun interne efficiëntie verbeteren door hun beste praktijken onderling te benchmarken. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen ook helpen kosten te besparen door bijvoorbeeld hun voorraden te beperken en bederfelijke producten sneller aan gebruikers te kunnen leveren. Informatie-uitwisseling kan ondernemingen in staat stellen nieuwe of betere producten of diensten te ontwikkelen of algoritmen te trainen op een bredere, meer zinvolle basis. Verder kan informatie-uitwisseling gebruikers rechtstreeks ten goede komen doordat hun zoekkosten worden verminderd en hun keuzemogelijkheden worden vergroot.

374. Het voornaamste mededingingsbeginsel is dat elke onderneming zelfstandig haar economische handelwijze op de relevante markt bepaalt. Dit beginsel weerhoudt ondernemingen er niet van om zich op een intelligente manier aan het vastgestelde of verwachte gedrag van zijn concurrenten of aan gangbare marktvoorwaarden aan te passen. Het sluit echter elk direct of indirect contact tussen ondernemingen uit om ofwel het marktgedrag van een daadwerkelijke of potentiële concurrent te beïnvloeden, ofwel om aan een dergelijke concurrent bekend te maken hoe een onderneming heeft besloten zichzelf op de markt te gedragen of overweegt zich te gedragen, wanneer deze contacten tot doel of tot gevolg hebben dat zij aanleiding geven tot mededingingsvoorwaarden die niet overeenstemmen met de normale omstandigheden op de betrokken markt (235).
375. Zoals vermeld in punt 14, kan informatie-uitwisseling uitsluitend aan artikel 101, lid 1, voldoen indien zij een overeenkomst tussen ondernemingen, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging vormt of daarvan deel uitmaakt. Het begrip “onderling afgestemde feitelijke gedraging” vereist, behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen, een daaropvolgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide (236). Wanneer met het oog op de voorbereiding van een mededingingsversturende overeenkomst commercieel gevoelige informatie tussen concurrenten wordt uitgewisseld, volstaat dit als bewijs van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1. In dit verband hoeft niet te worden aangetoond dat deze concurrenten zich er formeel toe hebben verbonden een bepaalde gedragslijn te volgen, of dat de concurrenten hebben samengespannen met betrekking tot hun toekomstige gedrag op de markt, of dat de concurrenten een commercieel belang hadden bij de uitwisseling (237). Daarnaast moet er, om de bovengenoemde relatie tussen oorzaak en gevolg te bepalen, een weerlegbaar vermoeden zijn dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld (238).
376. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In afdeling 6.2.2 worden de twee voornaamste mededingingsbezwaren in verband met informatie-uitwisseling gepresenteerd. Afdeling 6.2.3 bevat richtlijnen over de relevantie van de aard van de informatie die wordt uitgewisseld voor de beoordeling op grond van artikel 101, lid 1. Afdeling 6.2.4 bevat richtlijnen over de relevantie van de kenmerken van de uitwisseling. Afdeling 6.2.5 bevat richtlijnen over de relevantie van de kenmerken van de markt. Afdeling 6.2.6 heeft betrekking op informatie-uitwisselingen met een mededingingsbeperkende strekking en afdeling 6.2.7 heeft betrekking op uitwisselingen met mededingingsbeperkende gevolgen. Afdeling 6.3 bevat richtlijnen voor de toepassing van artikel 101, lid 3, op informatie-uitwisseling en het hoofdstuk wordt afgesloten met in afdeling 6.4 een aantal voorbeelden, een stroomschema met zelfevaluatiestappen en een overzicht in tabelvorm van verschillende scenario's voor informatie-uitwisseling.

6.2.2. Voornaamste mededingingsbezwaren die voortvloeien uit de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie (239)

6.2.2.1. Heimelijke verstandhouding

377. Doordat de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie de transparantie tussen concurrenten op de markt kunstmatig vergroot, kan zij de coördinatie van het concurrentiegedrag van ondernemingen in de hand werken en uiteindelijk beperkingen van de mededinging tot gevolg hebben (240). Ten eerste kunnen informatie-uitwisselingen collusie vergemakkelijken indien een onderneming op enigerlei wijze aan haar concurrenten kan

(234) Data-uitwisseling wordt tevens aangemoedigd door de Europese datastrategie.

(235) Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punt 27, en arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punten 32-33.

(236) Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punten 39-40; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 126.

(237) Arrest van het Hof van Justitie van 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, punt 135, en arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, *HSBC Holdings e.a./Commissie*, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, punt 123.

(238) Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, *Icap plc e.a./Commissie*, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 57; arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 51; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 127, en arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, *Hüls/Commissie*, C-199/92, ECLI:EU:C:1999:358, punten 161-163.

(239) Met de term “voornaamste mededingingsbezwaren” wordt aangegeven dat de daaropvolgende beschrijving van mededingingsbezwaren niet exclusief of uitputtend is.

(240) Dit geldt met name wanneer de uitwisseling een ander mededingingsversturend mechanisme ondersteunt. Zie: arrest van het Hof van Justitie van 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, punt 134; arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, punt 281.

laten weten welk gedrag zij wenselijk acht voor deze concurrenten, of welk gedrag de onderneming zelf zal aannemen in reactie op hetzelfde gedrag van concurrenten ⁽²⁴¹⁾.

378. Ten tweede kan de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie op zich ondernemingen in staat stellen tot een gemeenschappelijke overeenstemming te komen over de coördinatievoorwaarden, hetgeen kan leiden tot een heimelijke verstandhouding op de markt. De uitwisseling kan onderling samenhangende verwachtingen doen ontstaan betreffende de onzekerheden op de markt. Op basis daarvan kunnen ondernemingen vervolgens hun gedrag op de markt onderling afstemmen, zonder dat deze coördinatie noodzakelijkerwijs expliciet wordt vastgelegd in een overeenkomst ⁽²⁴²⁾.
379. Ten derde kan de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie ook worden gebruikt als een middel om de interne stabiliteit van een mededingingsversturende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging te vergroten. De informatie-uitwisseling kan de transparantie van de markt zodanig vergroten dat de bij de heimelijke afspraken betrokken ondernemingen in voldoende mate kunnen nagaan of andere ondernemingen van de heimelijke verstandhouding afwijken, en dus ook weten wanneer zij vergeldingsmaatregelen moeten nemen en tegen wie. Uitwisselingen van zowel actuele als historische data kunnen voor dergelijke monitoring worden gebruikt. Dit kan ofwel ondernemingen in staat stellen een heimelijke verstandhouding te bereiken op markten waarop dit anders niet mogelijk zou zijn, of het kan de stabiliteit van een heimelijke verstandhouding die reeds op de markt bestaat, versterken.

Algoritmen kunnen bijvoorbeeld efficiëntieverbeteringen opleveren. Zij kunnen de kosten en toetredingsdrempels verlagen. Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld onafhankelijk algoritmen gebruiken om de prijzen van concurrenten te volgen en deze informatie te gebruiken voor het vaststellen van hun eigen prijzen. Algoritmen kunnen echter ook worden gebruikt om (bestaande) mededingingsversturende overeenkomsten tussen concurrenten te monitoren. Wanneer prijsmonitoring-algoritmen worden gebruikt als onderdeel van een collusie, kunnen ze de markttransparantie vergroten, prijsafwijkingen in real time detecteren en sanctiemechanismen doeltreffender maken. Ondernemingen kunnen ook algoritmen voor gedragscoördinatie gebruiken om overeenstemming te bereiken over essentiële concurrentieparameters. Algoritmen worden dan een middel om collusie (collusie door code) mogelijk te maken. Collusie door code over essentiële concurrentieparameters vormt doorgaans een kartel en heeft dus een mededingingsbeperkende strekking, ongeacht de marktomstandigheden.

De behandeling van prijsalgoritmen in het kader van het mededingingsrecht van de Unie is gebaseerd op twee belangrijke beginselen.

Ten eerste, als prijsafspraken illegaal zijn wanneer ze offline worden toegepast, is de kans groot dat ze ook illegaal zijn wanneer ze online worden toegepast.

Ten tweede kunnen ondernemingen die betrokken zijn bij illegale prijsafspraken zich niet aan aansprakelijkheid onttrekken op grond van het feit dat hun prijzen door algoritmen zijn bepaald. Net als een werknemer of een externe consultant die onder “de leiding of het toezicht” van een onderneming werkt, blijft een algoritme onder de controle van de onderneming, en daarom is de onderneming aansprakelijk, zelfs als haar handelingen werden geïnformeerd door algoritmen.

380. Uitwisseling van informatie kan ook worden gebruikt als een methode om de externe stabiliteit van een mededingingsversturende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging te vergroten. Dankzij uitwisselingen die de markt voldoende transparant maken, kunnen de bij de heimelijke afspraken betrokken ondernemingen nagaan waar en wanneer andere ondernemingen de markt proberen te betreden, waardoor de samenspannende ondernemingen gericht tegen de nieuwkomer kunnen optreden.

6.2.2.2. Mededingingsversturende marktafsluiting

381. Informatie-uitwisseling kan niet alleen collusie in de hand werken, maar kan ook leiden tot mededingingsversturende afscherming op dezelfde markt waar de uitwisseling plaatsvindt of op een verwante markt ⁽²⁴³⁾.

⁽²⁴¹⁾ De uitwisseling van informatie kan dus collusie vergemakkelijken door bij te dragen tot een wederzijds begrip van een belonings- en sanctieregeling die kenmerkend is voor heimelijke overeenkomsten. Dergelijke informatie-uitwisselingen kunnen zowel particuliere als openbare uitwisselingen omvatten. Als een onderneming bijvoorbeeld privé aan haar concurrenten zou meedelen dat zij allen de prijzen moeten verhogen, of de verkoop of capaciteit moeten verlagen, of gezamenlijk zakelijke beslissingen moeten nemen, dan zou er ontegensprekelijk sprake zijn van mededingingsbeperkende bedoelingen. Het gevolg is waarschijnlijk vergelijkbaar als de onderneming dit plan in plaats daarvan publiekelijk bekendmaakt, tenzij kan worden aangetoond dat afnemers baat zullen hebben bij de informatie, en niet alleen de onderneming zelf, haar concurrenten of investeerders. Dit komt doordat ondernemingen, hun concurrenten en investeerders bij een heimelijke regeling doorgaans zullen profiteren van hogere winsten, terwijl de klanten verliezen.

⁽²⁴²⁾ Zie bv. arrest van het Gerecht van 7 november 2019, *Campine en Campine Recycling/Commissie*, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, punt 305.

⁽²⁴³⁾ Voor marktafsluiting die voortvloeit uit verticale overeenkomsten, zie de punten 18 tot en met 22 van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

382. Van afscherming op dezelfde markt kan sprake zijn wanneer concurrenten die niet aan een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie deelnemen, daardoor een aanzienlijk concurrentienadeel oplopen ten opzichte van de ondernemingen die wel aan de uitwisseling deelnemen. Deze vorm van marktafscherming is mogelijk indien de betrokken informatie van strategisch belang is om op de markt te kunnen concurreren en de uitwisseling een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij initiatieven voor data-uitwisseling, waarbij de gedeelde data van strategisch belang zijn, een groot deel van de markt vertegenwoordigen en concurrenten geen toegang hebben tot de gedeelde data ⁽²⁴⁴⁾.
383. Informatie-uitwisseling kan eveneens leiden tot mededingingsversturende marktafscherming van derden op een verwante markt. Verticaal geïntegreerde ondernemingen die informatie uitwisselen op een upstreammarkt, kunnen bijvoorbeeld marktmacht verwerven en samenspannen om de prijs van een essentiële component voor een downstreammarkt op te drijven. Zo zouden zij de kosten van hun downstreamconcurrenten kunnen doen stijgen, hetgeen tot mededingingsversturende afscherming op de downstreammarkt zou kunnen leiden. Daarnaast kunnen ondernemingen die niet-transparante en discriminerende voorwaarden voor toegang tot gedeelde informatie toepassen, derden verhinderen om trends voor potentiële nieuwe producten op verwante markten op het spoor te komen.

Een aantal ondernemingen die financiële diensten verlenen aan afnemers kan bijvoorbeeld een vereniging opzetten met een gedeelde database met klantgegevens. Alle leden van deze vereniging dragen informatie bij aan de database en hebben toegang tot de gegevens, waardoor ze het risico van het verlenen van financiële diensten aan nieuwe klanten beter kunnen inschatten. De uitwisseling van klantinformatie vergemakkelijkt de risicobeoordelingen van de leden met betrekking tot deze klanten. Dit kan op zijn beurt de markttoegang vergemakkelijken en aldus de gebruikers ten goede komen. Een dergelijke database heeft daarom geen mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1.

Gedeelde databases zoals hierboven beschreven, kunnen echter tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, afhankelijk van de economische omstandigheden op de relevante markt(en) en van de specifieke kenmerken van de betrokken database. Deze kenmerken omvatten het doel van de database en de voorwaarden voor toegang en deelname, evenals het soort informatie dat wordt uitgewisseld (bv. of het om openbare of vertrouwelijke gegevens, geaggregeerde of gedetailleerde informatie gaat, historische, huidige of toekomstige informatie, de frequentie waarmee de database wordt bijgewerkt en de relevantie van de informatie voor het vaststellen van prijzen, volumes of servicevoorwaarden). Een database die een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt en waartoe andere concurrenten niet of pas met vertraging toegang toe hebben, kan een informatieasymmetrie veroorzaken, waardoor die andere concurrenten in een nadelige positie verkeren ten opzichte van de ondernemingen die aan de database deelnemen. Eerlijke, objectieve, transparante en niet-discriminerende toegangscriteria kunnen mededingingsbezwaren wegnemen ⁽²⁴⁵⁾.

6.2.3. De aard van de uitgewisselde informatie

6.2.3.1. Commercieel gevoelige informatie

384. Artikel 101, lid 1, is van toepassing wanneer een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie waarschijnlijk van invloed is op de commerciële strategie van concurrenten, waardoor mededingingsvoorwaarden worden of kunnen worden gecreëerd die niet overeenstemmen met de normale omstandigheden op de betrokken markt, rekening houdend met de aard van de aangeboden producten of diensten, de omvang en het aantal van de betrokken ondernemingen en het volume van die markt ⁽²⁴⁶⁾. Dit is het geval wanneer de uitwisseling van informatie de onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert ⁽²⁴⁷⁾. Artikel 101, lid 1, is van toepassing ongeacht of de bij de uitwisseling betrokken ondernemingen enig voordeel halen uit hun samenwerking. Het betreft informatie die, op markten met effectieve concurrentie, belangrijk is om een onderneming te beschermen om haar concurrentiepositie op de markt(en) te behouden of te verbeteren.

⁽²⁴⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punten 57-58, benadrukt hoe belangrijk het is de onderliggende marktstructuur te analyseren om vast te stellen of het risico op marktafscherming waarschijnlijk is. Zie ook: besluit van de Commissie van 30 juni 2022 in zaak AT.40511, Insurance Ireland, waar de deelnemers aan de uitwisseling 98 % van de relevante markt vertegenwoordigden.

⁽²⁴⁵⁾ Dit betekent niet dat de toegang gratis moet zijn. Er kan een vergoeding in rekening worden gebracht, zolang deze eerlijk, transparant en niet-discriminerend is. Daarnaast kan van derden ook worden verlangd dat zij zelf gegevens aan de database bijdragen. Zie ook: arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 60.

⁽²⁴⁶⁾ Toegang tot de eigen gegevens van een onderneming, bv. gebruikersgegevens die worden gegenereerd door het gebruik van een platform, geldt niet als een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie.

⁽²⁴⁷⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 121, en arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, HSBC Holdings plc e.a./Commissie, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, punt 115.

385. Informatie over prijzen is bijvoorbeeld commercieel gevoelig, maar artikel 101, lid 1, kan ook van toepassing zijn als de uitwisseling geen rechtstreekse gevolgen heeft voor de door eindafnemers betaalde prijzen⁽²⁴⁸⁾. Andere categorieën potentieel commercieel gevoelige informatie omvatten informatie over kosten, capaciteit, productie, hoeveelheden, marktaandelen, klanten, plannen om markten te betreden of te verlaten, of over andere belangrijke elementen van de strategie van een onderneming die ondernemingen die actief zijn op een werkelijk concurrerende markt anders niet zomaar aan elkaar bekend zouden maken. Het feit dat de uitgewisselde informatie mogelijk onjuist of misleidend is, neemt als zodanig niet het risico weg dat het gedrag van concurrenten op de markt erdoor kan worden beïnvloed⁽²⁴⁹⁾.
386. Informatie die over het algemeen niet commercieel gevoelig is, omvat bijvoorbeeld informatie met betrekking tot: het algemeen functioneren of de toestand van een bedrijfstak; openbaar beleid of regelgeving (die bijvoorbeeld kunnen worden gebruikt bij initiatieven voor public relations of lobbyinitiatieven in de hele bedrijfstak); niet-vertrouwelijke technische kwesties die relevant zijn voor de bedrijfstak in het algemeen, zoals normen of gezondheids- en veiligheidskwesties; algemene, niet-eigendomsrechtelijk beschermde technologie en verwante kwesties, zoals de kenmerken en geschiktheid van bepaalde apparatuur (maar niet de plannen van een bepaalde onderneming met betrekking tot de invoering van specifieke apparatuur of technologie); algemene promotiemogelijkheden die relevant zijn voor de bedrijfstak in het algemeen (maar niet de promotieplannen van een bepaalde onderneming). Het omvat ook niet-strategische educatieve, technische of wetenschappelijke gegevens die gebruikers ten goede komen en niet-strategische informatie die nodig is om nieuwe zakelijke partnerschappen tussen ondernemingen tot stand te brengen⁽²⁵⁰⁾.
387. Ondernemingen kunnen legitieme redenen hebben om hun aandeelhouders, potentiële investeerders of het grote publiek te informeren over de toestand en de resultaten van hun activiteiten. Deze wens om derden of het publiek te informeren hoeft echter geen reden te zijn om commercieel gevoelige informatie aan concurrenten bekend te maken die ondernemingen in een markt met daadwerkelijke concurrentie niet aan hun concurrenten zouden verstrekken.
388. Over het algemeen en onder normale mededingingsvoorwaarden is er voor ondernemingen geen prikkel om commercieel gevoelige informatie te publiceren. Als zij dat wel doen, kan dit vragen doen rijzen over of er op de betreffende markt wel sprake is van daadwerkelijke concurrentie. Informatie die om legitieme redenen in het publieke domein beschikbaar is gesteld en daarom gemakkelijk toegankelijk is geworden (in termen van toegangskosten) voor alle concurrenten en klanten⁽²⁵¹⁾, is meestal niet commercieel gevoelig⁽²⁵²⁾.
389. Zelfs indien informatie openbaar toegankelijk is (zoals door regelgevers gepubliceerde informatie), kan een extra informatie-uitwisseling tussen concurrenten toch de strategische onzekerheid op de markt verder verminderen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de informatie wordt uitgewisseld in een minder geaggregeerde of meer granulaire vorm, of wanneer de informatie vaker wordt uitgewisseld dan deze openbaar wordt gemaakt, of wanneer er opmerkingen bij de informatie worden gevoegd die aan concurrenten duidelijk kunnen maken dat zij gezamenlijk actie willen ondernemen. In dat geval is er sprake van een informatie-uitwisseling die de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1.

6.2.3.2. Geaggregeerde versus geïndividualiseerde informatie

390. Of informatie commercieel gevoelig is, hangt af van het nut ervan voor concurrenten. Over het algemeen zal informatie die veel details bevat en waarmee kan worden vastgesteld welke onderneming(en) de informatie heeft of hebben verstrekt, commercieel gevoeliger zijn. De uitwisseling van geïndividualiseerde informatie kan het bereiken van overeenstemming op de markt en het treffen van vergeldingsmaatregelen vergemakkelijken, door de coördinerende ondernemingen in staat te stellen een onderneming met afwijkend gedrag of een nieuwkomer gemakkelijker te identificeren.

⁽²⁴⁸⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 123, en arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 36.

⁽²⁴⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 15 december 2016, Philips en Philips France/Commissie, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, punt 91.

⁽²⁵⁰⁾ Deze lijst is niet uitputtend.

⁽²⁵¹⁾ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2008, BPB plc/Commissie, T-53/03, ECLI:EU:T:2008:254, punt 236, en arrest van het Gerecht van 2 februari 2022, Scania AB e.a./Commissie, T-799/17, ECLI:EU:C:2022:48, punt 347. Informatie bevindt zich in het publieke domein wanneer deze beschikbaar is via openbaar toegankelijke bronnen. Informatie is niet openbaar als de kosten die gepaard gaan met het verzamelen van de informatie andere ondernemingen en klanten ervan weerhouden dit te doen. Het feit dat het mogelijk is om bepaalde informatie op de markt te verzamelen, bv. door deze van klanten te verzamelen, betekent niet noodzakelijk dat dergelijke informatie marktgegevens zijn die gemakkelijk toegankelijk zijn voor concurrenten. Zie arrest van het Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185, punt 60.

⁽²⁵²⁾ Zie arrest van het Gerecht van 5 oktober 2020, Casino, Guichard-Perrachon en AMC/Commissie, T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, punten 263-267 en arrest van het Gerecht van 30 september 2003, Atlantic Container Line AB e.a./Commissie, T-191/98, T-212/98 tot en met T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, punt 1 154. Zie ook punt 398, waarin wordt uitgelegd dat openbaarmaking in sommige gevallen deel kan uitmaken van een communicatiekanaal tussen concurrenten om uiting te geven aan toekomstige voornemens om zich op een specifieke manier op de markt te gedragen of om een centraal punt te bieden voor coördinatie tussen concurrenten, en dus onder artikel 101, lid 1, kan vallen.

391. De uitwisseling van geaggregeerde informatie, waarbij het herleiden van informatie naar bepaalde ondernemingen moeilijk of onzeker genoeg is, of waarbij de gegevens worden samengevoegd over een reeks verschillende producten, met name als de producten verschillende kenmerken hebben of tot verschillende markten behoren, leidt minder waarschijnlijk tot een beperking van de mededinging. Het verzamelen en publiceren van geaggregeerde marktinformatie (zoals verkoopgegevens, gegevens over capaciteiten of over kosten van inputs en componenten) door een brancheorganisatie of marktonderzoeksbureau kan zowel concurrenten als klanten ten goede komen doordat dit kosten bespaart en hen in staat stelt een duidelijker totaalbeeld van de economische situatie in een sector te krijgen. Dankzij de zo verzamelde en gepubliceerde informatie kunnen individuele concurrenten beter onderbouwde keuzes maken om hun individuele concurrentiestrategie efficiënt aan de marktomstandigheden aan te passen. De uitwisseling van geaggregeerde informatie zal niet snel de mededinging beperken, tenzij de uitwisseling plaatsvindt tussen een relatief klein aantal ondernemingen met een voldoende groot marktaandeel op de relevante markt⁽²⁵³⁾. Toch valt niet uit te sluiten dat zelfs de uitwisseling van geaggregeerde informatie en gegevens een heimelijke verstandhouding kan vergemakkelijken op markten met bijzondere kenmerken.

Wanneer ondernemingen die deel uitmaken van een zeer hecht en stabiel oligopolie bijvoorbeeld geaggregeerde prijsinformatie uitwisselen, kan de detectie van een marktprijs onder een bepaald niveau hen in staat stellen af te leiden dat een van hen afwijkt van de heimelijke verstandhouding en marktbrede vergeldingsmaatregelen nemen. Met andere woorden, ondernemingen in een zeer hecht en stabiel oligopolie die een heimelijke verstandhouding stabiel willen houden, hoeven niet steeds te weten wie zich aan afwijkend gedrag heeft bezondigd; soms is het voldoende te weten dat "iemand" dat heeft gedaan.

392. Al naargelang de omstandigheden kan de uitwisseling van ruwe data commercieel minder gevoelig zijn dan een uitwisseling van data die reeds verwerkt waren tot betekenisvolle informatie. In het bijzonder kan de uitwisseling van ruw data commercieel minder gevoelig zijn wanneer elke partij een eigen methode gebruikt om de ruwe data te verwerken.

6.2.3.3. De ouderdom van de informatie

393. In veel bedrijfstakken wordt informatie vrij snel historisch en verliest daardoor haar commercieel gevoelige karakter. De uitwisseling van historische informatie zal vermoedelijk niet tot een heimelijke verstandhouding leiden omdat het onwaarschijnlijk is dat deze informatie indicatief is voor het beoogde gedrag van de concurrenten of een gemeenschappelijk inzicht in de markt bevordert⁽²⁵⁴⁾. In beginsel geldt dat hoe de ouder de informatie is, hoe minder bruikbaar deze over het algemeen is om afwijkingen tijdig op te sporen en daarmee als een geloofwaardige dreiging dat snel vergeldingsmaatregelen worden genomen⁽²⁵⁵⁾. Hiertoe moet echter per geval worden beoordeeld hoe relevant de informatie is⁽²⁵⁶⁾.
394. Of informatie historisch is, hangt af van de specifieke kenmerken van de relevante markt; de frequentie van verkoop- en inkooponderhandelingen in de sector en de ouderdom van de informatie waarop in de bedrijfstak doorgaans wordt vertrouwd bij zakelijke beslissingen. Zo kan bijvoorbeeld informatie als historisch worden beschouwd wanneer zij heel veel ouder is dan de gemiddelde looptijd van de prijsstellingscycli of de contracten in de bedrijfstak, waarbij deze laatste indicatief is voor de frequentie van (herhaalde) prijsonderhandelingen. Daartegenover staat de uitwisseling van actuele informatie mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben, vooral als deze uitwisseling dient om de transparantie tussen de concurrenten kunstmatig te vergroten, in plaats van de transparantie voor gebruikers te vergroten.

Bijvoorbeeld, indien ondernemingen zich veelal baseren op gegevens over consumentenvoorkeuren (aankopen of andere keuzes) in het afgelopen jaar om strategische bedrijfsbeslissingen over hun merken te optimaliseren, zal de informatie over deze periode doorgaans commercieel gevoeliger zijn dan oudere gegevens. In dat geval wordt de informatie over het afgelopen jaar niet als "historisch" beschouwd.

⁽²⁵³⁾ Bijvoorbeeld in het geval van een hecht oligopolie.

⁽²⁵⁴⁾ Brancheorganisaties kunnen historische gegevens verzamelen om input te leveren voor openbare beleidsherzieningen of om de resultaten van dergelijke beoordelingen te analyseren.

⁽²⁵⁵⁾ In eerdere zaken heeft de Commissie bijvoorbeeld de uitwisseling van ondernemingsspecifieke gegevens die meer dan één jaar oud waren, als historisch bestempeld en als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, terwijl informatie van minder dan één jaar oud als recent werd beschouwd; beschikking van de Commissie in zaak IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, overweging 50; beschikking van de Commissie in zaak IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl (PB L 1 van 3.1.1998, blz. 10, overweging 17).

⁽²⁵⁶⁾ In zijn arrest van 12 juli 2019, Sony en Sony Electronics/Commissie, T-762/15, ECLI:EU:T:2019:515, punt 127, oordeelde het Gerecht dat in de omstandigheden van de zaak, kennis van eerdere veilingresultaten uiterst relevante informatie was voor concurrenten, zowel uit oogpunt van monitoring als met het oog op toekomstige contracten.

In de context van een stabiele, niet-complexe markt met hoge toetredingsdrempels kan de uitwisseling van recente informatie uit het verleden tussen naaste concurrenten ook leiden tot collusie. Het uitwisselen van gedetailleerde informatie over recente omzetcijfers kan bijvoorbeeld de onzekerheid over het toekomstige marktgedrag van concurrenten verminderen en de partijen in staat stellen hun eigen toekomstige marktgedrag dienovereenkomstig aan te passen.

6.2.4. De kenmerken van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie

395. Artikel 101, lid 1, is van toepassing op uitwisselingen waarbij concurrenten bilateraal of multilateraal commercieel gevoelige informatie uitwisselen. Dergelijke uitwisselingen omvatten data-uitwisselingsregelingen, waarbij twee of meer concurrenten data inbrengen in een gemeenschappelijke database en toegang krijgen tot sommige of alle data die door andere concurrenten zijn bijgedragen. Wanneer twee of meer concurrenten aan een uitwisseling deelnemen, is het misschien niet nodig om de uitwisseling nauwkeurig te karakteriseren als een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ⁽²⁵⁷⁾. Bovendien kan onder bepaalde omstandigheden een eenzijdige bekendmaking of indirecte informatie-uitwisseling ook een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormen die onder artikel 101, lid 1, valt.

6.2.4.1. Eenzijdige bekendmaking

396. Een situatie waarin een onderneming commercieel gevoelige informatie openbaar maakt aan een concurrent, die erom heeft gevraagd of deze op zijn minst aanvaardt, kan een onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn wanneer deze concurrent handelt op basis van een dergelijke openbaarmaking en op voorwaarde dat er een causaal verband bestaat tussen de openbaarmaking en het latere gedrag van de concurrent op de markt ⁽²⁵⁸⁾. Wanneer slechts één enkele onderneming commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten bekendmaakt, vermindert dit de strategische onzekerheid over de toekomstige werking van de markt voor die concurrenten en neemt de kans toe dat de mededinging wordt beperkt en dat heimelijke afspraken worden gemaakt, tenzij concurrenten zich publiekelijk van de bekendmaking distantieëren ⁽²⁵⁹⁾. Eenzijdige bekendmaking kan bijvoorbeeld plaatsvinden via (chat-)berichten, e-mails, telefoongesprekken, invoer in een gedeeld algoritmisch instrument, bijeenkomsten enz. Het is niet relevant of slechts één onderneming eenzijdig commercieel gevoelige informatie bekendmaakt of dat alle betrokken ondernemingen dergelijke informatie bekendmaken.
397. Wanneer een onderneming commercieel gevoelige informatie ontvangt van een concurrent tijdens een bijeenkomst of contact, wordt die onderneming geacht rekening te houden met dergelijke informatie en haar marktgedrag dienovereenkomstig aan te passen, tenzij zij zich publiekelijk distantieert (bv. door te antwoorden met een duidelijke verklaring dat zij dergelijke informatie niet wenst te ontvangen ⁽²⁶⁰⁾) of dit meldt bij de administratieve instanties.

Zo zal bijvoorbeeld het loutere bijwonen van een bijeenkomst ⁽²⁶¹⁾ waarin een onderneming haar voorgenomen prijsbeleid onthult aan haar concurrenten — zonder dat deze concurrenten zich publiekelijk distantieëren — waarschijnlijk onder artikel 101, lid 1, vallen, zelfs zonder dat uitdrukkelijk is overeengekomen de prijzen te verhogen ⁽²⁶²⁾. Op dezelfde manier valt de invoering van een prijsregel in een gedeeld algoritmisch instrument (bv. een regel om 5 % boven de laagste prijs op een bepaald onlineplatform of in een winkel te gaan zitten, of 5 % onder de prijs van een bepaalde concurrent) waarschijnlijk ook onder artikel 101, lid 1, zelfs als er geen expliciete overeenkomst is gesloten om toekomstige prijzen aan te passen.

Anderzijds betekent het versturen van een e-mailbericht naar persoonlijke e-mailadressen van werknemers bij andere ondernemingen als zodanig niet dat de ontvangers op de hoogte hadden moeten zijn van de inhoud van dat bericht ⁽²⁶³⁾. Het kan, gelet op andere objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen, het vermoeden rechtvaardigen dat de

⁽²⁵⁷⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 31.

⁽²⁵⁸⁾ Zie arrest van het Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR/Commissie, T-25/95, ECLI:EU:T:2000:77, punt 1 849, en arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 51.

⁽²⁵⁹⁾ Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 19 februari 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:110, punt 54. Over "distantieëring": zie arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, punten 62-63. Zie verder, punt 410.

⁽²⁶⁰⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punt 48; arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, Hüls/Commissie, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, punt 162; arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, Commissie/Anic Participazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, punt 121.

⁽²⁶¹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 59.

⁽²⁶²⁾ Zie arrest van het Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle plc e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185, punt 54.

⁽²⁶³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punten 39-40.

ontvangers op de hoogte waren van de inhoud ervan en met die informatie rekening hebben gehouden, maar die ontvangers moeten de mogelijkheid behouden om dat vermoeden te weerleggen ⁽²⁶⁴⁾.

398. Het feit dat een onderneming commercieel gevoelige informatie openbaar maakt door middel van een openbare aankondiging (bv. via een bericht op een openbaar toegankelijke website, een verklaring op een openbaar evenement of in een krant) sluit op zich niet uit dat de aankondiging een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormt in de zin van artikel 101, lid 1. Openbaarmaking kan in sommige gevallen zelfs deel uitmaken van een communicatiekanaal tussen concurrenten om uiting te geven aan toekomstige voornemens om zich op een specifieke manier op de markt te gedragen, of om een centraal punt te bieden voor coördinatie tussen concurrenten en daardoor onder artikel 101, lid 1, vallen. Het feit dat de partijen bij de uitwisseling eerder dezelfde soort informatie hebben medegedeeld (bv. via een krant of op hun openbare website), betekent overigens niet dat een daaropvolgende niet-publieke uitwisseling de mededinging niet zou beperken in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽²⁶⁵⁾.

Een typisch voorbeeld van eenzijdige bekendmakingen in het publieke domein is de reclame voor hun actuele detailhandelsprijzen door exploitanten van tankstations (of bv. het adverteren van de prijzen van kruidenierswaren door detailhandelaren). Bij gebreke van een mededingingsversturende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging komt dit aangeven van prijzen gebruikers ten goede aangezien het hen helpt de prijzen van tankstations te vergelijken voordat zij gaan tanken (of kruidenierswinkels te vergelijken alvorens te beslissen waar te winkelen), zelfs als de concurrerende tankstations daardoor weten welke prijzen hun concurrenten in de buurt hanteren.

Andere vormen van eenzijdige bekendmaking in het publieke domein kunnen betrekking hebben op aankondigingen die kunnen wijzen op mogelijke onderliggende mededingingsbeperkende onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Het kan bijvoorbeeld algemeen bekend zijn dat in een bepaalde bedrijfstak de kosten van grondstoffen stijgen. Tijdens openbare bijeenkomsten, zoals bijeenkomsten van de betrokken brancheorganisatie, kan dit fenomeen door deelnemers worden aangekaart. Concurrenten kunnen weliswaar verwijzen naar de stijgende kosten van grondstoffen — aangezien dit algemeen bekend is — maar zij mogen hun individuele reactie op deze stijgende kosten niet publiekelijk evalueren, omdat dit de onzekerheid over hun gedrag op de markt vermindert ⁽²⁶⁶⁾. Dezelfde redenering is van toepassing wanneer vertegenwoordigers van ondernemingen door middel van eenzijdige openbare aankondigingen commentaar geven op marktgebeurtenissen en hun strategieën bekendmaken om te reageren op veranderende marktomstandigheden. Ondernemingen moeten zelfstandig bepalen welk beleid zij op de interne markt zullen voeren. Dit impliceert dat elke concurrent zelfstandig moet beslissen hoe hij reageert op de stijgende kosten van grondstoffen.

399. Er is ook een onderscheid tussen, aan de ene kant, concurrenten die onafhankelijk informatie verkrijgen of toekomstige prijzen bespreken met klanten of derden en, aan de andere kant, concurrenten die prijsbepalende factoren bespreken met andere concurrenten alvorens hun eigen prijzen vast te stellen ⁽²⁶⁷⁾.
400. Zoals uitgelegd in punt 425, kan het beschikbaar stellen van bepaalde informatie in het publieke domein klanten helpen weloverwogen aankoopkeuzes te maken. Deze efficiëntieverbeteringen zijn echter minder waarschijnlijk als de informatie betrekking heeft op toekomstige voornemens. Het is minder waarschijnlijk dat openbare informatie leidt tot efficiëntieverbeteringen als deze betrekking heeft op parameters die mogelijk niet worden gerealiseerd en geen verplichting inhoudt van de onderneming jegens haar klanten ⁽²⁶⁸⁾.

Een eenzijdige openbare aankondiging waarin wordt verwezen naar voornemens met betrekking tot toekomstige prijstellingen (in plaats van een daadwerkelijke beslissing om de prijzen met ingang van een bepaalde datum in de nabije toekomst te wijzigen) zal de onderneming bijvoorbeeld niet verplichten om de aankondiging aan haar klanten te doen, maar kan wel signalen afgeven aan concurrenten over de voorgenomen marktstrategie van een onderneming. Dit zal met name het geval zijn als de informatie voldoende specifiek is. Dergelijke aankondigingen leveren dus doorgaans geen voordelen op voor gebruikers en kunnen collusie bevorderen.

⁽²⁶⁴⁾ In het arrest van 21 januari 2016, *Eturas e.a.*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punt 41, noemde het Hof van Justitie voorbeelden van hoe deze veronderstelling te weerleggen: door aan te tonen dat de geadresseerde het bericht niet had ontvangen of dat deze het betrokken veld niet of pas een bepaalde tijd na die verzending had geraadpleegd.

⁽²⁶⁵⁾ Zie ook punt 389.

⁽²⁶⁶⁾ Zie bv. het arrest van het Gerecht van 14 maart 2013, *Dole Food en Dole Germany/Commissie*, T-588/08, ECLI:EU:T:2013:130, punten 291-295.

⁽²⁶⁷⁾ Arrest van het Gerecht van 24 september 2019, *HSBC Holdings e.a./Commissie*, T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675, punt 144.

⁽²⁶⁸⁾ Zie bv. het besluit van de Commissie van 7 juli 2016 in zaak AT.39850, *Container Shipping*, overwegingen 40-43.

Eenzijdige openbare aankondigingen kunnen ook wijzen op een onderliggende mededingingsverstoringende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Op een markt met slechts weinig concurrenten en hoge toegangsdrempels kunnen ondernemingen die voortdurend informatie openbaar maken zonder dat dit gebruikers ogenschijnlijk voordeel oplevert (bv. informatie over O&O-kosten, kosten van aanpassingen aan milieueisen enz.) de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1. De eenzijdige openbare aankondigingen kunnen worden gebruikt om hun heimelijke afspraken uit te voeren of te monitoren. Of een dergelijke beperking inderdaad wordt vastgesteld, hangt af van alle feiten van het specifieke geval.

6.2.4.2. Indirecte informatie-uitwisseling

401. Uitwisselingen van commercieel gevoelige informatie tussen concurrenten kunnen plaatsvinden via een derde, zoals een externe dienstverlener (bv. een platformexploitant of aanbieder van een optimalisatietool), een gezamenlijk agentschap (bv. een brancheorganisatie), een leverancier of klant⁽²⁶⁹⁾, of een gedeeld algoritme (tezamen “de derde” genoemd). Net als rechtstreekse informatie-uitwisseling, kan niet-rechtstreekse informatie-uitwisseling de onzekerheid over de acties van concurrenten verminderen en daardoor tot een heimelijke verstandhouding op de markt leiden. De collusie wordt in deze gevallen vergemakkelijkt of in de hand gewerkt via de derde. Al naargelang de feiten van de zaak kunnen de betrokken concurrenten en de derde partij aansprakelijk worden gesteld voor dergelijke collusie. Het verbod van artikel 101, lid 1, is niet uitsluitend gericht op partijen bij overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die actief zijn op de markten waarop die overeenkomsten of gedragingen van invloed zijn⁽²⁷⁰⁾.
402. Bij een niet-rechtstreekse uitwisseling van commercieel gevoelige informatie moet de rol van iedere deelnemer per geval worden geanalyseerd om na te gaan of de uitwisseling een mededingingsverstoringende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft en wie voor de collusie aansprakelijk is. Bij deze beoordeling moet met name worden gekeken naar de mate waarin de verstrekkers of ontvangers van de informatie op de hoogte zijn van de uitwisselingen tussen andere verstrekkers of ontvangers van de informatie en de derde.

Daarbij vallen diverse scenario's te onderscheiden:

Bepaalde indirecte informatie-uitwisselingen worden aangeduid als “hub and spoke”-regelingen. Een gewone fabrikant of leverancier kan bijvoorbeeld fungeren als hub (knooppunt) om informatie door te geven aan meerdere distributeurs of detailhandelaren, of een distributeur of detailhandelaar kan fungeren als hub om informatie door te geven aan meerdere fabrikanten of leveranciers. Een onlineplatform kan ook fungeren als hub waar het informatie-uitwisselingen tussen zakelijke gebruikers van het platform faciliteert, coördineert of in de hand werkt, bijvoorbeeld om bepaalde marges of prijsniveaus te waarborgen. Platforms kunnen ook worden gebruikt om technische maatregelen op te leggen waardoor platformgebruikers geen lagere prijzen of andere voordelen kunnen aanbieden aan eindgebruikers.

Informatie kan ook niet-rechtstreeks worden uitgewisseld via een gedeeld optimalisatiealgoritme dat commerciële beslissingen neemt op basis van feeds van commercieel gevoelige gegevens van concurrenten. Hoewel het gebruik van openbaar toegankelijke data om algoritmesoftware te voeden rechtmatig is, zou de aggregatie van commercieel gevoelige informatie in een door één IT-bedrijf beschikbaar gesteld prijsstellingstool waartoe meerdere concurrenten toegang hebben, kunnen neerkomen op horizontale collusie.

403. Concurrenten die niet-rechtstreeks commercieel gevoelige informatie uitwisselen (via een derde) kunnen inbreuk maken op artikel 101. Dit is het geval wanneer de onderneming die commercieel gevoelige informatie deelt, uitdrukkelijk of stilzwijgend met de derde ermee instemt dat de derde de genoemde informatie mag delen met concurrenten van de onderneming, of wanneer die onderneming van plan was om via de derde commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten bekend te maken. Dit kan ook het geval zijn wanneer de onderneming die de commercieel gevoelige informatie deelt redelijkerwijs had kunnen voorzien dat de derde de informatie zou delen met concurrenten van de onderneming en zij bereid was het risico te aanvaarden dat dat met zich meebracht⁽²⁷¹⁾. De concurrent die de commercieel gevoelige informatie ontvangt, zou eveneens aan

⁽²⁶⁹⁾ Het mededingingsrecht belet klanten niet om zelfstandig het prijsaanbod van een leverancier bekend te maken aan een andere leverancier om zo betere handelsvoorwaarden, zoals een lagere prijs, te bedingen. Dergelijke gevallen moeten worden onderscheiden van situaties waarin een klant kennis heeft van een mededingingsbeperkende regeling tussen leveranciers en informatie uitwisselt om een dergelijke regeling uit te voeren.

⁽²⁷⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 103; arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, punten 27, 34-35. Zie ook het arrest van 30 maart 2022, Air Canada/Commissie, T-326/17, ECLI:EU:T:2022:177, punten 370-371, waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat de aansprakelijkheid van dergelijke derden niet afhangt van de vraag of zij de rol van tussenpersoon en bezoldigde moderator in de overeenkomst hebben gespeeld. Zie ook punt 454.

⁽²⁷¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, VM Remonts e.a., C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, punt 31.

de inbreuk deelnemen en daarvoor aansprakelijk zijn indien hij op de hoogte was van de mededingingsbeperkende doelstellingen die worden nagestreefd door de onderneming die de informatie deelt en de derde, en beoogde door zijn eigen gedrag bij te dragen aan deze doelstellingen. Aan de andere kant zal de onderneming die de informatie deelt geen inbreuk plegen wanneer die derde commercieel gevoelige informatie van een onderneming verkrijgt en, zonder die onderneming daarvan op de hoogte te stellen, de informatie doorgeeft aan haar concurrenten, of wanneer de onderneming redelijkerwijs niet had kunnen voorzien dat de informatie zou worden doorgegeven ⁽²⁷²⁾.

404. Evenzo kan een derde die commercieel gevoelige informatie doorgeeft aansprakelijk worden gehouden voor een dergelijke inbreuk indien hij door zijn eigen gedrag heeft beoogd bij te dragen tot de verwezenlijking van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers van de uitwisseling en de door andere ondernemingen met diezelfde mededingingsverstoringende doelstellingen voorgenomen of daadwerkelijk uitgevoerde materiële gedragingen kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden ⁽²⁷³⁾.

6.2.4.3. Frequentie van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie

405. Een frequente uitwisseling van informatie die zowel een betere gemeenschappelijke kijk op de markt als het monitoren van afwijkend gedrag vergemakkelijkt, verhoogt het risico op een heimelijke verstandhouding. Op onstabiele markten zal informatie waarschijnlijk frequenter moeten worden uitgewisseld om tot een heimelijke verstandhouding te komen dan op stabiele markten. Op markten met langlopende contracten (waar inkoop- en verkooponderhandelingen dus niet frequent zijn) zou normaal gesproken met een minder frequente uitwisseling van informatie een heimelijke verstandhouding kunnen worden bereikt. Niet-frequente uitwisselingen zijn daarentegen mogelijk niet voldoende om tot een heimelijke verstandhouding te komen op markten met kortlopende contracten en bijgevolg frequente (her)onderhandelingen ⁽²⁷⁴⁾. De frequentie waarmee informatie moet worden uitgewisseld om het ontstaan van een heimelijke verstandhouding te vergemakkelijken, hangt over het algemeen mede af van de aard, de ouderdom en de mate van aggregatie van deze informatie ⁽²⁷⁵⁾. Door het toenemende belang van realtimegegevens voor zakelijke besluitvorming wordt het grootste concurrentievoordeel verkregen door geautomatiseerde realtime informatie-uitwisseling. Wat een frequente of niet-frequente uitwisseling van informatie inhoudt, hangt af van de omstandigheden en de betreffende markt ⁽²⁷⁶⁾.

6.2.4.4. Maatregelen om het risico op inbreuken op het mededingingsrecht te verminderen

406. Ondernemingen die commercieel gevoelige informatie willen (of moeten) uitwisselen, worden aangemoedigd maatregelen te nemen om de toegang tot de informatie te beperken of om te controleren hoe deze wordt gebruikt ⁽²⁷⁷⁾. Ondernemingen moeten ook overwegen de uitwisseling te beperken tot wat nodig is voor het beoogde doel.
407. Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld “clean teams” of beheerders (“trustee”) inzetten om informatie te ontvangen en te verwerken. Een clean team is doorgaans een kleine groep mensen binnen een onderneming die niet betrokken zijn bij de dagelijkse bedrijfsvoering en gebonden zijn aan strenge geheimhoudingsprotocollen ten aanzien van de commercieel gevoelige informatie ⁽²⁷⁸⁾. Een trustee is een onafhankelijke externe dienstverlener voor de onderneming. Een clean team of trustee kan bijvoorbeeld worden ingezet bij de uitvoering van andere soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten, om ervoor te zorgen dat de ten behoeve van deze samenwerking verstrekte informatie op een “need to know”-basis en op geaggregeerde wijze wordt verstrekt.
408. Deelnemers aan een wederkerige data-uitwisselingsregeling, zoals een datapool, mogen in beginsel alleen toegang hebben tot hun eigen informatie en tot de definitieve, geaggregeerde informatie van andere deelnemers. Met technische en praktische maatregelen kan worden gewaarborgd dat een deelnemer geen commercieel gevoelige informatie kan verkrijgen van andere deelnemers. Het beheer van een datapool kan worden

⁽²⁷²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, VM Remonts e.a., C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, punt 30. Zie ook punt 406, waarin wordt uitgelegd dat een ontvanger van commercieel gevoelige informatie wordt verondersteld rekening te hebben gehouden met de informatie, tenzij hij zich distantiëert door duidelijk te maken dat hij dergelijke informatie niet wenst te ontvangen of door de uitwisseling bij de administratieve instanties te melden.

⁽²⁷³⁾ Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 100.

⁽²⁷⁴⁾ Zo zouden niet-frequente contracten de kans op vergeldingsmaatregelen kunnen verkleinen.

⁽²⁷⁵⁾ Afhankelijk van de structuur van de markt en de algemene context waarin de uitwisseling plaatsvindt, valt niet uit te sluiten dat een eenmalige uitwisseling kan volstaan om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun marktgedrag af te stemmen; zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 59.

⁽²⁷⁶⁾ Op sommige markten, zoals onlinemarktplaatsen of bij tankstations, worden prijsbeslissingen bijvoorbeeld meerdere keren per dag genomen. Op andere markten herzien ondernemingen hun prijzen slechts enkele keren per jaar. Een driemaandelijke uitwisseling van informatie kan in het eerste geval niet als frequent worden beschouwd, terwijl dit in het laatste geval wel als zodanig kan worden beschouwd. Op bepaalde financiële markten wordt zo vaak gehandeld dat informatie die dagelijks wordt gepubliceerd, als niet-frequent kan worden beschouwd.

⁽²⁷⁷⁾ Dergelijke maatregelen kunnen al nodig zijn om te voldoen aan de algemene verordening gegevensbescherming, wanneer de uitwisseling persoonsgegevens omvat.

⁽²⁷⁸⁾ Zie het besluit van de Commissie van 24 april 2018 in zaak M.7993, Altice/PT Portugal, punt 53.

toevertrouwd aan een trustee die strikte geheimhouding in acht moeten nemen ten aanzien van de van deelnemers aan de datapool ontvangen informatie. Ondernemingen die een datapool beheren, moeten er daarnaast ook voor zorgen dat alleen informatie wordt verzameld die noodzakelijk is voor het uitvoeren van het legitieme doel van de datapool.

409. Ondernemingen kunnen verdere maatregelen nemen om het risico te verkleinen dat commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld tijdens interacties met (potentiële) concurrenten. Voorafgaand aan geplande contacten moeten ondernemingen de agenda en het doel van de bijeenkomst of het telefoongesprek zorgvuldig bestuderen om ervoor te zorgen dat potentiële risico's met betrekking tot de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie vooraf worden geïdentificeerd en dat passende maatregelen worden genomen om die risico's te vermijden. Ondernemingen kunnen ook besluiten zich bij vergaderingen of telefoongesprekken te laten bijstaan door een advocaat die gespecialiseerd is in het mededingingsrecht. Tijdens de contacten moeten de deelnemers zich aan de agenda houden en, als commercieel gevoelige informatie wordt bekendgemaakt of uitgewisseld, daar bezwaar tegen maken, ervoor zorgen dat hun bezwaren worden opgenomen in de notulen van de bijeenkomst of het telefoongesprek en zich publiekelijk distantiëren als de uitwisseling van informatie ondanks hun bezwaren plaatsvindt (zie punt 410). Door ervoor te zorgen dat snel na elk contact nauwkeurige notulen worden opgesteld en verspreid, kunnen ondernemingen snel vaststellen of per ongeluk commercieel gevoelige informatie is uitgewisseld en onmiddellijk bezwaar maken tegen de notulen.
410. Tijdens de contacten kan een onderneming zich publiekelijk distantiëren van elke mededingingsbeperkende uitwisseling van commercieel gevoelige informatie door haar verzet duidelijk te maken aan de andere deelnemers aan de uitwisseling. Om vast te stellen of een onderneming zich daadwerkelijk heeft gedistantieerd, is het belangrijk dat de andere deelnemers aan de uitwisseling het eens zijn over de bedoelingen van de onderneming die zich distantieert. Een onderneming die zich wil distantiëren, kan bijvoorbeeld onmiddellijk en uitdrukkelijk verklaren dat zij niet kan deelnemen aan discussies over het onderwerp in kwestie en vragen dat onmiddellijk van onderwerp wordt gewijzigd. Als het bezwaar en het verzoek worden genegeerd, moet de onderneming de bijeenkomst of het telefoongesprek onmiddellijk verlaten op een wijze die de reden voor haar vertrek voor alle aanwezigen duidelijk maakt. Ondernemingen moeten ervoor zorgen dat hun bezwaren en vertrek worden vastgelegd in alle gedeelde notulen van de bijeenkomst of, als er geen dergelijke notulen zijn, hun vertrek vastleggen in hun eigen aantekeningen van het contact.
411. Ondernemingen kunnen ook maatregelen nemen om het risico te beperken dat commercieel gevoelige informatie openbaar wordt gemaakt (zie punt 398). Alvorens commercieel gevoelige informatie openbaar te maken, moeten ondernemingen nagaan of de informatie daadwerkelijk het beoogde legitieme doel dient en of de mate van gedetailleerdheid van de openbaarmaking voor dat doel vereist is. De openbaarmaking van commercieel gevoelige informatie over voorgenomen gedrag op het gebied van prijzen en hoeveelheden vermindert de strategische onzekerheid op de markt en kan leiden tot een heimelijke verstandhouding. Geaggregeerde en historische informatie is over het algemeen minder strategisch. Alle aangekondigde strategische informatie moet ook beperkt blijven tot de onderneming zelf en mag zich niet uitstrekken tot de sector of bedrijfstak. Ondernemingen moeten met name openbare aankondigingen vermijden over strategische stappen die afhankelijk zijn van de acties van hun (potentiële) concurrenten. Afhankelijk van de context kunnen ondernemingen die worden geconfronteerd met openbare aankondigingen van concurrenten waarin commercieel gevoelige informatie wordt onthuld, het risico op inbreuken op het mededingingsrecht verminderen door publiekelijk afstand te nemen of door de aankondigingen aan de overheidsinstanties te melden.

Drie ondernemingen A, B en C concurreren bijvoorbeeld op een bepaalde detailhandelsmarkt en worden geconfronteerd met stijgende kosten. Onderneming A mag geen openbare verklaringen afleggen waarin wordt gesuggereerd dat zolang B en C deze stijgende kosten ook doorberekenen aan gebruikers, de bedrijfstak winstgevend zal blijven. Ook mag zij niet aankondigen dat het wenselijk is dat B en C deze kosten doorberekenen. Ook mag A niet publiekelijk aankondigen dat zij niet zal kunnen voorkomen dat deze stijgende kosten aan gebruikers worden doorberekend, aangezien B en C van plan zijn hetzelfde te doen.

6.2.5. Marktktenmerken

412. De waarschijnlijkheid dat een informatie-uitwisseling leidt tot collusie of marktafsluiting hangt af van de marktktenmerken. De informatie-uitwisseling zelf kan tevens van invloed zijn op deze marktktenmerken. Relevante marktktenmerken in dit verband zijn onder meer de mate van transparantie op een markt, het aantal ondernemingen dat actief is op de markt (marktconcentratie), het bestaan van toetredingsdrempels, of het product of de dienst waarop de uitwisseling betrekking heeft homogeen is, of de betrokken ondernemingen vergelijkbaar zijn (de complexiteit van de markt), en de stabiliteit van de voorwaarden van vraag en aanbod op de markt ⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁹⁾ Deze lijst van kenmerken is niet uitputtend; andere marktktenmerken kunnen ook relevant zijn voor de beoordeling van bepaalde informatie-uitwisselingen.

De volgende lijst van relevante marktkenmerken is niet uitputtend, aangezien andere marktkenmerken ook relevant kunnen zijn voor de beoordeling van bepaalde informatie-uitwisselingen.

Transparantie: Hoe transparanter een markt is, hoe minder onzekerheid er kan zijn over concurrentie, waardoor verdere uitwisselingen des te problematischer worden ⁽²⁸⁰⁾.

Marktconcentratie: Het is eenvoudiger om overeenstemming te bereiken over de voorwaarden van coördinatie en te monitoren op afwijkingen op een markt waarop slechts een enkele concurrenten actief zijn. Indien een markt sterk geconcentreerd is, kan de uitwisseling van bepaalde informatie, met name afhankelijk van de soort uitgewisselde informatie, ondernemingen in staat stellen de marktpositie en de commerciële strategie van hun afzonderlijke concurrenten te kennen, waardoor de rivaliteit op deze markt wordt vervalst en de waarschijnlijkheid van collusie wordt vergroot of collusie zelfs wordt vergemakkelijkt. Indien een markt daarentegen versnipperd is, kan de uitwisseling van informatie tussen concurrenten een neutraal of zelfs een positief effect hebben op de mededinging op de markt ⁽²⁸¹⁾.

Belemmeringen voor het betreden van de markt: Het bestaan van toetredingsdrempels maakt het voor buitenstaanders moeilijker om de heimelijke verstandhouding te ondermijnen door de markt te betreden en de gevestigde, samenspannende ondernemingen op de markt te onderbieden. Toetredingsdrempels vergroten dus de kans dat een heimelijke verstandhouding op de markt haalbaar is.

Complexiteit van de markt: Wanneer ondernemingen vergelijkbare kosten, klanten, marktaandelen, productassortimenten, capaciteiten enz. hebben, zullen zij gemakkelijker overeenstemming kunnen bereiken over coördinatievoorwaarden, omdat hun prikkels gelijklopend zijn. Evenzo kan het gemakkelijker zijn om tot een heimelijke verstandhouding te komen over een prijs voor één homogeen product dan over talrijke prijzen op een markt met veel gedifferentieerde producten, ook al kunnen technische ontwikkelingen, zoals het gebruik van instrumenten voor het traceren van prijzen, collusie met betrekking tot gedifferentieerde producten vergemakkelijken.

Marktstabiliteit: Heimelijke verstandhouding komt waarschijnlijk ook vaker voor wanneer de vraag- en aanbodsituatie op de markt betrekkelijk stabiel is. Een volatiele vraag, een sterke interne groei van bepaalde ondernemingen op de markt, of het feit dat geregeld nieuwe ondernemingen tot de markt toetreden, kunnen erop wijzen dat de markt niet zo stabiel is dat coördinatie voor de hand ligt ⁽²⁸²⁾, of dat frequentere uitwisselingen nodig zijn om gevolgen te hebben voor de mededinging.

6.2.6. Beperking van de mededinging naar strekking

413. Zoals uiteengezet in afdeling 1.2.4, zijn sommige overeenkomsten op zichzelf en gelet op de inhoud van hun bepalingen, hun doelstellingen en de economische en juridische context waarvan zij deel uitmaken, dermate schadelijk voor de mededinging dat het niet nodig is hun gevolgen te beoordelen. Met name een informatie-uitwisseling zal worden geacht een mededingsbeperkende strekking te hebben wanneer de informatie commercieel gevoelig is en de uitwisseling de onzekerheid van de deelnemers kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen ⁽²⁸³⁾. Bij de beoordeling van de vraag of een uitwisseling een beperking van de mededinging naar strekking inhoudt, zal de Commissie met name letten op de inhoud en oogmerken ervan, alsmede op de juridische en economische context waarin de informatie-uitwisseling plaatsvindt ⁽²⁸⁴⁾. Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de werkelijke voorwaarden voor de werking en de structuur van de betrokken markt of markten ⁽²⁸⁵⁾.
414. Vooral bij de uitwisseling van informatie met betrekking tot het toekomstig gedrag van ondernemingen op het gebied van prijzen of hoeveelheden ⁽²⁸⁶⁾ is de kans bijzonder groot dat een heimelijke verstandhouding ontstaat. Afhankelijk van de doelstellingen die met de uitwisseling worden nagestreefd en de juridische en economische context daarvan, kunnen de uitwisselingen van andere soorten informatie ook een beperking van de mededinging naar strekking vormen. Daarom is het noodzakelijk om de informatie-uitwisselingen per geval te beoordelen.

⁽²⁸⁰⁾ Zie ook punt 389.

⁽²⁸¹⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 58, en de daar aangehaalde rechtspraak.

⁽²⁸²⁾ Zie beschikking van de Commissie in de zaken IV/31.370 en 31.446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, PB L 68 van 13.3.1992, blz. 19, overweging 51 en arrest van 27 oktober 1994, Deere/Commissie, T-35/92, EU:T:1994:259, punt 78.

⁽²⁸³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 122; arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 41; arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, HSBC Holdings e.a./Commissie, C-883/19, ECLI:EU:C:2023:11, punten 115-116; arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 100.

⁽²⁸⁴⁾ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punt 58; arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2008, Beef Industry Development Society Ltd en Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, punt 15 e.v.

⁽²⁸⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2018, Philips en Philips France/Commissie, C-98/17 P, ECLI:EU:C:2018:774, punt 35.

⁽²⁸⁶⁾ Informatie over voorgenomen toekomstige hoeveelheden zou bijvoorbeeld kunnen slaan op voorgenomen toekomstige verkopen, verkopen op een specifiek grondgebied of verkopen aan specifieke groepen klanten.

Tot de uitwisselingen die in individuele gevallen zijn beschouwd als beperkingen naar strekking — in het licht van de inhoud van de uitgewisselde informatie, de nagestreefde doelstellingen en de juridische en economische context — behoren de volgende:

- a) de uitwisseling van informatie met concurrenten over prijsstelling en prijsvoornemens van een onderneming ⁽²⁸⁷⁾;
- b) de uitwisseling van informatie met concurrenten over de huidige en toekomstige productiecapaciteit van een onderneming ⁽²⁸⁸⁾;
- c) de uitwisseling van informatie met concurrenten ⁽²⁸⁹⁾ over de huidige en toekomstige commerciële strategie van een onderneming ⁽²⁹⁰⁾;
- d) de uitwisseling van informatie met concurrenten over de prognoses in verband met de huidige en toekomstige vraag van een onderneming ⁽²⁹¹⁾;
- e) de uitwisseling van informatie met concurrenten over prognoses over toekomstige verkoopgegevens van een onderneming ⁽²⁹²⁾;
- f) de uitwisseling van informatie met concurrenten over toekomstige productkenmerken die relevant zijn voor gebruikers ⁽²⁹³⁾;

In al deze gevallen werd geacht dat de uitgewisselde informatie de onzekerheid tussen de deelnemers zou kunnen wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarvan en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag moeten aanpassen.

415. Uit de voorbeelden in punt 414 blijkt dat er geen rechtstreeks verband hoeft te bestaan tussen de uitgewisselde informatie en consumentenprijzen om te kunnen zeggen dat de uitwisseling een mededingingsbeperkende strekking heeft ⁽²⁹⁴⁾. Voorts is voor de vaststelling of er sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, de aard van de contacten en niet de frequentie ervan doorslaggevend ⁽²⁹⁵⁾.

Bijvoorbeeld: een groep concurrenten maakt zich zorgen dat hun producten wellicht aan nog strengere milieuvorschriften zullen worden onderworpen. In het kader van gezamenlijke lobbyinspanningen komen ze regelmatig bijeen om van gedachten te wisselen. Om tot een gemeenschappelijk standpunt betreffende toekomstige wetgevingsvoorstellen te komen, wisselen ze bepaalde informatie met betrekking tot de milieukeurmerken van hun bestaande producten uit. Zolang het hier om historische informatie gaat en de ondernemingen daarmee niet op de hoogte worden gebracht van de beoogde marktstrategieën van hun concurrenten, vormt de uitwisseling geen beperking in de zin van artikel 101, lid 1.

Als de ondernemingen echter informatie gaan uitwisselen over hun ontwikkeling van huidige of toekomstige producten, of onthullen hoe zij op elkaars gedrag zouden reageren, bestaat het risico dat dergelijke uitwisselingen hun gedrag op de markt beïnvloeden. Een dergelijke uitwisseling kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de concurrenten tot een gemeenschappelijke overeenstemming komen om geen producten op de markt te brengen die milieuvriendelijker zijn dan wettelijk vereist. Een dergelijke coördinatie beïnvloedt het marktgedrag van partijen en beperkt de concurrentie op het punt van productkenmerken en de keuzevrijheid van gebruikers. Dit zal derhalve als een beperking van de mededinging naar strekking worden beschouwd.

416. Afhankelijk van de juridische en economische context en van de doelstellingen die een onderneming nastreeft, kan ook worden gesteld dat een openbare bekendmaking waarin de toekomstige voornemens van de onderneming ten aanzien van belangrijke concurrentieparameters, bijvoorbeeld prijzen of hoeveelheden, bekend

⁽²⁸⁷⁾ Zie bv. arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 96; arrest van het Gerecht van 15 december 2016, Philips en Philips France/Commissie, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, punten 134-136. De informatie hoeft niet direct prijzen te betreffen. Uitwisselingen van informatie die een doorslaggevend element vormt van de prijs die de eindgebruiker betaalt, kan ook neerkomen op een beperking naar strekking. Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 37.

⁽²⁸⁸⁾ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punten 85 en 96; arrest van het Gerecht van 15 december 2016, Philips en Philips France/Commissie, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, punt 104.

⁽²⁸⁹⁾ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 70.

⁽²⁹⁰⁾ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 98.

⁽²⁹¹⁾ Arrest van het Gerecht van 9 september 2015, Samsung SDI e.a./Commissie, T-84/13, ECLI:EU:T:2015:611, punt 51.

⁽²⁹²⁾ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 96.

⁽²⁹³⁾ Besluit van de Commissie van 8 juli 2021 in zaak AT.40178 — Emissies van personenauto's, overwegingen 84, 107 en 124-126.

⁽²⁹⁴⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, HSBC Holdings e.a./Commissie, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:111, punten 120-121, waarin wordt verduidelijkt dat artikel 101 niet alleen bedoeld is om de onmiddellijke belangen van individuele concurrenten of consumenten te beschermen, maar ook om de structuur van de markt en dus de concurrentie als zodanig te beschermen.

⁽²⁹⁵⁾ Arrest van het Gerecht van 7 november 2019, Campine en Campine Recycling/Commissie, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, punt 308.

worden gemaakt, een beperking naar strekking inhoudt. Op dezelfde manier wordt een openbaarmaking die klanten niet duidelijk ten goede komt, maar wel een signaal geeft aan concurrenten over hoe zij moeten handelen, of wat de gevolgen zijn van handelen of nalaten op een bepaalde manier te handelen, of hoe de onderneming zal reageren op het gedrag van concurrenten, beschouwd als een beperking naar strekking.

417. Wanneer een informatie-uitwisseling een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer concurrenten vormt die erop gericht is hun concurrentiegedrag op de markt te coördineren of de relevante concurrentieparameters te beïnvloeden, kan dit als een kartel worden beschouwd. Dit is met name het geval wanneer de uitwisseling betrekking heeft op de vaststelling of coördinatie van inkoop- of verkoopprijzen of andere handelsvoorwaarden, onder meer met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten en klanten, waaronder manipulatie van aanbestedingsprocedures, beperkingen van de invoer of uitvoer, of mededingingsbeperkende maatregelen jegens andere concurrenten. Informatie-uitwisselingen die kartels vormen, hebben niet alleen een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, maar voldoen bovendien zeer niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Informatie-uitwisselingen kunnen tevens de uitvoering van een kartel vergemakkelijken doordat ondernemingen in staat worden gesteld te monitoren of de deelnemers zich aan de overeengekomen voorwaarden houden. Die vormen van informatie-uitwisseling zullen als onderdeel van het kartel worden onderzocht.
418. Data-uitwisselingsregelingen, waarbij verschillende concurrenten data inbrengen, vormen over het algemeen geen beperking van de mededinging naar strekking als wordt vastgesteld dat ze echte concurrentiebevorderende gevolgen hebben die voldoen aan de vereisten van punt 419.

Bij een datapool waarin (deels) commercieel gevoelige gegevens worden uitgewisseld die gericht is op informatieasymmetrie in een niet-geconcentreerde markt en die voordelen voor afnemers zal opleveren, zal bijvoorbeeld waarschijnlijk geen sprake zijn van een beperking naar strekking als de deelnemers ervoor zorgen dat alle commercieel gevoelige gegevens die zij via de pool uitwisselen noodzakelijk en evenredig zijn om het concurrentiebevorderende doel te bereiken. Deelnemers kunnen bijvoorbeeld zoveel mogelijk vertrouwen op geaggregeerde en historische gegevens; de frequentie van de uitwisseling verminderen en maatregelen nemen om de toegang tot de uitgewisselde informatie te beperken en/of om te controleren hoe deze wordt gebruikt. De deelnemers moeten ervoor zorgen dat de regeling op een transparante wijze wordt opgezet.

419. Tot slot moet bij de beoordeling van de vraag of een informatie-uitwisseling een beperking naar strekking vormt, rekening worden gehouden met elk argument dat door de partijen wordt aangevoerd dat de uitwisseling concurrentiebevorderend is. In dat verband kan het enkele bestaan van dergelijke concurrentiebevorderende gevolgen als zodanig niet uitsluiten dat kan worden gesteld dat de uitwisseling een beperking naar strekking heeft. Dergelijke concurrentiebevorderende gevolgen moeten worden aangetoond, relevant zijn, specifiek gerelateerd zijn aan de betreffende informatie-uitwisseling en voldoende significant zijn om een redelijke twijfel te rechtvaardigen over de vraag of de uitwisseling de mededinging in voldoende mate schaadt⁽²⁹⁶⁾. Als aan deze voorwaarden is voldaan, is een volledige beoordeling van de gevolgen van de informatie-uitwisseling vereist om te bepalen of deze mededingingsbeperkende gevolgen heeft (zie afdeling 6.2.7).

6.2.7. Beperking van de mededinging naar gevolgen

420. Een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie die op zichzelf niet in voldoende mate schadelijk is voor de mededinging in het licht van de inhoud, de doelstellingen en de economische en juridische context waarvan de informatie deel uitmaakt, kan nog steeds mededingingsbeperkende gevolgen hebben⁽²⁹⁷⁾.
421. Zoals vermeld in afdeling 1.2.5, moet per geval worden onderzocht wat de gevolgen van een informatie-uitwisseling voor de mededinging zijn, aangezien de uitkomst van de beoordeling afhangt van een combinatie van uiteenlopende factoren die eigen zijn aan de zaak. Bij deze beoordeling zal de Commissie de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de informatie-uitwisseling op de markt vergelijken met de situatie waarvan sprake zou zijn zonder die specifieke informatie-uitwisseling⁽²⁹⁸⁾. De informatie-uitwisseling heeft mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer deze naar alle waarschijnlijkheid een merkbaar negatieve impact zal hebben op de werking van de betreffende markt, door een (of meer) van de concurrentieparameters te beïnvloeden, zoals prijs, productie, productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie.
422. Voor de beoordeling van de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen zijn de aard van de uitgewisselde informatie (zie afdeling 6.2.3), de kenmerken van de uitwisseling (zie afdeling 6.2.4) en de marktkenmerken (zie afdeling 6.2.5) relevant⁽²⁹⁹⁾.

⁽²⁹⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 12 januari 2023, HSBC Holdings e.a./Commissie, C-883/19 P, ECLI:EU:C:2023:11, punten 195-205.

⁽²⁹⁷⁾ De richtlijnen in de rest van deze afdeling 6.2.7 zijn alleen van toepassing op informatie-uitwisselingen waarbij geen sprake is van beperking van de mededinging naar strekking.

⁽²⁹⁸⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, John Deere/Commissie, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 76.

⁽²⁹⁹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 54.

423. Een uitwisseling van informatie zal vermoedelijk slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer de aan de uitwisseling deelnemende ondernemingen een voldoende groot deel van de relevante markt bestrijken ⁽³⁰⁰⁾. Anders zouden de concurrenten die niet aan de uitwisseling deelnemen, het eventuele mededingingsversturende gedrag van de betrokken ondernemingen kunnen beteugelen. Wat een “voldoende groot deel van de markt” is, kan niet in algemene termen worden vastgesteld en zal afhangen van de specifieke omstandigheden van elk geval en van het soort uitwisseling ⁽³⁰¹⁾.
424. Informatie-uitwisseling die slechts in geringe mate bijdraagt tot markttransparantie, zal minder gauw mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan een uitwisseling van informatie waarbij de transparantie aanzienlijk wordt vergroot. Het is derhalve de combinatie van het bestaande transparantieniveau en de mate waarin dit niveau door de uitwisseling wordt gewijzigd, die bepaalt in hoeverre de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Bij hechte oligopolies is de kans groter dat informatie-uitwisselingen mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben dan bij minder hechte oligopolies, en op zeer gefragmenteerde markten zijn dergelijke beperkende gevolgen zelfs niet waarschijnlijk.

6.3. Toetsing aan artikel 101, lid 3

6.3.1. Efficiëntieverbeteringen ⁽³⁰²⁾

425. Een informatie-uitwisseling kan leiden tot efficiëntieverbeteringen, afhankelijk van de aard van de uitgewisselde informatie, de kenmerken van de uitwisseling en de structuur van de markt. In het kader van de beoordeling op grond van artikel 101, lid 3, zal rekening worden gehouden met eventuele concurrentiebevorderende gevolgen die voortvloeien uit een informatie-uitwisseling.

Een aantal voorbeelden van efficiëntieverbeteringen waarmee rekening kan worden gehouden:

Ondernemingen kunnen efficiënter worden als ze hun prestaties benchmarken tegen de beste praktijken in de bedrijfstak.

Een informatie-uitwisseling kan bijdragen aan een veerkrachtige markt doordat ondernemingen daardoor sneller kunnen reageren op veranderingen in vraag en aanbod en interne en externe risico's van verstoringen of kwetsbaarheden in de toeleveringsketens kunnen beperken.

Een informatie-uitwisseling kan zowel gebruikers als ondernemingen ten goede komen door ze in staat te stellen de prijs of kwaliteit van producten te vergelijken, bijvoorbeeld door de publicatie van overzichten van bestverkopende producten of prijsvergelijkingen. Het kan gebruikers en ondernemingen dus helpen een beter geïnformeerde keuze te maken (en hun zoekkosten te verlagen)

Een informatie-uitwisseling in de vorm van data-uitwisseling kan essentieel zijn voor de ontwikkeling van nieuwe producten, diensten en technologieën.

Het bundelen van gegevens (“data pooling”) over producenten die duurzame producten leveren of producenten die duurzame productieprocessen gebruiken, kan ondernemingen helpen aan hun duurzaamheidsverplichtingen uit hoofde van EU- of nationale wetgeving te voldoen.

Informatie-uitwisselingen over consumenten tussen ondernemingen die verzekeringsdiensten aanbieden aan consumenten kan de kennis van risico's verbeteren en de risicobeoordeling door individuele ondernemingen vergemakkelijken. Dit kan op zijn beurt afnemers ten goede komen doordat zij toegang krijgen tot verzekeringsdiensten die zonder een uitgebreid risicoprofiel niet beschikbaar zouden zijn geweest.

Data-uitwisseling tussen e-commercemarktplaatsen over onlineverkopers die zich bezighouden met illegale praktijken, zoals de verkoop van namaakproducten, kan de identificatie van namaakproducten door individuele marktplaatsen vergemakkelijken, waardoor consumenten worden beschermd tegen de aankoop van dergelijke producten.

De uitwisseling van informatie kan ook de “lock-in” van consumenten reduceren, waardoor de mededinging wordt bevorderd. Dit komt doordat informatie over het algemeen specifiek is voor een bepaalde relatie, en de gebruikers de aan deze informatie verbonden voordelen zouden verliezen wanneer zij zouden overstappen naar een andere leverancier.

⁽³⁰⁰⁾ In bepaalde gevallen kan een informatie-uitwisseling alleen voordelen opleveren als een voldoende groot deel van de markt wordt bestreken. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij het verzamelen van informatie in de financiële dienstverlening, waar het gebruik van niet-bindende kredietregisters en gezamenlijke compilaties de kennis van risico's kan verbeteren en de risicobeoordeling voor individuele ondernemingen kan vergemakkelijken.

⁽³⁰¹⁾ In het besluit van 30 juni 2022 in zaak AT.40511, *Insurance Ireland*, stelde de Commissie vast dat een uitwisseling een aanzienlijk deel van de relevante markt bestreek. In dat geval vertegenwoordigden de deelnemers aan de uitwisseling 98 % van de relevante markt.

⁽³⁰²⁾ Deze bespreking van de potentiële efficiëntieverbeteringen die informatie-uitwisseling kan meebrengen is niet uitputtend.

6.3.2. Onmisbaarheid

426. Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te bereiken welke dankzij de uitwisseling van informatie tot stand worden gebracht, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Om aan de voorwaarde van onmisbaarheid te voldoen, moeten de partijen kunnen aantonen dat de aard van de uitgewisselde informatie en de kenmerken van de uitwisseling de minst beperkende middelen zijn om de gestelde efficiëntieverbeteringen te genereren. De uitwisseling mag met name geen informatie betreffen die verder gaat dan de variabelen die van belang zijn om de efficiëntieverbeteringen tot stand te brengen.

Voor benchmarking bijvoorbeeld zal een uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens over het algemeen niet onmisbaar zijn, omdat geaggregeerde informatie (bv. in een vorm van een sectorclassificatie) eveneens de gestelde efficiëntieverbeteringen kan opleveren, terwijl het risico op een heimelijke verstandhouding minder groot is.

6.3.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

427. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten aan de gebruikers worden doorgegeven in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van informatie-uitwisseling. Hoe geringer de marktmacht van de ondernemingen die bij de informatie-uitwisseling betrokken zijn, des te waarschijnlijker is het dat de efficiëntieverbeteringen worden doorgegeven aan de gebruikers in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

6.3.4. Geen uitschakeling van de mededinging

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

6.4. Voorbeelden, zelfbeoordelingstappen en tabel met richtlijnen voor aansprakelijkheid in verschillende situaties

429. Benchmarking

Voorbeeld 1

Situatie: Drie grote ondernemingen met een gecombineerd marktaandeel van 80 % in een stabiele, niet-complexe ⁽³⁰³⁾, geconcentreerde markt met hoge toetredingsdrempels wisselen geregeld rechtstreeks niet-openbare informatie uit over een belangrijk deel van hun individuele variabele kosten. De ondernemingen stellen dat zij dit doen om hun prestaties te benchmarken met die van hun concurrenten en zo efficiënter te worden.

Analyse: Informatie over kosten kan commercieel gevoelig zijn en via de uitwisseling kunnen partijen de onzekerheid tussen hen wegnemen of verminderen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop ze hun marktgedrag moeten aanpassen. Afhankelijk van een beoordeling van de inhoud, doelstellingen en de juridische en economische context, kan deze uitwisseling dus een mededingingsbeperkte strekking hebben. Wat de stelling van de partijen betreft dat de informatie-uitwisseling een concurrentiebevoorderend doel heeft, moeten dergelijke concurrentiebevoorderende gevolgen worden aangetoond, relevant zijn, specifiek verband houden met de betrokken informatie-uitwisseling en voldoende significant zijn om een redelijke twijfel te rechtvaardigen over de vraag of de uitwisseling voldoende schade toebrengt aan de mededinging.

Indien uit de uitgewisselde informatie op zichzelf niet blijkt dat de mededinging in voldoende mate wordt geschaad, omdat daarmee de onzekerheid over het individuele marktgedrag van de deelnemers niet wordt weggenomen, moeten de gevolgen ervan op de markt worden beoordeeld. Vanwege de marktstructuur, het grote marktaandeel van de deelnemers aan de informatie-uitwisseling, het feit dat de uitgewisselde informatie betrekking heeft op een groot deel van de variabele kosten van de ondernemingen, en met name als de gegevens in geïndividualiseerde vorm worden uitgewisseld, zal de informatie-uitwisseling waarschijnlijk een heimelijke verstandhouding in de hand werken. De uitwisseling zal daarom waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, opleveren. Het is onwaarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan omdat er minder beperkende manieren zijn om de gestelde efficiëntieverbeteringen te bereiken, bijvoorbeeld door een derde partij te gebruiken om de data te verzamelen, te anonimiseren en te aggregeren in een of andere vorm van ranglijst van bedrijfstakken. Ten slotte zou, in dit geval, aangezien de partijen een zeer hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormen, zelfs de uitwisseling van geaggregeerde gegevens een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand kunnen werken.

⁽³⁰³⁾ Zie punt 412.

430. Data-uitwisselingsregeling om tekorten aan de aanbodzijde aan te pakken

Voorbeeld 2

Situatie: Er zijn meerdere fabrikanten van essentiële medische producten actief op een markt die veelvuldig kampt met tekorten aan de aanbodzijde. Om het aanbod te verbeteren en de productie op een zo doeltreffend en passend mogelijke wijze te verhogen, stelt de brancheorganisatie voor om voor de betrokken essentiële producten gegevens over vraag en aanbod te verzamelen en in modellen op te nemen. Daarnaast zou de brancheorganisatie gegevens verzamelen om de productiecapaciteit, bestaande voorraden en mogelijkheden voor optimalisering van de toeleveringsketens in kaart te brengen. De branchevereniging zou de resultaten van deze gegevensverzameling en -modellering via niet-openbare kanalen met haar leden delen.

Analyse: De data-uitwisselingsregeling heeft een concurrentiebevorderend doel en vormt, afhankelijk van een beoordeling van de juridische en economische context, in beginsel geen beperking van de mededinging naar strekking. Daarom dienen de gevolgen ervan voor de markt te worden beoordeeld. Aangezien de verzamelde gegevens commercieel gevoelig zijn, kan de uitwisseling tot gevolg hebben dat de mededinging tussen de deelnemende fabrikanten wordt beperkt. Daarnaast kunnen producenten die geen lid zijn van de brancheorganisatie een concurrentienadeel oplopen ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingsstelsel deelnemen. Om het risico op collusie te vermijden, kunnen diverse maatregelen worden getroffen. Een adviesbureau zou de brancheorganisatie kunnen helpen de gegevens te verzamelen en bijeen te brengen in een model, waarbij geheimhoudingsovereenkomsten zouden worden gesloten met elke producent. Geaggregeerde gegevens zouden kunnen worden teruggekoppeld naar de producenten met het doel hun individuele capaciteitsbenutting, productie en aanbod weer in evenwicht te brengen en bij te sturen.

Indien een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen de producenten absoluut vereist is (die verder gaat dan de gegevens die in geaggregeerde vorm zouden worden verzameld en uitgewisseld door de brancheorganisatie en het adviesbureau) (bijvoorbeeld om gezamenlijk te bepalen op welke producten het best kan worden overgeschakeld of waar de capaciteit kan worden te vergroot), zou deze uitwisseling moeten worden beperkt tot dat wat onmisbaar is om de doelen daadwerkelijk te verwezenlijken. De met betrekking tot het project uitgewisselde informatie zou goed gedocumenteerd moeten worden om de transparantie van de interacties te waarborgen. Deelnemers zouden zich ertoe moeten verplichten het bespreken van prijzen of de coördinatie van andere parameters te vermijden voor zover die niet strikt noodzakelijk zijn om de gestelde concurrentiebevorderende doelen te verwezenlijken. Ook zou het project beperkt moeten zijn in de tijd, zodat de uitwisselingen onmiddellijk worden gestaakt zodra het risico op tekorten aan de aanbodzijde niet langer een voldoende urgente dreiging vormt om de samenwerking te rechtvaardigen. Alleen het adviesbureau zou de commercieel gevoelige gegevens ontvangen en worden belast met de aggregatie ervan. De bezwaren in verband met marktafscherming zouden kunnen worden weggenomen als de data-uitwisselingsregeling open zou staan voor elke fabrikant die het betrokken product vervaardigt, ongeacht of ze lid zijn van de betreffende brancheorganisatie.

431. Gebruik van openbare aankondigingen

Voorbeeld 3

Situatie: Vier leveranciers met een gecombineerd marktaandeel van 70 % kondigen de toekomstige prijzen vaak openbaar aan door ze op hun websites te plaatsen en daarmee gerelateerde persverklaringen af te geven. Er zitten doorgaans een paar maanden tussen de datum van de prijsaankondiging en de datum waarop de aangekondigde prijzen beschikbaar zijn voor afnemers om bestellingen te plaatsen. De leveranciers herzien in die periode vaak de aangekondigde prijzen. Leidinggevend van de leveranciers maken regelmatig in het openbaar opmerkingen over de prijsaankondigingen van hun concurrenten en geven dan aan hoe de concurrenten hun prijzen zouden moeten herzien. De leveranciers stellen dat ze dit doen om investeerders te informeren over de toekomstige prestaties van hun onderneming.

Analyse: Met name bij informatie over het toekomstige gedrag van een onderneming met betrekking tot prijzen of hoeveelheden is de kans groot dat dit tot een heimelijke verstandhouding leidt. De openbaar gemaakte informatie is commercieel gevoelig en, samen met de opmerkingen van de leidinggevend, kan de uitwisseling de onzekerheid tussen de deelnemers wegnemen over toekomstige prijsvoornemens. Klanten zullen waarschijnlijk niet profiteren van dit soort openbare communicatie, bijvoorbeeld door hen in staat te stellen weloverwogen inkoopbeslissingen te nemen, aangezien de aangekondigde prijzen vaak worden gewijzigd vóór de datum waarop ze van kracht worden. De prijsaankondigingen lijken daarom geen legitieme poging om klanten te informeren. Bovendien kunnen de openbare opmerkingen van de leidinggevend over de prijzen van concurrerende leveranciers de betrokken leveranciers in staat stellen onderlinge afspraken te

maken over een beloningssanctiesysteem dat kenmerkend is voor heimelijke overeenkomsten. Afhankelijk van de andere elementen van de economische en juridische context, lijkt de uitwisseling de onzekerheid tussen deelnemers te kunnen wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag moeten aanpassen. De uitwisseling heeft daarom waarschijnlijk een beperking naar strekking.

432. Eenzijdige openbare aankondigingen

Voorbeeld 4

Situatie: De CEO van een grote producent van een homogeen product verwijst in een periodieke resultatenpresentatie publiekelijk naar de noodzaak om te reageren op recente prijsstijgingen van grondstoffen en de huidige buitensporig lage winstmarges aan te pakken door middel van een prijsverhoging voor de gehele bedrijfstak. Zij vermeldt dat zij akkoord zou gaan met elke prijsverhoging die concurrenten op de markt zouden aankondigen. Zij is er ook van overtuigd dat de sector “voldoende gedisciplineerd” is om te weten wat er nu nodig is om “de marges weer te herstellen”. Zij zegt immers dat de bedrijfstak tien jaar geleden met succes prijsverhogingen heeft doorgevoerd, toen die zich in een vergelijkbare situatie bevond.

Analyse: De verklaringen van de CEO in de resultatenpresentatie kunnen worden gelezen als een eenzijdige uitnodiging tot collusie. Het feit dat de aankondiging in het openbaar plaatsvindt, sluit als zodanig niet uit dat er sprake kan zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1. De opmerkingen kunnen een potentieel aanknopingspunt vormen voor coördinatie tussen concurrenten. Indien andere concurrenten bijvoorbeeld actuele uitspraken doen of marktgedrag vertonen waaruit blijkt dat zij met de uitnodiging tot heimelijke verstandhouding rekening hebben gehouden bij het bepalen van hun eigen toekomstige gedrag op de markt, kan dit gedrag, afhankelijk van de juridische en economische context, neerkomen op een beperking van de mededinging naar strekking in de zin van artikel 101, lid 1. Andere concurrenten kunnen dit risico beperken door publiekelijk afstand te nemen van de aankondigingen of door de aankondigingen aan de overheidsinstanties te melden.

433. Data-uitwisseling om vervalsing tegen te gaan

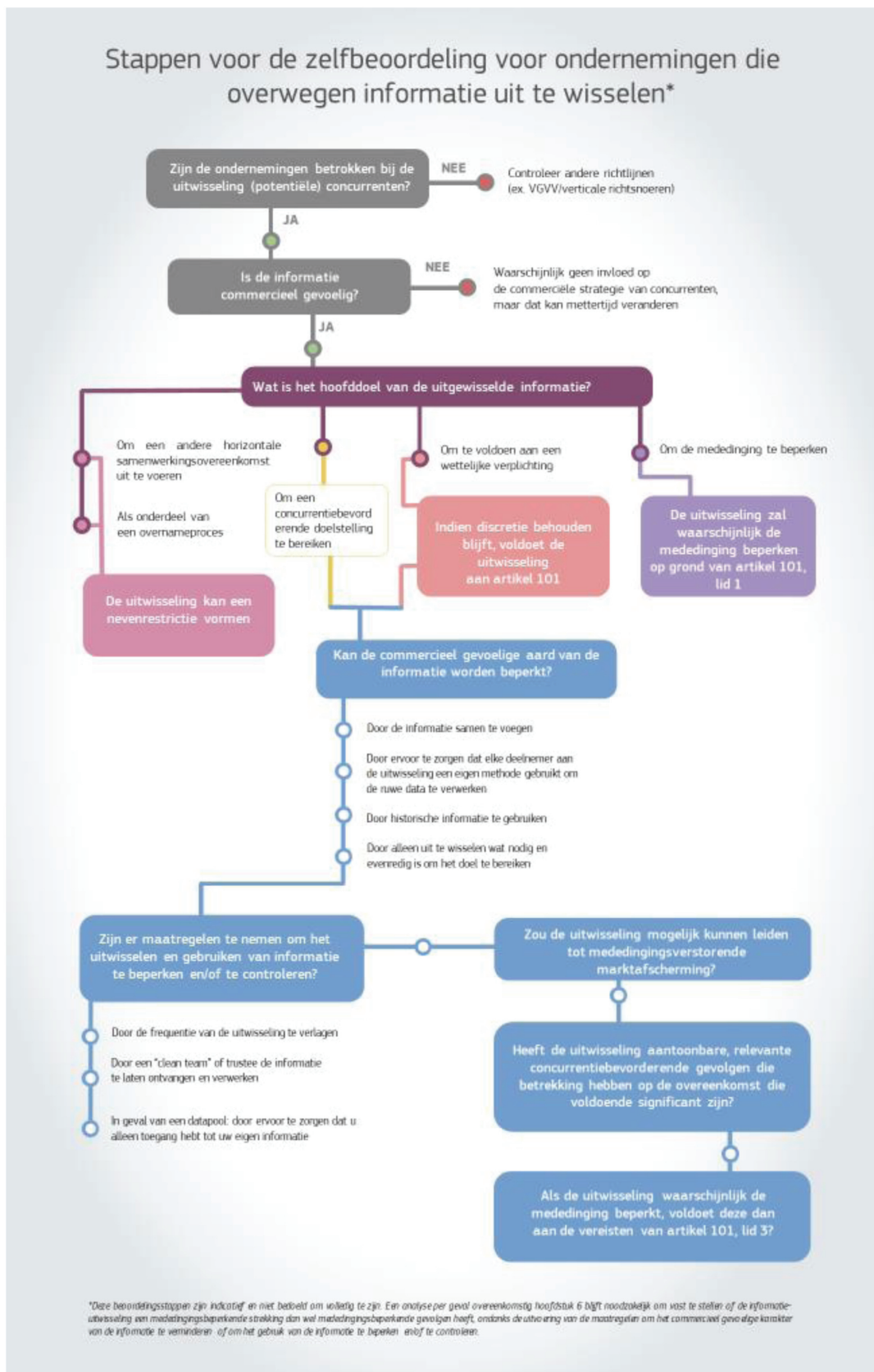
Voorbeeld 5

Situatie: Een merkeigenaar identificeert op verschillende socialemediaplatforms accounts die een soortgelijke naam hebben als die van zijn merk. Wanneer de merkeigenaar de respectieve accounts controleert, stelt zij vast dat er namaakproducten onder haar merk worden verkocht, zowel op de socialemediaplatforms als via een doorverwijslink naar een namaakwebsite. De wettelijke vertegenwoordigers van de merkeigenaar nemen vervolgens contact op met een van de socialemediaplatforms om i) het account te verwijderen en te voorkomen dat de gebruiker in de toekomst nieuwe accounts kan aanmaken, en ii) het platform informatie te verstrekken om de vervalser te identificeren met als doel juridische stappen te ondernemen, zoals naam, adres, IP-adres, e-mailadres enz. De merkeigenaar vraagt de socialemediaplatforms vervolgens om deze informatie te delen met andere tussenpersonen en platforms om te voorkomen dat een ander platform gaan gebruik om daar de illegaal geproduceerde goederen die inbreuk maken op intellectuele-eigendomsrechten aan te prijzen en te verkopen.

Analyse: De informatie-uitwisseling tussen socialemediaplatforms is bedoeld om de verkoop van namaakproducten te voorkomen en vormt, gezien dit doel, geen beperking van de mededinging naar strekking. Wat de inhoud van de uitwisseling betreft, is het bovendien onwaarschijnlijk dat de uitgewisselde informatie commercieel gevoelige informatie vormt. Elke uitwisseling van commercieel gevoelige informatie zou beperkt moeten blijven tot wat objectief noodzakelijk is om de vervalser effectief te identificeren. Om de transparantie te garanderen, moeten de uitwisselingen worden gedocumenteerd.

Andere marktpartijen die niet rechtstreeks door de namaakactiviteiten worden getroffen, zouden geen concurrentienadeel ondervinden als gevolg van de informatie-uitwisseling, aangezien het voorkomen van de verkoop van namaakproducten geen gevolgen voor hen heeft. Om het risico van collusie te vermijden, kunnen echter verschillende maatregelen worden genomen, zoals het sluiten van geheimhoudingsovereenkomsten tussen de partijen.

434. Stappen van de zelfbeoordeling



435. Aansprakelijkheid voor de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in verschillende situaties ⁽³⁰⁴⁾

Vorm van de uitwisseling	Aansprakelijkheid van A	Aansprakelijkheid van B	Aansprakelijkheid van C
Rechtstreekse uitwisseling tussen A en B	Ja	Ja	—
Rechtstreekse uitwisseling van A naar B	Ja ⁽¹⁾	Als B actief blijft op de markt, kunnen de instanties ervan uitgaan dat B rekening houdt met de informatie, tenzij B zich publiekelijk distantieert of dit bij de instanties meldt	—
Openbaarmaking door A; ontvangen door B	Ja, als de bekendmaking een onderling afgestemde feitelijke gedraging is	Eventueel een onderling afgestemde feitelijke gedraging indien de instanties kunnen aantonen dat B de informatie heeft opgevraagd of aanvaard. De instanties kunnen ervan uitgaan dat B er rekening mee houdt, tenzij B zich publiekelijk distantieert of de bekendmaking bij de instanties meldt	—
Indirecte uitwisseling van A via C naar B	A is aansprakelijk indien zij uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft toegestemd dat C de informatie aan B bekend maakt, of indien zij hiervan op de hoogte was en bereid was het risico te aanvaarden	B is aansprakelijk als zij de informatie heeft opgevraagd of aanvaard en ernaar heeft gehandeld. De instanties kunnen ervan uitgaan dat B er rekening mee houdt, tenzij B zich publiekelijk distantieert of de bekendmaking bij de instanties meldt	C aansprakelijk als bemiddelaar indien zij op de hoogte was van de mededingsbeperkende doelstellingen van A en van plan was bij te dragen tot die doelstellingen

⁽¹⁾ Indien B publiekelijk afstand neemt of de uitwisseling aan de autoriteiten meldt, hangt de aansprakelijkheid van A af van de vraag of het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden vastgesteld.

7. STANDAARDISERINGSOVEREENKOMSTEN

7.1. Inleiding

436. Standaardiseringsovereenkomsten hebben in de eerste plaats ten doel technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan bestaande of toekomstige producten, productieprocessen, due-diligenceprocessen voor de waardeketen, diensten of werkwijzen moeten voldoen ⁽³⁰⁵⁾. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op uiteenlopende kwesties, bijvoorbeeld standaardisering van verschillende kwaliteitsniveaus of maatvoeringen van een bepaald product of technische specificaties op product- of dienstenmarkten waarop compatibiliteit en interoperabiliteit met andere producten of systemen van essentieel belang is. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om een bepaald kwaliteitsmerk dan wel goedkeuring door een regelgevend orgaan te verkrijgen, kunnen eveneens als een norm worden beschouwd, net zoals overeenkomsten waarin duurzaamheidsnormen zijn vastgelegd. Hoewel duurzaamheidsnormen overeenkomsten vertonen met de standaardiseringsovereenkomsten die in dit hoofdstuk aan de orde komen, hebben ze ook bepaalde speciale kenmerken. Richtlijnen voor duurzaamheidsnormen zijn daarom te vinden in hoofdstuk 9.

⁽³⁰⁴⁾ Deze tabel geeft een beknopt overzicht van de relevante overwegingen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie in verschillende contexten. De tabel is indicatief en niet uitputtend.

⁽³⁰⁵⁾ Standaardisering kan op verschillende manieren plaatsvinden, variërend van de aanneming van op consensus gebaseerde nationale normen door erkende, internationale, Europese of nationale normalisatie-instellingen, op consensus gebaseerde technische specificaties ontwikkeld door consortia en fora, tot overeenkomsten tussen onafhankelijke ondernemingen.

437. De voorbereiding en uitwerking van technische normen als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag valt niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren ⁽³⁰⁶⁾. De Europese normalisatieorganisaties die erkend worden op grond van Verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad ⁽³⁰⁷⁾ vallen onder het mededingingsrecht voor zover ze kunnen worden beschouwd als een onderneming of een ondernemersvereniging in de zin van de artikelen 101 en 102 ⁽³⁰⁸⁾. Normen die verband houden met het leveren van intellectuele diensten, zoals voorschriften inzake de toelating tot een vrij beroep, vallen niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren.

7.2. Relevante markten

438. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen gevolgen hebben op vier mogelijke markten, die zullen worden omschreven overeenkomstig de bekendmaking marktbepalings. In de eerste plaats kan normontwikkeling gevolgen hebben voor de markten voor goederen of diensten waarop de norm betrekking heeft. In de tweede plaats, als de normontwikkeling gepaard gaat met de ontwikkeling of selectie van technologie, of als de intellectuele-eigendomsrechten afzonderlijk op de markt worden gebracht, los van de producten waarop deze betrekking hebben, kan de norm gevolgen hebben voor de relevante technologiemarkt ⁽³⁰⁹⁾. In de derde plaats kunnen er gevolgen zijn voor de markt voor normontwikkeling, indien er verschillende normalisatieinstanties of standaardiseringsovereenkomsten bestaan. In de vierde plaats kan normontwikkeling, in voorkomend geval, effect hebben op een afzonderlijke markt voor keuring en certificering.

7.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

7.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

439. Standaardiseringsovereenkomsten hebben over het algemeen aanzienlijke positieve economische gevolgen ⁽³¹⁰⁾, bijvoorbeeld doordat zij economische interpenetratie binnen de interne markt bevorderen en de ontwikkeling van nieuwe en betere producten of markten en betere leveringscondities aanmoedigen. Normen doen dan ook normaal gesproken de mededinging toenemen en de productie- en verkoopkosten dalen, en komen aldus de economie in haar geheel ten goede. Normen kunnen zorgen voor de handhaving en verhoging van de kwaliteit en veiligheid van producten, voor meer informatie en voor een betere interoperabiliteit en compatibiliteit (hetgeen een meerwaarde betekent voor de gebruiker).
440. In het kader van normen met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten ("IE-rechten") ⁽³¹¹⁾, is het mogelijk om drie hoofdgroepen van ondernemingen te onderscheiden, met verschillende belangen in het proces van normontwikkeling.
- a) Ten eerste zijn er ondernemingen die alleen upstream actief zijn en alleen technologieën ontwikkelen en verkopen. Hiertoe kunnen ook ondernemingen behoren die technologie verwerven met het doel deze in licentie te geven. Hun enige bron van inkomsten zijn de licentievergoedingen en hun streven is de royalty's zo hoog mogelijk te leggen.
 - b) Ten tweede zijn er ondernemingen die alleen downstream actief zijn en alleen producten vervaardigen of diensten leveren op basis van door derden ontwikkelde technologieën en die geen noemenswaardige IE-rechten bezitten. Royalty's zijn voor hen een kostenpost en geen bron van inkomsten, en hun streven is erop gericht de royalty's zo laag mogelijk te houden.
 - c) Tot slot zijn er geïntegreerde ondernemingen die zowel door IE-rechten beschermde technologie ontwikkelen als producten verkopen waarvoor ze een licentie nodig hebben. Deze ondernemingen hebben gemengde prikkels. Aan de ene kant genereren zij licentie-inkomsten uit hun eigen IE-rechten. Aan de andere kant moeten zij misschien royalty's betalen aan andere ondernemingen die IE-rechten bezitten die essentieel voor de norm die van toepassing is op hun eigen producten. Zij zouden daarom wederkerige licenties kunnen verlenen op hun eigen essentiële IE-rechten in ruil voor essentiële IE-rechten van andere ondernemingen, of hun IE-rechten defensief kunnen gebruiken. Daarnaast kunnen ondernemingen hun IE-rechten ook te gelde maken via andere methoden dan royalty's. In de praktijk gebruiken talrijke ondernemingen een mix van deze bedrijfsmodellen.

⁽³⁰⁶⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 26 maart 2009, *Selex Sistemi Integrati/Commissie*, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, punt 92.

⁽³⁰⁷⁾ Verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 316 van 14.11.2012, blz. 12).

⁽³⁰⁸⁾ Zie arrest van het Gerecht van 12 mei 2010, *EMC Development/Commissie*, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189.

⁽³⁰⁹⁾ Zie hoofdstuk 2 over O&O-overeenkomsten en de richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB C 89 van 28.3.2014, blz. 3, punten 20 tot en met 26) ("richtsnoeren inzake technologieoverdracht") die ingaan op aspecten van marktbepalings die van bijzonder belang zijn voor het in licentie geven van technologie-rechten. Voor een voorbeeld van marktbepalings overeenkomstig die richtsnoeren, zie het besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39985, *Motorola — Handhaving van essentiële octrooien voor GPRS-standaarden*, overwegingen 184-220.

⁽³¹⁰⁾ Zie ook punt 475.

⁽³¹¹⁾ In dit hoofdstuk worden met IE-rechten met name octrooien (niet-gepubliceerde octrooiaanvragen uitgezonderd) bedoeld. Ingeval ander soorten IE-rechten de IE-rechthebbende zeggenschap verschaffen over het gebruik van de norm, moeten echter dezelfde beginselen worden toegepast.

441. Partijen bij standaardiseringsovereenkomsten zijn niet noodzakelijkerwijs concurrenten. Normontwikkeling kan echter, in bepaalde omstandigheden waar sprake is van concurrenten, ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat de prijsconcurrentie wordt beperkt en de productie, de markten, de innovatie of de technologische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Zoals hieronder nader toegelicht, kan dit zich in hoofdzaak op drie manieren voordoen: a) door vermindering van de concurrentie op prijs; b) door afscherming van de toegang tot innoverende technologieën, en c) door uitsluiting van of discriminatie tegen bepaalde ondernemingen die de daadwerkelijke toegang tot de norm wordt ontzegd.
442. Ten eerste zou, indien ondernemingen in het kader van normontwikkeling mededingingsverstorend overleg zouden voeren, dit de concurrentie op prijs op de betrokken markten kunnen beperken of uitschakelen, of tot beperking of controle van de productie kunnen leiden, wat een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand zou werken ⁽³¹²⁾.
443. Ten tweede kunnen normen die gedetailleerde technische specificaties vaststellen voor een product of dienst een rem vormen op de technische ontwikkeling en innovatie. Terwijl een norm wordt ontwikkeld, kunnen alternatieve technologieën concurreren om in de norm te worden opgenomen. Wanneer eenmaal voor een bepaalde technologie is gekozen om in de norm te worden opgenomen en de norm is vastgesteld, kunnen sommige technologieën en ondernemingen met een toetredingsdrempel worden geconfronteerd en mogelijk van de markt worden uitgesloten. Normen die vereisen dat uitsluitend een bepaalde technologie wordt gebruikt, kunnen daarnaast de ontwikkeling en verspreiding van andere technologieën in de weg staan. De ontwikkeling van andere technologieën verhinderen door de leden van de normalisatie-instantie ertoe te verplichten uitsluitend een bepaalde norm te gebruiken, kan hetzelfde effect hebben. Het risico op beperking van innovatie neemt toe wanneer een of meer ondernemingen zonder gegronde reden van de normontwikkeling worden uitgesloten.
444. Ten derde kan normalisatie mededingingsverstorende resultaten opleveren doordat bepaalde ondernemingen wordt verhinderd daadwerkelijke toegang te krijgen tot de resultaten van de normontwikkeling (d.w.z. de specificatie en/of de essentiële IE-rechten voor de uitvoering van de norm). Indien het een onderneming volledig onmogelijk wordt gemaakt om toegang te verkrijgen tot het resultaat van de norm of indien aan deze onderneming slechts toegang wordt verleend op prohibitieve of discriminerende voorwaarden, bestaat het risico op een concurrentieverstorend effect. Bij een systeem waarin potentieel relevante IE-rechten van tevoren worden bekendgemaakt neemt de waarschijnlijkheid dat daadwerkelijke toegang tot de norm zal worden verleend vermoedelijk toe ⁽³¹³⁾, omdat de deelnemers kunnen nagaan op welke technologieën IE-rechten rusten en op welke niet. De wetgeving inzake de intellectuele eigendom en de mededingingswetgeving delen dezelfde doelstellingen ⁽³¹⁴⁾, namelijk het vergroten van de welvaart van de gebruikers en de innovatie, alsmede een efficiënte middelenallocatie. IE-rechten bevorderen dynamische concurrentie doordat zij ondernemingen aanmoedigen om in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen te investeren. IE-rechten zijn dan ook over het algemeen concurrentiebevorderend. Niettemin zou een deelnemer die IE-rechten bezit die essentieel zijn voor uitvoering van een norm, op grond van zijn IE-rechten in de specifieke context van normontwikkeling tevens zeggenschap kunnen krijgen over het gebruik van een norm. Wanneer de norm de toegang tot de markt belemmert, zou de onderneming aldus de product- of dienstenmarkt waarvoor de norm geldt, kunnen domineren. Dit zou ondernemingen dan weer de mogelijkheid geven zich op een mededingingsverstorende wijze te gedragen, bijvoorbeeld door te weigeren de noodzakelijke IE-rechten in licentie te geven dan wel door zeer hoge vergoedingen te vragen in de vorm van discriminerende of buitensporige royalty's ⁽³¹⁵⁾, waarmee de daadwerkelijke toegang tot de norm wordt verhinderd ("hold-up"). De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen als licentieonderhandelingen worden gerekend om redenen die uitsluitend toe te schrijven zijn aan de gebruiker van de norm. Dit kan bijvoorbeeld een weigering omvatten om een royaltyvergoeding te betalen op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ("FRAND"), of het gebruik van vertragingsstrategieën ("hold-out") ⁽³¹⁶⁾.

⁽³¹²⁾ Afhankelijk van de deelnemers aan het proces van normontwikkeling kunnen er beperkingen zijn aan zowel de aanbodzijde als aan de vraagzijde van de markt voor het gestandaardiseerde product.

⁽³¹³⁾ Indien tevens vergezeld van een FRAND-verbintenis. Zie de punten 451-457.

⁽³¹⁴⁾ Zie ook de richtsnoeren technologieoverdracht, punt 7.

⁽³¹⁵⁾ Hoge royalty's zouden alleen als buitensporig kunnen worden aangemerkt indien aan de voorwaarden voor misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 102 van het Verdrag en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is voldaan; Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, *United Brands*, zaak 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

⁽³¹⁶⁾ Hoewel hold-up en hold-out meestal eenzijdig van aard zijn, vloeien over het algemeen bezwaren voort uit de standaardiserings-overeenkomst zelf, terwijl hold-out inherent is aan het immateriële karakter van IE-rechten. Met andere woorden, tijdens het normalisatieproces bereiken de leden die bij de normontwikkeling betrokken zijn overeenstemming over een bepaalde technologische oplossing uit de (potentiële) concurrerende technologieën, waardoor marktmacht kan ontstaan die de houder van een voor de norm essentieel IE-recht kan benutten bij de "hold-up" van partijen die de norm toepassen. Daarentegen is de "hold-out" door een partij die de norm toepast die geen licentie wil nemen niet het gevolg van de standaardisering, maar vloeit deze voort uit het feit dat IE-rechthebbende uiteindelijk alleen door gerechtelijke stappen het gebruik zonder licentie kunnen verhinderen. De vereisten die door het Hof van Justitie in de zaak *Huawei/ZTE* zijn opgelegd aan partijen die IE-rechten die essentieel zijn voor de norm gebruiken om te voorkomen dat ze worden onderworpen aan een bevel van een nationale rechtbank, zouden normaal gesproken voldoende bescherming moeten bieden tegen hold-outtactieken binnen de Europese Unie; zie arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, *Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. en ZTE Deutschland GmbH*, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, met name punten 65-67.

445. Ook al kan het vaststellen van een norm aan IE-rechthebbenden die IE-rechten bezitten die voor die norm essentieel zijn, marktmacht verlenen of hun marktmacht vergroten, toch wordt er niet van uitgegaan dat het in bezit hebben of uitoefenen van IE-rechten die essentieel zijn voor de norm gelijkstaat aan het bezit of de uitoefening van marktmacht. Het al dan niet hebben van marktmacht kan alleen per geval worden beoordeeld ⁽³¹⁷⁾.

7.3.2. *Beperkingen van de mededinging naar strekking*

446. Overeenkomsten waarin een norm wordt gebruikt als onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële concurrenten uit te sluiten, strekken ertoe de mededinging te beperken. Een overeenkomst waarbij een nationale fabrikantenvereniging een norm zou vaststellen en op derden druk zou uitoefenen om geen producten te verkopen die niet aan deze norm voldoen of waarbij de producenten van het gevestigde product heimelijke afspraken maken om nieuwe technologie van een reeds bestaande norm uit te sluiten ⁽³¹⁸⁾, zou bijvoorbeeld tot deze categorie behoren.
447. Overeenkomsten die beogen de mededinging te beperken door voorafgaand aan de vaststelling van een norm de bekendmaking van meest restrictieve licentievoorwaarden te gebruiken als verkapt manier om gezamenlijk de prijzen vast te stellen van hetzij downstreamproducten hetzij vervangende IE-rechten of technologie, zullen beperkingen van de mededinging naar strekking zijn ⁽³¹⁹⁾.

7.3.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

7.3.3.1. *Overeenkomsten die over het algemeen de mededinging niet beperken*

448. Standaardiseringsovereenkomsten die geen mededingingsbeperkende strekking hebben, moeten in hun juridische en economische context worden onderzocht op hun daadwerkelijke en potentiële effect op de mededinging, onder meer door rekening te houden met de aard van de betrokken goederen, diensten of technologieën en de daadwerkelijke voorwaarden van de werking en de structuur van de betrokken markt(en). Wanneer er geen sprake is van marktmacht ⁽³²⁰⁾, kan een standaardiseringsovereenkomst geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Beperkende gevolgen zijn dan ook zeer onwaarschijnlijk in een situatie waarin er sprake is van daadwerkelijke mededinging tussen verscheidene niet-bindende normen.
449. Ten aanzien van de standaardiseringsovereenkomsten die marktmacht kunnen creëren, wordt in de punten 451-457 aangegeven onder welke voorwaarden dit soort overeenkomsten normaal gesproken buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, zouden vallen.
450. De niet-naleving van een of alle beginselen die in deze afdeling worden beschreven, leidt niet tot een vermoeden van een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1. Er zal echter een zelfbeoordeling nodig zijn om vast te stellen of de overeenkomst onder artikel 101, lid 1, valt en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. In dit verband wordt erkend dat er verschillende modellen voor normontwikkeling bestaan en dat concurrentie binnen en tussen die modellen een positief aspect van een markteconomie is. Normalisatie-instanties blijven dan ook geheel vrij om regels en procedures in te voeren die geen inbreuk maken op de mededingingsregels en toch verschillen van de in de punten 451-457 beschreven regels en procedures.
451. Wanneer deelname aan de normontwikkeling voor eenieder openstaat en de procedure voor de vaststelling van de betrokken norm transparant is, zullen standaardiseringsovereenkomsten die geen verplichting opleggen om zich aan de norm te houden ⁽³²¹⁾ en die op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ("FRAND") toegang verlenen tot de norm, normaal gesproken niet mededingingsbeperkend zijn in de zin van artikel 101, lid 1.
452. Met name moet, om onbeperkte deelname te waarborgen, het reglement van de normalisatie-instantie garanderen dat alle concurrenten op de markt(en) waarvoor de norm gevolgen heeft, kunnen deelnemen aan het proces dat leidt tot de selectie van de norm ⁽³²²⁾. De normalisatie-instanties moeten ook voorzien in objectieve en niet-discriminerende procedures voor het toekennen van stemrechten alsook, voor zover relevant, objectieve criteria voor de selectie van de technologie die in de norm worden opgenomen.

⁽³¹⁷⁾ Zie besluit van de Commissie van 29 april 2014 in AT.39985, Motorola, Handhaving van essentiële octrooien voor GPRS-standaarden, overwegingen 221-270.

⁽³¹⁸⁾ Zie bv. beschikking van de Commissie in zaak IV/35.691/E-4, Kartel voor voorgeïsoleerde buizen, overweging 147, waarin een deel van de inbreuk op artikel 101 bestond in "het gebruiken van normen en standaarden om de invoering van nieuwe technologie die tot prijsvermindering zou leiden, te vertragen of te verhinderen".

⁽³¹⁹⁾ Dit punt mag geen belemmering vormen voor eenzijdige bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden voor standaard-essentiële octrooien (SEP's) door individuele IE-rechthebbenden of van een maximaal gecumuleerd royaltytarief door alle IE-rechthebbenden, zoals beschreven in punt 474. Evenmin mag dit beletten dat octrooipools worden opgezet overeenkomstig de beginselen in afdeling IV.4 van de richtsnoeren technologieoverdracht, of verhinderen dat wordt besloten IE-rechten die standaard-essentieel zijn vrij van royalty's in licentie te geven, zoals in dit hoofdstuk wordt uiteengezet.

⁽³²⁰⁾ Zie ook hoofdstuk 1, inleiding. Zie ook punt 472 wat betreft marktaandeel.

⁽³²¹⁾ Zie in dit verband ook punt 464.

⁽³²²⁾ Onbeperkte deelname moet deelname aan alle stappen van het proces inhouden, met inbegrip van deelname aan de voorbereidende fase van het normalisatieproces binnen de normalisatie-instantie, zoals in de context van speciale belangengroepen voor de normalisatie-instantie.

453. De bevoegde normalisatie-instantie moet, wat transparantie betreft, hebben voorzien in procedures aan de hand waarvan belanghebbenden zich tijdig in iedere fase van de normontwikkeling kunnen laten informeren over komende, lopende en voltooide standaardiseringswerkzaamheden.
454. Bovendien moeten de regels van de normalisatie-instantie zorgen voor daadwerkelijke toegang tot de norm op FRAND-voorwaarden ⁽³²³⁾.
455. Wanneer een normalisatie-instantie een norm ontwikkelt waarmee IE-rechten zijn gemoeid, wordt met duidelijke en evenwichtige IE-voorschriften ⁽³²⁴⁾, die zijn aangepast aan de specifieke sector en de behoeften van de betrokken normalisatie-instantie, de waarschijnlijkheid vergroot dat aan degenen die de norm zullen toepassen, daadwerkelijke toegang wordt verleend tot de door die instantie opgestelde normen.
456. Om daadwerkelijke toegang tot de norm te waarborgen, moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat de deelnemende leden (indien zij wensen dat hun IE-rechten in de norm worden opgenomen) onherroepelijk een schriftelijke verbintenis aangaan om hun essentiële IE-rechten aan alle derden in licentie te geven op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ("FRAND-verbintenis") ⁽³²⁵⁾. Deze verbintenis moet vóór de vaststelling van de norm worden aangegaan. Tegelijkertijd moeten de IE-voorschriften het de IE-rechthebbenden mogelijk maken bepaalde technologie uit te sluiten van de normontwikkeling — en daarmee ook van de FRAND-verbintenis — mits deze uitsluiting in een vroege fase van de normontwikkeling plaatsvindt. Om ervoor te zorgen dat de FRAND-verbintenis wordt nagekomen, moet aan alle deelnemende IE-rechthebbenden die een dergelijke verbintenis aangaan, ook de verplichting worden opgelegd om te verzekeren dat een onderneming waaraan de IE-rechthebbende zijn IE-rechten overdraagt (inclusief het recht om die IE-rechten in licentie te geven), door die verbintenis gebonden is, bijvoorbeeld via een contractuele bepaling tussen koper en verkoper. De FRAND-verbintenis kan ook betrekking hebben op licentieverlening zonder royalty's.
457. Bovendien moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat de IE-rechten die noodzakelijk zouden kunnen zijn voor de toepassing van een norm die in ontwikkeling is, door de deelnemende leden te goeder trouw worden bekendgemaakt ⁽³²⁶⁾. Dit is van belang om a) het voor de sector mogelijk te maken met kennis van zaken een technologie te kiezen die zal worden opgenomen in een norm ⁽³²⁷⁾, en b) bij te dragen tot de verwezenlijking van daadwerkelijke toegang tot de norm. Naarmate de norm zich ontwikkelt, kan de openbaarmaking worden bijgewerkt op basis van redelijke inspanningen om het belang van de IE-rechten voor de (toekomstige) norm vast te stellen. Met betrekking tot octrooien moet de bekendmaking van IE-rechten ten minste het octrooinummer of octrooiaanvraagnummer bevatten. Indien deze informatie nog niet openbaar toegankelijk is, volstaat het ook wanneer het deelnemende lid verklaart dat het waarschijnlijk is dat hij IE-aanspraken kan doen gelden voor een bepaalde technologie zonder aan te geven om welke IE-aanspraken of aanvragen voor IE-rechten het gaat (zgn. "blanket disclosure") ⁽³²⁸⁾. Deelnemers moeten daarnaast worden aangemoedigd om hun bekendmakingen te actualiseren bij de vaststelling van een norm, met name als zich wijzigingen voordoen die van invloed kunnen zijn op de essentiële karakter of de geldigheid van hun IE-rechten. Omdat de risico's met betrekking tot daadwerkelijke toegang niet dezelfde zijn als bij een normalisatie-instantie met een beleid inzake royaltyvrije normen ⁽³²⁹⁾, zou bekendmaking van IE-rechten in die context niet relevant zijn.

⁽³²³⁾ Zo moet bijvoorbeeld daadwerkelijke toegang worden verleend tot de specificatie van de norm.

⁽³²⁴⁾ Zoals nader bepaald in de punten 456 en 457. Zie ook de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité inzake de EU-benadering van essentiële octrooien ("mededeling inzake essentiële octrooien") (COM(2017) 712 final).

⁽³²⁵⁾ Zie arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. en ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, punt 53: "In die omstandigheden en gelet op het feit dat een verbintenis om licenties te verlenen onder FRAND-voorwaarden bij derden legitieme verwachtingen wekt dat de houder van het SEP hun daadwerkelijk licenties onder die voorwaarden verleent, kan een weigering van de houder van het SEP om een licentie onder die voorwaarden te verlenen in beginsel een misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vormen." Zie ook besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39985 — Motorola — Handhaving van essentiële octrooien voor GPRS-standaarden, overweging 417: "Gezien het normalisatieproces dat leidde tot de vaststelling van de GPRS-norm en de vrijwillige verbintenis van Motorola om het SEP van Cudak in licentie te geven onder FRAND-voorwaarden, hebben degenen die de GPRS-norm zullen toepassen, een gewettigd vertrouwen dat Motorola hun een licentie zal verlenen voor dat SEP, op voorwaarde dat ze bereid zijn een licentieovereenkomst af te sluiten onder FRAND-voorwaarden."

⁽³²⁶⁾ Om het gewenste resultaat te bereiken hoeft bekendmaking te goeder trouw niet zo ver te gaan dat hierin van de deelnemers wordt verlangd dat zij hun IE-rechten toetsen aan de potentiële norm en een verklaring afgeven waarin zij formeel stellen dat zij geen IE-rechten bezitten die voor de potentiële norm van belang zijn.

⁽³²⁷⁾ Omgekeerd is sprake van een "patent ambush" (octrooimisbruik) wanneer een onderneming die deelneemt aan het normalisatieproces, opzettelijk verzwijgt dat ze essentiële octrooien in bezit heeft voor de norm die wordt ontwikkeld, en dergelijke octrooien pas gaat uitoefenen nadat de norm is goedgekeurd en andere ondernemingen daardoor "vastzitten" aan het gebruik ervan. Wanneer zich een "patent ambush" voordoet tijdens de normontwikkeling, ondermijnt dit het vertrouwen in de normontwikkeling, aangezien een doeltreffende normontwikkeling een eerste vereiste is voor technische ontwikkeling en de ontwikkeling van de markt in het algemeen ten voordele van gebruikers. Zie bv. de beschikking van de Commissie van 9 december 2009 in zaak COMP/38.636 — RAMBUS (PB C 30 van 6.2.2010, blz. 17).

⁽³²⁸⁾ Deelnemers moeten worden aangemoedigd om hun eerdere blanket disclosure aan te vullen met het octrooinummer en/of het nummer van de octrooiaanvraag wanneer die informatie openbaar beschikbaar wordt.

⁽³²⁹⁾ Hetzelfde zou gelden wanneer de organisatie een licentiebeleid toepast op basis van een eenmalige nominale vergoeding.

458. FRAND-verbintenissen moeten garanderen dat essentiële met IE-rechten beschermde technologie die in een norm is opgenomen, voor de gebruikers van die norm toegankelijk is op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende standaardvoorwaarden. Met name kunnen FRAND-verbintenissen voorkomen dat IE-rechthebbenden de toepassing van een norm moeilijk maken door, nadat de bedrijfstak zich aan de norm heeft gebonden, te weigeren licenties te verlenen of door oneerlijke of onredelijke (m.a.w. buitensporige) vergoedingen te vragen, of door discriminerende royalty's aan te rekenen⁽³³⁰⁾. Tegelijkertijd stellen FRAND-verbintenissen IE-rechthebbenden in staat om hun technologieën te gelde te maken via FRAND-royalty's en, overeenkomstig de beginselen in de volgende punten, een redelijk rendement op hun van nature risicovolle investering in O&O te behalen. Dit kan ervoor zorgen dat het financieel aantrekkelijk blijft om de best beschikbare technologie in te brengen in de norm.
459. Inachtneming van artikel 101 door de normalisatie-instantie vereist niet dat deze instantie verifieert of de licentievoorwaarden van de deelnemers de FRAND-verbintenis in acht nemen⁽³³¹⁾. De deelnemers zullen zelf moeten nagaan of de licentievoorwaarden en met name de vergoedingen die zij in rekening brengen de FRAND-verbintenis in acht nemen. Daarom moeten de deelnemers, alvorens zij besluiten of zij voor een bepaald IE-recht de FRAND-verbintenis aangaan, analyseren wat de gevolgen van deze verbintenis zullen zijn, met name ten aanzien van de mogelijkheid die zij hebben om de hoogte van hun vergoedingen vrijelijk te bepalen.
460. Om in het geval van betwisting uit te maken of de tarieven die in het kader van normontwikkeling voor toegang tot IE-rechten worden gehanteerd oneerlijk of onredelijk zijn, moet worden nagegaan of de vergoeding in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de IE-rechten⁽³³²⁾. De economische waarde van het IE-recht zou kunnen worden gebaseerd op de actuele toegevoegde waarde van het beschermde IE-recht en moet losstaan van het succes van de producten op de markt, wat niet samenhangt met de geïmplementeerde technologie⁽³³³⁾. Over het algemeen zijn er verscheidene methoden om deze waarde te beoordelen⁽³³⁴⁾, en in de praktijk wordt vaak meer dan één methode gebruikt om de tekortkomingen van een bepaalde methode te compenseren en het resultaat aan een kruiscontrole te onderwerpen⁽³³⁵⁾. Het is wellicht mogelijk om de licentievergoeding die de betrokken onderneming voor de relevante IE-rechten aanrekent, te vergelijken in een concurrerende omgeving voordat de industrie de norm heeft ontwikkeld (vooraf); met de waarde/royalty's van het op een na beste beschikbare alternatief (vooraf), of met de waarde/royalty's die in rekening worden gebracht na de lock-in van de sector (achteraf). Dit veronderstelt dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt⁽³³⁶⁾.
461. Ook zou een onafhankelijke deskundige kunnen worden gevraagd een verslag op te stellen over het objectieve en fundamentele belang van de desbetreffende IE-rechten voor de betrokken norm. In een geval dat zich daartoe leent, zou mogelijk ook kunnen worden verwezen naar bekendmakingen vooraf van de licentievoorwaarden, waaronder de individuele of geaggregeerde royalty's voor de desbetreffende IE-rechten, in het kader van het specifieke normalisatieproces. Ook kan het mogelijk zijn de licentievoorwaarden in overeenkomsten van de IE-rechthebbende te vergelijken met andere partijen die dezelfde norm zullen toepassen. De royaltytarieven die in andere vergelijkbare normen voor dezelfde IE-rechten in rekening worden gebracht, zijn mogelijk ook een indicatie voor het FRAND-gehalte van de royalty's. Deze methoden gaan ervan uit dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare manier kan worden gemaakt en dat het niveau van de royaltytarieven niet het resultaat is van ongepaste uitoefening van marktmacht. Een andere methode is om eerst een passende algemene waarde voor alle relevante IE-rechten vast te stellen en vervolgens het aan een specifieke IE-rechthebbende toe te rekenen deel. In deze richtsnoeren wordt niet getracht een uitputtende lijst te geven van bruikbare methoden om te beoordelen of royalty's buitensporig of discriminerend zijn in de zin van artikel 102.

⁽³³⁰⁾ Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. en ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, punt 71; volgens dit punt kan een beroep wegens inbreuk misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 vormen als dit tegen een bereidwillige licentiehouder wordt ingesteld zonder de door het Hof in zijn arrest uiteengezette procedurele stappen in acht te nemen.

⁽³³¹⁾ Normalisatie-instanties zijn niet betrokken bij de licentieonderhandelingen of daaruit voortvloeiende overeenkomsten.

⁽³³²⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, United Brands, zaak 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, punt 250; zie ook het arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2009, Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland/Commissie, C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, punt 142.

⁽³³³⁾ Mededeling betreffende standaard-essentiële octrooien, blz. 7.

⁽³³⁴⁾ In beginsel zijn op kosten gebaseerde methoden wellicht niet de meest passende omdat de kosten voor de ontwikkeling van een bepaald octrooi of groep octrooien moeilijk te beoordelen zijn, en de prikkels voor innovatie kunnen verstoren.

⁽³³⁵⁾ De hier beschreven methoden zijn niet exclusief, en andere methoden in dezelfde geest als de beschreven methoden kunnen worden gebruikt om FRAND-tarieven vast te stellen. Zie ook Pentheroudakis, C. en J. Baron (2017), Licensing Terms of Standard Essential Patents. A Comprehensive Analysis of Cases. JRC Science for Policy Report. EUR 28302 EN; doi:10.2791/193948.

⁽³³⁶⁾ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1989, Tournier, C-395/87, ECLI:EU:C:1989:319, punt 38; arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1989, Lucazeau e.a./SACEM e.a., 110/88, 241/88 en 242/88, ECLI:EU:C:1989:326, punt 33.

462. Er moet echter op worden gewezen dat deze richtsnoeren op geen enkele wijze de mogelijkheid uitsluiten voor partijen om hun geschillen over de hoogte van FRAND-royalty's voor de bevoegde civiele of handelsrechtbanken te beslechten of andere methoden voor geschillenbeslechting aan te wenden ⁽³³⁷⁾.

7.3.3.2. Op de gevolgen gebaseerde beoordeling van standaardiseringsovereenkomsten

463. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de waarschijnlijke gevolgen van de norm voor de betrokken markten. Bij het analyseren van standaardiseringsovereenkomsten moeten de kenmerken van de sector en bedrijfstak in aanmerking worden genomen. De volgende overwegingen gelden voor alle standaardiseringsovereenkomsten die afwijken van de in de punten 451-457 beschreven beginselen.

a) *Vrijwillig karakter van de norm*

464. Of standaardiseringsovereenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben, kan afhankelijk zijn van de mate waarin de deelnemers aan een normalisatie-instantie de vrijheid behouden om alternatieve normen of producten die niet aan de overeengekomen norm voldoen, te ontwikkelen ⁽³³⁸⁾. Wanneer bijvoorbeeld een standaardiseringsovereenkomst de deelnemers ertoe verplicht uitsluitend producten te vervaardigen die in overeenstemming met de norm zijn, wordt het risico op een waarschijnlijk negatieve gevolgen voor de mededinging aanmerkelijk groter en kan deze onder bepaalde omstandigheden een beperking van de mededinging naar strekking opleveren ⁽³³⁹⁾. Evenzo is de kans op mededingingsbezwaren minder groot bij normen die alleen op minder belangrijke kenmerken van het eindproduct betrekking hebben dan bij normen met een ruimere impact, in het bijzonder als met de norm geen essentiële IE-rechten gemoeid zijn.

b) *Toegang tot de norm*

465. Bij de beoordeling of de overeenkomst de mededinging beperkt, zal ook naar de toegang tot de norm worden gekeken. Wanneer het resultaat van een norm (d.w.z. de specificatie van de wijze waarop aan de norm moet worden voldaan en, indien relevant, de essentiële IE-rechten voor de toepassing van de norm) in het geheel niet toegankelijk is voor alle leden of derden (d.w.z. niet-leden van de bevoegde normalisatie-instantie), kan dit resulteren in afscherming of compartimentering van de markten, en zodoende waarschijnlijk leiden tot een beperking van de mededinging. Ook zal de mededinging waarschijnlijk worden beperkt wanneer het resultaat van een norm alleen op discriminerende of buitensporige voorwaarden toegankelijk is voor bepaalde leden of derden. Wanneer er echter verschillende concurrerende normen bestaan of wanneer er sprake is van daadwerkelijke concurrentie tussen de gestandaardiseerde en de niet-gestandaardiseerde oplossing, kan het zijn dat beperking van de toegang geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft.

466. Wat betreft standaardiseringsovereenkomsten die andere modellen voor bekendmaking van IE-rechten bevatten dan die welke in punt 457 zijn beschreven, moet van geval tot geval worden beoordeeld of het bekendmakingsmodel in kwestie (bv. een model dat bekendmaking van IE-rechten niet verplicht stelt maar alleen stimuleert) daadwerkelijke toegang tot de norm garandeert. Standaardiseringsovereenkomsten die voorzien in de bekendmaking van informatie over de kenmerken en de toegevoegde waarde van elk IE-recht dat tot een norm behoort — en daarmee de transparantie voor bij de ontwikkeling van de norm betrokken partijen vergroten — zullen in beginsel niet leiden tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1.

c) *Deelname aan de ontwikkeling van de norm*

467. Het beletten dat bepaalde ondernemingen de keuze en de vaststelling van de norm kunnen beïnvloeden, zal (behalve zoals beschreven in punt 470) waarschijnlijk leiden tot een beperking van de mededinging. Als deelname aan de normontwikkeling daarentegen open is, is het risico op mededingingsbeperkende gevolgen kleiner ⁽³⁴⁰⁾.
468. Open deelname kan worden bereikt door alle concurrenten en/of relevante belanghebbenden op de markt waarop de norm betrekking heeft, toe te staan deel te nemen aan het ontwikkelen en selecteren van de norm.
469. Hoe groter het te verwachten effect van de norm op de markt en hoe ruimer de potentiële toepassingsgebieden ervan, des te belangrijker het is gelijke toegang tot de normontwikkeling mogelijk te maken.

⁽³³⁷⁾ Als beide partijen het hierover eens zijn, kunnen geschillen over wat FRAND-voorwaarden voor standaardessentiële octrooien (SEP's) zijn, ook door een onafhankelijke derde, bv. een arbiter, worden vastgesteld. Zie bv. het arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. en ZTE Deutschland GmbH, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, punt 68, en het besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39939, Samsung — Handhaving van essentiële UMTS-octrooien, overweging 78.

⁽³³⁸⁾ Zie Besluit 78/156/EEG van de Commissie in zaak IV/29.151, Philips/VCR (Video-cassetterecorders), overweging 23: "Aangezien het hierbij normen voor de productie van apparaten en cassetten van het VCR-systeem betreft, vloeit daaruit de verplichting voor de betrokken ondernemingen voort alleen cassetten en apparaten volgens dit systeem, waarvoor door Philips licenties zijn verleend, te produceren en te verkopen. Deze ondernemingen werden daardoor verhinderd andere video-cassettensystemen te produceren en te distribueren ... Dit vormde een concurrentiebeperking in de zin van artikel 85, lid 1, sub b)." ⁽³³⁹⁾ Zie Besluit 78/156/EEG van de Commissie in zaak IV/29.151, Philips/VCR (Video-cassetterecorders), overweging 23.

⁽³⁴⁰⁾ In haar beschikking in zaak IV/31.458, X/Open Group, was de Commissie van oordeel dat zelfs indien de vastgestelde normen openbaar zouden worden gemaakt, het beleid gericht op het beperkte lidmaatschap van de Group ertoe leidde dat werd verhinderd dat niet-leden invloed uitoefenen op de resultaten van het werk van de Group en in het bezit komen van de knowhow en technische kennis betreffende de normen die de leden waarschijnlijk wel zouden kunnen verkrijgen. Bovendien konden niet-leden, in tegenstelling tot leden, de norm niet toepassen voordat deze was vastgesteld (zie punt 32). De overeenkomst werd derhalve geacht de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1.

470. In sommige situaties heeft het beperken van deelname wellicht geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, bijvoorbeeld: a) als er sprake is van concurrentie tussen diverse normen en normalisatie-instanties; b) als het zonder een beperking van de deelname ⁽³⁴¹⁾ niet mogelijk zou zijn geweest de norm vast te stellen of deze vaststelling onwaarschijnlijk zou zijn geweest, of c) als de beperking van de deelname beperkt is in de tijd en snelle vooruitgang beoogt (bv. bij aanvang van het standaardiseringstraject) en zo lang als alle concurrenten bij belangrijke mijlpalen de kans krijgen bij de verdere ontwikkeling van de norm te worden betrokken.

471. In bepaalde omstandigheden kunnen de potentiële negatieve gevolgen van de beperkte deelname worden weggenomen of op zijn minst verminderd door ervoor te zorgen dat de belanghebbenden over de lopende werkzaamheden geïnformeerd en geraadpleegd worden ⁽³⁴²⁾. Dit zou kunnen worden bereikt door procedures vast te stellen voor de collectieve vertegenwoordiging van belanghebbenden. Hoe meer belanghebbenden invloed kunnen uitoefenen op het proces dat uitmondt in de selectie van de norm en hoe transparanter de procedure voor de vaststelling van de norm is, hoe waarschijnlijker het is dat de goedgekeurde norm rekening houdt met de belangen van alle belanghebbenden.

d) Marktaandeel

472. Om na te gaan wat de effecten van een standaardiseringsovereenkomst zullen zijn, moet rekening worden gehouden met de marktaandelen van de goederen, diensten of technologieën die op de norm zijn gebaseerd. Het is wellicht niet altijd mogelijk ⁽³⁴³⁾ om in een vroeg stadium met enige zekerheid te beoordelen of een groot deel van de sector de norm in de praktijk zal toepassen dan wel of het alleen een norm zal zijn die door een marginaal deel van de sector wordt gebruikt. In gevallen waarbij de ondernemingen die technologie inbrengen in de norm verticaal geïntegreerd zijn, zouden de relevante marktaandelen van de ondernemingen die aan de ontwikkeling van de norm hebben deelgenomen, kunnen worden gebruikt als een proxy voor de raming van het waarschijnlijke marktaandeel van de norm (gelet op het feit dat de ondernemingen die aan de ontwikkeling van de norm deelnemen, in de meeste gevallen belang hebben bij de toepassing daarvan) ⁽³⁴⁴⁾. Aangezien echter de doeltreffendheid van standaardiseringsovereenkomsten vaak evenredig is aan het deel van de bedrijfstak die betrokken is bij het ontwikkelen en/of toepassen van de norm, zal het feit dat de partijen op de markt of markten waarvoor de norm geldt grote marktaandelen hebben, niet noodzakelijk leiden tot de conclusie dat de norm waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben.

e) Discriminatie

473. Elke standaardiseringsovereenkomst die duidelijk discriminerend is voor een van de betrokken of potentiële leden, kan leiden tot een beperking van de mededinging. Indien, bijvoorbeeld, een normalisatie-instantie expliciet ondernemingen uitsluit die alleen upstreamactiviteiten hebben (d.w.z. ondernemingen die niet op de downstreamproductiemarkt actief zijn), kan dit tot een uitsluiting van potentieel betere upstreamtechnologieën leiden.

f) Bekendmaking vooraf van royaltytarieven

474. Standaardiseringsovereenkomsten die voorzien in de bekendmaking vooraf van de meest beperkende licentievoorwaarden voor standaardessentiële octrooien door individuele IE-rechthebbenden of van een gecumuleerd maximumroyaltytarief ⁽³⁴⁵⁾ door alle IE-rechthebbenden, zullen in beginsel de mededinging niet beperken in de zin van artikel 101, lid 1. In dit verband is het belangrijk dat de bij de keuze van een norm betrokken partijen volledig geïnformeerd zijn, niet alleen over de beschikbare technische mogelijkheden en de daarbij behorende IE-rechten maar ook over de vermoedelijke kosten van die IE-rechten. Indien er in de IE-voorschriften van een normalisatie-instantie dan ook voor zou worden gekozen IE-rechthebbenden ertoe te verplichten vóór de vaststelling van de norm individueel hun meest restrictieve licentievoorwaarden bekend te maken, onder meer de aan te rekenen maximumroyaltytarieven of gecumuleerde maximumroyaltytarieven, zou dit normaal gesproken niet leiden tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽³⁴⁶⁾. Een dergelijke eenzijdige bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden of gecumuleerde maximale royaltytarieven zou een manier kunnen zijn om de bij de ontwikkeling van een norm betrokken partijen in staat te stellen met kennis van zaken een beslissing te nemen op basis van de voor- en nadelen van verschillende alternatieve technologieën.

⁽³⁴¹⁾ Een dergelijke beperking kan zich vertalen in de uitsluiting van belanghebbenden van de standaardiseringsovereenkomst of in een beperkte deelnemersstatus.

⁽³⁴²⁾ Zie beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 in zaak COMP/39.416, Classificatie van schepen.

⁽³⁴³⁾ Vooral wanneer de introductie van de norm waarschijnlijk zal resulteren in een nieuwe relevante markt.

⁽³⁴⁴⁾ Zie punt 438.

⁽³⁴⁵⁾ Om de transparantie van de potentiële kosten voor de toepassing van een norm te vergroten, zouden normalisatie-instanties een actieve rol kunnen vervullen bij het bekendmaken van het maximale pakket aan royalty's voor de norm. Net als bij het concept van een octrooipool kunnen IE-rechthebbenden het totale pakket aan royalty's delen.

⁽³⁴⁶⁾ Een eenzijdige of gezamenlijke bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden mag niet dienen als verkapt manier om gezamenlijk de prijzen van downstreamproducten of van vervangende IE-rechten of -technologieën vast te stellen, want zulks is een beperking van de mededinging naar strekking.

7.4. Toetsing aan artikel 101, lid 3

7.4.1. Efficiëntieverbeteringen

475. Standaardiseringsovereenkomsten leveren dikwijls aanzienlijke efficiëntieverbeteringen op. Normen die voor de gehele Unie gelden, kunnen bijvoorbeeld de marktintegratie bevorderen en het ondernemen mogelijk maken hun producten en diensten in alle lidstaten op de markt te brengen, hetgeen een ruimere keuze voor de gebruiker en lagere prijzen ten gevolge heeft. Normen die technische interoperabiliteit en compatibiliteit bewerkstelligen, moedigen vaak concurrentie op grond van prestaties aan tussen technologieën van verschillende ondernemingen en helpen afhankelijkheid van één bepaalde leverancier te vermijden. Voorts kunnen normen de transactiekosten tussen kopers en verkopers verminderen. Normen inzake bijvoorbeeld kwaliteit, veiligheid en milieuaspecten van een product kunnen ook de keuze voor de gebruiker vergemakkelijken en leiden tot een hogere productkwaliteit. Normen kunnen ook een belangrijke rol spelen bij innovatie: zij kunnen de tijd verkorten die nodig is om een nieuwe technologie op de markt te brengen en innovatie bevorderen door ondernemingen in de gelegenheid te stellen voort te bouwen op overeengekomen oplossingen. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt.
476. Om ervoor te zorgen dat standaardiseringsovereenkomsten efficiëntieverbeteringen opleveren, moet de informatie die nodig is om de norm toe te passen daadwerkelijk beschikbaar zijn voor diegenen die de product-/dienstenmarkt waarop de norm betrekking heeft, willen betreden ⁽³⁴⁷⁾.
477. De verspreiding van een norm kan worden vergroot door middel van merken of logo's die de inachtneming ervan certificeren en aldus de klanten zekerheid bieden. Overeenkomsten betreffende keuring en certificering gaan verder dan het primaire doel van normvaststelling en zouden normaal gesproken gevolgen hebben voor een afzonderlijke markt.
478. De gevolgen voor innovatie moeten per geval worden onderzocht. Niettemin worden normen die op horizontaal niveau compatibiliteit tussen verschillende technologieën bewerkstelligen, geacht efficiëntieverbeteringen teweeg te brengen.

7.4.2. Onmisbaarheid

479. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een standaardiseringsovereenkomst kunnen voortvloeien, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.
480. Bij de beoordeling van een standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt of markten, enerzijds, en met de reeks van beperkingen die mogelijk verder gaan dan het doel om efficiëntieverbeteringen te bereiken, anderzijds ⁽³⁴⁸⁾.
481. Deelname aan de normontwikkeling moet in het algemeen openstaan voor alle concurrenten op de markt(en) waarop de norm van invloed is, tenzij dergelijke deelname tot aanzienlijke inefficiënties zou leiden, zoals lange vertragingen in het vaststellingsproces ⁽³⁴⁹⁾. Wanneer deelname aan de normontwikkeling beperkt is, moeten eventuele beperkende gevolgen van een dergelijke beperkte deelname worden opgeheven of verminderd ⁽³⁵⁰⁾, zodat een dergelijke beperking voor de deelnemers wordt gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen op grond van artikel 101, lid 3.

⁽³⁴⁷⁾ Zie beschikking van de Commissie van 15 december 1986 in zaak IV/31.458, X/Open Group, overweging 42: "De Commissie is van mening dat de bereidheid van de Group om de resultaten van de samenwerking zo snel mogelijk beschikbaar te stellen, een essentieel element is in de beslissing om een ontheffing te verlenen."

⁽³⁴⁸⁾ In besluit van de Commissie in zaak IV/29.151, Philips/VCR, leidde de inachtneming van de VCR-normen tot uitsluiting van andere, mogelijk betere systemen. Deze uitsluiting was gezien het feit dat Philips op de markt boven zijn concurrenten uitsteekt, bijzonder ernstig: "Overwegende dat daardoor tevens aan de deelnemende ondernemingen beperkingen werden opgelegd, die niet onmisbaar waren om bovengenoemde verbeteringen te bereiken; dat de bruikbaarheid van de videocassetten van het VCR-systeem voor de van andere producenten afkomstige apparaten ook verzekerd zou zijn geweest, wanneer deze zich alleen hadden behoeven te verplichten, bij de vervaardiging volgens het VCR-systeem de VCR-normen in acht te nemen (overweging 31)."

⁽³⁴⁹⁾ Zie beschikking van de Commissie van 15 december 1986 in zaak IV/31.458, X/Open Group, overweging 45: "De oogmerken van de Group zouden niet kunnen worden verwezenlijkt indien iedere vennootschap die trouw beloofde aan de doelstellingen van de Group het recht zou hebben lid te worden. Dit zou praktische en logistieke moeilijkheden voor het organiseren van het werk in het leven roepen en wellicht verhinderen dat de juiste voorstellen zouden worden gedaan." Zie ook beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 in zaak COMP/39.416, Classificatie van schepen, punt 36: "In de toezeggingen is een goed evenwicht gevonden tussen enerzijds het behoud van hoogstaande criteria voor lidmaatschap van IACS, en anderzijds het wegnemen van onnodige belemmeringen om lid van IACS te worden. De nieuwe criteria zullen ervoor zorgen dat alleen de technisch competente classificatiebureaus lid van IACS kunnen worden, zodat de efficiëntie en kwaliteit van de IACS-werkzaamheden niet onnodig in gevaar komt door te inschikkelijke vereisten voor deelname aan IACS. Terzelfder tijd zullen de nieuwe criteria niet verhinderen dat classificatiebureaus die technisch competent zijn, lid worden van IACS indien zij dat willen."

⁽³⁵⁰⁾ Zie punt 471 over het feit dat ervoor moet worden gezorgd dat belanghebbenden op de hoogte worden gehouden en worden geraadpleegd over de lopende werkzaamheden als de deelname beperkt is.

482. In de regel behoren standaardiseringsovereenkomsten niet méér te regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken, ongeacht of dit technische interoperabiliteit en compatibiliteit dan wel het garanderen van een bepaald kwaliteitsniveau is. In gevallen waarin het gebruik van slechts één technologische oplossing de gebruikers of de hele economie ten goede komt, moet deze norm op niet-discriminerende grondslag worden vastgesteld. Technologieneutrale normen kunnen in bepaalde omstandigheden tot grotere efficiëntieverbeteringen leiden. Vervangende IE-rechten ⁽³⁵¹⁾ opnemen als essentieel onderdeel van de norm en de gebruikers van de norm tezelfder tijd verplichten voor meer IE-rechten te betalen dan technisch noodzakelijk is, zou verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om beoogde efficiëntieverbeteringen te behalen. Evenzo zou opname van substituerende IE-rechten als essentieel onderdeel van een norm en beperking van het gebruik van die technologie tot die bepaalde norm (d.w.z. het exclusieve gebruik ervan) de concurrentie tussen technologieën mogelijk beperken en niet noodzakelijk zijn om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken.
483. Beperkingen in standaardiseringsovereenkomsten die een norm bindend maken en in de bedrijfstak verplicht stellen, zijn in beginsel niet onmisbaar.
484. Evenzo gaan standaardiseringsovereenkomsten die aan bepaalde organen het exclusieve recht verlenen om na te gaan of aan de norm is voldaan, verder dan het primaire doel van standaardisering en kunnen zij eveneens de mededinging beperken. De exclusiviteit kan echter gedurende een bepaalde periode gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld door de noodzaak aanzienlijke aanloopkosten terug te verdienen ⁽³⁵²⁾. De standaardiseringsovereenkomst moet in dat geval voldoende garanties bevatten om mogelijke uit de exclusiviteit voortvloeiende risico's voor de concurrentie te beperken. Dit heeft onder andere betrekking op de certificeringsvergoeding, die redelijk moet zijn en in verhouding moet staan tot de kosten van het testen van de naleving.
- 7.4.3. *Voordelen doorgegeven aan gebruikers*
485. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de standaardiseringsovereenkomst te compenseren. Voor de behouding van de waarschijnlijkheid van het doorgeven van voordelen aan gebruikers is het relevant rekening te houden met de procedures die worden gebruikt om te garanderen dat de belangen van de gebruikers van normen en de eindgebruikers worden beschermd. Wanneer normen de technische interoperabiliteit en compatibiliteit of de concurrentie tussen nieuwe en bestaande producten, diensten en procedés vergemakkelijken, mag bovendien worden aangenomen dat de norm de gebruikers ten goede zal komen.
- 7.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*
486. Of een standaardiseringsovereenkomst de partijen de mogelijkheid biedt de mededinging uit te schakelen, hangt ervan af welke bronnen van mededinging er zijn op de markt, hoe groot de concurrentiedruk is die zij uitoefenen op de partijen en wat de invloed van de overeenkomst is op die concurrentiedruk. Marktaandeelen zijn weliswaar relevant voor de analyse, maar de omvang van de resterende bronnen van daadwerkelijke mededinging kan niet uitsluitend aan de hand van marktaandeelen worden beoordeeld, behalve wanneer een norm een feitelijke industriestandaard is geworden ⁽³⁵³⁾. In dat laatste geval is het mogelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld indien derden daadwerkelijke toegang tot deze norm wordt ontzegd.
- 7.5. **Voorbeelden**
487. Vaststellen van normen waaraan concurrenten niet kunnen voldoen

Voorbeeld 1

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

⁽³⁵¹⁾ De term "substituerebare IE-rechten" verwijst naar technologie die door gebruikers/licentiehouders, op grond van de kenmerken en het beoogde gebruik van de technologieën, wordt beschouwd als onderling verwisselbaar met of substituerebaar voor een andere technologie.

⁽³⁵²⁾ Zie in dit verband beschikking van de Commissie van 29 november 1995 in zaak IV/34.179, 34.202, 216, Dutch Cranes (SCK and FNK) (Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf en de Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven), overweging 23: "Het verbod om voor onderaanneming een beroep te doen op niet door de SCK gecertificeerde ondernemingen beperkt de vrijheid van handelen van gecertificeerde ondernemingen. Of het verbod als een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden aangemerkt, dient te worden beoordeeld in de juridische en economische context. Indien een dergelijk verbod verbonden zou zijn aan een certificatiesysteem dat volledig open, onafhankelijk en transparant is en dat in de aanvaarding van door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen voorziet, zou kunnen worden verdedigd dat het verbod geen beperkende uitwerking op de concurrentie teweegbrengt, maar louter op het volledig garanderen van de kwaliteit van de gecertificeerde goederen of diensten gericht is."

⁽³⁵³⁾ Feitelijke standaardisering verwijst naar een situatie waarin een (wettelijk niet bindende) norm in de praktijk door de meeste spelers in de sector wordt toegepast.

Analyse: In dit geval is de deelname aan de normontwikkeling niet onbeperkt en lijkt het proces voor de vaststelling van de norm niet transparant. Deze standaardiseringsovereenkomst zal waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, en niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen. De deelnemers aan de normalisatie-instantie hebben zonder objectieve verantwoording de norm op zodanige wijze vastgesteld dat producten van hun concurrenten die gebaseerd zijn op andere technische oplossingen, er niet aan kunnen voldoen, ook al leveren zij gelijkwaardige prestaties. Bijgevolg zal deze overeenkomst, die niet op niet-discriminerende grondslag is vastgesteld, leiden tot vermindering of voorkoming van innovatie en productdiversiteit. Het is onwaarschijnlijk dat de wijze waarop de norm is opgesteld tot grotere efficiëntieverbeteringen zal leiden dan een neutraal geformuleerde norm.

488. Niet-verplichte en transparante norm die voor een groot deel van de markt geldt

Voorbeeld 2

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

Analyse: Voor zover a) de fabrikanten de vrijheid behouden om andere nieuwe producten te vervaardigen die niet aan de nieuwe norm voldoen, b) de deelname aan de normontwikkeling niet beperkt is en transparant verloopt, en c) de standaardiseringsovereenkomst de mededinging niet anderszins beperkt, is het niet waarschijnlijk dat er sprake is van beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Als de partijen daarentegen zouden overeenkomen om alleen producten te produceren die aan de nieuwe norm voldoen, zou de overeenkomst waarschijnlijk de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1, door de productdiversiteit en technische innovatie te beperken.

489. Standaardiseringsovereenkomst zonder bekendmaking van IE-rechten

Voorbeeld 3

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

Analyse: In veel gevallen zou een verplichting tot bekendmaking van IE-rechten concurrentiebevorderend zijn omdat deze bij voorbaat de concurrentie tussen technologieën vergroot. Doorgaans stelt deze verplichting de leden van een normalisatie-instantie in de gelegenheid rekening te houden met de mate waarin IE-rechten van belang zijn voor een bepaalde technologie wanneer zij tussen concurrerende technologieën moeten kiezen (of zelfs, indien mogelijk, een technologie te kiezen waarop geen IE-rechten rusten). De hoeveelheid IE-rechten die op een technologie rusten, heeft vaak een directe invloed op de kosten van toegang tot de norm. In deze specifieke context, echter, lijkt het dat alle beschikbare technologieën door IE-rechten, en zelfs door talrijke IE-rechten, worden beschermd. Daarom zal bekendmaking van IE-rechten niet het positieve effect hebben dat de deelnemers in de gelegenheid worden gesteld bij het kiezen van technologie rekening te houden met de mate waarin IE-rechten van belang zijn, omdat, ongeacht welke technologie wordt gekozen, verondersteld moet worden dat er op die technologie IE-rechten van toepassing zijn. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat de overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, zal hebben.

8. STANDAARDVOORWAARDEN

8.1. Definities

490. In sommige bedrijfstakken hanteren de ondernemingen standaardverkoop- of -inkoopvoorwaarden die zijn uitgewerkt door een brancheorganisatie of rechtstreeks door de concurrerende ondernemingen zelf ("standaardvoorwaarden") ⁽³⁵⁴⁾. Dergelijke standaardvoorwaarden vallen onder deze richtsnoeren voor zover zij standaardvoorwaarden vaststellen voor de verkoop of inkoop van goederen of diensten door deze concurrerende ondernemingen aan derde klanten of van derde leveranciers (en niet tussen de concurrenten onderling). Wanneer dergelijke standaardvoorwaarden in een bedrijfstak op grote schaal worden gehanteerd, is het mogelijk dat de inkoop- en verkoopvoorwaarden die in de sector gelden in de feiten op elkaar afgestemd raken ⁽³⁵⁵⁾. Voorbeelden van sectoren waar standaardvoorwaarden een belangrijke rol vervullen, zijn de bankensector (bv. voorwaarden in verband met bankrekeningen) en de verzekeringssector.
491. Standaardvoorwaarden die een onderneming zelfstandig vaststelt, uitsluitend voor eigen gebruik bij het sluiten van contracten met haar leveranciers of afnemers, zijn geen horizontale overeenkomsten en vallen derhalve niet onder deze richtsnoeren.

8.2. Relevante markten

492. In het algemeen hebben standaardvoorwaarden gevolgen voor de downstreammarkt waar de ondernemingen die de standaardvoorwaarden toepassen concurreren door hun producten aan hun klanten te verkopen.

8.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

8.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

493. Standaardvoorwaarden kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat zij de productkeuze en innovatie beperken. Indien een groot deel van een bedrijfstak de standaardvoorwaarden aanneemt en beslist er niet van af te wijken in individuele gevallen (of er alleen van af te wijken in uitzonderlijke gevallen van sterke kopersmacht), hebben de klanten wellicht geen andere keuze dan de bepalingen van de standaardvoorwaarden te aanvaarden. Het risico op beperking van de keuze en van innovatie doet zich waarschijnlijk echter slechts voor in gevallen waarin de standaardvoorwaarden bepalend zijn voor de inhoud van het eindproduct. Bij consumptiegoederen leggen standaardverkoopvoorwaarden doorgaans geen beperkingen op aan de innovatie van het bestaande product of aan de productkwaliteit en -diversiteit.
494. Voorts bestaat het gevaar dat standaardvoorwaarden, afhankelijk van hun inhoud, een ongunstige invloed hebben op de handelsvoorwaarden voor het eindproduct. Er bestaat met name een ernstig risico dat standaardvoorwaarden met betrekking tot de prijs de prijsconcurrentie beperken.
495. Bovendien kan, wanneer standaardvoorwaarden in een bedrijfstak algemeen worden toegepast, de toegang tot deze voorwaarden van vitaal belang zijn voor de toegang tot de markt. In dergelijke gevallen kan het weigeren van toegang tot de standaardvoorwaarden mogelijk leiden tot een mededingingsverstoringende marktafscherming. Mits de standaardvoorwaarden daadwerkelijk openblijven voor gebruik door elke onderneming die er toegang tot wil, is het onwaarschijnlijk dat zij tot een mededingingsverstoringende marktafscherming leiden.

8.3.2. Beperking van de mededinging naar strekking

496. Overeenkomsten waarin standaardvoorwaarden worden gebruikt als onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, hebben een mededingingsbeperkende strekking. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een brancheorganisatie een nieuwkomer geen toegang geeft tot haar standaardvoorwaarden, waarvan het gebruik van essentieel belang is om de markt te kunnen betreden.
497. Standaardvoorwaarden die bepalingen bevatten die de aan de klanten berekende prijzen rechtstreeks beïnvloeden ⁽³⁵⁶⁾ (d.w.z. adviesprijzen, kortingen enz.), zouden een beperking van de mededinging naar strekking vormen.

8.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

498. De opstelling en het gebruik van standaardvoorwaarden moet worden beoordeeld in hun economische context en in het licht van de situatie op de relevante markt om te bepalen of het waarschijnlijk is dat de standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben.

⁽³⁵⁴⁾ Dergelijke standaardvoorwaarden kunnen betrekking hebben op slechts een zeer klein deel van de bepalingen van het uiteindelijke contract dan wel slechts op een groot deel ervan.

⁽³⁵⁵⁾ Dit verwijst naar een situatie waarin (niet-verplichte) standaardvoorwaarden in de praktijk worden toegepast door de meeste spelers uit de sector en/of voor de meeste aspecten van het product/de dienst, wat aldus leidt tot een beperking of zelfs het ontbreken van keuze voor de gebruiker.

⁽³⁵⁶⁾ Zie ook voetnoot 32. Op markten waar niet-prijsgebonden parameters belangrijke concurrentieparameters zijn, kunnen standaardvoorwaarden met betrekking tot dergelijke parameters eveneens een beperking van de mededinging naar strekking vormen.

499. Wanneer de deelname aan de vaststelling van standaardvoorwaarden onbeperkt is voor concurrenten op de relevante markt (hetzij door deelname aan de brancheorganisatie, hetzij rechtstreeks) en op voorwaarde dat het gebruik van de standaardvoorwaarden niet verplicht is en zij daadwerkelijk toegankelijk zijn voor gebruik door elke onderneming, is het onwaarschijnlijk dat overeenkomsten betreffende standaardvoorwaarden negatieve gevolgen zullen hebben voor de productkwaliteit, de productdiversiteit of de innovatie en derhalve aanleiding zullen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen (mits de standaardvoorwaarden geen gevolgen hebben voor de prijs en met inachtneming van de in de punten 501-505 uiteengezette voorbehouden).
500. Er zijn echter twee algemene uitzonderingen waarbij een diepgaander onderzoek noodzakelijk is.
501. In de eerste plaats zouden standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumptiegoederen of diensten waarbij in de standaardvoorwaarden de kenmerken van het aan de klant verkochte eindproduct worden bepaald en waarbij derhalve het risico groter is dat de productkeuze wordt beperkt, aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer de gezamenlijke toepassing ervan tot een feitelijke afstemming kan leiden. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer het wijdverbreide gebruik van standaardvoorwaarden in de praktijk leidt tot een vermindering van innovatie en productdiversiteit op de markt. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer standaardvoorwaarden in verzekeringspolissen de keuze van de klant met betrekking tot essentiële elementen van het contract, zoals de soorten risico's die worden gedekt, beperken. Zelfs als het gebruik van de standaardvoorwaarden niet verplicht is, kunnen deze de prikkels voor verzekeraars om te concurreren op het stuk van productdiversificatie aantasten. Dit kan worden ondervangen door verzekeraars toe te staan ook andere dan standaardrisico's in hun verzekeringscontracten op te nemen.
502. Wanneer moet worden nagegaan of standaardvoorwaarden waarschijnlijk beperkende gevolgen zullen hebben door beperking van de productdiversiteit, moeten factoren zoals de bestaande concurrentie op de markt in aanmerking worden genomen. Indien er bijvoorbeeld een groot aantal kleinere concurrenten is, zal het risico op een beperking van de productdiversiteit kleiner lijken dan wanneer er slechts enkele grotere concurrenten zijn ⁽³⁵⁷⁾. De marktaandelen van de ondernemingen die deelnemen aan het vaststellen van de standaardvoorwaarden kunnen ook een indicatie geven van de waarschijnlijkheid dat de standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt zullen worden gebruikt. In dit opzicht is het echter niet alleen relevant om te analyseren of het waarschijnlijk is dat de standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt zullen worden gebruikt, maar ook of de standaardvoorwaarden het gehele product of slechts een deel ervan bestrijken (hoe minder uitgebreid de reikwijdte van de standaardvoorwaarden, hoe minder waarschijnlijk het is dat zij over het geheel genomen tot een beperking van de productdiversiteit zullen leiden). In gevallen waarin het zonder de vaststelling van standaardvoorwaarden niet mogelijk zou zijn geweest een bepaald product aan te bieden, zouden mededingingsbeperkend gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, overigens niet waarschijnlijk zijn. In dat scenario zal de productdiversiteit eerder toenemen dan afnemen door de vaststelling van de standaardvoorwaarden.
503. In de tweede plaats kunnen de standaardvoorwaarden, zelfs als ze de kenmerken van het eindproduct niet definiëren, om andere redenen een aanzienlijke invloed uit te oefenen op de beslissingen van klanten om transacties aan te gaan. Een voorbeeld is online winkelen, waarbij het vertrouwen van de klant van wezenlijk belang is (bijvoorbeeld bij het gebruik van veilige betaalsystemen, een correcte beschrijving van de producten, duidelijke en transparante regels voor prijsstelling, soepelheid van de "niet goed, geld terug"-regeling enz.). Aangezien het voor klanten moeilijk is om al deze parameters duidelijk te beoordelen, geven zij de voorkeur aan praktijken die wijdverspreid zijn. In dat verband zouden standaardvoorwaarden met betrekking tot deze parameters dus feitelijk een norm kunnen worden waaraan ondernemingen zouden moeten voldoen om op de markt te kunnen verkopen. Zelfs als de standaardvoorwaarden niet bindend zijn, zouden zij een feitelijke norm worden waarvan de gevolgen zeer vergelijkbaar zijn met die van een bindende norm en ook als zodanig moeten worden beoordeeld.
504. Indien het gebruik van standaardvoorwaarden bindend is, moet worden nagegaan wat de impact ervan is op productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie (met name wanneer de standaardvoorwaarden bindend zijn voor de gehele markt).
505. Indien de (al dan niet bindende) standaardvoorwaarden bepalingen zouden bevatten die waarschijnlijk negatieve gevolgen zullen hebben voor de mededinging op het gebied van prijzen ⁽³⁵⁸⁾ (bv. voorwaarden die indirect van invloed zijn op het soort kortingen dat moet worden gegeven), zijn er waarschijnlijk ook mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, zijn.

⁽³⁵⁷⁾ Indien eerdere ervaring met standaardvoorwaarden op de relevante markt aantoont dat deze niet hebben geleid tot vermindering van de concurrentie inzake productdifferentiatie, kan dit er ook op duiden dat het gebruik van hetzelfde soort standaardvoorwaarden bij een naburig product geen mededingingsbeperkend effect zal hebben.

⁽³⁵⁸⁾ Op markten waar niet-prijsgebonden parameters belangrijke concurrentieparameters zijn, kunnen standaardvoorwaarden met betrekking tot dergelijke parameters eveneens een beperking van de mededinging tot gevolg hebben.

8.4. Toetsing aan artikel 101, lid 3

8.4.1. Efficiëntievoordelen

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

8.4.2. Onmisbaarheid

508. Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit standaardvoorwaarden kunnen voortvloeien, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Het is bijvoorbeeld over het algemeen niet nodig om standaardvoorwaarden voor de bedrijfstak verplicht te stellen. Het kan echter niet worden uitgesloten dat het in specifieke gevallen noodzakelijk kan zijn om het gebruik van standaardvoorwaarden verplicht te stellen om bepaalde efficiëntieverbeteringen te bereiken.

8.4.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

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

8.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

511. Standaardvoorwaarden die door een meerderheid in de bedrijfstak worden gehanteerd, kunnen tot een feitelijke industriennorm leiden. In een dergelijk geval is het mogelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld indien derden daadwerkelijke toegang tot deze norm wordt ontzegd. Niettemin is het, indien de standaardvoorwaarden slechts op een beperkt deel van het product of de dienst betrekking hebben, niet waarschijnlijk dat de concurrentie wordt uitgeschakeld.

8.5. Voorbeelden

512. Niet-verplichte en open standaardvoorwaarden in contracten met eindgebruikers

Voorbeeld 1

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

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

513. Standaardvoorwaarden in contracten tussen ondernemingen

Voorbeeld 2

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

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

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

Voorbeeld 3

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

Analyse: De standaardpolisvoorwaarden hebben betrekking op de samenstelling van het uiteindelijke verzekeringsproduct. Voor zover de marktvoorwaarden en andere factoren erop zouden duiden dat er een risico op beperking van de productdiversiteit zou kunnen zijn doordat de verzekeringsmaatschappijen die standaardpolisvoorwaarden hanteren, is het waarschijnlijk dat die mogelijke beperking gecompenseerd wordt door efficiëntieverbeteringen, zoals het feit dat voorwaarden die verzekeringsmaatschappijen bieden, gemakkelijker kunnen worden vergeleken. Die vergelijking maakt het op dan weer gemakkelijker om van verzekeraar te wisselen en bevordert derhalve de mededinging. Bovendien vormen de mogelijkheid om van verzekeraar te kunnen wisselen en de toetreding tot markt door concurrenten een voordeel voor de consumenten. Het feit dat een consumentenvereniging aan het proces heeft deelgenomen, kan de kans vergroten dat deze efficiëntieverbeteringen worden doorgegeven. De standaardpolisvoorwaarden zullen voorts waarschijnlijk zorgen voor lagere transactiekosten en het voor verzekeraars gemakkelijker maken andere geografische en/of productmarkten te betreden. Bovendien lijken de beperkingen niet verder te gaan dan wat noodzakelijk is om de beoogde efficiëntieverbeteringen te behalen en zal de mededinging niet worden uitgeschakeld. Bijgevolg is waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldaan.

9. DUURZAAMHEIDSOVEREENKOMSTEN**9.1. Inleiding**

515. Dit hoofdstuk biedt richtlijnen voor de beoordeling uit mededingingsoogpunt van overeenkomsten tussen concurrenten die een of meer duurzaamheidsdoelstellingen nastreven ("duurzaamheidsovereenkomsten"). Naast deze algemene richtsnoeren heeft de Commissie zich ertoe verbonden informeel advies te verstrekken over nieuwe of onopgeloste vragen over individuele duurzaamheidsovereenkomsten via haar bekendmaking inzake informele richtsnoeren ⁽³⁵⁹⁾.

⁽³⁵⁹⁾ Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven) (PB C 381 van 4.10.2022, blz. 9).

516. Duurzame ontwikkeling is een kernbeginsel van het Verdrag betreffende de Europese Unie en een prioritaire doelstelling voor de beleidsmaatregelen van de Unie ⁽³⁶⁰⁾. De Commissie heeft zich gecommitteerd aan de uitvoering van de duurzame ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties ⁽³⁶¹⁾. Overeenkomstig deze toezegging tekent de Europese Green Deal een nieuwe groeistrategie uit die de EU moet omvormen tot een eerlijke en welvarende samenleving met een moderne, hulpbronnenefficiënte en concurrerende economie, waar vanaf 2050 netto geen broeikasgassen meer worden uitgestoten en de economische groei is losgekoppeld van het gebruik van hulpbronnen ⁽³⁶²⁾.
517. In brede zin wordt met “duurzame ontwikkeling” het vermogen bedoeld van de huidige samenleving om de beschikbare hulpbronnen te verbruiken en te gebruiken zonder het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien, in gevaar te brengen. Dit omvat activiteiten die economische, ecologische en maatschappelijke ontwikkeling (waaronder arbeids- en mensenrechten) ondersteunen ⁽³⁶³⁾. De term “duurzaamheidsdoelstellingen” omvat dus, maar is niet beperkt tot, het tegengaan van de klimaatverandering (bv. door het reduceren van broeikasgasemissies), het beëindigen van verontreiniging, het beperken van het gebruik van natuurlijke hulpbronnen, het eerbiedigen van mensenrechten, het garanderen van een bestaansinkomen, het bevorderen van veerkrachtige infrastructuur en innovatie, het reduceren van voedselverspilling, het bevorderen van een omschakeling naar gezond en voedzaam voedsel, het waarborgen van dierenwelzijn enz ⁽³⁶⁴⁾.
518. Handhaving van het mededingingsrecht draagt bij aan duurzame ontwikkeling door daadwerkelijke mededinging te waarborgen, wat innovatie stimuleert, de kwaliteit en keuze aan producten vergroot, een doeltreffende toewijzing van hulpbronnen garandeert, de productiekosten vermindert, en daarmee bijdraagt aan het welzijn van de gebruikers.
519. Een punt van zorg ten aanzien van duurzame ontwikkeling is echter dat individuele productie- en consumptiebeslissingen negatieve effecten (“negatieve externaliteiten”) kunnen hebben, bijvoorbeeld op het milieu, waarmee onvoldoende rekening wordt gehouden door de marktdeelnemers of de gebruikers die deze effecten teweegbrengen. Dit soort marktfalen kan worden tegengegaan of verholpen door collectieve maatregelen, met name door overheidsbeleid of (sectorspecifieke) regelgeving, en daarnaast door samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen die duurzame productie of consumptie bevorderen.
520. Wanneer dergelijk marktfalen wordt aangepakt door adequate regelgeving, zoals bindende Unienormen inzake verontreiniging, prijsmechanismen, zoals de EU-regeling voor de handel in emissierechten (“EU ETS”) of belastingen, zijn aanvullende maatregelen van ondernemingen, bijvoorbeeld via samenwerkingsovereenkomsten, wellicht niet noodzakelijk. Samenwerkingsovereenkomsten kunnen echter een oplossing bieden voor resterend marktfalen dat niet of niet volledig wordt aangepakt door overheidsbeleid en regelgeving.
521. In deze richtsnoeren verwijst de term “duurzaamheidsovereenkomst” naar elke horizontale samenwerkingsovereenkomst die een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft, ongeacht de vorm van de samenwerking. Duurzaamheidsovereenkomsten zullen op grond van artikel 101 alleen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren als zij een mededingingsbeperkende strekking hebben of als zij merkbare feitelijke of waarschijnlijke negatieve gevolgen hebben voor de mededinging. Overeenkomsten die de mededinging beperken, kunnen niet aan het verbod van artikel 101, lid 1, ontsnappen door simpelweg te verwijzen naar een duurzaamheidsdoelstelling ⁽³⁶⁵⁾.
522. Wanneer duurzaamheidsovereenkomsten de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1, zullen deze niettemin voldoen aan artikel 101 indien zij voldoen aan de vier voorwaarden van de uitzondering waarin artikel 101, lid 3, voorziet. Gedetailleerde richtlijnen voor de toepassing van deze voorwaarden zijn opgenomen in de richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3 ⁽³⁶⁶⁾.

⁽³⁶⁰⁾ Artikel 3 VEU.

⁽³⁶¹⁾ De Agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling, die in 2015 door alle landen die lid zijn van de Verenigde Naties is aangenomen.

⁽³⁶²⁾ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's — De Europese Green Deal (COM(2019) 640 final).

⁽³⁶³⁾ Zie bv. VN-Resolutie 66/288, op 27 juli 2012 aangenomen door de Algemene Vergadering.

⁽³⁶⁴⁾ De VN-agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling identificeert 17 doelstellingen voor duurzame ontwikkeling (waaronder bijvoorbeeld doelstelling 2: honger uitbannen, voedselveiligheid tot stand brengen, de voeding verbeteren en duurzame landbouw bevorderen; doelstelling 7: toegang tot betaalbare, betrouwbare, duurzame en moderne energie waarborgen; doelstelling 9: veerkrachtige infrastructuur bouwen, inclusieve en duurzame industrialisatie bevorderen en innovatie bevorderen; doelstelling 13: dringend actie ondernemen om de klimaatverandering (en de impact daarvan) te bestrijden, en 169 streefcijfers (waaronder bijvoorbeeld streefcijfer 9.1: ontwikkelen van kwalitatieve, betrouwbare, duurzame en veerkrachtige infrastructuur, met inbegrip van regionale en grensoverschrijdende infrastructuur, ter ondersteuning van de economische ontwikkeling en het menselijk welzijn, met klemtoon op een betaalbare en billijke toegang voor iedereen, en streefcijfer 13.1: de veerkracht en het aanpassingsvermogen versterken van met het klimaat in verband te brengen gevaren en natuurrampen in alle landen).

⁽³⁶⁵⁾ Zie afdeling 1.2.6. Het Hof van Justitie heeft erkend dat mededingingsbeperkingen die voortvloeien uit overeenkomsten of besluiten van ondernemersverenigingen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, kunnen vallen indien zij inherent zijn aan het nastreven van een legitiem doel en daarmee in verhouding staan (zie onder meer het arrest van het Hof van Justitie van 21 september 1999, Albany International, C-67/96, EU:C: 1999:430; zie arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, Wouters e.a., C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, en arrest van Hof van Justitie van 16 juli 2006, Meca-Medina en Majcen/Commissie, C-519/04 P, EU:C:2006:492).

⁽³⁶⁶⁾ Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (“richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3”) (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97).

523. Duurzaamheidsovereenkomsten vormen voor de toepassing van artikel 101 geen afzonderlijke categorie van horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Indien een horizontale samenwerkingsovereenkomst overeenkomt met een van de soorten horizontale overeenkomsten die onder de voorgaande hoofdstukken van deze richtsnoeren vallen en die overeenkomst ook een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft, moet deze worden beoordeeld op basis van de richtsnoeren in het desbetreffende voorgaande hoofdstuk of de desbetreffende hoofdstukken, samen met de in dit hoofdstuk gegeven richtlijnen.
524. Dit betekent in de praktijk dat een O&O- of specialisatieovereenkomst die een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft (bv. een overeenkomst tussen concurrenten om gezamenlijk een productietechnologie te ontwikkelen die het energieverbruik vermindert, of een overeenkomst om infrastructuur te delen met het oog op het verminderen van de gevolgen van een productieproces voor het milieu), en die dus ook als een duurzaamheids-overeenkomst kan worden aangemerkt, kan profiteren van de groepsvrijstellingsverordeningen die van toepassing zijn op O&O-overeenkomsten of specialisatieovereenkomsten, op voorwaarde dat aan de voorwaarden van die verordeningen wordt voldaan. Als niet aan de voorwaarden van de desbetreffende groepsvrijstellingsverordening is voldaan, is het noodzakelijk om een volledige beoordeling uit te voeren op grond van artikel 101, op basis van de richtlijnen in hoofdstuk 2 (in het geval van O&O-overeenkomsten) en de richtlijnen in hoofdstuk 3 (in het geval van productieovereenkomsten, waaronder overeenkomsten voor het delen van infrastructuur voor mobiele telecommunicatie), terwijl voor beide soorten overeenkomsten ook rekening moet worden gehouden met de in dit hoofdstuk gegeven richtlijnen. Evenzo moet een overeenkomst tussen concurrenten om als gezamenlijk te gebruiken component voor hun productie uitsluitend producten te kopen die een beperkte impact op het milieu hebben, of om uitsluitend bij leveranciers te kopen die aan bepaalde duurzaamheidsnormen voldoen, beoordeeld worden aan de hand van de richtlijnen in hoofdstuk 4 (over inkoopovereenkomsten) ⁽³⁶⁷⁾, waarbij ook rekening moet worden gehouden met de richtlijnen in dit hoofdstuk.
525. In geval van tegenstrijdigheid tussen de richtlijnen in dit hoofdstuk en de richtlijnen in de relevante voorgaande hoofdstukken voor de beoordeling van een bepaalde duurzaamheidsovereenkomst (hoofdstukken 2 tot en met 8), kunnen de partijen bij de overeenkomst vertrouwen op de richtlijnen in het hoofdstuk dat voor hen gunstiger is. Gezien hun specifieke kenmerken (zie de punten 540-544) moeten overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen worden beoordeeld overeenkomstig de richtlijnen in afdeling 9.3 ⁽³⁶⁸⁾, terwijl hoofdstuk 7 (standaardiseringsovereenkomsten) alleen meer achtergrondinformatie geeft over de voorwaarden die beide hoofdstukken gemeen hebben.
526. Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd: afdeling 9.2 bevat voorbeelden van duurzaamheidsovereenkomsten die de mededinging waarschijnlijk niet zullen beperken in de zin van artikel 101, lid 1; afdeling 9.3 geeft richtlijnen over specifieke aspecten van de beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1, en richt zich op de meest voorkomende duurzaamheidsovereenkomsten, namelijk die waarin duurzaamheidsnormen worden geformuleerd; afdeling 9.4 richt zich op specifieke aspecten van de beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3; afdeling 9.5 gaat in op de consequenties van de betrokkenheid van overheidsinstanties bij het afsluiten van duurzaamheidsovereenkomsten. Tot slot bevat afdeling 9.6 een beoordeling van hypothetische voorbeelden van duurzaamheidsovereenkomsten.
- 9.2. **Duurzaamheidsovereenkomsten die waarschijnlijk geen aanleiding zullen geven tot mededingingsbezwaren**
527. Niet alle duurzaamheidsovereenkomsten tussen concurrenten vallen binnen het toepassingsgebied van artikel 101. Wanneer dergelijke overeenkomsten geen negatief effect hebben op concurrentieparameters, zoals prijs, kwantiteit, kwaliteit, keuze of innovatie, kunnen zij geen mededingingsrechtelijke bezwaren opleveren. Hieronder volgen voorbeelden van duurzaamheidsovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van artikel 101 vallen. De voorbeelden dienen der illustratie en zijn niet uitputtend.
528. In de eerste plaats vallen overeenkomsten die uitsluitend tot doel hebben ervoor te zorgen dat wordt voldaan aan voldoende precieze vereisten of verboden in wettelijk bindende internationale verdragen, overeenkomsten of conventies, ongeacht of ze al dan niet in nationale wetgeving zijn omgezet (bv. naleving van sociale grondrechten of verboden op het gebruik van kinderarbeid, de houtkap van bepaalde soorten tropisch hout of het gebruik van bepaalde verontreinigende stoffen) en die niet volledig worden uitgevoerd of gehandhaafd door een ondertekenende staat, buiten het toepassingsgebied van artikel 101. Deze uitsluiting van artikel 101 is alleen van toepassing indien in de overeenkomst is bepaald dat de betrokken ondernemingen, hun leveranciers en/of hun distributeurs aan dergelijke vereisten of verboden moeten voldoen, bijvoorbeeld door de productie of invoer in de EU van producten die in strijd zijn met dergelijke vereisten of verboden te voorkomen, te verminderen of stop te zetten. Dergelijke overeenkomsten kunnen een geschikte maatregel zijn om ondernemingen in staat te stellen hun due-diligenceverplichtingen op het gebied van duurzaamheid uit hoofde van nationale of EU-wetgeving na te komen en kunnen ook deel uitmaken van bredere samenwerkingsregelingen voor de bedrijfstak of initiatieven van meerdere belanghebbenden om nadelige duurzaamheidseffecten in hun waardeketens of hun bedrijfstak vast te stellen, te beperken en te voorkomen.

⁽³⁶⁷⁾ Zie punt 284.

⁽³⁶⁸⁾ Aangezien overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen een subcategorie zijn van standaardiseringsovereenkomsten.

529. In de tweede plaats vallen overeenkomsten die geen betrekking hebben op de economische activiteit van ondernemingen maar op hun interne ondernemingsgedrag, doorgaans buiten het toepassingsgebied van artikel 101. Concurrenten kunnen proberen de algemene reputatie van hun bedrijfstak als een bedrijfstak die verantwoord met het milieu omgaat, te verbeteren en hiertoe bijvoorbeeld maatregelen overeenkomen om wegwerpplastic te weren uit hun bedrijfsruimten; een bepaalde omgevingstemperatuur in hun gebouwen niet te overschrijden, of om de hoeveelheid interne documenten die zij afdrukken te beperken.
530. In de derde plaats, zullen overeenkomsten om een database op te zetten met algemene informatie over leveranciers met (niet-)duurzame waardeketens (bv. leveranciers die arbeidsrechten respecteren of een redelijk loon betalen); het gebruik van (niet-)duurzame productieprocessen, of het leveren van (niet-)duurzame componenten, of informatie over distributeurs die producten op een (niet-)duurzame manier op de markt brengen, maar die de partijen niet verbieden of verplichten om bij dergelijke leveranciers te kopen of aan dergelijke distributeurs te verkopen, in het algemeen de mededinging niet beperken en buiten het toepassingsgebied van artikel 101 vallen⁽³⁶⁹⁾. Dergelijke beperkte vormen van informatie-uitwisseling kunnen ondernemingen opnieuw helpen om te voldoen aan hun due-diligenceverplichtingen op het gebied van duurzaamheid uit hoofde van nationale of EU-wetgeving.
531. Ten vierde zullen overeenkomsten tussen concurrenten met betrekking tot de organisatie van bedrijfstakbrede voorlichtingscampagnes of campagnes om consumenten bewust te maken van de milieueffecten of andere negatieve externaliteiten van hun consumptie, zonder dat dergelijke campagnes neerkomen op gezamenlijke reclame voor specifieke producten, doorgaans evenmin de mededinging beperken en buiten de werkingssfeer van artikel 101 vallen.
- 9.3. **Beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1**
- 9.3.1. *Algemene beginselen*
532. Wanneer duurzaamheidsovereenkomsten een negatieve invloed hebben op een of meer concurrentieparameters, moeten ze worden beoordeeld op grond van artikel 101, lid 1.
533. Wanneer een samenwerkingsovereenkomst tussen concurrenten (ongeacht of deze al dan niet onder een van de voorgaande hoofdstukken van deze richtsnoeren valt) een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft, moet hiermee rekening worden gehouden om te bepalen of de overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft in de zin van artikel 101, lid 1⁽³⁷⁰⁾.
534. Wanneer de partijen bij een overeenkomst aantonen dat het hoofddoel van een overeenkomst het nastreven van een duurzaamheidsdoelstelling is, en wanneer dit redelijke twijfel doet rijzen over de vraag of de overeenkomst naar haar aard, gelet op de inhoud van haar bepalingen, haar doelstellingen en de economische en juridische context, voldoende schade toebrengt aan de mededinging om als een mededingingsbeperkende strekking⁽³⁷¹⁾ te worden beschouwd, moeten de gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging worden beoordeeld. Dit is niet het geval wanneer de overeenkomst wordt gebruikt om een mededingingsbeperkende strekking te verhullen, zoals prijsafspraken, marktverdeling of toewijzing van klanten, of beperking van de productie of innovatie.
535. Elke effectbeoordeling wordt uitgevoerd volgens de beginselen die zijn uiteengezet in afdeling 1.2.5 en in de afdelingen over “mededingingsbeperkende gevolgen” in het vorige hoofdstuk van deze richtsnoeren, dat betrekking heeft op het specifieke soort horizontale overeenkomst⁽³⁷²⁾. Bij de beoordeling van de gevolgen van een duurzaamheidsovereenkomst moet met name rekening worden gehouden met de volgende factoren: de marktmacht van de bij de overeenkomst betrokken partijen; de mate waarin de overeenkomst de beslissingsautonomie van de partijen beperkt met betrekking tot de belangrijkste concurrentieparameters; de marktdekking van de overeenkomst; de mate waarin commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld in de context van de overeenkomst, en of de overeenkomst leidt tot een aanzienlijke prijsstijging of een aanzienlijke vermindering van productie, diversiteit, kwaliteit of innovatie.
536. Duurzaamheidsovereenkomsten die de mededinging beperken in de zin van artikel 101, lid 1, omdat ze ofwel een mededingingsbeperkende strekking ofwel mededingingsbeperkende gevolgen hebben, kunnen nog steeds in aanmerking komen voor de uitzondering van artikel 101, lid 3, indien de partijen kunnen aantonen dat aan de vier cumulatieve voorwaarden van die bepaling is voldaan (zie afdeling 9.4).

⁽³⁶⁹⁾ Zolang de database de onzekerheid over recente of toekomstige acties van concurrenten op de markt niet vermindert, zal deze niet neerkomen op een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie. Met andere woorden, de ondernemingen die bijdragen aan de database mogen niet aangeven wie hun huidige of toekomstige leveranciers zijn.

⁽³⁷⁰⁾ Zie de punten 23 en 28.

⁽³⁷¹⁾ In beginsel moet het bewijs waaruit blijkt dat een duurzaamheidsdoelstelling wordt nagestreefd, van dusdanige aard zijn dat redelijke twijfel bestaat over de mededingingsbeperkende strekking van de overeenkomst. Over het nastreven van de duurzaamheidsdoelstelling mag echter geen twijfel bestaan. Zie, per analogiam, arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 107-108.

⁽³⁷²⁾ Zie ook de punten 24-27 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

9.3.2. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen

537. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen zijn een subcategorie van duurzaamheidsovereenkomsten. Of zij artikel 101 naleven, moet worden beoordeeld aan de hand van de volgende beginselen.

9.3.2.1. Definitie en kenmerken

538. Om bij te dragen aan duurzame ontwikkeling, kunnen concurrenten overeenkomen om niet-duurzame producten (bv. fossiele brandstoffen zoals olie en steenkool) en processen (bv. staalfabrieken die op kolen draaien) uit te faseren, stop te zetten of in sommige gevallen te vervangen door duurzame producten en processen. Concurrenten kunnen ook overeenkomen om verpakkingsmaterialen te harmoniseren om hergebruik te vergemakkelijken of om verpakkingsformaten (en daarmee de productinhoud) te harmoniseren om de hoeveelheid afval te verminderen. Ze kunnen overeenkomen om alleen productiemiddelen te kopen die op duurzame wijze zijn vervaardigd. Evenzo willen concurrenten misschien wel bepaalde voorwaarden overeenkomen die het dierenwelzijn verbeteren (bv. normen om dieren meer ruimte en betere leefomstandigheden te bieden). Voor dit soort doelstellingen kunnen concurrenten overeenkomen om bepaalde duurzaamheidsnormen vast te stellen en in acht te nemen. Dergelijke overeenkomsten worden in dit hoofdstuk “overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen” of “duurzaamheidsnormen” genoemd. Voor de toepassing van deze richtsnoeren worden overeenkomsten tussen concurrenten die de productie van de betrokken ondernemingen van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, beperken, echter niet aangemerkt als overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen.
539. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen schrijven voor aan welke vereisten producenten, verwerkers, distributeurs, detailhandelaren of dienstverleners in een toeleveringsketen moeten voldoen voor een breed scala aan duurzaamheidsmaatstaven zoals de milieueffecten van hun productie⁽³⁷³⁾. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen bevatten doorgaans regels, richtsnoeren of kenmerken voor producten en productiemethoden ten aanzien van duurzaamheidsmaatstaven en worden soms “duurzaamheidssystemen” genoemd. Het betreft vaak particuliere initiatieven die kunnen uiteenlopen van eenzijdig door ondernemingen opgestelde gedragscodes, tot door het maatschappelijk middenveld en multistakeholder-initiatieven bepleite normen waarbij ondernemingen binnen de gehele waardeketen betrokken zijn⁽³⁷⁴⁾. Deze richtsnoeren hebben uitsluitend betrekking op duurzaamheidsnormen die worden ontwikkeld door concurrenten of waaraan concurrenten deelnemen, met inbegrip van kwaliteitskeurmerken of -labels.
540. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen vertonen overeenkomsten met de standaardiseringsovereenkomsten die worden behandeld in hoofdstuk 7, en de richtlijnen in dat hoofdstuk bevat verdere uitleg van enkele van de voorwaarden die zijn uiteengezet in afdeling 9.3.2.4. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen hebben echter ook specifieke kenmerken.
541. In de eerste plaats kan de vaststelling van een duurzaamheidsnorm vaak leiden tot de totstandbrenging van een label, logo of merknaam voor producten die aan bepaalde minimumeisen voldoen. Het gebruik van dergelijke labels, logo's of merknamen verplicht de gebruikers in principe om aan deze vereisten te voldoen; als ze daarmee ophouden, verliezen ze het recht om het label, logo of merknaam te gebruiken.
542. Ten tweede kunnen de kosten voor het aansluiten bij en het naleven van een duurzaamheidsnorm hoog zijn, vooral als daarvoor wijzigingen in bestaande productie- of distributieprocessen nodig zijn. Aansluiten bij een duurzaamheidsnorm kan dus leiden tot een stijging van de productie- of distributiekosten en bijgevolg tot een stijging van de prijs van de door de partijen verkochte producten.
543. Ten derde zijn, anders dan bij technische normen, die garant staan voor interoperabiliteit en concurrentie tussen technologieën die door verschillende ondernemingen zijn ontwikkeld tijdens de normontwikkeling aanmoedigen, kwesties als interoperabiliteit en compatibiliteit tussen technologieën veelal minder relevant voor duurzaamheidsnormen.
544. In de vierde plaats zijn veel duurzaamheidsnormen proces-, management- of prestatiegebaseerd. Dit betekent dat duurzaamheidsnormen, anders dan veel technische normen, vaak een te behalen doel voorschrijven zonder specifieke technologieën of productiemethoden op te leggen. De partijen die dergelijke duurzaamheidsnormen toepassen, kunnen zich aan het doel committeren maar blijven vrij om te beslissen over het gebruik van een bepaalde technologie of bepaald productieproces om dat doel te behalen.

⁽³⁷³⁾ Zie bv. Forum van de Verenigde Naties inzake Duurzaamheidsnormen, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>

⁽³⁷⁴⁾ Zie bv. Conferentie van de Verenigde Naties over handel en ontwikkeling (Unctad), Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf

9.3.2.2. Voornaamste mededingingsbezwaren

545. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen hebben vaak positieve effecten op de mededinging. Zij kunnen bijdragen aan duurzame ontwikkeling door de ontwikkeling van nieuwe producten of markten mogelijk te maken, de productkwaliteit te verhogen of de leverings- of distributievoorwaarden te verbeteren. Door informatie te verstrekken over duurzaamheidsaspecten (bv. via labels), stellen duurzaamheidsnormen gebruikers met name in staat om onderbouwde keuzes te maken en daardoor bij te dragen aan de ontwikkeling van markten voor duurzame producten. Tot slot kunnen duurzaamheidsnormen ook zorgen voor een gelijk speelveld tussen producenten die aan uiteenlopende regelgevingseisen zijn onderworpen.
546. In sommige omstandigheden kunnen duurzaamheidsnormen de mededinging echter ook beperken. Dit kan op drie manieren gebeuren, met name: via prijsafspraken, marktafscherming van alternatieve normen, en de uitsluiting of discriminatie van bepaalde concurrenten ⁽³⁷⁵⁾.

9.3.2.3. Beperking van de mededinging naar strekking

547. Duurzaamheidsnormen die worden gebruikt om prijsafspraken, toewijzing van markten of klanten, beperkingen van de productie of beperkingen van de kwaliteit of innovatie te verhullen, hebben een mededingingsbeperkende strekking.
548. Met name een overeenkomst tussen concurrenten over de manier waarop hogere kosten kunnen worden doorberekend aan klanten als gevolg van de invoering van een duurzaamheidsnorm in de vorm van hogere verkoopprijzen of om de prijzen vast te stellen van producten waar de norm op van toepassing is, heeft een mededingingsbeperkende strekking. Evenzo heeft een overeenkomst tussen de partijen bij een duurzaamheidsnorm om rechtstreeks uit te oefenen op concurrerende derden om geen producten op de markt te brengen die niet aan de duurzaamheidsnorm voldoen, een mededingingsbeperkende strekking. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten tussen concurrenten om technologische ontwikkeling te beperken tot de minimale duurzaamheidsnormen die wettelijk vereist zijn, in plaats van samen te werken om ambitieuzere milieudoelstellingen te bereiken ⁽³⁷⁶⁾.

9.3.2.4. Mededingingsbeperkende gevolgen

a) "Zachte" safe harbour

549. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen zullen waarschijnlijk geen noemenswaardige ongunstige effecten op de mededinging teweegbrengen zolang aan de volgende zes cumulatieve voorwaarden is voldaan ⁽³⁷⁷⁾:

Ten eerste moet de procedure voor het ontwikkelen van de duurzaamheidsnorm transparant zijn en moeten alle geïnteresseerde concurrenten kunnen deelnemen aan het proces dat uitmondt in de selectie van de norm ⁽³⁷⁸⁾.

Ten tweede mag de duurzaamheidsnorm aan ondernemingen die niet wensen deel te nemen aan de norm, niet — direct of indirect — een verplichting opleggen om aan de norm te voldoen ⁽³⁷⁹⁾.

Ten derde kunnen, om de naleving van de norm te verzekeren, bindende eisen worden opgelegd aan de betrokken ondernemingen, maar zij moeten vrij blijven om hogere duurzaamheidsnormen toe te passen.

Ten vierde mogen de partijen bij de duurzaamheidsnorm geen commercieel gevoelige informatie uitwisselen die niet noodzakelijk is voor de ontwikkeling, de vaststelling of de aanpassing van de norm ⁽³⁸⁰⁾.

Ten vijfde moet daadwerkelijke en niet-discriminerende toegang tot de resultaten van het normalisatieproces worden gewaarborgd. Dit omvat het mogelijk maken van effectieve en niet-discriminerende toegang tot de vereisten en voorwaarden voor het gebruik van het label dat, het logo dat of de merknaam die is overeengekomen, en het toestaan van ondernemingen die niet hebben deelgenomen aan het ontwikkelingsproces van de norm om de norm in een later stadium over te nemen ⁽³⁸¹⁾.

⁽³⁷⁵⁾ Zie punten 442-444 voor een meer gedetailleerde beschrijving van de belangrijkste manieren waarop standaardiseringsovereenkomsten de mededinging kunnen beperken.

⁽³⁷⁶⁾ Besluit van de Commissie van 8 juli 2021 in zaak AT.40178, Emissies van personenauto's.

⁽³⁷⁷⁾ Zoals in punt 538 is vermeld, worden overeenkomsten tussen concurrenten die de productie van de producten waarop de duurzaamheidsnormen betrekking heeft door de betrokken ondernemingen beperken, niet aangemerkt als overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen. Dergelijke overeenkomsten vereisen daarom een individuele beoordeling op grond van artikel 101.

⁽³⁷⁸⁾ Zie punt 453 voor een uitleg van het concept "transparantie" in het normalisatieproces.

⁽³⁷⁹⁾ Zie punt 464. Met andere woorden, ondernemingen die aan de norm wensen deel te nemen, mogen niet worden belemmerd om de markt en de consumenten te blijven voorzien van producten die voldoen aan wettelijke eisen maar niet voldoen aan de aanvullende eisen die voortvloeien uit de nieuwe duurzaamheidsnorm.

⁽³⁸⁰⁾ Zie afdeling 6.1 over informatie-uitwisseling en in het bijzonder punt 369.

⁽³⁸¹⁾ Zie punt 465 en volgende in afdeling 7.3.3.2 over de voorwaarden voor toegang tot de norm.

Ten zesde moet de duurzaamheidsnorm voldoen aan ten minste een van de volgende twee voorwaarden:

- a) de norm mag niet leiden tot een aanzienlijke prijsstijging ⁽³⁸²⁾ of een aanzienlijke vermindering van de kwaliteit van de betrokken producten;
- b) het gecombineerde marktaandeel van de betrokken ondernemingen ⁽³⁸³⁾ mag niet hoger zijn dan 20 % op elke relevante markt waarop de norm van invloed is ⁽³⁸⁴⁾.

550. Deze voorwaarden zorgen ervoor dat de duurzaamheidsnorm niet leidt tot een merkbare beperking van de mededinging (bv. door goedkopere productvarianten van de markt te verwijderen). De voorwaarden zorgen er bovendien voor dat de norm de markt voor alternatieve normen niet afschermt of andere ondernemingen uitsluit of discrimineert, en dat de norm daadwerkelijk toegankelijk is. De voorwaarde om geen onnodige commercieel gevoelige informatie uit te wisselen, zorgt ervoor dat de uitwisseling van informatie beperkt blijft tot wat noodzakelijk is en in verhouding staat tot de normalisatieprocedure en dat de uitwisseling niet wordt gebruikt om collusie te vergemakkelijken of de concurrentie tussen de partijen te beperken.
551. Zoals uiteengezet in punt 542 kunnen duurzaamheidsnormen vaak tot prijsstijgingen leiden. Wanneer de norm echter wordt ingevoerd door ondernemingen die een aanzienlijk marktaandeel vertegenwoordigen, is het mogelijk dat ondernemingen het eerdere prijsniveau kunnen handhaven of slechts een onaanzienlijke prijsstijging hoeven toe te passen. Dit zal met name relevant zijn wanneer het product dat onder de duurzaamheidsnorm valt slechts een kleine kostenpost voor het product vertegenwoordigt.
552. Niet-naleving van een of meer van deze voorwaarden wat betreft de zachte safe harbour doet geen vermoeden ontstaan dat de overeenkomst voor duurzaamheidsnormen de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1. Indien echter aan een of meer van deze voorwaarden niet is voldaan, moet de overeenkomst op grond van artikel 101 individueel worden beoordeeld. Er zijn verschillende modellen voor normalisatie en het staat ondernemingen vrij om overeenstemming te bereiken over regels en procedures die geen inbreuk maken op de mededingingsregels, ook al kunnen ze verschillen van de regels die zijn beschreven in punt 549.
553. Het is waarschijnlijker dat een overeenkomst voor duurzaamheidsnormen de verwezenlijking van een duurzaamheidsdoelstelling bevordert als deze voorziet in een mechanisme of monitoringsysteem om ervoor te zorgen dat ondernemingen die de duurzaamheidsnorm toepassen, voldoen aan de vereisten van de norm ⁽³⁸⁵⁾.
- b) *Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1, buiten de “zachte” safe harbour*
554. Om de gevolgen te beoordelen van overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen die niet aan de voorwaarden van de zachte safe harbour voldoen, moet rekening worden gehouden met de in punt 549 genoemde factoren en met de mogelijkheid van derden om aan de overeenkomst deel te nemen.
555. Duurzaamheidsnormen hebben wellicht geen merkbare mededingingsbeperkende gevolgen omdat er onvoldoende concurrentie is van alternatieve duurzaamheidslabels/-normen en/of van producten die op conventionele wijze worden geproduceerd en gedistribueerd (d.w.z. buiten de labels/normen om). Zelfs wanneer de marktdekking van de overeenkomst voor duurzaamheidsnormen aanzienlijk is, kan de tegendruk van potentiële concurrenten nog altijd voldoende zijn, vooral wanneer de overeenkomst voor duurzaamheidsnormen zich beperkt tot de totstandbrenging van een label en de betrokken ondernemingen vrij laat om ook buiten het label om actief te zijn. Als dit het geval is, hebben gebruikers de keuze tussen producten met het label en producten die misschien door dezelfde ondernemingen worden geproduceerd maar die niet aan het label voldoen, zodat de mededinging daardoor waarschijnlijk niet beperkt wordt ⁽³⁸⁶⁾. Wanneer een overeenkomst voor duurzaamheidsnormen waarschijnlijk zal leiden tot een aanzienlijke stijging van de prijs of een vermindering van de productie, productdiversiteit, kwaliteit of innovatie, kan de overeenkomst toch nog voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

⁽³⁸²⁾ Het belang van de prijsstijging zal afhangen van de kenmerken van het product en van de relevante markt.

⁽³⁸³⁾ Het gecombineerde marktaandeel van de betrokken ondernemingen verwijst naar het marktaandeel van de producten van de ondernemingen in het algemeen op de relevante markten waarop de norm van toepassing is en is niet beperkt tot de producten die specifiek onder de overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen vallen.

⁽³⁸⁴⁾ De zachte safe harbour belet de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit niet om in te grijpen in individuele gevallen waarin een overeenkomst voor duurzaamheidsnormen zou resulteren in een merkbare mededingingsbeperking op de markt, bijvoorbeeld vanwege het cumulatieve effect van overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen die door verschillende ondernemingen zijn gesloten, resulterend in een aanzienlijke prijsstijging of een aanzienlijke vermindering van de kwaliteit.

⁽³⁸⁵⁾ De aanwezigheid van een dergelijk monitoring- en handhavingssysteem om ervoor te zorgen dat aan de duurzaamheidsnorm wordt voldaan, is een factor waarmee rekening zal worden gehouden bij de beoordeling of een overeenkomst als hoofddoel het nastreven van een duurzaamheidsdoelstelling heeft, overeenkomstig punt 534.

⁽³⁸⁶⁾ Overeenkomsten tussen concurrenten die geen beperkingen van de mededinging naar strekking hebben, kunnen ook in aanmerking komen voor de de-minimismededeling wanneer het totale marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst niet meer dan 10 % bedraagt op een relevante markt waarop de overeenkomst van invloed is; zie punt 41.

9.4. Beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3

556. Een duurzaamheidsovereenkomst die de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, kan nog in aanmerking komen voor de uitzondering van artikel 101, lid 3, indien de partijen bij de overeenkomst kunnen aantonen dat aan de vier cumulatieve voorwaarden van die bepaling is voldaan.

9.4.1. Efficiëntieverbeteringen

557. Volgens de eerste voorwaarde van artikel 101, lid 3, dient de overeenkomst bij te dragen tot verbetering van de productie of distributie van goederen of tot de bevordering van de technische of economische vooruitgang. In wezen betekent dit dat de overeenkomst moet bijdragen aan objectieve efficiëntieverbeteringen, wat in brede zin wordt uitgelegd als niet alleen verlagingen van de productie- en distributiekosten maar ook als een toename van de productdiversiteit en -kwaliteit, verbeteringen in productie- en distributieprocessen, en een toename van innovatie⁽³⁸⁷⁾. Dit biedt dus de mogelijkheid om rekening te houden met een breed scala aan duurzaamheidsvoordelen die voortvloeien uit het gebruik van bepaalde ingrediënten, technologieën en productieprocessen.
558. Voorbeelden van efficiëntieverbeteringen die kunnen worden bereikt door duurzaamheidsovereenkomsten zijn onder meer het gebruik van minder vervuilende productie- of distributietechnologieën, verbeterde productie- en distributieomstandigheden, veerkrachtiger infrastructuur en producten van betere kwaliteit. Duurzaamheidsovereenkomsten kunnen ook verstoringen in de toeleveringsketen verminderen, de tijd verkorten die nodig is om duurzame producten op de markt te brengen en gebruikers in staat stellen weloverwogen inkoopbeslissingen te nemen door de vergelijking van producten te vergemakkelijken. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt.
559. Van dergelijke efficiëntieverbeteringen kan niet zomaar worden uitgegaan; ze moeten kunnen worden onderbouwd⁽³⁸⁸⁾. Ook moeten ze objectief, concreet en controleerbaar zijn⁽³⁸⁹⁾. Als de gestelde efficiëntieverbetering bijvoorbeeld bestaat uit de verbetering van een product, moeten de partijen kunnen aantonen waarin die productverbetering precies bestaat. Als de gestelde efficiëntieverbetering bijvoorbeeld de vermindering van de waterverontreiniging is, moeten de partijen kunnen uitleggen hoe de overeenkomst precies bijdraagt tot het verminderen van de waterverontreiniging en een schatting geven van de gestelde bijdrage⁽³⁹⁰⁾.

9.4.2. Onmisbaarheid

560. Ten behoeve van deze richtsnoeren is het passend om in te gaan op de derde voorwaarde van artikel 101, lid 3 (onmisbaarheid), alvorens de tweede voorwaarde te bespreken (een billijk aandeel voor de gebruiker). De reden hiervoor is dat bij het onderzoek naar het billijk aandeel voor de gebruikers de gevolgen van eventuele beperkingen die niet aan de onmisbaarheidsvoorwaarde voldoen, en derhalve verboden worden door artikel 101, buiten beschouwing moeten worden gelaten⁽³⁹¹⁾.
561. Volgens de derde voorwaarde van artikel 101, lid 3, mag de beperkende overeenkomst geen mededingingsbeperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de met de overeenkomst gegenereerde voordelen. Om aan deze voorwaarde te voldoen, moeten de partijen bij de overeenkomst aantonen dat hun overeenkomst als zodanig, en elke mededingingsbeperking die eruit voortvloeit, redelijkerwijs noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de gestelde duurzaamheidsvoordelen en dat er uit economisch oogpunt geen andere praktisch haalbare en minder beperkende middelen zijn om deze te verwezenlijken⁽³⁹²⁾.
562. In beginsel moet elke onderneming zelf bepalen hoe zij duurzaamheidsvoordelen nastreeft, en voor zover gebruikers deze voordelen op waarde schatten, zou de markt goede beslissingen belonen en slechte afstraffen. Wanneer er vraag is naar duurzame producten, zijn samenwerkingsovereenkomsten als zodanig niet onmisbaar voor het behalen van duurzaamheidsvoordelen. Zij kunnen echter onmisbaar zijn om op een kostenefficiëntere of snellere manier een duurzaamheidsdoel te bereiken⁽³⁹³⁾.

⁽³⁸⁷⁾ Zie ook de punten 48-72 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3. Met name in punt 70 staat: "Door samen te werken kunnen ondernemingen efficiëntieverbeteringen tot stand brengen die zonder de beperkende overeenkomst niet mogelijk waren geweest of die alleen met aanzienlijke vertraging of tegen hogere kosten mogelijk waren geweest."

⁽³⁸⁸⁾ Zie ook de punten 50-58 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3. In het bijzonder wordt in punt 58 het volgende verduidelijkt: "[I]n gevallen waar de overeenkomst nog volledig ten uitvoer moet worden gelegd, moeten de partijen eventuele prognoses ten aanzien van de datum waarop de efficiëntieverbeteringen operationeel worden en zodoende een positieve impact op de markt kunnen hebben, nader onderbouwen."

⁽³⁸⁹⁾ Zie punt 56 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3: "De verstrekte gegevens moeten verifieerbaar zijn zodat er een voldoende mate van zekerheid kan zijn dat de efficiëntieverbeteringen zich hebben voorgedaan of waarschijnlijk zullen voordoen."

⁽³⁹⁰⁾ Zie bv. Aanbeveling (EU) 2021/2279 van de Commissie van 15 december 2021 betreffende het gebruik van milieuvoetafdrukmethoden voor het meten en bekendmaken van de milieuprestatie van producten en organisaties gedurende hun levenscyclus (PB L 471 van 30.12.2021, blz. 1).

⁽³⁹¹⁾ Zie in het bijzonder punt 39 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽³⁹²⁾ Zie in het bijzonder de punten 73-82 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽³⁹³⁾ Zie met name de punten 76 en 89 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, betreffende de termijn waarbinnen de efficiëntieverbeteringen moeten worden bereikt.

563. Een duurzaamheidsovereenkomst kan ook noodzakelijk zijn wanneer de partijen kunnen aantonen dat de gebruikers op de relevante markt moeite hebben, bijvoorbeeld door een gebrek aan voldoende kennis of informatie over het product zelf of de consequenties van het gebruik ervan, om de toekomstige voordelen die ze aan de duurzaamheidsovereenkomst ontleen objectief af te wegen tegen de onmiddellijke schade die ze door dezelfde overeenkomst lijden, en dat ze, als gevolg daarvan, het belang van de onmiddellijke negatieve gevolgen overschatten. Fabrikanten van consumptiegoederen met een hoge omzetsnelheid gebruiken bijvoorbeeld vaak grote verpakkingen omdat consumenten groot als beter beschouwen. Als de fabrikanten de overvloedige verpakking verminderen terwijl de inhoud hetzelfde blijft, zal de gebruiker geen schade lijden, maar hij kan de kleinere verpakking opvatten als een vermindering van de hoeveelheid (zie voorbeeld 1 in punt 599). Ook kunnen gebruikers de waarde van toekomstige voordelen in de vorm van verbeterde kwaliteit of innovatie niet waarderen wanneer de overeenkomst onmiddellijk tot gevolg heeft dat de prijs van het product stijgt ⁽³⁹⁴⁾.
564. Negatieve externaliteiten of andere vormen van marktfalen worden vaak aangepakt met overheidsbeleid en regelgeving. Deze overheidsmaatregelen vereisen doorgaans actie van alle betrokkenen om te zorgen voor efficiënte marktresultaten door burgers en ondernemingen verantwoordelijk te maken voor de duurzaamheidsgevolgen van hun individuele keuzes/acties ⁽³⁹⁵⁾. Wanneer ondernemingen volgens de EU- of nationale wetgeving moeten voldoen aan specifieke verplichtingen die een duurzaamheidsdoelstelling hebben, kunnen samenwerkingsovereenkomsten en de beperkingen die zij met zich meebrengen, daarom niet als onmisbaar worden beschouwd om de naleving van de opgelegde verplichting te waarborgen, aangezien de wetgever al heeft besloten dat elke onderneming afzonderlijk aan de verplichting in kwestie moet voldoen ⁽³⁹⁶⁾.
565. Maar ook bij aanwezigheid van regelgeving kunnen overeenkomsten in specifieke situaties onmisbaar zijn voor het behalen van duurzaamheidsvoordelen. Ten eerste kan dit het geval zijn als niet alle aspecten van een marktfalen door regelgeving worden aangepakt, zodat er nog ruimte overblijft voor samenwerkingsovereenkomsten. Bijvoorbeeld wanneer ondernemingen een duurzaamheidsovereenkomst sluiten om te voldoen aan een aanzienlijk hogere duurzaamheidsnorm dan de norm die in de regelgeving is vastgelegd. Ten tweede kunnen samenwerkingsovereenkomsten onmisbaar zijn om het doel op een kostenefficiëntere manier of sneller te bereiken, op voorwaarde dat de relevante verordening ondernemingen de ruimte laat om hierover overeenstemming te bereiken en zij daarbij aan alle vereisten van de verordening voldoen.
566. Er zijn mogelijk andere voorbeelden waarbij, door negatieve externaliteiten of marktfalen, duurzaamheidsvoordelen niet kunnen worden behaald als deze worden overgelaten aan de marktwerking, of die op kostenefficiëntere wijze kunnen worden behaald als ondernemingen samenwerken. Zo kan een duurzaamheidsovereenkomst noodzakelijk zijn om — in de opstartfase — meeliften op de voor de promotie van een duurzaam product vereiste investeringen te voorkomen en om afnemers “op te voeden” (en daarmee de zogeheten “first-mover-nadelen” weg te nemen) ⁽³⁹⁷⁾.
567. In deze context kan een beperkende overeenkomst ook noodzakelijk zijn om schaalvoordelen te realiseren, in het bijzonder om een voldoende schaal te bereiken om de vaste kosten van het opzetten, exploiteren en monitoren van een duurzaamheidskeurmerk of -norm te dekken. Beperkingen kunnen ook onmisbaar zijn om de prikkels voor de partijen op één lijn te brengen en ervoor te zorgen dat zij hun inspanningen toespitsen op de uitvoering van de overeenkomst ⁽³⁹⁸⁾. Indien de overeenkomst de partijen verbiedt buiten het label of de norm om actief te zijn, zullen de partijen moeten aantonen waarom de totstandbrenging van een label of norm alleen niet voldoende zal zijn om de efficiëntieverbetteringen te realiseren. Doorgaans volstaat het dat de overeenkomst de duurzaamheidsnorm vastlegt als gemeenschappelijke minimumnorm, zodat de betrokken ondernemingen vrij zijn om individueel hogere duurzaamheidsnormen toe te passen.
568. Als vuistregel geldt dat de door duurzaamheidsovereenkomsten opgelegde verplichtingen niet verder mogen gaan dan wat noodzakelijk is om het doel van de overeenkomst te behalen.

⁽³⁹⁴⁾ In dit geval zouden mogelijke voordelen voor gebruikers kunnen worden aangetoond aan de hand van bewijs van hun “bereidheid om te betalen”; zie afdeling 9.4.3.2.

⁽³⁹⁵⁾ Bij milieuregelgeving gebeurt dit bijvoorbeeld door heffingen, verboden of subsidies.

⁽³⁹⁶⁾ Indien de ondernemingen gebonden zijn aan een “cap-and-trade”-systeem, zoals de EU ETS-regeling, komen deze rechten vrij als een onderneming of sector minder vervuult en daardoor minder emissierechten gebruikt, waardoor het effect op de vervuiling per saldo gelijk blijft indien geen sprake is van een vermindering van emissierechten (waterbedeffect).

⁽³⁹⁷⁾ Dit kan bijvoorbeeld gebeuren wanneer een onderneming investeert in de marketing van een duurzaam product om ervoor te zorgen dat gebruikers op de hoogte zijn van de kwaliteit van het nieuwe product. Als concurrenten vervolgens ook duurzame versies van hun eigen producten gaan produceren, waar de vraag van de afnemer al naar is vastgesteld, hoeven deze concurrenten niet de kosten te dragen die verbonden zijn aan de initiële lancering van het duurzame product en kunnen ze meeliften op de investeringen van de eerste onderneming die het duurzame product op de markt brengt.

⁽³⁹⁸⁾ Zie in het bijzonder punt 80 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

9.4.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

569. De tweede voorwaarde van artikel 101, lid 3, vereist dat gebruikers een billijk aandeel van de beweerde voordelen ontvangen. Het begrip “gebruikers” omvat alle directe of indirecte klanten van de producten waarop de overeenkomst van toepassing is ⁽³⁹⁹⁾. Gebruikers ontvangen een billijk aandeel van de voordelen wanneer de aan de overeenkomst ontleende voordelen zwaarder wegen dan de schade die wordt veroorzaakt door de overeenkomst, zodat de totale gevolgen voor de gebruikers in de relevante markt ten minste neutraal zijn ⁽⁴⁰⁰⁾. Duurzaamheidsvoordelen die voortvloeien uit een overeenkomst moeten derhalve worden doorgegeven aan de gebruikers van de producten waarop die overeenkomsten van toepassing zijn.
570. Er kunnen ook gevallen zijn waarin de aantasting van de mededinging duidelijk verwaarloosbaar is vergeleken met de potentiële voordelen voor de gebruikers op de relevante markt, wat een grondige beoordeling overbodig maakt. Omgekeerd kan het in veel gevallen duidelijk zijn dat de duurzaamheidsvoordelen niet toekomen aan de gebruikers op de relevante markt of dat ze niet significant genoeg zouden zijn om op te wegen tegen de schade die deze gebruikers lijden. Er kunnen echter ook gevallen zijn waarin een grondige beoordeling onvermijdelijk is.

9.4.3.1. Voordelen van individueel gebruik

571. Gebruikers ontlelen doorgaans voordelen aan de consumptie of het gebruik van de producten die onder de te beoordelen overeenkomst vallen. Deze voordelen kunnen de vorm aannemen van een betere productkwaliteit of productdiversiteit die voortkomt uit kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, of zich vertalen in een prijsdaling als gevolg van kostenbesparingen. Dergelijke voordelen kunnen ook voortvloeien uit de consumptie van een duurzaam product, net zoals ze voortvloeien uit de consumptie van elk ander product. Deze voordelen kunnen worden aangeduid als “voordelen van individueel gebruik”, aangezien ze voortkomen uit het gebruik van het product en de ervaring van gebruikers met het betreffende product direct verbeteren.
572. Zo kunnen groenten die worden geteeld met behulp van organische meststoffen lekkerder en/of gezonder zijn voor gebruikers dan groenten die worden geproduceerd met behulp van niet-organische meststoffen. Op dezelfde manier kan het vervangen van plastic in bepaalde producten door duurzamere materialen de levensduur van de producten in kwestie verlengen. In deze omstandigheden krijgen gebruikers een betere kwaliteit enkel en alleen door het betreffende product te consumeren. Dit zijn doorgaans kwalitatieve efficiëntieverbeteringen die mogelijk tot stand worden gebracht door een beperkende overeenkomst en zwaarder kunnen wegen dan de door de prijsstijging veroorzaakte schade (bv. door het overeengekomen gebruik van duurdere duurzame materialen) of de vermindering van de keuzemogelijkheden (bv. door afspraak geen niet-duurzame input te gebruiken). Als de voordelen aanzienlijk genoeg zijn om zwaarder te wegen dan de door de prijsstijging of verminderde keuzemogelijkheden veroorzaakte schade, compenseren deze de door de overeenkomst benadeelde gebruikers en voldoen ze derhalve aan de tweede voorwaarde van artikel 101, lid 3.
573. In de bovenstaande voorbeelden kunnen de betrokken overeenkomsten niet alleen voordelen van individueel gebruik opleveren, maar ook positieve gevolgen hebben die losstaan van de gebruikers (“positieve externaliteiten”). Van positieve externaliteiten is sprake wanneer negatieve externaliteiten, zoals verontreiniging, bodemerosie enz. worden gereduceerd. Deze positieve externaliteiten voor de samenleving — vandaag of in de toekomst — waren zonder de mededingingsbeperkende overeenkomst in kwestie wellicht niet mogelijk geweest. Dergelijke positieve externaliteiten onderscheiden zich van de voordelen van individueel gebruik die gebruikers op de relevante markt genieten (zie afdeling 9.4.3.3).
574. Overeenkomsten die tot doel hebben de verpakkingen te beperken, kunnen ook de productie- en distributiekosten verminderen en uiteindelijk de prijs van het product verlagen. Zo kan een overeenkomst tussen concurrenten om geconcentreerd wasmiddel in kleinere flessen aan te bieden, de kosten voor materialen, vervoer en opslag verminderen. Evenzo kunnen overeenkomsten om infrastructuur of distributie- en vervoersdiensten met concurrenten te delen, de kosten van de partijen verlagen, en daarmee ook de prijs van het eindproduct. De schade die uit dergelijke overeenkomsten voortvloeit, kan bestaan uit een beperkte keuze voor gebruikers of een verminderde productkwaliteit, maar het voordeel van de lagere prijs kan opwegen tegen dergelijke schade ⁽⁴⁰¹⁾. Dezelfde overeenkomsten kunnen ook positieve externaliteiten hebben in de vorm van minder negatieve effecten op het milieu (zie afdeling 9.4.3.3).

9.4.3.2. Voordelen van individueel niet-gebruik

575. De voordelen van gebruikers bij duurzaamheidsovereenkomsten betreffen mogelijk niet alleen directe voordelen van het gebruik van een duurzaam product maar ook indirecte voordelen, doordat gebruikers de gevolgen van

⁽³⁹⁹⁾ Hiertoe behoren producenten die de producten als grondstof gebruiken, groothandelaren, detailhandelaren en eindgebruikers, d.w.z. natuurlijke personen die handelen voor een doel buiten hun bedrijf of beroep. Zie punt 84 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽⁴⁰⁰⁾ Zie punt 85 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3; zie ook arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, *Asnef-Equifax*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 72.

⁽⁴⁰¹⁾ Het is waarschijnlijker dat verminderingen van marginale of variabele kosten relevant zijn voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen dan verminderingen van vaste kosten; de kans dat het eerste soort kosten resulteert in lagere prijzen voor gebruikers is immers groter.

hun duurzame consumptie voor anderen op waarde schatten. Met name kunnen sommige gebruikers hun consumptie van een duurzaam product wellicht hoger waarderen dan de consumptie van een niet-duurzaam product, omdat het duurzame product minder negatieve gevolgen heeft voor anderen.

576. Gebruikers kunnen bijvoorbeeld kiezen voor een bepaald wasmiddel, niet omdat het beter reinigt maar omdat dat het water minder vervuult. Evenzo kunnen gebruikers bereid zijn een hogere prijs te betalen voor meubelen die gemaakt zijn van hout dat duurzaam wordt geproduceerd, niet vanwege de betere kwaliteit van de meubelen, maar omdat gebruikers de ontbossing en het verlies van natuurlijke habitats een halt willen toeroepen. Evenzo kunnen automobilisten ervoor kiezen een duurdere brandstof te gebruiken, niet omdat die van hogere kwaliteit en beter voor hun voertuig is, maar omdat die minder vervuילend is.
577. In deze gevallen wordt de ervaring van de gebruiker met het product niet direct verbeterd. Toch kunnen gebruikers bereid zijn om een hogere prijs te betalen voor een duurzaam product of om hun productkeuze te beperken (door geen niet-duurzame varianten te kopen) ten behoeve van de samenleving of toekomstige generaties. Indirecte voordelen van niet-gebruik komen dus ten goede aan gebruikers binnen de relevante markt door hun persoonlijke waardering van het effect op anderen, onder meer op niet-gebruikers buiten de relevante markt.
578. Gebruikers die bereid zijn meer te betalen voor dergelijke producten, beschouwen deze als producten van een betere kwaliteit, juist vanwege de voordelen voor anderen. Daarom verschillen dit soort indirecte kwalitatieve voordelen, uit economisch oogpunt, niet van de gebruikelijke kwaliteitsbevorderende voordelen die de directe gebruikswaarde van een product vergroten, zoals besproken in afdeling 9.4.3.1. Deze indirecte voordelen van niet-gebruik kunnen worden gemeten door de bereidheid van gebruikers om te betalen in kaart te brengen, bijvoorbeeld via klantenenquêtes ⁽⁴⁰²⁾.
579. Er kan een verschil zijn tussen de voorkeuren die gebruikers uitspreken en de voorkeuren die uit hun koopgedrag naar voren komen. Dit kan erop wijzen dat de uitgesproken voorkeuren van gebruikers de werkelijke voorkeuren overschatten of juist onderschatten. Om dit soort vertekening in verband met hypothetische keuzes in enquêtes tegen te gaan, moeten de enquêtes een zinvolle en passende context bieden. Daarnaast moeten de gestelde vragen misschien rekening houden met maatschappelijke normen, kennis en gewoonten van gebruikers, of verwachtingen over het gedrag van anderen.
580. Meer in het algemeen moeten de partijen bij een overeenkomst, om zich van hun bewijslast op grond van artikel 101, lid 3, te kwijten, overtuigend bewijs aanvoeren voor de feitelijke voorkeuren van gebruikers. Partijen moeten voorkomen dat ze hun eigen voorkeuren op gebruikers projecteren.
581. Bij de beoordeling van de bereidheid van gebruikers om te betalen, hoeft niet noodzakelijk de bereidheid van elke gebruiker op de relevante markt beoordeeld te worden. Het is voldoende dat de beoordeling gebaseerd is op het algemene effect op gebruikers op de relevante markt ⁽⁴⁰³⁾.

9.4.3.3. Collectieve voordelen

582. In afdeling 9.4.3.2 is sprake van voordelen van individueel niet-gebruik die beperkt zijn tot vrijwillige (altruïstische) keuzes van individuele gebruikers. Niet alle negatieve externaliteiten kunnen echter worden weggenomen door vrijwillige, individuele acties van gebruikers. Aangezien het duurzaamheidseffect van individuele consumptie niet noodzakelijkerwijs ten goede komt aan het consumerende individu maar aan een bredere groep, kan een collectieve actie, zoals een samenwerkingsovereenkomst, noodzakelijk zijn om negatieve externaliteiten te internaliseren en duurzaamheidsvoordelen te behalen voor een bredere groep in de samenleving ⁽⁴⁰⁴⁾. Zo zijn gebruikers mogelijk niet bereid een hogere prijs te betalen voor een product dat geproduceerd wordt met behulp van een groene maar dure technologie. Om ervoor te zorgen dat de voordelen van het gebruik van die technologie zich daadwerkelijk voordoen, kan een overeenkomst voor het uitfasen van de vervuilende technologie noodzakelijk zijn. Deze voordelen worden "collectieve voordelen" genoemd, omdat ze zich voordoen ongeacht de individuele waardering van de gebruiker voor het product en een breder deel van de samenleving toekomen dan alleen de gebruikers op de relevante markt.

⁽⁴⁰²⁾ De bereidheid van gebruikers om te betalen is een element dat kan helpen om vast te stellen op welk soort voordeel de partijen bij de overeenkomst aanspraak kunnen maken. Het feit dat gebruikers bereid zijn te betalen, d.w.z. dat er vraag is naar duurzame producten, betekent niet noodzakelijk dat een overeenkomst niet onmisbaar is. Hoewel gebruikers wellicht bereid zijn te betalen voor een duurzaam product, kan een beperkende overeenkomst nog steeds onmisbaar zijn, bijvoorbeeld om "first-mover-nadelen" weg te nemen of om kostenbesparende schaalvoordelen te bereiken.

⁽⁴⁰³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, Asnef-Equifax, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 72.

⁽⁴⁰⁴⁾ Het marktfalen in dergelijke situaties bestaat veelal uit het feit dat niet-duurzame consumptie negatieve externaliteiten teweegbrengt voor anderen. Deze negatieve externaliteiten (zoals uitstoot) worden niet volledig geïnternaliseerd (meegewogen) door individuele gebruikers, wat leidt tot overconsumptie van het niet-duurzame product. Op dezelfde manier kan het marktfalen bestaan uit positieve externaliteiten (zoals een vermindering van de uitstoot) als gevolg van duurzame consumptie. In dat geval worden duurzame producten op de markt onvoldoende aangeboden om in wezen dezelfde reden, namelijk omdat gebruikers geen rekening houden met de gevolgen van hun consumptie voor anderen.

583. Hoewel het afwegen van nadelen tegen de voordelen die voortvloeien uit beperkende overeenkomsten doorgaans plaatsvindt binnen de relevante markt waarop de overeenkomst van toepassing is, kunnen, wanneer twee markten verwant zijn, op afzonderlijke markten behaalde efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, op voorwaarde dat de groep gebruikers die nadeel ondervindt van de beperking en profiteert van de efficiëntieverbeteringen in wezen dezelfde is ⁽⁴⁰⁵⁾.
584. Naar analogie kan, wanneer gebruikers op de relevante markt grotendeels overlappen met, of deel uitmaken van de groep van begunstigden buiten de relevante markt, rekening worden gehouden met de collectieve voordelen voor de gebruikers op de relevante markt die zich buiten die markt voordoen, op voorwaarde dat deze aanzienlijk genoeg zijn om gebruikers op de relevante markt te compenseren voor de geleden schade ⁽⁴⁰⁶⁾.
585. Zo zijn automobilisten die minder vervuilende brandstof kopen, ook burgers die baat zouden hebben bij schonere lucht als minder vervuilende brandstof wordt gebruikt. Voor zover een aanzienlijke overlapping van gebruikers (de automobilisten in dit voorbeeld) en de ruimere groep begunstigden (burgers) kan worden vastgesteld, kunnen de duurzaamheidsvoordelen van schonere lucht in aanmerking worden genomen, mits zij de gebruikers op de relevante markt compenseren voor de geleden schade. Omgekeerd kunnen gebruikers kleding kopen die is gemaakt van duurzaam katoen waarvan de teelt minder chemicaliën en water vereist. Dergelijke milieuvoordelen zouden in beginsel kunnen worden aangemerkt als collectieve voordelen. In dit geval is het echter onwaarschijnlijk dat de gebruikers van de kleding en de begunstigden van de milieuvoordelen elkaar grotendeels overlappen, aangezien deze zich alleen voordoen in het gebied waar de katoen wordt geteeld. Daarom is het onwaarschijnlijk dat deze collectieve voordelen ten goede zouden komen aan de gebruikers op de relevante markt. Ze zouden daarom alleen in aanmerking kunnen worden genomen indien en voor zover gebruikers van de kleding bereid zijn meer te betalen voor kleding die gemaakt is van duurzaam geteeld katoen (voordeel van individueel niet-gebruik, zie afdeling 9.4.3.2).
586. Opdat de collectieve voordelen zich daadwerkelijk voordoen, moet de marktdekking van de overeenkomst vaak aanzienlijk zijn. Als bijvoorbeeld slechts twee op de tien wasmachinefabrikanten ermee instemmen afstand te doen van hun meer vervuilende modellen, is het onwaarschijnlijk dat de overeenkomst in staat zal zijn om meeliften te voorkomen (omdat fabrikanten van wasmachines meer vervuilende modellen blijven aanbieden) en dat de vervuiling dus waarschijnlijk niet voldoende zal verminderen, aangezien consumenten die vooral de eigen belangen vooropstellen, kunnen overstappen op vervuilende modellen van de resterende leveranciers ⁽⁴⁰⁷⁾.
587. Om collectieve voordelen in aanmerking te nemen, moeten partijen bij de overeenkomst in staat zijn om:
- a) de beweerde voordelen duidelijk te beschrijven en aan te tonen dat deze zich reeds hebben voorgedaan of waarschijnlijk zullen voordoen ⁽⁴⁰⁸⁾;
 - b) de begunstigden duidelijk te definiëren;
 - c) aan te tonen dat de gebruikers op de relevante markt aanzienlijk overlappen met de begunstigden of er deel van uitmaken ⁽⁴⁰⁹⁾, en
 - d) aan te tonen dat het deel van de collectieve voordelen die gebruikers op de relevante markt toekomen, eventueel samen met de voordelen van individueel gebruik en niet-gebruik die deze gebruikers toekomen, opweegt tegen de schade die deze gebruikers als gevolg van de beperking lijden.
588. Bewijs voor collectieve voordelen in verslagen van overheidsinstanties of in verslagen van erkende academische organisaties kan van bijzonder waarde zijn voor deze beoordeling.
589. Als er geen gegevens beschikbaar zijn die een kwantitatieve analyse van de voordelen van de overeenkomst mogelijk maken, kan ander bewijsmateriaal in overweging worden genomen, op voorwaarde dat er een duidelijk aanwijsbaar positief effect voor gebruikers op de relevante markt is en geen marginaal effect. Aangezien er op dit moment weinig ervaring is met het meten en kwantificeren van collectieve voordelen, wil de Commissie op dit punt meer houvast geven zodra zij voldoende ervaring heeft opgedaan met concrete gevallen, zodat zij beoordelingsmethoden kan ontwikkelen.

⁽⁴⁰⁵⁾ Punt 43 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3; zie ook arrest van het Gerecht van 27 september 2006, *GlaxoSmithKline Services/Commissie*, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, punten 248 en 251; arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *MasterCard e.a./Commissie*, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 242; besluit van de Commissie van 23 mei 2013 in zaak AT.39595 — *Air Canada/United Airlines/Lufthansa* ("Star Alliance").

⁽⁴⁰⁶⁾ Gebruikers kunnen worden gecompenseerd door één soort duurzaamheidsvoordelen of door een combinatie van individuele en collectieve voordelen; zie afdeling 9.4.3.4.

⁽⁴⁰⁷⁾ In dit voorbeeld is echter niet alleen het potentiële voordeel van de overeenkomst beperkt vanwege onvoldoende marktdekking, maar ook het potentiële nadeel voor de mededinging (om nagenoeg dezelfde redenen).

⁽⁴⁰⁸⁾ Met voordelen die zich in de toekomst zullen voordoen, kan rekening worden gehouden voor zover zij gebruikers op de relevante markt ten goede zullen komen.

⁽⁴⁰⁹⁾ In gevallen waarin collectieve voordelen worden verdeeld over een groot deel van de samenleving, is het minder waarschijnlijk dat de overlap met de gebruikers op de relevante markt aanzienlijk zal zijn.

9.4.3.4. Voordelen of alle soorten voordelen

590. Partijen bij duurzaamheidsovereenkomsten kunnen zich ter rechtvaardiging van hun overeenkomst op grond van artikel 101, lid 3, beroepen op een of alle van de drie soorten consumentenvoordelen. De keuze van de voordelen kan afhangen van de feiten van het geval en de soliditeit van het beschikbare bewijsmateriaal. In sommige gevallen kan het voldoende zijn om slechts voordelen van individueel gebruik aan te tonen om aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, te voldoen. In andere gevallen kan het voldoende zijn om voordelen van individueel niet-gebruik of collectieve voordelen aan te tonen. En in sommige gevallen kunnen de partijen een combinatie van twee of alle drie soorten voordelen aantonen.
591. In sommige gevallen kan het enige tijd duren voordat de voordelen zichtbaar worden. In afwachting daarvan heeft de overeenkomst misschien uitsluitend negatieve gevolgen. Het feit dat het doorgeven van de voordelen aan gebruikers plaatsvindt na verloop van tijd, sluit op zich de toepassing van artikel 101, lid 3, niet uit. Naarmate echter meer tijd nodig is, moeten de efficiëntieverbeteringen groter zijn om de gebruikers ook te compenseren voor de schade die zij leden in de periode vóór de voordelen werden doorgegeven. Bij deze beoordeling moet de waarde van toekomstige voordelen op passende wijze worden verrekend ⁽⁴¹⁰⁾.

9.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

592. Volgens de vierde voorwaarde van artikel 101, lid 3, mag de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid geven om de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. In wezen zorgt deze voorwaarde ervoor dat er een zekere mate van resterende mededinging op de relevante markt(en) blijft bestaan, ongeacht de omvang van de voordelen.
593. Aan deze laatste voorwaarde kan worden voldaan zelfs wanneer de mededingingsbeperkende overeenkomst betrekking heeft op de hele bedrijfstak, zolang de partijen bij de overeenkomst op ten minste één belangrijke concurrentieparameter stevig blijven concurreren. Als de overeenkomst bijvoorbeeld de mededinging op het gebied van kwaliteit of diversiteit uitschakelt, maar prijsconcurrentie ook een belangrijke parameter is voor de mededinging in de bedrijfstak en deze niet wordt beperkt, kan toch aan deze voorwaarde worden voldaan.
594. Als concurrenten allemaal op dezelfde relevante markt actief zijn met een aanbod van gedifferentieerde producten, dan betekent de uitschakeling van de mededinging voor een of meer varianten van het product bovendien niet noodzakelijkerwijs dat de mededinging op de relevante markt wordt uitgeschakeld.
595. Evenzo zal, als concurrenten besluiten om een vervuilende technologie of een niet-duurzaam bestanddeel aan te wenden bij de productie van hun producten, de mededinging niet worden uitgeschakeld als dezen op het gebied van de prijs en/of kwaliteit van het eindproduct blijven concurreren.
596. Tot slot is uitschakeling van de mededinging voor een beperkte periode, zonder dat dit gevolgen heeft voor de ontwikkeling van de concurrentie nadat deze periode verstrijkt, geen belemmering om aan deze voorwaarde te voldoen. Een overeenkomst tussen concurrenten om bijvoorbeeld de productie van een variant van een product dat een niet-duurzaam ingrediënt bevat tijdelijk te beperken teneinde een duurzaam substituuut voor het product op de markt te introduceren, met als doel de gebruiker bewust te maken van de kenmerken van het nieuwe product, zal over het algemeen voldoen aan de laatste voorwaarde van artikel 101, lid 3.

9.5. Betrokkenheid van overheidsinstanties

597. De betrokkenheid van overheids- of lokale instanties bij het sluiten van duurzaamheidsovereenkomsten, of het feit dat die instanties op de hoogte zijn van dergelijke overeenkomsten, is als zodanig geen reden om aan te nemen dat deze overeenkomsten voldoen aan artikel 101. Evenzo blijven dergelijke overeenkomsten onderworpen aan artikel 101 indien overheidsmaatregelen ondernemingen enkel aanmoedigen of het gemakkelijker maken om deel te nemen aan concurrentiebeperkende duurzaamheidsovereenkomsten, zonder ondernemingen hun autonomie te ontnemen ⁽⁴¹¹⁾.
598. De partijen bij een duurzaamheidsovereenkomst die de mededinging beperkt, zullen echter niet aansprakelijk worden gehouden op grond van artikel 101 als ze door overheidsinstanties gedwongen of verplicht worden om de overeenkomst te sluiten of wanneer de overheidsinstanties de gevolgen van de overeenkomst versterken ⁽⁴¹²⁾.

9.6. Voorbeelden

599. Een overeenkomst die voor de “zachte” safe harbour in aanmerking komt

⁽⁴¹⁰⁾ Zie punt 87 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

⁽⁴¹¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 9 september 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, punt 56. Zie ook hoofdstuk 1, punt 19.

⁽⁴¹²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 12 december 2013, SOA Nazionale Costruttori, C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827, punt 38; arrest van het Hof van Justitie van 5 december 2006, Cipolla e.a., C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758, punt 47.

Voorbeeld 1

Situatie: Ontbijtgranen worden verkocht in aantrekkelijke en kleurrijke kartonnen dozen. Door de jaren heen zijn deze dozen groter geworden, niet omdat de inhoud is toegenomen, maar alleen om ze er aantrekkelijker en verleidelijker te laten uitzien voor consumenten. Dit is een lucratieve marketingstrategie, omdat ontbijtgranen vaak een spontane aankoop zijn, en de grotere afmeting de indruk wekt dat consumenten beter die dozen kunnen kopen. Omdat alle producenten deze strategie hebben gevolgd, heeft zij geen aanzienlijk effect op hun marktaandeel gehad. Het heeft er echter wel toe geleid dat de hoeveelheid verpakkingsmateriaal dat voor deze producten wordt gebruikt met circa 15 % is toegenomen.

Prevent Waste, een ngo, heeft de “lege doos”-strategie van de producenten van ontbijtgranen bekritiseerd als verspillend en schadelijk voor het milieu, omdat de dozen meer grondstoffen gebruiken dan nodig is voor de efficiënte productie en distributie van deze producten. In antwoord daarop zijn de producenten van ontbijtgranen, die verenigd zijn in hun brancheorganisatie, overeengekomen de overtollige verpakkingen van hun producten te beperken. Ze hebben in gezamenlijk overleg besloten het teveel aan overtollige verpakking tot maximaal 3 % te reduceren om ervoor te zorgen dat dozen ontbijtgranen handzaam blijven, en hebben hun besluit wereldkundig gemaakt. De producenten voeren de overeenkomst sinds het begin van het jaar uit en deze overeenkomst bestrijkt 100 % van de markt. Als gevolg hiervan zijn de verpakkingskosten, die 6 % van de groothandelsprijs vertegenwoordigen, met circa 10 % gedaald. Dit heeft geleid tot een daling met circa 0,5 % van de groothandelsprijs van ontbijtgranen en een daling met 0 tot 0,5 % van de detailhandelsprijs.

Analyse: Concurrenten komen een norm overeen die van invloed is op de marketing van het product, maar ze doen dat op een transparante manier, zodat iedereen de aanpak kan overnemen zonder een verplichting daartoe op te leggen. Er wordt geen gevoelige informatie uitgewisseld. Daarnaast blijven producenten van ontbijtgranen vrij om hun verpakkingen verder te reduceren indien ze dat wensen. De standaardiseringsovereenkomst om de hoeveelheid overtollige verpakking te reduceren heeft bovendien een zeer gering en zelfs neerwaarts effect op de prijs van ontbijtgranen, heeft geen invloed op de concurrentie tussen de producenten van ontbijtgranen wat betreft de belangrijkste parameters prijs, kwaliteit en innovatie, en heeft slechts een beperkte invloed op de concurrentie op het gebied van marketing (gezien het kennelijk beperkte effect van de doelbewuste “overdimensionering” van de dozen). De overeenkomst voldoet bijgevolg aan de voorwaarden van de safe harbour en heeft waarschijnlijk geen merkbare negatieve gevolgen voor de mededinging. De overeenkomst verbetert het resultaat voor gebruikers, door het afschaffen van kostbare strategieën voor de extra grote verpakkingen die weinig effect hebben op de mededinging.

600. Een overeenkomst die voor de “zachte” safe harbour in aanmerking komt

Voorbeeld 2

Situatie: Fair Tropical Fruits, een ngo, heeft samen met een aantal fruithandelaren een label ontwikkeld voor fair trade tropisch fruit (het “FTF”-label). Om het label te kunnen gebruiken, moeten ondernemingen die in tropisch fruit handelen, garanderen dat het fruit in kwestie afkomstig is van producenten die hun werknemers een eerlijk loon betalen en die geen gebruik maken van kinderarbeid. Het staat deze fruithandelaren verder vrij om ook fruit onder andere of zonder labels te verkopen. Fair Tropical Fruits heeft een monitoringstelsel opgezet om te certificeren dat de onder het FTF-label verkochte producten voldoen aan de minimumvoorwaarden. De voorwaarden voor deelname en de methode en resultaten van het monitoringstelsel worden beschreven op de website van Fair Tropical Fruits. Het onder het FTF-label verkochte fruit is duurder dan ander verhandeld tropisch fruit.

Het FTF-label is EU-breed ingevoerd en een aantal grote handelaren die het label gebruiken, heeft de overeenkomst om de minimumvoorwaarden van het label in acht te nemen, ondertekend. Het label is in korte tijd populair geworden bij bepaalde gebruikers. Afhankelijk van het soort tropisch fruit en de betrokken geografische markt variëren de marktaandelen van de fruithandelaren van 12 % voor ananas tot 20 % voor mango's. Dezelfde handelaren opereren ook buiten het label.

Analyse: Het FTF-label zal waarschijnlijk geen noemenswaardige negatieve gevolgen hebben voor de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, en kan profiteren van de “zachte” safe harbour voor duurzaamheidsnormen, gezien: i) de bescheiden marktaandelen van de partijen bij de overeenkomst op de verschillende relevante aankoop- en afzetmarkten; ii) de aanzienlijke marktaandelen van en concurrentie van andere labels en conventionele producten; iii) het feit dat deelname aan het FTF-label op vrijwillige en niet-exclusieve basis plaatsvindt; iv) het feit dat de standaardiseringsovereenkomst geen uitwisseling van informatie inhoudt over aankooprijzen, andere kosten, productievolumes of marges, en v) het feit dat de licentie het gebruik van het label alleen afhankelijk is van het voldoen aan bepaalde minimumvoorwaarden, zonder afspraken over bindende minimumprijzen of toeslagen. De afspraken kunnen de keuzemogelijkheden voor gebruikers zelfs vergroten doordat ze producten met fair-tradekenmerken zo kunnen herkennen.

601. Een overeenkomst die geen merkbaar effect heeft op de mededinging

Voorbeeld 3

Situatie: Fair-Clothing.Com is een zeer succesvolle ngo die met behulp van overheidssubsidies en een effectieve mediacampagne de grote meerderheid van de ondernemingen die kleding verkopen in de EU, waaronder alle grote merken en een aantal kledingwinkelketens, ervan heeft weten te overtuigen alleen kleding te kopen van producenten in ontwikkelingslanden die bepaalde minimumlonen respecteren. De campagne, die breed werd ondersteund door en gecoördineerd met nationale en Europese consumentenorganisaties, was een enorm succes: momenteel wordt 85 % van alle kleding in de EU verkocht onder het label "Fair Clothing". Om een licentie voor het gebruik van het label te verkrijgen, hebben de betrokken ondernemingen ermee ingestemd zich te houden aan de normen voor een minimumloon en geen kleding te verkopen die niet aan de normen voldoet, ongeacht waar de kleding wordt geproduceerd. Als resultaat van de campagne zijn de lonen van textielarbeiders in ontwikkelingslanden met gemiddeld 20 % gestegen.

Uit enquêtes en onderzoeken naar consumentenproducten blijkt dat de gemiddelde prijs van kleding in de EU niet merkbaar is gestegen als gevolg van de introductie van het Fair Clothing-label: schattingen voor het effect op de prijs variëren van -0,5 % tot +0,8 % en verschillen statistisch gezien niet significant van nul. De meest geloofwaardige verklaringen voor het uitblijven van een prijsstijging zijn ten eerste de relatieve onbeduidendheid van de productielonen als onderdeel van de eindprijs van kledingproducten en, ten tweede, mogelijke verbeteringen in de arbeidsproductiviteit die het gevolg kunnen zijn van de loonstijging. De looncomponent van de productie van katoenen overhemden bedraagt bijvoorbeeld ongeveer 30 % van de lokale productiekosten. De loonsverhoging van 20 % zou dus naar verwachting hebben geleid tot een stijging van de prijs van het overhemd af fabriek in de ontwikkelingslanden met maximaal 6 %.

Analyse: Aangezien de partijen bij de Fair Clothing-overeenkomst (westerse merkeigenaren en kledingwinkelketens) een gemiddelde marge van 200-300 % aan de aankoop prijs toevoegen om de vervoers-, invoer- en andere distributie- en verpakkingskosten te dekken, bedraagt het effect op de prijs waartegen de partijen het overhemd verkopen reeds om deze reden maximaal 1,5 tot 2 %. Bovendien zijn er aanwijzingen dat, door arbeiders toegang te geven tot voedzamer voedsel en betere gezondheidszorg, de loonsverhoging van 20 % een positief effect heeft op de arbeidsproductiviteit in de textielsector in de ontwikkelingslanden. Gezien de hevige concurrentie in de kledingsector kunnen deze productiviteitsverbeteringen naar verwachting een prijsverlagend effect hebben.

Op basis van de schattingen voor het effect op de prijs kan worden geconcludeerd dat de Fair Clothing-overeenkomsten waarschijnlijk geen noemenswaardige negatieve gevolgen zullen hebben voor klanten van de partijen bij de overeenkomsten en daarom niet onder artikel 101, lid 1, vallen.

602. Een overeenkomst die waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, en/of waarschijnlijk voldoet aan de voorwaarde van artikel 101, lid 3

Voorbeeld 4

Situatie: Als reactie op de resultaten van onderzoek naar de aanbevolen hoeveelheden vet in bepaalde bewerkte voedingsmiddelen dat een met overheidsgeld gefinancierde denktank in een lidstaat had verricht, komen verscheidene grote producenten van bewerkte voedingsmiddelen in diezelfde lidstaat na formeel overleg binnen een brancheorganisatie overeen om voor de betrokken producten aanbevolen vetgehalten vast te stellen. Samen zijn de partijen goed voor 70 % van de omzet van de producten in de lidstaat. Het initiatief van de partijen wordt ondersteund door een door de denktank gefinancierde landelijke advertentiecampaagne waarin wordt gewezen op de gevaren van een hoog vetgehalte in bewerkte voedingsmiddelen.

Analyse: De genoemde vetgehalten zijn slechts aanbevelingen en zijn dus vrijblijvend, maar wegens de ruime publiciteit als gevolg van de landelijke advertentiecampaagne, zullen naar alle waarschijnlijkheid alle fabrikanten van bewerkte levensmiddelen in de lidstaat zich aan de aanbevolen vetgehalten houden. Het zal derhalve waarschijnlijk een feitelijk maximumvetgehalte voor bewerkte voedingsmiddelen worden. De keuzevrijheid van gebruikers zou daardoor op alle productmarkten kunnen worden beperkt. De partijen zullen evenwel kunnen blijven concurreren op een aantal andere kenmerken van de producten, zoals prijs, productgrootte, kwaliteit, smaak, andere elementen van de voedingswaarde en zoutgehalte, evenwicht tussen de ingrediënten en merknaam. Bovendien zou de concurrentie met betrekking tot het vetgehalte in het productaanbod kunnen toenemen doordat partijen trachten het product met het laagste vetgehalte aan te bieden. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, opleveren. Maar zelfs wanneer de overeenkomst een merkbaar ongunstig effect op de mededinging blijkt te hebben in de zin van artikel 101, lid 1 — omdat consumenten niet meer kunnen kiezen voor voedingsmiddelen met een hoog vetgehalte — zullen de voordelen voor consumenten in termen van waardevolle voorlichting en gunstige gezondheidseffecten waarschijnlijk zwaarder wegen dan de schade en zal de overeenkomst waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

603. Een overeenkomst die de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, en voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3

Voorbeeld 5

Situatie: Fabrikanten van wasmachines produceren momenteel diverse machines, uiteenlopend van de nieuwste modellen, die in technisch opzicht geavanceerder en energiezuinig zijn, tot oudere modellen die in technisch opzicht minder geavanceerd zijn. De oudere, minder geavanceerde modellen verbruiken weliswaar meer elektriciteit en water, maar kunnen goedkoper worden geproduceerd en worden tegen lagere prijzen verkocht dan de recentere en in technisch opzicht geavanceerdere modellen. Overeenkomstig een EU-verordening worden alle modellen ingedeeld in acht energie-efficiëntiecategorieën, van A tot en met H, en van een overeenkomstig label voorzien.

De innovatie in de bedrijfstak is gericht op het verder verbeteren van de energie-efficiëntie van nieuwe modellen. De fabrikanten van wasmachines beschouwen het echter ook als hun verantwoordelijkheid om te proberen het energieverbruik van hun machines op andere manieren te verminderen. Ze hebben daarom afgesproken de productie en verkoop van wasmachines in de categorieën F tot en met H (de oudere en minder energiezuinige modellen) uit te faseren. Deze oudere modellen gebruiken ook het meeste water.

De overeenkomst omvat alle fabrikanten en bestrijkt dus bijna 100 % van de markt. De productie en verkoop van wasmachines in de categorieën F tot en met H zal binnen twee jaar worden uitgefaseerd. Deze modellen vertegenwoordigen momenteel rond 35 % van alle verkopen op de markt. Terwijl alle deelnemende fabrikanten reeds een aantal modellen in de categorieën A tot en met E produceren, waardoor geen van deze fabrikanten hun totale huidige omzet zal verliezen, zullen de gevolgen voor elke fabrikant anders zijn, al naargelang zijn huidige aanbod aan modellen. Het ligt dan ook voor de hand dat de concurrentie tussen de fabrikanten zal worden beïnvloed. Daarnaast zal het uitfaseren van de categorieën F tot en met H de keuzemogelijkheden van voor consumenten verkrijgbare machines beperken en de gemiddelde aankoopkosten doen stijgen. Voor de gemiddelde koper van een wasmachine in de categorieën F tot en met H zal de prijs van een wasmachine met 40 tot 70 EUR stijgen.

Alvorens de overeenkomst voor het uitfaseren van de categorieën F tot en met H uit te voeren, heeft de bedrijfstak met advertentiecampaagnes geprobeerd de vraag te verschuiven, weg van deze categorieën. Uit studies is gebleken dat het gebrek aan succes van deze campagnes te wijten is aan het feit dat veel consumenten het moeilijk vinden om bij hun aankoopbeslissing het positieve effect (in de toekomst minder betalen voor water en elektra) af te wegen tegen het negatieve effect (de onmiddellijke stijging van de aanschafprijs van de machine).

Deze onderzoeken laten ook zien dat de kopers van wasmachines in de praktijk aanzienlijk profiteren van de uitfaseren van de categorieën F tot en met H. De gemiddelde koper van een wasmachine zal de hogere aanschafprijs binnen één of twee jaar terugverdienen in de vorm van lagere kosten voor water en elektra. Het overgrote deel van de consumenten, ook wie zijn machine minder vaak gebruikt, zal de hogere aanschafprijs binnen vier jaar terugverdienen. Doordat de gemiddelde levensduur voor wasmachines in de categorieën A tot en met E ten minste vijf jaar bedraagt, zijn de consumenten, als groep, gebaat bij de overeenkomst. Dit nettovoordeel wordt verder vergroot — voor alle gebruikers van wasmachines — door de milieubaten die voortkomen uit de collectieve vermindering in het gebruik van elektriciteit en water. De vermindering van het elektriciteitsverbruik leidt tot minder vervuiling als gevolg van elektriciteitsopwekking en dit komt ook gebruikers van wasmachines ten goede, voor zover het aan vervuiling gerelateerde marktfalen niet al werd gecorrigeerd met andere regelgevingsinstrumenten (bv. het Europese emissiehandelssysteem, dat koolstof-emissies maximeert). De vermindering van het waterverbruik leidt tot minder watervervuiling. Aangezien gebruikers van wasmachines de overweldigende meerderheid van de totale bevolking vormen, komt een deel van deze milieuvoordelen ten goede aan de gebruikers op de relevante markt waarop deze overeenkomst van toepassing is.

Analyse: Hoewel de overeenkomst waarschijnlijk merkbaar ongunstige effecten zal hebben en onder artikel 101, lid 1, valt, voldoet deze waarschijnlijk ook aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. In het bijzonder hierom: i) dankzij de overeenkomst wordt de gemiddelde wasmachine energiezuiniger en water-efficiënter; ii) dit had niet kunnen worden bereikt met een minder beperkende overeenkomst, bijvoorbeeld met een collectieve advertentiecampagne of collectief duurzaamheidslabel; iii) consumenten op de relevante markt profiteren netto dankzij de voordelen van individueel gebruik en de collectieve milieuvoordelen, en iv) de mededinging wordt niet uitgeschakeld, aangezien de overeenkomst alleen van invloed is op de omvang van het aanbod aan modellen, wat slechts één concurrentieparameter is, en niet op andere parameters, zoals prijs of innovatie, waarop fabrikanten kunnen en ook daadwerkelijk met elkaar concurreren.