

NL

NL

NL



EUROPESE COMMISSIE

Brussel,
SEC(2010) 528

Ontwerp

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE

Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

(voor de EER relevante tekst)

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	5
1.1.	Doel en reikwijdte	5
1.2.	Basisbeginselen voor de beoordeling overeenkomstig artikel 101	10
1.2.1	Artikel 101, lid 1	11
1.2.2.	Artikel 101, lid 3	15
1.3.	Structuur van deze richtsnoeren	17
2.	Algemene beginselen inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging	17
2.1.	Definitie en toepassingsgebied.....	17
2.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	19
2.2.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	19
2.2.2.	Doelbewuste beperking van de mededinging	20
2.2.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	21
2.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	27
2.3.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	27
2.3.2.	Onmisbaarheid	28
2.3.3.	Doorgifte aan consumenten.....	28
2.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	29
2.4.	Voorbeelden	29
3.	Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten.....	33
3.1.	Definitie.....	33
3.2.	Relevante markten.....	34
3.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	38

3.3.1.	Belangrijkste mededingingsbezwaren.....	38
3.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen.....	38
3.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	38
3.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	41
3.4.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	41
3.4.2.	Onmisbaarheid	41
3.4.3.	Doorgeven aan de gebruikers.....	41
3.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	42
3.4.5.	Tijdstip van de beoordeling.....	42
3.5.	Voorbeelden	43
4.	Productieovereenkomsten	46
4.1.	Definitie en toepassingsgebied.....	46
4.2.	Relevante markten.....	47
4.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	47
4.3.1.	Belangrijkste mededingingsbezwaren.....	47
4.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen.....	48
4.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	49
4.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	53
4.4.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	53
4.4.2.	Onmisbaarheid	53
4.4.3.	Doorgeven aan de gebruikers.....	53
4.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	53
4.5.	Voorbeelden	54
5.	Inkoopovereenkomsten	59
5.1.	Definitie.....	59
5.2.	Relevante markten.....	60
5.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	60
5.3.1.	Belangrijkste mededingingsbezwaren.....	60
5.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen.....	61
5.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	61
5.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	63

5.4.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	63
5.4.2.	Onmisbaarheid	63
5.4.3.	Doorgeven aan de gebruikers.....	63
5.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	64
5.5.	Voorbeelden	64
6.	Commercialiseringsovereenkomsten	66
6.1.	Definitie.....	66
6.2.	Relevante markten.....	67
6.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	67
6.3.1.	Belangrijkste mededingingsbezwaren.....	67
6.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen.....	68
6.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	68
6.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	70
6.4.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	70
6.4.2.	Onmisbaarheid	71
6.4.3.	Doorgeven aan de gebruikers.....	71
6.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	71
6.5.	Voorbeelden	72
7.	Standaardiseringsovereenkomsten	75
7.1.	Definitie.....	75
7.2.	Relevante markten.....	77
7.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	77
7.3.1.	Belangrijkste mededingingsbezwaren.....	77
7.3.2.	Doelbewuste mededingingsbeperkingen.....	79
7.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	79
7.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	85
7.4.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	85
7.4.2.	Onmisbaarheid	86
7.4.3.	Doorgeven aan de gebruikers.....	86
7.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	87
7.5.	Voorbeelden	87

1. INLEIDING

1.1. Doel en reikwijdte

1. In deze richtsnoeren worden de beginselen vastgelegd voor de beoordeling, op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ("artikel 101"), van overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (gezamenlijk "overeenkomsten" genoemd) die horizontale samenwerking betreffen. Een samenwerking is "horizontaal" van aard indien een overeenkomst wordt gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten. Daarnaast zijn deze richtsnoeren ook van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen niet-concurrenten, dat wil zeggen tussen twee ondernemingen die actief zijn op dezelfde productmarkten, maar op verschillende geografische markten zonder dat zij potentiële concurrenten zijn.
2. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen aanzienlijke economische voordelen opleveren, in het bijzonder indien 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 gezamenlijk te benutten, de productkwaliteit en het productaanbod te verbeteren, en sneller te innoveren.
3. Aan de andere kant kunnen horizontale samenwerkingsovereenkomsten leiden tot mededingingsproblemen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de partijen bij een samenwerking overeenkomen prijzen of productiehoeveelheden vast te stellen of markten te verdelen, of wanneer de samenwerking de partijen in staat stelt marktmacht te behouden, te verwerven of te vergroten en zo naar alle waarschijnlijkheid aanleiding geeft tot negatieve markteffecten met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de diversiteit en kwaliteit van de producten.
4. De Commissie erkent de economische voordelen die uit horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen voortvloeien, maar moet erop toezien dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd. Artikel 101 vormt het rechtskader voor een evenwichtige beoordeling, waarbij zowel met de concurrentiebeperkende effecten als met de concurrentiebevorderende effecten rekening wordt gehouden.
5. Deze richtsnoeren hebben tot doel een analytisch kader te bieden voor de meest gangbare vormen van horizontale samenwerkingsovereenkomsten, met name onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, productieovereenkomsten met inbegrip van toeleverings- en specialisatieovereenkomsten, inkoopovereenkomsten, commercialiseringsovereenkomsten, standaardiseringsovereenkomsten waaronder standaardcontracten, en de uitwisseling van informatie. Dit kader is in de eerste plaats gebaseerd op wettelijke en economische criteria aan de hand waarvan een horizontale samenwerkingsovereenkomst en de context waarin zij tot stand kwam, kan worden geanalyseerd. Economische criteria, zoals de marktmacht van de partijen en andere factoren in verband met de marktstructuur, vormen een sleutelement voor de beoordeling van de gevolgen die een horizontale

samenwerkingsovereenkomst waarschijnlijk voor de markt zal hebben, en derhalve voor de beoordeling ervan op grond van artikel 101.

6. 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 concentratieverordening¹ (zoals bijvoorbeeld het geval zou zijn voor volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen)².
7. Wegens het mogelijke grote aantal types en combinaties van horizontale samenwerking en de marktomstandigheden waarin deze functioneren, is het moeilijk specifieke antwoorden te formuleren voor alle mogelijke scenario's. De onderhavige richtsnoeren op grond van wettelijke en economische criteria hebben tot doel de ondernemingen een houvast te bieden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bepaalde samenwerkingsovereenkomst met artikel 101. Deze criteria vormen evenwel geen "checklist" die automatisch kan worden toegepast. Elke zaak moet op basis van de specifieke feitelijke omstandigheden worden beoordeeld, waarbij een soepele toepassing van deze richtsnoeren noodzakelijk kan zijn.
8. De in deze richtsnoeren vastgelegde criteria gelden voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten met betrekking tot zowel goederen als diensten (hierna gezamenlijk "producten" genoemd). Deze richtsnoeren vormen een aanvulling op de groepsvrijstellingsverordeningen inzake O&O³ en specialisatie⁴.
9. Hoewel deze richtsnoeren een aantal verwijzingen naar kartels bevatten, zijn zij niet bedoeld als leidraad om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een kartel; dit wordt bepaald door de besluitvormingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.
10. Onder "concurrenten" worden in deze richtsnoeren zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten verstaan. Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten beschouwd indien zij actief zijn op dezelfde relevante markt. Een onderneming wordt als een potentiële concurrent van een andere onderneming beschouwd indien deze onderneming zonder de overeenkomst, in het geval van een geringe maar duurzame verhoging van de relatieve prijzen, wellicht op korte termijn 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 gebaseerd zijn op

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

² Zie artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening; betreffende het begrip volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen, d.w.z. gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen, zie de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties, PB C 95 van 16.4.2008, blz. 1, punten 91-109 ("Geconsolideerde mededeling over bevoegdheidskwesties").

³ Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, PB L[...] ("Groepsvrijstellingsverordening inzake O&O").

⁴ Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen specialisatieovereenkomsten, PB L[...] ("Groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie").

voldoende objectieve gronden; de louter theoretische mogelijkheid om de markt te betreden, is niet voldoende⁵.

11. Ondernemingen die deel uitmaken van dezelfde "onderneming" in de zin van artikel 101, lid 1, worden krachtens deze richtsnoeren niet als concurrenten beschouwd. Artikel 101 is alleen van toepassing op overeenkomsten tussen onafhankelijke ondernemingen. Wanneer één onderneming (de "moedermaatschappij") een beslissende invloed uitoefent over een andere onderneming (de "dochteronderneming"), vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde onderneming⁶. Hetzelfde geldt voor zusterondernemingen, dat wil zeggen dochterondernemingen waarover dezelfde moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent. Zij worden derhalve niet als concurrenten beschouwd, zelfs indien zij beide actief zijn op dezelfde relevante product- en geografische markten. Aangezien een gemeenschappelijke onderneming deel uitmaakt van één onderneming met elk van de moedermaatschappijen die gezamenlijk een beslissende invloed en de daadwerkelijke zeggenschap over die onderneming uitoefenen⁷, is artikel 101 niet van toepassing op overeenkomsten tussen de moedermaatschappij en een dergelijke gemeenschappelijke onderneming, voor zover de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming niet in strijd met de EU-mededingingsregelgeving is gebeurd. Artikel 101 zou evenwel van toepassing kunnen zijn op overeenkomsten tussen de moedermaatschappijen buiten de reikwijdte van de gemeenschappelijke onderneming om en op de overeenkomst tussen de moedermaatschappijen tot oprichting van de gemeenschappelijke onderneming.
12. Overeenkomsten die worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen, d.w.z. verticale overeenkomsten, worden in beginsel behandeld in de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen⁸ en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁹. Wanneer echter verticale overeenkomsten, bijvoorbeeld distributieovereenkomsten, tussen concurrenten worden gesloten, kunnen de gevolgen van de overeenkomst op

⁵ Zie de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5, punt 24 ("Bekendmaking marktbeoordeling"); zie ook het Dertiende Verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, punt 55 en de beschikking van de Commissie in zaak IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin*, PB L 209 van 8.8.1990, blz. 15.

⁶ Zie bijvoorbeeld zaak C-73/95, *Viho*, Jurispr. 1996, blz. I-5457, punt 51. In het geval van 100%-dochterondernemingen kan worden aangenomen dat de moedermaatschappij een beslissende invloed heeft op het gedrag van haar dochteronderneming; zie bijvoorbeeld zaak 107/82, *AEG*, Jurispr. 1983, blz. 3151, punt 50; zaak C-286/98 P, *Stora*, Jurispr. 2000, blz. I-9925, punt 29; of zaak C-97/08 P, *Akzo*, Jurispr. 2009, nog niet gepubliceerd, punten 60 e.v. In het geval van meerdere moedermaatschappijen kan van een beslissende invloed uitgegaan worden wanneer de moedermaatschappijen alle aandelen in de gemeenschappelijke onderneming bezitten en wanneer zij feitelijk over gezamenlijke bestuursbevoegdheid beschikken; zie zaak T-314/01, *Avebe*, Jurispr. 2006, blz. II-3085, punten 138 en 139.

⁷ Zie zaak T-314/01, *Avebe*, aangehaald in voetnoot 6, punten 138 en 139. Betreffende het begrip zeggenschap, zie de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties, aangehaald in voetnoot 2, punten 11-82.

⁸ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie 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 102 van 23.4.2010, blz. 2.

⁹ PB C[...].

de markt en de potentiële mededingingsproblemen vergelijkbaar zijn met die bij horizontale overeenkomsten. Derhalve moeten verticale overeenkomsten tussen concurrenten worden beoordeeld volgens de beginselen die zijn beschreven in deze richtsnoeren¹⁰. Indien het nodig zou zijn dergelijke overeenkomsten ook op grond van de groepsvrijstellingsverordening en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen te beoordelen dan wordt dit specifiek vermeld in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren. In het andere geval zijn alleen de volgende hoofdstukken van onderhavige richtsnoeren van toepassing.

13. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op samenwerking in verschillende stadia tegelijk, bijvoorbeeld O&O en de productie en/of de commercialisering van de resultaten daarvan. Dergelijke overeenkomsten vallen over het algemeen onder deze richtsnoeren. De meest upstream gelegen essentiële bouwsteen van een dergelijke geïntegreerde samenwerking bepaalt welk hoofdstuk van deze richtsnoeren als uitgangspunt dient voor de beoordeling van de betrokken overeenkomst als geheel. In de regel zullen alle stadia van de geïntegreerde samenwerking overeenkomstig dat bepaalde hoofdstuk worden behandeld. De beoordeling van deze activiteiten zal evenwel over het algemeen ook worden beïnvloed door de in de hoofdstukken over de downstream-activiteiten van de geïntegreerde samenwerking beschreven concurrentiebezwaren en de daarmee overeenkomende toelichtingen. Wat de toepasselijke "veilige zones" betreft, zullen alleen die welke in het hoofdstuk over de "meest upstream gelegen essentiële bouwstenen" zijn vermeld, gelden voor de totale geïntegreerde samenwerking.
14. Zo zou het uitgangspunt voor de beoordeling van een horizontale samenwerkingsovereenkomst die zowel betrekking heeft op O&O als op de gezamenlijke productie van de resultaten daarvan, bijgevolg in de regel het hoofdstuk "onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten" zijn, aangezien de gezamenlijke productie slechts zal geschieden indien de gezamenlijke O&O resultaten afwerpt. Dit houdt in dat de resultaten van de gezamenlijke O&O bepalend zijn voor de latere gezamenlijke productie. De O&O-overeenkomst kan derhalve als de meest upstream gelegen essentiële bouwsteen van de samenwerking worden beschouwd. Indien de partijen in ieder geval, d.w.z. ongeacht de gezamenlijke O&O-activiteiten, zouden overgaan tot de gezamenlijke productie, zou de beoordeling heel anders zijn. In dat geval zouden de mogelijke mededingingsbeperkende en mededingingsbevorderende effecten van de samenwerking grotendeels verband houden met de gezamenlijke productie en zou de overeenkomst derhalve worden getoetst aan de in het onderdeel "productieovereenkomsten" beschreven beginselen.
15. Artikel 101 is alleen van toepassing op die horizontale samenwerkingsovereenkomsten die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Bij het vaststellen van de navolgende beginselen inzake de

¹⁰ Dit geldt niet wanneer concurrerende ondernemingen een niet-wederkerige verticale overeenkomst sluiten en (i) de leverancier een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur en niet een concurrerende onderneming op productieniveau is; of (ii) de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt. Dergelijke overeenkomsten worden uitsluitend beoordeeld op grond van de groepsvrijstellingsverordening en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen (zie artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen, aangehaald in voetnoot 8).

toepasselijkheid van artikel 101 is derhalve uitgegaan van de veronderstelling dat een horizontale samenwerkingsovereenkomst de handel tussen lidstaten op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.

16. 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 onverlet¹¹.
17. Deze richtsnoeren laten de uitlegging onverlet die het Gerecht en het Hof van Justitie van de Europese Unie ten aanzien van de toepassing van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen geven.
18. Deze richtsnoeren vervangen de horizontale richtsnoeren die de Commissie in 2001 heeft gepubliceerd¹² en zijn niet van toepassing wanneer er sectorspecifieke regels gelden, zoals het geval is voor een aantal overeenkomsten op het gebied van landbouw¹³, vervoer¹⁴ of verzekeringen¹⁵. De Commissie zal, op basis van de door belanghebbenden en nationale mededingingsautoriteiten verstrekte marktinformatie, blijven toezien op de uitvoering van de groepsvrijstellingsverordeningen inzake O&O en specialisatie¹⁶ en deze richtsnoeren eventueel herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen of voortschrijdende inzichten.
19. De algemene richtsnoeren¹⁷ geven algemene aanwijzingen over de interpretatie van artikel 101. Derhalve moeten onderhavige richtsnoeren in samenhang met de algemene richtsnoeren worden gelezen.

¹¹ Zie zaak T-51/89, *Tetra Pak I*, Jurispr. 1990, blz. II-309, punten 25 e.v. en richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PB C 45 van 24.2.2009, blz. 7 ("artikel 82 - richtsnoeren").

¹² Richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB C 3 van 6.1.2001, blz. 2.

¹³ Verordening (EG) nr. 1184/2006 van de Raad 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.

¹⁴ Verordening (EG) nr. 487/2009 van de Raad betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de sector van het luchtvervoer, PB L 148 van 11.6.2009, blz. 1; Verordening (EG) nr. 169/2009 van de Raad 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; Verordening (EG) nr. 246/2009 van de Raad 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 79 van 25.3.2009, blz. 1; Verordening (EG) nr. 823/2000 van de Commissie houdende toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia), PB L 100 van 20.4.2000, blz. 24, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 611/2005 van de Commissie, PB L 101 van 20.4.2005, blz. 10; Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op zeevervoerdiensten, PB C 245 van 26.9.2008, blz. 2.

¹⁵ Verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, PB L 83 van 31.3.2010, blz. 1.

¹⁶ Aangehaald in de voetnoten 3 en 4.

¹⁷ Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97.

1.2. Basisbeginselen voor de beoordeling overeenkomstig artikel 101

20. De toetsing aan artikel 101 bestaat uit twee fasen. In de eerste fase wordt overeenkomstig artikel 101, lid 1, onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel¹⁸ mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben. In de tweede fase 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, worden de voor de mededinging positieve voordelen van de overeenkomst bepaald en wordt nagegaan of deze positieve gevolgen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging opwegen¹⁹. Deze afweging van positieve en negatieve gevolgen voor de mededinging vindt uitsluitend binnen het in artikel 101, lid 3, vastgestelde kader plaats²⁰. Indien de positieve gevolgen voor de mededinging niet opwegen tegen een beperking van de mededinging, bepaalt artikel 101, lid 2, dat de overeenkomst automatisch nietig is.
21. In bepaalde gevallen worden ondernemingen door nationale instanties aangemoedigd om horizontale samenwerkingsovereenkomsten te sluiten om via zelfregulering een openbare beleidsdoelstelling te bereiken. De concurrentieregels blijven evenwel van toepassing, in zoverre de nationale wetgeving elke mogelijkheid tot concurrerend gedrag door de betrokken ondernemingen niet uitsluit. Met andere woorden, het feit dat nationale autoriteiten een horizontale samenwerkingsovereenkomst kunnen toestaan of aanmoedigen, betekent niet dat deze volgens artikel 101 toegelaten is²¹. Overeenkomsten beperken evenwel de concurrentie niet indien de wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze ondernemingen uitsluit²². Bovendien zijn de betrokken ondernemingen beschermd tegen alle gevolgen van een inbreuk tegen artikel 101 indien die ondernemingen door een nationale wet gedwongen waren tot mededingingsversturende gedragingen²³ of indien nationale autoriteiten hun deze handelwijze hebben opgelegd door onweerstaanbare druk uit te oefenen²⁴. Elke zaak

¹⁸ Artikel 101, lid 1, verbiedt zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsversturende effecten, zie bijvoorbeeld zaak C-7/95 P, *John Deere*, Jurispr. 1998, blz. I-3111, punt 77; zaak C-238/05, *Asnef-Equifax*, Jurispr. 2006, blz. I-11125, punt 50.

¹⁹ Zie gevoegde zaken C-501/06 P e.a., *GlaxoSmithKline*, Jurispr. 2009, blz. 000000, punt 95.

²⁰ Zie zaak T-65/98, *Van den Bergh Foods*, Jurispr. 2003, blz. II-4653, punt 107; zaak T-112/99, *Métropole télévision (M6) e.a.*, Jurispr. 2001, blz. II-2459, punt 74; zaak T-328/03, *O2*, Jurispr. 2006, blz. II-1231, punten 69 e.a., waar het Gerecht van eerste aanleg (thans het Gerecht) verklaarde dat slechts binnen het strikte kader van artikel 101, lid 3, de positieve en negatieve gevolgen van een beperking voor de mededinging tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

²¹ Zie zaak C-198/01, *CIF*, Jurispr. 2003, blz. I-8055, punten 56-58; gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, *Frans rundvlees*, Jurispr. 2006, blz. II-4987, punt 92; zaak T-7/92, *Asia Motor France II*, Jurispr. 1993, blz. II-669, punt 71; en zaak T-148/89, *Tréfilunion*, Jurispr. 1995, blz. II-1063, punt 118.

²² Deze mogelijkheid werd strikt uitgelegd; zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 209/78 e.a., *Van Landewyck*, Jurispr. 1980, blz. 3125, punten 130-134; gevoegde zaken 240/82 e.a., *Stichting Sigarettenindustrie*, Jurispr. 1985, blz. 3831, punten 27-29; en gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P, *Ladbroke Racing*, Jurispr. 1997, blz. I-6265, punten 33 e.v.

²³ Tenminste tot een besluit wordt vastgesteld om de nationale wet buiten toepassing te verklaren en dat besluit definitief is geworden, zie zaak C-198/01, *CIF*, aangehaald in voetnoot 21, punten 54 e.v.

²⁴ Zaak C-198/01, *CIF*, aangehaald in voetnoot 21, punt 54; zaak T-387/94, *Asia Motor France III*, Jurispr. 1996, blz. II-961, punt 65.

moet op basis van de eigen feitelijke toedracht ervan overeenkomstig de hieronder uiteengezette algemene beginselen worden beoordeeld.

1.2.1 Artikel 101, lid 1

22. Op grond van artikel 101, lid 1, zijn alle overeenkomsten die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt²⁵, verboden.

(i) Mededingingsbeperkende strekking

23. Van mededingingsbeperkende strekking is sprake bij die beperkingen welke juist *naar hun aard* de mededinging kunnen beperken. Verdere aanwijzingen betreffende het begrip mededingingsbeperkende strekking zijn te vinden in de algemene richtsnoeren²⁶.

(ii) Mededingingsbeperkende effecten

24. Wanneer een horizontale samenwerkingsovereenkomst niet mededingingsbeperkend van strekking is, dus niet doelbewust de mededinging beperkt, dient te worden onderzocht of zij mededingingsbeperkende effecten heeft. Daarbij dient rekening te worden gehouden met zowel daadwerkelijke als potentiële gevolgen. De overeenkomst moet met andere woorden tenminste waarschijnlijke mededingingsbeperkende effecten hebben.
25. Opdat een overeenkomst een mededingingsbeperkend effect in de zin van artikel 101, lid 1, zou hebben, moet zij, daadwerkelijk of waarschijnlijk, een merkbaar ongunstige uitwerking hebben op ten minste één van de concurrentieparameters op de markt, zoals prijs, productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Overeenkomsten kunnen dit effect sorteren door de concurrentie tussen de partijen bij een overeenkomst of tussen de partijen en derden merkbaar te beperken. Dat betekent dat de overeenkomst de beslissingsautonomie van de onderneming moet beperken²⁷, hetzij als gevolg van verplichtingen in de overeenkomst die het marktgedrag van minstens één van de partijen reguleren of door het marktgedrag van minstens één van de partijen te beïnvloeden door een verandering in haar stimulansen te veroorzaken.
26. Mededingingsbeperkende effecten op de relevante markt zijn waarschijnlijk wanneer de partijen op basis van de overeenkomst in staat zouden zijn op winstgevende wijze hun prijzen te verhogen of producthoeveelheden, innovatie, productkwaliteit of productdiversiteit te verminderen. Dit zal van verschillende factoren afhangen zoals de aard en de inhoud van de overeenkomst, de mate waarin de partijen afzonderlijk of gezamenlijk een bepaalde mate van marktmacht hebben of verwerven en de mate waarin de overeenkomst bijdraagt tot de totstandkoming, het behoud of de versterking van deze marktmacht of de partijen in staat stelt deze marktmacht te gebruiken. Mededingingsbeperkende effecten zijn slechts waarschijnlijk indien deze met een voldoende mate van waarschijnlijkheid te verwachten zijn.

²⁵ In deze richtsnoeren sluit het begrip "*beperking van de mededinging*" de verhindering en vervalsing van de mededinging in.

²⁶ Aangehaald in voetnoot 17.

²⁷ Zie zaak C-7/95 P, *John Deere*, aangehaald in voetnoot 18, punt 88; zaak C-238/05, *Asnef-Equifax*, aangehaald in voetnoot 18, punt 51.

27. Om te beoordelen of een horizontale samenwerkingsovereenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101, lid 1, moet de vergelijking gemaakt worden met de feitelijke economische en juridische context waarin de mededinging zich, zonder de overeenkomst met al haar vermeende beperkingen, zou afspelen (d.w.z. zonder de op het tijdstip van de beoordeling bestaande overeenkomst (indien deze reeds wordt uitgevoerd) of zonder de geplande overeenkomst (wanneer zij nog niet wordt uitgevoerd)). Om daadwerkelijke of potentiële mededingingsbeperkende effecten aan te tonen, moet derhalve de concurrentie tussen de partijen en de concurrentie van derden in aanmerking worden genomen, in het bijzonder de daadwerkelijke of potentiële concurrentie die zonder de overeenkomst zou hebben bestaan. Bij deze vergelijking wordt geen rekening gehouden met mogelijke efficiëntievoordelen als gevolg van de overeenkomst, daar deze alleen overeenkomstig artikel 101, lid 3, beoordeeld zullen worden.
28. Derhalve zullen horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen concurrenten die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft, niet zelfstandig kunnen uitvoeren, normaal gesproken geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, hebben, tenzij zij het project met minder beperkende middelen hadden kunnen uitvoeren.
29. Algemene toelichting over het begrip mededingingsbeperkende effecten is te vinden in de algemene richtsnoeren²⁸. Hierna volgen aanvullende specifieke richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale samenwerkingsovereenkomsten.

Horizontale samenwerkingsovereenkomsten en horizontale fusies

30. De analyse van horizontale samenwerkingsovereenkomsten heeft bepaalde kenmerken gemeen met de analyse van horizontale fusies wat betreft de potentiële mededingingsbeperkende effecten, voornamelijk wat gemeenschappelijke ondernemingen betreft. Er is vaak slechts een dunne scheidingslijn tussen volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen die onder de concentratieverordening²⁹ vallen en niet-volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen die beoordeeld worden op grond van artikel 101. Zij kunnen echter min of meer dezelfde effecten sorteren.

Aard en inhoud van de overeenkomst

31. De aard en de inhoud van de overeenkomst houden verband met factoren zoals het gebied en het doel van de samenwerking, de concurrentieverhouding tussen de partijen en de mate waarin zij hun activiteiten bundelen. Deze factoren bepalen welke potentiële concurrentiebezwaren een horizontale samenwerkingsovereenkomst met zich kan brengen.
32. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen de concurrentie op verschillende manieren beperken. De overeenkomst kan:
- exclusief zijn, in die zin dat zij, bijvoorbeeld als het gevolg van contractuele verplichtingen, de mogelijkheid van de partijen beperkt om tegen elkaar of tegen

²⁸ Aangehaald in voetnoot 17.

²⁹ Aangehaald in voetnoot 1.

- derden als onafhankelijke economische marktdeelnemers of als partijen bij andere, concurrerende overeenkomsten, te concurreren;
- de partijen verplichten bepaalde activa in te brengen, zodanig dat hun beslissingsautonomie merkbaar wordt verminderd; of
 - de financiële belangen van de partijen zodanig beïnvloeden dat hun beslissingsautonomie merkbaar wordt beperkt. Zowel het financiële belang in de overeenkomst als de financiële belangen in andere partijen bij de overeenkomst zijn relevant voor de beoordeling.
33. Dergelijke overeenkomsten kunnen de concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst doen verdwijnen. Concurrenten kunnen de vermindering van concurrentiedruk als gevolg van de overeenkomst ook in hun voordeel gebruiken en derhalve menen dat ze hun prijzen op winstgevende wijze kunnen verhogen. De vermindering van concurrentiedruk kan tot prijsstijgingen op de relevante markt voeren. Voor de beoordeling van de overeenkomst uit mededingingsoogpunt is het relevant vast te stellen of de partijen bij de overeenkomst grote marktaandelen hebben, of zij nauwe concurrenten zijn, of de afnemers beperkte mogelijkheden hebben om van leverancier te veranderen, of het onwaarschijnlijk is dat concurrenten hun aanbod verhogen indien prijzen zouden stijgen, en of een van de partijen bij de overeenkomst een belangrijke concurrentiefactor is.
34. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst kan ook:
- leiden tot de bekendmaking van commercieel gevoelige informatie, waarbij de kans op coördinatie tussen de partijen groter wordt, binnen of buiten het gebied waarop wordt samengewerkt; en/of
 - in aanzienlijke mate tot gemeenschappelijke kosten leiden, zodat de partijen de marktprijzen en de productie gemakkelijker kunnen coördineren. Dit kan gebeuren indien het samenwerkingsgebied, bijvoorbeeld productie en aankoop, een groot percentage van de variabele kosten van de partijen op de betrokken markt uitmaakt en de partijen hun activiteiten op het samenwerkingsgebied in ruime mate samenvoegen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer zij een belangrijk halffabricaat of een groot percentage van hun totale productie van een eindproduct gezamenlijk fabriceren of aankopen.
35. Derhalve kan een horizontale overeenkomst hun beslissingsautonomie verminderen, waardoor het waarschijnlijker wordt dat ondernemingen hun gedragingen zullen coördineren om tot een heimelijke verstandhouding te komen, maar zij kan de coördinatie ook gemakkelijker, stabiel of efficiënter maken voor ondernemingen die hun gedrag reeds voorheen coördineerden, hetzij doordat zij de coördinatie steviger maakt of het hen mogelijk maakt nog hogere prijzen vast te stellen.
36. Bepaalde horizontale samenwerkingsovereenkomsten, bijvoorbeeld productie- en standaardiseringsovereenkomsten, kunnen ook concurrentiebeperkende uitsluitingseffecten hebben.

Marktmacht en andere kenmerken van de markt

37. Marktmacht is het vermogen om voor een bepaalde periode prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, wat betreft producthoeveelheden, productkwaliteit en productaanbod of innovatie, voor een bepaalde periode op winstgevende wijze onder het concurrerende niveau te handhaven.
38. Op markten met vaste kosten moeten ondernemingen hun prijzen boven hun variabele productiekosten vaststellen om een concurrerend rendement op hun investering te garanderen. Het feit dat ondernemingen hun prijzen boven hun variabele kosten vaststellen, is op zich nog geen teken dat de mededinging op de markt niet behoorlijk functioneert en dat ondernemingen marktmacht bezitten die hen in staat stelt hun prijzen boven het concurrerende peil vast te stellen. Pas wanneer de druk van concurrenten om prijzen, productie, innovatie, productkwaliteit en productaanbod op een concurrerend niveau te houden ontoereikend is, bezitten ondernemingen marktmacht in de zin van artikel 101, lid 1.
39. De totstandbrenging, het behoud of de versterking van marktmacht kan resulteren uit een verminderde concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst. Zij kan ook resulteren uit een beperkte concurrentie tussen een van de partijen en derden, omdat de overeenkomst bijvoorbeeld leidt tot een mededingingsbeperkende afscherming van de markt tegen concurrenten of de kosten voor concurrenten doet stijgen, hetgeen hun vermogen beperkt om daadwerkelijk met de partijen bij de overeenkomst te concurreren.
40. Marktmacht is een kwestie van gradatie. De omvang van de marktmacht die is vereist om in het geval van overeenkomsten die door hun effect mededingingsbeperkend zijn, 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, waarbij een aanzienlijke mate van marktmacht is vereist.
41. Het uitgangspunt voor het onderzoek van marktmacht is de positie van de partijen op de markten die door de samenwerking worden beïnvloed. Om dit onderzoek te kunnen uitvoeren, moet, respectievelijk moeten, de relevante markt of markten worden bepaald aan de hand van de methode die in de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt³⁰, is beschreven. Wanneer het om specifieke soorten markten gaat, zoals inkoop- of technologiemarkten, bieden deze richtsnoeren bijkomende aanwijzingen.
42. Wanneer de partijen samen een klein gecombineerd marktaandeel hebben³¹, is een concurrentiebeperkend effect van de horizontale samenwerkingsovereenkomst in de zin van artikel 101, lid 1, onwaarschijnlijk en is doorgaans geen verder onderzoek vereist. Indien één van niet meer dan twee partijen slechts een onbeduidend

³⁰ Zie bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, aangehaald in voetnoot 5.

³¹ Wanneer een "gecombineerd marktaandeel" als "klein" wordt beschouwd, hangt af van de soort overeenkomst ter zake en kan worden afgeleid uit de in de verschillende hoofdstukken van deze richtsnoeren aangegeven "veilige" drempels, en meer algemeen, in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), PB C 368 van 22.12.2001, blz. 13 ("de minimis-bekendmaking").

marktaandeel heeft en niet over aanzienlijke middelen beschikt, kan zelfs een groot gezamenlijk marktaandeel doorgaans niet worden beschouwd als een aanwijzing voor het bestaan van waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt³². Gezien de diversiteit van de vormen van horizontale samenwerkingsovereenkomsten en de uiteenlopende gevolgen die deze kunnen hebben in verschillende marktomstandigheden, is het onmogelijk een algemene marktaandeeldrempel aan te geven waarboven mag worden aangenomen dat er voldoende marktmacht is om mededingingsbeperkende gevolgen te bewerkstelligen.

43. Afhankelijk van de marktpositie van de partijen en de marktconcentratie dienen ook andere factoren zoals de stabiliteit van de marktaandelen over langere tijd, de bestaande belemmeringen voor en de waarschijnlijkheid van het betreden van de markt en de tegenmacht van kopers/leveranciers in aanmerking te worden genomen.
44. Normaliter baseert de Commissie zich in haar mededingingsrechtelijke analyse op de bestaande marktaandelen³³. Er kan evenwel ook rekening gehouden worden met redelijk zekere toekomstige veranderingen, bijvoorbeeld het feit dat ondernemingen de relevante markt zullen verlaten of betreden, of zullen uitbreiden. Historische gegevens kunnen worden gebruikt indien de marktaandelen aan sterke fluctuaties onderhevig zijn geweest, bijvoorbeeld wanneer de markt wordt gekenmerkt door grote, onregelmatige bestellingen. Veranderingen in historische marktaandelen kunnen nuttige informatie verschaffen over de werking van de concurrentie en, doordat bijvoorbeeld blijkt welke ondernemingen marktaandelen hebben gewonnen of verloren, over het te verwachten toekomstige belang van de verschillende concurrenten. In ieder geval interpreteert de Commissie de marktaandelen in het licht van de vermoedelijke marktomstandigheden, bijvoorbeeld indien de markt zeer dynamisch van aard is en indien de marktstructuur fluctueert als gevolg van innovatie of groei.
45. Wanneer toetreding tot de markt voldoende vlot gaat, wordt normaalgesproken niet verwacht dat een overeenkomst mededingingsbeperkende effecten zal hebben. Wil toetreding geacht worden voldoende concurrentiedruk op de partijen bij een overeenkomst te leggen, dan moet worden aangetoond dat de toetreding waarschijnlijk, tijdig en in voldoende mate zal plaatsvinden om de eventuele concurrentiebeperkende gevolgen van de overeenkomst te voorkomen of te neutraliseren. De analyse van de toetreding kan worden beïnvloed door eventuele bestaande overeenkomsten. De waarschijnlijke of mogelijke beëindiging van een overeenkomst kan een invloed hebben op de waarschijnlijkheid van een toetreding tot de markt.

1.2.2. *Artikel 101, lid 3*

46. De toetsing aan artikel 101, lid 1, van beperkingen naar hun aard of door hun effect, is slechts één zijde van het onderzoek. De andere zijde, die in artikel 101, lid 3, is weergegeven, is het onderzoek naar de concurrentiebevorderende gevolgen van beperkende overeenkomsten. Wanneer in een individuele zaak een beperking van de

³² Indien er meer dan twee partijen zijn, moet het gezamenlijke marktaandeel van alle samenwerkende concurrenten aanmerkelijk groter zijn dan het marktaandeel van de grootste individuele partner.

³³ Voor de berekening van marktaandelen, zie ook de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, aangehaald in voetnoot 5, punten 54-55.

mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, is bewezen, kan artikel 101, lid 3, als bescherming worden ingeroepen. Volgens artikel 2 van Verordening nr. 1/2003³⁴ wordt de bewijslast op grond van artikel 101, lid 3, gedragen door de onderneming(en) die zich op deze uitzonderingsregeling beroept (beroepen). Derhalve moet de Commissie op grond van de door de onderneming(en) verstrekte feitelijke argumenten en bewijsstukken tot de overtuiging kunnen komen dat het voldoende waarschijnlijk is dat met de betrokken overeenkomst al dan niet concurrentiebevorderende voordelen kunnen worden gerealiseerd³⁵.

47. Voor de toepassing van de uitzonderingsregeling van artikel 101, lid 3, gelden vier cumulatieve voorwaarden, twee positieve en twee negatieve:
- de overeenkomst moet bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, d.w.z. leiden tot efficiëntieverbeteringen;
 - de beperkingen moeten onmisbaar zijn voor het bereiken van deze doelstellingen, bijvoorbeeld efficiëntieverbeteringen;
 - een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de gebruikers ten goede komen, d.w.z. de door de onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers. Het is derhalve niet voldoende wanneer alleen de partijen bij de overeenkomst profiteren van de efficiëntieverbeteringen. Voor de toepassing van deze richtsnoeren omvat het begrip "gebruikers" de - potentiële en/of daadwerkelijke - afnemers van de partijen bij de overeenkomst; en
 - de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, de mededinging uit te schakelen.
48. Is aan deze vier voorwaarden voldaan dan kan worden aangenomen dat de concurrentiebeperkende effecten van de overeenkomst kleiner zijn dan haar concurrentiebevorderende effecten, zodat de gebruikers gecompenseerd worden voor de ongunstige gevolgen van de mededingingsbeperkingen.
49. Op het gebied van horizontale samenwerkingsovereenkomsten bestaan er groepsvrijstellingsverordeningen op basis van artikel 101, lid 3, voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten³⁶ en specialisatieovereenkomsten (met inbegrip van de gezamenlijke productie)³⁷. Deze groepsvrijstellingsverordeningen zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de bundeling van complementaire vaardigheden of activa tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen kan leiden bij onderzoeks- en ontwikkelings- en specialisatieovereenkomsten. Dat kan ook het geval zijn voor andere soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Bij het onderzoek van de efficiëntievoordelen van een bepaalde overeenkomst op grond van artikel 101, lid 3, gaat het er dus in grote mate om vast te stellen welke complementaire vaardigheden

³⁴ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1 ("Verordening nr. 1/2003").

³⁵ Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a., *GlaxoSmithKline*, aangehaald in voetnoot 19, punten 93-95.

³⁶ Groepsvrijstellingsverordening inzake O&O, aangehaald in voetnoot 3.

³⁷ Groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie, aangehaald in voetnoot 4.

en activa elke partij bijdraagt aan de overeenkomst en na te gaan of de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

50. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen op verschillende manieren tot complementariteit leiden. Door een onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst kunnen verschillende onderzoekscapaciteiten worden gebundeld waardoor de partijen betere producten op goedkope wijze kunnen produceren en de periode tot marktintroductie kunnen verkorten. Met een productieovereenkomst kunnen de partijen schaal- of toepassingsvoordelen behalen die zij elk afzonderlijk niet zouden kunnen behalen.
51. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten waarbij complementaire vaardigheden of activa niet worden gebundeld zullen waarschijnlijk minder efficiëntievoordelen opleveren die ten goede komen aan de gebruikers. Met dergelijke overeenkomsten kan duplicatie van bepaalde kosten worden verminderd, bijvoorbeeld omdat bepaalde vaste kosten kunnen worden voorkomen. Bij een besparing op de vaste kosten is de waarschijnlijkheid dat deze leiden tot voordelen voor de gebruikers over het algemeen evenwel kleiner dan bij besparingen op, bijvoorbeeld, variabele of marginale kosten.
52. De algemene richtsnoeren³⁸ behelzen verdere toelichting betreffende de toepassing van de criteria van artikel 101, lid 3, door de Commissie.

1.3. Structuur van deze richtsnoeren

53. In de hiernavolgende hoofdstukken worden eerst een aantal algemene beginselen voor de beoordeling van informatie-uitwisseling aangegeven, die eveneens van toepassing zijn op alle soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten waarbij informatie wordt uitgewisseld. In de daaropvolgende hoofdstukken wordt telkens één specifieke soort horizontale samenwerkingsovereenkomst behandeld. In elk hoofdstuk wordt het in punt 1.2 beschreven analytisch kader gevolgd en worden de algemene beginselen inzake de uitwisseling van informatie op elk van de betrokken soorten samenwerking toegepast.

2. ALGEMENE BEGINSELEN INZAKE DE BEOORDELING VAN INFORMATIE-UITWISSELING VANUIT HET OOGPUNT VAN DE MEDEDINGING

2.1. Definitie en toepassingsgebied

54. Doel van dit hoofdstuk is richtsnoeren te geven voor de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging. De uitwisseling van informatie kan in verschillende vormen plaatsvinden, zoals rechtstreekse uitwisseling van gegevens tussen concurrenten, uitwisseling via een gemeenschappelijke instantie (zoals een brancheorganisatie) of een derde partij³⁹, of door openbaarmaking⁴⁰.

³⁸ Aangehaald in voetnoot 17.

³⁹ De uitwisseling van informatie via derde partijen kan bijvoorbeeld de indirecte informatie-uitwisseling omvatten via een organisatie voor marktonderzoek of via de leveranciers of afnemers van de partijen.

55. De uitwisseling van informatie kan uitsluitend aan artikel 101 worden getoetst indien zij een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging vormt of daarvan deel uitmaakt.
56. Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt met het begrip "onderling afgestemde feitelijke gedraging" een vorm van coördinatie tussen ondernemingen bedoeld die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking⁴¹. Indien er geen sprake is van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling zal per geval moeten worden beoordeeld of een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden vastgesteld dan wel of bijvoorbeeld de regelmatige verspreiding van informatie van een onderneming een werkelijk eenzijdige maatregel is die niet onder artikel 101, lid 1, valt⁴².
57. De uitwisseling van informatie geschiedt in verschillende situaties. Er zijn overeenkomsten, besluiten van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedragingen uit hoofde waarvan informatie wordt uitgewisseld, waarbij de voornaamste economische functie in de uitwisseling van de informatie zelf besloten ligt (zoals bijvoorbeeld de uitwisseling van mortaliteitstabellen). Daarnaast kan informatie-uitwisseling plaatsvinden in het kader van een ander soort horizontale overeenkomst (zoals bijvoorbeeld de uitwisseling van kosteninformatie tussen partijen bij een productieovereenkomst). De beoordeling van informatie-uitwisselingen van dit laatste type dient gepaard te gaan met een beoordeling van de desbetreffende horizontale samenwerkingsovereenkomst.
58. De uitwisseling van informatie is dikwijls concurrentiebevorderend omdat zij bijvoorbeeld kan leiden tot een intensivering van de mededinging of tot belangrijke efficiëntieverbeteringen. Wanneer de uitwisseling van marktinformatie echter tot gevolg heeft dat ondernemingen kennis kunnen krijgen van de marktstrategieën van hun concurrenten, dan kan zij tot een beperking van de mededinging leiden⁴³. Welk effect informatie-uitwisseling op de mededinging heeft hangt af van de kenmerken van de markt waarop de uitwisseling plaatsvindt (zoals de concentratie, transparantie, stabiliteit, complexiteit van de markt enz.) evenals van het soort informatie dat wordt uitgewisseld, omdat hierdoor de relevante marktomgeving zodanig kan worden veranderd dat deze zich leent voor coördinatie.
59. De uitwisseling van gegevens tussen concurrenten onderling kan een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging, of een besluit van een

⁴⁰ Met openbaarmaking wordt de uitwisseling van strategische informatie bedoeld tussen een groep concurrenten op, bijvoorbeeld, een gemeenschappelijke website, of de publicatie van strategische antwoorden (en aanpassingen van eigen bekendmakingen) op bekendmakingen van concurrenten, die uiteindelijk een strategie zou kunnen zijn om overeenstemming te bereiken over coördinatie.

⁴¹ Zie bijvoorbeeld zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Jurispr. 2009, blz. I, nog niet gepubliceerd, punt 26; gevoegde zaken C-89/85 e.a., *Houtslip*, Jurispr. 1993, blz. 1307, punt 63.

⁴² Wanneer echter slechts één onderneming informatie bekendmaakt en (een) andere onderneming(en) deze aanvaard(t)(en), kan er eveneens sprake zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken T-25/95 enz., *Cimenteries CBR e.a. tegen Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-491, punt 1849: "[...] het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging [onderstelt] inderdaad het bestaan van wederkerige contacten (...). Aan deze voorwaarde wordt voldaan, wanneer een concurrent is verzocht om zijn voornemens of toekomstig marktgedrag aan een andere concurrent mee te delen, of wanneer deze laatste dat heeft aanvaard."

⁴³ Zie zaak C-7/95 P, *John Deere*, reeds aangehaald in voetnoot 18, punt 88.

ondernemersvereniging vormen met het doel prijzen vast te stellen of markten of klanten te verdelen. Bij dit soort informatie-uitwisselingen bestaat het risico dat zij aan een onderzoek worden onderworpen en uiteindelijk als kartels worden beboet⁴⁴. Informatie-uitwisseling kan tevens de tenuitvoerlegging van een kartel vergemakkelijken doordat ondernemingen in staat worden gesteld te controleren of de deelnemers zich aan de overeengekomen voorwaarden houden. Deze vormen van informatie-uitwisseling worden als onderdeel van het kartel onderzocht⁴⁵.

2.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

2.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

60. Voor gevallen waarin het bestaan van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging is geconstateerd, worden in de volgende punten de voornaamste mededingingsbezwaren geschetst waartoe de uitwisseling van informatie aanleiding kan geven.

Feitelijke verstandhouding

61. Doordat de uitwisseling van commercieel gevoelige (d.w.z. strategisch bruikbare) informatie de transparantie op de markt vergroot, kan zij resulteren in de coördinatie (d.w.z. afstemming) van het concurrentiegedrag van ondernemingen en uiteindelijk een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Dit kan zich op verschillende manieren voordoen.
62. Ten eerste kunnen ondernemingen door de uitwisseling van informatie overeenstemming bereiken over coördinatie, wat tot een feitelijke verstandhouding op de markt kan leiden. De uitwisseling van informatie kan onderling samenhangende verwachtingen doen ontstaan betreffende de onzekerheden op de markt. Op basis daarvan kunnen ondernemingen vervolgens afspraken maken over de coördinatie van hun concurrentiegedrag, ook zonder deze coördinatie expliciet vast te leggen. Vooral de uitwisseling van informatie over voorgenomen toekomstig gedrag biedt ondernemingen de mogelijkheid dergelijke afspraken te maken. Maar ook informatie over huidig gedrag die uitsluiting kan geven over voorgenomen toekomstig gedrag kan in dit verband zeer nuttig zijn.
63. Ten tweede kan de uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat de interne stabiliteit van een feitelijke verstandhouding op de markt wordt versterkt. Dit hangt samen met het feit dat de ondernemingen in staat worden gesteld controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. De informatie-uitwisseling kan de transparantie van de markt immers zodanig vergroten dat de bij de afspraken betrokken ondernemingen kunnen controleren of andere ondernemingen van de feitelijke verstandhouding afwijken, en dus ook weten wanneer zij

⁴⁴ Om vast te stellen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, hoeft er geen rechtstreeks verband te bestaan tussen die gedraging en de prijzen die de eindgebruikers worden aangerekend; zie zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, reeds aangehaald in voetnoot 41, punt 39.

⁴⁵ Zoals in punt 9 van deze richtsnoeren is uiteengezet bevatten de onderhavige richtsnoeren weliswaar een aantal verwijzingen naar kartels, doch zijn zij niet bedoeld als een leidraad om vast te stellen wat al dan niet een kartel vormt; dit wordt bepaald door de beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

vergelijdingsmaatregelen moeten nemen. Zowel de uitwisseling van actuele als van historische gegevens kan een dergelijk controlemechanisme vormen. Dit kan ofwel ondernemingen in staat stellen een feitelijke verstandhouding te bereiken op markten waarop dit anders niet mogelijk zou zijn, of het kan de stabiliteit van een feitelijke verstandhouding die reeds op de markt bestaat, versterken (zie voorbeeld 3). Echter, zoals hierboven is uiteengezet zal een controlemechanisme dat onderdeel vormt van een kartel ook als zodanig worden beoordeeld en behandeld worden als een doelbewuste beperking van de mededinging.

64. In de derde plaats kan de uitwisseling van informatie een beperking van de mededinging tot gevolg hebben doordat de externe stabiliteit van een feitelijke verstandhouding op de markt wordt versterkt. Dank zij de uitwisseling van informatie die de markttransparantie vergroot kunnen de bij de afspraken betrokken ondernemingen nagaan waar en wanneer andere ondernemingen de markt proberen te betreden, waardoor zij gericht tegen de nieuwkomer kunnen optreden. Dit kan logischerwijs uitmonden in de hieronder besproken concurrentieverstorende afscherming. Zowel de uitwisseling van actuele als van historische gegevens kan een dergelijk controlemechanisme vormen.

Concurrentieverstorende afscherming

65. Een exclusieve uitwisseling van informatie zou tot concurrentieverstorende afscherming kunnen leiden op dezelfde markt als die waar de uitwisseling plaatsvindt. Dit kan het geval zijn wanneer de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie concurrenten die niet aan de uitwisseling deelnemen een aanzienlijk concurrentienadeel berokkent ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingssysteem deelnemen. Deze vorm van marktafscherming is alleen mogelijk indien de betrokken informatie voor de mededinging van groot strategisch belang is en een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt.
66. Het valt niet uit te sluiten dat de uitwisseling van informatie eveneens kan leiden tot de concurrentieverstorende afscherming ten aanzien van derde partijen op een verwante markt. Door voldoende marktmacht te verwerven kunnen partijen die in een upstream-markt informatie uitwisselen bijvoorbeeld de prijs van een zeer belangrijk productonderdeel voor een downstream-markt verhogen. Daardoor zouden de kosten van hun downstream-concurrenten kunnen stijgen, wat tot concurrentieverstorende afscherming zou kunnen leiden.

2.2.2. Doelbewuste beperking van de mededinging

67. Vooral bij de uitwisseling van informatie over voorgenomen toekomstig gedrag op het gebied van prijzen of hoeveelheden⁴⁶ is de kans bijzonder groot dat een feitelijke verstandhouding in het leven wordt geroepen. Wanneer concurrenten elkaar in kennis stellen van hun voorgenomen gedrag kunnen zij een hoger gemeenschappelijk prijsniveau tot stand brengen zonder het risico te lopen marktaandeel te verliezen of gedurende de periode van aanpassing aan de nieuwe prijzen een prijsoorlog te ontketenen. Bovendien is het niet erg waarschijnlijk dat met de uitwisseling van dit soort informatie een concurrentiebevorderend doel wordt beoogd.

⁴⁶ Informatie over voorgenomen toekomstige hoeveelheden zou bijvoorbeeld voorgenomen toekomstige verkopen, marktaandelen, grondgebieden, of klantenbestanden kunnen omvatten.

68. De uitwisseling van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden tussen concurrenten dient derhalve als een doelbewuste mededingingsbeperking te worden beschouwd in de zin van artikel 101, lid 1⁴⁷. Hetzelfde geldt voor de uitwisseling van informatie over huidig gedrag welke uitsluitend geeft over voorgenomen toekomstig gedrag, evenals voor gevallen waarin voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden rechtstreeks kunnen worden afgeleid uit een combinatie van verschillende soorten gegevens. Overigens kunnen er nog andere vormen van informatie-uitwisseling zijn waarmee wordt beoogd de mededinging op de markt te beperken (voornamelijk niet-openbare, geïndividualiseerde uitwisselingen tussen concurrenten betreffende prijzen en marktaandelen) die normaliter als doelbewust beperkend zouden worden beschouwd. Deze vormen van informatie-uitwisseling lopen het risico te worden onderzocht en uiteindelijk als kartels te worden beboet⁴⁸.

2.2.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

69. De vermoedelijke gevolgen van de uitwisseling van informatie voor de mededinging (afgezien van de uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden of andere informatie-uitwisselingen die als doelbewuste mededingingsbeperkingen worden beschouwd) moeten per geval worden beoordeeld omdat het resultaat van de beoordeling van een geheel van factoren afhangt die voor elke zaak specifiek zijn. Bij deze beoordeling moeten de waarschijnlijke gevolgen van de informatie-uitwisseling worden vergeleken met de concurrentiesituatie die zonder de informatie-uitwisseling zou hebben bestaan⁴⁹. De uitwisseling van informatie heeft mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer deze naar alle waarschijnlijkheid een merkbaar negatieve invloed zal hebben op een (of meerdere) concurrentieparameters zoals prijs, productie, productkwaliteit, productaanbod en innovatie. Of een uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen heeft hangt zowel af van de economische situatie op de relevante markten als van de kenmerken van de uitgewisselde informatie.
70. Bepaalde marktvoorwaarden kunnen coördinatie vergemakkelijken en de interne of externe handhaving ervan vereenvoudigen. Op dergelijke markten leidt de uitwisseling van informatie mogelijk tot een ernstiger beperking van de mededinging dan op markten waar andere voorwaarden gelden. Maar ook indien de marktvoorwaarden van dien aard zijn dat coördinatie vóór de uitwisseling moeilijk kan worden gehandhaafd, kunnen zij door de uitwisseling van informatie zodanig worden gewijzigd dat coördinatie wel mogelijk wordt – bijvoorbeeld doordat de transparantie op de markt wordt vergroot, de complexiteit van de markt wordt verminderd, instabiliteit wordt tegengegaan of asymmetrie wordt opgeheven. Daarom is het van belang de mededingingsbeperkende gevolgen van de informatie-uitwisseling zowel in de context van de oorspronkelijke marktvoorwaarden te beoordelen als in het licht van de wijze waarop de informatie-uitwisseling deze

⁴⁷ Het begrip "voorgenomen toekomstige prijzen" wordt in voorbeeld 1 geïllustreerd.

⁴⁸ Om vast te stellen dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging doelbewust mededingingsbeperkend is behoeft er geen rechtstreeks verband te bestaan tussen die gedraging en de prijzen die de eindgebruikers worden aangerekend; zie zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, reeds aangehaald in voetnoot 45, punt 39.

⁴⁹ Zaak C-7/95 P, *John Deere t. Commissie*, reeds aangehaald in voetnoot 18, punt 76.

voorwaarden wijzigt. Hierbij dienen tevens de bijzondere kenmerken van het betrokken systeem, het doel ervan en de voorwaarden voor toegang en deelname te worden beoordeeld, evenals het soort informatie dat is uitgewisseld – of het bijvoorbeeld openbare of vertrouwelijke, geaggregeerde of gedetailleerde, historische of actuele informatie betreft -, de periodiciteit van de informatie-uitwisseling en het belang ervan voor de vaststelling van prijzen, hoeveelheden of voorwaarden van dienstverlening⁵⁰. Bij deze beoordeling zijn de volgende factoren relevant.

(i) Marktdekking

71. Een uitwisseling van informatie zal vermoedelijk merkbare mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer de aan de uitwisseling deelnemende ondernemingen een groot deel van de relevante markt moeten bestrijken. Anders zouden de concurrenten die niet aan de uitwisseling van informatie deelnemen het eventuele concurrentieverstorende gedrag van de betrokken ondernemingen kunnen beteugelen. Zo zouden ondernemingen die niet aan het informatie-uitwisselingssysteem deelnemen de externe stabiliteit van een feitelijke verstandhouding in gevaar kunnen brengen door het gecoördineerde prijsniveau te onderschrijven.
72. Wat een "voldoende groot deel van de markt" is, kan niet theoretisch worden vastgesteld en zal afhangen van de specifieke omstandigheden van elk geval en van het soort informatie-uitwisseling. Wanneer een uitwisseling van informatie echter plaatsvindt in het kader van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst en niet verder gaat dan hetgeen voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk is, zal een marktdekking die de marktaandeeldrempels niet overschrijdt welke in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren, de groepsvrijstellingsverordening of de "de minimis"-mededeling voor het desbetreffende type overeenkomst worden genoemd⁵¹, doorgaans niet zo groot zijn dat de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen heeft.

(ii) Marktkenmerken

73. Ondernemingen zullen gemakkelijker tot een feitelijke verstandhouding komen op markten die voldoende transparant, geconcentreerd, eenvoudig, stabiel en symmetrisch zijn. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen echter ook in staat stellen een feitelijke verstandhouding te bereiken in andere marktsituaties, waar dit zonder informatie-uitwisseling niet mogelijk zou zijn. Daarbij kan informatie-uitwisseling het bereiken van een feitelijke verstandhouding vergemakkelijken doordat zij de transparantie op de markt vergroot, de complexiteit van de markt vermindert, de instabiliteit tegengaat of de asymmetrie opheft. In dit verband hangt het effect van informatie-uitwisseling op de mededinging niet alleen af van de oorspronkelijke kenmerken van de markt waarin zij plaatsvindt (zoals de concentratie, transparantie, stabiliteit, complexiteit, enz. daarvan), maar ook van de wijze waarop het soort uitgewisselde informatie deze kenmerken kan veranderen⁵².

⁵⁰ Zaak C-238/05, *Asnef-Equifax*, reeds aangehaald in voetnoot 18, punt 54.

⁵¹ Reeds aangehaald in voetnoot 31.

⁵² De onderstaande bespreking bevat geen volledige lijst van relevante kenmerken. Er kunnen andere marktkenmerken zijn die voor het organiseren van bepaalde vormen van informatie-uitwisseling belangrijk kunnen zijn.

74. Een feitelijke verstandhouding zal vaker voorkomen in transparante markten. Transparantie kan heimelijke afspraken in de hand werken doordat ondernemingen in staat worden gesteld overeenstemming te bereiken over de voorwaarden van coördinatie en/of doordat de interne en externe stabiliteit van collusie worden vergroot. De uitwisseling van informatie kan de transparantie vergroten en daarmee de onzekerheid verminderen over de strategische variabelen van mededinging (zoals prijzen, output, vraag, kosten, enz.). Hoe lager het transparantieniveau op de markt, des te groter kan de bijdrage van informatie-uitwisseling tot het bereiken van feitelijke verstandhouding zijn. Informatie-uitwisseling die slechts in geringe mate bijdraagt tot markttransparantie zal echter minder gauw merkbare negatieve 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 informatie-uitwisseling wordt gewijzigd, die bepaalt in hoeverre de informatie merkbaar negatieve gevolgen zal hebben. Het bestaande transparantieniveau hangt onder meer samen met het aantal marktdeelnemers en de aard van de transacties, die uiteen kunnen lopen van openbare transacties tot vertrouwelijke bilaterale onderhandelingen tussen kopers en verkopers. Om te kunnen beoordelen of het transparantieniveau in de markt is gewijzigd, is het noodzakelijk om na te gaan in hoeverre de beschikbare informatie door ondernemingen kan worden gebruikt om de activiteiten van hun concurrenten te bepalen.
75. Hechte oligopolies kunnen een feitelijke verstandhouding op de markt bevorderen omdat het voor een gering aantal ondernemingen gemakkelijker is om tot afspraken te komen over coördinatievoorwaarden en om controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. Een feitelijke verstandhouding kan met minder ondernemingen wellicht ook beter worden gehandhaafd. Wanneer een groter aantal ondernemingen hun gedrag coördineren zijn de voordelen van afwijkend gedrag groter omdat met prijsbederf een groter marktaandeel kan worden verkregen. Tegelijkertijd zijn de voordelen die uit de feitelijke verstandhouding voortvloeien minder groot omdat deze door meer partijen moet worden gedeeld. De uitwisseling van informatie op dergelijke markten zal eerder merkbaar negatieve gevolgen hebben omdat zij, door de transparantie te verhogen of de marktsituatie anderszins te wijzigen (zie hieronder), ertoe kan leiden dat meer ondernemingen hun gedrag coördineren en elkaar controleren dan zonder informatie-uitwisseling mogelijk zou zijn geweest.
76. Het kan voor ondernemingen moeilijk zijn om in een complexe marktomgeving een feitelijke verstandhouding te verwezenlijken. Informatie-uitwisseling kan een dergelijke omgeving evenwel minder complex maken. In een complexe marktomgeving is gewoonlijk meer uitwisseling van informatie nodig om overeenstemming te bereiken over coördinatievoorwaarden en om controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. Het kan bijvoorbeeld gemakkelijker zijn om een feitelijke verstandhouding te bereiken inzake de prijs van één enkel homogeen product dan voor honderden prijzen in een markt met veel gedifferentieerde producten. Toch is het mogelijk dat ondernemingen, om de problemen te vermijden die het streven naar een feitelijke verstandhouding met betrekking tot een groot aantal prijzen met zich brengt, informatie uitwisselen om eenvoudige prijszettingsregels in te voeren (bijvoorbeeld prijspunten).

77. Feitelijke verstandhouding komt vaker voor wanneer de vraag- en aanbodsituatie betrekkelijk stabiel is⁵³. In een instabiele omgeving kan het voor een onderneming moeilijk zijn vast te stellen of de daling van haar afzet het gevolg is van een algemeen laag vraagniveau of dat deze wordt veroorzaakt door de bijzonder lage prijzen van een concurrent, en daarom is een feitelijke verstandhouding moeilijk te handhaven. In dit verband kunnen een volatiele vraag, een sterke interne groei van bepaalde ondernemingen op de markt, of het feit dat geregeld nieuwe ondernemingen tot de markt toetreden, erop wijzen dat de bestaande situatie niet zo stabiel is dat coördinatie voor de hand ligt⁵⁴. De uitwisseling van informatie kan in bepaalde situaties ten doel hebben de stabiliteit op de markt te vergroten, wat wellicht een feitelijke verstandhouding op de markt kan doen ontstaan. Bovendien kan coördinatie op markten waar innovatie een belangrijke rol speelt moeilijker zijn omdat met name belangrijke innovaties een onderneming in staat kunnen stellen een aanzienlijk voordeel te behalen ten opzichte van haar concurrenten. Een feitelijke verstandhouding kan slechts duurzaam zijn indien de resultaten die ervan worden verwacht niet in gevaar worden gebracht door de reacties van buitenstaanders, zoals huidige en toekomstige concurrenten die niet aan de coördinatie deelnemen, en van klanten. Het bestaan van toetredingsdrempels vergroot in dit verband de kans dat een duurzame feitelijke verstandhouding op de markt haalbaar is.
78. Een feitelijke verstandhouding zal zich eerder voordoen bij symmetrische marktstructuren. Wanneer ondernemingen homogeen zijn wat hun kosten, vraag, marktaandelen, productassortiment, capaciteiten, enz. betreft, dan zullen zij gemakkelijker overeenstemming kunnen bereiken over coördinatievoorwaarden. De uitwisseling van informatie kan echter ook in meer heterogene marktstructuren een feitelijke verstandhouding doen ontstaan. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen bewustmaken van hun verschillen en hen helpen manieren te vinden om door middel van coördinatie een oplossing te vinden voor hun heterogeniteit.
79. De stabiliteit van feitelijke verstandhouding hangt tevens af van de vraag in hoeverre ondernemingen hun toekomstige winst mee in rekening brengen. Hoe hoger ondernemingen hun huidige, met prijsbederf behaalde winst waarderen ten opzichte van alle toekomstige winst die zij in het kader van de feitelijke verstandhouding tegemoet kunnen zien, des te kleiner is de kans dat zij tot een feitelijke verstandhouding zullen komen.
80. Een feitelijke verstandhouding zal zich eerder voordoen tussen ondernemingen die gedurende lange tijd op dezelfde markt zullen blijven opereren, omdat zij meer belang hebben bij coördinatie. Wanneer een onderneming weet dat zij langdurig met de andere ondernemingen te maken zal hebben zal zij eerder geneigd zijn een feitelijke verstandhouding tot stand te brengen, omdat de toekomstige winst die uit deze verstandhouding zal voortvloeien meer waard zal zijn dan de winst op korte termijn welke zij met afwijkend gedrag zou kunnen behalen.

(iii) Kenmerken van de informatie-uitwisseling

⁵³ Zie zaak T-35/92, *John Deere tegen Commissie*, Jurispr. 1994, blz. II-957, punt 78.

⁵⁴ Zie beschikking van de Commissie nr. 92/157/EEG in zaak IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, PB L 68 van 13.3.1992, blz. 19, overweging 51 en zaak T-35/92, *John Deere tegen Commissie*, reeds aangehaald in voetnoot 53, punt 78. Het is niet noodzakelijk dat er sprake is van volledige stabiliteit of dat hevige concurrentie is uitgesloten.

Commercieel gevoelige informatie

81. De uitwisseling van commercieel gevoelige, d.w.z. strategisch bruikbare, gegevens tussen concurrenten zal eerder onder artikel 101 vallen dan de uitwisseling van andere soorten informatie. Het uitwisselen van strategische gegevens kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de onafhankelijke besluitvorming van de partijen wordt aangetast doordat hun prikkels om te concurreren afnemen. Strategische informatie kan betrekking hebben op prijzen (actuele prijzen, kortingen, prijsverhogingen, prijsverlagingen, rabatten), klantenbestanden, productiekosten, hoeveelheden, omzet, verkopen, capaciteit, kwaliteit, marketingplannen, risico's, programma's, investeringen, technologieën, O&O-programma's en resultaten. Over het algemeen is informatie inzake prijzen en hoeveelheden strategisch het belangrijkste, gevolgd door informatie over kosten en vraag. Indien ondernemingen op het gebied van O&O concurreren zijn wellicht de technologische gegevens het meest strategisch voor de mededinging. Het strategisch nut van de gegevens hangt tevens af van de wijze van presentatie en de ouderdom ervan.

Openbare/niet-openbare gegevens

82. Over het algemeen zal de uitwisseling van werkelijk openbare informatie meestal geen inbreuk op artikel 101 vormen⁵⁵. *Werkelijk openbare informatie* is informatie die voor eenieder even gemakkelijk (bijvoorbeeld kosteloos) toegankelijk is. Zelfs indien de gegevens vrij beschikbaar zijn, zijn zij niet werkelijk openbaar indien de kosten voor het verzamelen van de gegevens zo hoog zijn dat zij andere ondernemingen en kopers ervan weerhouden deze gegevens te bemachtigen. Informatie is pas werkelijk openbaar indien het verkrijgen ervan voor kopers en ondernemingen die niet bij het uitwisselingsstelsel zijn aangesloten, niet duurder is dan voor de ondernemingen die wel informatie uitwisselen. Dat de mogelijkheid bestaat om de informatie op de markt te verwerven, bijvoorbeeld door deze van klanten te betrekken, betekent niet noodzakelijkerwijs dat het marktgegevens betreft die vrij toegankelijk zijn voor concurrenten⁵⁶.
83. Zelfs indien gegevens openbaar toegankelijk zijn (zoals door wetgevers gepubliceerde informatie), dan kan de uitwisseling van extra informatie door concurrenten toch de mededinging beperken. In dit geval is het deze extra informatie die de marktbalans kan laten doorslaan naar feitelijke verstandhouding.

Openbare/niet-openbare informatie-uitwisseling

84. *De uitwisseling van informatie* is werkelijk openbaar indien de uitgewisselde gegevens voor alle concurrenten en kopers onder dezelfde voorwaarden toegankelijk zijn. Het feit dat informatie openbaar wordt uitgewisseld kan de kans op een feitelijke verstandhouding op de markt zodanig verkleinen dat concurrenten die niet aan de informatie-uitwisseling deelnemen, potentiële nieuwkomers op de markt, en kopers in staat zijn de potentieel mededingingsbeperkende gevolgen te beteugelen.

⁵⁵ Gevoegde zaken T-191/98, T-212/98 en T-214/98, *Atlantic Container Line (TACA)*, Jurispr. 2003, blz. II-3275, punt 1154. Dit geldt wellicht niet wanneer de informatie in het kader van een kartel wordt uitgewisseld.

⁵⁶ Zie gevoegde zaken T-202/98 enz., *Tate & Lyle t. Commissie*, Jurispr. 2001, blz. II-2035, punt 60.

Geaggregeerde/geïndividualiseerde gegevens

85. De uitwisseling van werkelijk geaggregeerde gegevens, dat wil zeggen gegevens waaruit informatie op het niveau van de individuele onderneming moeilijk kan worden afgeleid, leidt minder snel tot een beperking van de mededinging dan de uitwisseling van bedrijfsgegevens. De uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens vergemakkelijkt het bereiken van overeenstemming op de markt evenals het treffen van vergeldingsmaatregelen, want zij stelt de coördinerende ondernemingen in staat een onderneming met afwijkend gedrag of een nieuwkomer te identificeren. Toch kan ook de uitwisseling van geaggregeerde gegevens tot een feitelijke verstandhouding leiden. Zo kunnen leden van een hechte en stabiele oligopolie die geaggregeerde gegevens uitwisselen automatisch veronderstellen dat een van de deelnemende ondernemingen zich aan de feitelijke verstandhouding heeft onttrokken wanneer de marktprijs onder een bepaald niveau daalt (zie voorbeeld 4).

Ouderdom van de gegevens

86. De uitwisseling van historische gegevens zal vermoedelijk niet tot een feitelijke verstandhouding leiden omdat het onwaarschijnlijk is dat het toekomstige gedrag van de concurrenten hieruit kan worden afgeleid of dat deze aanleiding zal geven tot het bereiken van overeenstemming⁵⁷. Bovendien zijn gegevens, naarmate zij ouder zijn, minder geschikt voor een tijdige opsporing van afwijkend gedrag waardoor ook de geloofwaardige dreiging van onmiddellijke vergelding verloren gaat. Of gegevens werkelijk historisch zijn hangt af van de bijzondere kenmerken van de relevante markt zoals de frequentie waarmee contracten worden verlengd (wanneer dit een aanwijzing vormt voor de frequentie van prijsonderhandelingen). Zo kunnen gegevens bijvoorbeeld als historisch worden beschouwd wanneer zij veel ouder zijn dan de gemiddelde looptijd van contracten in de betrokken sector (zie voorbeeld 5).

Frequentie van de informatie-uitwisseling

87. De geregelde uitwisseling van informatie die zowel een betere kennis van de markt als de controle op afwijkend gedrag bevordert, verhoogt het risico van een feitelijke verstandhouding. In markten met langlopende contracten (waar niet regelmatig over prijzen wordt onderhandeld) zou derhalve doorgaans met minder regelmatige uitwisseling van informatie een feitelijke verstandhouding kunnen worden bereikt dan in markten met kortlopende contracten en frequente prijsonderhandelingen. Afhankelijk van de structuur van de markt kan een eenmalige informatie-uitwisseling soms echter volstaan om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun marktgedrag af te stemmen (dat wil zeggen overeenstemming te bereiken over de coördinatievoorwaarden) en aldus de risico's van concurrentie met succes te vervangen door feitelijke samenwerking⁵⁸.

⁵⁷ In eerdere zaken heeft de Commissie bijvoorbeeld de uitwisseling van gegevens die meer dan een jaar oud waren als historisch bestempeld en als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, terwijl informatie van minder dan een jaar oud als recent is beschouwd; Beschikking nr. 92/157/EEG van de Commissie in zaak IV/31.370, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, reeds aangehaald in voetnoot 54 hierboven, overweging 50; Beschikking nr. 98/4/EGKS van de Commissie in zaak IV/36.069, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, PB L 1 van 3.1.1998, blz. 10, overweging 17.

⁵⁸ Zie zaak C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, reeds aangehaald in voetnoot 41, punt 59.

2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

2.3.1. Efficiëntieverbeteringen

88. De uitwisseling van informatie kan tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan informatie over de kosten van concurrenten ondernemingen helpen efficiënter te opereren wanneer zij hun eigen prestaties vergelijken met de beste praktijken in de sector en dienovereenkomstig interne stimuleringsmaatregelen ontwikkelen.
89. Bovendien kan de uitwisseling van informatie ondernemingen in bepaalde situaties helpen hun productie te richten op markten met een grote vraag (op grond van vraaginformatie) of toe te wijzen aan ondernemingen met lage kosten (op grond van kosteninformatie). Of dergelijke efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk worden bereikt hangt af van de marktkenmerken (aard van de onzekerheden, strategische variabelen van mededinging, enz.). Met sommige vormen van informatie-uitwisseling kunnen aanzienlijke kostenbesparingen worden gemaakt, bijvoorbeeld doordat onnodige voorraden worden afgebouwd, of doordat bederfelijke producten sneller worden geleverd in gebieden met een grote vraag en de levering van deze producten wordt beperkt in gebieden met een geringe vraag (zie voorbeeld 7).
90. De uitwisseling van consumentengegevens tussen ondernemingen in markten met asymmetrische informatie over consumenten kan eveneens tot efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan bijvoorbeeld de registratie van consumentengedrag in het verleden op het gebied van ongefallen of wanbetaling, voor consumenten een stimulans vormen om hun blootstelling aan risico te beperken. Tevens kan hierdoor worden nagegaan welke consumenten een lager risico dragen en daarom in aanmerking zouden moeten komen voor lagere prijzen. In dit verband kan de uitwisseling van informatie tevens 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 consumenten de met deze informatie verbonden voordelen zouden verliezen wanneer zij op een andere onderneming overschakelen. Voorbeelden van dergelijke efficiëntieverbeteringen doen zich voor in de bank- en verzekeringssector, waar dikwijls informatie wordt uitgewisseld over wanbetaling door consumenten en risicokenmerken.
91. De uitwisseling van informatie over vroegere en huidige marktaandelen kan voor zowel ondernemingen als consumenten gunstig zijn doordat ondernemingen deze informatie tegenover consumenten kunnen gebruiken als bewijs van kwaliteit. Wanneer de informatie over productkwaliteit onvolledig is gebruiken consumenten dikwijls indirecte middelen om informatie in te winnen over de relatieve producteigenschappen zoals prijs en marktaandelen (consumenten gebruiken bijvoorbeeld bestsellerslijsten om hun volgende boek te kiezen). Vooral op markten met overschakelingskosten of netwerkexternaliteiten vormt de bekendmaking van marktaandelen een sterke (geloofwaardige) indicator voor toekomstige prestaties. In dit opzicht kan informatie-uitwisseling over verkopen zowel ondernemingen als consumenten ten goede komen.
92. De uitwisseling van informatie die werkelijk openbaar is kan voor consumenten eveneens voordelig zijn doordat zij hierdoor met kennis van zaken een keuze kunnen maken (doordat hun zoekkosten worden verminderd). Een dergelijk rechtstreeks consumentenvoordeel ontstaat echter alleen wanneer ondernemingen daadwerkelijk

hun ware bedoelingen bekend maken. Dit kan het geval zijn wanneer ondernemingen geregeld contacten met de consumenten onderhouden⁵⁹. Evenzo kan de uitwisseling van informatie over inputprijzen de zoekkosten voor ondernemingen verlagen, wat uiteindelijk de consumenten ten goede kan komen.

93. Zoals uit het bovenstaande blijkt is zal de uitwisseling van actuele en historische gegevens eerder tot efficiëntieverbeteringen leiden dan de uitwisseling van informatie over toekomstige voornemens. In bepaalde omstandigheden kan het bekendmaken van toekomstige voornemens echter eveneens efficiëntievoordelen met zich brengen. Zo kunnen ondernemingen bijvoorbeeld onnodige uitgaven vermijden wanneer zij al in een vroeg stadium weten wie een O&O-prijsvraag heeft gewonnen.

2.3.2. *Onmisbaarheid*

94. Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te bereiken welke dankzij de uitwisseling van informatie tot stand zijn gebracht, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Om aan de voorwaarde van onmisbaarheid te voldoen zullen de partijen moeten aantonen dat de betrokken gegevens gezien hun aard, aggregatie, ouderdom, vertrouwelijkheid en de frequentie van de uitwisseling ervan slechts met risico's verbonden zijn die voor het bereiken van de beweerde efficiëntieverbeteringen onontkoombaar zijn. Bovendien dient de uitwisseling geen informatie te bevatten 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 onontbeerlijk zijn omdat in een sectorclassificatie opgenomen geaggregeerde informatie eveneens de beweerde efficiëntieverbeteringen kan opleveren, terwijl het risico van een feitelijke verstandhouding minder groot is (zie voorbeeld 4). Tenslotte is het over het algemeen onwaarschijnlijk dat de uitwisseling van toekomstige gegevens noodzakelijk is, met name wanneer deze betrekking hebben op prijzen en volumes.

95. Evenzo zal ook de uitwisseling van informatie in het kader van horizontale samenwerkingsovereenkomsten eerder voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, indien zij niet verder gaat dan wat noodzakelijk is om het economisch doel van de overeenkomst te bereiken (zoals de uitwisseling van de technologie die nodig is voor een O&O-overeenkomst of van kostengegevens in het kader van een productieovereenkomst).

2.3.3. *Doorgifte aan consumenten*

96. Efficiëntieverbeteringen die door middel van onmisbare beperkingen tot stand zijn gebracht moeten aan de consumenten worden doorgegeven in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van informatie-uitwisseling. Hoe geringer de marktmacht van de partijen die bij de informatie-uitwisseling betrokken zijn, des te waarschijnlijker is het dat de efficiëntieverbeteringen worden doorgegeven aan de consumenten in een mate die opweegt tegen de mededingingsbeperkende effecten.

⁵⁹ Er kan echter niet van worden uitgegaan dat een toezegging aan consumenten op het gebied van prijzen altijd een goede zaak is; dit blijkt uit de zogenaamde prijsaanpassings- of "beste prijs"-garanties, die concurrenten ervan kunnen weerhouden hun prijzen te verlagen.

2.3.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

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

2.4. **Voorbeelden**

98. Uitwisseling van voorgenomen toekomstige prijzen als doelbewuste beperking van de mededinging

Voorbeeld 1

Situatie: Een brancheorganisatie van busbedrijven in land X verspreidt geïndividualiseerde informatie over voorgenomen toekomstige prijzen onder haar leden. De informatie bevat verscheidene elementen, zoals het voorgenomen tarief en de route waarop dat tarief van toepassing is, de mogelijke beperkingen ten aanzien van dit tarief – welke consumenten voor dit tarief in aanmerking komen, of vooruitbetaling dan wel een minimumverblijf vereist is, de periode waarin tickets kunnen worden verkocht tegen het betrokken tarief (begin- en einddatum), en de periode waarin met het ticket tegen het betrokken tarief kan worden gereisd (eerste en laatste reisdatum).

Analyse: Deze uitwisseling van informatie, die voortvloeit uit een besluit van een ondernemersvereniging, vormt een doelbewuste mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1. Bovendien is het waarschijnlijk dat deze uitwisseling aan een onderzoek zal worden onderworpen en uiteindelijk als kartel zal worden beboet. In dit geval betreft de uitwisseling van informatie de voorgenomen prijzen van concurrenten. De informatie-uitwisseling is een zeer efficiënt middel om tot een feitelijke verstandhouding te komen en vormt derhalve een doelbewuste mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1. Immers, de ondernemingen kunnen hun bekendgemaakte prijzen te allen tijde wijzigen wanneer zij vaststellen dat hun concurrenten van plan zijn hogere prijzen aan te rekenen. Hierdoor kunnen ondernemingen een hoger gemeenschappelijk prijsniveau bereiken zonder de kosten van het verlies van marktaandeel te hoeven dragen. Busbedrijf A kan bijvoorbeeld vandaag een prijsverhoging bekendmaken op de route van stad 1 naar stad 2, met ingang van de volgende maand. Omdat deze informatie voor alle busbedrijven toegankelijk is, kan busbedrijf A vervolgens de reactie van haar concurrenten op deze bekendmaking afwachten. Indien een concurrent op dezelfde route, bijvoorbeeld onderneming B, dezelfde prijsverhoging doorvoert, dan zou onderneming A haar bekendmaking niet wijzigen en zou deze later waarschijnlijk van kracht worden. Zou onderneming B echter geen prijsverhoging doorvoeren, dan zou onderneming A haar tarief toch nog kunnen herzien. Deze aanpassing zou zich herhalen totdat de ondernemingen gezamenlijk een hoger, concurrentieverstorend prijsniveau zouden vaststellen. Het is onwaarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. De informatie-uitwisseling blijft beperkt tot concurrenten, en komt derhalve de klanten van de busbedrijven niet rechtstreeks ten goede.

99. Uitwisseling van actuele prijzen met voldoende efficiëntieverbeteringen voor consumenten

Voorbeeld 2

Situatie: Een nationaal bureau voor toerisme en de busbedrijven in land X komen overeen informatie te verspreiden over actuele prijzen van bustickets via een vrij toegankelijke website (in tegenstelling tot het bovenstaande voorbeeld kunnen consumenten reeds tickets kopen voor de prijzen en voorwaarden waarop de uitwisseling van informatie betrekking heeft, dus het betreft geen voorgenomen toekomstige prijzen, doch actuele prijzen voor bestaande en toekomstige diensten). De informatie bevat verschillende elementen, zoals het tarief en de route waarop dit tarief van toepassing is, de eventuele beperkingen ten aanzien van dit tarief zoals met betrekking tot de specifieke consumenten die tickets voor dit tarief kunnen kopen, of vooruitbetaling dan wel een minimumverblijf vereist is, en de periode waarin het ticket met het desbetreffende tarief voor reizen kan worden gebruikt (eerste en laatste reisdatum). Busreizen in land X behoren niet tot dezelfde relevante markt als trein- en vliegreizen. De relevante markt is geconcentreerd, stabiel en niet bijzonder complex.

Analyse: Deze uitwisseling van informatie vormt geen doelbewuste mededingingsbeperking. De ondernemingen wisselen actuele prijzen uit en geen voorgenomen toekomstige prijzen omdat zij reeds tickets voor deze prijzen verkopen (in tegenstelling tot de situatie in voorbeeld 1). Daarom is het niet waarschijnlijk dat deze uitwisseling van informatie een geschikt instrument is om een richtpunt voor coördinatie vast te stellen. Niettemin vormt deze uitwisseling van informatie, in het licht van de marktstructuur en het strategische karakter van de gegevens, vermoedelijk wel een doeltreffend mechanisme om te controleren of van de feitelijke verstandhouding wordt afgeweken. Derhalve zou deze informatie-uitwisseling aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Hoewel de mogelijkheid om afwijkingen te controleren mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben, valt te verwachten dat de efficiëntieverbeteringen als gevolg van de informatie-uitwisseling aan de consumenten zouden worden doorgegeven in een mate die opweegt tegen de vermoedelijke mededingingsbeperkende effecten. In tegenstelling tot voorbeeld 1 is de informatie-uitwisseling openbaar en kunnen consumenten werkelijk tickets kopen voor de uitgewisselde prijzen en voorwaarden. Daarom is het waarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling de consumenten rechtstreeks ten goede komt doordat hun zoekkosten worden verminderd en hun keuzemogelijkheden worden uitgebreid, waardoor ook de prijsconcurrentie wordt bevorderd. Er kan daarom worden aangenomen dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.

100. Actuele prijzen worden van de uitgewisselde informatie afgeleid

Voorbeeld 3

Situatie: Luxehotels in de hoofdstad van land A, die een hechte en stabiele oligopolie vormen in een niet-complexe en geconcentreerde markt, wisselen rechtstreeks individuele informatie uit over de lopende bezettingsgraad en inkomsten. In dit geval kunnen de partijen de feitelijke actuele prijzen rechtstreeks

afleiden uit de uitgewisselde informatie.

Analyse: Tenzij hiermee voorgenomen of toekomstig gedrag wordt onthuld vormt deze uitwisseling van informatie in beginsel⁶⁰ geen doelbewuste mededingingsbeperking, omdat de hotels actuele gegevens uitwisselen en geen informatie over voorgenomen toekomstige prijzen of volumes. De informatie-uitwisseling zou echter wel een beperking van de mededinging tot gevolg hebben in de zin van artikel 101, lid 1, omdat kennis van de feitelijke actuele prijzen vermoedelijk tot coördinatie (d.w.z. afstemming) van het concurrentiegedrag van de ondernemingen zou leiden. De uitgewisselde informatie zou naar alle waarschijnlijkheid gebruikt worden om afwijkingen van de feitelijke verstandhouding te controleren. De uitwisseling van informatie vergroot de transparantie op de markt omdat, ook al publiceren hotels gewoonlijk hun prijzen, zij tevens verschillende kortingen aanbieden op basis van onderhandelingen of voor vroege boekingen door groepen enz. Derhalve is de extra informatie die op niet-openbare wijze tussen de hotels wordt uitgewisseld commercieel gevoelig, d.w.z. strategisch bruikbaar. Te verwachten valt dat deze informatie-uitwisseling tot een feitelijke verstandhouding zal leiden omdat de betrokken partijen een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormen met een langdurige concurrentierelatie (regelmatige interactie). Bovendien is de kostenstructuur van de hotels grotendeels homogeen. Ten slotte kunnen noch consumenten, noch nieuwkomers het mededingingsversturend gedrag van de gevestigde ondernemingen aan banden leggen omdat de consumenten weinig kopersmacht hebben en de toetredingsdrempels hoog zijn. Het is onwaarschijnlijk dat de partijen in dit geval in staat zouden zijn aan te tonen dat de eventuele efficiëntieverbeteringen ten gevolge van de informatie-uitwisseling aan de consumenten zouden worden doorgegeven in een mate die zou opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de uitwisseling. Het is derhalve niet waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan.

101. Benchmarkingvoordelen – aan de criteria van artikel 101, lid 3, wordt niet voldaan

Voorbeeld 4

Situatie: Drie grote ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van 80% in een stabiele, niet-complexe, geconcentreerde markt met hoge toetredingsdrempels wisselen dikwijls op niet-openbare basis rechtstreeks informatie uit over hun individuele kosten. De ondernemingen doen dit om hun resultaten te vergelijken met die van hun concurrenten en aldus efficiënter te kunnen opereren.

Analyse: Bij deze uitwisseling van informatie is in beginsel geen sprake van doelbewuste mededingingsbeperking. Daarom dienen de gevolgen ervan voor de markt te worden beoordeeld. Gezien de marktstructuur, de geïndividualiseerde vorm waarin de gegevens worden gepresenteerd en het grote deel van de relevante markt dat wordt bestreken, valt te verwachten dat de informatie-uitwisseling tot een feitelijke verstandhouding leidt en daarbij mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1. Het is onwaarschijnlijk dat aan de criteria van artikel 101, lid 3, wordt voldaan omdat er minder beperkende manieren zijn om de

⁶⁰ Indien evenwel zou blijken dat deze uitwisseling van informatie bedoeld is om de mededinging te beperken, zou deze normaliter een doelbewuste mededingingsbeperking vormen.

beweerde efficiëntieverbeteringen te bereiken, bijvoorbeeld door de gegevens in geaggregeerde vorm op te nemen in een of andere sectorclassificatie. Alleen de informatie die van belang is om de best presterende praktijk te identificeren zou moeten worden doorgegeven. Geïndividualiseerde gegevens zouden in dit opzicht zelfs contraproductief kunnen zijn omdat zij de betrokken stimuleringsmaatregelen gevoelig kunnen maken voor ondernemings specifieke eigenschappen en schokken. Tenslotte kan in dit geval, aangezien de partijen een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormen, zelfs de uitwisseling van geaggregeerde gegevens tot een feitelijke verstandhouding leiden indien deze de partijen de mogelijkheid biedt een richtpunt voor coördinatie te bepalen.

102. Historische gegevens

Voorbeeld 5

Situatie: Ondernemingen in een sector die gekenmerkt wordt door kortlopende contracten en waar om de drie maanden over prijzen onderhandeld wordt, wisselen rechtstreeks prijsgegevens uit die drie jaar oud zijn.

Analyse: In een situatie waar om de drie jaar opnieuw contracten worden gesloten en over prijzen wordt onderhandeld, kunnen gegevens die drie jaar oud zijn als historische informatie worden beschouwd; het is niet te verwachten dat de uitwisseling van deze gegevens tot een feitelijke verstandhouding op de markt zou leiden en daardoor mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

103. Werkelijk openbare informatie

Voorbeeld 6

Situatie: De vier ondernemingen die alle tankstations in land A bezitten wisselen telefonisch lopende benzineprijzen uit. Zij betogen dat deze informatie-uitwisseling geen mededingingsbeperkende effecten kan hebben omdat de informatie openbaar is; deze wordt immers bij elk tankstation op grote borden getoond.

Analyse: De telefonisch uitgewisselde prijsgegevens zijn niet werkelijk openbaar omdat zij de betrokken ondernemingen een informatievoordeel geven in de vorm van kostenbesparingen. Consumenten en nieuwkomers op de markt die dezelfde informatie willen hebben zouden veel tijd en vervoerskosten moeten spenderen om de informatie zelf te bemachtigen; zij zouden naar de verschillende tankstations moeten gaan om kennis te nemen van de op de borden getoonde prijzen. De kosten hiervoor zijn potentieel zo hoog dat de informatie slechts via uitwisseling kan worden verkregen. Bovendien vindt de informatie-uitwisseling stelselmatig plaats en bestrijkt zij de gehele relevante markt, die een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormt. De informatie-uitwisseling zal derhalve waarschijnlijk een klimaat van wederzijdse zekerheid creëren ten aanzien van het prijsbeleid van de concurrenten, waaruit vermoedelijk een feitelijke verstandhouding zal voortvloeien. Het is derhalve waarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

104. Een betere voldoening van de vraag als efficiëntieverbetering

Voorbeeld 7

Situatie: Er zijn op de relevante markt vijf producenten van vers wortelsap in flessen. De vraag naar dit product is heel instabiel en heterogeen. Het sap moet binnen een dag na de productiedatum verkocht worden. De producenten komen overeen een onafhankelijk bureau voor marktonderzoek op te richten dat dagelijks informatie verzamelt over onverkocht sap in elk verkooppunt, die het de week nadien op zijn website plaatst in een per verkooppunt geaggregeerde vorm. Dank zij de gepubliceerde statistieken kunnen producenten en afnemers de vraag beter voorspellen en het product beter positioneren. De producenten tonen aan dat er zonder het informatie-uitwisselingssysteem duidelijk sprake is van marktfalen. Immers, voordat de uitwisseling werd ingevoerd rapporteerden de afnemers dat grote hoeveelheden sap verloren gingen, zodat zij de hoeveelheid sap die zij van de producenten aankochten moesten verminderen. Bijgevolg werd, door de risicoaversie van de afnemers, in bepaalde perioden en gebieden dikwijls onvoldoende in de vraag voorzien. Dank zij het informatie-uitwisselingssysteem, waardoor te grote dan wel te geringe leveringen beter konden worden voorspeld, kwam het veel minder vaak voor dat niet in de vraag van de consumenten werd voorzien, en nam de vraag naar sap van de zijde van de afnemers toe.

Analyse: Voor zover deze informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, ten gevolge van de geconcentreerde marktstructuur en het strategisch karakter van de informatie, worden deze mededingingsbeperkingen naar alle waarschijnlijkheid gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen als gevolg van een toename van de levering op plaatsen met een grote vraag en een verminderde levering op plaatsen met een geringe vraag. De informatie wordt in openbare, geaggregeerde vorm gepubliceerd waardoor de mededingingsrisico's minder groot zijn dan indien deze informatie niet openbaar en geïndividualiseerd zou zijn. De uitwisseling van informatie gaat derhalve in dit geval niet verder dan hetgeen noodzakelijk is om het marktfalen dat door de partijen is vastgesteld, op te heffen. Deze informatie-uitwisseling zal derhalve vermoedelijk voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3.

3. ONDERZOEKS- EN ONTWIKKELINGSOVEREENKOMSTEN

3.1. Definitie

105. O & O-overeenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen. Zij kunnen voorzien in de uitbesteding van bepaalde O & O-activiteiten, de gemeenschappelijke verbetering van bestaande technologieën en samenwerking op het gebied van het onderzoek, de ontwikkeling en het in de handel brengen van volledig nieuwe producten. Zij kunnen de vorm aannemen van een samenwerkingsovereenkomst of van een onderneming waarover de zeggenschap gezamenlijk wordt uitgeoefend. Dit hoofdstuk is van toepassing op alle vormen van O & O-overeenkomsten, waaronder ook daarmee verband houdende overeenkomsten betreffende de productie of het in de handel brengen van de O & O-resultaten, op voorwaarde dat de O & O-overeenkomst de meest upstream gelegen essentiële bouwsteen is van de samenwerking.

3.2. Relevante markten

106. De definitie van de relevante markt voor de beoordeling van de gevolgen van een O & O-overeenkomst is gebaseerd op het onderkennen van producten, technologieën of O & O-activiteiten die de grootste concurrentiedruk zullen uitoefenen op de partijen. Enerzijds kan innovatie leiden tot producten (of technologieën) die concurreren op een bestaande product- (of technologie-) markt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij O & O die gericht is op geringe verbeteringen of wijzigingen, zoals nieuwe modellen van bepaalde producten. De mogelijke effecten betreffen hier de markt van bestaande producten. Anderzijds kan innovatie leiden tot een volledig nieuw product dat een eigen nieuwe productmarkt schept (bijvoorbeeld een nieuw vaccin voor een eerder ongeneeslijke ziekte). In veel gevallen gaat het evenwel om situaties die tussen deze twee extremen in liggen, meer bepaald situaties waarin innovatie producten (of technologieën) tot stand kan brengen die mettertijd bestaande producten (of technologieën) vervangen (bijvoorbeeld cd's die platen vervangen). Een grondig onderzoek van die situaties moet wellicht toegespitst zijn zowel op de bestaande markten als op de gevolgen van de overeenkomst inzake innovatie.

Bestaande productmarkten

107. Wanneer de samenwerking O & O betreft die gericht is op de verbetering van bestaande producten, vormen die bestaande producten en hun naaste vervangproducten voor de samenwerking de relevante markt⁶¹.
108. Wanneer de O & O-inspanningen gericht zijn op een aanzienlijke wijziging van bestaande producten of op een nieuw product dat een bestaand product vervangt, kan de substitutie met de bestaande producten onvolledig zijn of slechts op lange termijn spelen. Hieruit mag de conclusie worden getrokken dat de oude producten en de potentieel opkomende nieuwe producten niet tot dezelfde relevante markt behoren⁶². De markt van bestaande producten kan niettemin een betrokken markt zijn voor zover het poolen van O & O-activiteiten waarschijnlijk zal leiden tot een coördinatie van het gedrag van de partijen als aanbieders van bestaande producten, bijvoorbeeld door de uitwisseling van uit mededingingsoogpunt gevoelige informatie over de markt van bestaande producten.
109. Wanneer de O & O-activiteiten een belangrijke component van een eindproduct betreffen, is het mogelijk dat niet alleen de markt van deze component, maar ook de bestaande markt van het eindproduct relevant is voor de beoordeling. Wanneer autofabrikanten bijvoorbeeld samenwerken in O & O-activiteiten die verband houden met een nieuw motortype, kan deze O & O-samenwerking gevolgen hebben voor de automarkt. De eindproductenmarkt is evenwel slechts relevant voor de beoordeling indien de component waarop de O & O is gericht, technisch of economisch een wezenlijk onderdeel van deze eindproducten is en de partijen bij de O & O-overeenkomst marktmacht bezitten met betrekking tot de eindproducten.

Bestaande technologiemarkten

⁶¹ Voor marktbeoordeling zie de bekendmaking inzake marktbeoordeling, aangehaald in voetnoot 5.

⁶² Zie ook de richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, PB C 101 van 27.4.2004, blz. 2, punt 33 ("Richtsnoeren Technologieoverdracht").

110. O & O-samenwerking kan niet alleen betrekking hebben op producten, maar ook op technologie. Wanneer intellectuele eigendomsrechten los van de producten waarmee zij verband houden op de markt worden gebracht, dient de relevante technologiemarkt eveneens te worden afgebakend. Technologiemarkten bestaan uit de intellectuele eigendom die in licentie is gegeven en de naaste substitutietechnologieën, dat wil zeggen andere technologieën die de afnemers als vervanging zouden kunnen gebruiken.
111. De methode ter bepaling van technologiemarkten volgt dezelfde beginselen als die welke worden gevolgd bij de bepaling van de productmarkt⁶³. Uitgaande van de technologie die door de partijen wordt verkocht, moet worden vastgesteld op welke andere technologieën de gebruikers zouden kunnen overschakelen bij een kleine, maar niet van voorbijgaande aard zijnde stijging van de desbetreffende prijzen. Wanneer die technologieën eenmaal geïdentificeerd zijn, kunnen de marktaandelen worden berekend door de inkomsten van de partijen uit licenties te delen door de totale inkomsten uit licenties van alle licentiegevers.
112. De positie van de partijen op de markt van bestaande technologie is een relevant beoordelingscriterium wanneer O & O-samenwerking betrekking heeft op een aanzienlijke verbetering van een bestaande technologie of op een nieuwe technologie die waarschijnlijk de bestaande zal vervangen. Het marktaandeel van de partijen kan evenwel slechts als uitgangspunt voor deze analyse worden genomen. In technologiemarkten moet bijzondere aandacht worden besteed aan potentiële concurrentie. Indien ondernemingen die momenteel hun technologie niet in licentie geven potentiële nieuwkomers zijn op de technologiemarkt, kunnen zij de mogelijkheid van de partijen om de prijs van hun technologie op rendabele wijze te verhogen, beperken. Met dit aspect van de analyse kan ook rechtstreeks rekening worden gehouden bij de berekening van marktaandelen door die te baseren op de verkoop van de producten met de in licentie gegeven technologie op downstream gelegen productmarkten (zie het onderdeel inzake de berekening van marktaandelen hieronder).

Mededinging op het gebied van innovatie (O & O-activiteiten)

113. Het is mogelijk dat O & O-samenwerking geen - of niet uitsluitend - gevolgen heeft voor de mededinging op bestaande markten, maar ook voor de mededinging op innovatiegebied en op nieuwe productmarkten. Dit is het geval wanneer de O & O-samenwerking betrekking heeft op de ontwikkeling van nieuwe producten of technologie die - indien zij succesvol zijn - ooit de bestaande kunnen vervangen, of die worden ontwikkeld met het oog op een nieuw gebruik en derhalve geen bestaande producten zullen vervangen maar een volledig nieuwe vraag zullen scheppen. De gevolgen voor de mededinging op innovatiegebied zijn in dergelijke gevallen belangrijk, maar kunnen in sommige gevallen niet voldoende worden beoordeeld op grond van een analyse van de daadwerkelijke of potentiële mededinging op bestaande product- of technologiemarkten. In dit opzicht kunnen twee scenario's worden onderscheiden, afhankelijk van de aard van het innovatieproces in een bepaalde bedrijfstak.

⁶³ Zie de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, aangehaald in voetnoot 5. Zie ook Richtsnoeren Technologieoverdracht, aangehaald in voetnoot 62, punten 19 en volgende.

114. In het eerste scenario, dat bijvoorbeeld geldt in de farmaceutische industrie, is het innovatieproces op dusdanige wijze gestructureerd dat in een vroeg stadium concurrerende O & O-pools kunnen worden onderkend. Concurrerende O & O-pools zijn O & O-inspanningen die gericht zijn op een bepaald nieuw product of een bepaalde nieuwe technologie en de O & O-activiteiten die deze O & O-inspanningen kunnen vervangen, dat wil zeggen O & O-activiteiten die gericht zijn op de ontwikkeling van producten of technologie die de producten en technologie die het voorwerp van de samenwerking zijn, kunnen vervangen en die volgens een gelijkaardig tijdschema verlopen. In dit geval kan worden onderzocht of er na de overeenkomst een voldoende aantal O & O-pools overblijven. Het uitgangspunt van de analyse ligt in de O & O-activiteiten van de partijen. Vervolgens moeten geloofwaardige concurrerende O & O-pools worden onderkend. Teneinde de geloofwaardigheid van concurrerende pools te beoordelen, moet met de volgende aspecten rekening worden gehouden: de aard, de reikwijdte en de omvang van potentiële andere O & O-activiteiten, hun toegang tot financiële en menselijke hulpbronnen, knowhow en octrooien of andere specifieke activa, alsook hun tijdschema en hun mogelijkheid eventuele resultaten te exploiteren. Een O & O-pool is niet geloofwaardig als concurrent indien die bijvoorbeeld door de toegang tot hulpmiddelen of het tijdschema niet kan worden beschouwd als een naaste vervanging voor de O & O-activiteit van de partijen.
115. Naast de rechtstreekse gevolgen voor de innovatie, kan de samenwerking ook gevolgen hebben voor de nieuwe productmarkt. Het is vaak moeilijk om de gevolgen voor een dergelijke markt rechtstreeks te analyseren, omdat zij door haar aard zelf nog niet bestaat. De analyse van dergelijke markten zal daarom vaak impliciet worden opgenomen in de analyse van de mededinging op het gebied van innovatie. Het kan echter noodzakelijk zijn op een dergelijke markt rechtstreeks de gevolgen van aspecten van de overeenkomst die verder reiken dan de O & O-fase, in aanmerking te nemen. Een O & O-overeenkomst die een gezamenlijke productie en commercialisering op de nieuwe productmarkt inhoudt, kan bijvoorbeeld anders worden beoordeeld dan een zuivere O & O-overeenkomst.
116. In het tweede scenario zijn de innovatieactiviteiten in een bedrijfstak onvoldoende duidelijk gestructureerd om O & O-pools te kunnen onderkennen. In dit geval zou de Commissie, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, niet trachten de gevolgen van een bepaalde O & O-samenwerking voor innovatieactiviteiten te beoordelen, maar zou zij zich beperken tot de product- en/of technologiemarkten die met de betrokken O & O-samenwerking verband houden.

Berekening van marktaandelen

117. Bij de berekening van de marktaandelen moet, zowel in het kader van de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O⁶⁴ als in het kader van deze richtsnoeren, het onderscheid tussen bestaande markten en concurrentie inzake innovatie tot uiting komen. Bij het begin van een O & O-samenwerking is het referentiepunt de bestaande markt voor producten die kunnen worden verbeterd of vervangen door de producten die in ontwikkeling zijn. Wanneer de O & O-overeenkomst uitsluitend beoogt bestaande producten te verbeteren of te

⁶⁴ Aangehaald in voetnoot 3.

verfijnen, omvat deze markt de producten waarop de O & O rechtstreeks betrekking heeft. De marktaandelen kunnen in dat geval worden berekend op grond van de waarde van de verkopen van de bestaande producten.

118. Indien de O & O erop gericht is een bestaand product te vervangen, zal het nieuwe product - in het geval van welslagen - een substituuat worden voor de bestaande producten. Om de concurrentiepositie van de partijen te beoordelen, kunnen de marktaandelen eveneens worden berekend op basis van de waarde van de verkopen van de bestaande producten. De groepsvrijstellingsverordening inzake O & O baseert de vrijstelling van deze situaties bijgevolg op het marktaandeel op de relevante markt voor de producten die door de contractproducten kunnen worden verbeterd of vervangen. Om onder de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O te vallen, mag dit marktaandeel niet meer bedragen dan 25%⁶⁵.
119. Bij technologiemarkten is een mogelijke werkwijze de marktaandelen te berekenen op basis van het deel van elke technologie van de totale licentie-inkomsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van een technologie vertegenwoordigt op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Dit is wegens een gebrek aan duidelijke informatie betreffende royalty's en het gebruik van onderlinge licentieverlening vrij van royalty's echter vaak een veeler theoretische en weinig praktische werkwijze. Een alternatieve werkwijze is de marktaandelen op de technologiemarkt te berekenen op basis van de verkoop op downstream-productmarkten van goederen of diensten met de in licentie gegeven technologie. Bij deze werkwijze wordt de totale verkoop op de relevante productmarkt in aanmerking genomen, ongeacht of het product al dan niet betrekking heeft op een technologie die in licentie wordt gegeven⁶⁶. Ook op deze markt mag het aandeel niet meer bedragen dan 25% (ongeacht de werkwijze die gebruikt wordt voor de berekening) opdat de voordelen van de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O van toepassing zouden zijn.
120. Indien de O & O ten doel heeft een product te ontwikkelen dat een volledig nieuwe vraag in het leven zal roepen, kunnen de marktaandelen niet worden berekend op grond van de verkopen. Alleen een analyse van de gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging inzake innovatie is mogelijk. Bijgevolg behandelt de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O deze overeenkomsten als overeenkomsten tussen niet-concurrenten en stelt hen ongeacht het marktaandeel vrij voor een periode van zeven jaar nadat het product voor het eerst op de markt is gebracht⁶⁷. Het voordeel van de groepsvrijstelling kan evenwel worden ingetrokken indien de overeenkomst de daadwerkelijke mededinging inzake innovatie uitschakelt⁶⁸. Na de periode van zeven jaar kunnen marktaandelen worden berekend op grond van de waarde van de verkopen en is de marktaandeedrempel van 25% van toepassing⁶⁹.

⁶⁵ Zie artikel 4, lid 2, van de O & O-groepsvrijstellingsverordening, aangehaald in voetnoot 3.

⁶⁶ Zie ook Richtsnoeren Technologieoverdracht, aangehaald in voetnoot 62, punt 23.

⁶⁷ Zie artikel 4, lid 1, van de O&O-groepsvrijstellingsverordening, aangehaald in voetnoot 3.

⁶⁸ Zie overwegingen 19 en 20 van de O&O-groepsvrijstellingsverordening, aangehaald in voetnoot 3.

⁶⁹ Zie artikel 4, lid 3, van de O&O-groepsvrijstellingsverordening, aangehaald in voetnoot 3.

3.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

3.3.1. Belangrijkste mededingingsbezwaren

121. O & O-samenwerking kan de mededinging op verschillende manieren beperken. Allereerst kan zij de innovatie beperken of afremmen, waardoor er minder of slechtere producten later op de markt worden gebracht dan anders het geval zou zijn. In de tweede plaats kan de O & O-overeenkomst op product- of technologiemarkten de mededinging tussen de partijen die buiten de overeenkomst vallen aanzienlijk verminderen, of maakt zij mededingingsbeperkende coördinatie op deze markten waarschijnlijker. Een afschermingsprobleem kan slechts ontstaan bij een samenwerking waarbij minstens één marktdeelnemer betrokken is die aanzienlijke marktmacht heeft (hetgeen niet noodzakelijkerwijze neerkomt op een machtspositie) ten aanzien van wezenlijke technologie en de exclusieve exploitatie van de resultaten.

3.3.2. Doelbewuste mededingingsbeperkingen

122. O & O-overeenkomsten vormen doelbewust een mededingingsbeperking indien zij niet werkelijk betrekking hebben op gemeenschappelijk O & O, maar worden gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten en dus over te gaan tot verboden prijsvaststelling, productiebeperking of marktverdeling. Een O & O-overeenkomst die er tevens op gericht is de eventuele toekomstige resultaten gezamenlijk te exploiteren, beperkt echter niet noodzakelijkerwijze de mededinging.

3.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

123. De meeste O & O-overeenkomsten vallen niet binnen de werkingssfeer van artikel 101, lid 1. Dit geldt in de eerste plaats voor een groot aantal overeenkomsten die betrekking hebben op O & O-samenwerking in een eerder vroeg stadium dat ver verwijderd is van de exploitatie van de eventuele resultaten.

124. Bovendien beperkt de O & O-samenwerking tussen ondernemingen die elkaar niet beconcurreren in het algemeen de mededinging niet⁷⁰. De concurrentieverhouding tussen de partijen moet worden onderzocht in de context van bestaande markten en/of innovatiemarkten waarop de samenwerking gevolgen heeft. Indien de partijen niet in staat zijn de noodzakelijke O & O onafhankelijk uit te voeren, zal de O & O-overeenkomst over het algemeen geen mededingingsbeperkende effecten hebben. Dit geldt bijvoorbeeld voor ondernemingen die aanvullende bekwaamheden, technologieën en andere middelen samenbrengen. De potentiële mededinging moet op een realistische grondslag worden beoordeeld. Partijen kunnen bijvoorbeeld niet als potentiële concurrenten worden aangemerkt omdat de samenwerking hen in staat stelt de O & O-activiteiten uit te voeren. Doorslaggevend is de vraag of elke partij afzonderlijk over de noodzakelijke middelen beschikt op het gebied van activa, knowhow en andere hulpmiddelen.

⁷⁰ Een O & O-samenwerking tussen ondernemingen die elkaar niet beconcurreren, kan evenwel afschermende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, indien de samenwerking betrekking heeft op een exclusieve exploitatie van resultaten en gesloten is tussen ondernemingen waarvan één onderneming aanzienlijke mate van marktmacht heeft (hetgeen niet noodzakelijkerwijze neerkomt op een machtspositie) met betrekking tot een wezenlijke technologie.

125. De uitbesteding van O & O-activiteiten die voorheen in de onderneming zelf werden verricht, is een bijzondere vorm van O & O-samenwerking. In een dergelijk scenario vindt de O & O vaak plaats in gespecialiseerde ondernemingen, onderzoeksinstituten of academische instellingen die zich niet bezighouden met de exploitatie van de resultaten. Gewoonlijk worden dergelijke overeenkomsten gecombineerd met een overdracht van knowhow en/of een exclusieve leveringsclausule met betrekking tot de mogelijke resultaten, die, aangezien de samenwerkende partijen in deze scenario's complementair zijn, niet leiden tot mededingingsbeperkende effecten in de zin van artikel 101, lid 1.
126. O & O-samenwerking die geen betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de eventuele resultaten door middel van licenties, productie en/of het op de markt brengen van die resultaten, leidt zelden tot mededingingsbeperkende effecten in de zin van artikel 101, lid 1. Deze zuivere O & O-overeenkomsten kunnen slechts aanleiding geven tot mededingingsproblemen indien de mededinging met betrekking tot innovatie aanzienlijk wordt beperkt, waardoor slechts een beperkt aantal geloofwaardige O & O-pools overblijven.
127. O & O-overeenkomsten kunnen enkel mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de betrokken partijen bij de samenwerking marktmacht hebben op de bestaande markten en/of wanneer de mededinging met betrekking tot de innovatie aanzienlijk wordt beperkt.
128. Er is geen absolute drempelwaarde waarboven kan worden aangenomen dat een O & O-overeenkomst marktmacht in het leven roept of in stand houdt en daardoor wellicht mededingingsbeperkende effecten zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Voor O & O-overeenkomsten tussen concurrenten geldt evenwel een groepsvrijstelling voor zover hun gecombineerd marktaandeel niet meer bedraagt dan 25% en aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O is voldaan.
129. Overeenkomsten die buiten de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O vallen doordat het gecombineerd marktaandeel van de partijen meer bedraagt dan 25%, geven niet noodzakelijk aanleiding tot mededingingsbeperkende gevolgen. Naarmate de gecombineerde positie van de partijen op bestaande markten sterker is en/of de beperking van de mededinging inzake innovatie toeneemt, is het echter wel waarschijnlijker dat de O & O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft.
130. Wanneer de O & O gericht is op de verbetering of verfijning van bestaande producten of technologieën, betreffen de mogelijke gevolgen de relevante markt of markten van deze bestaande producten of technologieën. Gevolgen voor prijzen, productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie op bestaande markten zijn evenwel slechts waarschijnlijk ingeval de partijen samen een sterke positie hebben, de toegang tot die markten moeilijk is en slechts weinig andere innovatieactiviteiten worden verricht. Wanneer O & O voorts slechts betrekking heeft op een relatief onbeduidende component van een eindproduct, zijn de eventuele gevolgen voor de mededinging op de markt van het eindproduct, als die er zijn, zeer gering.
131. In het algemeen moet een onderscheid worden gemaakt tussen zuivere O & O-overeenkomsten en overeenkomsten die voorzien in een ruimere

samenwerking die verschillende fases van de exploitatie van de resultaten omvat (licentieverlening, productie en het op de markt brengen). Zoals hierboven is beschreven, leiden zuivere O & O-overeenkomsten slechts zelden tot mededingingsbeperkende effecten in de zin van artikel 101, lid 1. Dit geldt inzonderheid voor O & O die gericht zijn op een beperkte verbetering van bestaande producten of technologieën. Omvat de O & O-samenwerking in een dergelijk scenario een gezamenlijke exploitatie die beperkt is tot licentieverlening aan derden, dan is het weinig waarschijnlijk dat die beperkende gevolgen, zoals afscherming, tot gevolg zal hebben. Omvat de samenwerking evenwel de gezamenlijke productie en/of het op de markt brengen van licht verbeterde producten of technologieën, dan moeten de gevolgen van de samenwerking op de mededinging nader worden onderzocht. De kans op mededingingsbeperkende gevolgen in de vorm van hogere prijzen of beperkte productie op bestaande markten is groter wanneer bij de samenwerking belangrijke concurrenten betrokken zijn.

132. Ingeval de O & O gericht is op een volledig nieuw product of volledig nieuwe technologie dat of die een eigen nieuwe markt tot stand brengt, zijn gevolgen voor de prijs en de productie op bestaande markten eerder onwaarschijnlijk. Het onderzoek moet gericht zijn op potentiële beperkingen van de innovatie die bijvoorbeeld betrekking hebben op de kwaliteit en de diversiteit van potentiële toekomstige producten of technologieën of de voortgang van de innovatie. Die beperkende effecten kunnen zich voordoen wanneer twee of meer van de weinige ondernemingen die betrokken zijn bij de ontwikkeling van een dergelijk nieuw product beginnen samen te werken in een fase waarin ieder van hen op onafhankelijke wijze dichtbij de uitbrenging van het product is gekomen. Dergelijke effecten zijn meestal het rechtstreekse gevolg van de overeenkomst tussen de partijen. Innovatie kan zelfs door een zuivere O & O-overeenkomst worden beperkt. In het algemeen geeft O & O-samenwerking op het gebied van volledig nieuwe producten echter geen aanleiding tot mededingingsbeperkende effecten, tenzij er slechts een beperkt aantal geloofwaardige O & O-pools bestaan. Hierin komt geen grote wijziging ingeval de samenwerking betrekking heeft op de gemeenschappelijke exploitatie van de resultaten of zelfs op het gemeenschappelijk vermarkten ervan. In deze gevallen geeft de kwestie van gemeenschappelijke exploitatie slechts aanleiding tot mededingingsbeperkende effecten daar waar afscherming van wezenlijke technologieën een rol speelt. Dergelijke problemen zouden echter niet rijzen wanneer de partijen licenties verlenen die derden in staat stellen daadwerkelijk te concurreren.
133. Vele O & O-overeenkomsten houden het midden tussen de twee hierboven beschreven situaties. Derhalve kunnen zij gevolgen hebben voor de innovatie en repercussies hebben op bestaande markten. Om die reden kunnen de bestaande markt en de gevolgen voor de innovatie relevant zijn voor de beoordeling met betrekking tot de gecombineerde posities van de partijen, de concentratieratio's, het aantal spelers/innovatoren en de toegangsvoorwaarden op de markt. In sommige gevallen kan er sprake zijn van mededingingsbeperkende effecten in de vorm van hogere prijzen of beperkte productie, innovatie, productkwaliteit of –diversiteit op bestaande markten, en in de vorm van een negatieve beïnvloeding van de innovatie door afremming van de ontwikkeling. Ingeval belangrijke concurrenten op een bestaande technologiemarkt bijvoorbeeld samenwerken bij de ontwikkeling van een nieuwe technologie die ooit bestaande producten kan vervangen, kan deze samenwerking mogelijkerwijze de ontwikkeling van een nieuwe technologie afremmen indien de partijen marktmacht hebben op de bestaande markt en tevens een sterke positie op

het betrokken O & O-gebied innemen. Een vergelijkbaar gevolg kan zich voordoen ingeval de grootste speler op een bestaande markt samenwerkt met een veel kleinere speler of met een potentiële concurrent die op het punt staat met een nieuw product of een nieuwe technologie op de markt te komen, waardoor de positie van de gevestigde onderneming in gevaar kan komen.

134. Bepaalde overeenkomsten kunnen buiten het toepassingsgebied van de groepsvrijstellingsverordening inzake O & O vallen ongeacht de marktmacht van de partijen. Dit geldt bijvoorbeeld voor overeenkomsten die de toegang van een partij tot de resultaten van een O & O-samenwerking beperken⁷¹. De groepsvrijstellingsverordening inzake O & O voorziet in een specifieke uitzondering op deze algemene regel voor academische instellingen, onderzoeksinstituten of gespecialiseerde ondernemingen die O & O als een dienstverlening aanbieden en die zich niet bezighouden met de industriële exploitatie van de resultaten van onderzoek en ontwikkeling⁷². Niettemin kunnen overeenkomsten die exclusieve toegangsrechten bevatten aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen indien zij onder artikel 101, lid 1, vallen, inzonderheid wanneer de exclusieve toegangsrechten economisch onmisbaar zijn in het licht van de markt, de risico's en de omvang van de investeringen die nodig zijn om de resultaten van het onderzoek en de ontwikkeling te exploiteren.

3.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

3.4.1. Efficiëntieverbeteringen

135. Vele O & O-overeenkomsten brengen, ongeacht of zij gepaard gaan met een gemeenschappelijke exploitatie van de potentiële resultaten, efficiëntieverbeteringen teweeg door aanvullende bekwaamheden en activa te bundelen, hetgeen resulteert in een snellere ontwikkeling van verbeterde of nieuwe producten en technologieën die ook sneller op de markt worden gebracht. O & O-overeenkomsten kunnen ook leiden tot kostenverlagingen.

3.4.2. Onmisbaarheid

136. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de via een O & O-overeenkomst bereikte efficiëntieverbeteringen te behalen, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. De in artikel 5 van de O & O-groepsvrijstellingsverordening opgesomde beperkingen maken het mogelijkwijze minder waarschijnlijk dat na een individuele beoordeling wordt vastgesteld dat aan de criteria van artikel 101, lid 3, wordt voldaan. Het is daarom over het algemeen noodzakelijk dat de partijen bij een O & O-overeenkomst aantonen dat dergelijke beperkingen onmisbaar zijn bij de samenwerking.

3.4.3. Doorgeven aan de gebruikers

137. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende effecten van de O & O-overeenkomst te compenseren.

⁷¹ Zie artikel 3, lid 3, van de O & O-groepsvrijstellingsverordening, aangehaald in voetnoot 3.

⁷² Zie artikel 3, lid 3, van de O & O-groepsvrijstellingsverordening, aangehaald in voetnoot 3.

Over het algemeen zal een O & O-overeenkomst voor meer efficiëntieverbeteringen ten voordele van gebruikers zorgen naarmate de O & O-overeenkomst de combinatie van aanvullende vaardigheden en activa als gevolg heeft. De partijen bij een overeenkomst kunnen bijvoorbeeld verschillende onderzoekcapaciteiten hebben. Als anderzijds de vaardigheden en activa van de partijen heel gelijksoortig zijn, kan het belangrijkste gevolg van de O & O-overeenkomst de gedeeltelijke of volledige verdwijning van O & O van een of meer partijen zijn. Dit zou de (vaste) kosten voor de partijen bij de overeenkomst schrappen, maar zou wellicht niet tot winsten leiden die aan consumenten worden doorgegeven. Hoe groter de marktmacht van de partijen is, hoe minder waarschijnlijk het overigens is dat zij de efficiëntieverbeteringen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende effecten compenseert.

3.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

138. Aan de criteria 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 (of technologieën) uit te schakelen.

3.4.5. *Tijdstip van de beoordeling*

139. De toetsing van mededingingsbeperkende overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 3, vindt plaats in de feitelijke context van de overeenkomst en op basis van de op een bepaald moment bestaande feiten. Deze toetsing is gevoelig voor substantiële veranderingen in de feiten. De uitzonderingsregeling van artikel 101, lid 3, is van toepassing zolang aan de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, wordt voldaan, en is niet meer van toepassing wanneer dat niet langer het geval is. Bij de toepassing van artikel 101, lid 3, overeenkomstig deze beginselen is het noodzakelijk rekening te houden met de initiële verzonken investeringen die de partijen hebben gemaakt, 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 ten uitvoer te leggen, kunnen er bijgevolg voor zorgen dat de overeenkomst, naar gelang het geval, gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen, buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, valt of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. Indien de uitvinding die voortvloeit uit de investering enige exclusiviteit zou genieten die overeenkomstig de regels inzake de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten werd verleend aan de partijen, zal de terugverdienperiode van een dergelijke investering wellicht niet langer zijn dan de exclusiviteitsperiode die overeenkomstig deze regels werd vastgelegd.
140. In sommige gevallen is de mededingingsbeperkende overeenkomst een onomkeerbaar feit. Zodra deze overeenkomst ten uitvoer is gelegd, kan de vroegere situatie niet meer worden hersteld. In dergelijke gevallen dient de beoordeling uitsluitend plaats te vinden op basis van de feiten die betrekking hebben op het tijdstip van de tenuitvoerlegging. Zo kan het bijvoorbeeld in het geval van een O & O-overeenkomst waarbij elke partij ermee instemt haar respectieve onderzoeksproject op te geven en haar capaciteiten te poolen met die van een andere partij, uit objectief oogpunt technisch en economisch onmogelijk zijn het project

nieuw leven in te blazen zodra het project is afgeblazen. De beoordeling van de positieve en negatieve mededingingseffecten van de overeenkomst om de individuele onderzoeksprojecten op te geven, moet daarom worden gemaakt zodra de tenuitvoerlegging ervan is voltooid. Wanneer op dat moment de overeenkomst verenigbaar is met artikel 101 - 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 de projecten van derden nadien mislukken. Het verbod van artikel 101 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 gemeenschappelijk O & O ook voorziet in gezamenlijke exploitatie, kan artikel 101 gelden voor dit deel van de overeenkomst wanneer als gevolg van latere marktontwikkelingen de overeenkomst mededingingsbeperkend wordt en niet (langer) voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, rekening houdend met de voorafgaande verzonken kosten.

3.5. Voorbeelden

141. Invloed van gemeenschappelijk O & O op innovatiemarkten of nieuwe productmarkten

Voorbeeld 1

Situatie: A en B zijn twee belangrijke fabrikanten van bestaande elektronische onderdelen op de Europese markt. Beiden hebben een marktaandeel van 30%. Zij hebben elk aanzienlijke investeringen verricht in onderzoek en ontwikkeling die noodzakelijk zijn voor de ontwikkeling van elektronische miniatuuronderdelen en hebben de eerste prototypes ontwikkeld. Zij komen overeen deze O & O-inspanningen samen te brengen in een gemeenschappelijke onderneming met het oog op de voltooiing van de O & O en de productie van de componenten, welke zullen worden terugverkocht aan de moedermaatschappijen, die deze afzonderlijk op de markt zullen brengen. De rest van de markt bestaat uit kleine ondernemingen die niet over voldoende middelen beschikken om de noodzakelijke investeringen te verrichten.

Analyse : Elektronische miniatuuronderdelen die waarschijnlijk op sommige gebieden zullen concurreren met bestaande onderdelen, zijn voornamelijk een nieuwe technologie en de onderzoekspolen die gericht zijn op deze toekomstige markt moeten worden onderzocht. Indien de gemeenschappelijke onderneming haar opdracht volbrengt, bestaat er slechts één toegang tot de noodzakelijke fabricagetechnologie, terwijl het waarschijnlijk lijkt dat A en B de markt afzonderlijk zouden kunnen bereiken met verschillende producten. De overeenkomst beperkt dus de productdiversiteit. De gezamenlijke productie kan ook de mededinging tussen de partijen bij de overeenkomst rechtstreeks beperken en hen ertoe leiden het productieniveau, de kwaliteit of andere belangrijke concurrentieparameters overeen te komen. Hoewel de partijen de producten onafhankelijk van elkaar op de markt brengen, zou dit de mededinging beperken. De partijen zouden bijvoorbeeld de productie van de gemeenschappelijke onderneming kunnen beperken in vergelijking met wat zij op de markt zouden hebben gebracht indien zij zelf over hun productie zouden hebben beslist. De gemeenschappelijke onderneming zou ook een hoge verkoopprijs kunnen

doorrekenen aan de partijen, waardoor de productiekosten voor de partijen zouden toenemen, hetgeen vervolgens tot hogere downstream-prijzen zou kunnen leiden. De partijen hebben een groot gecombineerd marktaandeel op de bestaande downstream-markt en de rest van de markt is gefragmenteerd. Deze situatie zal zich waarschijnlijk nog scherper aftekenen op de nieuwe downstream-productmarkten, aangezien de kleinere concurrenten niet kunnen investeren in de nieuwe onderdelen. Om die reden is het waarschijnlijk dat de gezamenlijke productie de mededinging zal beperken. Bovendien zal de markt voor elektronische miniatuuronderdelen zich in de toekomst waarschijnlijk ontwikkelen tot een duopolie met een hoge mate van kostendeling en een mogelijkheid tot uitwisseling tussen de partijen van uit commercieel oogpunt gevoelige informatie. Bovendien wordt ook het risico op concurrentiebeperkende coördinatie groter, waardoor een heimelijke verstandhouding op deze markt kan ontstaan. Hierdoor is het waarschijnlijk dat de O & O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1. Hoewel de overeenkomst enerzijds zou kunnen zorgen voor efficiëntieverbeteringen doordat een nieuwe techniek sneller op de markt komt, zouden de partijen anderzijds geen concurrentie op O & O-gebied ondervinden en zouden zij derhalve veel minder gestimuleerd zijn om sneller een nieuwe technologie te ontwikkelen. Hoewel sommige van deze bezorgdheden kunnen worden verholpen indien de partijen zich ertoe zouden verbinden de wezenlijke knowhow voor de fabricage van de miniatuuronderdelen tegen redelijke voorwaarden in licentie te geven aan derden, lijkt het weinig waarschijnlijk dat dit een oplossing biedt voor alle bedenkingen en dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldaan zou zijn.

Voorbeeld 2

Situatie: Een kleine onderzoeksonderneming A die niet over een eigen verkooporganisatie beschikt, heeft een farmaceutisch middel ontdekt en daarop een octrooi verworven. Het middel is gebaseerd op een nieuwe technologie die de behandeling van een bepaalde ziekte radicaal verandert. Onderneming A sluit een O & O-overeenkomst met een grote geneesmiddelenproducent B, die de producten vervaardigt die tot dusver voor de behandeling van de ziekte zijn gebruikt. Onderneming B beschikt niet over een gelijkaardige expertise en een vergelijkbaar O & O-programma en zou een dergelijke expertise niet binnen een behoorlijk tijdsbestek kunnen ontwikkelen. Onderneming B heeft een marktaandeel van ongeveer 75% op de markt van de bestaande producten in alle lidstaten, maar de octrooien verstrijken binnen een periode van vijf jaar. Er bestaan twee andere onderzoekspools die zich ongeveer in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden en dezelfde nieuwe basistechnologie gebruiken. Onderneming B verstrekt aanzienlijke financiële middelen en knowhow voor de productontwikkeling en voor de toekomstige toegang tot de markt. Onderneming B krijgt een licentie voor de exclusieve productie en distributie van de uit het onderzoek voortvloeiende producten gedurende de looptijd van het octrooi. Er wordt aangenomen dat het product binnen vijf tot zeven jaar op de markt zal worden gebracht.

Analyse : Het product zal waarschijnlijk tot een nieuwe relevante markt behoren. De partijen brengen aanvullende middelen en bekwaamheden in de samenwerking in en de waarschijnlijkheid dat het product op de markt wordt gebracht neemt

wezenlijk toe. Hoewel onderneming B waarschijnlijk een aanzienlijke marktmacht heeft op de bestaande markt, zal deze macht binnenkort afnemen. De overeenkomst zal voor B niet leiden tot een verlies in O & O, aangezien B op dit gebied geen expertise heeft, en het bestaan van andere onderzoekspools zal waarschijnlijk verhinderen dat de O & O-inspanningen worden verminderd. De exploitatierechten gedurende de resterende octrooiperiode zijn vermoedelijk noodzakelijk om onderneming B in staat te stellen de aanzienlijke investeringen te verrichten. Bovendien beschikt onderneming A niet over een commerciële structuur. Hierdoor is het onwaarschijnlijk dat de O & O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1. Zelfs wanneer er dergelijke gevolgen zouden zijn, is het waarschijnlijk dat de voorwaarden van artikel 101, lid 3, vervuld zijn.

142. Gevaar van marktafsluiting

Voorbeeld 3

Situatie: Een kleine onderzoeksonderneming A die niet over een eigen verkooporganisatie beschikt, heeft een nieuwe technologie ontdekt en daarop een octrooi verworven. De markt voor een bepaald product waarop producent B een wereldwijde monopoliepositie heeft doordat er geen ondernemingen zijn die kunnen concurreren met de huidige technologie van B, zal hierdoor radicaal worden veranderd. Er bestaan twee andere onderzoekspools die zich ongeveer in dezelfde ontwikkelingsfase bevinden en dezelfde nieuwe basistechnologie gebruiken. Onderneming B verstrekt aanzienlijke financiële middelen en knowhow voor de productontwikkeling en voor de toekomstige toegang tot de markt. Onderneming B krijgt een licentie voor het exclusieve gebruik van de technologie gedurende de looptijd van het octrooi en verbindt zich ertoe enkel de ontwikkeling van de technologie van A te financieren.

Analyse : Het product zal vermoedelijk tot een nieuwe relevante markt behoren. De partijen brengen aanvullende middelen en bekwaamheden in de samenwerking in en de waarschijnlijkheid dat het product op de markt wordt gebracht neemt wezenlijk toe. Doordat onderneming B zich echter toespitst op de technologie van onderneming A, zullen de twee concurrerende onderzoekspools vermoedelijk afzien van hun projecten, aangezien het wellicht moeilijk zal zijn om financiering te blijven ontvangen wanneer zij de meest waarschijnlijke potentiële afnemer van de technologie kwijt zijn. In een dergelijke situatie zal geen potentiële concurrent de monopoliepositie van onderneming B in de toekomst in gevaar kunnen brengen. De afschermende gevolgen van de overeenkomst zouden dan waarschijnlijk geacht worden mededingingsbeperkende effecten te hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Om een beroep te kunnen doen op artikel 101, lid 3, moeten de partijen aantonen dat de verleende exclusiviteit onmisbaar is voor het op de markt brengen van de nieuwe technologie.

143. Invloed van O & O-samenwerking op dynamische product- en technologiemarkten

Voorbeeld 4

Situatie: Twee engineeringbedrijven 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. Zij brengen tevens hun bestaande activiteiten inzake het in licentie geven van technologieën op dit gebied in, maar blijven de onderdelen afzonderlijk fabriceren en verkopen. De twee bedrijven hebben in Europa marktaandeelen van respectievelijk 15% en 20% op de OEM-productmarkt. Er zijn twee andere grote concurrenten en een aantal grote automobiefabrikanten voeren verschillende eigen onderzoeksprogramma's uit. Op de wereldmarkt voor het in licentie geven van de technologie voor deze producten hebben de partijen marktaandeelen van respectievelijk 20% en 25% in termen van gegenereerde inkomsten. Bovendien bestaan er twee andere belangrijke technologieën. De levenscyclus van het onderdeel bedraagt twee tot drie jaar. Over de laatste vijf jaar heeft een van de grote ondernemingen elk jaar een nieuwe of een verbeterde versie op de markt gebracht.

Analyse : Daar de O & O-inspanningen van geen van de ondernemingen op een volledig nieuw product gericht is, zijn het de markten voor de bestaande onderdelen en voor het in licentie geven van relevante technologie die moeten worden onderzocht. Het gecombineerd marktaandeel van de partijen op de OEM-markt (35%) en in het bijzonder op de technologiemarkt (45%), is hoog. De partijen zullen de onderdelen echter afzonderlijk blijven vervaardigen en verkopen. Voorts zijn er verschillende concurrerende technologieën die regelmatig worden verbeterd. Daarenboven zijn de autofabrikanten, die thans hun technologie niet in licentie geven, eveneens potentiële betreders van de technologiemarkt, waardoor de mogelijkheid van de partijen om de prijzen op rendabele wijze te verhogen, wordt ingeperkt. Voor zover de gemeenschappelijke onderneming de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, zou beperken, hetgeen onwaarschijnlijk lijkt, voldoet die in elk geval aan de criteria van artikel 101, lid 3.

4. PRODUCTIEOVEREENKOMSTEN

4.1. Definitie en toepassingsgebied

144. Productieovereenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen. Zij kunnen erin voorzien dat de productie door één enkele partij of door twee of meer partijen wordt uitgevoerd. Ondernemingen kunnen gezamenlijk produceren door een gemeenschappelijke onderneming, d.w.z een onderneming waarover gezamenlijke zeggenschap wordt uitgeoefend en die één of meer productiefaciliteiten exploiteert, of door lossere samenwerkingsvormen inzake productie zoals onderaannemingscontracten waarbij één partij (de "opdrachtgever") een andere partij (de "toeleverancier") met de productie belast.
145. Er bestaan verschillende soorten onderaannemingscontracten. Horizontale onderaannemingscontracten worden overeengekomen tussen ondernemingen die op dezelfde productmarkt actief zijn, ongeacht of zij daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Verticale onderaannemingscontracten worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn in verschillende marktsegmenten.
146. Horizontale onderaannemingscontracten omvatten eenzijdige en wederkerige specialisatieovereenkomsten evenals onderaannemingscontracten die de verhoging van de productie als doel hebben. Eenzijdige specialisatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee partijen die actief zijn op dezelfde productmarkt of -markten, waarbij één partij zich ertoe verbindt de vervaardiging van bepaalde

producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot de vervaardiging van deze producten over te gaan doch deze van de andere partijen te kopen, die zich ertoe verbinden deze producten te vervaardigen en te leveren. Wederkerige specialisatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die actief zijn op dezelfde productmarkt of –markten, waarbij twee of meer partijen zich er op basis van wederkerigheid toe verbinden de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot de vervaardiging daarvan over te gaan doch deze van de andere partijen te kopen, die zich ertoe verbinden deze te vervaardigen en te leveren. In het geval van onderaannemingscontracten met als doel de verhoging van de productie, belast de opdrachtgever de toeleverancier met de vervaardiging van goederen, terwijl de opdrachtgever de eigen productie van de goederen niet stopzet of beperkt.

147. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op alle vormen van gezamenlijke productieovereenkomsten en horizontale onderaannemingscontracten. Onder bepaalde voorwaarden kunnen de gezamenlijke productieovereenkomsten en de eenzijdige en wederkerige specialisatieovereenkomsten onder de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie vallen⁷³.
148. Verticale onderaannemingscontracten vallen niet onder deze richtsnoeren. Zij vallen binnen de werkingssfeer van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁷⁴ en kunnen onder bepaalde voorwaarden onder de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen vallen⁷⁵. Voorts kunnen zij onder de bekendmaking inzake toelevering vallen⁷⁶.

4.2. Relevante markten

149. Teneinde de concurrentieverhouding tussen de samenwerkende partijen te beoordelen, moeten eerst de relevante markt of -markten worden afgebakend waarop de samenwerking inzake productie rechtstreeks betrekking heeft, meer bepaald de markten waartoe de producten waarop de productieovereenkomst betrekking heeft, behoren.
150. Een productieovereenkomst kan ook spillover-effecten hebben op naburige markten van die waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, bijvoorbeeld de upstream- of downstream-markt (de "spillover-markten")⁷⁷. De spillover-markten zijn waarschijnlijk relevant wanneer de markten onderling afhankelijk zijn en de partijen een sterke positie innemen op de spillover-markt.

4.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

4.3.1. Belangrijkste mededingingsbezwaren

151. Productieovereenkomsten, en in het bijzonder gemeenschappelijke productieondernemingen, kunnen de partijen ertoe aanzetten directe afspraken te

⁷³ Aangehaald in voetnoot 4.

⁷⁴ Aangehaald in voetnoot 9.

⁷⁵ Aangehaald in voetnoot 8.

⁷⁶ Bekendmaking van de Commissie betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2).

⁷⁷ Zoals genoemd in artikel 2, lid 4, van de concentratieverordening, aangehaald in voetnoot 1.

maken over het productieniveau en de kwaliteit, de prijs waartegen de gemeenschappelijke onderneming de producten verkoopt, of andere belangrijke parameters voor concurrentie. Dit kan de mededinging beperken, zelfs indien de partijen de producten onafhankelijk op de markt brengen en daardoor concurreren op de downstream-markt.

152. Productieovereenkomsten kunnen ook als gevolg hebben dat de partijen hun concurrentiegedrag als leveranciers op elkaar afstemmen, hetgeen leidt tot hogere prijzen en een beperktere productie, innovatie, productkwaliteit of –diversiteit en dus een heimelijke verstandhouding. Dit kan zich voordoen wanneer op grond van de productieovereenkomst, de gemeenschappelijke kosten van de partijen zo groot worden dat de partijen tot een heimelijke verstandhouding kunnen komen, of wanneer de overeenkomst de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie inhoudt die tot een heimelijke verstandhouding kan leiden.
153. Productieovereenkomsten kunnen bovendien leiden tot concurrentiebeperkende afscherming van derde partijen op een verbonden markt (bijvoorbeeld de downstream-markt die voor de input afhankelijk is van de markt waarop de productieovereenkomst wordt toegepast). Wanneer partijen die kiezen voor gezamenlijke productie in een upstream-markt bijvoorbeeld voldoende marktmacht kunnen verwerven, kunnen zij de prijs van een wezenlijk onderdeel in een downstream-markt verhogen. Zo kunnen zij de kosten van hun downstream-concurrenten opdrijven en hen uiteindelijk dwingen de markt te verlaten. Dit zou op zijn beurt de marktmacht van de partijen downstream verhogen, waardoor zij in staat worden gesteld de prijzen boven het concurrerend niveau te handhaven of op een andere manier de consumenten schade te berokkenen. Dergelijke mededingingsbezwaren kunnen zich voordoen ongeacht of de partijen bij de overeenkomst al dan niet concurrenten zijn op de markt waarop de samenwerking betrekking heeft. Deze soort afscherming zal evenwel slechts mededingingsbeperkende effecten hebben indien ten minste één partij een sterke positie heeft op de markt waarop het risico op marktafscherming wordt vastgesteld.

4.3.2. *Doelbewuste mededingingsbeperkingen*

154. Productieovereenkomsten vormen een doelbewuste mededingingsbeperking indien zij niet werkelijk betrekking hebben op gemeenschappelijke productie of horizontale onderaanneming, maar dienen als middel om een verkapt kartel op te zetten van verboden praktijken zoals prijsvaststelling, productiebeperking of marktverdeling.
155. Over het algemeen hebben overeenkomsten waarbij de prijzen worden vastgesteld, de productie wordt beperkt of de markten of afnemers worden verdeeld, als doel een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. In de context van productieovereenkomsten geldt dit evenwel niet in twee gevallen:
- wanneer de partijen de productie vastleggen waarop de productieovereenkomst rechtstreeks betrekking heeft (bijvoorbeeld de capaciteit en het productievolume van een gemeenschappelijke onderneming, of de hoeveelheid producten welke zullen worden uitbesteed); of
 - wanneer in een productieovereenkomst, die eveneens de gezamenlijke distributie van de gefabriceerde producten omvat, voorzien is in de gezamenlijke vaststellingen van de verkoopprijzen van die producten, mits dit noodzakelijk is

voor de integratie van de productiefuncties en distributiefuncties van de overeenkomst.

In beide gevallen moet worden beoordeeld of de overeenkomst waarschijnlijk aanleiding geeft tot mededingingsbeperkende effecten in de zin van artikel 101, lid 1. In de beide bovenstaande scenario's wordt de overeenkomst inzake de productie of de prijzen niet afzonderlijk beoordeeld, doch in het licht van alle gevolgen die de productieovereenkomst heeft op de markt.

4.3.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

156. Of de mogelijke mededingingsbezwaren als gevolg van de productieovereenkomsten zich in een bepaald geval zullen voordoen, is afhankelijk van de kenmerken van de markt waarop de overeenkomst gesloten wordt, alsook van de aard en de marktdekking van de samenwerking en het product waarop de samenwerking betrekking heeft. Deze variabelen bepalen de vermoedelijke gevolgen van een productieovereenkomst voor de mededinging en bijgevolg ook de toepasselijkheid van artikel 101, lid 1.
157. Of een productieovereenkomst vermoedelijk mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt af van de referentiesituatie, d.w.z. de situatie die zonder de overeenkomst met haar vermeende beperkingen zou bestaan. Bij productieovereenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op markten waarop de samenwerking plaatsvindt, zijn mededingingsbeperkende gevolgen derhalve onwaarschijnlijk indien de samenwerking een nieuwe markt in het leven roept, d.w.z. wanneer de partijen door de overeenkomst een nieuw goed of een nieuwe dienst op de markt kunnen brengen, hetgeen ze anders niet hadden gekund.
158. Een productieovereenkomst kan de mededinging tussen de partijen bij de overeenkomst rechtstreeks beperken of kan tot een heimelijke verstandhouding of concurrentiebeperkende afscherming leiden doordat de marktmacht van de ondernemingen en hun gemeenschappelijke kosten toenemen en/of er commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld. Anderzijds is een rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen, een heimelijke verstandhouding of concurrentieverstorende afscherming onwaarschijnlijk wanneer de partijen bij de overeenkomst geen marktmacht bezitten op de markt waarop de mededingingsbezwaren worden beoordeeld. Alleen met marktmacht kunnen de partijen op rendabele wijze de prijzen boven het concurrerende niveau handhaven, of de productie, productkwaliteit of -diversiteit op rendabele wijze onder het concurrerende niveau handhaven.
159. Wanneer een onderneming met marktmacht op een markt samenwerkt met een potentiële toetreder, bijvoorbeeld met een aanbieder van hetzelfde product in een naburige geografische markt of productmarkt, kan de overeenkomst mogelijk de marktmacht van de gevestigde onderneming vergroten. Dit kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de werkelijke concurrentie op de markt van de gevestigde onderneming al zwak is en de dreiging van toetreding een grote bron van concurrentiedruk is.
160. Productieovereenkomsten die commercialisatiefuncties omvatten zoals de gezamenlijke distributie en/of het gezamenlijk op de markt brengen, houden een

groter risico op mededingingsbeperkende effecten in dan een overeenkomst die uitsluitend gezamenlijke productie betreft. Gezamenlijke commercialisering brengt de samenwerking dichterbij de gebruiker en behelst doorgaans de gezamenlijke vaststelling van prijzen en verkopen, d.w.z. gedragingen die de hoogste risico's inhouden voor de mededinging.

161. Niettemin hebben commercialiseringsovereenkomsten die deel uitmaken van een gezamenlijke productieovereenkomst over het algemeen minder vaak mededingingsbeperkende gevolgen dan op zichzelf staande commercialiseringsovereenkomsten. In het geval van een geïntegreerde gezamenlijke productieovereenkomst en een gemeenschappelijke commercialiseringsovereenkomst, leidt de vaststelling van verkoopprijzen voor producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, niet noodzakelijk tot de beperking van de mededinging, voor zover de vaststelling van de prijzen door de gemeenschappelijke onderneming vereist is voor de integratie van de productiefuncties en commercialisatiefuncties van de samenwerkingsovereenkomst. Zo ook is de overeenkomst niet noodzakelijkerwijze mededingingsbeperkend wanneer de partijen de productie vastleggen waarop een productieovereenkomst betrekking heeft (bijvoorbeeld de capaciteit en het productievolume van een gemeenschappelijke onderneming of de hoeveelheid producten welke zullen worden uitbesteed). De overeenkomst zal bestudeerd moeten worden in het licht van alle gevolgen voor de markt, om na te gaan of artikel 101, lid 1, van toepassing is.

Marktmacht

162. Een productieovereenkomst heeft wellicht geen mededingingsbeperkende gevolgen indien de partijen bij de overeenkomst geen marktmacht bezitten op de markt waarop een beperking van de mededinging wordt beoordeeld. Het uitgangspunt voor de analyse van marktmacht is het marktaandeel van de partijen. Daarna volgen doorgaans de concentratiegraad, het aantal marktdeelnemers en andere dynamische factoren zoals potentiële toetreding en veranderende marktaandelen.
163. Onder een bepaalde marktaandeedrempel is het weinig waarschijnlijk dat een onderneming marktmacht heeft. Daarom geldt voor eenzijdige of wederkerige specialisatieovereenkomsten en gezamenlijke productieovereenkomsten die bepaalde geïntegreerde commercialisatiefuncties omvatten, zoals gezamenlijke distributie, een groepsvrijstelling, voor zover deze worden gesloten tussen partijen met een gecombineerd marktaandeel van hoogstens 20% op de relevante markt of markten, en op voorwaarde dat aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie⁷⁸ is voldaan. Indien het gecombineerd marktaandeel van de partijen evenwel meer dan 20% bedraagt, moeten de mededingingsbeperkende effecten worden bestudeerd, aangezien de overeenkomst dan niet binnen de werkingssfeer van de groepsvrijstellingsverordening valt.
164. Een licht hoger marktaandeel dan in de groepsvrijstelling wordt toegestaan, wijst niet noodzakelijkerwijze op een sterk geconcentreerde markt, hetgeen een belangrijke factor van de beoordeling vormt. Op een markt met een matige concentratiegraad kan het gecombineerd marktaandeel van de partijen iets meer dan 20% bedragen. Over

⁷⁸

Aangehaald in voetnoot 4.

het algemeen zal een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt vaker mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan op een markt die niet geconcentreerd is. Op dezelfde wijze kan een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt het risico op een heimelijke verstandhouding verhogen, zelfs indien de partijen slechts een matig gecombineerd marktaandeel hebben.

165. Zelfs wanneer de marktaandelen van de partijen bij de overeenkomst en de marktconcentratie hoog zijn, kan het risico op mededingingsbeperkende gevolgen laag zijn wanneer de markt dynamisch is, d.w.z. wanneer hij toegankelijk is en er fluctuerende marktposities zijn.
166. Bij de analyse van de marktmacht van partijen bij een productieovereenkomst zijn het aantal en de intensiteit van de banden (bijvoorbeeld andere samenwerkingsovereenkomsten) tussen de concurrenten op de markt relevant voor de beoordeling.
167. Factoren als de vraag of de partijen bij de overeenkomst grote marktaandelen hebben, of zij naaste concurrenten zijn, of de gebruikers slechts beperkte mogelijkheden hebben om van aanbieder te veranderen, of concurrenten niet geneigd zijn het aanbod te verhogen wanneer de prijzen verhogen, en of een partij bij de overeenkomst al dan niet een belangrijke concurrentiefactor is, zijn allemaal relevant voor de beoordeling van de overeenkomst vanuit het oogpunt van mededinging.

Rechtstreekse beperking van mededinging tussen de partijen

168. De mededinging tussen de partijen bij een productieovereenkomst kan op verschillende manieren rechtstreeks worden beperkt. 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 afzonderlijk over het productievolume zouden hebben beslist. Een ander voorbeeld zou een gemeenschappelijke onderneming zijn die een hoge interne verrekenprijs aanreket aan de partijen, waardoor de productiekosten voor de partijen toenemen, hetgeen vervolgens tot hogere downstream-prijzen zou kunnen leiden. Concurrenten kunnen het in hun voordeel achten te reageren door hun prijzen te verhogen, waardoor zij mee een prijsverhoging veroorzaken op de relevante markt.

Gemeenschappelijke kosten

169. Een productieovereenkomst tussen partijen met marktmacht heeft waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen indien die hun gedeelde kosten (d.w.z. het deel van de kosten dat gezamenlijk wordt gedragen) op een zodanig hoog niveau brengt dat collusie mogelijk wordt. Daarbij zijn de variabele kosten van het product waarmee de partijen bij de productieovereenkomst met elkaar concurreren, relevant.
170. Een productieovereenkomst zal waarschijnlijk sneller tot een heimelijke verstandhouding leiden wanneer de partijen reeds voor de sluiting van de overeenkomst een groot gedeelte van de variabele kosten gemeenschappelijk hebben, zodat de bijkomende toename (d.w.z. de productiekosten van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft) de balans kan doen doorslaan naar een heimelijke verstandhouding. Wanneer de toename groot is, kan het risico op een heimelijke

verstandhouding ook groot zijn, zelfs indien het oorspronkelijke niveau van kostendeling laag is.

171. Kostendeling verhoogt slechts het risico op een heimelijke verstandhouding indien de productiekosten een groot deel vormen van de betrokken variabele kosten. Dit is bijvoorbeeld niet het geval daar waar de samenwerking betrekking heeft op producten die tegen hoge kosten in de handel worden gebracht. Een voorbeeld zijn nieuwe of heterogene producten waarvan de marketing- en transportkosten hoog zijn.
172. Een ander geval waarin kostendeling kan leiden tot een heimelijke verstandhouding, zou zijn wanneer de partijen de gezamenlijke productie van een tussenproduct overeenkomen, dat een groot deel uitmaakt van de variabele kosten van het eindproduct waarmee de partijen downstream concurreren. De partijen zouden van de productieovereenkomst gebruik kunnen maken om de prijs van deze belangrijke gemeenschappelijke input voor hun producten op de downstream-markt te verhogen. Dit zou de mededinging op de downstream-markt verzwakken en waarschijnlijk tot hogere eindprijzen leiden. De winst zou van de downstream- naar de upstream-markt verschuiven, en dan verdeeld worden via de gemeenschappelijke onderneming door de partijen.
173. Op dezelfde wijze verhoogt kostendeling de mededingingsbeperkende risico's van een horizontale onderaannemingscontracten waarbij de input die de opdrachtgever koopt van de onderaannemer een groot deel uitmaakt van de variabele kosten van het eindproduct waarmee de partijen concurreren.

Informatie-uitwisseling

174. Negatieve gevolgen die voortvloeien uit de uitwisseling van informatie worden niet afzonderlijk beoordeeld, maar in het licht van alle gevolgen die de overeenkomst heeft. Een productieovereenkomst kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer het de uitwisseling van strategische commerciële informatie omvat die aanleiding kan geven tot een heimelijke verstandhouding of concurrentieverstorende afscherming. De waarschijnlijkheid dat de informatie-uitwisseling in de context van een productieovereenkomst leidt tot een beperking van de mededinging, moet worden beoordeeld overeenkomstig de aanwijzingen die worden gegeven in het hoofdstuk betreffende de algemene beginselen inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging.
175. Indien de informatie-uitwisseling zich beperkt tot het uitwisselen van gegevens die nodig zijn voor de gezamenlijke productie van de goederen waarop de productieovereenkomst betrekking heeft, dan zou, zelfs wanneer de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende effecten heeft in de zin van artikel 101, lid 1, de overeenkomst waarschijnlijk gemakkelijker voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3, dan wanneer de uitwisseling verder zou gaan dan wat noodzakelijk is voor de gezamenlijke productie. In dit geval zullen de efficiëntieverbeteringen door gezamenlijke productie waarschijnlijk opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de coördinatie van het gedrag van de partijen. Omgekeerd zal bij een productieovereenkomst waarbij informatie wordt uitgewisseld die niet noodzakelijk is voor de gezamenlijke productie, bijvoorbeeld de uitwisseling van informatie betreffende prijzen en verkoop, minder vaak aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, worden voldaan.

4.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

4.4.1. Efficiëntieverbeteringen

176. Productieovereenkomsten kunnen positieve gevolgen hebben voor de mededinging indien zij efficiëntieverbeteringen leveren in de vorm van kostenbesparingen of betere productietechnieken. Door gezamenlijk te produceren kunnen ondernemingen kosten besparen die anders zouden overlappen. De ondernemingen kunnen ook goedkoper produceren wanneer zij door de samenwerking de productie kunnen verhogen en de marginale kosten dus dalen, d.w.z. door schaalvoordelen. Door gezamenlijk te produceren en hierbij complementaire vaardigheden en knowhow te combineren, kunnen ondernemingen ook de productkwaliteit verbeteren. Samenwerking kan ondernemingen ook in staat stellen de productdiversiteit te verhogen, hetgeen zij anders niet zouden kunnen betalen of bereiken. Indien gezamenlijke productie de partijen in staat stelt het aantal verschillende producttypes te verhogen, kan zij door toepassingsvoordelen ook kostenbesparend zijn.

4.4.2. Onmisbaarheid

177. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een productieovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Beperkingen op het concurrentiegedrag van partijen met betrekking tot de productie buiten het samenwerkingsgebied, die door een productieovereenkomst worden opgelegd, worden doorgaans bijvoorbeeld niet als onmisbaar beschouwd. Zo ook wordt gezamenlijke prijsvaststelling niet onmisbaar geacht indien de productieovereenkomst geen gezamenlijke commercialisering omvat.

4.4.3. Doorgeven aan de gebruikers

178. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven in de vorm van lagere prijzen of betere productkwaliteit of –diversiteit, om de mededingingsbeperkende effecten te compenseren. 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 criteria van artikel 101, lid 3, te voldoen. Wanneer de partijen bij de productieovereenkomst kunnen besparen op hun variabele kosten, zullen zij waarschijnlijk meer geneigd zijn die door te geven aan consumenten, dan in het geval van besparingen op hun vaste kosten. Hoe groter de marktmacht van de partijen is, hoe minder waarschijnlijk het bovendien wordt dat zij de efficiëntieverbeteringen in zulke mate doorgeven aan de consumenten dat zij opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

4.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

179. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen de mogelijkheid hebben de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor mogelijke spillover-markten.

4.5. Voorbeelden

180. Referentiesituatie voor een nieuwe markt

Voorbeeld 1

Situatie: Twee ondernemingen A en B produceren gezamenlijk een product en brengen het gezamenlijk op de markt. Zij zouden het product niet afzonderlijk hebben kunnen produceren en op de markt brengen.

Analyse: Hoewel de ondernemingen de hoeveelheid en/of prijs van het nieuwe product vaststellen, is er geen sprake van mededingingsbeperking aangezien de markt zonder de samenwerking niet zou bestaan.

181. Kostendeling en heimelijke verstandhouding

Voorbeeld 2

Situatie: Twee aanbieders, A en B, van een product X, besluiten hun huidige en verouderde productiefabrieken te sluiten en een grotere, moderne en meer efficiënte productiefabriek te bouwen die beheerd wordt door een gemeenschappelijke onderneming en die een hogere capaciteit zal hebben dan de capaciteit van de oude fabrieken van A en B samen. Er zijn geen soortgelijke investeringen gepland door concurrenten, welke de volle capaciteit van hun faciliteiten benutten. A en B hebben een marktaandeel van respectievelijk 20% en 25%. Hun producten zijn de meest naaste vervangproducten in een specifiek, geconcentreerd marktsegment. De markt stagneert, er is geen toetreding en de marktaandelen zijn in de loop der tijd stabiel gebleven. De productiekosten vormen het grootste deel van de variabele kosten van A en B voor X. Dit wil zeggen dat de kosten voor de commercialisering van X laag zijn (de kosten voor het in de handel brengen zijn laag aangezien het om een homogeen en gevestigd product gaat, de transportkosten zijn gering).

Analyse: Waarschijnlijk geeft de gemeenschappelijke productieonderneming van A en B op de markt van X aanleiding tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wegens de bestaande marktmacht van A en B, de gemakkelijke vervangbaarheid van hun producten en de gedeelde kosten. De vervanging van de twee kleinere oude productiefabrieken door een grotere, moderne en meer efficiënte fabriek kan evenwel leiden tot een uitbreiding van de productie van de gemeenschappelijke onderneming, tegen een lagere prijs, hetgeen ten voordele is van de consumenten. De productieovereenkomst kan hoe dan ook enkel aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen indien de partijen degelijke bewijzen hebben geleverd dat de efficiëntieverbeteringen in voldoende mate zouden worden doorgegeven aan de consumenten om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

182. Banden tussen concurrenten en heimelijke verstandhouding

Voorbeeld 3

Situatie: Twee aanbieders, A en B, richten een gemeenschappelijke productieonderneming op met betrekking tot product Y. A en B hebben elk een aandeel van 15% op de markt voor Y. Er zijn drie andere marktpartijen: C met een marktaandeel van 30%, D met 25% en E met 15%. B beschikt reeds over een

gemeenschappelijke productiefabriek met D.

Analyse: De markt wordt gekenmerkt door een zeer klein aantal marktpartijen en vrij symmetrische structuren. Samenwerking tussen A en B zou voor een nieuwe band zorgen op de markt, hetgeen de marktconcentratie de facto verhoogt, aangezien ook D aan A en B worden gekoppeld. Wellicht verhoogt deze samenwerking het risico op een heimelijke verstandhouding en bijgevolg waarschijnlijk op mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan enkel worden voldaan in het geval van aanzienlijke efficiëntieverbeteringen.

183. Concurrentieverstorende afscherming op een downstream-markt

Voorbeeld 4

Situatie: A en B richten een gemeenschappelijke productieonderneming op voor het tussenproduct X, die de hele productie van X omvat. De productiekosten van X maken 70% uit van de variabele kosten van het eindproduct Y waarmee A en B downstream concurreren. A en B hebben elk een aandeel van 20 % op de markt voor Y, er is beperkte toetreding en de marktaandelen zijn in de loop der tijd stabiel gebleven. A en B voorzien in hun eigen vraag naar X en hebben voorts beiden een marktaandeel van 40% op de commerciële markt voor X. De belemmeringen voor het betreden van de markt voor X zijn groot en de bestaande producenten benutten vrijwel de volledige capaciteit. Op de markt voor Y zijn er twee belangrijke andere aanbieders, met elk een marktaandeel van 15%, en een aantal kleinere concurrenten. De overeenkomst levert schaalvoordelen op.

Analyse: Via de gemeenschappelijke productieonderneming zouden A en B de levering van de essentiële input X aan hun concurrenten op de markt voor Y vergaand kunnen controleren. Dit zou A en B in staat stellen de kosten van hun concurrenten te verhogen door de prijs van X kunstmatig te verhogen, of door de productie te verminderen. Dit zou de concurrenten van A en B van de markt voor Y kunnen uitsluiten. Vanwege de waarschijnlijke concurrentieverstorende afscherming op de downstream-markt, heeft deze overeenkomst wellicht mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. De schaalvoordelen die de gemeenschappelijke productieonderneming oplevert, zullen waarschijnlijk niet opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen en deze overeenkomst zal bijgevolg wellicht niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen.

184. Specialisatieovereenkomst als verdeling van de markt

Voorbeeld 5

Situatie: A en B vervaardigen allebei de producten X en Y. Het marktaandeel van A is voor X 30% en voor Y 10%. Het marktaandeel van B is voor X 10% en voor Y 30%. Om schaalvoordelen te behalen, sluiten zij een wederkerige specialisatieovereenkomst volgens welke A uitsluitend X en B uitsluitend Y zal produceren. A en B leveren de goederen niet aan elkaar, zodat A uitsluitend X verkoopt en B uitsluitend Y verkoopt. De partijen beweren dat zij door zich op deze wijze te specialiseren, door de schaalvoordelen kosten besparen, en dat door zich slechts op één product te richten, hun productietechnieken zullen verbeteren, hetgeen tot producten van hogere kwaliteit zou leiden.

Analyse: Wat de gevolgen voor de mededinging op de markt betreft, komt deze specialisatieovereenkomst in de buurt van een hardcore kartel waarbij de partijen de markt onderling verdelen. Derhalve is er sprake van doelbewuste mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1. Aangezien de beweerde efficiëntieverbeteringen in de vorm van schaalvoordelen en betere productietechnieken slechts betrekking hebben op de marktverdeling, wegen zij waarschijnlijk niet op tegen de beperkende gevolgen, en voldoet de overeenkomst derhalve niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. In ieder geval zouden A of B, indien zij denken dat het efficiënter zou zijn zich op slechts één product toe te spitsen, de eenzijdige beslissing kunnen nemen om alleen X of Y te produceren, zonder tegelijk overeen te komen dat de andere onderneming zich op de vervaardiging van het andere product concentreert.

De analyse zou anders zijn wanneer A en B het product waarop zij zich toespitsen aan elkaar leveren, zodat zij beiden X en Y blijven verkopen. In een dergelijk geval kunnen A en B nog steeds op beide markten elkaar beconcurreren wat de prijs betreft, in het bijzonder wanneer de productiekosten (die door de productieovereenkomst gemeenschappelijk worden) geen groot deel vormen van de variabele kosten van hun producten. De relevante kosten in deze context zijn de kosten voor de commercialisering. Derhalve geeft de specialisatieovereenkomst waarschijnlijk geen aanleiding tot mededingingsbeperkingen indien X en Y voornamelijk heterogene producten zouden zijn met heel hoge marketing- en distributiekosten (bijvoorbeeld 65-70% of meer van de totale kosten). In dat geval zou het risico op een heimelijke verstandhouding niet groot zijn en wordt er mogelijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan, voor zover de efficiëntieverbeteringen in een zodanige mate worden doorgegeven aan de consumenten dat zij opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de overeenkomst.

185. Potentiële concurrenten

Voorbeeld 6

Situatie: A vervaardigt het eindproduct X en B vervaardigt het eindproduct Y. X en Y vormen twee afzonderlijke productmarkten, waarbij respectievelijk A en B veel marktmacht hebben. Beide ondernemingen gebruiken Z als input voor de productie van X en Y en vervaardigen Z uitsluitend voor eigen gebruik. X is een product met geringe toegevoegde waarde en Z is een essentiële input voor X (X is een vrij eenvoudige verwerking van Z). Y is een product met een hoge toegevoegde waarde waarvoor Z slechts een deel van de input uitmaakt (Z vormt een klein deel van de variabele kosten van Y). A en B verbinden zich ertoe Z gezamenlijk te produceren, hetgeen geringe schaalvoordelen oplevert.

Analyse: A en B zijn geen daadwerkelijke concurrenten met betrekking tot X, Y of Z. Aangezien X echter een eenvoudige verwerking is van de input Z, zou B waarschijnlijk gemakkelijk de markt voor X kunnen betreden, en aldus A op die markt kunnen beconcurreren. De gezamenlijke productieovereenkomst met betrekking tot Z kan ertoe leiden dat B minder gestimuleerd is om de markt te betreden omdat de gezamenlijke productie kan worden gebruikt voor secundaire betalingen en het minder waarschijnlijk maakt dat B product X zal verkopen (doordat A wellicht de controle heeft over de hoeveelheid Z die B koopt van de

gemeenschappelijke onderneming). Of B zonder de overeenkomst zou toetreden tot de markt voor X, is evenwel afhankelijk van het te verwachten rendement bij toetreding. Daar X een product is met geringe toegevoegde waarde is toetreding misschien niet voordelig en voor B daardoor weinig waarschijnlijk als er geen overeenkomst is. Aangezien A en B al marktmacht bezitten, heeft de overeenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, indien de overeenkomst de toetreding van B tot de markt van A, dus tot de markt voor X, daadwerkelijk minder waarschijnlijk maakt. De efficiëntieverbeteringen in de vorm van schaalvoordelen uit de overeenkomst zijn gering en zullen derhalve waarschijnlijk niet opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen.

186. Informatie-uitwisseling in een productieovereenkomst

Voorbeeld 7

Situatie: De ondernemingen A en B met een grote marktmacht besluiten gezamenlijk te produceren met het oog op meer efficiëntie. In het kader van deze overeenkomst wisselen zij in het geheim informatie uit over hun toekomstige prijzen. De overeenkomst heeft geen betrekking op gezamenlijke distributie.

Analyse: Deze informatie-uitwisseling leidt waarschijnlijk tot een heimelijke verstandhouding en er kan derhalve sprake zijn van doelbewuste mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1. Waarschijnlijk wordt niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan omdat de uitwisseling van informatie over de toekomstige prijzen van partijen niet onmisbaar is voor de gezamenlijke productie en om de overeenkomstige kostenbesparingen te bereiken.

187. Productieruil en informatie-uitwisseling

Voorbeeld 8

Situatie: Zowel A als B produceren een chemische grondstof Z. Z is een homogeen product dat wordt vervaardigd overeenkomstig de Europese voorschriften die geen productvarianten toelaten. De productiekosten zijn een belangrijke kostenfactor voor Z. Op de EU-markt voor Z heeft A een marktaandeel van 20% en heeft B een marktaandeel van 25%. Er zijn vier andere fabrikanten op de markt voor Z, met marktaandelen van respectievelijk 20%, 15%, 10% en 10%. De fabriek van A is gevestigd in lidstaat X in Noord-Europa en de fabriek van B is gevestigd in lidstaat Y in Zuid-Europa. Hoewel het merendeel van de afnemers van A gevestigd is in Noord-Europa, heeft A ook een aantal klanten in Zuid-Europa. Hetzelfde geldt voor B, die een aantal klanten heeft in Noord-Europa. Op dit moment levert A aan de Zuid-Europese afnemers Z die werd vervaardigd in de fabriek in X en per vrachtwagen naar Zuid-Europa wordt vervoerd. B levert aan de Noord-Europese afnemers dan weer Z die werd vervaardigd in Y en per vrachtwagen naar Noord-Europa wordt vervoerd. De transportkosten zijn vrij hoog, maar niet in die mate dat de leveringen van A naar Zuid-Europa en de leveringen van B naar Noord-Europa niet renderend zijn. De transportkosten van X naar Zuid-Europa zijn lager dan die van Y naar Noord-Europa.

A en B besluiten dat het efficiënter zou zijn indien A zou stoppen met Z te vervoeren van X naar Zuid-Europa, en indien B zou stoppen met Z te vervoeren van Y naar Noord-Europa, maar zij willen graag hun afnemers behouden. Daartoe zijn A en B voornemens een ruilovereenkomst te sluiten die hen in staat stelt een

overeengekomen jaarlijkse hoeveelheid Z te kopen van de fabriek van de andere partij, met als doel de gekochte Z te verkopen aan klanten die dichterbij de fabriek van de andere partij gevestigd zijn. Om een aankoop prijs 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 winst kunnen behalen, komen zij overeen hun belangrijkste kosten met betrekking tot Z aan elkaar bekend te maken (d.w.z. productiekosten en transportkosten).

Analyse: Het feit dat A en B, die concurrenten zijn, delen van hun productie ruilen, levert op zichzelf geen mededingingsbezwaren op. De beoogde ruilovereenkomst tussen A en B voorziet met betrekking tot Z evenwel in de uitwisseling van productie- en transportkosten van de beide partijen. Bovendien hebben A en B voor een homogeen basisproduct een sterke gecombineerde marktpositie in een vrij geconcentreerde markt. Daarom is het, als gevolg van de uitvoerige informatie-uitwisseling over een belangrijke parameter inzake mededinging met betrekking tot Z, waarschijnlijk dat de ruilovereenkomst tussen A en B leidt tot doelbewuste mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1, aangezien die tot een heimelijke verstandhouding kan leiden. Hoewel de overeenkomst aanleiding geeft tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen in de vorm van kostenbesparingen voor de partijen, zijn de beperkingen van de mededinging die worden veroorzaakt door de overeenkomst niet onmisbaar voor hun verwezenlijking. De partijen zouden dergelijke kostenbesparingen ook kunnen realiseren door een prijsformule overeen te komen waarbij zij hun productie- en transportkosten niet bekendmaken. Derhalve voldoet de ruilovereenkomst in haar huidige vorm niet aan de criteria van artikel 101, lid 3.

188. Marktmacht met lage marktaandeelen – intrekking van het voordeel van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie

Voorbeeld 9

Situatie: A en B richten met betrekking tot het basisproduct X een gemeenschappelijke productieonderneming op die geen gemeenschappelijke commercialisering inhoudt. Daartoe sluiten A en B hun huidige fabrieken en bouwen zij een nieuwe met een grotere capaciteit dan de bestaande fabrieken samen, waardoor zij hun productiekosten verlagen. A en B kunnen echter elk afzonderlijk een nieuwe, moderne en efficiënte fabriek kunnen bouwen. A en B hebben elk een marktaandeel van 9%. Er bestaan een groot aantal kleinere producenten van X, met elk een marktaandeel tussen 1 en 5%. Al die producenten gebruiken de volledige capaciteit van hun fabriek en zullen niettegenstaande de stijgende vraag waarschijnlijk niet in de nabije toekomst hun fabrieken uitbreiden of nieuwe fabrieken bouwen. Ten gevolge van de gemeenschappelijke productieonderneming zullen A en B ongeveer 80% van hun relevante kosten gemeenschappelijk hebben. De klanten zijn gefragmenteerd en kunnen geen afnemersmacht uitoefenen.

Analyse: Hoewel het gecombineerde marktaandeel slechts 18% bedraagt, zal de beoogde gemeenschappelijke productieonderneming van A en B waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Door de aanzienlijke kostendeling ten gevolge van de gemeenschappelijke productieonderneming is de kans groot dat deze laatste leidt tot een heimelijke

verstandhouding. Aangezien alle andere producenten vrij klein zijn en een beperkte capaciteit hebben, kunnen zij niet op tegen een prijsstijging van A en B. Hetzelfde geldt voor afnemers, die geen afnemersmacht hebben. De gemeenschappelijke productieonderneming voldoet evenwel aan de criteria van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie, in het bijzonder wanneer het gecombineerde marktaandeel niet meer dan 20% bedraagt. De Commissie zou desondanks in dit geval het voordeel van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie intrekken omdat de gemeenschappelijke productieonderneming waarschijnlijk niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoet. Hoewel de gemeenschappelijke productieonderneming kostenbesparingen oplevert voor de partijen, is het in het licht van hun gecombineerde marktmacht onwaarschijnlijk dat zij deze efficiëntieverbeteringen in voldoende mate zullen doorgeven aan de consumenten om de mededingingsbeperkende gevolgen te compenseren.

5. INKOOPOVEREENKOMSTEN

5.1. Definitie

189. In dit hoofdstuk komen voornamelijk overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke inkoop van producten aan de orde. De gemeenschappelijke inkoop kan worden verricht door een onderneming onder gezamenlijke zeggenschap, door een onderneming waarin vele andere ondernemingen een niet-zeggenschapsdeelneming hebben of door middel van een contractuele afspraak of een nog lossere samenwerkingsvorm ("collectieve inkoopafspraken"). Collectieve inkoopafspraken hebben doorgaans de totstandbrenging van kopersmacht ten doel, hetgeen kan leiden tot lagere prijzen voor de consument. Kopersmacht kan evenwel, onder bepaalde omstandigheden, ook aanleiding geven tot mededingingsbezwaren.
190. Collectieve inkoopafspraken kunnen zowel horizontale als verticale overeenkomsten impliceren. In dergelijke gevallen is een analyse in twee stappen noodzakelijk. Eerst moeten de horizontale overeenkomsten tussen de bij de collectieve inkoop betrokken ondernemingen worden beoordeeld volgens de in deze richtsnoeren beschreven beginselen. Indien deze beoordeling leidt tot de conclusie dat de collectieve inkoopafspraken geen aanleiding geeft tot mededingingsbezwaren, moeten de vervolgens gesloten verticale overeenkomsten aan een nader onderzoek worden onderworpen. Deze laatste beoordeling moet geschieden volgens de regels van de groepsvrijstellingsverordening en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁷⁹.
191. Een gebruikelijke vorm van collectieve inkoopafspraken is een "inkoopverband", d.w.z. een vereniging van ondernemingen die door een groep detailhandelaren wordt gevormd met het oog op de gezamenlijke inkoop van producten. Horizontale overeenkomsten tussen de leden van het verband of besluiten van het verband dienen eerst als een horizontale samenwerkingsovereenkomst aan deze richtsnoeren te worden getoetst. Alleen wanneer die beoordeling geen mededingingsbezwaren aan het licht brengt, is het relevant de vervolgens gesloten verticale overeenkomsten tussen het verband en een individueel lid ervan alsmede tussen het verband en leveranciers te toetsen. Op deze overeenkomsten is – onder bepaalde voorwaarden – de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen van toepassing.

⁷⁹ Reeds geciteerd in de voetnoten 8 en 9.

Verticale overeenkomsten die niet onder deze groepsvrijstellingsverordening vallen, worden niet geacht onrechtmatig te zijn maar moeten individueel worden getoetst.

5.2. Relevante markten

192. Er zijn twee markten waarvoor collectieve inkoopafspraken gevolgen kunnen hebben: ten eerste de markt of markten waarop de collectieve inkoopafpraak rechtstreeks betrekking heeft, dat wil zeggen de relevante inkoopmarkt of -markten. Ten tweede de afzetmarkt of -markten, dat wil zeggen de markt of markten downstream waar de partijen bij de collectieve inkoopafpraak als verkopers optreden.
193. De methode ter bepaling van de relevante inkoopmarkten volgt de beginselen die worden aangegeven in de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt⁸⁰ en is gebaseerd op het begrip substitueerbaarheid om te bepalen of er sprake is van concurrentiedruk. Het enige verschil met de definitie van "afzetmarkten" is dat de substitueerbaarheid moet worden gedefinieerd uit het oogpunt van het aanbod en niet uit het oogpunt van de vraag. Met andere woorden: de alternatieven van de aanbieders zijn van doorslaggevend belang wanneer het erom gaat de concurrentiedruk voor inkopers vast te stellen. Deze zouden bijvoorbeeld kunnen worden geanalyseerd door de reactie van de aanbieders op een geringe doch duurzame prijsvermindering te onderzoeken. Wanneer de markt eenmaal is afgebakend, kan het marktaandeel worden berekend als het percentage dat de aankopen van de partijen vertegenwoordigen in de totale verkopen van het ingekochte product of de ingekochte producten op de relevante markt.
194. Indien de partijen daarnaast op een of meer afzetmarkten concurreren, zijn deze markten eveneens relevant voor de beoordeling. De afzetmarkten moeten worden bepaald aan de hand van de in de bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt beschreven methode.

5.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

5.3.1. Belangrijkste mededingingsbezwaren

195. Collectieve inkoopafspraken kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben voor de inkoopmarkt of -markten en/of voor de downstream-afzetmarkt of -markten, bijvoorbeeld hogere prijzen, een geringere productie, productkwaliteit of –diversiteit, een verdeling van de markt of een met de mededinging strijdige uitsluiting van andere potentiële inkopers.
196. Indien downstream-concurrenten een significant deel van hun producten gezamenlijk inkopen, kan dit voor hen de prikkel om op prijs te concurreren op de afzetmarkt(en) aanzienlijk verminderen. Als de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten (wat niet noodzakelijk een machtspositie impliceert) op de afzetmarkt of -markten, zullen de lagere inkooprijzen die door de collectieve inkoopafpraak worden bereikt waarschijnlijk niet worden doorgegeven aan de consumenten.

⁸⁰ Reeds geciteerd in voetnoot 5.

197. Indien de partijen een aanzienlijke marktmacht bezitten op de inkoopmarkt (kopersmacht), bestaat het risico dat zij de leveranciers ertoe dwingen het assortiment of de kwaliteit van de producten die zij aanbieden te beperken, hetgeen concurrentiebeperkende gevolgen kan hebben, bijvoorbeeld kwaliteitsvermindering, terugschroeven van innovatie-inspanningen of uiteindelijk een suboptimaal aanbod.
198. Kopersmacht van de partijen bij de collectieve inkoopafspraken kan worden gebruikt om concurrerende kopers van de markt te weren door hun toegang tot efficiënte leveranciers te beperken. Dit is alleen mogelijk indien er slechts een beperkt aantal leveranciers is en er drempels moeten worden overwonnen om aan de aanbodzijde de upstream-markt te betreden.
199. In het algemeen zullen collectieve inkoopafspraken evenwel minder gemakkelijk aanleiding geven tot mededingingsbezwaren wanneer de partijen geen marktmacht bezitten op de afzetmarkt of -markten.

5.3.2. *Doelbewuste mededingingsbeperkingen*

200. Inkoopovereenkomsten vormen een doelbewuste mededingingsbeperking indien ze niet werkelijk betrekking hebben op gemeenschappelijke inkoop, maar worden gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten en aldus aan verboden prijsvaststelling, productiebeperking of marktverdeling te doen.
201. Overeenkomsten waarbij inkooprijzen worden vastgesteld, strekken er waarschijnlijk toe de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1⁸¹. In de context van inkoopovereenkomsten geldt dit evenwel niet wanneer de partijen bij een collectieve inkoopafspraken in onderling overleg de inkooprijzen bepalen die het collectieve inkoopverband aan zijn leveranciers mag betalen voor de producten waarop het leveringscontract betrekking heeft. In dat geval moet worden onderzocht of de overeenkomst vermoedelijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1. In beide situaties wordt de overeenkomst inzake inkooprijzen niet op zichzelf beoordeeld, maar met inachtneming van alle gevolgen van de inkoopovereenkomst op de markt.

5.3.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

202. Inkoopovereenkomsten die niet doelbewust de mededinging beperken, moeten in hun juridische en economische context worden onderzocht op hun daadwerkelijke en potentiële effecten op de mededinging. Bij de analyse van de mededingingsbeperkende effecten van een inkoopovereenkomst moet gekeken worden naar de negatieve effecten op zowel de inkoop- als de afzetmarkten.

Marktmacht

203. Er bestaat geen absolute drempel waarboven kan worden vermoed dat een inkoopovereenkomst marktmacht creëert en waarschijnlijk aanleiding zal geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. In de meeste gevallen is het echter onwaarschijnlijk dat er sprake zou zijn van marktmacht

⁸¹ Zie artikel 101, lid 1, onder a); gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, *Frans rundvlees*, reeds geciteerd in voetnoot 21, punt 83 e.v.; zaak C-8/08, *T-Mobile Nederland*, reeds geciteerd in voetnoot 41, punt 37.

wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de inkoopovereenkomst minder dan 15% bedraagt, zowel op de inkoopmarkt of -markten als op de afzetmarkt of -markten. Indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op zowel de inkoop- als de afzetmarkt of -markten niet meer dan 15% bedraagt, is het in elk geval waarschijnlijk dat de inkoopovereenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

204. Een marktaandeel boven een van deze drempels of boven allebei wijst er niet automatisch op dat de inkoopovereenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Een inkoopovereenkomst die niet binnen deze "veilige zone" valt, vereist een grondige analyse van de gevolgen ervan voor de markt, waarbij – zij het niet uitsluitend – rekening wordt gehouden met factoren zoals de marktconcentratie en een mogelijke tegenmacht van sterke aanbieders.
205. Kopersmacht kan onder bepaalde omstandigheden mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Van kopersmacht die strijdig is met de mededinging, zal wellicht sprake zijn wanneer een inkoopovereenkomst betrekking heeft op een voldoende groot gedeelte van het totale volume van een inkoopmarkt, zodat de toegang tot de markt mogelijk kan worden afgeschermd voor concurrerende kopers. Een grote kopersmacht kan indirect gevolgen hebben voor de productie, de kwaliteit en de diversiteit van producten op de afzetmarkt.
206. Bij het maken van de analyse of de partijen bij een collectieve inkoopafpraak kopersmacht bezitten, zijn het aantal en de intensiteit van de relaties (bv. andere inkoopovereenkomsten) tussen de concurrenten op de markt van belang voor de beoordeling.
207. Gaat het echter om een samenwerking tussen concurrerende afnemers die niet op dezelfde relevante afzetmarkt werkzaam zijn (bv. kleinhandelaren die op verschillende geografische markten actief zijn en niet als potentiële concurrenten kunnen worden beschouwd), dan zal de overeenkomst waarschijnlijk geen concurrentiebeperkende gevolgen hebben, tenzij de partijen op de inkoopmarkten een positie innemen die gemakkelijk kan worden gebruikt om de concurrentiepositie van andere marktdeelnemers op hun respectieve afzetmarkten te schaden.

Kostendeling

208. Inkoopovereenkomsten kunnen leiden tot een feitelijke verstandhouding indien ze coördinatie van de gedragingen van de partijen op de afzetmarkt vergemakkelijken. Dit kan het geval zijn wanneer de partijen door de gezamenlijke inkoop in hoge mate kosten gaan delen.
209. Beperkende gevolgen voor de mededinging zijn waarschijnlijker indien de partijen bij de inkoopovereenkomst een aanzienlijk deel van hun variabele kosten op de relevante downstream-markt delen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer kleinhandelaren die op dezelfde relevante kleinhandelsmarkt of -markten actief zijn, gezamenlijk een aanzienlijke hoeveelheid inkopen van de producten die zij daarna te koop aanbieden. Dit kan eveneens het geval zijn wanneer concurrerende fabrikanten en verkopers van een eindproduct een groot deel van hun "inbreng" gezamenlijk inkopen.

Informatie-uitwisseling

210. Voor de uitvoering van een inkoopovereenkomst kan het nodig zijn commercieel gevoelige informatie zoals inkooprijzen en –volumes uit te wisselen. De uitwisseling van dergelijke informatie kan coördinatie met het oog op de vaststelling van verkoopprijzen en productievolumes gemakkelijker maken en zo leiden tot een feitelijke verstandhouding op de afzetmarkten. De spillover-effecten van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kunnen tot een minimum worden beperkt wanneer de gegevens worden verzameld door een collectieve inkooporganisatie die de informatie niet doorgeeft aan haar leden.
211. Eventuele negatieve effecten ten gevolge van de uitwisseling van informatie worden niet afzonderlijk onderzocht, maar samen met de algemene effecten van de overeenkomst. Of de uitwisseling van informatie in het kader van een inkoopovereenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende effecten zal hebben, dient te worden beoordeeld aan de hand van de aanwijzingen die worden gegeven in het hoofdstuk over de algemene beginselen inzake de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging. Als de uitwisseling van informatie niet verder gaat dan het delen van gegevens die noodzakelijk zijn voor de gezamenlijke inkoop van de producten waarop de inkoopovereenkomst betrekking heeft, zal de overeenkomst – zelfs indien de uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben in de zin van artikel 101, lid 1 – waarschijnlijk toch eerder aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen dan wanneer de uitwisseling verder gaat dan nodig is voor de gezamenlijke inkoop.

5.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

5.4.1. Efficiëntieverbeteringen

212. Inkoopovereenkomsten kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Met name kunnen inkoopovereenkomsten leiden tot kostenbesparingen, bijvoorbeeld in de vorm van lagere inkooprijzen of geringere transactie-, transport- en opslagkosten, waardoor schaalvoordelen mogelijk worden.

5.4.2. Onmisbaarheid

213. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een inkoopovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Een verplichting om uitsluitend via de samenwerking in te kopen kan in sommige gevallen onmisbaar zijn om het voor het behalen van schaalvoordelen vereiste volume te bereiken. Een dergelijke verplichting moet echter per geval in de concrete context worden beoordeeld.

5.4.3. Doorgeven aan de gebruikers

214. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende effecten van de inkoopovereenkomst te compenseren. Kostenbesparingen die alleen de partijen bij de inkoopovereenkomst ten goede komen, zijn derhalve niet voldoende. De kostenbesparingen moeten worden doorgegeven aan de gebruikers, d.w.z. de afnemers van de partijen, bijvoorbeeld in de vorm van lagere prijzen op de afzetmarkten. Lagere inkooprijzen die louter het gevolg zijn van de uitoefening van kopersmacht, zullen waarschijnlijk niet aan de gebruikers worden doorgegeven indien de gezamenlijke inkopers marktmacht

hebben op de afzetmarkten, en voldoen derhalve niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Hoe groter de marktmacht van de partijen op de afzetmarkt of -markten is, hoe minder waarschijnlijk het overigens is dat zij efficiëntievoordelen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende effecten compenseert.

5.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

215. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Hierbij moeten zowel de inkoop- als de afzetmarkten worden onderzocht.

5.5. Voorbeelden

216. Collectieve inkoop door kleine ondernemingen met een bescheiden gezamenlijk marktaandeel

Voorbeeld 1

Situatie: 150 kleine kleinhandelaren sluiten een overeenkomst tot oprichting van een gemeenschappelijke inkooporganisatie. Zij verplichten zich ertoe een minimumhoeveelheid via de organisatie af te nemen, welke ongeveer 50% van de totale kosten van iedere kleinhandelaar vertegenwoordigt. De kleinhandelaren kunnen van de organisatie meer dan de minimumhoeveelheid betrekken en mogen ook buiten het samenwerkingsverband inkopen. Zij hebben een gezamenlijk marktaandeel van 20% op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. A en B zijn hun twee grote concurrenten, waarbij A een aandeel van 25% en B een aandeel van 35% op zowel de inkoop- als de afzetmarkt heeft. Er zijn geen belemmeringen die de overige kleinere concurrenten zouden verhinderen eveneens een inkoopverband op te zetten. De 150 kleinhandelaren behalen aanzienlijke kostenbesparingen door gezamenlijk in te kopen via de inkooporganisatie.

Analyse: De detailhandelaren hebben slechts een bescheiden positie op de inkoop- en de afzetmarkt. Bovendien vloeien uit de samenwerking tot op zekere hoogte schaalvoordelen voort. Hoewel de detailhandelaren in hoge mate kosten delen, is de kans dat zij op de afzetmarkt marktmacht verwerven gering door de aanwezigheid van A en B, die beide afzonderlijk groter zijn dan de collectieve inkooporganisatie. Bijgevolg zullen de detailhandelaren waarschijnlijk hun gedrag niet coördineren en ook niet tot een heimelijke verstandhouding komen. De oprichting van de collectieve inkooporganisatie zal dus vermoedelijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

217. Kostendeling en marktmacht op de afzetmarkt

Voorbeeld 2

Situatie: Twee supermarktketens sluiten een overeenkomst betreffende de gezamenlijke inkoop van producten die rond de 80% van hun variabele kosten uitmaken. Op de relevante inkoopmarkten voor de diverse soorten producten hebben de partijen een gezamenlijk marktaandeel dat varieert van 25% tot 40%. Op de relevante afzetmarkt hebben zij een gezamenlijk marktaandeel van 60%. Er zijn vier andere belangrijke kleinhandelaren met een marktaandeel van 10% elk. Dat nieuwkomers de markt betreden is niet erg waarschijnlijk.

Analyse: De kans is groot dat deze inkoopovereenkomst de partijen de gelegenheid biedt om hun gedrag op de afzetmarkt te coördineren en dat er zo een feitelijke verstandhouding ontstaat. De partijen hebben marktmacht op de afzetmarkt en de inkoopovereenkomst heeft ten gevolge dat kosten in aanzienlijke mate worden gedeeld. Daarenboven zijn nieuwkomers op de markt niet erg waarschijnlijk. De prikkel voor de partijen om hun gedrag te coördineren zou nog worden versterkt indien hun kostenstructuren vóór het sluiten van de overeenkomst reeds vergelijkbaar waren. En als de partijen vergelijkbare winstmarges hebben, zou dit het risico op een heimelijke verstandhouding nog vergroten. De overeenkomst brengt ook het risico mee dat de partijen de vraag beperken en dat daardoor, wegens de daaruit voortvloeiende beperking van het volume, de verkoopprijzen downstream zouden 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 effecten compenseert. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk niet voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3.

218. Partijen die op verschillende geografische markten actief zijn

Voorbeeld 3

Situatie: Zes grote detailhandelaren die elk in een andere lidstaat gevestigd zijn, vormen een inkoopverband om verscheidene merkproducten op basis van durumtarwemeel gezamenlijk in te kopen. De partijen mogen andere soortgelijke merkproducten inkopen buiten het samenwerkingsverband om. Voorts bieden vijf van hen vergelijkbare producten onder eigen label aan. De leden van het inkoopverband hebben een gezamenlijk marktaandeel van ongeveer 20% op de relevante inkoopmarkt, die heel Europa bestrijkt. Op de inkoopmarkt zijn drie andere grote spelers van vergelijkbare grootte actief. Elk van de partijen bij het inkoopverband heeft een marktaandeel van 20% tot 40% op de nationale afzetmarkten waarop zij actief zijn. Geen van hen is actief in een lidstaat waar een ander lid van het inkoopverband actief is. De partijen zijn geen potentiële nieuwkomers op elkaars markten.

Analyse: Het inkoopverband zal kunnen concurreren met andere grote spelers die actief zijn op de inkoopmarkt. De afzetmarkten zijn veel kleiner (in omzet en geografische omvang) dan de inkoopmarkt, die heel Europa bestrijkt, en op die markten hebben sommige leden van het inkoopverband mogelijk marktmacht. Hoewel de leden van het inkoopverband een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 15% hebben op de inkoopmarkt, is het niet erg waarschijnlijk dat de partijen hun gedrag gaan coördineren en heimelijke afspraken maken op de afzetmarkten, aangezien zij geen daadwerkelijke of zelfs potentiële concurrenten zijn op de downstream-markten.

219. Informatie-uitwisseling

Voorbeeld 4

Situatie: Drie concurrerende fabrikanten A, B en C belasten een onafhankelijke

collectieve inkooporganisatie met de inkoop van product Z, een halffabricaat dat door de drie partijen wordt gebruikt bij de productie van hun eindproduct X. De kostprijs van Z is geen significante kostenfactor bij de productie van X. De collectieve inkooporganisatie concurreert niet met de partijen op de afzetmarkt voor X. Alle informatie die noodzakelijk is voor de inkoop (bv. kwaliteitsspecificaties, hoeveelheden, leveringstermijnen, maximum inkooprijzen) wordt alleen meegedeeld aan de collectieve inkooporganisatie en niet aan de andere partijen. De collectieve inkooporganisatie komt de inkooprijzen overeen met de leveranciers. A, B en C hebben een gezamenlijk marktaandeel van 30% op zowel de inkoop- als de afzetmarkt. Zij hebben zes concurrenten op de inkoop- en afzetmarkt, waarvan twee een marktaandeel van 20% hebben.

Analyse: Aangezien er geen rechtstreekse informatie-uitwisseling plaatsvindt tussen de partijen, is het niet waarschijnlijk dat het aan de inkooporganisatie verstrekken van informatie die noodzakelijk is voor de inkoop, aanleiding zal geven tot een feitelijke verstandhouding. De informatie-uitwisseling zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

6. COMMERCIALISERINGSOVEREENKOMSTEN

6.1. Definitie

220. Commercialiseringsovereenkomsten hebben betrekking op de samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun onderling verwisselbare producten. De werkingssfeer van dit soort overeenkomsten kan sterk variëren, afhankelijk van de functies die binnen de afgesproken samenwerking vallen. Aan het ene uiteinde van het spectrum staat de gezamenlijke afzet, die tot de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs, leidt. Aan het andere uiteinde zijn er meer beperkte overeenkomsten die alleen betrekking hebben op één bepaalde functie in verband met de afzet, zoals distributie, service of reclame.
221. Een belangrijke categorie binnen deze meer beperkte overeenkomsten zijn de distributieovereenkomsten. De groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen⁸² en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁸³ dekken in de regel distributieovereenkomsten, behalve wanneer de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Indien de partijen concurrenten zijn, dekt de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen uitsluitend niet-wederkerige verticale overeenkomsten tussen concurrenten, voor zover a) de leverancier een producent en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur en niet een concurrerende onderneming op productieniveau is, of b) de leverancier op verschillende handelsniveaus een aanbieder van diensten is, terwijl de afnemer zijn goederen of diensten aanbiedt op detailhandelsniveau en geen concurrerende onderneming is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt⁸⁴.

⁸² Reeds geciteerd in voetnoot 8.

⁸³ Reeds geciteerd in voetnoot 9.

⁸⁴ Artikel 2, lid 4, van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen, reeds geciteerd in voetnoot 8.

222. Komen de concurrenten overeen dat zij hun onderling verwisselbare producten op basis van wederkerigheid verdelen (op verschillende geografische markten), dan bestaat in sommige gevallen de mogelijkheid dat de overeenkomsten strekken tot de opdeling van de markten tussen de partijen of deze tot gevolg hebben, of dat zij tot een feitelijke verstandhouding leiden. Dit geldt ook voor niet-wederzijdse overeenkomsten tussen concurrenten die een bepaalde omvang overtreffen. Wederkerige overeenkomsten en niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten die een bepaalde omvang overtreffen, moeten derhalve eerst worden getoetst aan de hieronder uiteengezette beginselen. Indien deze toetsing tot de conclusie leidt dat een samenwerking tussen concurrenten op distributiegebied in beginsel aanvaardbaar zou zijn, is een bijkomende beoordeling noodzakelijk van de verticale beperkingen die in dergelijke overeenkomsten zijn vervat. Deze beoordeling moet gebaseerd zijn op de beginselen die in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen zijn uiteengezet⁸⁵.
223. Verder moet onderscheid worden gemaakt tussen overeenkomsten waarbij de partijen zich alleen verbinden tot gezamenlijke verkoop en overeenkomsten waarbij de verkoop verband houdt met een andere vorm van samenwerking upstream, zoals gezamenlijke productie of gezamenlijke inkoop. Het onderzoek van commercialiseringsovereenkomsten waarbij samenwerking in verschillende stadia wordt gecombineerd, moet beginnen op grond van het hoofdstuk van deze richtsnoeren dat betrekking heeft op de "meest upstream gelegen essentiële bouwsteen" van de samenwerking⁸⁶.

6.2. Relevante markten

224. Om de concurrentieverhouding tussen de partijen te beoordelen, moeten de relevante geografische en productmarkt of -markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (meer bepaald de markt of markten waartoe de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft behoren) worden afgebakend. Aangezien een commercialiseringsovereenkomst op een bepaalde markt ook gevolgen kan hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op een aangrenzende markt die nauw met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, is verbonden, moet in voorkomend geval ook deze aangrenzende markt worden afgebakend. Die aangrenzende markt kan horizontaal of verticaal verbonden zijn met de markt waarop de samenwerking plaatsvindt.

6.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

6.3.1. Belangrijkste mededingingsbezwaren

225. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen op uiteenlopende wijzen leiden tot een beperking van de mededinging. Ten eerste is prijsvaststelling de meest voor de hand liggende beperking die commercialiseringsovereenkomsten kunnen meebrengen, aangezien om een product gezamenlijk in de handel te brengen, een gemeenschappelijke prijs vaak een inherent onderdeel van de verkoopstrategie is, hetgeen betekent dat een grondig onderzoek uit mededingingsoogpunt noodzakelijk is.

⁸⁵ Reeds geciteerd in voetnoot 9.

⁸⁶ Zie de punten 13 en 14 van deze richtsnoeren.

226. Ten tweede kunnen commercialiseringsovereenkomsten ook een productiebeperking in de hand werken, daar de partijen door middel van de overeenkomst kunnen beslissen over de hoeveelheid producten die op de markt wordt gebracht, waardoor zij het aanbod kunnen beperken.
227. Ten derde kunnen commercialiseringsovereenkomsten voor de partijen een middel worden om de markten te verdelen of bestellingen dan wel afnemers in onderling overleg toe te wijzen, met name wanneer de productie-eenheden van de partijen gevestigd zijn in verschillende geografische markten of wanneer het om wederkerige overeenkomsten gaat.
228. Ten slotte kunnen commercialiseringsovereenkomsten tevens leiden tot een uitwisseling van informatie over aspecten die binnen of buiten het bestek van de samenwerking vallen of tot het delen van kosten – met name bij overeenkomsten die geen prijsvaststelling behelzen – hetgeen kan resulteren in een heimelijke verstandhouding.

6.3.2. *Doelbewuste mededingingsbeperkingen*

229. Een belangrijk bezwaar uit het oogpunt van de mededinging, wat een commercialiseringsovereenkomst tussen concurrenten betreft, is de onderlinge vaststelling van prijzen. Overeenkomsten die tot gezamenlijke verkoop beperkt zijn, hebben doorgaans tot doel het prijsbeleid van concurrerende fabrikanten of dienstverrichters onderling af te stemmen. In dat geval wordt niet alleen de prijsconcurrentie tussen de partijen met betrekking tot hun onderling verwisselbare producten uitgeschakeld maar wordt tevens de totale hoeveelheid goederen beperkt die door de partijen in het kader van een systeem van toewijzing van bestellingen moet worden geleverd. De kans is derhalve groot dat dergelijke overeenkomsten ertoe strekken de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1.
230. 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 ervan kan worden uitgegaan dat de overeenkomst tot een algehele coördinatie van de door de partijen aangerekende prijzen zal leiden.
231. Een ander specifiek bezwaar met betrekking tot distributieafspraken tussen partijen die op verschillende geografische markten actief zijn, is dat zij een middel tot opdeling van de markt kunnen zijn. Indien de partijen gebruik maken van een wederkerige distributieovereenkomst om elkaars producten te verdelen, om markten of klanten toe te wijzen en de onderlinge mededinging uit te schakelen, mag er allicht van worden uitgegaan dat deze overeenkomst een beperking van de mededinging ten doel heeft. Is de overeenkomst niet wederkerig, dan is het risico van marktopdeling minder groot. Er moet evenwel worden nagegaan of de niet-wederkerige overeenkomst niet de basis vormt voor een onderlinge afspraak om elkaars markt niet te betreden.

6.3.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

232. Een commercialiseringsovereenkomst zal doorgaans geen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren indien ze objectief gezien noodzakelijk is om een onderneming in staat te stellen een markt te betreden die deze alleen of met een kleiner aantal partijen dan bij de samenwerking betrokken zijn, niet had kunnen

betreden, bv. wegens de kosten. Een specifieke toepassing van dit principe betreft consortiumovereenkomsten, die het ondernemingen mogelijk maken deel te nemen aan projecten die zij alleen niet hadden kunnen uitvoeren. Aangezien de partijen bij de consortiumovereenkomst dus geen potentiële concurrenten zijn voor de uitvoering van het project, is er geen sprake van beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1.

233. Overigens hebben ook niet alle wederkerige distributieovereenkomsten een beperking van de mededinging ten doel. Naargelang van de feitelijke omstandigheden hebben sommige wederkerige distributieovereenkomsten echter mogelijk wel concurrentiebeperkende gevolgen. Bij de beoordeling van dit soort overeenkomst moet in eerste instantie worden nagegaan of de partijen objectief gezien de betrokken overeenkomst nodig hebben om elkaars markt te betreden. Is dit het geval, dan zal de overeenkomst geen mededingingsproblemen van horizontale aard veroorzaken. Indien de overeenkomst evenwel voor een van de partijen de mogelijkheid om zelfstandig te beslissen over het betreden van de markt van andere partijen vermindert door de prikkels om dat te doen weg te nemen, is er waarschijnlijk sprake van mededingingsbeperkende effecten. Dezelfde redenering kan worden toegepast op niet-wederkerige overeenkomsten, waarbij het risico op mededingingsbeperkende effecten echter minder uitgesproken is.
234. Voorts kan de distributieovereenkomst mededingingsbeperkende effecten hebben indien ze verticale beperkingen behelst, zoals beperkingen op passieve verkoop, verticale prijsbinding enz.

Marktmacht

235. Commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten kunnen slechts mededingingsbeperkende effecten hebben indien de partijen een zekere marktmacht bezitten. In de meeste gevallen is het onwaarschijnlijk dat er marktmacht zou bestaan wanneer de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15% hebben. Bij een gezamenlijk marktaandeel van de partijen van minder dan 15% is het in elk geval waarschijnlijk dat de betrokken overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.
236. Wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 15% bedraagt, valt de overeenkomst buiten de "veilige zone" en moet worden nagegaan welke gevolgen de overeenkomst inzake gezamenlijke commercialisering waarschijnlijk voor de markt zal hebben.

Kostendeling

237. Een overeenkomst inzake gezamenlijke commercialisering die geen vaststelling van prijzen behelst, zal waarschijnlijk ook mededingingsbeperkende effecten hebben indien ze de mate waarin de partijen variabele kosten delen opvoert tot een niveau waarop een feitelijke verstandhouding het logische gevolg is. Dit zal allicht het geval zijn wanneer de partijen reeds vóór het sluiten van de gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst een aanzienlijk deel van hun variabele kosten deelden, daar de extra gedeelde kosten (namelijk de verkoopkosten van het product waarop de overeenkomst betrekking heeft) de balans kunnen doen doorslaan naar een feitelijke verstandhouding. Hoe dan ook, indien de gedeelde kosten sterk toenemen,

zal het risico dat het tot een feitelijke verstandhouding komt wellicht groot zijn, zelfs indien het oorspronkelijke niveau van gedeelde kosten laag is.

238. Gedeelde kosten doen het risico op een feitelijke verstandhouding alleen toenemen als de partijen marktmacht hebben en als de verkoopkosten een groot deel van de variabele kosten voor de betrokken producten vertegenwoordigen. Dat is bijvoorbeeld niet het geval bij homogene producten, waarbij de productie de belangrijkste kostenfactor is. Het delen van verkoopkosten doet daarentegen het risico op een feitelijke verstandhouding toenemen als de commercialiseringsovereenkomst betrekking heeft op producten waarvan de verkoop veel kosten meebrengt, bv. hoge distributie- of marketingkosten. Gemeenschappelijke reclame- of promotieovereenkomsten kunnen derhalve eveneens aanleiding geven tot mededingingsbeperkende effecten indien deze kosten een belangrijke kostenfactor vormen.

Informatie-uitwisseling

239. Gezamenlijke commercialisering brengt doorgaans de uitwisseling van gevoelige commerciële informatie mee, met name over marketingstrategie en prijsstelling. In de meeste commercialiseringsovereenkomsten is voor de uitvoering ervan voorzien in een bepaalde mate van informatie-uitwisseling. Er moet dan ook worden nagegaan of die informatie-uitwisseling aanleiding kan geven tot een heimelijke verstandhouding met betrekking tot de activiteiten van de partijen binnen en buiten het samenwerkingsverband. Eventuele negatieve effecten ten gevolge van de uitwisseling van informatie worden niet afzonderlijk onderzocht, maar samen met de algemene effecten van de overeenkomst.
240. Wanneer bijvoorbeeld de partijen bij een overeenkomst voor het gezamenlijk voeren van reclame prijsstellingsinformatie uitwisselen, kan dit leiden tot een feitelijke verstandhouding met betrekking tot de producten waarvoor gezamenlijk reclame wordt gemaakt. De uitwisseling van dergelijke informatie in het kader van een overeenkomst voor het gezamenlijk voeren van reclame gaat hoe dan ook verder dan wat nodig is voor de uitvoering van die overeenkomst. Welke mededingingsbeperkende effecten van informatie-uitwisseling in het kader van commercialiseringsovereenkomsten te verwachten zijn, hangt af van de kenmerken van de markt en de uitgewisselde gegevens en dient te worden beoordeeld aan de hand van de aanwijzingen die worden gegeven in het hoofdstuk over informatie-uitwisseling.

6.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

6.4.1. Efficiëntieverbeteringen

241. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Met welke efficiëntieverbeteringen rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of een commercialiseringsovereenkomst voldoet aan de criteria van artikel 101, lid 3, hangt af van de aard van de activiteit en de partijen die deel uitmaken van het samenwerkingsverband. Vaststelling van de prijzen kan over het algemeen niet worden gerechtvaardigd, tenzij deze onmisbaar is voor de integratie van andere marketingfuncties en deze integratie een aanzienlijke efficiëntieverbetering tot stand zal brengen. Gezamenlijke distributie kan

aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren door de schaalvoordelen, zeker voor kleinere producenten.

242. Daarenboven mag het bij de efficiëntieverbeteringen niet gaan om besparingen die alleen het gevolg zijn van het wegvallen van kosten die inherent deel uitmaken van de concurrentie, maar moeten zij het resultaat zijn van het bijeenbrengen van economische activiteiten. Een verlaging van de vervoerkosten die alleen voortvloeit uit de toewijzing van klanten zonder integratie van het logistieke systeem kan daarom niet worden beschouwd als een efficiëntieverbetering in de zin van artikel 101, lid 3.

243. Elke efficiëntieverbetering moet worden aangetoond. De inbreng door de partijen van voldoende kapitaal, technologie of andere activa kan in dit opzicht een belangrijke factor zijn. Kostenbesparingen dankzij minder duplicatie van middelen en faciliteiten kunnen eveneens worden aanvaard. Wanneer de gemeenschappelijke commercialisering echter niet meer inhoudt dan een verkoopbureau en er geen investeringen worden gedaan, gaat het waarschijnlijk om een verkapt kartel en zal deze samenwerking als zodanig waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

6.4.2. *Onmisbaarheid*

244. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een commercialiseringsovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. De vraag naar de onmisbaarheid is met name van belang voor overeenkomsten die voorzien in de vaststelling van prijzen of de toewijzing van markten, hetgeen slechts in uitzonderlijke gevallen als onmisbaar kan worden beschouwd.

6.4.3. *Doorgeven aan de gebruikers*

245. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende effecten van de commercialiseringsovereenkomst te compenseren. Dit kan gebeuren in de vorm van lagere prijzen dan wel een betere kwaliteit of grotere diversiteit van de producten. Hoe groter de marktmacht van de partijen evenwel is, hoe minder waarschijnlijk het is dat zij efficiëntievoordelen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende effecten compenseert. Indien de partijen een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15% hebben, is de kans groot dat alle aangetoonde efficiëntieverbeteringen die uit de overeenkomst voortvloeien in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven.

6.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

246. Aan de criteria van artikel 101, lid 3, kan niet worden voldaan indien de partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor mogelijke spillover-markten.

6.5. Voorbeelden

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

Voorbeeld 1

Situatie: Vier ondernemingen die wasserijdiensten aanbieden, elk met een marktaandeel van 3% op de totale wasserijmarkt in een stad, komen overeen een gemeenschappelijke marketingdienst op te richten voor de verkoop van wasserijdiensten aan institutionele klanten (d.w.z. hotels, ziekenhuizen, kantoren), met behoud van hun onafhankelijkheid en de vrijheid om elkaar te beconcurreren voor lokale individuele klanten. Ten aanzien van het nieuwe segment van de vraag dat wordt aangesneden (de institutionele klanten) kiezen zij een gemeenschappelijke merknaam en hanteren zij een gemeenschappelijke prijs en gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, waarin onder meer een maximum leveringstermijn van 24 uur en leveringsschema's zijn opgenomen. Zij zetten een gemeenschappelijke belcentrale op waarnaar institutionele klanten kunnen bellen om te vragen om ophaling of levering. Zij nemen een receptionist (voor de belcentrale) en verscheidene chauffeurs in dienst. Voorts investeren zij in bestelwagens voor de ophaling en levering en in merkpromotie, om hun naambekendheid te vergroten. De overeenkomst zorgt niet voor een algehele verlaging van hun infrastructuurkosten (daar zij elk hun eigen bedrijfsgebouwen behouden en nog met elkaar concurreren voor de individuele lokale klanten), maar verhoogt de schaalvoordelen en stelt hen in staat een meer volledige dienstverlening aan te bieden aan andere soorten klanten, wat onder meer langere openingstijden en het bestrijken van een groter geografisch gebied impliceert. Met het oog op de levensvatbaarheid van het project is het noodzakelijk dat ze alle vier 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 de vaststelling van prijzen toch mee dat artikel 101, lid 1, van toepassing kan zijn. Individueel of indien ze niet alle vier hadden deelgenomen aan de overeenkomst, zouden de partijen evenwel niet in staat zijn geweest de markt voor wasserijdiensten ten behoeve van institutionele klanten te betreden. Op zichzelf zou de overeenkomst geen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren, ondanks het concurrentieverstorende vaststellen van prijzen, omdat dit hier als onmisbaar kan worden beschouwd voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en het welslagen van het project.

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

Voorbeeld 2

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

Analyse: Hoewel het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kleiner is dan 15%, brengt het feit dat de overeenkomst voorziet in de vaststelling van prijzen en

uitgevoerd had kunnen worden door minder dan de vier partijen mee dat artikel 101, lid 1, toch van toepassing is. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De overeenkomst levert efficiëntieverbeteringen op, aangezien de partijen nu betere dienstverlening op grotere schaal kunnen aanbieden aan een nieuwe categorie klanten (wat zij anders individueel niet hadden kunnen doen). Gelet op het gezamenlijke marktaandeel van de partijen van minder dan 15% zullen zij de behaalde efficiëntievoordelen waarschijnlijk in voldoende mate doorgeven aan de gebruikers. Voorts moet worden afgewogen 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 een enkele merknaam en met gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, kan de vaststelling van prijzen 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 overigens de mededinging niet uitschakelen. Het feit dat er vier partijen betrokken zijn bij de overeenkomst (in plaats van de drie die strikt genomen noodzakelijk zijn) 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. de leveringstermijnen). Daardoor is het waarschijnlijk dat de efficiëntieverbeteringen de mededingingsbeperkende effecten compenseren die voortvloeien uit de verminderde concurrentie tussen de partijen, en dat de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

249. Gemeenschappelijk internetplatform

Voorbeeld 3

Situatie: Een groot aantal speciaalzaken uit alle hoeken van een land zetten samen een elektronisch webplatform op voor de promotie, verkoop en thuisbezorging van fruitmanden. Door middel van een maandelijkse bijdrage delen zij de exploitatiekosten van het platform en investeren zij samen in merkpromotie. Via de webpagina, waarop een aantal verschillende cadeaumanden worden aangeboden, bestellen (en betalen) de klanten de fruitmand die zij willen laten afgeven. De bestelling wordt dan toegewezen aan de speciaalzaak die het dichtst bij het leveringsadres is gevestigd. De winkel draagt zelf de kosten van het samenstellen van de fruitmand en het bezorgen ervan bij de klant. Hij krijgt 90% van de verkoopprijs, die door het webplatform is vastgesteld en die uniform geldt voor alle deelnemende speciaalzaken, terwijl de overige 10% bestemd is voor collectieve promotie en de exploitatiekosten van het webplatform. Buiten de betaling van de maandelijkse bijdrage gelden voor speciaalzaken willekeurig waar op het nationale grondgebied geen beperkingen om tot het platform toe te treden. Speciaalzaken die hun eigen bedrijfswebsite hebben, mogen daarenboven onder hun eigen naam fruitmanden verkopen via internet en kunnen zo dus nog onderling concurreren buiten de samenwerking via het webplatform om.

Analyse: Hoewel de overeenkomst beperkt is in haar opzet, daar ze alleen betrekking heeft op de gezamenlijke verkoop van een specifiek product via een specifiek verkoopkanaal (het webplatform), maar aangezien ze de vaststelling van prijzen meebrengt, is het waarschijnlijk dat ze ertoe strekt de mededinging te

beperken in de zin van artikel 101, lid 1. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De overeenkomst leidt tot efficiëntieverbeteringen zoals een ruimere keuze en een dienstverlening van hogere kwaliteit. Deze efficiëntieverbeteringen komen de gebruikers ten goede en compenseren waarschijnlijk de mededingingsbeperkende effecten 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 mededingingsbeperkende vaststelling van prijzen kunnen worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het product (daar de klanten bij aankoop via het webplatform niet weten bij wie zijn de fruitmand kopen) en voor de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen. Bij gebreke van andere beperkingen voldoet de overeenkomst aan de criteria van artikel 101, lid 3.

250. Gemeenschappelijke verkooporganisatie

Voorbeeld 4

Situatie: De ondernemingen A en B, die in verschillende landen gevestigd zijn, produceren fietsbanden. Zij hebben een gezamenlijk marktaandeel van 14% op de markt voor fietsbanden die de hele EU bestrijkt. Zij besluiten een (zij het niet volwaardige) gemeenschappelijke onderneming op te zetten voor de verkoop van fietsbanden aan fietsfabrikanten en komen overeen hun gehele productie via de gemeenschappelijke onderneming te verkopen. De productie- en transportinfrastructuur blijft gescheiden per onderneming. De partijen stellen dat de overeenkomst aanzienlijke efficiëntieverbeteringen meebrengt. Die verbeteringen zouden in hoofdzaak bestaan in toegenomen schaalvoordelen, het feit beter te kunnen voldoen aan de vraag van hun bestaande en potentiële nieuwe klanten en een betere concurrentiepositie ten opzichte van geïmporteerde banden uit derde landen. De gemeenschappelijke onderneming onderhandelt over de prijzen en wijst de orders toe aan de dichtstbijzijnde productie-eenheid, 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 de toepassing van artikel 101, lid 1. Ze strekt ertoe de mededinging te beperken, aangezien ze ertoe leidt dat de gemeenschappelijke onderneming klanten toewijst en de prijzen vaststelt. De beweerde 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 werkteerrein hebben en uitsluitend optreden als draaischijf voor het toewijzen van orders aan de productie-eenheden. Het is dan ook onwaarschijnlijk dat de eventuele efficiëntieverbeteringen in voldoende mate zouden worden doorgegeven aan de gebruikers om de mededingingsbeperkende effecten van de overeenkomst te compenseren. In dat geval zou niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zijn voldaan.

251. "Niet-afsnoep"-beding in een overeenkomst betreffende het uitbesteden van diensten

Voorbeeld 5

Situatie: A en B zijn concurrerende leveranciers van schoonmaakdiensten voor bedrijfsgebouwen. Beide ondernemingen hebben een marktaandeel van 15%. Er zijn

verscheidene andere concurrenten met marktaandelen tussen 10% en 15%. A heeft de (eenzijdige) beslissing genomen zich voortaan uitsluitend te concentreren op grote klanten omdat is gebleken dat het bedienen van grote en kleine klanten een enigszins verschillende organisatie van het werk vereist. Daarom heeft A besloten geen contracten meer te sluiten met nieuwe kleine klanten. Daarenboven sluiten A en B een uitbestedingsovereenkomst waarbij B rechtstreeks schoonmaakdiensten verleent aan de bestaande kleine klanten van A (die ongeveer 1/3 van diens klantenbestand uitmaken). A vindt het evenwel belangrijk de klantrelatie met deze kleine klanten niet te verliezen. A behoudt derhalve zijn contractuele band met de kleine klanten, maar de eigenlijke verlening van schoonmaakdiensten gebeurt door B. Voor de uitvoering van de uitbestedingsovereenkomst moet A onvermijdelijk aan B de identiteit bekendmaken van A's kleine klanten waarop de overeenkomst betrekking heeft. Aangezien A bang is dat B zou kunnen trachten deze klanten af te snoepen door hen goedkopere rechtstreekse diensten aan te bieden (en zo A buitenspel te zetten), staat A erop dat in de uitbestedingsovereenkomst een "niet-afsnoep"-beding wordt opgenomen. Krachtens dit beding mag B de kleine klanten waarop de uitbestedingsovereenkomst betrekking heeft niet aanspreken om hen rechtstreekse dienstverlening aan te bieden. Daarenboven komen A en B overeen dat B aan die klanten geen rechtstreekse diensten mag verlenen, zelfs als B door hen wordt benaderd. Zonder dat "niet-afsnoep"-beding zou A geen uitbestedingsovereenkomst sluiten met B of een andere onderneming.

Analyse: De uitbestedingsovereenkomst schakelt B uit als een onafhankelijke leverancier van schoonmaakdiensten voor A's kleine klanten, aangezien die niet langer een rechtstreekse contractuele relatie zullen kunnen aangaan met B. Die klanten vertegenwoordigen echter slechts 1/3 van A's klantenbestand, d.w.z. 5% van de markt. Zij kunnen altijd nog terecht bij de concurrenten van A en B, die 70% van de markt vertegenwoordigen. De uitbestedingsovereenkomst zal A derhalve niet in staat stellen om met gunstig gevolg de prijzen te verhogen die aan de desbetreffende klanten worden berekend. Voorts zal de uitbestedingsovereenkomst waarschijnlijk niet leiden tot een heimelijke verstandhouding, aangezien A en B slechts een gezamenlijk marktaandeel van 30% hebben en te maken hebben met verscheidene concurrenten met marktaandelen die vergelijkbaar zijn met het marktaandeel van A en B afzonderlijk. Daarenboven beperkt het feit dat het bedienen van grote en kleine klanten enigszins verschillend is het risico dat de uitbestedingsovereenkomst spillover-effecten heeft voor het gedrag van A en B in de concurrentie om grote klanten. De uitbestedingsovereenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

7. STANDAARDISERINGSOVEREENKOMSTEN

7.1. Definitie

Standaardiseringsovereenkomsten

252. Standaardiseringsovereenkomsten hebben in de eerste plaats ten doel technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan bestaande of toekomstige producten,

productieprocessen, diensten of werkwijzen moeten voldoen⁸⁷. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op uiteenlopende aspecten, bijv. standaardisering van verschillende kwaliteitsniveaus of groottes 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 regulerende instantie te verkrijgen, kunnen eveneens als een norm worden beschouwd. Overeenkomsten die normen vaststellen voor de milieuprestaties van producten of productieprocessen, vallen eveneens onder dit hoofdstuk.

253. De voorbereiding en uitwerking van technische normen als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag valt niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren⁸⁸. De krachtens Richtlijn 98/34/EG⁸⁹ erkende Europese normalisatie-instellingen vallen onder het mededingingsrecht voor zover zij kunnen worden beschouwd als een onderneming of een ondernemersvereniging in de zin van de artikelen 101 en 102. Normen die verband houden met het verstrekken van professionele diensten, zoals voorschriften inzake de toelating tot een vrij beroep, vallen niet binnen de werkingssfeer van deze richtsnoeren.

Standaardvoorwaarden

254. In sommige bedrijfstakken hanteren de ondernemingen standaardverkoop- of -inkoopvoorwaarden⁹⁰ die zijn uitgewerkt door een brancheorganisatie of rechtstreeks door de concurrerende ondernemingen zelf ("standaardvoorwaarden"). Dergelijke standaardvoorwaarden vallen onder de toepassing van deze richtsnoeren voor zover zij standaardregels vaststellen voor de verkoop of inkoop tussen concurrenten en gebruikers (en niet tussen concurrenten onderling) met betrekking tot onderling verwisselbare producten. Wanneer dergelijke standaardvoorwaarden in een bedrijfstak op grote schaal worden gehanteerd, is het mogelijk dat de inkoop- en verkoopvoorwaarden die in de sector gelden feitelijk in ruime mate gestandaardiseerd worden. Voorbeelden van bedrijfstakken waarin standaardvoorwaarden een belangrijke rol spelen, zijn het bankwezen (bv. contracten voor de uitgifte van kaarten, het gebruik van geldautomaten en voorwaarden voor rekeningen) en de verzekeringssector.
255. Standaardvoorwaarden die door een onderneming individueel zijn uitgewerkt, uitsluitend voor haar eigen gebruik bij het sluiten van contracten met leveranciers of klanten, zijn evenwel geen horizontale overeenkomsten en vallen derhalve niet onder de toepassing van deze richtsnoeren.

⁸⁷ Normalisatie kan op verschillende wijzen gebeuren, variërend van de aanneming van nationale normen, waarover eensgezindheid is bereikt, door de Europese of nationale normalisatie-instellingen, tot normen waarover in consortia en fora overeenstemming wordt bereikt, en overeenkomsten tussen individuele ondernemingen.

⁸⁸ Zie zaak C-113/07, *SELEX*, Jurispr. 2009, nog niet gepubliceerd, punt 92.

⁸⁹ Richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, PB L 204 van 21.7.1998, blz. 37.

⁹⁰ Dergelijke standaardvoorwaarden kunnen betrekking hebben op een groot deel van de bepalingen van het uiteindelijke contract dan wel slechts op een zeer klein deel ervan.

7.2. Relevante markten

256. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen gevolgen hebben op vier mogelijke markten, die zullen worden omschreven overeenkomstig de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de markt⁹¹. Allereerst kan het vaststellen van normen invloed hebben op de product- of dienstenmarkt of -markten waarop de norm of normen betrekking heeft of hebben. Ten tweede, als het vaststellen van normen een technologiekeuze impliceert en de intellectuele-eigendomsrechten afzonderlijk op de markt worden gebracht, los van de producten waarop ze betrekking hebben, kan de norm effecten hebben op de relevante technologiemarkt⁹². In de derde plaats kunnen er effecten zijn op de dienstenmarkt voor de vaststelling van normen, indien er verschillende normalisatie-instellingen of standaardiseringsovereenkomsten bestaan. In de vierde plaats kan het vaststellen van normen, voor zover van toepassing, effect hebben op een afzonderlijke markt voor proefneming en certificering.
257. Wat standaardvoorwaarden betreft, doen de effecten zich over het algemeen voor op de downstream-markt waar de ondernemingen die de standaardvoorwaarden toepassen concurreren bij het verkopen van hun product aan hun klanten.

7.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

7.3.1. Belangrijkste mededingingsbezwaren

Standaardiseringsovereenkomsten

258. Standaardiseringsovereenkomsten hebben in het algemeen een positief economisch effect, bijvoorbeeld door het bevorderen van economische interpenetratie binnen de interne markt en het aanmoedigen van de ontwikkeling van nieuwe markten en betere leveringscondities. Normen kunnen de mededinging doen toenemen en de productie- en verkoopkosten doen dalen, en aldus de economie in haar geheel ten goede komen. Normen kunnen zorgen voor de handhaving en verhoging van de kwaliteit, voor meer informatie en voor een betere interoperabiliteit (wat een meerwaarde betekent voor de consument).
259. Het vaststellen van normen kan echter ook mededingingsbeperkende effecten hebben doordat mogelijk de prijsconcurrentie kleiner wordt en de productie, de markten, de innovatie of de technologische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Besprekingen in het kader van de vaststelling van normen kunnen, zoals elk overleg tussen concurrenten, een gelegenheid vormen om de prijsconcurrentie op de betrokken markten te beperken of uit te schakelen, hetgeen een feitelijke verstandhouding op de markt in de hand zou werken.
260. Voorts 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 en de norm is vastgesteld, moeten concurrerende

⁹¹ Reeds geciteerd in voetnoot 5.

⁹² Zie het hoofdstuk over O&O-overeenkomsten.

technologieën een drempel overwinnen om toegang te krijgen tot de markt en bestaat het risico dat zij ervan worden uitgesloten.

261. Het vaststellen van normen kan ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de vorm van marktafscherming of een beperking van innovatie wanneer de keuze van de in de norm vervatte technologie feitelijk in de handen is van een of meer belanghebbenden of wanneer het proces voor het vaststellen van de norm een of meer deelnemers bevoordeelt.
262. Aangezien een norm de toegang tot de markt kan belemmeren, zou een onderneming (of eventueel meer dan één onderneming) die intellectuele-eigendomsrechten (IE-rechten) bezit die essentieel zijn voor een norm, het gebruik daarvan kunnen bepalen en derhalve de product- of dienstenmarkt waarvoor de norm geldt kunnen domineren. Dit zou de betrokken onderneming dan weer de mogelijkheid geven haar machtspositie te misbruiken en buitensporige vergoedingen te bedingen door de gebruikers na de goedkeuring van de norm te "uit te persen". Gezien de bijzondere risico's die eraan verbonden zijn, besteedt dit hoofdstuk vooral aandacht aan standaardiseringsovereenkomsten waarin IE-rechten vervat zijn, maar de regels gelden voor alle standaardiseringsovereenkomsten⁹³.

Standaardvoorwaarden

263. Standaardvoorwaarden kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat ze 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 van 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, zoals bijvoorbeeld bij verzekeringspolissen. Bij klassieke consumptiegoederen hebben de standaardverkoopvoorwaarden doorgaans geen negatieve invloed op de vernieuwing van het bestaande product of op de productkwaliteit en het productaanbod.
264. Voorts bestaat het gevaar dat standaardvoorwaarden, afhankelijk van hun inhoud, een ongunstige invloed hebben op de handelsvoorwaarden voor het eindproduct. Met name bestaat er een reëel gevaar dat standaardvoorwaarden met betrekking tot de prijs de prijsconcurrentie beperken.
265. Indien de standaardvoorwaarden algemeen gangbaar worden in de sector, kan daarenboven toegang tot die voorwaarden cruciaal zijn om de markt te kunnen betreden. In dergelijke gevallen kan het weigeren van toegang tot de standaardvoorwaarden mogelijk leiden tot een met de mededinging strijdige afscherming van de markt. Zolang de standaardvoorwaarden daadwerkelijk kunnen worden gebruikt door eenieder die dat wil, is de kans klein dat ze tot een met de mededinging strijdige marktafscherming zullen leiden.

⁹³ Doorgaans hebben normalisatie-instellingen voorschriften inzake IE-rechten, waarin dienaangaande procedures worden vastgelegd. De in die IE-voorschriften vastgestelde regels zijn van bijzonder belang in deze context.

7.3.2. *Doelbewuste mededingingsbeperkingen*

266. Overeenkomsten waarin een norm of standaardvoorwaarden worden gebruikt als een onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, strekken ertoe de mededinging te beperken in de zin van artikel 101, lid 1. Een overeenkomst waarbij een nationale fabrikantenvereniging een norm zou vaststellen en op derden druk zou uitoefenen om geen producten te verkopen die niet aan deze norm voldoen, zou bijvoorbeeld tot deze categorie behoren. Een situatie waarbij een brancheorganisatie een nieuwkomer geen toegang geeft tot haar standaardvoorwaarden, waarvan het gebruik van essentieel belang is om de markt te kunnen betreden, zou een ander voorbeeld zijn.
267. Alle pogingen om de mededinging te beperken door voorafgaand aan de goedkeuring van een norm het niet vrijgeven van essentiële IE-rechten of zeer strenge licentievoorwaarden te gebruiken als een verdoken manier om gezamenlijk de prijzen van producten vast te stellen, vormen doelbewuste mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1. Ook overeenkomsten tussen IE-rechthebbenden over de licentievoorwaarden die zij zullen bekendmaken, gesloten vóór de vaststelling van de norm, vormen doelbewuste mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1.
268. Standaardvoorwaarden die bepalingen bevatten welke de aan de klanten berekende prijzen beïnvloeden (d.w.z. aanbevolen prijzen, kortingen enz.), zouden steeds doelbewuste mededingingsbeperkingen vormen.

7.3.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

Standaardiseringsovereenkomsten

269. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet in het algemeen rekening worden gehouden met de aard van de norm en de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markten. Of standaardiseringsovereenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben, hangt onder meer af van de mate waarin de leden de vrijheid behouden om alternatieve normen of producten die niet aan de overeengekomen norm voldoen te ontwikkelen.
270. In het normalisatieproces is een zekere spanning onvermijdelijk, aangezien elke onderneming haar eigen oplossingen als een deel van de norm wil laten erkennen. Terzelfder tijd moet elke onderneming ook samenwerken met andere leden van de normalisatie-instantie om de norm te ontwikkelen, vast te stellen en te doen aanvaarden.
271. De spanningen die tijdens het normalisatieproces kunnen rijzen, worden versterkt door het feit dat de ondernemingen die bij de normalisatie betrokken zijn mogelijk verschillen qua omvang van hun economische activiteiten, bronnen van inkomsten en dus ook drijfveren.
272. Ondernemingen die alleen upstream actief zijn, ontwikkelen en verkopen alleen technologieën. Normaal gezien zijn licentievergoedingen hun enige bron van inkomsten en hun streven is derhalve de royalty's zo hoog mogelijk te leggen.

273. Omgekeerd beperken ondernemingen die alleen downstream actief zijn zich tot het vervaardigen van producten op basis van technologieën die door anderen zijn ontwikkeld en bezitten zij geen noemenswaardige IE-rechten. Aangezien royalty's voor hen een kostenfactor zijn en geen bron van inkomsten, is hun streven erop gericht de royalty's zo laag mogelijk te houden.
274. Verticaal geïntegreerde ondernemingen die zowel technologie ontwikkelen als producten verkopen, hebben gemengde drijfveren. Aan de ene kant kunnen zij inkomsten behalen uit hun IE-rechten, als zij dat willen. Aan de andere kant is het mogelijk dat zij royalty's moeten betalen aan andere ondernemingen die IE-rechten bezitten die essentieel zijn voor de norm die geldt voor de door hen vervaardigde producten. Wanneer dergelijke ondernemingen het grootste deel van hun inkomsten (en winst) downstream realiseren, zijn zij minder dan ondernemingen die uitsluitend upstream actief zijn afhankelijk van de inkomsten die zij eventueel halen uit hun essentiële IE-rechten. De stimulans om wederkerige licenties te verlenen op hun eigen essentiële IE-rechten in ruil voor essentiële IE-rechten van andere ondernemingen kan voor hen groter zijn dan de stimulans om te trachten royalty's te innen.
275. Hoe dan ook, ongeacht de marktpositie van de diverse IE-rechthebbenden kan het vaststellen van normen – dat jaren in beslag kan nemen – aan die IE-rechthebbenden marktmacht verlenen c.q. hun marktmacht vergroten en onder bepaalde omstandigheden leiden tot misbruik van een machtspositie. Tijdens het ontwikkelen van de norm kunnen verschillende geöctrooieerde technologieën met elkaar concurreren om opneming in de norm. Tot op het ogenblik van de vaststelling van een norm kan de bedrijfstak wellicht soepelheid aan de dag leggen met betrekking tot de exacte technische kenmerken van de normen en aldus eventueel door een aanpassing van de norm vermijden dat gebruik moet worden gemaakt van bepaalde octrooien. Wanneer een bepaalde geöctrooieerde technologie echter eenmaal is opgenomen in een norm (en de alternatieven zijn verworpen), is de bedrijfstak normaal gezien hieraan gebonden, onder meer wegens de kosten van een omschakeling of van het loslaten van de norm.
276. In de volgende alinea's wordt, met inachtneming van het vorenstaande, uiteengezet onder welke voorwaarden standaardiseringsovereenkomsten buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, vallen. Standaardiseringsovereenkomsten hoeven niet aan deze voorwaarden te voldoen, maar als ze dat doen, zullen ze normaal gezien aan de toepassing van artikel 101, lid 1, ontsnappen. Als een standaardiseringsovereenkomst niet aan deze voorwaarden voldoet, is een individuele beoordeling noodzakelijk 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, zodat de overeenkomst in aanmerking komt voor de wettelijke uitzondering op het verbod van artikel 101, lid 1.
277. Wanneer deelname aan de standaardisering, evenals de procedure voor de vaststelling van de betrokken norm, voor eenieder open staat en transparant is, zijn standaardiseringsovereenkomsten die geen verplichting opleggen om zich aan de norm te houden en die op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang verlenen tot de norm, niet mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1.

278. Allereerst moeten, met betrekking tot de onbeperkte deelname en de procedure voor het vaststellen van de norm, het reglement van de normalisatie-instantie, en in het bijzonder haar voorschriften inzake IE-rechten, garanderen dat alle relevante actoren kunnen deelnemen aan het proces dat leidt tot de keuze van de norm. Meer bepaald mogen de desbetreffende regels bepaalde groepen van IE-rechthebbenden niet uitsluiten of discrimineren. Met betrekking tot de relatieve voordelen van royaltyvrije normen ten opzichte van andere alternatieven mag geen gunstige of ongunstige vooringenomenheid bestaan. De normalisatie-instanties moeten ook hebben voorzien in objectieve en niet-discriminerende procedures voor het toekennen van stemrechten.
279. In de tweede plaats moeten de normalisatie-instanties, wat transparantie betreft, hebben voorzien in procedures aan de hand waarvan de belanghebbenden zich kunnen informeren over komende, lopende en voltooide standaardiseringswerkzaamheden.
280. Ten derde moeten de reglementen van de normalisatie-instanties trachten tegen te gaan dat IE-rechthebbenden het standaardiseringsproces misbruiken door "uitpersingspraktijken" of door het hanteren van excessieve royaltytarieven. Die doelstellingen moeten binnen normalisatie-instanties worden nagestreefd door het opleggen van regels die bindend zijn voor alle leden van de organisatie.
281. Dit veronderstelt duidelijke en evenwichtige voorschriften inzake IE-rechten, die bescherming bieden tegen de mogelijkheid dat grote ondernemingen hun marktmacht misbruiken in verband met een norm. Zo moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat alle intellectuele-eigendomsrechten⁹⁴ die noodzakelijk zouden kunnen zijn voor de toepassing van een norm die in ontwikkeling is, te goeder trouw worden bekendgemaakt voordat die norm wordt vastgesteld. Dit betekent dat de IE-rechthebbenden redelijke inspanningen moeten leveren om te achterhalen welke bestaande IE-rechten en hangende IE-aanvragen relevant zijn voor de potentiële norm.
282. In de IE-voorschriften moet ook vermeld zijn dat alle rechthebbenden op IE-rechten die essentieel zijn voor technologie die mogelijk zal worden geïntegreerd in een norm, onherroepelijk een schriftelijke verbintenis moeten aangaan om hun IE-rechten aan alle derden in licentie te geven op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ("FRAND-verbintenis").
283. FRAND-verbintenissen moeten bij het vaststellen van een norm garanderen dat geoctrooieerde technologie die in die norm is geïntegreerd, voor de gebruikers van de norm toegankelijk is op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Met name moeten FRAND-verbintenissen voorkomen dat IE-rechthebbenden de toepassing van een norm moeilijk maken door – nadat de bedrijfstak zichzelf tot de norm heeft verbonden – te weigeren licenties te verlenen, door oneerlijke of onredelijke (met andere woorden buitensporige) vergoedingen te vragen en/of door discriminerende royaltytarieven te hanteren.
284. Misbruik van marktmacht die is verkregen op grond van IE-rechten die in een norm zijn geïntegreerd, vormt een inbreuk op artikel 102. Om in geval van betwisting uit te

⁹⁴ Dit omvat onder meer octrooien en octrooiaanvragen.

maken of de in het kader van een standaardisering opgelegde octrooivergoeding oneerlijk of onredelijk is, zal worden nagegaan of er een redelijke verhouding bestaat tussen de vergoeding en de economische waarde van de octrooien⁹⁵. Bij het maken van deze beoordeling kunnen verschillende methoden worden gevolgd. In principe zijn methoden waarbij wordt uitgegaan van de kosten hiervoor niet erg geschikt, omdat het moeilijk is te bepalen welke kosten aan de ontwikkeling van een bepaald octrooi of een groep van octrooien moeten worden toegeschreven. Het is daarentegen wellicht wel mogelijk de licentievergoeding die door de betrokken onderneming vóór de invoering van de norm in de bedrijfstak (ex ante) in een concurrerende omgeving voor de desbetreffende octrooien werd berekend te vergelijken met het tarief dat na de invoering van de norm (ex post) wordt toegepast. Dit veronderstelt dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt⁹⁶.

285. Een andere methode om de verhouding tussen de IE-vergoeding en de economische waarde van de octrooien te beoordelen zou erin kunnen bestaan een onafhankelijke expert een verslag te laten opstellen over de objectieve kwaliteit van de IE-rechten en het belang ervan voor de kwestieuze norm. Er zou mogelijk ook kunnen worden teruggegrepen op eerdere eenzijdige bekendmakingen vooraf van meest restrictieve licentievoorwaarden. Dit veronderstelt eveneens dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt. In deze richtsnoeren wordt niet getracht een uitputtende lijst te geven van bruikbare methoden om te beoordelen of royalty's buitensporig zijn.
286. Om ervoor te zorgen dat de FRAND-verbintenis wordt nagekomen, moet aan alle IE-rechthebbenden die een dergelijke verbintenis aangaan ook de verplichting worden opgelegd om met alle nodige middelen 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.
287. Los van de vraag of ze voldoen aan bovengenoemde voorwaarden, wat normaal gezien voldoende is om mededingingsbeperkende effecten te voorkomen, kunnen standaardiseringsovereenkomsten nog andere bepalingen bevatten die al dan niet de mededinging kunnen beperken. Indien – om een bekend voorbeeld te noemen – normalisatie-instanties voorzien in de bekendmaking vooraf van meest restrictieve licentievoorwaarden, zal dit (behoudens het eerder gemaakte voorbehoud) niet leiden tot een beperking van de mededinging 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 de voorschriften van een normalisatie-instantie inzake IE-rechten dan ook de eis zouden stellen dan wel zouden toestaan dat IE-rechthebbenden vóór de vaststelling van de norm individueel hun meest restrictieve licentievoorwaarden bekendmaken, onder meer de maximumtarieven van de royalty's die zij berekenen, zou dit niet leiden tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101,

⁹⁵ Zie zaak 27/76, *United Brands t. Commissie*, Jurispr. 1978, blz. 207, punt 250; zie ook zaak C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH*, Jurispr. 2009, nog niet gepubliceerd, punt 142.

⁹⁶ Zie zaak 395/87, *Openbaar ministerie t. Jean-Louis Tournier*, Jurispr. 1989, blz. 2521, punt 38; gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Francois Lucazeau t. SACEM*, Jurispr. 1989, blz. 2811, punt 33.

lid 1, zolang het niet toegestaan is te onderhandelen of onderling te overleggen over de licentievoorwaarden, en in het bijzonder de royaltytarieven. Dergelijke eenzijdige bekendmaking vooraf van meest restrictieve licentievoorwaarden zou een manier kunnen zijn om de normalisatie-instantie in staat te stellen een geïnformeerde beslissing te nemen op basis van de voor- en nadelen van verschillende alternatieve technologieën, niet alleen uit een technisch, maar ook uit een financieel oogpunt.

288. De opneming in een norm van vervangingstechnologieën (d.w.z. technologie die door gebruikers/licentiehouders beschouwd wordt als onderling verwisselbaar met een andere technologie op grond van de kenmerken van beide technologieën en het beoogde gebruik en die in het concrete geval in een alternatieve norm zou kunnen worden opgenomen) kan de concurrentie tussen technologieën mogelijk beperken. Wanneer een norm meerdere vervangingstechnologieën omvat, kan de regeling in de praktijk neerkomen op het weren van concurrenten van de markt doordat één potentieel concurrerende alternatieve technologie niet meer in een andere norm kan worden opgenomen. Daarom zal de opneming van vervangingstechnologieën in een norm in de regel waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.
289. Daarenboven is het mogelijk dat normen die niet voor derden (d.w.z. niet-leden van de bevoegde normalisatie-instantie) toegankelijk zijn, discriminerende of afschermende gevolgen hebben ten aanzien van derden of marktsegmenten op grond van de omvang van het geografische toepassingsgebied ervan. Bij het beoordelen of de overeenkomst de mededinging beperkt, zal derhalve hoofdzakelijk naar die elementen worden gekeken.
290. Aangezien de doeltreffendheid van standaardiseringsovereenkomsten vaak evenredig is met het procentuele deel van de bedrijfstak dat betrokken is bij het vaststellen en/of toepassen van de norm, zal het feit dat de partijen op de markt of markten waarvoor de norm geldt grote marktaandelen hebben, waarschijnlijk niet leiden tot mededingingsbeperkende effecten.

Standaardvoorwaarden

291. De opstelling en het gebruik van standaardvoorwaarden moet worden bekeken in de juiste economische context en tegen de achtergrond van de situatie op de relevante markt om uit te maken of de kans groot is dat de bewuste standaardvoorwaarden zullen leiden tot mededingingsbeperkende effecten.
292. Hoe groot de kans is dat de opstelling en het gebruik van standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende effecten zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1, hangt onder meer af van de mate waarin de partijen de vrijheid behouden om andere voorwaarden te hanteren bij de verkoop van hun product aan de consument. Het komt er met andere woorden op aan na te gaan of de standaardvoorwaarden al dan niet bindend zijn.
293. Mits de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) niet beperkt is en transparant verloopt, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden niet bindend en daadwerkelijk voor iedereen toegankelijk zijn, geven dergelijke overeenkomsten in de regel (behoudens

het in de punten 295 en 297-298 gemaakte voorbehoud) geen aanleiding tot mededingingsbeperkende effecten.

294. Indien het gebruik van standaardvoorwaarden bindend is, moet worden nagegaan wat de impact ervan is op de kwaliteit en diversiteit van de producten en op innovatie (met name wanneer de standaardvoorwaarden bindend zijn voor de gehele markt).
295. Indien de (al dan niet bindende) standaardvoorwaarden bepalingen zouden bevatten die waarschijnlijk een negatief effect hebben op de mededinging op het gebied van prijzen, kortingen, rente of andere parameters die de uiteindelijke verkoopprijs beïnvloeden (ook al worden de prijzen niet rechtstreeks vastgesteld), zou er eveneens sprake zijn van mededingingsbeperkende effecten in de zin van artikel 101, lid 1.
296. Daadwerkelijk toegankelijke en niet-bindende standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumptiegoederen of diensten (aangenomen dat zij geen effect hebben op de prijs) hebben derhalve in de regel geen enkel mededingingsbeperkend effect, daar ze waarschijnlijk geen negatief effect zullen hebben op de kwaliteit of diversiteit van producten of op innovatie. Er zijn echter twee algemene uitzonderingen waarbij een grondiger onderzoek noodzakelijk is.
297. In de eerste plaats zouden standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumptiegoederen of diensten waarbij in de standaardvoorwaarden een omschrijving van het aan de klant verkochte product wordt gegeven en waarbij dus het gevaar dat de productkeuze wordt beperkt groter is, aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende effecten in de zin van artikel 101, lid 1. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer het algemeen verspreide gebruik van standaardvoorwaarden in de praktijk leidt tot een vermindering van innovatie en van het productaanbod. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer standaardvoorwaarden in verzekeringspolissen de keuze van de klant met betrekking tot essentiële elementen van het contract, zoals de gedekte standaardrisico's, beperken. Zelfs als het gebruik van de standaardvoorwaarden niet verplicht is, kunnen deze de prikkels voor concurrenten om te concurreren op het stuk van productdiversificatie wegnemen.
298. In de tweede plaats, zelfs als de standaardvoorwaarden geen echte omschrijving geven van wat het eindproduct kan zijn, kunnen ze om andere redenen toch een beslissend onderdeel vormen van de transactie met de klant en geven ze aldus aanleiding tot dezelfde bezwaren als in het vorige punt. Een voorbeeld zou online winkelen kunnen zijn, waarbij het vertrouwen van de klant van wezenlijk belang is (bv. bij het gebruik van veilige betaalsystemen, een correcte beschrijving van de producten, duidelijke en transparante regels voor het bepalen van de prijs, soepelheid van de "niet goed, geld terug"-regeling enz.). Aangezien het voor klanten moeilijk is al die elementen te beoordelen, hebben zij meestal een voorkeur voor algemeen verspreide praktijken. Standaardvoorwaarden betreffende die elementen zouden derhalve snel algemeen verspreid kunnen raken in de bedrijfstak en een feitelijke norm kunnen worden, want hoe meer klanten op basis van deze standaardvoorwaarden kopen, hoe groter het vertrouwen erin zal worden en hoe meer andere klanten ze zullen willen gebruiken. Het gevolg zal zijn dat meer en meer ondernemingen deze standaardvoorwaarden gaan hanteren en dat de toepassing ervan noodzakelijk wordt om op de markt te kunnen verkopen. Zelfs als ze niet bindend zijn, zouden deze standaardvoorwaarden een feitelijke norm worden waarvan de

effecten zeer nauw aanleunen bij die van een bindende norm en ook als zodanig moeten worden beoordeeld.

299. Hoe groter het gezamenlijke marktaandeel van de concurrenten die de standaardvoorwaarden toepassen is, hoe groter de kans dat er sprake zal zijn van mededingingsbeperkende effecten in de vorm van een beperking van het productaanbod.

7.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

7.4.1. Efficiëntieverbeteringen

Standaardiseringsovereenkomsten

300. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen leiden tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen. Normen voor de hele EU kunnen bijvoorbeeld de marktintegratie bevorderen en het ondernemingen mogelijk maken hun producten en diensten in alle lidstaten op de markt te brengen, hetgeen een ruimere keuze voor de consument en dalende prijzen ten gevolge heeft. Normen die technologische interoperabiliteit 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. Ook kunnen bijvoorbeeld normen inzake kwaliteit, veiligheid en milieuaspecten van een product de keuze voor de consument vergemakkelijken en leiden tot een hogere productkwaliteit. Normen kunnen ook een belangrijke rol spelen voor innovatie. Ze 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.

301. Om die efficiëntieverbeteringen in het geval van standaardiseringsovereenkomsten te realiseren, moet de informatie die vereist is om de norm toe te passen daadwerkelijk beschikbaar zijn voor eenieder die de markt wil betreden en moet een aanzienlijk deel van de bedrijfstak bij het op een transparante wijze vaststellen van de norm betrokken zijn. De reglementen van de normalisatie instanties moeten voldoende garanties bevatten om te voorkomen dat een of meer deelnemers in het kader van het normalisatieproces onrechtmatig worden bevoordeeld. De gevolgen voor de innovatie moeten van geval tot geval worden onderzocht. Niettemin worden bijvoorbeeld normen die op horizontaal niveau compatibiliteit tussen verschillende technologieplatformen bewerkstelligen geacht normaal gezien efficiëntieverbeteringen teweeg te brengen.

Standaardvoorwaarden

302. Het gebruik van standaardvoorwaarden kan economische voordelen meebrengen, bijvoorbeeld doordat ze het voor klanten gemakkelijker maken de geboden condities te vergelijken en dus naar een andere leverancier over te stappen. Ze kunnen ook leiden tot efficiëntieverbeteringen in de vorm van besparingen op de transactiekosten en in sommige sectoren (met name waar de contracten juridisch complex zijn) de toegang tot de markt vergemakkelijken.

7.4.2. *Onmisbaarheid*

303. Beperkingen die verder gaan dan nodig is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een standaardiseringsovereenkomst of uit standaardvoorwaarden voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3.

Standaardiseringsovereenkomsten

304. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de aard van de norm en de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markten aan de ene kant, en met de reeks van beperkingen die mogelijk verder gaan dan het doel om efficiëntieverbeteringen te bereiken, aan de andere kant.
305. Standaardiseringsovereenkomsten die aan bepaalde instanties het exclusieve recht toekennen om na te gaan of aan de norm is voldaan, of die beperkingen opleggen met betrekking tot het vaststellen van overeenstemming met de norm, gaan, behalve als die beperkingen voortvloeien uit de regelgeving, verder dan het doel om efficiëntieverbeteringen tot stand te brengen en zijn wellicht niet onmisbaar om dit doel te bereiken.
306. Door hun aard zullen (en mogen) normen niet alle mogelijke specificaties of technologieën omvatten. In gevallen waarin het gebruik van slechts één technologische oplossing de consumenten of de economie in haar geheel ten goede komt, moet deze norm op niet-discriminerende grondslag worden vastgesteld. Technologisch neutrale normen worden geacht tot grotere efficiëntieverbeteringen te leiden. In ieder geval moet kunnen worden verantwoord waarom aan één norm de voorkeur wordt gegeven boven een andere.
307. Alle concurrenten op de betrokken markt of markten dienen de mogelijkheid te hebben aan de vaststelling van de norm deel te nemen. Daarom moet deelneming aan de vaststelling van normen voor hen allen open staan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat zulks tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden of tenzij er erkende procedures voor collectieve belangenverdediging voorhanden zijn.
308. In de regel behoren standaardiseringsovereenkomsten niet méér te regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken ongeacht of dit technische compatibiliteit dan wel het garanderen van een bepaald kwaliteitsniveau is.

309. Standaardiseringsovereenkomsten die een norm bindend en in de bedrijfstak verplicht te gebruiken verklaren, zijn in principe niet onmisbaar.

Standaardvoorwaarden

310. Er is in de regel geen goede reden om standaardvoorwaarden bindend te verklaren en het gebruik ervan verplicht te maken in de bedrijfstak of voor de leden van de brancheorganisatie die ze heeft vastgesteld. Het is echter niet uitgesloten dat bindende standaardvoorwaarden in een specifiek geval onmisbaar kunnen zijn om de efficiëntieverbeteringen te bereiken die eraan verbonden zijn.

7.4.3. *Doorgeven aan de gebruikers*

Standaardiseringsovereenkomsten

311. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende effecten van de standaardiseringsovereenkomst of de standaardvoorwaarden te compenseren. Een relevant aspect van de analyse of de voordelen wel voldoende worden doorgegeven aan de gebruikers, is de vraag welke procedures bestaan om te garanderen dat de belangen van de gebruikers van normen worden beschermd. Wanneer normen de interoperabiliteit en concurrentie tussen nieuwe en reeds bestaande producten, diensten en procedés vergemakkelijken en ervoor zorgen dat er meerdere bevoorradingsbronnen zijn, mag worden aangenomen dat de norm de gebruikers ten goede zal komen.

Standaardvoorwaarden

312. Zowel het risico op mededingingsbeperkende effecten als de waarschijnlijkheid van efficiëntieverbeteringen nemen toe naarmate de marktaandelen van de ondernemingen groter zijn en het gebruik van de standaardvoorwaarden toeneemt. Daarom is het niet mogelijk een algemene "veilige zone" aan te wijzen waarbinnen er geen risico op mededingingsbeperkende effecten bestaat of waarbinnen er een vermoeden zou gelden dat efficiëntieverbeteringen in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende effecten te compenseren.
313. Niettemin worden sommige efficiëntieverbeteringen die uit standaardvoorwaarden voortvloeien, zoals een grotere vergelijkbaarheid van het aanbod op de markt, noodzakelijkerwijs doorgegeven aan de gebruikers. Wat andere mogelijke efficiëntieverbeteringen betreft, zoals lagere transactiekosten, moet geval per geval en in de relevante economische context worden beoordeeld of deze vermoedelijk aan de gebruikers zullen worden doorgegeven.

7.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

314. 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. Marktaandelen zijn weliswaar relevant voor deze analyse, maar de omvang van de resterende bronnen van werkelijke mededinging kan niet uitsluitend aan de hand van marktaandelen worden beoordeeld, behalve wanneer een norm een feitelijke industriernorm is geworden. In het laatste geval is het mogelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld indien derden op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden de toegang tot deze norm wordt ontzegd. Standaardvoorwaarden die door een meerderheid in de bedrijfstak worden gehanteerd, kunnen tot een feitelijke industriernorm leiden en roepen derhalve dezelfde mededingingsbezwaren op.

7.5. Voorbeelden

315. Vaststellen van normen waaraan concurrenten niet kunnen voldoen

Voorbeeld 1

Situatie: Door een normalisatie-instantie worden kwaliteitsnormen vastgesteld en bekendgemaakt die in de betrokken bedrijfstak op grote schaal worden gehanteerd.

De meeste markspelers nemen deel aan de vaststelling van de norm. Vóór de goedkeuring van de norm heeft een nieuwkomer een product ontwikkeld dat technisch gelijkwaardig is qua prestaties en functionele eisen, hetgeen wordt erkend door het technisch comité van de normalisatie-instantie. De technische specificaties van de kwaliteitsnorm zijn echter zodanig geformuleerd dat dit product of andere nieuwe producten niet aan de norm kunnen voldoen.

Analyse: Deze standaardiseringsovereenkomst zal waarschijnlijk mededingingsbeperkende effecten hebben in de zin van artikel 101, lid 1, en niet voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3. Hoewel algemeen aanvaard is dat kwaliteitsnormen niet alle mogelijke technische specificaties omvatten, hebben de leden van de normalisatie-instantie in dit geval 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, in de weg staan aan en een rem vormen op innovatie en productaanbod. Het is onwaarschijnlijk dat de wijze waarop de norm is opgesteld tot grotere efficiëntieverbeteringen zal leiden dan een neutrale redactie.

316. Een normalisatie-instantie zonder duidelijke voorschriften inzake IE-rechten

Voorbeeld 2

Situatie: Het reglement van normalisatie-instantie X moedigt haar leden aan om al hun IE-rechten (en hangende IE-aanvragen) die essentieel zijn voor een geplande norm kenbaar te maken, maar zij verplicht hen daartoe niet. De voorschriften van X inzake IE-rechten leggen aan haar leden niet de verplichting op zich ertoe te verbinden hun IE-rechten die in een norm worden opgenomen in licentie te geven.

Analyse: De door X gesloten standaardiseringsovereenkomsten zullen waarschijnlijk mededingingsbeperkende effecten hebben in de zin van artikel 101, lid 1, en niet voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3. Willen zij mededingingsbeperkende effecten vermijden, dan moeten de partijen bij een standaardiseringsovereenkomst erop toezien dat de voorschriften inzake IE-rechten de verplichting behelzen dat ondernemingen tijdens de normalisatieprocedure (d.w.z. vóór de norm voorlopig wordt overeengekomen) mededelen of zij essentiële IE-rechten (en hangende IE-aanvragen) bezitten (of menen te bezitten) die betrekking zouden kunnen hebben op de geplande norm, en dat diezelfde ondernemingen voordat de norm formeel wordt bekendgemaakt mededelen welke essentiële IE-rechten (en hangende IE-aanvragen) zij bezitten (of menen te bezitten). Er bestaat weliswaar geen algemene eis dat partijen bij een standaardiseringsovereenkomst moeten verklaren dat zij bereid zijn hun relevante IE-rechten in licentie te geven op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, maar dat niet doen kan een beperking van de mededinging vormen in de zin van artikel 101, lid 1.

317. Niet-bindende en transparante norm die voor een groot deel van de markt geldt

Voorbeeld 3

Situatie: Een aantal fabrikanten van consumentenelektronica met aanzienlijke marktaandeelen komen 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 het vaststellen van de norm niet beperkt is en transparant verloopt, en c) de standaardiseringsovereenkomst niet op andere wijze de mededinging beperkt, wordt geen inbreuk gepleegd op artikel 101, lid 1. Indien de partijen zouden overeenkomen uitsluitend producten te fabriceren die aan de nieuwe norm voldoen, zou de overeenkomst de technische ontwikkeling afremmen, innovatie tegenhouden en de partijen verhinderen om andere producten te verkopen, en dus mededingingsbeperkende effecten hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

318. Normen in de verzekeringssector

Voorbeeld 4

Situatie: Een groep verzekeringsondernemingen stelt in onderling overleg niet-bindende normen vast voor de installatie van bepaalde veiligheidsvoorzieningen (d.w.z. onderdelen en uitrusting die ontworpen zijn om schade te voorkomen en te verminderen, en systemen die uit deze onderdelen zijn opgebouwd) waarvoor nog geen geharmoniseerde EU-norm bestaat. Die niet-bindende normen kunnen gelden voor één lidstaat of voor een aantal lidstaten. De verzekeraars hebben de specifieke behoefte aan dergelijke normen onder de aandacht van de bevoegde normalisatie-instelling van de EU gebracht en werken met die instelling samen om een geharmoniseerde EU-norm tot stand te brengen om in die behoefte te voorzien. De door de verzekeringsondernemingen vastgestelde niet-bindende normen a) zijn overeengekomen om te voorzien in een specifieke behoefte en om de verzekeraars te helpen hun risico te beheren en de verzekeringspremies laag te houden; b) zijn besproken met de meeste installateurs in de betrokken lidstaten, en met hun mening is rekening gehouden vóór de definitieve vaststelling van de norm; c) zijn bekendgemaakt door de betrokken brancheorganisatie(s) van de verzekeringssector via een speciale pagina op zijn (of hun) website, zodat elke installateur of andere belanghebbende ze vlot kan terugvinden, en d) zullen vervallen zodra een geharmoniseerde EU-norm is vastgesteld.

Analyse: De procedure voor het vaststellen van deze normen is transparant en staat open voor deelname van belanghebbenden. Daarenboven is het resultaat voor eenieder die dat wil vlot toegankelijk op redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Voor zover de norm geen negatieve effecten heeft op de downstream-markt (bijvoorbeeld door bepaalde installateurs uit te sluiten door middel van zeer specifieke en niet gerechtvaardigde eisen voor installaties, waaraan sommige installateurs niet kunnen voldoen), is het niet erg waarschijnlijk dat die mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Zelfs indien de normen toch mededingingsbeperkende effecten zouden hebben, zou wellicht voldaan zijn aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. De normen zouden de verzekeraars helpen om beter in te schatten in hoeverre de betrokken installaties het risico verminderen en schadegevallen voorkomen, zodat zij hun premies kunnen verlagen. Ze zouden ook, behoudens het hierboven gemaakte voorbehoud met betrekking tot de downstream-markt, een voordeel opleveren voor installateurs, doordat die voor alle verzekeringsmaatschappijen in de betrokken lidstaten nog slechts een één stel normen zouden moeten voldoen in plaats van aan elke verzekeringsmaatschappij afzonderlijk bewijzen te moeten leveren. De normen zouden het voor gebruikers ook gemakkelijker moeten maken van verzekeraar te veranderen. Bovendien zouden

ze nuttig kunnen zijn voor kleinere verzekeraars die wellicht niet de capaciteit hebben om zelf installateurs te beoordelen. Wat de overige voorwaarden van artikel 101, lid 3, betreft, gaan de niet-bindende normen zo te zien niet verder dan wat nodig is om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken; die voordelen zouden aan de gebruikers worden doorgegeven (sommige voordelen voor de gebruikers vloeien zelfs rechtstreeks uit de normen voort); en de beperkingen zouden niet leiden tot een uitschakeling van de mededinging. Daarom zullen deze normen normaal gezien voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3, tot wanneer geharmoniseerde EU-normen zijn vastgesteld om tegemoet te komen aan de specifieke behoeften waarop deze normen inspelen.

319. Milieunormen

Voorbeeld 5

Situatie: Aangemoedigd door een overheidsinstantie komen bijna alle producenten van wasmachines overeen niet langer producten te vervaardigen die niet voldoen aan bepaalde milieunormen (bv. inzake energie-efficiëntie). De partijen hebben een gezamenlijk marktaandeel van 90%. De producten die aldus geleidelijk van de markt worden geëlimineerd, maken een significant percentage van de totale omzet uit. Zij zullen worden vervangen door energievriendelijkere, maar ook duurdere producten. Voorts leidt de overeenkomst indirect tot een verlaging van de productie van derden (bijv. elektriciteitsbedrijven, leveranciers van componenten die in de geëlimineerde producten verwerkt zijn).

Analyse: De overeenkomst verleent de partijen controle over elkaars productie, betreft een aanzienlijk deel van hun omzet en totale productie en leidt tot een verlaging van de productie van derden. Het productaanbod, dat gedeeltelijk gericht is op de milieukeurmerken van het product, wordt beperkt en de prijzen zullen waarschijnlijk stijgen. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. De betrokkenheid van een overheidsinstantie is voor deze beoordeling irrelevant. Nieuwere, milieuvriendelijkere producten zijn echter technisch geavanceerder en leveren kwalitatieve efficiëntieverbeteringen op in de vorm van meer wasprogramma's die door de consument kunnen worden gebruikt. Voorts kunnen de kopers van wasmachines kosten besparen dank zij lagere gebruikskosten wegens een kleiner verbruik van water, elektriciteit en zeep. Deze besparingen worden gerealiseerd op andere markten dan de relevante markt van de overeenkomst. Niettemin mogen deze efficiëntieverbeteringen in aanmerking worden genomen, aangezien de markten waarop de mededingingsbeperkende effecten en de efficiëntieverbeteringen zich voordoen verwant zijn, en de groep consumenten die de beperking en de efficiëntieverbeteringen ondervinden in wezen dezelfde is. De efficiëntieverbeteringen compenseren de mededingingsbeperkende kostenverhoging. Andere alternatieven voor de overeenkomst blijken minder zeker en minder kosteneffectief te zijn voor het bereiken van dezelfde netto-voordelen. De partijen kunnen kiezen uit verschillende economisch haalbare technische oplossingen om wasmachines te vervaardigen die aan de overeengekomen milieukeurmerken voldoen, en er zal concurrentie blijven met betrekking tot andere productkenmerken. Bijgevolg is aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan.

320. Door de overheid aangemoedigde standaardisering

Voorbeeld 6

Situatie: Als reactie op de resultaten van onderzoek naar de aanbevolen hoeveelheden vet in bepaalde verwerkte voedingsmiddelen, dat een met overheidsgeld gefinancierde denktank in één lidstaat had verricht, komen verscheidene grote producenten van verwerkte voedingsmiddelen in diezelfde lidstaat na formele besprekingen in een brancheorganisatie overeen voor de betrokken producten aanbevolen vetgehalten vast te stellen. Samen zijn de partijen goed voor 70% van de omzet van de betrokken producten in de lidstaat. Het initiatief van de partijen zal worden ondersteund door een door de denktank gefinancierde nationale reclamecampagne waarin wordt gewezen op de gevaren van een hoog vetgehalte in verwerkte voedingsmiddelen.

Analyse: De genoemde vetgehalten worden slechts aanbevolen en zijn dus vrijblijvend, maar wegens de ruime publiciteit die het gevolg zal zijn van de nationale reclamecampagne, zullen naar alle waarschijnlijkheid alle fabrikanten van verwerkte levensmiddelen in de lidstaat zich aan de aanbevolen vetgehalten houden. Het zal derhalve waarschijnlijk een feitelijk maximumvetgehalte worden voor verwerkte voedingsmiddelen. De keuze van de consument 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, grootte, kwaliteit, smaak, andere elementen van de voedingswaarde, zoutgehalte, evenwicht tussen de ingrediënten en merknaam. Daarenboven zou de mededinging 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 hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

321. Niet-bindende en open standaardvoorwaarden in contracten met eindgebruikers

Voorbeeld 7

Situatie: Een brancheorganisatie van elektriciteitsdistributeurs stelt niet-bindende standaardvoorwaarden op voor de levering van elektriciteit aan eindgebruikers. Het opstellen van de standaardvoorwaarden gebeurt op transparante en niet-discriminerende wijze. 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 prijzen of andere bepalingen in verband met de tarieven. Het staat elke maatschappij die actief is in de sector vrij de standaardvoorwaarden te gebruiken, of niet. Ongeveer 80% van de contracten die op de relevante markt worden gesloten met eindgebruikers, zijn gebaseerd op deze standaardvoorwaarden.

Analyse: Deze standaardvoorwaarden zullen waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Ook al zijn ze een feitelijke industriestandaard geworden, ze hebben blijkbaar geen negatieve impact op prijzen, productkwaliteit of productaanbod.

322. Standaardvoorwaarden in contracten tussen ondernemingen

Voorbeeld 8

Situatie: Bouwondernemingen in een bepaalde lidstaat stellen in onderling overleg niet-bindende 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.). In tegenstelling tot voorbeeld 7 zouden deze standaardvoorwaarden vaak worden gebruikt tussen ondernemingen, één die upstream actief is en één die downstream actief is.

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

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

Voorbeeld 9

Situatie: Een nationale vereniging voor de verzekeringssector verspreidt niet-bindende standaardpolisvoorwaarden voor woningverzekeringscontracten. In deze voorwaarden wordt geen indicatie gegeven betreffende de beperking van de risicodekking, het niveau van de verzekeringspremies of door de verzekerde te betalen franchises. Hoewel de meeste verzekeringsmaatschappijen 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 de consument worden aangeboden. De standaardpolisvoorwaarden stellen consumenten en consumentenorganisaties in staat de door de verschillende verzekeraars aangeboden polissen te vergelijken. Een consumentenvereniging is betrokken bij de werkzaamheden voor het vaststellen van de standaardpolisvoorwaarden. Deze zijn op niet-discriminerende basis ook beschikbaar voor gebruik door nieuwkomers op de markt.

Analyse: Deze standaardpolisvoorwaarden bepalen mee de samenstelling van het uiteindelijke verzekeringsproduct. Elke beperking in het productaanbod ten gevolge van het feit dat verzekeringsondernemingen dergelijke standaardpolisvoorwaarden gebruiken, wordt waarschijnlijk gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen zoals het feit dat consumenten gemakkelijker de door de verzekeringsondernemingen aangeboden voorwaarden kunnen vergelijken. Deze vergelijking maakt het op haar beurt dan weer gemakkelijker van verzekeraar te veranderen en bevordert dus de mededinging. Het feit dat een consumentenvereniging heeft deelgenomen aan het opstellen van de voorwaarden, vergroot allicht de waarschijnlijkheid dat

efficiëntievoordelen worden doorgegeven aan de gebruikers. De standaardpolisvoorwaarden zullen voorts waarschijnlijk zorgen voor lagere transactiekosten en het voor verzekeraars gemakkelijker maken andere geografische en/of productmarkten te betreden. Bovendien gaan de beperkingen zo te zien niet verder dan nodig is om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken en zal de mededinging niet worden uitgeschakeld. Bijgevolg is waarschijnlijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan.