

BIJLAGE

MEDEDELING VAN DE COMMISSIE – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

DRAFT

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	6
1.1.	Doel en structuur van deze richtsnoeren	6
1.2.	Toepasselijkheid van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.....	8
1.2.1.	Inleiding	8
1.2.2.	Analytisch kader.....	11
1.2.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	12
1.2.4.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	14
1.2.5.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	15
1.2.6.	Nevenrestricties.....	16
1.2.7.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	17
1.2.8.	Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen.....	18
1.3.	Verband met andere richtsnoeren en wetgeving	20
2.	Onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten.....	22
2.1.	Inleiding	22
2.2.	Relevante markten.....	23
2.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	24
2.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	24
2.3.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	24
2.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	25
2.4.	Overeenkomsten die onder de O&O-GVV vallen	28
2.4.1.	Onderscheid tussen “gezamenlijke O&O-activiteiten” en “tegen betaling verrichte O&O-activiteiten” en het begrip “specialisatie op het niveau van O&O”	29
2.4.2.	Gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten en het begrip “specialisatie op het niveau van de gezamenlijke exploitatie”.....	29
2.4.3.	Toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten	31
2.5.	Voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV.....	32
2.5.1.	Toegang tot de eindresultaten	32
2.5.2.	Toegang tot bestaande knowhow	33

2.5.3.	Voorwaarden verbonden aan de gezamenlijke exploitatie.....	33
2.5.4.	Drempels, marktaandelen en duur van de vrijstelling.....	34
2.6.	Hardcore- en uitgesloten beperkingen	42
2.6.1.	Hardcore beperkingen	42
2.6.2.	Uitgesloten beperkingen.....	45
2.7.	Intrekking van het voordeel van de O&O-GVV	46
2.8.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3, van O&O-overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de O&O-GVV vallen.....	48
2.8.1.	Efficiëntieverbeteringen	49
2.8.2.	Onmisbaarheid	49
2.8.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	49
2.8.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	50
2.9.	Tijdstip van de beoordeling.....	50
2.10.	Voorbeeld.....	51
3.	Productieovereenkomsten	54
3.1.	Inleiding	54
3.2.	Relevante markten.....	55
3.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	55
3.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	56
3.3.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	57
3.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	57
3.4.	Overeenkomsten die onder de specialisatie-GVV vallen.....	62
3.4.1.	Specialisatieovereenkomsten	62
3.4.2.	Andere bepalingen in specialisatieovereenkomsten.....	63
3.4.3.	Gezamenlijke distributie en het begrip “gezamenlijk” in het kader van de specialisatie-GVV	64
3.4.4.	Diensten in het kader van de specialisatie-GVV.....	65
3.4.5.	Concurrerende ondernemingen: daadwerkelijke of potentiële concurrenten.....	65
3.4.6.	Marktaandeeldrempel en duur van de vrijstelling.....	65
3.4.7.	Hardcore beperkingen in de specialisatie-GVV.....	67
3.4.8.	Intrekking van het voordeel van de specialisatie-GVV	68
3.5.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3, van productieovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV vallen.....	68
3.5.1.	Efficiëntieverbeteringen	68
3.5.2.	Onmisbaarheid	69
3.5.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	69

3.5.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	70
3.6.	Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur	70
3.7.	Voorbeelden	74
4.	Inkoopovereenkomsten	78
4.1.	Inleiding	78
4.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	79
4.2.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	79
4.2.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	79
4.2.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	81
4.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	86
4.3.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	86
4.3.2.	Onmisbaarheid	86
4.3.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	86
4.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	87
4.4.	Voorbeelden	87
5.	Commercialiseringsovereenkomsten	90
5.1.	Inleiding	90
5.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	92
5.2.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	92
5.2.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	92
5.2.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	93
5.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	95
5.3.1.	Efficiëntieverbeteringen.....	95
5.3.2.	Onmisbaarheid	96
5.3.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	96
5.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	96
5.4.	Inschrijvende consortia	96
5.5.	Voorbeelden	99
6.	Informatie-uitwisseling	105
6.1.	Inleiding	105
6.2.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	107
6.2.1.	Inleiding	107
6.2.2.	Voornaamste mededingingsbezwaren in verband met informatie-uitwisseling	108
6.2.3.	De aard van de uitgewisselde informatie	110
6.2.4.	De kenmerken van de informatie-uitwisseling	115

6.2.5.	Marktktenmerken	120
6.2.6.	Beperking van de mededinging naar strekking.....	121
6.2.7.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	122
6.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	124
6.3.1.	Efficiëntieverbeteringen	124
6.3.2.	Onmisbaarheid	124
6.3.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	125
6.3.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	125
6.4.	Voorbeelden	125
7.	Standaardiseringsovereenkomsten	128
7.1.	Inleiding	128
7.2.	Relevante markten.....	128
7.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	129
7.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	129
7.3.2.	Beperkingen van de mededinging naar strekking	131
7.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	132
7.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	139
7.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	139
7.4.2.	Onmisbaarheid	140
7.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	142
7.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	142
7.5.	Voorbeelden	142
8.	Standaardvoorwaarden	144
8.1.	Definities	144
8.2.	Relevante markten.....	144
8.3.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1	145
8.3.1.	Voornaamste mededingingsbezwaren.....	145
8.3.2.	Beperking van de mededinging naar strekking.....	145
8.3.3.	Mededingingsbeperkende gevolgen.....	145
8.4.	Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3	147
8.4.1.	Efficiëntievoordelen	147
8.4.2.	Onmisbaarheid	147
8.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	147
8.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	148
8.5.	Voorbeelden	148

9.	Duurzaamheidsovereenkomsten	150
9.1.	Inleiding	150
9.2.	Duurzaamheidsovereenkomsten die geen mededingingsbezwaren opleveren	152
9.3.	Toetsing van duurzaamheidsovereenkomsten aan artikel 101, lid 1.....	153
9.3.1.	Beginselen	153
9.3.2.	Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen.....	154
9.4.	Toetsing van duurzaamheidsovereenkomsten aan artikel 101, lid 3.....	158
9.4.1.	Efficiëntieverbeteringen	158
9.4.2.	Onmisbaarheid	158
9.4.3.	Voordelen doorgegeven aan gebruikers.....	160
9.4.4.	Geen uitschakeling van de mededinging.....	165
9.5.	Betrokkenheid van overheidsinstanties.....	165
9.6.	Voorbeelden	166

1. INLEIDING

1.1. Doel en structuur van deze richtsnoeren

1. Deze richtsnoeren¹ willen rechtszekerheid bieden door ondernemingen te helpen bij het toetsen van hun horizontale samenwerkingsovereenkomsten aan de mededingingsregels van de Unie en tegelijkertijd een doeltreffende bescherming van de mededinging waarborgen. Ze willen het voor ondernemingen ook gemakkelijker maken om samen te werken op manieren die economisch wenselijk zijn en aldus bijvoorbeeld bij dragen tot de groene en digitale transitie en tot de bevordering van de veerkracht van de interne markt².
2. Deze richtsnoeren zetten de beginselen uiteen voor de toetsing van horizontale samenwerkingsovereenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen aan artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie* (“artikel 101”). Zij bieden ook een analytisch kader voor de meest gangbare soorten horizontale samenwerkingsovereenkomsten:
 - onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, met inbegrip van handvatten voor de toepassing van Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie van [...] december 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten (“O&O-GVV”) (hoofdstuk 2),
 - productieovereenkomsten, met inbegrip van handvatten voor de toepassing van Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie van [...] december 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten (“specialisatie-GVV”) (hoofdstuk 3),
 - inkoopovereenkomsten (hoofdstuk 4),
 - commercialiseringsovereenkomsten (hoofdstuk 5),
 - informatie-uitwisseling (hoofdstuk 6),
 - standaardiseringsovereenkomsten (hoofdstuk 7),
 - standaardvoorwaarden (hoofdstuk 8).
3. Aangezien de Commissie zich heeft gecommitteerd aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de Green Deal voor de Europese Unie³, bieden deze richtsnoeren bovendien een leidraad voor de wijze waarop de meest gebruikelijke horizontale

¹ Deze richtsnoeren vervangen de mededeling van de Commissie “Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten” (PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1).

² Zie ook de mededeling “Actualisering van de nieuwe industriestrategie van 2020: een sterkere eengemaakte markt tot stand brengen voor het herstel van Europa” van 5.5.2021, COM(2021) 350 final.

* Sinds 1 december 2009 is artikel 81 van het EG-Verdrag, artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VWEU”). Beide artikelen zijn in wezen identiek. Voor zover van toepassing, dienen in deze richtsnoeren de verwijzingen naar artikel 101 van het Verdrag te worden gelezen als verwijzingen naar artikel 81 van het EG-Verdrag. Met het Verdrag werden ook enkele terminologische wijzigingen ingevoerd, zoals de vervanging van “Gemeenschap” door “Unie” en van “gemeenschappelijke markt” door “interne markt”. In deze richtsnoeren wordt de terminologie van het Verdrag gebruikt.

³ Mededeling van de Commissie, “De Europese Green Deal”, COM(2019) 640 final.

samenwerkingsovereenkomsten aan artikel 101 zullen worden getoetst wanneer deze duurzaamheidsdoelstellingen (hoofdstuk 9) nastreven.

4. Wegens het potentieel grote aantal soorten en combinaties van horizontale samenwerking en de marktomstandigheden waarin deze kunnen functioneren, is het moeilijk specifieke handvatten te formuleren voor alle mogelijke scenario's. Deze richtsnoeren vormen geen "checklist" die automatisch kan worden toegepast. Elk geval moet op grond van de specifieke feiten ervan worden beoordeeld.
5. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten betreffende goederen, diensten en technologieën.
6. Bij horizontale samenwerkingsovereenkomsten kan het gaan om een combinatie van diverse stadia van samenwerking, zoals onderzoek en ontwikkeling ("O&O") en de productie en/of de commercialisering van de resultaten daarvan. Dergelijke overeenkomsten vallen ook onder deze richtsnoeren. Wanneer de analyse van een dergelijke geïntegreerde samenwerking gebeurt op basis van deze richtsnoeren, zijn alle hoofdstukken die betrekking hebben op de verschillende onderdelen van de samenwerking in de regel relevant voor de beoordeling ervan. Wanneer het echter gaat om de beoordeling van de vraag of bepaalde gedragingen doorgaans als een beperking van de mededinging naar strekking of naar gevolgen, gelden voor de gehele samenwerking de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het gedeelte van de geïntegreerde samenwerking dat als "zwaartepunt" daarvan kan worden beschouwd.
7. Twee factoren zijn in het bijzonder relevant om het zwaartepunt van de geïntegreerde samenwerking te bepalen: ten eerste het beginpunt van de samenwerking en, ten tweede, de mate van integratie van de verschillende gecombineerde functies. Hoewel het niet mogelijk is een welomschreven en definitieve regel te geven die voor alle gevallen en alle mogelijke combinaties geldig is, mag er op grond van de opgedane ervaring in de regel toch van het volgende worden uitgegaan:
 - het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst die zowel betrekking heeft op O&O-activiteiten als op de gezamenlijke productie van de resultaten daarvan, zou de gezamenlijke O&O-activiteiten zijn indien de gezamenlijke productie er slechts zal komen als de gezamenlijke O&O-activiteiten resultaten afwerpen. Dit betekent dat de resultaten van de gezamenlijke O&O-activiteiten bepalend zijn voor de latere gezamenlijke productie. De handvatten in het hoofdstuk over O&O-overeenkomsten hebben in dit geval voorrang. Het resultaat van de beoordeling van het zwaartepunt zou anders zijn indien de partijen hoe dan ook – d.w.z. los van de gezamenlijke O&O-activiteiten – tot de gezamenlijke productie zouden zijn overgegaan. Dit betekent dat dergelijke overeenkomsten in plaats daarvan moeten worden beoordeeld als gezamenlijke productieovereenkomsten en dat de handvatten in het hoofdstuk over productieovereenkomsten voorrang hebben. Indien de overeenkomst voorziet in een volledige integratie op het gebied van de productie en slechts een gedeeltelijke integratie van sommige O&O-activiteiten, zou het zwaartepunt van de samenwerking ook de gezamenlijke productie zijn;
 - evenzo zou het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst die zowel de specialisatie als de gezamenlijke commercialisering van de resultaten inhoudt, doorgaans de specialisatie zijn, aangezien de gezamenlijke

commercialisering alleen zal plaatsvinden als gevolg van de samenwerking in de gespecialiseerde activiteit;

- het zwaartepunt van een horizontale samenwerkingsovereenkomst waarbij sprake is van de gezamenlijke productie en de gezamenlijke commercialisering van de producten, zou doorgaans de gezamenlijke productie zijn, aangezien de gezamenlijke commercialisering in het algemeen slechts zal plaatsvinden als gevolg van de samenwerking in de belangrijkste activiteit van de gezamenlijke productie.
8. Het criterium “zwaartepunt” is slechts van toepassing op het verband tussen de verschillende hoofdstukken van deze richtsnoeren – niet op het verband tussen verschillende groepsvrijstellingsverordeningen. Het toepassingsgebied van een groepsvrijstellingsverordening wordt bepaald door de daarin opgenomen bepalingen. Voor overeenkomsten die onder de O&O-GVV vallen, zie hoofdstuk 2 en voor overeenkomsten die onder de specialisatie-GVV vallen, hoofdstuk 3.
9. Deze richtsnoeren zijn als volgt gestructureerd:
- Het eerste hoofdstuk is een inleiding, waarin de context wordt geschetst waarin artikel 101 van toepassing is op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Dit hoofdstuk bevat ook informatie over het verband tussen deze richtsnoeren en andere wetgeving en handvatten die van invloed zijn op horizontale samenwerkingsovereenkomsten.
 - In de hoofdstukken 2 tot en met 8 worden handvatten gegeven die de zelfbeoordeling op grond van artikel 101 voor de meest gebruikelijke horizontale samenwerkingsovereenkomsten moeten faciliteren. Hoofdstuk 9 biedt aanvullende handvatten voor het geval deze overeenkomsten duurzaamheidsdoelstellingen nastreven. De handvatten in de hoofdstukken 2 tot en met 9 vormen een aanvulling op de meer algemene handvatten die in deze inleiding worden gegeven. Daarom wordt aanbevolen altijd eerst de inleiding te lezen en dan pas de specifieke hoofdstukken te raadplegen.

1.2. Toepasselijkheid van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten

1.2.1. Inleiding

10. Een van de doelstellingen van artikel 101 is ervoor te zorgen dat ondernemingen horizontale samenwerkingsovereenkomsten niet gebruiken om de mededinging op de markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen, hetgeen uiteindelijk ten koste gaat van de gebruiker.
11. Artikel 101 is van toepassing op ondernemingen en ondernemersverenigingen. Een onderneming is elke uit personele, materiële en immateriële componenten bestaande entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd⁴. Een ondernemersvereniging is een orgaan waarbij ondernemingen van hetzelfde algemene type hun marktgedrag coördineren⁵.

⁴ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Deutsche Telekom/Commissie, C-152/19 P) ECLI:EU:C:2021:238, punt 72 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁵ In de zin van het arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 76, en de conclusie van advocaat-generaal Léger van 10 juli 2001, Wouters e.a., C-309/99, ECLI:EU:C:2001:390, punt 61.

Deze richtsnoeren zijn van toepassing op horizontale samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen.

12. Wanneer een bedrijf een beslissende invloed uitoefent over een ander bedrijf, vormen zij één enkele economische entiteit en maken zij derhalve deel uit van dezelfde onderneming⁶. Bedrijven die deel uitmaken van dezelfde onderneming worden voor de toepassing van deze richtsnoeren niet als concurrenten beschouwd, zelfs niet indien zij beide actief zijn op dezelfde relevante product- en geografische markten.
13. Met het oog op het vaststellen van aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 101, lid 1, heeft het Hof van Justitie bepaald dat moedermaatschappijen en hun gemeenschappelijke onderneming één economische eenheid vormen en dus één onderneming vormen uit het oogpunt van het mededingingsrecht en de relevante markt(en), voor zover wordt aangetoond dat de moedermaatschappijen van een gemeenschappelijke onderneming een beslissende invloed op die gemeenschappelijke onderneming uitoefenen⁷. Wanneer dus wordt aangetoond dat de moedermaatschappijen een beslissende invloed op de gemeenschappelijke onderneming uitoefenden, past de Commissie artikel 101, lid 1, doorgaans niet op overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de moedermaatschappij(en) en de gemeenschappelijke onderneming toe wat betreft hun activiteit op de relevante markt(en) waarop de gemeenschappelijke onderneming actief is. Niettemin zal de Commissie artikel 101, lid 1, in de regel wel toepassen op overeenkomsten:
 - tussen de moedermaatschappijen om de gemeenschappelijke onderneming op te richten;
 - tussen de moedermaatschappijen om het opzet van de gemeenschappelijke onderneming te wijzigen;
 - tussen de moedermaatschappijen en de gemeenschappelijke onderneming buiten het productaanbod en het geografische toepassingsgebied van de activiteit van de gemeenschappelijke onderneming; en
 - tussen de moedermaatschappijen zonder betrokkenheid van de gemeenschappelijke onderneming, zelfs met betrekking tot de relevante markt waarop de gemeenschappelijke onderneming actief is.
14. De omstandigheid dat een gemeenschappelijke onderneming en haar moedermaatschappijen op een bepaalde markt worden geacht deel uit te maken van

⁶ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 24 oktober 1996, Viho/Commissie, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405, punt 51. De uitoefening van beslissende invloed door de moedermaatschappij op het gedrag van een dochteronderneming mag worden vermoed in het geval van volle dochterondernemingen of wanneer de moedermaatschappij alle stemrechten verbonden aan de aandelen van haar dochterondernemingen bezit; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, punten 60 e.v., en arrest van het Hof van Justitie van 27 januari 2021, The Goldman Sachs Group/Commissie, C-595/18 P, ECLI:EU:C:2021:73, punt 36.

⁷ Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2013, El du Pont de Nemours/Commissie, C-172/12 P, ECLI:EU:C:2013:601, punt 47, en arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2017, LG Electronics/Commissie, C-588/15 P en C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679, punten 71 en 76.

dezelfde onderneming, belet niet dat de moedermaatschappijen op alle andere markten onafhankelijk blijven⁸.

15. Artikel 101 is slechts van toepassing op horizontale samenwerking indien er een vorm van coördinatie tussen concurrenten bestaat, m.a.w. een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

*Horizontale samenwerking kan de vorm aannemen van **een overeenkomst**, waarbij twee of meer ondernemingen hun wilsovereenstemming tot samenwerking hebben uitgedrukt⁹. Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking¹⁰. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging vereist, behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen, een daarop volgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide¹¹.*

16. Het bestaan van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging wijst op zichzelf nog niet op een mededingingsbeperking in de zin van artikel 101, lid 1. Gemakshalve wordt in deze richtsnoeren, tenzij anders vermeld, omvat de term “overeenkomst” ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen.
17. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen worden gesloten tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten. Twee ondernemingen worden als daadwerkelijke concurrenten behandeld indien zij op dezelfde product- en geografische markt actief zijn. Een onderneming wordt als een potentiële concurrent van een andere onderneming beschouwd indien deze onderneming zonder de overeenkomst wellicht op korte termijn¹² in staat zou zijn de vereiste extra investeringen te doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten te maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te kunnen betreden. Deze beoordeling moet op realistische gronden gebaseerd zijn; de louter theoretische mogelijkheid van een markttoetreding is niet voldoende¹³. Waar in deze richtsnoeren

⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 14 september 2017, LG Electronics/Commissie, C-588/15 P en C-622/15 P, ECLI:EU:C:2017:679, punt 79.

⁹ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 2006, Commissie/Volkswagen, C-74/04 P, ECLI:EU:C:2006:460, punt 37.

¹⁰ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 26; arrest van het Hof van Justitie van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 tot 129/85, ECLI:EU:C:1993:120, punt 63.

¹¹ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 126 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

¹² De kwalificatie “korte termijn” hangt af van de juridische en economische context en van de feiten van de betrokken zaak, en met name van de vraag of de betrokken onderneming partij is bij een horizontale samenwerkingsovereenkomst dan wel een derde partij is. Wanneer wordt nagegaan of een partij bij de overeenkomst als potentiële concurrent van de andere partij dient te worden beschouwd, zal de Commissie gewoonlijk een langere periode als “korte termijn” beschouwen dan wanneer wordt onderzocht of een derde partij concurrentiedruk kan uitoefenen op de partijen bij een overeenkomst. Om een derde als potentiële concurrent te beschouwen, zou de markttoetreding relatief snel moeten gebeuren, wil de dreiging van een mogelijke toetreding druk uitoefenen op het gedrag van de andere partijen en de andere marktdeelnemers. Om die redenen wordt zowel in de O&O-GVV als in specialisatie-GVV een periode van hoogstens drie jaar als “korte termijn” beschouwd.

¹³ Arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 37 en 38.

sprake is van “concurrenten”, worden, tenzij anders aangegeven, zowel daadwerkelijke als potentiële concurrenten bedoeld.

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

- indien de onderneming het vaste voornemen heeft en zelf in staat is om op korte termijn toe te treden tot de markt en zij niet stoot op onoverkomelijke toetredingsdrempels¹⁴;*
- de vraag of de onderneming voldoende voorbereidende stappen heeft genomen om de betrokken markt te kunnen betreden;*
- De reële en concrete mogelijkheden van de nog niet actieve onderneming om tot die markt toe te treden en met een of meer andere ondernemingen te concurreren – de louter theoretische mogelijkheid om tot een markt toe te treden is niet voldoende;*
- de structuur van de markt en de economische en juridische context waarin deze functioneert.*
- De perceptie van de gevestigde onderneming is een relevante factor om te beoordelen of er een concurrentieverhouding bestaat tussen die partij en een externe onderneming, aangezien deze laatste, indien zij wordt beschouwd als een potentiële nieuwkomer op de markt, door haar loutere bestaan concurrentiedruk op de op die markt aanwezige marktdeelnemer kan uitoefenen.*
- Het sluiten van een overeenkomst tussen verschillende ondernemingen die op hetzelfde niveau van de productieketen actief zijn en waarvan sommige niet op de betrokken markt aanwezig waren¹⁵.*

1.2.2. Analytisch kader

18. De beoordeling op grond van artikel 101 gebeurt in twee fasen. In de eerste fase wordt overeenkomstig artikel 101, lid 1, onderzocht of een overeenkomst tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, van mededingingsbeperkende strekking is dan wel daadwerkelijk of potentieel¹⁶ mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben.
19. In de tweede beoordelingsfase overeenkomstig artikel 101, lid 3, die alleen van belang is wanneer blijkt dat een overeenkomst mededingingsbeperkend is in de zin van artikel 101, lid 1, wordt nagegaan wat de concurrentiebevorderende gevolgen van die overeenkomst zijn en of deze tegen de mededingingsbeperkende gevolgen opwegen¹⁷. Deze afweging van positieve en negatieve gevolgen voor de

¹⁴ Het bestaan van een octrooi kan op zich niet als een dergelijke onoverkomelijke drempel worden beschouwd; zie arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Lundbeck/Commissie, C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243, punten 38 en 58-59.

¹⁵ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 36-58.

¹⁶ Krachtens artikel 101, lid 1, zijn zowel daadwerkelijke als potentiële mededingingsbeperkende gevolgen verboden; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 77; arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 50.

¹⁷ Zie arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a.,

mededinging vindt uitsluitend binnen het in artikel 101, lid 3, vastgestelde kader plaats¹⁸. Indien de positieve gevolgen voor de mededinging niet opwegen tegen een beperking van de mededinging, bepaalt artikel 101, lid 2, dat de overeenkomst van rechtswege nietig is.

20. Artikel 101 is niet van toepassing indien een mededingingsverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrentieel gedrag voor deze ondernemingen uitsluit¹⁹. In dergelijke situaties is de mogelijkheid uitgesloten van mededinging die nog zou kunnen worden belemmerd, beperkt of vervalst door autonome gedragingen van ondernemingen²⁰. De omstandigheid dat nationale autoriteiten een horizontale samenwerkingsovereenkomst aanmoedigen, betekent nog niet dat deze op grond van artikel 101 is toegelaten²¹. Artikel 101 blijft evenwel op de ondernemingen van toepassing indien een nationale wet zich ertoe beperkt ondernemingen tot autonome mededingingsverstorende gedragingen aan te zetten of deze te vergemakkelijken. In bepaalde gevallen worden ondernemingen door overheidsinstanties aangemoedigd om horizontale samenwerkingsovereenkomsten te sluiten om via zelfregulering een openbare beleidsdoelstelling te bereiken.

1.2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

1.2.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren in verband met horizontale samenwerking

21. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen aanzienlijke economische voordelen opleveren, waaronder duurzaamheidswinst, 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 te poolen, de productkwaliteit en het productaanbod te verbeteren en sneller te innoveren. Evenzo kan horizontale samenwerking een middel zijn om tekorten en verstoringen in de toeleveringsketens aan te pakken of de afhankelijkheid van bepaalde producten, diensten en technologieën te verminderen.
22. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen echter ook de mededinging op verschillende manieren beperken. Een overeenkomst kan er bijvoorbeeld leiden tot minder concurrentie op de betrokken markt, kan het risico inhouden van collusie tussen de partijen of kan aanleiding geven tot mededingingsverstorende uitsluitingseffecten.

C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punt 95.

¹⁸ Zie arrest van het Gerecht van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, punt 107; arrest van het Gerecht van 18 september 2001, M6 e.a./Commissie, T-112/99, ECLI:EU:T:2001:215, punt 74; arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punt 69 e.v.

¹⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, punten 80-81. Deze mogelijkheid werd strikt uitgelegd; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 29 oktober 1980, Van Landewyck/Commissie, 209 tot 215 en 218/78, EU:C:1980:248, punten 130-134; arrest van het Hof van Justitie van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, ECLI:EU:C:1997:531, punt 33 e.v.

²⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 9 september 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, punt 54 e.v.

²¹ Zie bv. arrest van het Gerecht van 13 december 2006, FNCBV e.a./Commissie, T-217/03 en T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, punt 92.

1.2.3.2. Verlies van concurrentie op de relevante markt

23. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten kunnen de concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst doen verdwijnen. Concurrenten kunnen de vermindering van concurrentiedruk als gevolg van de overeenkomst in hun voordeel gebruiken en het daarom winstgevend achten hun prijzen te verhogen of de andere concurrentieparameters op de markt ongunstig te beïnvloeden.
24. Voor de beoordeling van de overeenkomst uit mededingingsoogpunt is het van belang of:
- de partijen bij de overeenkomst een groot marktaandeel hebben;
 - zij daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn;
 - de klanten over voldoende mogelijkheden beschikken om van leverancier te veranderen;
 - de concurrenten waarschijnlijk het aanbod zullen verhogen als de prijzen stijgen; en
 - of een van de partijen bij de overeenkomst een sterke concurrentiepositie heeft.

1.2.3.3. Risico op collusie

25. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst kan ook de mogelijkheid van de partijen om zelfstandig te beslissen doen afnemen en daardoor de waarschijnlijkheid vergroten dat zij hun gedrag zullen coördineren om tot een heimelijke verstandhouding te komen. Die overeenkomst kan de coördinatie echter ook gemakkelijker, stabiel of doeltreffender maken voor partijen die voordien reeds coördineerden, hetzij doordat de coördinatie robuuster wordt, hetzij doordat zij nog hogere prijzen kunnen behalen. Horizontale samenwerking kan bijvoorbeeld leiden tot de openbaarmaking van strategische informatie, en zo de kans vergroten op coördinatie tussen de partijen binnen of buiten het gebied waarop wordt samengewerkt. Bovendien kunnen de partijen tot doorgedreven kostendeling (d.w.z. het gedeelte van de variabele kosten dat beide partijen gemeen hebben) komen, zodat zij de marktprijzen en de productie gemakkelijker kunnen coördineren.
26. Voor de beoordeling van de overeenkomst uit mededingingsoogpunt is het van belang of:
- de partijen bij de overeenkomst een groot marktaandeel hebben;
 - zij daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn;
 - de marktkenmerken bevorderlijk zijn voor coördinatie;
 - het gebied waarop wordt samengewerkt, een groot deel van de variabele kosten van de partijen op een bepaalde markt vertegenwoordigt; en
 - of de partijen hun activiteiten op gebied waarop wordt samengewerkt, in ruime mate samenvoegen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer zij een belangrijk halffabricaat gezamenlijk fabriceren of aankopen of een groot percentage van hun totale productie van een eindproduct gezamenlijk fabriceren of distribueren.

1.2.3.4. Marktafscherming

27. Bepaalde horizontale samenwerkingsovereenkomsten – zoals productie- en standaardiseringsovereenkomsten – kunnen ook bezwaren opleveren van

mededingingsverstoringe marktafsluiting. Door middel van mededingingsbeperkende middelen zouden concurrenten dan worden belemmerd om daadwerkelijk te concurreren, bijvoorbeeld door hun de toegang tot een belangrijke input te ontzeggen of een belangrijke route naar de markt te blokkeren. Een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie of gegevens kan ook niet-deelnemende concurrenten een aanzienlijk concurrentienadeel opleveren ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingssysteem deelnemen.

1.2.4. Beperkingen van de mededinging naar strekking

28. Bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen kunnen naar hun aard worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging²². In dergelijke gevallen hoeven de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de marktgedraging niet te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft²³.
29. Voor de vaststelling van een mededingingsbeperkende strekking van een horizontale samenwerkingsovereenkomst is het voldoende dat deze negatieve gevolgen voor de mededinging *kan* hebben. Met andere woorden, de overeenkomst moet eenvoudigweg, gelet op de juridische en economische context ervan, in concreto de mededinging binnen de interne markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen²⁴.
30. Er is niet eerst sprake van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking wanneer er een rechtstreeks verband met de verbruikersprijzen bestaat²⁵. Artikel 101 is niet uitsluitend bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consumenten te beschermen, maar ook om de structuur van de markt, en daarmee de mededinging als zodanig, veilig te stellen.²⁶
31. Het begrip beperking van de mededinging “naar strekking” kan worden toegepast op praktijken waarvan, na een individueel en gedetailleerd onderzoek, blijkt dat zij de mededinging in voldoende mate nadelig beïnvloeden²⁷.
32. Om te beoordelen of bij een overeenkomst sprake is van een mededingingsbeperkende strekking, worden de volgende elementen in aanmerking genomen:
 - de inhoud van de overeenkomst;
 - de doelstellingen die ermee worden nagestreefd, en

²² Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punten 49-50.

²³ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punt 55; arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2008, Beef Industry Development en Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, punt 16; arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 29 e.v.; arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 77.

²⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 31.

²⁵ De prijs is een van de concurrentieparameters, naast parameters zoals productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie.

²⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punten 38-39; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 125.

²⁷ Zie arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Sun Pharmaceutical Industries en Ranbaxy (UK)/Commissie, C-586/16 P, ECLI:EU:C:2021:241, punt 86.

- de economische en juridische context waarvan zij deel uitmaakt.
33. Bij het bepalen van die juridische en economische context moet ook rekening worden gehouden met²⁸:
- de aard van de betrokken goederen of diensten,
 - de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten²⁹.
34. Wanneer de partijen mogelijke concurrentiebevorderende gevolgen van de overeenkomst aanvoeren, die niet alleen bewezen en relevant moeten zijn, maar ook specifiek moeten zijn voor de betrokken overeenkomst en voldoende significant moeten zijn, zal de Commissie daarmee naar behoren rekening houden³⁰.
35. De *bedoelingen* van de partijen hoeven weliswaar niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek of een overeenkomst van mededingingsbeperkende strekking is, maar daarmee mag wel rekening worden gehouden³¹.

1.2.5. Mededingingsbeperkende gevolgen

36. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst die op zichzelf de mededinging niet in voldoende mate nadelig blijkt te beïnvloeden, kan toch mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst heeft mededingingsbeperkende gevolgen als zij een merkbaar ongunstige uitwerking heeft of kan hebben op ten minste één van de concurrentieparameters op de markt, zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Om vast te stellen of dit het geval is, moet de mededinging worden gezien binnen het feitelijke kader waarin zij zich zonder de betrokken overeenkomst zou afspelen³². Overeenkomsten kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben door de concurrentie tussen de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst of tussen een van de partijen en derden merkbaar te beperken³³.
37. Om te beoordelen of een overeenkomst beperkende gevolgen heeft, zijn de volgende elementen van belang:

²⁸ Voor overeenkomsten waarvan het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds heeft geoordeeld dat zij zeer zware inbreuken op de mededinging opleveren, kan de analyse van de juridische en economische context worden beperkt tot hetgeen strikt noodzakelijk is om te kunnen besluiten dat er sprake is van een beperking van de mededinging naar strekking; zie arrest van het Hof van Justitie van 20 januari 2016, *Toshiba Corporation/Commissie*, C-373/14 P, ECLI:EU:C:2016:26, punt 29.

²⁹ Zie voorts arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *CB/Commissie*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 53; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, *Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 117, en arrest van het Hof van Justitie van 2 april 2020, *Budapest Bank e.a.*, C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265, punt 51.

³⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 103-107.

³¹ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 14 maart 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, punt 37; arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *CB/Commissie*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 54; en arrest van 19 maart 2015, *Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie*, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 118.

³² Arrest van Hof van Justitie van 30 januari 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 118; arrest van het Hof van Justitie van 12 december 2018, *Krka/Commissie*, T-684/14, ECLI:EU:T:2018:918, punt 315, en arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, *MasterCard e.a./Commissie*, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 166.

³³ Arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, *Deere/Commissie*, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 88; arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, *ASNEF-EQUIFAX*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 51.

- de aard en inhoud van de overeenkomst;
 - het concrete kader waarvan de samenwerking deel uitmaakt, met name de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen actief zijn, de aard van de betrokken goederen of diensten en de wijze waarop de betrokken markt of markten daadwerkelijk functioneren en zijn opgebouwd³⁴;
 - 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 die marktmacht of de partijen in staat stelt deze marktmacht te gebruiken³⁵;
 - de mededingingsbeperkende gevolgen kunnen zowel reëel als potentieel zijn, maar zij moeten hoe dan ook voldoende merkbaar zijn³⁶.
38. Soms gaan ondernemingen horizontale samenwerkingsovereenkomsten aan omdat zij het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft, niet zelfstandig zouden kunnen uitvoeren op grond van objectieve factoren, bijvoorbeeld wegens de beperkte technische mogelijkheden van de partijen. Dergelijke horizontale samenwerkingsovereenkomsten hebben doorgaans geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, tenzij de partijen het project met minder strenge beperkingen hadden kunnen uitvoeren³⁷.

1.2.6. Nevenrestricties

39. Een horizontale samenwerkingsovereenkomst die in overeenstemming is met artikel 101, lid 1, kan nog steeds de commerciële autonomie van de partijen bij die overeenkomst beperken. Een dergelijke zogenaamde “nevenrestrictie” kan op zichzelf ook in overeenstemming zijn met artikel 101, lid 1, indien deze objectief noodzakelijk is voor de uitvoering van de horizontale samenwerkingsovereenkomst en evenredig is met de doelstellingen daarvan³⁸. In dergelijke gevallen moet worden nagegaan of de overeenkomst nog zou kunnen worden uitgevoerd zonder de betrokken beperking.³⁹ Het feit dat die transactie of die activiteit gewoon moeilijker

³⁴ Arrest van Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punt 116, en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

³⁵ Marktmacht is het vermogen om voor een bepaalde periode prijzen op winstgevende wijze boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie, op het stuk van producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, voor een bepaalde periode op winstgevende wijze onder het concurrerende niveau te handhaven. De omvang van de marktmacht die normaal gesproken is vereist om te besluiten tot een inbreuk op artikel 101, lid 1, is geringer dan de omvang van de marktmacht welke is vereist om te besluiten tot een machtspositie in de zin van artikel 102, waarvoor een aanzienlijke mate van marktmacht is vereist.

³⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 52.

³⁷ Zie ook punt 18 van de richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97).

³⁸ Arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89; arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1985, Remia/Commissie, 42/84, ECLI:EU:C:1985:327, punten 19-20; arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, punten 15-17; arrest van het Hof van Justitie van 15 december 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, punt 35, en arrest van het Hof van Justitie van 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, punten 12-15.

³⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 91.

te realiseren is of minder winstgevend is, impliceert niet dat die beperking “objectief noodzakelijk” is – en dus een nevenrestrictie is⁴⁰.

1.2.7. *Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3*

40. De toetsing aan artikel 101, lid 1, van beperkingen van de mededinging naar strekking of naar gevolgen 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 overeenkomsten⁴¹. Wanneer in een bepaalde zaak is bewezen dat er sprake is van een beperking van de mededinging naar strekking of naar gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, kan artikel 101, lid 3, als verweer worden ingeroepen. Volgens artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag⁴² rust de bewijslast op grond van artikel 101, lid 3, op de onderneming of ondernemingen die zich op die bepaling beroept dan wel 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 de betrokken overeenkomst mededingingsbevorderende voordelen oplevert⁴³.
41. 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 die doelstellingen, d.w.z. de 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, met inbegrip van kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, moeten in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers, zodat zij ten minste gecompenseerd worden voor de beperkende gevolgen van de overeenkomst. Het is derhalve niet voldoende wanneer alleen de partijen bij de overeenkomst profiteren van de efficiëntieverbeteringen. Voor de toepassing van deze richtsnoeren omvat het begrip “gebruikers” de – potentiële en/of daadwerkelijke – afnemers van de partijen bij de overeenkomst⁴⁴; en
 - de overeenkomst mag de partijen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten, de mededinging uit te schakelen.

⁴⁰ Arrest van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 91.

⁴¹ De algemene aanpak bij de toepassing van artikel 101, lid 3, wordt uiteengezet in de richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97).

⁴² PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

⁴³ Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punten 93-95.

⁴⁴ Nadere details over het begrip “gebruiker” zijn te vinden in punt 84 van de richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97).

42. De O&O-GVV en de specialisatie-GVV zijn gebaseerd op artikel 101, lid 3. Zij zijn gebaseerd op de veronderstelling dat de bundeling van complementaire vaardigheden of activa tot aanzienlijke efficiëntieverbeteringen kan leiden bij O&O-overeenkomsten 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 derhalve vooral om vast te stellen welke complementaire vaardigheden 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.

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

43. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die niet leiden tot het bundelen van complementaire vaardigheden of activa, zullen waarschijnlijk minder efficiëntieverbeteringen opleveren die ten goede komen aan de gebruikers. Met dergelijke overeenkomsten kan wel duplicatie van bepaalde kosten worden verminderd, bijvoorbeeld omdat bepaalde vaste kosten kunnen worden voorkomen. Bij een besparing op de vaste kosten is de kans dat deze leiden tot voordelen voor de gebruikers over het algemeen evenwel kleiner dan bij besparingen op, bijvoorbeeld, variabele of marginale kosten.

1.2.8. Horizontale samenwerkingsovereenkomsten die over het algemeen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen

44. Overeenkomsten die de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden (geen gevolgen voor de handel) of die de mededinging niet merkbaar beperken (overeenkomsten van geringe betekenis), vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1⁴⁵. De Commissie heeft omtrent het ontbreken van beïnvloeding van de handel de nodige houvast gegeven in de richtsnoeren van de Commissie betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (“richtsnoeren beïnvloeding van de handel”)⁴⁶, en omtrent overeenkomsten van geringe betekenis in de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“de-minimismededeling”)⁴⁷. Deze richtsnoeren laten de richtsnoeren beïnvloeding van de handel en de de-minimismededeling, alsmede eventuele toekomstige handvatten van de Commissie in dit verband onverlet.

⁴⁵ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punten 16-17 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁴⁶ PB C 101 van 27.4.2004, blz. 81.

⁴⁷ PB C 291 van 30.8.2014, blz. 1.

45. In de richtsnoeren beïnvloeding van de handel worden de beginselen uiteengezet die de Unierechter heeft ontwikkeld in verband met de uitlegging van het begrip “beïnvloeding van de handel” en wordt aangegeven wanneer het weinig waarschijnlijk is dat overeenkomsten de handel tussen lidstaten merkbaar beïnvloeden. Deze richtsnoeren omvatten een weerlegbaar negatief vermoeden dat geldt voor alle overeenkomsten in de zin van artikel 101, lid 1, ongeacht de aard van de in die overeenkomsten vervatte beperkingen, en dat dus ook van toepassing is op overeenkomsten die hardcore beperkingen bevatten⁴⁸. Dit vermoeden betekent dat horizontale samenwerkingsovereenkomsten in beginsel de handel tussen de lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden wanneer:
- het totale marktaandeel van de partijen op relevante markten binnen de Unie waarop de overeenkomst van invloed is, niet meer dan 5 % bedraagt, en
 - de totale jaarlijkse omzet in de Unie van de betrokken ondernemingen voor de onder de overeenkomst vallende producten niet meer dan 40 miljoen EUR bedraagt⁴⁹.
 - In het geval van overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke inkoop van producten is de relevante omzet de gecombineerde inkoop door de partijen van de producten die onder de overeenkomst vallen. De Commissie kan dit vermoeden weerleggen indien een analyse van de kenmerken van de overeenkomst en de economische context ervan het tegendeel aantoonst.
46. Zoals uiteengezet in de de-minimismededeling, beperken horizontale samenwerkingsovereenkomsten die door daadwerkelijke of potentiële concurrenten worden gesloten, de mededinging niet merkbaar in de zin van artikel 101, lid 1, indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen van de betrokken markten waarop de overeenkomst van invloed is, meer dan 10 % bedraagt⁵⁰. Op deze algemene regel bestaan twee uitzonderingen. Ten eerste is artikel 101, lid 1, van toepassing op hardcore beperkingen, ongeacht de marktaandelen van de partijen⁵¹. Een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, kan namelijk naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormen⁵². Ten tweede wordt de marktaandeeldrempel van 10 % verlaagd tot 5 % wanneer op een relevante markt de mededinging wordt beperkt door het cumulatieve effect van verschillende parallelle netwerken van overeenkomsten⁵³.
47. Voorts is er geen sprake van een vermoeden dat horizontale overeenkomsten die zijn gesloten door ondernemingen waarvan er een of meer een individueel marktaandeel van meer dan 10 % heeft, automatisch onder artikel 101, lid 1, vallen. Ook bij dergelijke overeenkomsten kan het voorkomen dat deze de handel tussen lidstaten

⁴⁸ Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, punt 50.

⁴⁹ Richtsnoeren beïnvloeding van de handel, punt 52.

⁵⁰ De-minimismededeling, punt 8.

⁵¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 9 juli 1969, Voelk/Vervaecke, 5/69, ECLI:EU:C:1969:35; arrest van het Hof van Justitie van 6 mei 1971, Cadillon/Höss, 1/71, ECLI:EU:C:1971:47, en arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1998, Javico/Yves Saint Laurent Parfums, C-306/96, ECLI:EU:C:1998:173, punten 16-17.

⁵² Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punt 37.

⁵³ De-minimismededeling, punt 10.

niet merkbaar ongunstig beïnvloeden, noch de mededinging merkbaar beperken⁵⁴. Zij moeten derhalve met inachtneming van de juridische en economische context ervan worden beoordeeld. Deze richtsnoeren bevatten criteria voor de individuele beoordeling van dergelijke overeenkomsten.

1.3. Verband met andere richtsnoeren en wetgeving

48. 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 Verordening (EU) nr. .../2022 van de Commissie van XX april 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen⁵⁵ (“VGVV”) en de mededeling van de Commissie – Bekendmaking van de Commissie – Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (“verticale richtsnoeren”)⁵⁶. Voor zover verticale overeenkomsten, bijvoorbeeld distributieovereenkomsten, evenwel worden gesloten tussen concurrenten, kunnen de gevolgen van de overeenkomst voor de markt en de potentiële mededingingsproblemen vergelijkbaar zijn met die bij horizontale overeenkomsten. Derhalve vallen verticale overeenkomsten tussen concurrenten onder deze richtsnoeren⁵⁷. Mocht het nodig zijn dergelijke overeenkomsten ook op grond van de VGVV en de verticale richtsnoeren te beoordelen, dan wordt dit specifiek vermeld in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren. In het andere geval zijn alleen de onderhavige richtsnoeren van toepassing op verticale overeenkomsten tussen concurrenten.
49. Wanneer in deze richtsnoeren sprake is van de relevante markt: kan de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (“bekendmaking marktbeoordeling”) de nodige houvast bieden wat betreft regels, criteria en bewijsmateriaal waarop de Commissie zich baseert bij het behandelen van kwesties in verband met de bepaling van de markt⁵⁸. De relevante markt voor de toepassing van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten moet derhalve worden bepaald op basis van die handvatten en eventuele toekomstige handvatten betreffende de bepaling van de relevante markten voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie.
50. Hoewel in deze richtsnoeren kartels ter sprake komen, zijn zij niet bedoeld als leidraad om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een kartel; dit wordt bepaald door de beschikkingspraktijk van de Commissie en de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

⁵⁴ Zie arrest van het Gerecht van 8 juni 1995, Langnese-Iglo/Commissie, T-7/93, ECLI:EU:T:1995:98, punt 98.

⁵⁵ [...]

⁵⁶ [...]

⁵⁷ 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 VGVV en de verticale richtsnoeren (zie artikel 2, lid 4, VGVV).

⁵⁸ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).

51. 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 Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen⁵⁹ (de “concentratieverordening”), zoals bijvoorbeeld het geval zou zijn voor gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen (“volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen”)⁶⁰.
52. Deze richtsnoeren zijn niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van producenten van landbouwproducten die betrekking hebben op de productie van of de handel in landbouwproducten en die tot doel hebben een duurzaamheidsnorm toe te passen die strenger is dan de Uniewetgeving of de nationale wetgeving voorschrijft, en die op grond van artikel 210 bis van Verordening (EU) nr. 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten⁶¹ zijn vrijgesteld van artikel 101, lid 1. Deze richtsnoeren laten de richtsnoeren die de Commissie zal uitvaardigen uit hoofde van artikel 210 bis, lid 5, van die verordening, onverlet. Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van producenten van landbouwproducten die betrekking hebben op de productie van of de handel in landbouwproducten en die niet aan de voorwaarden van artikel 210 bis voldoen, vallen echter onder artikel 101, lid 1.
53. 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 onverlet⁶².
54. Deze richtsnoeren laten de eventuele uitlegging van het Hof van Justitie van de Europese Unie betreffende de toepassing van artikel 101 op horizontale samenwerkingsovereenkomsten onverlet.

⁵⁹ PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1.

⁶⁰ Zie artikel 3, lid 4, van de concentratieverordening. Om evenwel na te gaan of er sprake is van een volwaardige gemeenschappelijke onderneming, onderzoekt de Commissie of de gemeenschappelijke onderneming in operationeel opzicht economisch zelfstandig is. Dit betekent niet dat zij zelfstandig ten opzichte van haar moedermaatschappij is wat de goedkeuring van haar strategische beslissingen betreft (zie de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB C 95 van 16.4.2008, blz. 1, punten 91-109 (“geconsolideerde mededeling bevoegdheidskwesties”)). Daarnaast zij er ook aan herinnerd dat indien de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die een concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening vormt, de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, die coördinatie zal worden beoordeeld overeenkomstig artikel 101 van het Verdrag (zie artikel 2, lid 4, van de concentratieverordening).

⁶¹ Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad (PB 347 van 20.12.2013, blz. 671), gewijzigd bij Verordening (EU) 2021/2117 van het Europees Parlement en de Raad van 2 december 2021 (PB L 435 van 6.12.2021 blz. 262).

⁶² Zie arrest van het Gerecht van 10 juli 1990, Tetra Pak/Commissie, T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, punt 25 e.v.

55. Deze richtsnoeren vervangen de richtsnoeren van de Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten⁶³, die de Commissie in 2011 heeft gepubliceerd, en zijn niet van toepassing wanneer er sectorspecifieke regels gelden, zoals het geval is voor bepaalde overeenkomsten op het gebied van landbouw⁶⁴ of vervoer⁶⁵. De Commissie zal, op basis van de door belanghebbenden en nationale mededingingsautoriteiten verstrekte marktinformatie, blijven de uitvoering van de O&O-GVV en de specialisatie-GVV en deze richtsnoeren blijven monitoren en kan deze richtsnoeren herzien in het licht van toekomstige ontwikkelingen of voortschrijdend inzicht.

2. ONDERZOEKS- EN ONTWIKKELINGSOVEREENKOMSTEN

2.1. Inleiding

56. Dit hoofdstuk wil de nodige houvast te geven voor het toepassingsgebied en de beoordeling uit mededingingsoogpunt van O&O-overeenkomsten.
57. O&O-overeenkomsten kunnen naar vorm en toepassingsgebied verschillen. Zij omvatten uitbestedingsovereenkomsten voor bepaalde O&O-activiteiten, overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke verbetering van bestaande technologieën, en samenwerking op het gebied van onderzoek, de ontwikkeling en het in de handel brengen van geheel nieuwe producten. De O&O-samenwerking kan de vorm aannemen van een samenwerkingsovereenkomst of van samenwerking binnen onderneming waarover de zeggenschap gezamenlijk wordt uitgeoefend.⁶⁶ Een en ander omvat ook samenwerking tussen concurrenten in lossere vormen, zoals technische samenwerking in werkgroepen.
58. O&O-overeenkomsten kunnen worden gesloten door grote ondernemingen, kmo's⁶⁷, academische instellingen of onderzoeksinstituten, of een combinatie daarvan⁶⁸.
59. Het is mogelijk dat O&O-samenwerking niet uitsluitend voor de mededinging op bestaande product- of technologiemarkten gevolgen heeft, maar ook voor de mededinging op het gebied van innovatie.

⁶³ PB C 11 van 14.1.2011, blz. 1.

⁶⁴ Verordening (EG) nr. 1184/2006 van de Raad van 24 juli 2006 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten (PB L 214 van 4.8.2006, blz. 7).

⁶⁵ Verordening (EG) nr. 169/2009 van de Raad van 26 februari 2009 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB L 61 van 5.3.2009, blz. 1); Verordening (EG) nr. 246/2009 van de Raad van 26 februari 2009 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen ("consortia") (PB L 79 van 25.3.2009, blz. 1) en Verordening (EG) nr. 906/2009 van de Commissie van 28 september 2009 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia) (PB L 256 van 29.9.2009), laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EU) 2020/436 van de Commissie van 24 maart 2020 (PB L 90 van 25.3.2020, blz. 1); richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op zeevervoerdiensten (PB C 245 van 26.9.2008, blz. 2).

⁶⁶ Zie punt 51 ("volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen") en punt 13 ("aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 101, lid 1") van deze richtsnoeren.

⁶⁷ In de zin van de bijlage bij de aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

⁶⁸ Met inbegrip van startende ondernemingen.

60. In het kader van de O&O-GVV en van dit hoofdstuk van de richtsnoeren heeft “mededinging op het gebied van innovatie”⁶⁹ betrekking op O&O-inspanningen voor nieuwe producten en/of technologieën, die hun eigen nieuwe markt creëren⁷⁰ en op O&O-pools, d.w.z. O&O-inspanningen die in de eerste plaats gericht zijn op een specifiek doel of een specifieke doelstelling die uit de O&O-overeenkomst voortvloeit⁷¹. Het specifieke doel of de specifieke doelstelling van een O&O-pool kan nog niet worden gedefinieerd als een product of een technologie of heeft betrekking op een aanzienlijk bredere doelgroep dan een specifiek product of specifieke technologie op een specifieke markt.
61. De beoordeling van O&O-overeenkomsten op grond van artikel 101, lid 1, komt aan bod in afdeling 2.3 van deze richtsnoeren. O&O-overeenkomsten kunnen in aanmerking komen voor de door de O&O-GVV ingestelde safe harbour⁷². De groepsvrijstelling is gebaseerd op de overweging dat O&O-overeenkomsten, voor zover zij onder artikel 101, lid 1, vallen en aan de criteria van de O&O-GVV voldoen, doorgaans aan de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, zullen voldoen. In afdeling 2.4 van deze richtsnoeren worden de overeenkomsten beschreven die onder de O&O-GVV vallen. De voorwaarden voor vrijstelling van O&O-overeenkomsten worden uiteengezet in afdeling 2.5 – Voorwaarden voor vrijstelling. De in afdeling 2.6 van deze richtsnoeren beschreven hardcore- en uitgesloten beperkingen moeten ervoor zorgen dat alleen beperkende overeenkomsten waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, in aanmerking komen voor de vrijstelling van artikel 2 van de O&O-GVV.
62. De safe-harbour geldt zolang het voordeel van de groepsvrijstelling in een individueel geval niet door de Commissie of de mededingingsautoriteit van een lidstaat is ingetrokken op grond van artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag⁷³ (afdeling 2.7 van deze richtsnoeren).
63. Wanneer de door de O&O-GVV geboden safe harbour niet van toepassing is op een O&O-overeenkomst, moet worden nagegaan of de O&O-overeenkomst in het individuele geval binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, valt en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Dit wordt beschreven in afdeling 2.8 van deze richtsnoeren, terwijl in afdeling 2.9 het relevante tijdstip voor de beoordeling wordt uiteengezet.

2.2. Relevante markten

64. De bekendmaking marktbeoordeling biedt de nodige houvast over de regels, de criteria en het bewijsmateriaal die de Commissie gebruikt bij het onderzoek van kwesties in verband met de marktbeoordeling⁷⁴. De relevante markt voor de toepassing van artikel 101 op O&O-overeenkomsten moet derhalve worden bepaald op basis van die

⁶⁹ Zie de O&O-GVV, artikel 1, lid 1, punt 18 (betreffende de partijen bij de overeenkomst) en lid 1, punt 19 (betreffende derden).

⁷⁰ Artikel 1, lid 1, punt 7, O&O-GVV.

⁷¹ Artikel 1, lid 1, punt 8, O&O-GVV.

⁷² Verordening (EU) nr. [...] van de Commissie van [...] december 2022 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten.

⁷³ PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1.

⁷⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (97/C 372/03).

houvast of eventuele toekomstige houvast betreffende de bepaling van de relevante markten voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie, waar van toepassing.

65. In het kader van de O&O-GVV is een relevante product- of technologiemarkt de markt voor de producten of technologieën die door de contractproducten of -technologieën kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen⁷⁵.

2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

2.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

66. O&O-overeenkomsten kunnen aanleiding geven tot verschillende mededingingsbezwaren, met name kunnen zij de mededinging tussen de partijen rechtstreeks beperken, leiden tot mededingingsverstorende marktafsluiting voor derden of tot een heimelijke verstandhouding op de markt.
67. Wanneer O&O-samenwerking **rechtstreeks de mededinging tussen de partijen beperkt of een heimelijke verstandhouding op de markt faciliteert**, kan dit leiden tot hogere prijzen, minder keuze voor gebruikers of een lagere kwaliteit van producten of technologieën. Een en ander zou ook kunnen leiden tot verminderde of vertraagde innovatie en daardoor tot slechtere of minder producten of technologieën die op de markt komen. Het kan er ook toe leiden dat producten of technologieën later op de markt komen dan anders het geval zou zijn.
68. **Mededingingsverstorende afsluiting van derden** kan zich met name voordoen wanneer ten minste één partij bij de O&O-overeenkomst het recht op exclusieve exploitatie van de resultaten van de O&O-activiteiten heeft en ten minste één partij een aanzienlijke mate van marktmacht heeft.

2.3.2. Beperkingen van de mededinging naar strekking

69. Overeenkomsten betreffende O&O-activiteiten strekken ertoe de mededinging te beperken indien zij niet in de eerste plaats O&O ten doel hebben, maar dienen als instrument om een kartel te vormen of andere inbreuken met mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 101, lid 1, te plegen, zoals prijsafspraken, de beperking van de productie, de verdeling van de markt of de beperking van de technische ontwikkeling.
70. Een O&O-overeenkomst kan de technische ontwikkeling beperken wanneer de partijen, in plaats van samen te werken ter bevordering van de technische en economische vooruitgang, de O&O-samenwerking gebruiken om a) de markttoetreding van producten of technologieën te verhinderen of te vertragen, b) de kenmerken van producten of technologieën die niet onder de O&O-overeenkomst vallen te coördineren, of c) het potentieel van een gezamenlijk ontwikkeld product of technologie te beperken wanneer zij een dergelijk product of een dergelijke technologie afzonderlijk op de markt brengen.

⁷⁵ Artikel 1, lid 1, punten 21 en 22, O&O-GVV.

2.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

2.3.3.1. Inleiding – overeenkomsten die de mededinging gewoonlijk niet beperken

71. Veel O&O-overeenkomsten vallen niet onder artikel 101, lid 1, wanneer zij worden gesloten door ondernemingen met complementaire vaardigheden die anders niet in staat zouden zijn geweest de O&O-activiteiten op eigen kracht uit te voeren.
72. Bovendien geeft O&O-samenwerking tussen niet-concurrerende ondernemingen⁷⁶ over het algemeen geen aanleiding tot horizontale mededingingsbeperkende gevolgen.
73. De concurrentieverhouding tussen de partijen moet worden onderzocht in de context van bestaande getroffen markten⁷⁷ en in de context van innovatie⁷⁸.
74. Indien de partijen om objectieve redenen niet in staat zouden zijn de noodzakelijke O&O-activiteiten onafhankelijk uit te voeren, zal de O&O-overeenkomst over het algemeen geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Het is mogelijk dat een partij niet in staat is de O&O-activiteiten onafhankelijk uit te voeren, bijvoorbeeld omdat zij beperkte technische mogelijkheden heeft of beperkte toegang tot financiering, geschoolde werknemers, technologieën of andere middelen.
75. 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 vinden de O&O-activiteiten 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. Aangezien de samenwerkende partijen in een dergelijk scenario complementair zijn (bijvoorbeeld wat hun vaardigheden of technologieën betreft), hebben dergelijke overeenkomsten gewoonlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1.
76. O&O-samenwerking die geen betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de eventuele resultaten door middel van licenties, productie en/of marktintroductie, heeft zelden mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Die O&O-overeenkomsten kunnen echter mededingingsbeperkende gevolgen hebben, bijvoorbeeld wanneer de mededinging op innovatieniveau ten gevolge van de O&O-overeenkomst merkbaar wordt beperkt.

2.3.3.2. Marktmacht

77. O&O-overeenkomsten hebben waarschijnlijk alleen mededingingsbeperkende gevolgen wanneer de partijen bij de O&O-samenwerking marktmacht hebben.
78. Er is geen absolute drempelwaarde waarboven kan worden aangenomen dat een O&O-overeenkomst marktmacht doet ontstaan of in stand houdt en daardoor wellicht mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1. O&O-overeenkomsten tussen ondernemingen die met elkaar concurreren voor bestaande producten en/of technologieën, vallen evenwel onder de vrijstelling van de O&O-GVV, op voorwaarde dat hun gecombineerde marktaandeel niet meer dan 25 %

⁷⁶ Zie, voor een definitie, artikel 1, lid 1, punt 20, O&O-GVV.

⁷⁷ In de context van de O&O-GVV, zie artikel 1, lid 1, punt 17, O&O-GVV.

⁷⁸ In de context van de O&O-GVV, zie artikel 1, lid 1, punt 18, O&O-GVV.

bedraagt op de relevante product- en technologiemarkten en dat aan de overige voorwaarden voor de toepassing van de O&O-GVV is voldaan.

79. De O&O-GVV heeft ook betrekking op O&O-overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op innovatie. Deze overeenkomsten vallen onder de vrijstelling in de O&O-GVV, op voorwaarde dat er sprake is van drie of meer concurrerende O&O-inspanningen⁷⁹ in aanvulling op en vergelijkbaar met die van de partijen bij de overeenkomst. Ook aan de andere voorwaarden voor de toepassing van de O&O-GVV zal moeten worden voldaan. Onder deze voorwaarden is het onwaarschijnlijk dat een overeenkomst tussen ondernemingen die concurreren op innovatie⁸⁰, mededingingsbeperkende gevolgen op de interne markt zal hebben, aangezien de partijen waarschijnlijk niet in staat zullen zijn de innovatie gedurende een langere periode op rendabele wijze onder een concurrerend niveau te houden.
80. Naarmate de gezamenlijke positie van de partijen op bestaande markten sterker is en/of het aantal concurrerende O&O-inspanningen in aanvulling op en vergelijkbaar met die van de partijen geringer is, is de kans groter dat de O&O-overeenkomst mededingingsbeperkende gevolgen heeft⁸¹.
- 2.3.3.3. O&O-activiteiten gericht op een verbetering, substitutie of vervanging van bestaande producten of technologieën
81. Wanneer de O&O-activiteiten gericht zijn op de **verbetering** van bestaande producten of technologieën, betreffen de mogelijke gevolgen de relevante markt of markten voor die bestaande producten of technologieën. Gevolgen voor prijzen, productie, productkwaliteit, productdiversiteit of technische ontwikkeling op bestaande markten zijn evenwel slechts waarschijnlijk ingeval de partijen samen een sterke positie hebben, de toegang tot die markten moeilijk is en er slechts weinig andere overblijvende concurrenten zijn. Wanneer de O&O-activiteiten voorts slechts betrekking hebben op een relatief onbeduidende component van een eindproduct, zijn de afschermingseffecten bij die eindproducten, als die er zijn, zeer gering.
82. Indien de O&O-activiteit gericht is op de **substitutie of vervanging** van een bestaand product of een bestaande technologie, kunnen eventuele gevolgen betrekking hebben op de vertraging van de ontwikkeling van het vervangende product of de vervangende technologie. Dit is met name het geval indien de partijen

⁷⁹ In artikel 1, lid 1, punt 19, O&O-GVV wordt een “concurrerende O&O-inspanning” gedefinieerd als “een O&O-inspanning die een derde partij alleen of in samenwerking met andere derden verricht of waartoe zij in staat is en die zij waarschijnlijk zelfstandig zal verrichten, en die betrekking heeft op: a) onderzoek en ontwikkeling van dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare nieuwe producten en/of technologieën als die welke onder de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst vallen; of b) onderzoeks- en ontwikkelingspools met in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling als die welke onder de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst vallen. Deze derden moeten onafhankelijk zijn van de partijen bij de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst”.

⁸⁰ In artikel 1, lid 1, punt 18, O&O-GVV wordt een (18)“onderneming die concurreert op innovatie” gedefinieerd als “een onderneming die niet concurreert voor bestaande producten en/of technologieën en die zelfstandig O&O-inspanningen verricht of, zonder de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst, hiertoe in staat is en dit waarschijnlijk ook zal doen. Deze inspanningen hebben betrekking op: a) onderzoek en ontwikkeling van dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare nieuwe producten en/of technologieën als die welke onder de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst vallen; of of b) onderzoeks- en ontwikkelingspools met in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling als die welke onder de onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomst vallen”.

⁸¹ Dit geldt ongeacht de analyse van mogelijke efficiëntieverbeteringen, zoals onder meer vaak het geval is bij O&O die door de overheid medegefinancierd is.

marktmacht hebben op de markt van het bestaande product of de bestaande technologie en zij ook de enigen zijn die zich bezighouden met O&O-activiteiten voor de ontwikkeling van een vervanging voor dat bestaande product of die bestaande technologie. Vergelijkbare gevolgen zijn mogelijk ingeval een grote speler op een bestaande markt samenwerkt met een veel kleinere speler of met een potentiële concurrent die op het punt staat een nieuw product of een nieuwe technologie op de markt te brengen en waardoor de positie van de gevestigde onderneming mogelijk wordt bedreigd.

83. Indien de partijen in hun overeenkomst ook de gezamenlijke exploitatie (bv. de productie en/of de distributie) van de contractproducten of contracttechnologieën opnemen, moeten de gevolgen voor de mededinging nader worden onderzocht. De kans op mededingingsbeperkende gevolgen in de vorm van hogere prijzen of een beperkte productie op bestaande markten is met name groter wanneer de partijen belangrijke concurrenten zijn. Indien de gezamenlijke exploitatie echter beperkt is tot licentieverlening aan derden, dan zal er waarschijnlijk geen sprake zijn van beperkende gevolgen, zoals marktafscherming.
- 2.3.3.4. O&O-pools en O&O-inspanningen gericht op een product of technologie waarmee een nieuwe markt wordt gecreëerd
84. O&O-inspanningen die betrekking hebben op de O&O van nieuwe producten of technologieën, alsmede O&O-pools, vallen voor de toepassing van dit hoofdstuk onder het begrip concurrentie op het gebied van innovatie.
85. Een nieuw product of een nieuwe technologie is niet alleen maar een verbetering, een substitutie of een vervanging van bestaande producten of technologieën. De vraag naar het nieuwe product of de nieuwe technologie zal, indien deze doorbreekt, een nieuwe afzonderlijke markt doen ontstaan.
86. O&O-pools zijn O&O-inspanningen die hoofdzakelijk zijn gericht op een specifiek doel of een specifieke doelstelling. Het specifieke doel of de specifieke doelstelling van een O&O-pool kan nog niet worden gedefinieerd als een product of technologie of heeft betrekking op een aanzienlijk bredere doelgroep dan producten of technologieën op een specifieke markt.
87. Gevolgen voor prijs en output op bestaande markten zijn voor dergelijke O&O-inspanningen eerder onwaarschijnlijk op het tijdstip van de beoordeling van de O&O-samenwerking, aangezien de O&O-inspanning nog niet kan worden omschreven als gericht op een product of een technologie. Bij de beoordeling zou derhalve de nadruk moeten worden gelegd op mogelijke beperkingen van de concurrentie op het niveau van innovatie op het punt van bijvoorbeeld de kwaliteit en de diversiteit van mogelijke toekomstige producten of technologieën en/of de snelheid of het niveau van innovatie. Die beperkende gevolgen kunnen zich voordoen wanneer twee of meer van de weinige ondernemingen die zich onafhankelijk bezighouden met (bijvoorbeeld) de O&O-activiteiten voor een nieuw product (met name wanneer zij zich in een fase bevinden waarin zij het nieuwe product bijna op de markt brengen), gaan samenwerken in plaats van het nieuwe product afzonderlijk te ontwikkelen. Dergelijke effecten zijn meestal het rechtstreekse gevolg van de samenwerking tussen de partijen.
88. Innovatie kan zelfs door een zuivere O&O-overeenkomst worden beperkt. In het algemeen is het evenwel onwaarschijnlijk dat O&O-samenwerking op het gebied van nieuwe producten of technologieën of O&O-pools aanleiding zal geven tot

mededingingsbeperkende gevolgen, tenzij er slechts een beperkt aantal concurrerende O&O-inspanningen overblijft naast die van de partijen bij de O&O-samenwerking.

2.4. Overeenkomsten die onder de O&O-GVV vallen

89. Het voordeel van de vrijstelling van de O&O-GVV is slechts van toepassing op die O&O-overeenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen⁸².
90. De O&O-GVV heeft betrekking op O&O-overeenkomsten tussen twee of meer partijen die betrekking heeft op de voorwaarden waaronder deze partijen⁸³:
- (a) gezamenlijke O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën verrichten, die al dan niet de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van die O&O-activiteiten omvatten; of
 - (b) tegen betaling verrichte O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën uitvoeren die al dan niet de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van die O&O-activiteiten omvatten; of
 - (c) gezamenlijk de resultaten exploiteren van O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën die krachtens een eerdere overeenkomst voor gezamenlijke O&O-activiteiten (in de zin van punt a)) tussen dezelfde partijen worden uitgevoerd; of
 - (d) gezamenlijk de resultaten exploiteren van O&O-activiteiten van contractproducten of contracttechnologieën die ingevolge een eerdere overeenkomst voor tegen betaling verrichte O&O-activiteiten (in de zin van punt b)) tussen dezelfde partijen worden uitgevoerd.
91. In de O&O-GVV wordt een onderscheid gemaakt tussen contractproducten en contracttechnologieën:
- (a) “contractproduct”⁸⁴: een product⁸⁵ dat uit de gezamenlijke of tegen betaling verrichte gezamenlijke onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten voortvloeit of met gebruikmaking van de contracttechnologieën wordt geproduceerd of geleverd. Dit is inclusief via een O&O-pool verkregen producten en nieuwe producten⁸⁶;

⁸² Verordening (EEG) nr. 2821/71 verleent de Commissie overeenkomstig artikel 101, lid 3, de bevoegdheid om bij verordening een groepsvrijstelling te verlenen voor overeenkomsten die betrekking hebben op O&O-activiteiten van producten, technologieën of procedés tot aan het stadium van industriële toepassing, en op de exploitatie van de resultaten daarvan, met inbegrip van bepalingen betreffende intellectuele-eigendomsrechten.

⁸³ Artikel 1, lid 1, punt 1, O&O-GVV.

⁸⁴ Artikel 1, lid 1, punt 6, O&O-GVV.

⁸⁵ Voor de toepassing van de O&O-GVV wordt onder “product” verstaan “een goed of een dienst, daaronder begrepen zowel intermediaire goederen of diensten als eindgoederen of -diensten” (artikel 1, lid 1, punt 4, O&O-GVV).

⁸⁶ Voor de toepassing van O&O-GVV wordt onder “nieuwe producten of technologieën” verstaan “producten, technologieën of procedés die nog niet bestaan op het moment dat de O&O-overeenkomst die onder artikel 1, lid 1, punt 1, a) of b), O&O-GVV valt, wordt gesloten en die, indien zij succesvol zijn, een eigen nieuwe markt creëren en bestaande producten, technologieën of procedés niet verbeteren, substitueren of vervangen” (artikel 1, lid 1, punt 7, O&O-GVV).

- (b) “contracttechnologie”⁸⁷: die of een procedé dat uit de gezamenlijke of tegen betaling verrichte onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten voortvloeit. Dit is inclusief technologieën of procedés die via een onderzoeks- en ontwikkelingspool zijn verkregen en nieuwe technologieën of procedés
92. In het kader van de O&O-GVV betekent “onderzoek en ontwikkeling” activiteiten gericht op de verwerving van knowhow ten aanzien van bestaande of nieuwe producten, technologieën of procedés, de uitvoering van theoretische analyses, systematische studies of experimenten, met inbegrip van experimentele productie en technische tests van producten of procedés, de inrichting van de daartoe benodigde installaties en de verwerving van intellectuele-eigendomsrechten op de resultaten.
- 2.4.1. *Onderscheid tussen “gezamenlijke O&O-activiteiten” en “tegen betaling verrichte O&O-activiteiten” en het begrip “specialisatie op het niveau van O&O”*
93. In de O&O-GVV wordt een onderscheid gemaakt tussen “gezamenlijke O&O-activiteiten” en “tegen betaling verrichte O&O-activiteiten”.
94. Wanneer de partijen **gezamenlijke O&O-activiteiten** verrichten, kan hun overeenkomst voorzien in een van de volgende manieren waarop de O&O-activiteiten worden uitgevoerd⁸⁸:
- (a) de O&O-activiteiten worden verricht door een gemeenschappelijk team, gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke onderneming;
 - (b) de partijen vertrouwen de O&O-activiteiten gezamenlijk aan een derde toe; of
 - (c) de partijen verdelen de activiteiten onder elkaar door middel van “specialisatie op het niveau van O&O”. Dit betekent dat elk van de partijen bij de O&O-activiteiten betrokken is en dat zij de O&O-activiteiten onder elkaar verdelen op de manier die zij het meest geschikt achten. Hieronder vallen geen tegen betaling verrichte O&O-activiteiten⁸⁹.
95. **Tegen betaling verrichte O&O-activiteiten** houdt in dat O&O-activiteiten door ten minste één partij worden uitgevoerd, terwijl ten minste één andere partij de O&O-activiteiten financiert, maar deze zelf niet uitvoert (de financier).
96. Het onderscheid tussen gezamenlijke O&O-activiteiten en tegen betaling verrichte O&O-activiteiten in de O&O-GVV is relevant voor de berekening van de marktaandelen. Voor tegen betaling verrichte O&O-activiteiten moeten de partijen met het oog op de berekening van het gecombineerde marktaandeel ook de O&O-overeenkomsten meerekenen die de financier voor dezelfde contractproducten of contracttechnologieën met derden heeft gesloten – zie afdeling 2.5.4.2.
- 2.4.2. *Gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten en het begrip “specialisatie op het niveau van de gezamenlijke exploitatie”*
97. De O&O-GVV ziet uitdrukkelijk op overeenkomsten die de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten omvatten. Dergelijke overeenkomsten zijn echter onderworpen aan specifieke bepalingen.
98. Het **begrip “exploitatie van de resultaten”** is vrij breed en omvat de productie of distributie van de contractproducten of de toepassing van de contracttechnologieën

⁸⁷ Artikel 1, lid 1, punt 5, O&O-GVV.

⁸⁸ Artikel 1, lid 1, punt 12, O&O-GVV.

⁸⁹ Artikel 1, lid 1, punt 13, O&O-GVV.

dan wel de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten, alsmede het doorgeven van de knowhow die voor de productie van de producten of de toepassing van de technologieën noodzakelijk is⁹⁰.

99. Op grond van de O&O-GVV mag de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van de O&O-activiteiten alleen betrekking hebben op resultaten die:
- (a) onmisbaar zijn voor de productie van de contractproducten of de toepassing van de contracttechnologieën; en
 - (b) die door intellectuele-eigendomsrechten worden beschermd of die knowhow vormen.
100. Anderzijds betekent dit dat, om in aanmerking te komen voor de vrijstelling van artikel 2 van de O&O-GVV, het toepassingsgebied van een O&O-overeenkomst die gezamenlijke exploitatie omvat, geen betrekking kan hebben op resultaten die niet beschermd zijn door intellectuele eigendom of knowhow en die niet onmisbaar zijn voor de productie van de contractproducten of de toepassing van de contracttechnologieën.
101. De gezamenlijke exploitatie van de resultaten van gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten kan plaatsvinden in het kader van de **oorspronkelijke** O&O-overeenkomst of in het kader van een **latere** overeenkomst die betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van een eerdere O&O-overeenkomst tussen dezelfde partijen⁹¹. Indien de partijen ervoor kiezen de resultaten van een eerdere O&O-overeenkomst gezamenlijk te exploiteren op grond van een latere overeenkomst, moet de eerdere O&O-overeenkomst ook aan de voorwaarden van de O&O-GVV voldoen opdat de latere overeenkomst inzake gezamenlijke exploitatie onder de vrijstelling van artikel 2 van de O&O-GVV zou vallen.
102. De O&O-GVV geeft **drie verschillende manieren** waarop de resultaten van de O&O gezamenlijk kunnen worden geëxploiteerd⁹²:
- (a) ten eerste kan de exploitatie **samen door de partijen** worden uitgevoerd in een gemeenschappelijk team, een gemeenschappelijke organisatie of een gemeenschappelijke onderneming;
 - (b) ten tweede kunnen de partijen het exploitatiewerk **gezamenlijk aan een derde partij toevertrouwen**;
 - (c) ten slotte kunnen de partijen het werk onder elkaar verdelen door middel van **specialisatie op het niveau van de exploitatie**, hetgeen betekent dat⁹³:
 - i) de partijen individuele taken, zoals productie of distributie, onderling verdelen ; of
 - ii) de partijen elkaar beperkingen opleggen ten aanzien van de exploitatie van de resultaten, zoals beperkingen betreffende bepaalde gebieden, klanten of gebruiksgebieden; situaties waarin slechts één partij de contractproducten produceert en distribueert op basis van een door de

⁹⁰ Artikel 1, lid 1, punt 9, O&O-GVV.

⁹¹ Zoals bedoeld in artikel 1, lid 1, punt 1, c) en d), O&O-GVV.

⁹² Artikel 1, lid 1, punt 12, O&O-GVV.

⁹³ Artikel 1, lid 1, punt 14, O&O-GVV.

andere partijen verleende exclusieve licentie, zijn hieronder mede begrepen

103. Praktijken die specialisatie op het niveau van de exploitatie vormen, zullen niet als hardcore beperkingen worden behandeld⁹⁴. Wanneer de partijen zich op het niveau van de exploitatie specialiseren, kunnen zij de toegang tot de resultaten met het oog op die exploitatie dienovereenkomstig beperken⁹⁵. Dit betekent dat een O&O-overeenkomst bijvoorbeeld de exploitatierechten van de partijen voor bepaalde gebieden, klanten of gebruiksgebieden kan beperken. Indien de partijen overeenkomen dat elk van hen de contractproducten mag distribueren (en zij dus niet hebben gekozen voor een gezamenlijk distributiemodel en zij niet zijn overeengekomen dat alleen de partij die de contractproducten produceert, deze mag distribueren), moeten de partijen die belast zijn met de productie van de contractproducten door middel van specialisatie verplicht worden orders van de andere partijen voor levering van de contractproducten uit te voeren⁹⁶.
104. Ten slotte is, zoals vermeld in afdeling 2.5.4, indien de O&O-overeenkomst betrekking heeft op de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten, de vrijstelling op grond van de O&O-GVV van toepassing: i) voor de duur van de O&O-activiteiten en ii) voor een bijkomende periode van zeven jaar nadat de contractproducten of contracttechnologieën voor het eerst binnen de interne markt in de handel zijn gebracht⁹⁷.

2.4.3. Toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten

105. De vrijstelling van de O&O-GVV is ook van toepassing op overeenkomsten die bepalingen bevatten betreffende de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten, mits die bepalingen niet het voornaamste voorwerp van de O&O-overeenkomst vormen, maar daarmee rechtstreeks verband houden en noodzakelijk zijn voor de uitvoering van dergelijke overeenkomsten⁹⁸.
106. Deze vrijstelling omvat de toekenning of licentiëring aan een of meer van de partijen of aan een entiteit die de partijen oprichten om de gezamenlijke O&O-activiteiten, de tegen betaling verrichte O&O-activiteiten of de gezamenlijke exploitatie uit te voeren⁹⁹.
107. In die gevallen is de toekenning of licentiëring dus onderworpen aan de bepalingen van de O&O-GVV en niet aan die van de groepsvrijstellingsverordening technologieoverdracht¹⁰⁰. In het kader van O&O-overeenkomsten kunnen de partijen echter ook de voorwaarden bepalen voor het in licentie geven van de resultaten van de O&O-activiteiten aan derden. Dergelijke licentieovereenkomsten vallen niet onder de O&O-GVV, maar kunnen onder de groepsvrijstelling van de

⁹⁴ Zie afdeling 2.6 over hardcore beperkingen, en artikel 8, lid 3, punt c), O&O-GVV.

⁹⁵ Artikel 3, lid 4, O&O-GVV.

⁹⁶ Artikel 5, lid 2, O&O-GVV.

⁹⁷ Zie ook artikel 6, lid 4, O&O-GVV.

⁹⁸ Artikel 2, lid 3, O&O-GVV.

⁹⁹ Artikel 2, lid 3, O&O-GVV.

¹⁰⁰ Verordening (EU) nr. 316/2014 van de Commissie van 21 maart 2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB L 93 van 28.3.2014, blz. 17). Zie ook de punten 73 en 74 van de richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB C 89 van 28.3.2014, blz. 3) ("richtsnoeren technologieoverdracht").

groepsvrijstellingsverordening technologieoverdracht vallen indien aan de daarin vervatte voorwaarden is voldaan¹⁰¹.

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

2.5.1. Toegang tot de eindresultaten

108. De eerste voorwaarde om voor de vrijstelling op grond van de O&O-GVV in aanmerking te komen, is dat alle partijen volledige toegang hebben tot de eindresultaten van de O&O-activiteiten voor twee doeleinden¹⁰²:
- (a) voor het verrichten van verder onderzoek; en
 - (b) voor het exploiteren van de resultaten van de O&O-activiteiten.
109. Volgens de O&O-GVV omvat de volledige toegang tot de eindresultaten van de O&O-activiteiten ook alle daaruit voortvloeiende intellectuele-eigendomsrechten en knowhow. Toegang moeten worden toegekend zodra de resultaten van de O&O-activiteiten beschikbaar zijn¹⁰³.
110. Afhankelijk van hun mogelijkheden en commerciële behoeften kunnen de bijdragen van de partijen aan hun gezamenlijke O&O-samenwerking verschillen. Om rekening te houden met de verschillen in de waarde of de aard van de bijdragen van partijen of om die verschillen te compenseren, kan daarom in een O&O-overeenkomst worden bepaald dat de ene partij een andere partij vergoedt voor het verkrijgen van toegang tot de resultaten ten behoeve van verder onderzoek of exploitatie. Vergoeding is niet verplicht, maar als in de O&O-overeenkomst daarin wordt voorzien, mag de vergoeding niet zo hoog zijn dat deze de volledige toegang tot de resultaten effectief belemmert.
111. Om voor een vrijstelling op grond van de O&O-GVV in aanmerking te komen, mag het recht op toegang tot de O&O-resultaten **niet worden beperkt** indien die toegang nodig is voor het verrichten van **verder onderzoek**¹⁰⁴.
112. Onder bepaalde omstandigheden echter kan de toegang tot de resultaten **met het oog op exploitatie worden beperkt** en kan de O&O-overeenkomst toch in aanmerking komen voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV. Dit is het geval bij O&O-overeenkomsten met de volgende partijen, die ermee kunnen instemmen hun gebruik van de resultaten te beperken tot verder onderzoek (en dus niet tot exploitatie):
- (a) onderzoeksinstellingen;
 - (b) academische instellingen; of
 - (c) ondernemingen die O&O-activiteiten als een commerciële dienst leveren zonder zich gewoonlijk met de exploitatie van de resultaten bezig te houden¹⁰⁵.
113. Bovendien kan de toegang tot de resultaten met het oog op exploitatie ook worden beperkt wanneer de partijen hun exploitatierechten beperken in overeenstemming met de O&O-GVV, met name wanneer zij zich specialiseren op het niveau van de

¹⁰¹ Richtsnoeren technologieoverdracht, punt 74.

¹⁰² Artikel 3 van de O&O-GVV.

¹⁰³ Artikel 3, lid 1, punt a), O&O-GVV.

¹⁰⁴ In artikel 3 O&O-GVV is alleen sprake van de mogelijkheid om de toegang onder bepaalde omstandigheden te beperken met het oog op exploitatie, zoals uiteengezet in artikel 3, leden 3 en 4, O&O-GVV.

¹⁰⁵ Dit kunnen bijvoorbeeld kmo's zijn.

exploitatie¹⁰⁶. Dit betekent dat de partijen elkaar beperkingen zullen mogen opleggen met betrekking tot de exploitatie van de resultaten (zoals beperkingen ten aanzien van bepaalde gebieden, klanten of gebruiksgebieden).

2.5.2. *Toegang tot bestaande knowhow*

114. De tweede voorwaarde om voor de vrijstelling op grond van de O&O-GVV in aanmerking te komen, heeft betrekking op de toegang tot bestaande knowhow. Deze voorwaarde is alleen van toepassing op O&O-overeenkomsten die de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten uitsluiten, en is beperkt tot knowhow die onmisbaar is voor de exploitatie van de O&O-resultaten¹⁰⁷.
115. In dergelijke overeenkomsten moet worden bepaald dat aan elke partij toegang moet worden verleend tot bestaande knowhow van de andere partijen indien deze knowhow onmisbaar is voor de exploitatie van de resultaten door de partij. Dit betekent niet dat de partijen al hun bestaande knowhow in het toepassingsgebied van de O&O-overeenkomst moeten opnemen. Zij zullen echter moeten bepalen welke knowhow onmisbaar is voor de exploitatie van de resultaten. In de O&O-overeenkomst kan worden bepaald dat de partijen elkaar vergoeden voor het verlenen van toegang tot hun bestaande knowhow. Die vergoeding mag echter niet zo hoog zijn dat zij die toegang in werkelijkheid belemmert¹⁰⁸.
116. De voorwaarde om toegang te verlenen tot bestaande knowhow, laat de voorwaarde van artikel 3 O&O-GVV om volledige toegang te verlenen tot de resultaten van de O&O-activiteiten onverlet. Dit betekent dat een bepaalde O&O-overeenkomst, onder bepaalde voorwaarden, bepalingen zal moeten bevatten wat betreft zowel de toegang tot bestaande knowhow als de uiteindelijke resultaten van de O&O-activiteiten, wil deze voor de vrijstelling in aanmerking komen.

2.5.3. *Voorwaarden verbonden aan de gezamenlijke exploitatie*

117. De O&O-GVV omvat nog twee voorwaarden die betrekking hebben op de gezamenlijke exploitatie van de O&O-resultaten. Zoals uiteengezet in afdeling 2.4.2, mag de gezamenlijke exploitatie niet breder gaan dan O&O-resultaten die door intellectuele-eigendomsrechten worden beschermd of die knowhow vormen en die onmisbaar zijn voor de productie van de contractproducten of de toepassing van de contracttechnologieën.
118. Ten tweede moeten, indien de partijen overeenkomen dat elk van hen de contractproducten mag distribueren (en zij dus niet hebben gekozen voor een gezamenlijk distributiemodel en zij niet zijn overeengekomen dat alleen de partij die de contractproducten produceert, deze mag distribueren), de partijen die belast zijn met de productie van de contractproducten door middel van specialisatie, worden verplicht orders voor leveringen van de contractproducten van de andere partijen uit te voeren¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Zie artikel 1, lid 1, punt 14, O&O-GVV voor de definitie van specialisatie op het niveau van de exploitatie en afdeling 2.4 van deze richtsnoeren.

¹⁰⁷ Zie artikel 4 van de O&O-GVV en afdeling 2.4.2 van deze richtsnoeren.

¹⁰⁸ Artikel 4, lid 2, O&O-GVV.

¹⁰⁹ Artikel 5, lid 2, O&O-GVV.

2.5.4. Drempels, marktaandeelen en duur van de vrijstelling

119. Over het algemeen mag voor de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag worden aangenomen dat onder een bepaald niveau van marktmacht de positieve effecten van O&O-overeenkomsten zullen opwegen tegen de eventuele negatieve effecten voor de mededinging¹¹⁰.
120. De O&O-GVV steunt op twee maatstaven om de O&O-overeenkomsten in kaart te brengen die onder een bepaald niveau van marktmacht blijven: i) een marktaandeeldrempel voor ondernemingen die concurreren voor bestaande producten en/of technologieën; en ii) een drempel voor ondernemingen die concurreren op innovatie, gebaseerd op het bestaan van een minimumaantal concurrerende O&O-inspanningen (drie naast die van de partijen bij de O&O-overeenkomst).
- 2.5.4.1. Ondernemingen die concurreren voor bestaande producten en/of technologieën en ondernemingen die concurreren op innovatie
121. Om de concurrentieverhouding tussen de partijen te bepalen, moet worden nagegaan of de partijen zonder de O&O-overeenkomst concurrerende ondernemingen hadden kunnen zijn¹¹¹.
122. Over het algemeen vormen overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren voor een bestaand product en/of bestaande technologie en overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op innovatie, een groter risico voor de mededinging dan overeenkomsten tussen ondernemingen die niet met elkaar concurreren. Overeenkomsten tussen onderling niet concurrerende ondernemingen zullen slechts in zeldzame gevallen aanleiding geven tot horizontale mededingingsbeperkende gevolgen¹¹².
- (a) Ondernemingen die concurreren voor een bestaand product en/of bestaande technologie
123. In het kader van de O&O-GVV is een “onderneming die concurreert voor een bestaand product en/of een bestaande technologie” een daadwerkelijke of een potentiële concurrent, waarbij:
- (a) een “daadwerkelijke concurrent” wordt gedefinieerd als een onderneming die bestaande producten of technologieën levert die door het contractproduct of de contracttechnologie op de relevante geografische markt zouden kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen; en
- (b) een “potentiële concurrent” wordt gedefinieerd als een onderneming die, zonder de O&O-overeenkomst, op grond van realistische overwegingen en niet louter als theoretische mogelijkheid, wellicht binnen niet meer dan drie jaar de vereiste extra investeringen zou doen of andere noodzakelijke kosten zou maken om producten of technologieën te leveren die door het contractproduct of de contracttechnologie op de relevante geografische markt zouden kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen.
124. De potentiële mededinging moet op een realistische grondslag worden beoordeeld. Zo kunnen partijen niet als potentiële concurrenten worden aangemerkt alleen omdat

¹¹⁰ Overweging 5 van de O&O-GVV.

¹¹¹ Zie ook afdeling 2.3 van dit hoofdstuk over de beoordeling op grond van artikel 101, lid 1.

¹¹² Eventuele verticale effecten moeten wellicht worden beoordeeld aan de hand van de verticale richtsnoeren.

de samenwerking hen in staat stelt 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 hulpmiddelen¹¹³.

125. O&O-overeenkomsten die onder de O&O-GVV vallen en betrekking hebben op bestaande producten en/of technologieën, kunnen bijvoorbeeld de volgende vormen aannemen:
- (a) een O&O-overeenkomst tussen twee ondernemingen die reeds een bestaand product leveren dat kan worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen door het product dat uit de O&O-samenwerking voortkomt (daadwerkelijke concurrenten);
 - (b) een O&O-overeenkomst tussen a) een onderneming die reeds een product levert dat kan worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen door het contractproduct (daadwerkelijke concurrent), en b) een onderneming die O&O-activiteiten met betrekking tot een product verricht en die waarschijnlijk de noodzakelijke bijkomende investeringen zou doen om dat product te leveren dat kan worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen door het product dat het resultaat is van de O&O-samenwerking (contractproduct) op de relevante geografische markt (potentiële concurrent).
- (b) Ondernemingen die concurreren op innovatie
126. In het kader van de O&O-GVV zijn ondernemingen die concurreren op innovatie, ondernemingen die niet concurreren voor een bestaand product en/of bestaande technologie¹¹⁴ en die onafhankelijk O&O-inspanningen verrichten, of zonder de O&O-overeenkomst in staat zouden zijn onafhankelijk O&O-inspanningen zullen verrichten en dat waarschijnlijk ook zouden doen, die betrekking hebben op:
- (a) O&O-activiteiten voor dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare nieuwe producten en/of technologieën als die welke onder de O&O-overeenkomst vallen; of
 - (b) O&O-pools met in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling als die welke onder de O&O-overeenkomst vallen.
127. Wat nieuwe producten en/of technologieën betreft, moeten de partijen, indien de O&O-overeenkomst op zowel nieuwe producten als nieuwe technologieën betrekking heeft, nagaan of zij ondernemingen zijn die wat betreft zowel de technologie als het product dat ontwikkeld kan worden, met elkaar concurreren.
128. Bij de beoordeling van de waarschijnlijke substitueerbaarheid van nieuwe producten en/of technologieën moet vooral worden nagegaan of de gebruiker, zodra de producten en/of technologieën op de markt komen, deze nieuwe producten en/of technologieën op grond van hun kenmerken¹¹⁵, hun verwachte prijzen en hun beoogde gebruik waarschijnlijk als onderling verwisselbaar of substitueerbaar zal beschouwen.
129. Om als concurrerend te worden aangemerkt, moeten de O&O-pools in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling nastreven als die welke onder de O&O-

¹¹³ Zie ook afdeling 1.2.1 van deze richtsnoeren.

¹¹⁴ Zie afdeling 2.5.4.1, punt a).

¹¹⁵ Dit kan ook de onderliggende technologieën voor de productie van de nieuwe producten omvatten.

overeenkomst vallen. Dit wordt bepaald op basis van betrouwbare informatie over, bijvoorbeeld, de aard en het toepassingsgebied van de O&O-inspanning.

130. O&O-overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op innovatie die onder de O&O-GVV valt, kunnen bijvoorbeeld de volgende vormen aannemen:

- (a) een O&O-overeenkomst tussen a) een onderneming die een nieuw product ontwikkelt en b) een onderneming die hetzelfde of een waarschijnlijk substituuat van dat nieuwe product ontwikkelt;
- (b) een O&O-overeenkomst tussen a) een onderneming die een nieuw product ontwikkelt en b) een onderneming die onafhankelijk kan en waarschijnlijk zal overgaan (maar nog niet is overgegaan) tot het verrichten van O&O-activiteiten voor hetzelfde product of een waarschijnlijk substituuat van het nieuwe product;
- (c) een O&O-overeenkomst tussen a) een onderneming die deelneemt aan een O&O-activiteit die een O&O-pool betreft en b) een onderneming die deelneemt aan een O&O-pool die in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling nastreeft;
- (d) een O&O-overeenkomst tussen a) een onderneming die deelneemt aan een O&O-pool; en b) een onderneming die onafhankelijk kan en waarschijnlijk zal deelnemen (maar nog niet heeft deelgenomen) aan een O&O-pool die in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling nastreeft.

(c) Niet-concurrerende ondernemingen

131. In de O&O-GVV wordt een “niet-concurrerende onderneming” gedefinieerd als een onderneming die geen onderneming is die concurreert voor bestaande producten en/of technologieën, noch een onderneming die concurreert op innovatie. De partijen bij een O&O-overeenkomst zouden als niet-concurrerende ondernemingen worden beschouwd in het geval van bijvoorbeeld een onderneming die zich bezighoudt met O&O-inspanningen voor een product dat kan worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen door het contractproduct, en een onderneming die onderzoek verricht in een O&O-pool.

2.5.4.2. Overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren voor een bestaand product en/of bestaande technologie

- (a) Marktaanderepels voor ondernemingen die concurreren voor een bestaand product en/of bestaande technologie

132. Indien twee of meer van de partijen bij de O&O-overeenkomst ondernemingen zijn die concurreren voor bestaande producten en/of technologieën, is voor de vrijstelling een marktaanderepel van 25 %, berekend op het tijdstip waarop de O&O-overeenkomst wordt gesloten, van toepassing. Deze drempel is op de volgende manier van toepassing, afhankelijk van de vraag of de O&O-overeenkomst gezamenlijke O&O-activiteiten dan wel tegen betaling verrichte O&O-activiteiten betreft¹¹⁶:

¹¹⁶ Zie afdeling 2.4.1 over het onderscheid tussen gezamenlijke O&O-activiteiten en tegen betaling verrichte O&O-activiteiten. Zie ook artikel 1, lid 1, punt 1, O&O-GVV.

- (a) voor O&O-overeenkomsten waarbij sprake is van **gezamenlijke O&O** mag het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst niet meer dan 25 % bedragen op de relevante product- en technologiemarkten¹¹⁷;
 - (b) voor O&O-overeenkomsten waarbij sprake is van **tegen betaling verrichte O&O** geldt dezelfde marktaandeeldrempel van 25 %, maar geldt die niet alleen voor de financier zelf, maar moet hij ook alle partijen omvatten waarmee de financier O&O-overeenkomsten heeft gesloten met betrekking tot dezelfde contractproducten of contracttechnologieën¹¹⁸.
133. Indien de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten **niet gezamenlijk worden geëxploiteerd**, geldt de vrijstelling op grond van de O&O-GVV voor de duur van de O&O-activiteiten.
134. Indien evenwel de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten **gezamenlijk worden geëxploiteerd**, komen de partijen voor de vrijstelling in aanmerking gedurende een periode van zeven jaar vanaf het tijdstip waarop de contractproducten of contracttechnologieën voor het eerst binnen de interne markt in de handel worden gebracht¹¹⁹, indien de marktaandeeldrempel werd bereikt i) op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst waarbij de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten worden voortgezet en die een gezamenlijke exploitatie¹²⁰ omvatten, of ii) voor die O&O-overeenkomsten waarbij de partijen de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van een eerdere overeenkomst nastreven¹²¹, op het tijdstip van het sluiten van die eerdere overeenkomst¹²².
135. Na het verstrijken van de in artikel 6, lid 4, O&O-GVV bedoelde periode van zeven jaar blijft de vrijstelling gelden zolang het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de markt waartoe de contractproducten of contracttechnologieën behoren, niet meer dan 25 % bedraagt. Dit betekent dat de partijen op dat ogenblik moeten nagaan tot welke markt de contractproducten of contracttechnologieën behoren en of hun gecombineerde marktaandeel niet meer dan 25 % bedraagt. Indien het gecombineerde marktaandeel na het verstrijken van de periode van zeven jaar meer dan 25 % bedraagt, blijft de in de O&O-GVV bepaalde vrijstelling van toepassing gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren volgende op het jaar waarin de drempel voor het eerst werd overschreden¹²³.
- (b) Berekening van marktaandelen voor bestaande product- en technologiemarkten
136. Bij het begin van een O&O-samenwerking voor een bestaand product en/of bestaande technologie is het referentiepunt de bestaande markt voor producten of technologieën die door de contractproducten of contracttechnologieën kunnen worden verbeterd, gesubstitueerd of vervangen.

¹¹⁷ Artikel 6, lid 2, punt a), O&O-GVV.

¹¹⁸ Artikel 6, lid 2, punt b), O&O-GVV. Dergelijke O&O-overeenkomsten hoeven niet binnen het toepassingsgebied van de O&O-GVV te vallen.

¹¹⁹ Artikel 6, lid 4, O&O-GVV.

¹²⁰ Zoals bepaald in artikel 1, lid 1, punt 1, a), ii), en punt 1, b), ii), O&O-GVV.

¹²¹ Zoals bepaald in artikel 1, lid 1, punt 1, c) en d), O&O-GVV.

¹²² Zoals vermeld in afdeling 2.4.2 van deze richtsnoeren, moet de eerdere overeenkomst voor gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten ook voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV.

¹²³ Artikel 6, lid 5, O&O-GVV.

137. Indien de O&O-overeenkomst gericht is op **verbetering, substitutie of vervanging van bestaande** producten of technologieën, kunnen de marktaandelen worden berekend aan de hand van bestaande producten of technologieën die verbeterd, gesubstitueerd of vervangen zullen worden. Indien de vervanging van een bestaand product of een bestaande technologie aanzienlijk anders zal zijn, geven marktaandelen voor bestaande producten of technologieën misschien een minder goed beeld, maar kunnen zij toch worden gebruikt als een proxy om de marktpositie van de partijen te beoordelen. Indien geen waarden voor marktverkoppen beschikbaar zijn, kan de berekening van het marktaandeel ook worden gebaseerd op andere betrouwbare marktinformatie, zoals de uitgaven voor O&O-activiteiten¹²⁴.
138. Op grond van artikel 7, lid 1, punt b), O&O-GVV moeten de marktaandelen worden berekend op basis van gegevens die betrekking hebben op het voorafgaande kalenderjaar¹²⁵. Voor bepaalde markten kan het nodig zijn de marktaandelen te berekenen op basis van een gemiddelde van de marktaandelen van de partijen in de laatste drie voorafgaande kalenderjaren. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn wanneer er biedmarkten zijn en de marktaandelen van jaar tot jaar aanzienlijk kunnen variëren (bv. van 0 % tot 100 %), afhankelijk van het feit of een partij al dan niet succes had bij de biedprocedure. Dit kan ook van belang zijn voor markten die worden gekenmerkt door grote, incidentele orders waarvoor het marktaandeel van het voorafgaande kalenderjaar wellicht niet representatief is, indien er bijvoorbeeld in het voorafgaande kalenderjaar geen grote order heeft plaatsgevonden. Een andere situatie waarin het nodig kan zijn marktaandelen te berekenen op basis van een gemiddelde van de laatste drie voorafgaande kalenderjaren, is wanneer er zich een schok aan de aanbod- of vraagzijde voordoet in het kalenderjaar dat aan de samenwerkingsovereenkomst voorafgaat.
139. Wat de parameters voor de berekening van de marktaandelen betreft, bepaalt de O&O-GVV dat de berekening van de marktaandelen gebaseerd moet zijn op de waarde van de verkopen op de markt. Ingeval geen gegevens betreffende de waarde van de verkopen beschikbaar zijn, kan voor de bepaling van het marktaandeel van de partijen worden gebruikgemaakt van ramingen die zijn gebaseerd op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder de omvang van de verkopen op de markt, uitgaven voor O&O of O&O-capaciteit.
140. Bij technologiemarkten is een mogelijke werkwijze de marktaandelen te berekenen op basis van het aandeel van elke technologie in de totale licentie-inkomsten uit royalty's, hetgeen het aandeel van een technologie vertegenwoordigt op de markt waarop concurrerende technologieën in licentie worden gegeven. Een alternatieve aanpak is het berekenen van de marktaandelen op de technologiemarkt op basis van de verkoop van producten of diensten waarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt, op de downstream productmarkten. Bij deze werkwijze wordt de totale verkoop op de relevante productmarkt in aanmerking genomen, ongeacht of het product betrekking heeft op een technologie die in licentie wordt gegeven¹²⁶.

¹²⁴ Artikel 7, lid 1, O&O-GVV.

¹²⁵ Artikel 7, lid 1, punt b), O&O-GVV bepaalt dat wanneer het voorafgaande kalenderjaar niet representatief is voor de positie van de partijen op de relevante markt of markten, het marktaandeel wordt berekend op basis van een gemiddelde van de marktaandelen van de partijen in de drie voorafgaande kalenderjaren.

¹²⁶ Zie ook de richtsnoeren technologieoverdracht voor de relevante elementen voor het berekenen van marktaandelen op technologiemarkten.

2.5.4.3. Overeenkomsten voor nieuwe producten en/of technologieën en O&O-pools¹²⁷

(a) Drempel voor nieuwe producten en/of technologieën en O&O-pools

141. Indien twee of meer partijen bij de O&O-overeenkomst ondernemingen zijn die concurreren op innovatie, is de vrijstelling van toepassing indien er op het tijdstip waarop de O&O-overeenkomst wordt gesloten, sprake is van drie of meer concurrerende O&O-inspanningen in aanvulling op en vergelijkbaar met de O&O-inspanningen van de partijen bij de O&O-overeenkomst¹²⁸.
142. Een O&O-overeenkomst tussen ondernemingen die concurreren op innovatie kan ook resultaten opleveren die de partijen gezamenlijk kunnen exploiteren (de contractproducten of contracttechnologieën). Of de overeenkomst al dan niet dit soort gezamenlijke exploitatie omvat, zal gevolgen hebben voor de duur van de vrijstelling op grond van de O&O-GVV.
143. Indien de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten betreffende nieuwe producten en/of technologieën of O&O-pools **niet gezamenlijk worden geëxploiteerd** en de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV, geldt de vrijstelling **voor de duur van de O&O-activiteiten**.
144. Indien echter de resultaten van de gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten met betrekking tot nieuwe producten en/of technologieën of O&O-pools **gezamenlijk worden geëxploiteerd**, komen de partijen voor de vrijstelling in aanmerking gedurende een periode van zeven jaar vanaf het tijdstip waarop de daaruit resulterende contractproducten of contracttechnologieën voor het eerst binnen de interne markt in de handel worden gebracht¹²⁹. Dit geldt indien de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV¹³⁰: i) op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst ten aanzien van de uitvoering van gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten en die gezamenlijke exploitatie omvat¹³¹ of ii) voor de O&O-overeenkomsten waarbij de partijen de gezamenlijke exploitatie van de resultaten van een eerdere overeenkomst nastreven¹³², op het tijdstip van het sluiten van die eerdere overeenkomst¹³³.
145. Na afloop van de periode van zeven jaar zouden de partijen hun marktaandelen op de markten van het daaruit resulterende contractproduct of de daaruit resulterende contracttechnologie moeten kunnen berekenen. De vrijstelling zal daarom alleen van toepassing blijven zolang het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de markt

¹²⁷ Artikel 12 O&O-GVV bepaalt dat voor O&O-overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op innovatie, artikel 1, lid 1, punt 18, en artikel 6, lid 3, O&O-GVV alleen van toepassing zijn op overeenkomsten die na 31 december 2022 in werking treden.

¹²⁸ Artikel 6, lid 3, O&O-GVV. Indien de O&O-overeenkomst betrekking heeft op nieuwe producten en nieuwe technologieën, is de vrijstelling van toepassing indien er op het tijdstip dat de O&O-overeenkomst wordt gesloten sprake is van drie of meer concurrerende O&O-inspanningen in aanvulling op en vergelijkbaar met die van de partijen bij de O&O-overeenkomst op technologisch niveau en op productniveau.

¹²⁹ Artikel 6, lid 4, O&O-GVV.

¹³⁰ De voorwaarden voor vrijstelling zijn beschreven in titel III van de O&O-GVV en omvatten onder meer de in artikel 6, lid 3, O&O-GVV beschreven drempel.

¹³¹ Zoals bepaald in artikel 1, lid 1, punt 1, a), ii) en punt 1, b), ii), O&O-GVV.

¹³² Zoals bepaald in artikel 1, lid 1, punt 1, c), ii), en punt 1, d), ii), O&O-GVV.

¹³³ Zoals vermeld in afdeling 2.4.2 van deze richtsnoeren, moet de eerdere overeenkomst voor gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten ook voldoen aan de voorwaarden voor vrijstelling op grond van de O&O-GVV.

waartoe de contractproducten of contracttechnologieën behoren, niet meer dan 25 % bedraagt¹³⁴. Indien het gecombineerde marktaandeel na het verstrijken van de periode van zeven jaar meer dan 25 % bedraagt, blijft de in de O&O-GVV bepaalde vrijstelling van toepassing gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren volgende op het jaar waarin de drempel voor het eerst werd overschreden¹³⁵.

(b) Beoordeling van het bestaan van concurrerende en vergelijkbare O&O-inspanningen

146. Voor de vrijstelling van een O&O-samenwerking betreffende innovatie is de relevante drempel gebaseerd op het bestaan van drie **concurrerende en vergelijkbare** O&O-inspanningen.
147. Uit de definitie van concurrerende O&O-inspanningen in artikel 1, lid 1, punt 19, O&O-GVV¹³⁶ volgt dat, om te bepalen of er van **concurrerende O&O-inspanningen** sprake is, de volgende elementen in aanmerking moeten worden genomen:
- (a) of de O&O-inspanningen betrekking hebben op O&O voor dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare nieuwe producten en/of technologieën of op O&O-pools die in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling nastreven als die welke onder de O&O-overeenkomst zullen vallen;
 - (b) of er derden zijn die zich reeds met de O&O-inspanningen bezighouden, dan wel zich onafhankelijk kunnen en waarschijnlijk zullen bezighouden met dergelijke inspanningen; en
 - (c) of die derden onafhankelijk zijn van de partijen bij de O&O-overeenkomst.
148. Ten eerste, wanneer het gaat om de vraag of de **O&O-inspanningen betrekking hebben op dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare** nieuwe producten en/of technologieën of O&O-pools die **in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling** nastreven, kan het antwoord hier hetzelfde zijn als voor de beoordeling van ondernemingen die concurreren op innovatie, zoals uiteengezet in afdeling 2.5.4.1.
149. Ten tweede kunnen concurrerende O&O-inspanningen die inspanningen zijn waarbij de **derden reeds betrokken zijn**, alleen of in samenwerking met andere derden. Dit betekent dat de O&O-inspanning door één derde partij individueel of door een aantal verschillende derde partijen gezamenlijk kan worden verricht. Een concurrerende O&O-inspanning kan ook betrekking hebben op die inspanningen waarbij een derde partij **zich individueel kan en waarschijnlijk ook zal inzetten**. Of een derde zich individueel kan en waarschijnlijk zal bezighouden met O&O-activiteiten voor dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare nieuwe producten en/of technologieën of met O&O-pools die in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling nastreven als die welke onder de O&O-overeenkomst vallen, kan worden vastgesteld op basis van de toegang van de derde tot relevante financiële en personele middelen, zijn

¹³⁴ Artikel 6, lid 5, O&O-GVV.

¹³⁵ Artikel 6, lid 5, O&O-GVV.

¹³⁶ “Concurrerende O&O-inspanning”: een O&O-inspanning die een derde partij alleen of in samenwerking met andere derden verricht of waartoe zij in staat is en die zij waarschijnlijk zelfstandig zal verrichten, en die betrekking heeft op: a) de O&O-activiteit van dezelfde of waarschijnlijk substitueerbare nieuwe producten en/of technologieën als die welke onder de O&O-overeenkomst vallen; of b) O&O-pools met in wezen hetzelfde doel of dezelfde doelstelling als die welke onder de O&O-overeenkomst vallen; Deze derden moeten onafhankelijk zijn van de partijen bij de O&O-overeenkomst.

intellectuele eigendom, knowhow of andere gespecialiseerde activa of zijn eerdere O&O-inspanningen.

150. Ten derde is de vraag of de O&O-inspanningen worden verricht door **derden die onafhankelijk zijn** van de partijen bij de O&O-overeenkomst, bedoeld om alleen die O&O-inspanningen bij de beoordeling te betrekken waarbij de partijen bij de O&O-overeenkomst niet betrokken zijn.
151. Wat de **beoordeling van de vergelijkbaarheid van concurrerende O&O-inspanningen** met die van de partijen bij de O&O-overeenkomst betreft, wordt in de O&O-GVV bepaald dat deze beoordeling moet gebeuren op basis van betrouwbare informatie over elementen zoals i) de omvang, de fase en het tijdschema van de O&O-inspanningen, ii) de (toegang tot) financiële en personele middelen van derden, hun intellectuele eigendom, knowhow of andere gespecialiseerde activa, hun eerdere O&O-inspanningen, en iii) het vermogen en de waarschijnlijkheid van de derden om mogelijke resultaten van hun O&O-inspanningen direct of indirect op de interne markt te exploiteren¹³⁷.
152. De criteria moeten op individuele basis worden toegepast, waarbij de factoren die voor en tegen vergelijkbaarheid pleiten tegen elkaar worden afgewogen. Het doel van deze afweging is uiteindelijk vast te stellen dat de concurrerende O&O-inspanningen concurrentiedruk uitoefenen op de partijen bij de O&O-overeenkomst.
153. De eerste reeks elementen voor de beoordeling van vergelijkbaarheid houden **verband met de O&O-inspanningen zelf**. Zij hebben betrekking op de omvang, de fase en het tijdschema van de O&O-inspanning. Dit betekent bijvoorbeeld dat indien de concurrerende O&O-inspanningen van een derde ten minste dezelfde of een vergelijkbare omvang hebben of zich in een ontwikkelingsfase bevinden die vergelijkbaar is met of verder gevorderd is dan de O&O-inspanning die onder de O&O-overeenkomst valt, zij concurrentiedruk kunnen uitoefenen, hetgeen in het voordeel van vergelijkbaarheid zou spreken. Evenzo kan, wat het tijdschema betreft, een O&O-inspanning van een derde die zes tot acht jaar verwijderd is van de marktintroductie, wellicht niet worden vergeleken met een O&O-inspanning van de partijen bij de O&O-overeenkomst die één jaar verwijderd is van de marktintroductie.
154. De tweede reeks elementen houdt **verband met de mogelijkheden van de derde (of derden) die de O&O-inspanning verricht(en)**. Hier gaat het om hun (toegang tot) financiële en personele middelen, hun intellectuele eigendom, knowhow of andere gespecialiseerde activa of eerdere O&O-inspanningen. Deze elementen zijn van belang om te bepalen of de middelen en capaciteiten ter ondersteuning van de O&O-inspanningen van derden vergelijkbaar zijn en derhalve waarschijnlijk ten minste een vergelijkbaar ontwikkelingstempo en resultaat zullen hebben en daardoor concurrentiedruk zullen uitoefenen. Zo is het mogelijk dat de O&O-inspanning van een derde niet vergelijkbaar is indien deze niet over de financiële en personele middelen beschikt om vergelijkbare O&O-inspanningen te verrichten. Evenzo zou een eerdere succesvolle ervaring van een derde met vergelijkbare O&O-projecten als die welke onder de O&O-overeenkomst zullen vallen, in het voordeel van de vergelijkbaarheid spreken. Voorts kan in bepaalde sectoren een vergelijkbare

¹³⁷ Artikel 7, lid 2, O&O-GVV. Voor derden die concurrerende O&O-inspanningen kunnen en waarschijnlijk ook zullen verrichten, zouden alleen de tweede en derde reeks elementen relevant zijn voor de beoordeling van vergelijkbaarheid.

toegang tot en/of eigendom van relevante intellectuele-eigendomsrechten (bv. octrooien) of relevante knowhow door de derde eveneens in het voordeel van de vergelijkbaarheid spreken.

155. De derde reeks **elementen houdt verband met de exploitatie van de resultaten**. Hier gaat het om het vermogen en de waarschijnlijkheid (d.w.z. de prikkels om zich te blijven inzetten om de resultaten op de markt te brengen) van de derden om mogelijke resultaten van de O&O-inspanning op de interne markt te exploiteren. Dit betekent bijvoorbeeld dat O&O-inspanningen die waarschijnlijk alleen buiten de EU worden geëxploiteerd en waarvoor geen vooruitzicht bestaat dat zij de interne markt zullen bereiken, wellicht niet vergelijkbaar zijn met de O&O-inspanningen die onder de O&O-overeenkomst vallen en waarvan de resultaten op de interne markt in de handel zouden worden gebracht.

2.5.4.4. Overeenkomsten tussen niet-concurrerende ondernemingen

156. Wanneer de partijen bij de O&O-overeenkomst **geen concurrerende ondernemingen** zijn, is er voor de partijen geen drempel¹³⁸ van toepassing. Als de O&O-resultaten **niet gezamenlijk worden geëxploiteerd**, is de O&O-overeenkomst vrijgesteld voor de gehele duur van de O&O-activiteiten.
157. Indien de O&O-resultaten **gezamenlijk worden geëxploiteerd**, blijft de vrijstelling gelden gedurende een periode van zeven jaar vanaf het tijdstip waarop de contractproducten of contracttechnologieën voor het eerst binnen de interne markt in de handel worden gebracht.
158. Na afloop van de periode van zeven jaar zouden de partijen hun marktaandelen op de markten van het daaruit resulterende contractproduct of de daaruit resulterende contracttechnologie moeten kunnen berekenen. De vrijstelling blijft alleen van toepassing zolang het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op de markt waartoe de contractproducten of contracttechnologieën behoren, niet meer dan 25 % bedraagt. Indien het gecombineerde marktaandeel op een van deze markten na het verstrijken van de periode van zeven jaar meer dan 25 % bedraagt, blijft de in de O&O-GVV bepaalde vrijstelling van toepassing gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren volgende op het jaar waarin de drempel voor het eerst werd overschreden¹³⁹.

2.6. Hardcore- en uitgesloten beperkingen

2.6.1. Hardcore beperkingen

159. In artikel 8 van de O&O-GVV is een lijst van hardcore beperkingen opgenomen. Deze gelden als ernstige mededingingsbeperkingen die in de meeste gevallen verboden moeten worden wegens de schade die zij de markt en de gebruikers berokkenen. O&O-overeenkomsten die een of meer hardcore beperkingen bevatten, zijn als geheel uitgesloten van het toepassingsgebied van de vrijstelling waarin de O&O-GVV voorziet.
160. De in artikel 8 O&O-GVV opgesomde hardcore beperkingen kunnen in de volgende categorieën worden ingedeeld: i) beperkingen van de vrijheid van de partijen om andere O&O-inspanningen te verrichten; ii) beperkingen van de productie of de

¹³⁸ Artikel 6, lid 1, O&O-GVV.

¹³⁹ Artikel 6, lid 5, O&O-GVV.

verkoop en vaststelling van prijzen; iii) beperkingen op de actieve en passieve verkoop, en iv) overige hardcore beperkingen.

2.6.1.1. Beperking van de vrijheid van de partijen om andere O&O-inspanningen te verrichten

161. Op grond van artikel 8, lid 1, O&O-GVV zijn O&O-overeenkomsten van de vrijstelling uitgesloten die beperkingen inhouden van de vrijheid van de partijen om zelfstandig of in samenwerking met derden O&O-activiteiten te verrichten, hetzij:

- (a) op een gebied dat geen verband houdt met dat waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft, of
- (b) op het gebied waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft of op een verwant gebied na de voltooiing van de O&O-activiteiten.

162. Met andere woorden, de partijen bij een O&O-overeenkomst moeten steeds de vrijheid hebben om O&O-inspanningen te verrichten op gebieden die geen verband houden met de gebieden waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft. De partijen moeten na de voltooiing van de O&O-inspanningen waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft, ook vrij blijven om O&O-inspanningen te verrichten op het gebied waarop de O&O-overeenkomst betrekking heeft of op een daarmee verband houdend gebied. Anders komt de O&O-overeenkomst niet in aanmerking voor de vrijstelling op grond van de O&O-GVV.

2.6.1.2. Beperking van de productie of de verkoop en prijsafspraken

163. Op grond van artikel 8, lid 2, O&O-GVV zijn O&O-overeenkomsten van de vrijstelling uitgesloten die beperkingen van de productie of de verkoop inhouden. Wanneer concurrenten overeenkomen om beperkingen op te leggen aan de hoeveelheid die elk van hen mag produceren of verkopen, is dit gewoonlijk een ernstige beperking van de mededinging. De vaststelling van productiedoelstellingen moet echter niet als een hardcore beperking worden behandeld wanneer de gezamenlijke exploitatie van de resultaten tevens de gezamenlijke productie van de contractproducten omvat¹⁴⁰. Evenzo moet de vaststelling van verkoopdoelstellingen niet als een hardcore beperking worden behandeld wanneer de gezamenlijke exploitatie van de resultaten de gezamenlijke distributie van de contractproducten of de gezamenlijke licentiëring van de contracttechnologieën omvat en door een gezamenlijk team, een gezamenlijke organisatie of een gezamenlijke onderneming wordt uitgevoerd, dan wel gezamenlijk aan een derde wordt toevertrouwd¹⁴¹. Dit geldt ook voor praktijken die specialisatie op het niveau van de exploitatie vormen¹⁴² en voor bepaalde niet-concurrentiebedingen¹⁴³.

164. Op grond van artikel 8, lid 3, O&O-GVV zijn de vaststelling van prijzen bij de verkoop van producten of de vaststelling van licentievergoedingen bij het in licentie geven van technologieën aan derden eveneens hardcore beperkingen. De van de prijzen die directe afnemers worden berekend of de vaststelling van licentievergoedingen die directe licentienemers worden berekend wanneer de gezamenlijke exploitatie van de resultaten de gezamenlijke distributie van de

¹⁴⁰ Artikel 8, lid 2, punt a), O&O-GVV.

¹⁴¹ Artikel 8, lid 2, punt b), O&O-GVV.

¹⁴² Artikel 8, lid 2, punt c), O&O-GVV. Zie voor de definitie van specialisatie op het niveau van de exploitatie artikel 1, lid 1, punt 14, O&O-GVV en afdeling 2.4.2 van deze richtsnoeren.

¹⁴³ Artikel 8, lid 2, punt d), O&O-GVV.

contractproducten of de gezamenlijke licentiëring van de contracttechnologieën omvat en wordt uitgevoerd door een gezamenlijk team, een gezamenlijke organisatie of een gezamenlijke onderneming, of gezamenlijk aan een derde wordt toevertrouwd, moet echter niet als een hardcore beperking worden behandeld.

2.6.1.3. Beperkingen op de actieve en passieve verkoop

165. Artikel 8, leden 4, 5 en 6, O&O-GVV heeft betrekking op beperkingen op de actieve en passieve verkoop. Met betrekking tot O&O-overeenkomsten wordt **passieve verkoop** in artikel 1, lid 1, punt 24, O&O-GVV gedefinieerd als verkoop in reactie op spontane verzoeken van individuele klanten, daaronder begrepen de levering van producten of diensten aan de klant of klanten zonder dat de verkoop is geïnitieerd door de actieve benadering van de specifieke klant, klantenkring of het specifieke grondgebied; onder passieve verkoop is ook begrepen verkoop die voortkomt uit de deelname aan aanbestedingen voor particuliere of overheidsopdrachten.
166. Actieve verkoop heeft betrekking op alle vormen van verkoop niet zijnde passieve verkoop, met inbegrip van:
- (a) het gericht actief benaderen van klanten door bezoeken, brieven, e-mails, oproepen of andere vormen van directe communicatie, of via gerichte offline- of online-advertenties en promotie door middel van bijvoorbeeld gedrukte of digitale media, met inbegrip van onlinemedi, prijsvergelijkingstools of advertenties op zoekmachines die op specifieke grondgebieden of klantenkringen zijn gericht;
 - (b) het op een website aanbieden van andere taalkeuzes dan die welke doorgaans worden gebruikt op het grondgebied waar de distributeur is gevestigd;
 - (c) het aanbieden van een website met een domeinnaam die overeenstemt met een ander grondgebied dan dat waar de distributeur is gevestigd.
167. Op grond van artikel 8, lid 4, O&O-GVV vervalt de vrijstelling van de O&O-GVV voor O&O-overeenkomsten die beperkingen op de passieve verkoop bevatten. Dit omvat elke beperking op de passieve verkoop met betrekking tot a) het gebied of b) de klanten waar of aan wie de partijen de contractproducten passief mogen verkopen of de contracttechnologieën in licentie mogen geven, maar sluit de verplichting uit om de resultaten exclusief aan een andere partij in licentie te geven. De reden voor deze laatste uitzondering ligt in de uitdrukkelijke mogelijkheid die de partijen wordt geboden dat slechts één partij de contractproducten produceert en distribueert op basis van een exclusieve licentie die door de andere partijen is verleend¹⁴⁴.
168. Op grond van artikel 8, lid 5, O&O-GVV vervalt de vrijstelling van de O&O-GVV voor O&O-overeenkomsten die bepaalde beperkingen op de actieve verkoop bevatten. Dit is het geval bij een voorwaarde om de actieve verkoop van de contractproducten of de contracttechnologieën te verbieden of te beperken in gebieden of aan klanten die niet uitsluitend aan een van de partijen zijn toegewezen door middel van specialisatie op het niveau van de exploitatie.

¹⁴⁴ Volgens de definitie van specialisatie op het niveau van de exploitatie van artikel 1, lid 1, punt 14, O&O-GVV.

169. Dit betekent dat de actieve verkoop tussen de partijen niet mag worden beperkt, tenzij de partijen aan een van hen gebieden of klanten toewijzen naar aanleiding van een specialisatie op het niveau van de exploitatie¹⁴⁵.

2.6.1.4. Overige hardcore beperkingen

170. De O&O-GVV omvat nog twee andere hardcore beperkingen. Ten eerste, indien de partijen gebieden onder elkaar hebben verdeeld of anderszins klanten hebben toegewezen door middel van specialisatie op het niveau van de exploitatie, is er sprake van een hardcore beperking wanneer van de ene partij wordt verlangd dat zij weigert te voldoen aan de vraag van klanten die aan de andere partij zijn toegewezen, indien deze klanten de contractproducten in andere gebieden binnen de interne markt in de handel zouden brengen of de contracttechnologieën in licentie zouden geven¹⁴⁶.
171. Ten tweede is de verplichting om het voor gebruikers of wederverkopers moeilijk te maken de contractproducten van andere wederverkopers binnen de interne markt af te nemen, eveneens een hardcore beperking¹⁴⁷.

2.6.2. *Uitgesloten beperkingen*

172. Op grond van artikel 9 van de O&O-GVV zijn bepaalde verplichtingen in O&O-overeenkomsten uitgesloten van de vrijstelling waarin de O&O-GVV voorziet. Het gaat om verplichtingen waarvan niet met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen. In tegenstelling tot de hardcore beperkingen die onder artikel 8 van de O&O-GVV vallen, leiden de uitgesloten beperkingen niet tot intrekking van het voordeel van de groepsvrijstelling voor de volledige O&O-overeenkomst. Dit is echter alleen het geval indien de beperking in kwestie van de rest van de overeenkomst kan worden losgekoppeld. Indien de beperking kan worden losgekoppeld, komt de rest van de overeenkomst nog altijd in aanmerking voor de vrijstelling op grond van de O&O-GVV.
173. Uitgesloten beperkingen worden individueel aan artikel 101 getoetst. Er is geen sprake van een vermoeden dat uitgesloten beperkingen binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen of niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.
174. De eerste uitgesloten beperking is een verplichting om de geldigheid van intellectuele-eigendomsrechten die de partijen op de interne markt bezitten, niet aan te vechten:
- (a) na de voltooiing van de O&O-activiteiten voor intellectuele-eigendomsrechten die relevant zijn voor de O&O; of
 - (b) na het verstrijken van de O&O-overeenkomst voor intellectuele-eigendomsrechten die de resultaten van de O&O-activiteiten beschermen¹⁴⁸.
175. De reden om dergelijke verplichtingen uit te sluiten van het voordeel van de groepsvrijstelling, is dat partijen die over de relevante informatie beschikken om een intellectuele-eigendomsrecht te identificeren dat ten onrechte is verleend, niet

¹⁴⁵ Zie de definitie van specialisatie op het niveau van de exploitatie van artikel 1, lid 1, punt 14, O&O-GVV.

¹⁴⁶ Artikel 8, lid 6, O&O-GVV.

¹⁴⁷ Artikel 8, lid 7, O&O-GVV.

¹⁴⁸ Artikel 9, lid 1, punt a), O&O-GVV.

verhinderd mogen worden de geldigheid van dergelijke intellectuele-eigendomsrechten aan te vechten. Voor een dergelijke beperking kan doorgaans niet worden aangenomen dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, zodat de partijen dergelijke beperkingen dus zelf zullen moeten beoordelen. Bepalingen die de beëindiging van de O&O-overeenkomst mogelijk maken indien een van de partijen de geldigheid betwist van intellectuele-eigendomsrechten die voor de O&O-overeenkomst van belang zijn of die de O&O-resultaten beschermen, zijn echter geen uitgesloten beperkingen.

176. De tweede uitgesloten beperking is een verplichting geen licenties aan derden te verlenen om de contractproducten te produceren of de contracttechnologieën toe te passen. Dit betekent dat de partijen in beginsel vrij moeten zijn om licenties aan derden te verlenen. Een uitzondering geldt wanneer O&O-overeenkomsten voorzien in de exploitatie van de resultaten van de gezamenlijke O&O-activiteiten of de tegen betaling verrichte O&O-activiteiten door ten minste één van de partijen, en deze exploitatie plaatsvindt op de interne markt ten aanzien van derden.

2.7. Intrekking van het voordeel van de O&O-GVV

177. De Commissie kan, overeenkomstig artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003, het voordeel van de O&O-GVV intrekken wanneer zij in een bepaald geval van oordeel is dat een O&O-overeenkomst waarop de vrijstelling van de O&O-GVV van toepassing is, toch bepaalde gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3. Indien een dergelijke overeenkomst in een bepaald geval met artikel 101, lid 3, onverenigbare gevolgen heeft op het grondgebied van een lidstaat, of een gedeelte daarvan, dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont, kan de nationale mededingingsautoriteit bovendien het voordeel van de O&O-GVV voor dat grondgebied intrekken op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening 1/2003. In artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden de rechterlijke instanties van de lidstaten niet genoemd, die derhalve niet bevoegd zijn het voordeel van de O&O-GVV in te trekken, tenzij de betrokken rechterlijke instantie een aangewezen mededingingsautoriteit van een lidstaat is overeenkomstig artikel 35 van Verordening (EG) nr. 1/2003.
178. De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten kunnen het voordeel van de O&O-GVV intrekken, met name wanneer:
- (a) het bestaan van een O&O-overeenkomst de mogelijkheden voor derden om O&O-activiteiten uit te voeren op het gebied of de gebieden van de contractproducten, contracttechnologieën of O&O-pools aanzienlijk beperkt; dit kan bijvoorbeeld verband houden met de beperkte beschikbare onderzoekscapaciteit;
 - (b) het bestaan van de O&O-overeenkomst de toegang van derden tot de markt voor de contractproducten of contracttechnologieën merkbaar beperkt; dit kan bijvoorbeeld verband houden met de bijzondere structuur van het aanbod;
 - (c) de partijen zonder objectief gerechtvaardigde reden de resultaten van hun gezamenlijke of tegen betaling verrichte O&O-activiteiten niet exploiteren ten aanzien van derden;
 - (d) de contractproducten of contracttechnologieën in de gehele interne markt, of op een wezenlijk deel daarvan, geen daadwerkelijke concurrentie ondervinden van producten of technologieën die door de gebruikers op grond van hun kenmerken, prijs en beoogde gebruik als gelijkaardig worden beschouwd.

179. Overeenkomstig artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 kan de Commissie het voordeel van de O&O-GVV ambtshalve of naar aanleiding van een klacht intrekken. Dit omvat de mogelijkheid voor de nationale mededingingsautoriteiten om de Commissie te verzoeken het voordeel van de O&O-GVV in een bepaald geval in te trekken, onverminderd de toepassing van de regels inzake de toewijzing van zaken en de bijstand binnen het European Competition Network (“ECN”)¹⁴⁹ en onverminderd hun eigen bevoegdheid tot intrekking op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003. Indien ten minste drie nationale mededingingsautoriteiten de Commissie verzoeken artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 in een bepaald geval toe te passen, zal de Commissie de zaak binnen het kader van het ECN bespreken om tot een eventuele intrekking van het voordeel van de O&O-GVV te beslissen. In dat verband zal de Commissie zoveel mogelijk rekening houden met de standpunten van de nationale mededingingsautoriteiten die de Commissie hebben verzocht het voordeel van de O&O-GVV in te trekken, om tijdig te kunnen vaststellen of in het specifieke geval aan de voorwaarden voor intrekking is voldaan.
180. Uit artikel 29, leden 1 en 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 volgt dat de Commissie de uitsluitende bevoegdheid bezit om het voordeel van de O&O-GVV in de hele Unie in te trekken, in die zin dat zij het voordeel van de O&O-GVV kan intrekken ten aanzien van O&O-overeenkomsten die de mededinging beperken op een relevante geografische markt die ruimer is dan het grondgebied van één enkele lidstaat, terwijl nationale mededingingsautoriteiten het voordeel van de verordening alleen met betrekking tot het grondgebied van hun respectieve lidstaat kunnen intrekken.
181. De intrekkingsbevoegdheid van een individuele nationale mededingingsautoriteit heeft derhalve betrekking op gevallen waarin de relevante markt één enkele lidstaat bestrijkt, of een regio die in slechts één lidstaat, of een deel daarvan, is gelegen. In dat geval is de nationale mededingingsautoriteit bevoegd het voordeel van de O&O-GVV in te trekken met betrekking tot een O&O-overeenkomst die gevolgen heeft die op deze nationale of regionale markt onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, VWEU. Dit is een parallelle bevoegdheid omdat artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 de Commissie ook de bevoegdheid verleent het voordeel van de O&O-GVV met betrekking tot een nationale of regionale markt in te trekken, mits de betrokken O&O-overeenkomst de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.
182. Wanneer het om verschillende afzonderlijke nationale of regionale markten gaat, kunnen verschillende bevoegde nationale mededingingsautoriteiten tegelijkertijd het voordeel van de O&O-GVV intrekken.
183. Uit de bewoordingen van artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 volgt dat, wanneer de Commissie het voordeel van de O&O-GVV intrekt, zij in de eerste plaats moet bewijzen dat de betrokken O&O-overeenkomst merkbare mededingingsbeperkende gevolgen heeft waardoor zij binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, VWEU valt. Ten tweede moet zij bewijzen dat de overeenkomst gevolgen heeft die onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3, VWEU, hetgeen betekent dat deze niet voldoet aan ten minste één van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU. Krachtens artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 gelden dezelfde vereisten wanneer een nationale mededingingsautoriteit

¹⁴⁹ Zie hoofdstuk IV van Verordening (EG) nr. 1/2003.

het voordeel van de O&O-GVV met betrekking tot haar lidstaat intrekt. Met name wat betreft de bewijslast dat aan het tweede vereiste is voldaan, bepaalt artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 dat de bevoegde mededingingsautoriteit moet aantonen dat aan ten minste een van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, VWEU niet is voldaan¹⁵⁰.

184. Indien aan de vereisten van artikel 29, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 is voldaan, kan de Commissie in een individueel geval het voordeel van de O&O-GVV intrekken. Een dergelijke intrekking en de daarvoor geldende vereisten zoals uiteengezet in de vorige punten, moeten worden onderscheiden van de bevindingen in een inbreukbesluit van de Commissie op grond van hoofdstuk III van Verordening (EG) nr. 1/2003. Een intrekking kan echter bijvoorbeeld samengaan met het vaststellen van een inbreuk en het opleggen van een corrigerende maatregel, en zelfs met voorlopige maatregelen, zoals het geval was in eerdere besluiten van de Commissie¹⁵¹.
185. Indien de Commissie het voordeel van de O&O-GVV intrekt op grond van artikel 29, lid 1, van Verordening (EC) nr. 1/2003, moet zij ermee rekening houden dat de intrekking slechts gevolgen ex nunc kan hebben, d.w.z. dat de vrijgestelde status van de betrokken overeenkomsten ongewijzigd blijft gedurende de periode vóór de datum waarop de intrekking van kracht wordt. In het geval van een intrekking overeenkomstig artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 moeten de betrokken nationale mededingingsautoriteiten ook rekening houden met hun verplichtingen uit hoofde van artikel 11, lid 4, van Verordening (EG) nr. 1/2003, met name met de verplichting om de Commissie alle relevante beoogde beslissingen ter beschikking te stellen.

2.8. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3, van O&O-overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de O&O-GVV vallen

186. Er is geen sprake van een vermoeden dat O&O-overeenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de O&O-GVV vallen, binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, noch dat zij niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zouden voldoen. Dergelijke O&O-overeenkomsten vereisen een individuele beoordeling op grond van artikel 101.

¹⁵⁰ Het vereiste van artikel 29 van Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de bewijslast van de bevoegde nationale mededingingsautoriteit vloeit voort uit de situatie waarin de O&O-GVV niet van toepassing is en een onderneming zich in een individueel geval op artikel 101, lid 3, beroept. In een dergelijke situatie rust op de onderneming overeenkomstig artikel 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 de bewijslast om aan te tonen dat aan alle vier de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. Daartoe moet zij haar stellingen onderbouwen, zie bv. het besluit van de Commissie van 19 juni 2013 in zaak AT.39226 – Lundbeck, bevestigd bij arrest van het Gerecht van 8 september 2016, Lundbeck/Commissie, T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449, en arrest van het Hof van Justitie van 25 maart 2021, Lundbeck/Commissie, C-591/16 P, EU:C:2021:243.

¹⁵¹ De Commissie heeft van haar bevoegdheid gebruikgemaakt door het voordeel van een van de voorheen geldende groepsvrijstellingsverordeningen in te trekken in haar beschikkingen van 25 maart 1992 (voorlopige maatregelen) en van 23 december 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag in zaak IV/34.072 – Langnese-Iglo en Schöller, bevestigd bij arrest van het Hof van Justitie van 1 oktober 1998, Langnese-Iglo/Commissie, C-279/95 P, ECLI:EU:C:1998:447, en in de beschikkingen van de Commissie van 4 december 1991 (voorlopige maatregelen) en van 4 december 1991 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag in zaak IV/33.157 – Eco System/Peugeot.

187. Dit soort individuele beoordeling begint met de vraag of de overeenkomst de mededinging zou beperken in de zin van artikel 101, lid 1¹⁵². Zo ja, dan zouden de ondernemingen moeten nagaan of de O&O-overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

2.8.1. Efficiëntieverbeteringen

188. Vele O&O-overeenkomsten brengen, ongeacht of zij gepaard gaan met een gezamenlijke exploitatie van de potentiële resultaten, efficiëntieverbeteringen teweeg doordat zij complementaire vaardigheden en activa bundelen, hetgeen erin resulteert dat verbeterde of nieuwe producten en technologieën sneller worden ontwikkeld of de markt komen dan anders het geval zou zijn. O&O-overeenkomsten kunnen ook leiden tot een ruimere verspreiding van kennis, hetgeen verdere innovatie kan stimuleren. O&O-overeenkomsten kunnen ook aanleiding geven tot kostenverminderingen en de afhankelijkheid van een te beperkt aantal leveranciers van bepaalde technologieën, producten en diensten verminderen. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt.

2.8.2. Onmisbaarheid

189. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een O&O-overeenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Met name de hardcore beperkingen die in artikel 8 van de O&O-GVV worden opgesomd¹⁵³, zullen bij een individuele beoordeling minder snel aan het onmisbaarheids criterium voldoen.

2.8.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

190. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de O&O-overeenkomst te compenseren. Zo moet bijvoorbeeld het op de markt brengen van nieuwe of verbeterde producten opwegen tegen mogelijke prijsverhogingen of andere mededingingsbeperkende gevolgen.
191. Over het algemeen zal een O&O-overeenkomst voor meer efficiëntieverbeteringen ten voordele van gebruikers zorgen naarmate de O&O-overeenkomst tot de combinatie van complementaire vaardigheden en activa leidt. De partijen bij een overeenkomst kunnen bijvoorbeeld verschillende onderzoekscapaciteiten hebben.
192. Als de vaardigheden en activa van de partijen sterk vergelijkbaar zijn, kan het belangrijkste gevolg van de O&O-overeenkomst zijn dat een of meer partijen de O&O-activiteiten geheel of gedeeltelijk beëindigen. Dit zou (vaste) kosten voor de partijen bij de overeenkomst doen wegvallen, maar wellicht geen voordelen opleveren die aan de gebruikers worden doorgegeven.
193. Hoe groter de marktmacht van de partijen is, des te minder waarschijnlijk het overigens is dat zij de efficiëntieverbeteringen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen compenseert.

¹⁵² Zie ook afdeling 2.3 van deze richtsnoeren.

¹⁵³ Zie ook afdeling 2.6 van deze richtsnoeren over hardcore beperkingen.

2.8.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

194. 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.

2.9. **Tijdstip van de beoordeling**

195. De beoordeling van mededingingsbeperkende overeenkomsten op grond van artikel 101 vindt plaats in de concrete context van de overeenkomst en op basis van de feiten zoals die zich op een bepaald moment voordoen. De beoordeling kan wijzigen bij substantiële veranderingen in de feiten.
196. De uitzondering op grond van artikel 101, lid 3, is van toepassing zolang aan elk van de vier voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan, en vervalt wanneer dat niet langer het geval is. Bij de toepassing van de vier cumulatieve criteria van artikel 101, lid 3, moet rekening worden gehouden met de initiële verzonken investeringen die de partijen hebben gedaan, en met de tijd die nodig is en de beperkingen die vereist zijn om een efficiëntieverbeterende investering te doen en terug te verdienen. Artikel 101 kan niet worden toegepast zonder naar behoren rekening te houden met een dergelijke voorafgaande investering. Het risico dat de partijen nemen en de verzonken investering die gedaan moet worden om de overeenkomst uit te voeren, kunnen er bijgevolg toe leiden dat de overeenkomst gedurende de tijd die nodig is om de investering terug te verdienen, buiten de toepassing van artikel 101, lid 1, valt c.q. aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. Indien de uitvinding die voortvloeit uit de investering enige exclusiviteit zou genieten die overeenkomstig de regels inzake de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten aan de partijen werd verleend, zal de terugverdienperiode van dit soort investering wellicht niet langer zijn dan de exclusiviteitsperiode die overeenkomstig die regels werd vastgelegd.
197. 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 zoals die zich voordoen op het tijdstip van uitvoering.
198. Zo kan het bijvoorbeeld in het geval van een O&O-overeenkomst waarbij elke partij ermee instemt haar eigen onderzoekproject op te geven en haar capaciteit te poolen met die van een andere partij, objectief gezien technisch en economisch onmogelijk zijn het project nieuw leven in te blazen nadat dit eerst is afgeblazen. Wanneer op dat moment de overeenkomst verenigbaar is met artikel 101 – bijvoorbeeld omdat een voldoende aantal derden concurrerende O&O-inspanningen hebben – blijft de overeenkomst van de partijen om hun individuele projecten op te geven, verenigbaar met artikel 101, lid 1, zelfs indien de projecten van derden nadien op niets uitlopen.
199. Het verbod van artikel 101, lid 1, kan echter gelden voor andere onderdelen van de overeenkomst ten aanzien waarvan het probleem van de onomkeerbaarheid zich niet voordoet. Wanneer bijvoorbeeld de overeenkomst naast gezamenlijke O&O-activiteiten ook voorziet in gezamenlijke exploitatie, kan dit deel van de overeenkomst onder artikel 101 vallen wanneer als gevolg van latere marktontwikkelingen de overeenkomst mededingingsbeperkende effecten doet ontstaan en, mede gelet op de eerder gemaakte verzonken kosten, niet (langer) voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

2.10. Voorbeeld

200. O&O-overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op innovatie

Voorbeeld 1

Situatie: Ondernemingen A en B hebben elk afzonderlijk aanzienlijke investeringen in O&O-activiteiten gedaan om een nieuwe geminiaturiseerde elektronische component te ontwikkelen die bestaande componenten zal verbeteren noch vervangen, en waarvan de vraag, indien zij succesvol is, een eigen nieuwe markt zal creëren. Ondernemingen A en B hebben vroege prototypes ontwikkeld. Zij komen nu overeen hun O&O-inspanningen te bundelen door een gemeenschappelijke onderneming op te richten om de O&O-inspanningen te voltooien, waarbij zij zich slechts richten op één van de twee O&O-inspanningen (het O&O-gedeelte van de overeenkomst) en om de nieuwe component te produceren (het gedeelte gezamenlijke exploitatie van de overeenkomst), die aan ondernemingen A en B zal worden teruggekocht, zodat zij de nieuwe component afzonderlijk kunnen commercialiseren (de “O&O-overeenkomst”).

Er zijn geen andere ondernemingen die momenteel dezelfde of een substitueerbare elektronische component ontwikkelen, of die onafhankelijk O&O-inspanningen kunnen en waarschijnlijk ook zullen verrichten om dezelfde of een substitueerbare component te ontwikkelen.

Analyse: De geminiaturiseerde elektronische component is een volledig nieuw product en er moet worden nagegaan of de O&O-overeenkomst de mededinging op de interne markt beperkt in de zin van artikel 101, lid 1. Voorts moet worden nagegaan of de O&O-overeenkomst onder de O&O-GVV valt.

Op het tijdstip dat de O&O-overeenkomst wordt gesloten, zijn ondernemingen A en B de enige twee ondernemingen die O&O-inspanningen verrichten (of kunnen verrichten en waarschijnlijk ook zullen verrichten) met betrekking tot de nieuwe component. Zij zouden elk onafhankelijk de O&O-activiteiten voor de nieuwe component hebben kunnen voortzetten en de nieuwe component op de markt hebben kunnen brengen. Door middel van de gemeenschappelijke onderneming kunnen ondernemingen A en B zich nu concentreren op één O&O-inspanning, in plaats van op twee afzonderlijke O&O-inspanningen. Daarom kan de O&O-overeenkomst wel degelijk beperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, veroorzaakt door de vermindering van het aantal O&O-inspanningen en daardoor van het aantal producten dat waarschijnlijk de markt zal bereiken.

Indien de overeenkomst tot een beperking van de mededinging leidt, zouden de partijen moeten nagaan of zij op grond van de O&O-GVV kunnen worden vrijgesteld. De O&O-overeenkomst tussen ondernemingen A en B voldoet echter niet aan de voorwaarden voor vrijstelling. Met name is de drempel voor overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op innovatie niet bereikt, aangezien er geen andere concurrerende O&O-inspanningen zijn (artikel 6, lid 3, O&O-GVV). Bijgevolg is een individuele beoordeling nodig om te bepalen of de O&O-overeenkomst aan de vereisten van artikel 101, lid 3, voldoet.

Op grond van artikel 101, lid 3, zou de O&O-overeenkomst weliswaar efficiëntieverbeteringen kunnen opleveren in de vorm van het sneller op de markt brengen van een nieuw product, maar zou zij op innovatieniveau de enige concurrentiedruk op de partijen uitschakelen. Als gevolg daarvan zou dit waarschijnlijk leiden tot een verlies aan innovatie en tot hogere downstream prijzen.

De O&O-overeenkomst zou waarschijnlijk een duopolie doen ontstaan op de toekomstige markt voor nieuwe geminiaturiseerde elektronische componenten. Dit soort duopolie zou worden gekenmerkt door een hoge mate van kostendeling en een mogelijke uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen de partijen, aangezien hun gemeenschappelijke onderneming voor de enige verkopers van de nieuwe component, ondernemingen A en B, zal produceren. Bovendien wordt ook het risico op mededingingsbeperkende coördinatie groter, waardoor op de nieuwe markt een heimelijke verstandhouding kan ontstaan. Hoewel sommige van die bezwaren kunnen worden verholpen indien de partijen zich ertoe zouden verbinden de knowhow of intellectuele-eigendomsrechten voor de fabricage van de nieuwe component tegen redelijke voorwaarden in licentie te geven aan derden, lijkt het onwaarschijnlijk dat hiermee alle bezwaren zouden worden weggenomen en dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zou zijn voldaan. Daarom is het weinig waarschijnlijk dat de O&O-overeenkomst op grond van artikel 101, lid 3, kan worden vrijgesteld.

201. O&O-overeenkomsten tussen ondernemingen die concurreren voor een bestaand product en/of bestaande technologie

Voorbeeld 2

Situatie: Onderneming A heeft een marktaandeel van 51 % op een markt waarvan haar blockbustergeneesmiddel deel uitmaakt. Een kleine onderneming B is gespecialiseerd in farmaceutische O&O-activiteiten, in de productie van werkzame farmaceutische bestanddelen en in de productie van generieke geneesmiddelen. Onderneming B heeft een procedé uitgevonden waarmee het werkzame bestanddeel van het blockbustergeneesmiddel van onderneming A op een meer economische wijze kan worden geproduceerd. Onderneming B heeft een octrooiaanvraag voor dit procedé ingediend (octrooi op het productieproces). Het octrooi op het werkzame bestanddeel van het blockbustergeneesmiddel van onderneming A loopt over iets minder dan drie jaar af; daarna blijft er nog een aantal octrooien op productieprocessen met betrekking tot het geneesmiddel bestaan. Onderneming B is van mening dat het door haar ontwikkelde nieuwe, efficiëntere procedé geen inbreuk zou maken op de bestaande octrooien op de productieprocessen van onderneming A en de mogelijkheid biedt om een generieke versie van het blockbustergeneesmiddel te gaan produceren zodra het octrooi op het werkzame bestanddeel van onderneming A is verstreken. Onderneming B zou het product waarschijnlijk zelf produceren of het procedé in licentie geven aan belangstellende derden, bijvoorbeeld aan andere generieke producenten of aan onderneming A.

Vóór het beëindigen van haar onderzoek en ontwikkeling op dit gebied sluit onderneming B een overeenkomst met onderneming A, op grond waarvan onderneming A een financiële bijdrage levert aan het O&O-project dat door onderneming B wordt uitgevoerd, op voorwaarde dat zij een exclusieve licentie verkrijgt voor de octrooien op de productieprocessen van onderneming B in verband met de productie van het werkzame bestanddeel van het blockbustergeneesmiddel van onderneming A.

Er zijn twee andere onafhankelijke O&O-inspanningen waarbij een procedé voor de productie van het werkzame bestanddeel van het blockbustergeneesmiddel wordt ontwikkeld die geen inbreuk zou maken op de octrooien op de productieprocessen van de ondernemingen A of B, maar het is nog niet duidelijk of zij het stadium van de industriële productie zullen bereiken.

Analyse: Het procedé waarop de octrooiaanvraag van onderneming B betrekking heeft, verbetert slechts een bestaand productieproces. Onderneming A is zowel actief op de markt voor de bestaande technologie (het productieproces) als op de markt voor het bestaande product (het blockbustergeneesmiddel). Onderneming B is een potentiële concurrent op het niveau van de technologie. Als onderneming B het octrooi op het productieproces zou exploiteren, dan zou zij waarschijnlijk de productmarkt kunnen betreden met, bijvoorbeeld, een generiek product. Ondernemingen A en B zijn dus potentiële concurrenten voor de productmarkt waarvan het blockbustergeneesmiddel deel uitmaakt. De overeenkomst is niet vrijgesteld op grond van de O&O-GVV aangezien, althans wat de productmarkt betreft, het marktaandeel van onderneming A meer dan 25 % bedraagt. Daarom moet een individuele beoordeling worden uitgevoerd.

Onderneming A heeft marktmacht op de bestaande markt waarvan haar blockbustergeneesmiddel deel uitmaakt. Als er daadwerkelijk generieke concurrenten de markt zouden betreden, zou dit deze marktmacht aanzienlijk verminderen, maar de exclusieve licentie op de octrooien op de productieprocessen maakt het door onderneming B ontwikkelde procedé ontoegankelijk voor derden en zal aldus de komst van generieke alternatieven op de markt vertragen (niet in de laatste plaats omdat het product nog beschermd wordt door een aantal octrooien op de productieprocessen van onderneming A). Aangezien het onduidelijk is of de twee andere O&O-inspanningen waarbij momenteel aan een niet-inbreukmakend alternatief voor het octrooi op de productieprocessen van onderneming A wordt gewerkt, het stadium van de industriële productie zouden bereiken, is het octrooi op de productieprocessen van onderneming B de enige geloofwaardige weg om generieke producten op de markt te brengen die met het blockbustergeneesmiddel van onderneming A zouden kunnen concurreren. Derhalve is er sprake van mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101, lid 1. De kosten die onderneming A dankzij het nieuwe productieproces bespaart, zijn niet toereikend om de beperking van de mededinging te compenseren. Bij gebrek aan andere concurrenten op de productmarkt, zoals generieke producenten, is het weinig waarschijnlijk dat de besparingen op de productiekosten aan de gebruikers zullen worden doorgegeven. Bovendien is een exclusieve licentie niet onmisbaar om dergelijke besparingen te behalen. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

202. Onderzoekspartnerschap

Voorbeeld 3

Situatie: De ondernemingen A, B en C zijn toonaangevende spelers op het gebied van hernieuwbare energietechnologie. Zij zijn van plan een onderzoekspartnerschap op te zetten, dat een O&O-agenda zal vaststellen met een gemeenschappelijke langetermijnvisie voor de ontwikkeling van nieuwe technologieën voor hernieuwbare energie en voor de verbetering van de bestaande technologieën, die dan in een reeks afzonderlijke O&O-projecten zouden worden uitgevoerd.

Deze agenda zou een O&O-samenwerking vormen en zou worden vastgelegd in een memorandum van overeenstemming met daarin de doelstellingen en de voorwaarden van de samenwerking, met inbegrip van governancemechanismen en monitoringregelingen. Het memorandum van overeenstemming stelt dus een samenwerkingskader vast waarbinnen

specifieke O&O-samenwerkingsprojecten zullen worden uitgevoerd ter ondersteuning van de overeengekomen langetermijnagenda.

Analyse: Bij dit soort onderzoekspartnerschappen kunnen concurrerende ondernemingen betrokken zijn bij de ontwikkeling of de toepassing van deze technologieën of bij beide. Als de aard van het onderzoekspartnerschap echter beperkt blijft tot het bepalen van een brede agenda, zal dit soort samenwerking waarschijnlijk geen problemen opleveren.

Indien door het onderzoekspartnerschap bovendien een uitdaging wordt aangepakt die geen enkele onderneming alleen kan oplossen en die de mobilisatie van meerdere actoren vereist, zou het innovatie vergemakkelijken die anders niet zou plaatsvinden – en dus een bijdrage tot de technische en economische vooruitgang betekenen.

Hoewel het weinig waarschijnlijk is dat dit soort onderzoekspartnerschap mededingingsbezwaren zou opleveren, moeten de afzonderlijke O&O-samenwerkingsovereenkomsten onafhankelijk van elkaar worden geanalyseerd.

3. PRODUCTIEOVEREENKOMSTEN

3.1. Inleiding

203. Dit hoofdstuk wil de nodige houvast geven wat betreft het toepassingsgebied en de beoordeling uit mededingingsoogpunt van productieovereenkomsten die onder artikel 101, lid 1, vallen en die a) in aanmerking komen voor de specialisatie-GVV (afdeling 3.4), of b) buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV vallen en op grond van artikel 101, leden 1 en 3, moeten worden beoordeeld (afdeling 3.5).
204. Productieovereenkomsten kunnen verschillen naar vorm en toepassingsgebied. Zij kunnen bepalen dat de productie door één enkele partij of door twee of meer partijen wordt uitgevoerd. Ondernemingen kunnen gezamenlijk produceren via een gemeenschappelijke onderneming, d.w.z. een onderneming onder gezamenlijke zeggenschap die een of meer productiefaciliteiten exploiteert, of via lossere vormen van samenwerking op het gebied van productie zoals onderaannemingsovereenkomsten.
205. Deze richtsnoeren zijn van toepassing op alle vormen van overeenkomsten betreffende gezamenlijke productie en horizontale onderaannemingsovereenkomsten¹⁵⁴.
206. Onderaannemingsovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij een partij (de “aannemer”) aan een andere partij (de “onderaannemer”) de productie van een product toevertrouwt. Horizontale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die op dezelfde productmarkt actief zijn, ongeacht of zij daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Horizontale onderaannemingsovereenkomsten omvatten eenzijdige en wederkerige

¹⁵⁴ Verticale onderaannemingsovereenkomsten vallen niet onder deze richtsnoeren. Verticale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die op verschillende marktniveaus actief zijn. Zij vallen binnen het toepassingsgebied van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen en kunnen, onder bepaalde voorwaarden, in aanmerking komen voor toepassing van de groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen. Voorts kunnen zij onder de bekendmaking van de Commissie van 18 december 1978 betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag (PB C 1 van 3.1.1979, blz. 2) (“de toeleveringsbekendmaking”) vallen.

specialisatieovereenkomsten, maar ook andere horizontale onderaannemingsovereenkomsten.

207. Eenzijdige specialisatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die op dezelfde productmarkt actief zijn, waarbij een partij of partijen zich ertoe verbindt of verbinden de productie van bepaalde producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot productie van die producten over te gaan maar die te kopen bij de andere partij of partijen, die zich ertoe verbindt of verbinden die producten te vervaardigen en te leveren aan de partij of partijen die de productie ervan heeft of hebben beëindigd of niet tot vervaardiging van die producten is of zijn overgegaan;
208. Wederkerige specialisatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer partijen die op dezelfde productmarkt actief zijn, waarbij twee of meer partijen zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot vervaardiging van die producten over te gaan maar die te kopen bij de andere partijen, die zich ertoe verbinden deze te vervaardigen en te leveren aan de partij of partijen die de productie ervan heeft of hebben beëindigd of niet tot vervaardiging van die producten is of zijn overgegaan.
209. Deze richtsnoeren zijn ook van toepassing op andere horizontale onderaannemingsovereenkomsten. Hieronder vallen onderaannemingsovereenkomsten met het oog op uitbreiding van de productie, waarbij de aannemer niet tegelijkertijd zijn eigen productie van het product beëindigt of beperkt.

3.2. Relevante markten

210. Een productieovereenkomst heeft gevolgen voor de markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, d.w.z. de markten waartoe de in het kader van de productieovereenkomst vervaardigde producten behoren. Deze markten worden afgebakend volgens de bekendmaking marktbepalings¹⁵⁵. Een productieovereenkomst kan ook spill-overeffecten hebben op upstream, downstream of naburige markten van die waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (de “spill-overmarkten”)¹⁵⁶. De spill-overmarkten zijn waarschijnlijk relevant wanneer de markten onderling afhankelijk zijn en de partijen een sterke positie innemen op de spill-overmarkt.

3.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

211. De beoordeling van een specialisatieovereenkomst begint met de vraag of de overeenkomst mededingingsbeperkingen bevat die binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen. Indien dat het geval is:
- (a) wordt eerst nagegaan of de specialisatieovereenkomst in aanmerking kan komen voor de vrijstelling van de specialisatie-GVV;
 - (b) ten tweede zou, indien de overeenkomsten buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV vallen, een individuele beoordeling van de overeenkomst

¹⁵⁵ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB C 372 van 9.12.1997, blz. 5).

¹⁵⁶ Artikel 2, lid 5, eerste alinea, van Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24 van 29.1.2004, blz. 1).

nodig zijn om na te gaan of de specialisatieovereenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

3.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

212. Productieovereenkomsten kunnen aanleiding geven tot verschillende mededingingsbezwaren, zoals:
- (a) een rechtstreekse beperking van mededinging tussen de partijen;
 - (b) de coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen als leveranciers; of
 - (c) een mededingingsverstorende afscherming van derde partijen op een verbonden markt.
213. Productieovereenkomsten kunnen leiden tot een **rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen**. Productieovereenkomsten, en in het bijzonder gemeenschappelijke productieondernemingen¹⁵⁷, kunnen de partijen ertoe aanzetten directe afspraken te maken over i) het productieniveau, ii) de kwaliteit, iii) de prijs waartegen de gemeenschappelijke onderneming haar producten verkoopt, of iv) andere belangrijke concurrentieparameters (bv. innovatie, duurzaamheid). Dit kan de mededinging beperken, zelfs als de partijen de producten onafhankelijk van elkaar verkopen.
214. Productieovereenkomsten kunnen ook als gevolg hebben dat de partijen **hun concurrentiegedrag als leveranciers op elkaar afstemmen**, d.w.z. een **heimelijke verstandhouding**, hetgeen leidt tot i) hogere prijzen, ii) verminderde productie, iii) verminderde productkwaliteit, iv) verminderde productdiversiteit, of v) verminderde innovatie. Dit kan gebeuren voor zover:
- (a) de partijen marktmacht hebben; en
 - (b) er sprake is van marktkenmerken die voor een dergelijke coördinatie bevorderlijk zijn, met name:
 - i) wanneer de productieovereenkomst de kostendeling van de partijen (d.w.z. het gemeenschappelijke aandeel in de variabele kosten van de partijen) zodanig doet toenemen dat zij een heimelijke verstandhouding tot stand kunnen brengen, of
 - ii) indien de overeenkomst een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie inhoudt die tot een heimelijke verstandhouding kan leiden.
215. Productieovereenkomsten kunnen bovendien leiden tot **mededingingsverstorende afscherming van derden op een verbonden markt** (bijvoorbeeld op een downstream markt die voor zijn input afhankelijk is van de markt waarop de productieovereenkomst wordt toegepast). Dergelijke mededingingsbezwaren kunnen zich voordoen ongeacht of de partijen bij de overeenkomst concurrenten zijn op de markt waarop de samenwerking betrekking heeft. Dit soort afscherming zal evenwel slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien ten minste één van de partijen een sterke positie heeft op de markt waarop het risico op marktafscherming wordt beoordeeld.

¹⁵⁷ Zie punt 51 (“volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen”) en punt 13 (“aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 101, lid 1”) van deze richtsnoeren.

216. *Voorbeeld:* Door voldoende marktmacht te verwerven, kunnen partijen die kiezen voor gezamenlijke productie in een upstream markt wellicht de prijs van een essentiële component (of input) voor een downstream markt verhogen. Zo kunnen zij de gezamenlijke productie inzetten om de kosten voor hun downstream concurrenten op te drijven en hen te marginaliseren of hen, uiteindelijk, uit de markt te duwen. Dit zou op zijn beurt de marktmacht van de partijen op de downstream markt doen toenemen, waardoor zij de prijzen boven het concurrerend niveau kunnen handhaven of de gebruikers anderszins kunnen benadelen.

3.3.2. *Beperkingen van de mededinging naar strekking*

217. Over het algemeen hebben overeenkomsten waarbij a) prijsafspraken worden gemaakt, b) de productie wordt beperkt of c) de markten of afnemers worden verdeeld, een mededingingsbeperkende strekking.

218. In de context van productieovereenkomsten geldt dit evenwel niet in twee gevallen:

- (a) wanneer de partijen de productie vastleggen waarop de productieovereenkomst rechtstreeks betrekking heeft (bv. de capaciteit en het productievolume van een gemeenschappelijke onderneming, of de hoeveelheid producten die zullen worden uitbesteed), mits de overige concurrentieparameters (bv. prijzen) niet worden uitgeschakeld; of
- (b) wanneer in een productieovereenkomst, die ook de gezamenlijke distributie van de gezamenlijk vervaardigde producten regelt, is voorzien in de gezamenlijke vaststelling van de verkoopprijzen van die producten, en alleen die producten, mits de beperking noodzakelijk is voor de gezamenlijke productie, hetgeen betekent dat de partijen anders helemaal geen prikkel zouden hebben om de productieovereenkomst aan te gaan.

219. In deze beide gevallen moeten de productieovereenkomsten die deze beperkingen bevatten, worden beoordeeld om na te gaan of zij waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben in de zin van artikel 101, lid 1. Deze beperkingen en de productieovereenkomsten zullen niet afzonderlijk worden beoordeeld, maar in het licht van de totale gevolgen van de gehele productieovereenkomst voor de markt.

3.3.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

220. Of de mogelijke mededingingsbezwaren waartoe productieovereenkomsten aanleiding kunnen geven, zich in een bepaald geval daadwerkelijk zullen voordoen, hangt af van verschillende variabelen. Deze variabelen bepalen de vermoedelijke gevolgen van een productieovereenkomst voor de mededinging – en bijgevolg ook de toepasselijkheid van artikel 101, lid 1. Deze variabelen omvatten:

- (a) de kenmerken van de markt waarop de overeenkomst plaatsvindt;
- (b) de aard van de samenwerking;
- (c) de marktdekking van de samenwerking; en
- (d) de producten waarop de samenwerking betrekking heeft.

221. Of een productieovereenkomst vermoedelijk mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt af van de situatie die zonder de overeenkomst met haar mogelijke beperkingen zou bestaan.

222. Voor de beoordeling van de overeenkomst uit mededingingsoogpunt is het relevant vast te stellen of de partijen bij de overeenkomst naaste 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 sterke concurrentiepositie heeft.
223. **Productieovereenkomsten die ook commercialiseringsfuncties inhouden** (bv. gezamenlijke distributie of marketing). Deze overeenkomsten houden een groter risico in op mededingingsbeperkende gevolgen dan zuivere gezamenlijke productieovereenkomsten. Gezamenlijke commercialisering brengt de samenwerking dichter bij de gebruiker en behelst doorgaans de gezamenlijke vaststelling van prijzen en verkoopvolumes, d.w.z. gedragingen die de grootste risico's inhouden voor de mededinging.
224. Niettemin hebben overeenkomsten betreffende de gezamenlijke distributie van producten die gezamenlijk zijn geproduceerd, over het algemeen minder vaak mededingingsbeperkende gevolgen dan op zichzelf staande overeenkomsten inzake gezamenlijke distributie.
225. Ook een overeenkomst inzake gezamenlijke distributie die noodzakelijk is, wil de gezamenlijke productieovereenkomst überhaupt worden gesloten, zal minder vaak aanleiding geven tot beperking van de mededinging dan indien zij niet noodzakelijk was voor de gezamenlijke productie.
226. **Productieovereenkomsten zullen waarschijnlijk geen beperkende gevolgen hebben.** Sommige productieovereenkomsten zullen waarschijnlijk geen beperkende gevolgen hebben:
227. Productieovereenkomsten tussen ondernemingen die concurreren op markten waarop de samenwerking plaatsvindt, zullen waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de *productieovereenkomst een nieuwe markt doet ontstaan*,¹⁵⁸ d.w.z. indien de overeenkomst de partijen in staat stelt een nieuw product op de markt te brengen, waartoe de partijen anders, op grond van objectieve factoren, niet in staat zouden zijn geweest (bijvoorbeeld wegens de technische mogelijkheden van de partijen).
228. Productieovereenkomsten zullen waarschijnlijk niet tot een rechtstreekse beperking van de mededinging tussen de partijen leiden en een heimelijke verstandhouding of mededingingsversturende afscherming is onwaarschijnlijk wanneer de *partijen bij de overeenkomst geen marktmacht bezitten* op de markt waarvoor een beperking van de mededinging wordt beoordeeld. Alleen met marktmacht kunnen de partijen bij de overeenkomst op rendabele wijze de prijzen boven het concurrerende niveau handhaven, of de productie, productkwaliteit of -diversiteit op rendabele wijze onder het concurrerende niveau handhaven.
- 3.3.3.1. Marktmacht
229. Het uitgangspunt voor de analyse van marktmacht is a) het individuele en gecombineerde marktaandeel van de partijen. Daarna volgen doorgaans b) de concentratiegraad en het aantal marktdeelnemers en c) dynamische factoren zoals

¹⁵⁸ In dit hoofdstuk moet “nieuwe markt” ruimer worden opgevat dan in de context van O&O-overeenkomsten die onder hoofdstuk 2 vallen (zie bijvoorbeeld punt 60).

potentiële toetreding en veranderende marktaandelen, alsmede d) andere factoren die van belang zijn voor de beoordeling van marktmacht.

(a) Marktaandeel

230. Onder een bepaalde marktaandeeldrempel is het onwaarschijnlijk dat een onderneming marktmacht heeft.
231. **Specialisatie-GVV.** De marktaandeeldrempel in het kader van de specialisatie-GVV is vastgesteld op 20 %. Specialisatieovereenkomsten¹⁵⁹ vallen onder de specialisatie-GVV indien zij worden gesloten tussen partijen met een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 20 % op de relevante markt of markten, mits aan de overige voorwaarden voor de toepassing van de specialisatie-GVV is voldaan.
232. **Safe harbour.** Voor horizontale onderaannemingsovereenkomsten, die buiten de definitie van specialisatieovereenkomst van de specialisatie-GVV vallen (artikel 1, lid 1, punt a)), is het in de meeste gevallen onwaarschijnlijk dat er sprake is van marktmacht indien de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van niet meer dan 20 % hebben. Hoe dan ook voldoen horizontale onderaannemingsovereenkomsten waarbij het gecombineerde marktaandeel van de partijen niet meer dan 20 % bedraagt, waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.
233. **Marktaandeel boven 20 %.** Indien het gecombineerde marktaandeel van de partijen meer dan 20 % bedraagt, moeten de mededingingsbeperkende gevolgen worden geanalyseerd. In het algemeen is het risico dat een productieovereenkomst de partijen bij de overeenkomst ertoe aanzet hun prijzen te verhogen (en/of hun kwaliteit en aanbod te verlagen) waarschijnlijker naarmate de gecombineerde marktaandelen van de partijen groter zijn.

(b) Graad van marktconcentratie

234. Over het algemeen zal een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt vaker mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan op een markt die niet geconcentreerd is. Een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt kan het risico op een heimelijke verstandhouding verhogen, zelfs indien de partijen slechts een bescheiden gezamenlijk marktaandeel hebben.
235. Een gecombineerd marktaandeel van de partijen dat iets hoger ligt dan 20 %, impliceert echter niet noodzakelijk een sterk geconcentreerde markt. Op een markt met een matige concentratiegraad kan het gezamenlijke marktaandeel van de partijen iets meer dan 20 % bedragen.

(c) Dynamische factoren

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

¹⁵⁹ Artikel 1, lid 1, specialisatie-GVV.

(d) Andere factoren van belang voor de beoordeling van marktmacht

237. Het aantal en de intensiteit van de banden (bv. andere samenwerkingsovereenkomsten) tussen de concurrenten op de markt zijn eveneens relevant voor de beoordeling van de marktmacht van de partijen.
238. Bovendien kan in gevallen waarin een onderneming met marktmacht op een markt samenwerkt met een potentiële toetreders, bijvoorbeeld met een aanbieder van hetzelfde product in een naburige geografische markt of productmarkt, de overeenkomst de marktmacht van de gevestigde onderneming mogelijk vergroten. Dit kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien: a) de daadwerkelijke concurrentie op de markt van de gevestigde onderneming al zwak is, en b) de dreiging van toetreding een grote bron van concurrentiedruk is.

3.3.3.2. Rechtstreekse beperking van mededinging tussen de partijen

239. De mededinging tussen de partijen bij een productieovereenkomst kan op verschillende manieren rechtstreeks worden beperkt. Bijvoorbeeld:
- (a) Bij een gemeenschappelijke productieonderneming kunnen de partijen bijvoorbeeld de productie van de gemeenschappelijke onderneming beperken in vergelijking met wat de partijen op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk afzonderlijk over hun productievolume zouden hebben beslist.
 - (b) Indien de voornaamste productkenmerken worden vastgelegd in de productieovereenkomst, zou dit ook kunnen leiden tot een uitschakeling van cruciale aspecten van de concurrentie tussen de partijen en uiteindelijk tot mededingingsbeperkende gevolgen.
 - (c) Een gemeenschappelijke onderneming die de partijen bij de productieovereenkomst een hoge verrekenprijs in rekening brengt, zou de inputkosten voor de partijen doen stijgen, hetgeen zou kunnen leiden tot hogere downstream prijzen. Concurrenten kunnen het winstgevend achten te reageren door hun prijzen te verhogen, waardoor zij mede een prijsverhoging op de relevante markt veroorzaken.
240. Bovendien kan in sommige bedrijfstakken waarin productie de economische hoofdactiviteit is, zelfs een zuivere productieovereenkomst op zichzelf reeds cruciale aspecten van mededinging uitschakelen en aldus de concurrentie tussen de partijen bij de overeenkomst rechtstreeks beperken.

3.3.3.3. Heimelijke verstandhouding en mededingingsverstorende afscherming

241. De waarschijnlijkheid dat er een heimelijke verstandhouding tot stand komt, hangt af van de marktmacht van de partijen (zie afdeling 3.3.3.1) en van de kenmerken van de relevante markt. Een heimelijke verstandhouding kan met name (doch niet uitsluitend) voortvloeien uit het delen van kosten of uit een uitwisseling van informatie in het kader van de productieovereenkomst.
242. Een productieovereenkomst kan ook leiden tot mededingingsverstorende marktafscherming: a) doordat zij de marktmacht van de ondernemingen vergroot; of b) doordat zij hun kostendeling vergroten; of c) indien die gepaard gaat met de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie.

(a) Kostendeling

243. Een productieovereenkomst tussen partijen met marktmacht kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien daardoor hun gedeelde kosten

stijgen tot een niveau dat collusie mogelijk wordt (bijvoorbeeld door afspraken te maken over prijzen of andere concurrentieparameters) of dat derden kunnen worden uitgesloten op spill-overmarkten.

244. Kostendeling heeft betrekking op het deel van de variabele kosten dat de partijen bij de overeenkomst gemeen hebben. In dat verband zijn de relevante kosten de variabele kosten van het product waarmee de partijen bij de productieovereenkomst met elkaar concurreren.
245. Een productieovereenkomst zal eerder tot een heimelijke verstandhouding of tot marktafscherming leiden wanneer de partijen reeds vóór de overeenkomst een groot deel van de variabele kosten gemeen hebben, aangezien de extra toename als gevolg van de productiekosten van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de balans kan doen doorslaan in de richting van een heimelijke verstandhouding. Indien daarentegen het aanvankelijke niveau van kostendeling laag is, en de toename (door de productiekosten van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft) groot is, kan het risico op een heimelijke verstandhouding of van marktafscherming groot zijn.
246. Kostendeling verhoogt slechts het risico op een heimelijke verstandhouding of op marktafscherming indien de productiekosten een groot deel van de betrokken variabele kosten uitmaken.
- (a) Een scenario waarin kostendeling kan leiden tot een heimelijke verstandhouding, is de situatie waarin de partijen besluiten tot de gezamenlijke productie van een tussenproduct dat een groot deel vertegenwoordigt van de variabele kosten van het eindproduct waarmee de partijen downstream concurreren. De partijen zouden van de productieovereenkomst kunnen gebruikmaken 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 via de gemeenschappelijke onderneming onder de partijen worden verdeeld.
- (b) Op dezelfde wijze verhoogt kostendeling de risico's op mededingingsverstoringe afscherming van horizontale onderaannemingsovereenkomsten indien de input die de opdrachtgever koopt van de onderaannemer een groot deel uitmaakt van de variabele kosten van het eindproduct waarmee de partijen concurreren.
247. Kostendeling zal echter het risico op een heimelijke verstandhouding minder doen toenemen wanneer de samenwerking betrekking heeft op producten die een dure commercialisering vereisen, zoals nieuwe of heterogene producten waarvan de marketing- en transportkosten hoog zijn.
- (b) Uitwisseling van informatie
248. Een productieovereenkomst kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer zij gepaard gaat met de uitwisseling van strategische commerciële informatie die aanleiding kan leiden tot heimelijke verstandhouding of mededingingsverstoringe afscherming.
249. Of de informatie-uitwisseling in de context van een productieovereenkomst tot mededingingsbeperkende gevolgen dreigt te leiden, moet worden beoordeeld aan de hand van de aanwijzingen die in hoofdstuk 6 van deze richtsnoeren te vinden zijn.

Eventuele negatieve effecten ten gevolge van die uitwisseling van informatie zullen niet afzonderlijk worden onderzocht, maar in het licht van de totale effecten van de productieovereenkomst.

250. De productieovereenkomst zou eerder aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen indien de informatie-uitwisseling niet verder gaat dan het delen van gegevens die nodig zijn voor de productie van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, zelfs indien de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen had in de zin van artikel 101, lid 1. In dit geval zullen de efficiëntieverbeteringen door gezamenlijke productie waarschijnlijk opwegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen van de coördinatie van het gedrag van de partijen.
251. De productieovereenkomst zou minder waarschijnlijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen indien de informatie-uitwisseling verder ging dan hetgeen wat nodig was om gezamenlijk te produceren, bijvoorbeeld informatie in verband met prijzen en verkoop.

3.4. Overeenkomsten die onder de specialisatie-GVV vallen

252. De specialisatie-GVV voorziet in een zgn. “safe harbour”, onder bepaalde voorwaarden, voor bepaalde productieovereenkomsten, die “specialisatieovereenkomsten” worden genoemd.
253. Het voordeel van vrijstelling van de specialisatie-GVV is beperkt tot die specialisatieovereenkomsten waarvan met voldoende zekerheid kan worden aangenomen dat zij aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

3.4.1. Specialisatieovereenkomsten

254. Specialisatieovereenkomsten omvatten de volgende soorten horizontale productieovereenkomsten: eenzijdige specialisatieovereenkomsten, wederkerige specialisatieovereenkomsten en gezamenlijke productieovereenkomsten, en zij hebben betrekking op de vervaardiging van goederen of de voorbereiding van diensten.
255. **Eenzijdige specialisatieovereenkomsten.** De voornaamste elementen van deze overeenkomsten, in de zin van artikel 1, lid 1, punt a), i), specialisatie-GVV, zijn:
- (a) er zijn twee of meer partijen bij betrokken; en
 - (b) de partijen bij de overeenkomsten zijn reeds actief op dezelfde productmarkt; en
 - (c) de overeenkomst heeft betrekking op dezelfde producten; en
 - (d) een partij komt of partijen komen overeen de vervaardiging van bepaalde producten volledig of gedeeltelijk te beëindigen dan wel niet tot vervaardiging daarvan over te gaan doch deze van de andere partij of partijen te kopen; en
 - (e) een andere partij stemt of andere partijen stemmen ermee in die producten te vervaardigen en te leveren aan de andere partij of partijen die de vervaardiging daarvan heeft of hebben beëindigd of niet tot vervaardiging daarvan is of zijn overgegaan.
256. De definitie van eenzijdige specialisatieovereenkomsten vereist niet: i) dat de partijen actief zijn op dezelfde geografische markt; of dat ii) de partij of partijen die de vervaardiging van bepaalde producten heeft of hebben beëindigd of niet tot vervaardiging daarvan is of zijn overgegaan om de capaciteit te verminderen (bv.

verkoop van fabrieken, sluiting van productielijnen enz.), omdat het volstaat als zij hun productievolume verminderen.

257. **Wederkerige specialisatieovereenkomsten.** De voornaamste elementen van deze overeenkomsten, in de zin van artikel 1, lid 1, punt a), ii), specialisatie-GVV, zijn:

- (a) er zijn twee of meer partijen bij betrokken; en
- (b) de partijen bij de overeenkomsten zijn reeds actief op dezelfde productmarkt; en
- (c) de overeenkomst heeft betrekking op verschillende producten; en
- (d) twee of meer partijen komen, op basis van wederkerigheid, volledig of gedeeltelijk overeen de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende producten te beëindigen of niet tot vervaardiging daarvan over te gaan en deze producten van de andere partijen te kopen; en
- (e) die andere partijen stemmen ermee in die producten te vervaardigen en te leveren aan de partijen die de vervaardiging van die producten hebben beëindigd of niet tot vervaardiging daarvan zijn overgegaan.

258. De definitie van wederkerige specialisatieovereenkomsten vereist niet: dat i) de partijen op dezelfde geografische markt actief zijn, of dat ii) de partijen die de vervaardiging van bepaalde, doch verschillende producten hebben beëindigd of niet tot vervaardiging zijn overgegaan om hun capaciteit te verminderen (bv. verkoop van fabrieken, sluiting van productielijnen enz.), omdat het volstaat als zij hun productievolume verminderen.

259. **Gezamenlijke productieovereenkomsten.** De voornaamste elementen van deze overeenkomsten, in de zin van artikel 1, lid 1, punt a), iii), specialisatie-GVV, zijn:

- (f) er zijn twee of meer partijen bij betrokken; en
- (g) de partijen produceren gezamenlijk bepaalde producten (zie afdeling 3.4.3).

260. De definitie van gemeenschappelijke productieovereenkomsten vereist niet: i) dat de partijen reeds actief zijn op dezelfde productmarkt, of dat ii) een partij of partijen de vervaardiging van producten heeft of hebben beëindigd of niet tot vervaardiging is of zijn overgegaan.

3.4.2. *Andere bepalingen in specialisatieovereenkomsten*

261. De specialisatie-GVV verleent ook vrijstelling voor sommige bepalingen die mogelijk in specialisatieovereenkomsten worden opgenomen.

262. **Bepalingen betreffende de toekenning of licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten aan een of meer partijen** (artikel 2, lid 3, specialisatie-GVV). Deze bepalingen komen in aanmerking voor de vrijstelling van artikel 2 specialisatie-GVV indien zij voldoen aan twee cumulatieve voorwaarden:

- (a) zij vormen niet het voornaamste voorwerp van de specialisatieovereenkomst; en
- (b) zij houden rechtstreeks verband met en zijn noodzakelijk voor de uitvoering van die overeenkomst.

263. **Bepalingen inzake leverings- of afnameverplichtingen** (artikel 2, lid 4, en overweging 11 van de specialisatie-GVV). De specialisatie-GVV bepaalt dat eenzijdige en wederkerige specialisatieovereenkomsten slechts zullen worden

vrijgesteld indien zij leverings- en afnameverplichtingen bevatten. In dat geval kunnen die verplichtingen al dan niet exclusief zijn (overweging 11 van de specialisatie-GVV).

264. Wat exclusieve leverings- of afnameverplichtingen betreft, is in artikel 2, lid 4, specialisatie-GVV bepaald dat de vrijstelling van toepassing zal zijn op specialisatieovereenkomsten waarbij de partijen een exclusieve afname- of een exclusieve leveringsverplichting aanvaarden.
- (a) Een exclusieve leveringsverplichting, in de zin van artikel 1, lid 1, punt j), specialisatie-GVV, is een verplichting om de specialisatieproducten (in de zin van artikel 1, lid 1, punt c), specialisatie-GVV) niet te leveren aan een concurrerende onderneming die geen partij is bij de overeenkomst. Een exclusieve leveringsverplichting belet de partijen dus niet de specialisatieproducten te leveren aan derden die niet-concurrerende ondernemingen zijn.
 - (b) Een exclusieve afnameverplichting, in de zin van artikel 1, lid 1, punt k), specialisatie-GVV, is een verplichting om de specialisatieproducten uitsluitend van een partij of partijen bij de overeenkomst af te nemen.
265. Andere in specialisatieovereenkomsten opgenomen bepalingen die nevenrestricties vormen, komen eveneens in aanmerking voor de vrijstelling van artikel 2 specialisatie-GVV, zolang aan de in de Unierechtspraak omschreven voorwaarden¹⁶⁰ is voldaan.
- 3.4.3. *Gezamenlijke distributie en het begrip “gezamenlijk” in het kader van de specialisatie-GVV*
266. De specialisatie-GVV definieert het begrip “gezamenlijk” in de context van distributie. Gezamenlijke distributie kan deel uitmaken van een specialisatieovereenkomst en kan in aanmerking komen voor de vrijstelling van de specialisatie-GVV indien de distributieactiviteiten op een van deze twee manieren worden verricht:
- (a) de distributie wordt uitgevoerd door een gemeenschappelijk team, gemeenschappelijke organisatie of gemeenschappelijke onderneming, of
 - (b) de distributie wordt uitgevoerd door een derde distributeur die aan elk van deze drie voorwaarden voldoet:
 - i) hij wordt gezamenlijk aangesteld door de partijen bij de specialisatieovereenkomst; en
 - ii) hij wordt aangesteld op exclusieve of niet-exclusieve basis; en
 - iii) hij is geen daadwerkelijke of potentiële concurrent van de partijen bij de specialisatieovereenkomst.

¹⁶⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 89; arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1985, Remia/Commissie, 42/84, ECLI:EU:C:1985:327, punten 19-20; arrest van het Hof van Justitie van 28 januari 1986, Pronuptia, 161/84, ECLI:EU:C:1986:41, punten 15-17; arrest van het Hof van Justitie van 15 december 1994, Göttrup-Klim e.a. Grovvareforeniger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, punt 35, en arrest van het Hof van Justitie van 12 december 1995, Oude Luttikhuis e.a./Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco, C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, punten 12-15.

267. De vrijstelling waarin de specialisatie-GVV voorziet, geldt ook¹⁶¹ voor specialisatieovereenkomsten waarbij de partijen a) de specialisatieproducten gezamenlijk distribueren en b) deze niet zelfstandig verkopen.
268. De specialisatie-GVV gebruikt het begrip “gezamenlijk” ook in de definitie van “gezamenlijke productieovereenkomsten” (artikel 1, lid 1, punt a), iii), specialisatie-GVV). De term “gezamenlijk” is echter niet gedefinieerd in de context van productie. In het kader van de specialisatie-GVV kan de gezamenlijke productie derhalve om het even welke vorm aannemen.

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

269. Specialisatieovereenkomsten die in aanmerking komen voor de vrijstelling van de specialisatie-GVV, kunnen ook betrekking hebben op de voorbereiding van diensten. De voorbereiding van diensten heeft betrekking op activiteiten die aan de verrichting van diensten voor de klanten voorafgaan (artikel 1, lid 1, punt e), specialisatie-GVV). Zo zou bijvoorbeeld een specialisatieovereenkomst voor het opzetten van een platform om een dienst te verrichten, kunnen worden beschouwd als een overeenkomst betreffende de voorbereiding van diensten.
270. Zoals uiteengezet in overweging 9 van de specialisatie-GVV, valt het verrichten van diensten evenwel buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV, tenzij in het kader van de distributie waarbij de partijen de in het kader van de specialisatieovereenkomst voorbereide diensten verrichten.

3.4.5. *Concurrerende ondernemingen: daadwerkelijke of potentiële concurrenten*

271. Overeenkomstig de specialisatie-GVV (artikel 1, lid 1, punt i)) worden als concurrerende ondernemingen beschouwd: a) daadwerkelijke concurrenten als zij op dezelfde relevante markt actief zijn; of b) potentiële concurrenten indien zij, zonder de productieovereenkomst, op grond van realistische verwachtingen en niet als louter theoretische mogelijkheid, wellicht binnen niet meer dan drie jaar de vereiste extra investeringen zouden doen of andere noodzakelijke kosten zouden maken om de relevante markt te betreden.
272. De potentiële mededinging moet op een realistische grondslag worden beoordeeld. Zo kunnen partijen niet als potentiële concurrenten worden aangemerkt alleen omdat een specialisatieovereenkomst hen in staat stelt bepaalde productieactiviteiten uit te voeren. Doorslaggevend is de vraag of elke partij afzonderlijk over de noodzakelijke middelen beschikt om dit te doen.

3.4.6. *Marktaandeeldrempel en duur van de vrijstelling*

3.4.6.1. Marktaandeeldrempel

273. Op grond van artikel 3 van de specialisatie-GVV komen specialisatieovereenkomsten in aanmerking voor de vrijstelling indien de volgende marktaandeeldrempels worden bereikt:
- (a) het gecombineerde marktaandeel van de partijen bedraagt niet meer dan 20 % op de relevante markt of markten waarop de specialisatieovereenkomst betrekking heeft, op voorwaarde dat aan de overige voorwaarden voor vrijstelling krachtens de specialisatie-GVV is voldaan.

¹⁶¹ Artikel 2, lid 4, punt b), en artikel 1, lid 1, punt l), specialisatie-GVV.

- (b) Wanneer de specialisatieproducten intermediaire producten zijn en een of meer van de partijen die producten geheel of gedeeltelijk intern gebruiken voor de productie van bepaalde downstream producten, die de partijen ook verkopen, is de vrijstelling van de specialisatie-GVV afhankelijk van de volgende voorwaarden:
- i) het gecombineerde marktaandeel van de partijen op de relevante markt of markten waartoe het specialisatieproduct behoort of de specialisatieproducten behoren, bedraagt niet meer dan 20 %; en
 - ii) het gecombineerde marktaandeel van de partijen bedraagt niet meer dan 20 % op de relevante markt of markten waartoe de downstream producten behoren. In de specialisatie-GVV wordt een “downstream product” gedefinieerd een product waarvoor een specialisatieproduct door een of meer van de partijen als input wordt gebruikt en dat door deze partijen op de markt wordt verkocht (artikel 1, lid 1, punt g)).

3.4.6.2. Berekening van marktaandeel

274. Op grond van artikel 4 specialisatie-GVV moeten de marktaandelen worden berekend op basis van gegevens die betrekking hebben op het voorafgaande kalenderjaar.
275. Voor bepaalde markten kan het nodig zijn de marktaandelen te berekenen op basis van een gemiddelde van de marktaandelen van de partijen in de laatste drie voorafgaande kalenderjaren. Dit kan bijvoorbeeld van belang zijn wanneer er biedmarkten zijn en de marktaandelen van jaar tot jaar aanzienlijk kunnen variëren (bv. van 0 % tot 100 %), afhankelijk van het feit of een partij al dan niet succes had bij de biedprocedure. Dit kan ook van belang zijn voor markten die worden gekenmerkt door grote, incidentele orders waarvoor het marktaandeel van het voorafgaande kalenderjaar wellicht niet representatief is, indien er bijvoorbeeld in het voorafgaande kalenderjaar geen grote order heeft plaatsgevonden. Een andere situatie waarin het nodig kan zijn marktaandelen te berekenen op basis van een gemiddelde van de laatste drie voorafgaande kalenderjaren, is wanneer er zich een schok aan de aanbod- of vraagzijde voordoet in het kalenderjaar dat aan de samenwerkingsovereenkomst voorafgaat.
276. Wat de parameters voor de berekening van de marktaandelen betreft, bepaalt de specialisatie-GVV dat de berekening van de marktaandelen gebaseerd moet zijn op de waarde van de verkopen. Ingeval geen gegevens betreffende de waarde van de verkopen beschikbaar zijn, kan voor de bepaling van het marktaandeel van de partijen worden gebruik gemaakt van ramingen die op andere betrouwbare marktinformatie, waaronder de omvang van de verkopen op de markt, gebaseerd zijn.
277. Voor de toepassing van de specialisatie-GVV omvatten de termen “onderneming” en “partij” hun respectieve “verbonden ondernemingen”, in de zin van artikel 1, lid 2. Overeenkomstig artikel 4, lid 3, specialisatie-GVV wordt het marktaandeel dat de partijen bij de specialisatieovereenkomst en de met hen verbonden onderneming bezitten, in gelijke delen toegerekend aan elke onderneming die over de volgende rechten of bevoegdheden beschikt:
- (a) de bevoegdheid om, direct of indirect, meer dan de helft van de stemrechten uit te oefenen,

- (b) de bevoegdheid om, direct of indirect, meer dan de helft van de leden van de raad van toezicht, van de raad van bestuur of van de krachtens de wet tot vertegenwoordiging bevoegde organen te benoemen, of
- (c) het recht om, direct of indirect, de zaken van de onderneming te beheren.

3.4.6.3. Duur van de vrijstelling

278. De vrijstelling van de specialisatie-GVV heeft geen specifieke duur. De vrijstelling is van toepassing voor de duur van de specialisatieovereenkomst, zolang de marktaandeeldrempels worden gehaald.
279. In de specialisatie-GVV is bepaald dat wanneer het gecombineerde marktaandeel van de partijen meer dan 20 % bedraagt op ten minste één van de markten waarop de specialisatieovereenkomst betrekking heeft, de vrijstelling van toepassing blijft gedurende twee opeenvolgende kalenderjaren volgende op het jaar waarin de drempel van 20 % voor het eerst werd overschreden.

3.4.7. *Hardcore beperkingen in de specialisatie-GVV*

3.4.7.1. Hardcore beperkingen

280. In artikel 5 specialisatie-GVV is een lijst van hardcore beperkingen opgenomen. Hardcore beperkingen gelden als ernstige mededingingsbeperkingen die in de meeste gevallen verboden moeten worden wegens de schade die zij de markt en de gebruikers berokkenen. Specialisatieovereenkomsten die een of meer hardcore beperkingen bevatten, zijn als geheel uitgesloten van het toepassingsgebied van de vrijstelling waarin de specialisatie-GVV voorziet.
281. De in artikel 5 specialisatie-GVV opgesomde hardcore beperkingen kunnen in de volgende categorieën worden ingedeeld:
- (a) de vaststelling van prijzen bij de verkoop van de specialisatieproducten aan derden;
 - (b) de beperking van de productie of de verkoop; en
 - (c) de toewijzing van markten of klanten.
282. Dergelijke beperkingen kunnen a) direct of indirect, en b) afzonderlijk of in combinatie met andere factoren waarover de partijen bij de specialisatieovereenkomst controle hebben, tot stand worden gebracht.

3.4.7.2. Uitzonderingen

283. Artikel 5 specialisatie-GVV bevat ook verscheidene uitzonderingen op de hardcore beperkingen. Specialisatieovereenkomsten die deze bepalingen bevatten, kunnen nog steeds worden vrijgesteld indien aan de overige voorwaarden voor vrijstelling krachtens de specialisatie-GVV is voldaan.
- (a) Vaststelling van prijzen: in het kader van de gezamenlijke distributie staat de specialisatie-GVV vaststelling toe van prijzen die aan directe afnemers in rekening worden gebracht (artikel 5, punt 1, tweede alinea).
 - (b) Beperking van de productie of de verkoop:
 - i) In het kader van eenzijdige of wederkerige specialisatieovereenkomsten kunnen op grond van de specialisatie-GVV bepalingen worden vastgesteld betreffende de overeengekomen hoeveelheid producten die i) een partij of partijen niet langer zou of zouden vervaardigen of

voorbereiden en/of ii) een partij of partijen voor de andere partij of partijen zou of zouden vervaardigen of voorbereiden (artikel 5, punt 2, tweede alinea, punt a));

- ii) in het kader van gezamenlijke productieovereenkomsten staat de specialisatie-GVV bepalingen toe betreffende de vaststelling van de capaciteit en de productievolumes van de partijen met betrekking tot de specialisatieproducten (artikel 5, punt 2, tweede alinea, punt b));
- iii) in het kader van gezamenlijke distributie staat de specialisatie-GVV bepalingen toe waarbij verkoopdoelstellingen worden vastgesteld met betrekking tot de specialisatieproducten (artikel 5, punt 2, tweede alinea, punt c)).

3.4.8. Intrekking van het voordeel van de specialisatie-GVV

284. In de artikelen 6 en 7 specialisatie-GVV is bepaald dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten het voordeel van de specialisatie-GVV kunnen intrekken op grond van respectievelijk artikel 29, lid 1, en artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003, en met name wanneer:

- (a) de relevante markt zeer geconcentreerd is, en
- (b) de mededinging al zwak is, met name vanwege i) de individuele marktposities van andere marktdeelnemers, of ii) de door parallelle specialisatieovereenkomsten tot stand gebrachte banden tussen andere marktdeelnemers.

285. De aanwijzingen voor de intrekking van de voordelen van de O&O-GVV zijn ook van toepassing op de intrekking van de voordelen van de specialisatie-GVV (zie afdeling 2.7 van deze richtsnoeren).

3.5. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3, van productieovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV vallen

286. Er is geen sprake van een vermoeden dat productieovereenkomsten die buiten het toepassingsgebied van de specialisatie-GVV vallen, binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen, noch dat zij niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, zouden voldoen. Dergelijke productieovereenkomsten vereisen een individuele beoordeling.

287. De individuele beoordeling van dergelijke productieovereenkomsten begint met de vraag of de overeenkomst de mededinging zou beperken in de zin van artikel 101, lid 1¹⁶². Zo ja, dan moeten de ondernemingen nagaan of de productieovereenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

3.5.1. Efficiëntieverbeteringen

288. Productieovereenkomsten kunnen efficiëntieverbeteringen opleveren door:

- (a) ondernemingen in staat te stellen kosten te besparen die zij anders dubbel zouden maken;
- (b) ondernemingen te helpen de kwaliteit van hun producten te verbeteren als zij hun complementaire bekwaamheden en knowhow samenbrengen;

¹⁶² Afdeling 2.3 van deze richtsnoeren.

- (c) ondernemingen in staat te stellen de productdiversiteit te vergroten, hetgeen zij anders niet zouden kunnen betalen of bereiken;
- (d) ondernemingen in staat te stellen productietechnologieën te verbeteren of nieuwe producten te lanceren (zoals duurzame producten), waartoe zij anders niet in staat zouden zijn geweest (bijvoorbeeld wegens de technische mogelijkheden van de partijen);
- (e) ondernemingen ertoe aan te zetten en in staat te stellen hun productiecapaciteiten aan te passen aan een plotselinge stijging van de vraag of daling van het aanbod van bepaalde producten, waardoor het risico op tekorten ontstaat;
- (f) tekorten en verstoringen in de toeleveringsketen in kritieke sectoren van de economie aan te pakken, waardoor de partijen minder afhankelijk kunnen worden van een te beperkt aantal leveranciers van bepaalde producten, diensten en technologieën;
- (g) ondernemingen in staat te stellen tegen lagere kosten te produceren indien de partijen dankzij de samenwerking de productie kunnen verhogen waarbij de marginale kosten dalen met de productie, d.w.z. door schaalvoordelen; en
- (h) kostenbesparingen mogelijk te maken door middel van toepassingsvoordelen, indien de overeenkomst de partijen in staat stelt het aantal verschillende soorten producten uit te breiden.

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

3.5.2. *Onmisbaarheid*

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

3.5.3. *Voordelen doorgegeven aan gebruikers*

291. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen te compenseren, bijvoorbeeld in de vorm van lagere prijzen of een betere productkwaliteit of -diversiteit.

292. 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.

293. Wanneer de partijen bij de productieovereenkomst kunnen besparen op hun variabele kosten, zullen zij waarschijnlijk meer geneigd zijn die door te geven aan gebruikers, dan in het geval van besparingen op hun vaste kosten.

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

3.5.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

295. 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 uit te schakelen. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor mogelijke spill-overmarkten.

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

296. In dit deel geeft de Commissie de nodige houvast voor een specifiek type productieovereenkomst voor mobiele infrastructuur: overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur¹⁶³. Een digitale economie en samenleving, die voor vrijwel alle bedrijven en gebruikers relevant is, staat of valt met connectiviteitsnetwerken. Mobiele netwerkexploitanten werken vaak samen om kosteneffectiviteit van de uitrol van hun netwerk te vergroten¹⁶⁴.
297. Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur zijn een illustratie van specialisatieovereenkomsten die betrekking hebben op de gezamenlijke voorbereiding van diensten. Bij overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur komen mobiele netwerkexploitanten overeen om bepaalde infrastructuurelementen te delen. Hierbij kan het onder meer gaan om het medegebruik van hun basisinfrastructuur op de locaties, zoals masten, kasten, antennes of stroomvoorzieningen (“passief delen” of “site-sharing”). Mobiele netwerkexploitanten kunnen ook de uitrusting van het Radio Access Network (“RAN”) op de locaties delen, zoals basistransceiverstations of controller nodes (“actieve RAN-sharing”) of hun spectrum, zoals frequentiebanden (“delen van spectrum”)¹⁶⁵.
298. De Commissie erkent dat overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur voordelen kunnen opleveren die voortvloeien uit kostenverlaging of kwaliteitsverbeteringen. Kostenverlagingen, voor bijvoorbeeld uitrol en onderhoud, kunnen gebruikers ten goede komen in de vorm van lagere tarieven. Betere kwaliteit van dienstverlening of een breder aanbod van producten en diensten kan bijvoorbeeld

¹⁶³ Hierbij zij aangetekend dat de term “mobiele infrastructuur” in deze afdeling niet alleen betrekking heeft op het gebruik van de infrastructuur voor mobiele diensten, zoals mobiele breedband, maar ook op het aanbieden van draadloze toegang tot een vaste locatie, zoals de Fixed Wireless Access (“FWA”) die wordt gebruikt als alternatief voor vaste verbindingen.

¹⁶⁴ Het regelgevingskader voor elektronische communicatie zet de mogelijkheden uiteen voor medegebruik van mobiele infrastructuur in bepaalde, zeer specifieke omstandigheden. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn voor minder dichtbevolkte gebieden waar replicatie onuitvoerbaar is en eindgebruikers buiten de boot dreigen te vallen als het gaat om digitale connectiviteit. Zie de voorwaarden die uiteengezet worden in artikel 61, lid 4, van de Richtlijn (EU) 2018/1972 van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (“EECC”), op grond waarvan lidstaten ervoor moeten zorgen dat hun bevoegde autoriteiten de bevoegdheid hebben om ondernemingen verplichtingen op te leggen in verband met het gedeeld gebruik van passieve infrastructuur of verplichtingen om overeenkomsten inzake roamingtoegang en bij wijze van uitzondering ook voor het actief delen van infrastructuur te sluiten. Zie ook de aanbeveling van de Commissie betreffende een gemeenschappelijke toolbox van de Unie om de kosten van de uitrol van netwerken met zeer hoge capaciteit te verlagen en een tijdige en investeringsvriendelijke toegang tot 5G-radiospectrum te waarborgen, ter bevordering van de connectiviteit als ondersteuning van het economisch herstel na de COVID-19-crisis in de Unie (C(2020) 6270 final van 18 september 2020)..

¹⁶⁵ Tot slot kunnen de mobiele netwerkexploitanten behalve het RAN-gedeelte van hun netwerk ook bepaalde knooppunten van hun respectieve corenetwerken delen, zoals mobiele schakelcentrales (MSC’s) en mobile management entities (MME’s).

voortvloeien uit een snellere uitrol van nieuwe netwerken en technologieën, bredere dekking of fijnmazigere netwerken. Door medegebruik van mobiele infrastructuur kan er ook concurrentie ontstaan die anders niet zou bestaan¹⁶⁶. De Commissie heeft meestal ook kunnen constateren dat mobiele netwerkexploitanten kunnen profiteren van grote, efficiënte netwerken door overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur af te sluiten zonder dat er consolidatie door middel van fusies nodig is.

299. De Commissie is van mening dat overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur, waaronder eventueel het delen van spectrum, in beginsel geen mededingingsbeperkende strekking hebben in de zin van artikel 101, lid 1, tenzij zij dienen als middel om een kartel te vormen.
300. Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur kunnen echter wel mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Zij kunnen de concurrentie beperken die, zonder de overeenkomst, op het gebied van infrastructuur zou spelen¹⁶⁷. Verminderde concurrentie op het gebied van infrastructuur kan ook de concurrentie op groothandels- en detailhandelsniveau beperken. Dit komt omdat beperktere concurrentie op infrastructuurniveau ook van invloed kan zijn op parameters zoals het aantal en de geografische ligging van de locaties, het tijdstip van de uitrol van de locaties, alsmede de op elke locatie geïnstalleerde capaciteit, hetgeen dan weer de kwaliteit van dienstverlening en tarieven kan beïnvloeden.
301. Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur kunnen ook de beslissingsautonomie van de partijen verminderen en het vermogen en de prikkels van de partijen beperken om op het gebied van infrastructuur met elkaar te concurreren. Dit kan bijvoorbeeld samenhangen met een aantal technische¹⁶⁸, contractuele of financiële voorwaarden van de overeenkomst¹⁶⁹. Uitwisseling van informatie tussen de partijen kan ook problematisch zijn uit mededingingsoogpunt, met name wanneer deze verder gaat dan hetgeen strikt noodzakelijk is om de overeenkomst inzake medegebruik van mobiele infrastructuur uit te voeren.

¹⁶⁶ Medegebruik van mobiele infrastructuur kan bijvoorbeeld concurrentie op retailniveau mogelijk maken waarvan zonder de overeenkomst geen sprake zou zijn geweest; zie, per analogiam, het arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punten 77-79. Dit arrest heeft betrekking op nationale roamingovereenkomsten, maar de beginselen kunnen, mutatis mutandis, worden toegepast op overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur.

¹⁶⁷ De gevolgen van de overeenkomst moeten worden onderzocht en voor de oplegging van een verbod is vereist dat uit een samenstel van factoren blijkt dat de mededinging in feite is verhinderd, dan wel merkbaar is beperkt of vervalst. Bedoelde mededinging moet worden gezien tegen de feitelijke achtergrond van de omstandigheden waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen, waarbij met name kan worden betwijfeld of van verstoring van de mededinging wel sprake is wanneer de overeenkomst juist noodzakelijk blijkt om een onderneming in staat te stellen zich een plaats te veroveren op een voor haar nieuwe markt; zie arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, punt 68.

¹⁶⁸ Overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur zouden kunnen leiden tot situaties waarin een partij informatie achterhoudt voor de andere partij. Hierbij valt te denken aan een situatie waarbij een partij bepaalde technologie niet kan aanwenden in een gebied dat door de andere partij wordt bediend.

¹⁶⁹ Bijvoorbeeld bij een geografische verdeling, wanneer netwerkupgrades door de ene partij aan de andere partij in rekening worden gebracht tegen een prijs die hoger is dan de onderliggende incrementele kosten.

302. De beoordeling uit mededingingsoogpunt op grond van artikel 101 moet altijd per geval worden uitgevoerd¹⁷⁰, waarbij brede beginselen als leidraad kunnen fungeren bij het uitvoeren van die beoordeling voor de verschillende soorten overeenkomsten inzake medegebruik van mobiele infrastructuur:
- (a) passief medegebruik zal waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben, zolang de netwerkexploitanten een hoge mate van zelfstandigheid en flexibiliteit behouden bij het bepalen van hun zakelijke strategie, de kenmerken van hun diensten en netwerkinvesteringen;
 - (b) bij overeenkomsten voor actieve RAN-sharing is de kans wellicht groter dat deze mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Dit komt omdat actieve RAN-sharing vergeleken met passief medegebruik waarschijnlijk gepaard gaat met uitgebreidere samenwerking ten aanzien van netwerkelementen die waarschijnlijk niet alleen van invloed zullen zijn op de dekking maar ook op de onafhankelijke inzet van capaciteit;
 - (c) overeenkomsten voor het delen van spectrum (ook wel “spectrum pooling” genoemd) zijn een veel verregaandere vorm van samenwerking en kunnen de mogelijkheden van de partijen om hun detailhandels- en/of groothandelsaanbod te differentiëren inperken en onderlinge concurrentie rechtstreeks beperken¹⁷¹. De bevoegde autoriteiten mogen het delen van radiospectrum weliswaar niet verhinderen in de voorwaarden die aan de gebruiksrechten voor radiospectrum worden verbonden¹⁷², maar deze overeenkomsten moeten zorgvuldig aan artikel 101 worden getoetst¹⁷³.

¹⁷⁰ Arrest van het Gerecht van 2 mei 2006, O2 (Germany)/Commissie, T-328/03, ECLI:EU:T:2006:116, ECLI:EU:T:2006:116, punten 65-71.

¹⁷¹ Hierbij zij aangetekend dat de term “delen van spectrum” in dit deel alleen betrekking heeft op het type overeenkomst inzake medegebruik van infrastructuur waarbij twee of meer mobiele netwerkexploitanten hun respectieve spectrumposities binnen een of meer spectrumbanden gebruiken als gemeenschappelijke hulpbron (“poolen”). De overwegingen betreffende het delen van spectrum laten echter andere vormen van spectrumdeling onverlet, bijvoorbeeld tussen niet-concurrenten (onder meer tussen mobiele netwerkexploitanten en exploitanten van niet-mobiele netwerken) die dezelfde spectrumbanden op dynamische wijze gebruiken en daarmee het efficiënte gebruik van een schaarse hulpbron en nieuwe kansen voor de inzet van 5G bevorderen. Verder moet de term “spectrumdeling” in dit deel niet worden verward met de zgn. “Dynamic Spectrum Sharing”, een technologie voor de dynamische toewijzing van capaciteit aan een mobiele exploitant binnen een specifieke spectrumband, zodat meerdere generaties mobiele technologie, zoals 3G, 4G en 5G, gelijktijdig binnen deze spectrumband kunnen functioneren.

¹⁷² Zie artikel 47, lid 2, EECC, dat bepaalt dat de bevoegde instanties van de lidstaten met de voorwaarden die verbonden zijn aan de gebruiksrechten voor radiospectrum, het gedeeld gebruik van radiospectrum niet verhinderen. Verder kunnen de bevoegde instanties, wanneer zij voorwaarden verbinden aan individuele gebruiksrechten voor radiospectrum, de volgende mogelijkheden bieden tot: a) medegebruik van passieve of actieve infrastructuur; b) commerciële overeenkomsten inzake roamingtoegang; c) de gezamenlijke uitrol van infrastructuur voor het aanbieden van netwerken of diensten die afhankelijk zijn van het gebruik van radiospectrum.

¹⁷³ Zo zal bijvoorbeeld een overeenkomst inzake medegebruik van mobiele infrastructuur tussen twee mobiele exploitanten die een stabiel gezamenlijk marktaandeel van 90 % hebben, het hele grondgebied van een lidstaat bestrijken, alle technologieën (2G-5G) aanbieden en spectrum delen, een grondig onderzoek rechtvaardigen, waarbij hoogstwaarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt aan het licht zullen brengen, die uiteindelijk de gebruikers zullen schaden. Onder bepaalde omstandigheden (bijvoorbeeld als de overeenkomst zich beperkt tot dunbevolkte gebieden), hebben dergelijke overeenkomsten echter mogelijk niet dit soort mededingingsbeperkende gevolgen.

303. Bij de beoordeling of een overeenkomst inzake medegebruik van mobiele infrastructuur mededingingsbeperkende gevolgen heeft, spelen verscheidene factoren een rol, waaronder:
- (a) het soort en de reikwijdte van het medegebruik (waaronder de mate van onafhankelijkheid die de netwerkexploitanten behouden);¹⁷⁴
 - (b) de omvang van gedeelde diensten en gedeelde technologieën, de duur en de door de overeenkomsten tot stand gebrachte structuur;
 - (c) de geografische reikwijdte en de marktdekking van de overeenkomst inzake medegebruik van mobiele infrastructuur (bijvoorbeeld de dekkingsgraad van de bevolking en de vraag of de overeenkomst betrekking heeft op dichtbevolkte gebieden);¹⁷⁵
 - (d) de marktstructuur en -kenmerken (marktaandeelen van de partijen, hoeveelheid spectrum waarover de partijen beschikken, of partijen naaste concurrenten zijn, aantal exploitanten buiten de overeenkomst en de intensiteit van de door hen uitgeoefende concurrentiedruk, toetredingsdrempels enz.).
304. Hoewel het niet automatisch naleving van artikel 101 inhoudt, zou een overeenkomst inzake medegebruik van mobiele infrastructuur minimaal aan de volgende eisen moeten voldoen om te kunnen stellen dat deze, op het eerste gezicht, waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101 heeft:
- (a) exploitanten controleren en exploiteren hun eigen kernnetwerk en er zijn geen technische, contractuele, financiële of negatieve prikkels die hen ervan weerhouden hun infrastructuur indien gewenst individueel/eenzijdig aan te wenden, te moderniseren en te vernieuwen;
 - (b) exploitanten blijven onafhankelijk op retail- en groothandelsniveau actief (zelfstandigheid bij het nemen van technische, commerciële of andere besluiten). Hieronder valt de vrijheid van exploitanten om tarieven vast te stellen voor hun diensten, de parameters voor producten/bundels te bepalen, onafhankelijke spectrumstrategieën te hanteren en hun diensten te differentiëren op basis van kwaliteit en andere parameters;
 - (c) exploitanten wisselen niet meer informatie uit dan strikt noodzakelijk is voor het medegebruik van mobiele infrastructuur, en aan de informatie-uitwisseling zijn de nodige grenzen gesteld.
305. Wanneer de overeenkomst inzake medegebruik van mobiele infrastructuur deze minimumvoorwaarden niet in acht neemt, is dit een indicatie dat de betrokken

overeenkomst waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101 heeft.

3.7. Voorbeelden

306. Rechtstreekse beperking van mededinging

Voorbeeld 1

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

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

Als ondernemingen A en B hun variabele kosten volledig of voor een groot deel delen, zou deze productieovereenkomst hun onderlinge concurrentie rechtstreeks kunnen beperken. Dit kan de partijen ertoe aanzetten de productie van de gemeenschappelijke onderneming te beperken in vergelijking met wat de partijen op de markt zouden hebben gebracht indien zij elk afzonderlijk over hun productievolume zouden hebben beslist. Gezien de beperkte druk die concurrenten zullen uitoefenen wat betreft capaciteit, zou deze verminderde productie kunnen leiden tot hogere prijzen.

Het is derhalve waarschijnlijk dat de gemeenschappelijke productieonderneming van ondernemingen A en B mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, zou hebben op de markt van product X.

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

307. Heimelijke verstandhouding

Voorbeeld 2

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

Analyse: De markt wordt gekenmerkt door een zeer gering aantal spelers met vergelijkbare marktaandelen en variabele productiekosten. De samenwerking tussen ondernemingen A en B zou een extra relatie tot stand brengen op de markt en de concentratiegraad op de markt feitelijk verhogen, aangezien ook onderneming D aan ondernemingen A en B zou 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 alleen worden voldaan indien sprake is van aanzienlijke efficiëntieverbeteringen die in voldoende mate worden doorgegeven aan de gebruikers om op te wegen tegen de mededingingsbeperkende gevolgen. In dit voorbeeld lijkt dit, gezien de homogene kenmerken van product Y en de eenvoud van de onderliggende technologie, echter onwaarschijnlijk.

308. Mededingingsverstorende marktafsluiting

Voorbeeld 3

Situatie: Ondernemingen A en B richten een gemeenschappelijke productieonderneming op voor het tussenproduct X, die hun productie van X volledig voor haar rekening neemt. Tussenproduct X is een essentiële component bij de productie van downstream product Y en er is geen ander product dat in plaats daarvan als component kan worden gebruikt. De productiekosten van X maken 70 % uit van de variabele kosten van het eindproduct Y ten aanzien waarvan ondernemingen A en B downstream concurreren. Ondernemingen A en B hebben elk een aandeel van 20 % op de markt voor Y, er is beperkte markttoetreding en de marktaandelen zijn geruime tijd stabiel gebleven. Ondernemingen A en B voorzien in hun eigen behoefte aan X (intern gebruik) en hebben daarnaast beide een marktaandeel van 40 % op de commerciële markt voor X (verkoop aan derden). De toetredingsdrempels op de markt voor X zijn hoog 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 diverse kleinere concurrenten. Deze overeenkomst levert besparingen op de vaste kosten op, in de vorm van een besparing op de kosten van het hoofdkantoor, hetgeen resulteert in schaalvoordelen voor de gemeenschappelijke onderneming.

Analyse: De specialisatie-GVV is niet van toepassing op dit voorbeeld omdat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen hoger is dan 20 %, zowel op de markt van het tussenproduct X als op de markt voor het downstream product Y. Daarom is een individuele beoordeling van de productieovereenkomst vereist.

Door middel van de gemeenschappelijke productieonderneming zouden ondernemingen A en B de levering van de essentiële input X aan hun concurrenten op de downstream markt voor Y verregaand kunnen controleren. Dit zou

ondernemingen 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 ondernemingen A en B van de markt voor Y kunnen uitsluiten. Vanwege de waarschijnlijke mededingingsverstoringende afscherming van 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, zodat deze overeenkomst wellicht niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, zal voldoen.

309. Productieovereenkomst als verdeling van de markt

Voorbeeld 4

Situatie: Ondernemingen A en B vervaardigen beide de producten X en Y, die tot verschillende productmarkten behoren. Het marktaandeel van onderneming A is voor X 30 % en voor Y 10 %. Het marktaandeel van onderneming B is voor X 10 % en voor Y 30 %. Om bij de productie schaalvoordelen te behalen, sluiten de beide ondernemingen een wederkerige specialisatieovereenkomst volgens welke onderneming A uitsluitend X en onderneming B uitsluitend Y zal produceren. Zij leveren de goederen niet aan elkaar, zodat onderneming uitsluitend X verkoopt en onderneming B uitsluitend Y verkoopt. De partijen stellen dat zij door zich op deze wijze te specialiseren, sterk op vaste kosten besparen dankzij de schaalvoordelen, en dat zij, door zich slechts op één product te richten, hun productietechnologie zullen verbeteren, hetgeen tot producten van hogere kwaliteit zal leiden.

Analyse: De specialisatie-GVV is niet van toepassing omdat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen hoger is dan 20 % op elk van de productmarkten X en Y. Bovendien valt de overeenkomst tussen ondernemingen A en B niet onder de definitie van wederkerige specialisatieovereenkomst uit de specialisatie-GVV omdat er geen sprake is van onderlinge leveringen (d.w.z. er is geen overeenkomst om producten X en Y te kopen van, respectievelijk, ondernemingen B en A, die ermee instemmen deze producten te produceren en te leveren). Daarom is een individuele beoordeling van de productieovereenkomst vereist.

Wat de gevolgen van deze productieovereenkomst voor de mededinging op de markt betreft, zij verdeelt de markten van producten X en Y over de partijen. Derhalve heeft deze overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking. Aangezien de beweerde efficiëntieverbeteringen in de vorm van lagere vaste kosten en betere productietechnologie uitsluitend te maken hebben met de marktverdeling, wegen zij waarschijnlijk niet op tegen de beperkende gevolgen van de overeenkomst, en zou de overeenkomst derhalve niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen. Hoe dan ook zouden ondernemingen 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 tegelijkertijd overeen te komen dat de andere onderneming zich op de vervaardiging van het andere product concentreert.

310. Informatie-uitwisseling

Voorbeeld 5

Situatie: Ondernemingen A en B produceren beide Z, een chemische grondstof. Z is een homogeen product dat wordt vervaardigd overeenkomstig een Europese norm die geen productvarianties toelaat. De productiekosten zijn een belangrijke kostenfactor voor Z. Op de EU-markt voor Z heeft onderneming A een

marktaandeel van 20 % en onderneming 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 productielocatie van onderneming A is gevestigd in lidstaat X in Noord-Europa, terwijl de productielocatie van onderneming B is gevestigd in lidstaat Y in Zuid-Europa. Hoewel het merendeel van de afnemers van onderneming A gevestigd is in Noord-Europa, heeft onderneming A ook een aantal klanten in Zuid-Europa. De meeste afnemers van onderneming B zijn gevestigd in Zuid-Europa, maar zij heeft ook een aantal klanten in Noord-Europa. Op dit moment levert onderneming A aan de Zuid-Europese afnemers Z dat wordt vervaardigd in haar productielocatie in lidstaat X en per vrachtwagen naar Zuid-Europa wordt vervoerd. Onderneming B levert aan de Noord-Europese afnemers Z dat wordt vervaardigd in lidstaat Y en per vrachtwagen naar Noord-Europa wordt vervoerd. De transportkosten zijn vrij hoog, maar niet in die mate dat de leveringen van onderneming A in Zuid-Europa en de leveringen van onderneming B in Noord-Europa niet rendabel zouden zijn.

Ondernemingen A en B besluiten dat het efficiënter zou zijn dat onderneming A stopt met het vervoer van Z van lidstaat X naar Zuid-Europa en dat onderneming B stopt met het vervoer van Z van lidstaat Y naar Noord-Europa, maar zij willen ook graag hun bestaande afnemers behouden. Daartoe zijn ondernemingen A en B voornemens een ruilovereenkomst te sluiten op grond waarvan zij een overeengekomen jaarlijkse hoeveelheid Z kunnen kopen van de productielocatie van de andere partij, met als doel het gekochte Z te verkopen aan klanten die dichterbij de productielocatie 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 winstmarge 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 ondernemingen A en B, die concurrenten zijn, delen van hun productie ruilen, levert op zichzelf geen mededingingsbezwaren op. De overeenkomst bepaalt echter ook informatie uitwisselen over hun productie- en transportkosten voor Z. Bovendien hebben ondernemingen A en B voor een homogeen basisproduct een sterke gezamenlijke marktpositie in een vrij geconcentreerde markt. Daarom is het, als gevolg van de uitvoerige informatie-uitwisseling over een cruciale concurrentieparameter Z, waarschijnlijk dat de ruilovereenkomst tussen ondernemingen A en B mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, aangezien deze 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 het bereiken daarvan. De partijen zouden dergelijke kostenbesparingen ook kunnen realiseren door een prijsformule overeen te komen waarbij zij hun productie- en transportkosten niet hoeven bekend te maken. Derhalve voldoet de ruilovereenkomst in haar huidige vorm niet aan de criteria van artikel 101, lid 3.

4. INKOOPOVEREENKOMSTEN

4.1. Inleiding

311. In dit hoofdstuk komen voornamelijk overeenkomsten betreffende de gemeenschappelijke inkoop van producten door meerdere ondernemingen aan de orde. Gemeenschappelijke inkoop kan plaatsvinden via een onderneming onder gezamenlijke zeggenschap, door een onderneming waarin andere ondernemingen een deelneming zonder zeggenschap hebben, door een coöperatie of een coöperatie van coöperaties, op basis van een contractuele regeling of een nog lossere vorm van samenwerking, bijvoorbeeld één inkoper of onderhandelaar die een groep inkopers vertegenwoordigt (hierna tezamen “collectieve inkoopregelingen”).
312. Collectieve inkoopregelingen zijn in uiteenlopende economische sectoren te vinden en gaan gepaard met de bundeling van inkoopactiviteiten. Ze kunnen bestaan uit het bundelen van daadwerkelijke inkopen via de collectieve inkoopregeling. Ze kunnen ook beperkt blijven tot gezamenlijke onderhandelingen over de inkoopprijs, bepaalde elementen van de prijs, of andere voorwaarden, terwijl ze de daadwerkelijke inkopen, gebaseerd op de gezamenlijk onderhandelde prijs en voorwaarden, overlaten aan de individuele deelnemers. Een collectieve inkoopregeling kan ook aanvullende activiteiten met zich meebrengen, zoals gezamenlijke distributie, kwaliteitscontrole en opslag, om dubbele leveringskosten te vermijden. Al naar gelang de sector kan de koper de producten consumeren of deze gebruiken als basisproducten voor zijn eigen activiteiten, bijvoorbeeld energie of meststoffen. Groepen potentiële licentiehouders kunnen tevens gezamenlijk onderhandelen met licentiegevers over licentieovereenkomsten voor standaard-essentiële octrooien (SEP's) teneinde die technologie op te nemen in hun producten (ook wel Licensing Negotiation Groups (LNG's) genoemd). In de distributiesector verkopen inkopers de producten misschien gewoonweg door, zoals bijvoorbeeld fast moving consumer goods, consumentenelektronica of andere consumptiegoederen. De laatstgenoemde groep inkopers, die bestaat uit onafhankelijke detailhandelaren, detailhandelsketens of detailhandelsgroepen, wordt veelal aangeduid als “retailallianties”¹⁷⁶.
313. Collectieve inkoopregelingen hebben doorgaans tot doel een mate van kopersmacht jegens grote leveranciers tot stand te brengen die individuele deelnemers aan de collectieve inkoopregeling niet zouden bereiken indien zij afzonderlijk in plaats van gezamenlijk zouden handelen. De beoordeling ervan richt zich dan ook vooral op de inkoopmarkt waar de collectieve inkoopregeling de kopersmacht van haar deelnemers bundelt en onderhandelt met of inkoopt bij leveranciers. Kopersmacht van een collectieve inkoopregeling kan voor gebruikers leiden tot lagere prijzen, meer aanbod of producten of diensten van betere kwaliteit. Ondernemingen kunnen zich daarnaast ook aansluiten bij collectieve inkoopregelingen wanneer ze daardoor tekorten of verstoringen van de productie van bepaalde producten kunnen voorkomen, en zo onderbrekingen van de toeleveringsketen kunnen vermijden. Kopersmacht kan evenwel, onder bepaalde omstandigheden, ook in 4.2.3 uiteengezette mededingingsbezwaren opleveren.
314. Met collectieve inkoopregelingen kunnen zowel horizontale als verticale overeenkomsten gepaard gaan. In dergelijke gevallen is een analyse in twee stappen

¹⁷⁶ Zie Colen, L., Z. Bouamra-Mechemache, V. Daskalova en K. Nes, *Retail alliances in the agricultural and food supply chain*, EUR 30206 EN, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, Luxemburg, 2020, ISBN 978-92-76-18585-7, doi:10.2760/33720, JRC120271.

noodzakelijk. Eerst moeten de horizontale overeenkomsten tussen de bij de collectieve inkoop betrokken concurrerende ondernemingen of de door de ondernemersvereniging genomen besluiten worden getoetst aan de in deze richtsnoeren beschreven beginselen. Indien deze beoordeling leidt tot de conclusie dat de collectieve inkoopregeling geen mededingingsbezwaren oplevert, zal een verdere beoordeling nodig zijn om de desbetreffende verticale overeenkomsten tussen de collectieve inkoopregeling en een individuele deelnemer daaraan en tussen de collectieve inkoopregeling en leveranciers te onderzoeken. Deze laatste beoordeling moet verlopen volgens de regels van de groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen en de richtsnoeren inzake verticale beperkingen. Verticale overeenkomsten die niet onder die verticale groepsvrijstellingsverordening vallen, zijn niet per definitie onrechtmatig maar moeten individueel worden getoetst.

4.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

4.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

315. Inkoopregelingen kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben voor de upstream inkoopmarkt(en) en/of voor de downstream afzetmarkt(en), zoals hogere prijzen, een geringere productie, productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie, een verdeling van de markt of een mededingingsversturende afscherming van de markt voor andere potentiële inkopers.

4.2.2. Beperkingen van de mededinging naar strekking

316. Collectieve inkoopregelingen hebben doorgaans geen mededingingsbeperkende strekking indien zij echt betrekking hebben op gemeenschappelijke inkoop, d.w.z. als de collectieve inkoopregeling gepaard gaat met collectieve onderhandelingen en het afsluiten van een overeenkomst, namens haar deelnemers, met een bepaalde leverancier van een of meer contractuele voorwaarden. Dergelijke regelingen moeten worden onderscheiden van koperskartels, d.w.z. overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer inkopers, die erop gericht zijn
- (a) het individuele concurrentiegedrag van die inkopers op de markt te coördineren of de relevante concurrentieparameters te beïnvloeden via praktijken zoals onder meer, doch niet uitsluitend, het bepalen of coördineren van aan- of verkoopprijzen, of delen daarvan (waaronder loonafspraken of het niet betalen van een prijs voor een product), of andere contractuele voorwaarden, de toewijzing van aankoopquota, de verdeling van markten en klanten, en
 - (b) het uitoefenen van invloed op individuele onderhandelingen met of individuele inkopen bij leveranciers door die inkopers, bijvoorbeeld door de prijsonderhandelingsstrategieën van de inkopers te coördineren of aanbieders te polsen over de status van dergelijke onderhandelingen.
317. Koperskartels hebben tot doel de mededinging op de interne markt te verstoren¹⁷⁷, in strijd met artikel 101, lid 1, punt a)¹⁷⁸. In een koperskartel coördineren inkopers hun gedrag met het oog op hun individuele interactie met de leverancier op de inkoopmarkt. Indien inkopers individueel handelen met leveranciers, zouden ze hun

¹⁷⁷ Arrest van het Gerecht van 7 november 2019, Campine en Campine Recycling/Commissie, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, punt 297.

¹⁷⁸ Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 37; arrest van het Gerecht van 13 december 2006, FNCBV e.a./Commissie, T-217/03 en T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, punt 83 e.v.

eigen inkoopbeslissingen onafhankelijk van elkaar moeten nemen zonder hun onderlinge strategische onzekerheid weg te nemen door overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen of kunstmatig opgevoerde transparantie wat betreft hun toekomstige marktgedrag. Dit is duidelijk niet het geval wanneer inkopers eerst de inkoopprijs onderling vaststellen en elk van de inkopers vervolgens individueel onderhandelt met en inkoop bij de leverancier.

318. Van een koperskartel kan ook sprake zijn wanneer inkopers overeenkomen onderling commercieel gevoelige informatie uit te wisselen over hun individuele inkoopvoornemens of onderhandelingen met aanbieders, buiten een eventuele gemeenschappelijke inkoopregeling om die, namens haar deelnemers, collectief zaken doet met leveranciers¹⁷⁹. Hierbij gaat het met name om contacten tussen inkopers over te betalen inkooprijzen (maximumrijzen, minimumkortingen en andere prijsaspecten), algemene voorwaarden, bevoorradingsbronnen (in termen van zowel leveranciers als gebieden), volumes en hoeveelheden, kwaliteit of andere concurrentieparameters (bv. tijdstip, levering en innovatie).
319. De volgende niet-uitputtende lijst van factoren kan ondernemingen helpen om na te gaan of de overeenkomst waarbij zij, samen met andere inkopers, partij zijn wellicht geen koperskartel is. Deze factoren moeten per geval worden beoordeeld:
- (a) de collectieve inkoopregeling heeft leveranciers duidelijk gemaakt dat gezamenlijk wordt onderhandeld en dat deelnemers bij hun individuele inkopen of namens hen verrichte gemeenschappelijke inkopen gebonden zijn aan voorwaarden. De collectieve inkoopregeling hoeft de precieze identiteit van haar deelnemers niet prijs te geven, met name wanneer het gaat om kleine of middelgrote ondernemingen die zaken doen met grote leveranciers. Het feit dat leveranciers indirect op de hoogte zijn van de collectieve inkoopregeling, bijvoorbeeld via derden of berichten in de pers, zal echter waarschijnlijk niet voldoende worden geacht¹⁸⁰.
 - (b) de partijen bij de collectieve inkoopregeling hebben de vorm van hun samenwerking, de reikwijdte en de werkwijze vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst, zodat de naleving van artikel 101, lid 1, achteraf kan worden gecontroleerd en afgezet tegen de feitelijke uitvoering van de collectieve inkoopregeling. Een schriftelijke overeenkomst vrijwaart de regeling echter niet van mededingingsrechtelijk toezicht.
320. Een koperskartel vormt, voor zover het van invloed is op de handel tussen lidstaten, naar zijn aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging¹⁸¹. Bij de beoordeling van koperskartels hoeft derhalve, anders dan bij collectieve inkoopregelingen, is er geen afbakening van de relevante markt(en) vereist, noch moet er worden gekeken naar de marktpositie van de inkopers op de

¹⁷⁹ Zie hoofdstuk 6 over informatie-uitwisseling en in het bijzonder deel 6.2.6, dat ook van toepassing is op de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen inkopers.

¹⁸⁰ Geheimhouding is evenwel geen vereiste om van een koperskartel te spreken. De Commissie heeft geldboeten opgelegd aan koperskartels die geen volledige geheimhouding betrachtten maar ten minste op vrij transparante wijze van start gingen; zie Beschikking 2003/600/EG van de Commissie van 2 april 2003 betreffende een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (Zaak COMP/C.38.279/F3 – Frans rundvlees) (PB L 209 van 19.8.2003, blz. 12).

¹⁸¹ Arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012, Expedia, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, punt 37.

upstream inkoopmarkt en de vraag of onderling concurreren op de downstream afzetmarkt.

321. Collectieve inkoopregelingen kunnen ook een mededingingsbeperkende strekking hebben indien als instrument dienen om een verkapt kartel op te zetten, d.w.z. een overeenkomst tussen inkopers om prijzen vast te stellen, productie te beperken, of markten of klanten op de downstream afzetmarkt of -markten te delen.
322. Een collectieve inkoopregeling van een groep inkopers die erop gericht is een daadwerkelijke of potentiële concurrent uit te sluiten van hetzelfde niveau van de afzetmarkt, kwalificeert als een collectieve boycot en komt ook neer op een beperking van de mededinging naar strekking.

4.2.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

323. Collectieve inkoopregelingen, waarbij inkopers via de regeling gezamenlijk zakendoen met leveranciers, moeten in hun juridische en economische context worden geanalyseerd wat betreft hun daadwerkelijke en waarschijnlijke mededingingsbeperkende gevolgen. Bij de analyse van de mededingingsbeperkende gevolgen van een collectieve inkoopregeling moet worden gekeken naar de negatieve effecten op zowel de inkoopmarkt of -markten waar de collectieve inkoopregeling handelt met leveranciers, en de afzetmarkt of -markten waar de partijen bij de collectieve inkoopregeling mogelijk onderling als verkopers concurreren.
324. In het algemeen zullen collectieve inkoopregelingen evenwel minder gemakkelijk aanleiding geven tot mededingingsbezwaren wanneer de partijen geen marktmacht op de afzetmarkt of -markten bezitten.
325. Sommige contractuele beperkingen die worden opgelegd aan de deelnemers van een collectieve inkoopregeling hebben mogelijk geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, en kunnen zelfs positieve gevolgen voor de mededinging hebben wanneer ze zich beperken tot hetgeen objectief gezien noodzakelijk is om de goede werking van de regeling te waarborgen en de kopersmacht ten opzichte van leveranciers uit te oefenen¹⁸². Dit geldt bijvoorbeeld voor een verbod voor partijen bij een collectieve inkoopregeling om deel te nemen aan andere concurrerende regelingen voor zover dit de werking en kopersmacht ervan in gevaar zou kunnen brengen. Exclusieve inkoopverplichtingen, waarbij de deelnemers aan een collectieve inkoopregeling verplicht zijn om alle of de meeste van hun behoeften in te kopen via de regeling, kunnen dan weer negatieve gevolgen voor de mededinging hebben en een beoordeling van de totale gevolgen van de collectieve inkoopregeling vereisen.

4.2.3.1. Relevante markten

326. Er zijn twee markten waarvoor collectieve inkoopregelingen gevolgen kunnen hebben: Ten eerste de markt of markten waarop de collectieve inkoopregeling rechtstreeks betrekking heeft, d.w.z. de relevante inkoopmarkt of -markten waar de partijen onderhandelen met of kopen van leveranciers. Ten tweede de afzetmarkt of -markten, d.w.z. de downstream markt of markten waarop de partijen bij de collectieve inkoopregeling als verkopers optreden.

¹⁸² Zie arrest van het Hof van Justitie van 15 december 1994, Göttrup-Klim e.a. Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413, punt 34.

327. De bepaling van de relevante inkoopmarkten volgt de beginselen die worden beschreven in de bekendmaking marktbe­paling en eventuele toekomstige handvatten voor de bepaling van de relevante markten voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie, en gaat uit van 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 oogpunt van het aanbod en niet uit oogpunt van de vraag. Met andere woorden, de alternatieven van de leveranciers zijn van doorslaggevend belang wanneer het erom gaat de concurrentiedruk op inkopers vast te stellen. Die alternatieven zouden bijvoorbeeld kunnen worden geanalyseerd door de reactie van de leveranciers op een geringe doch duurzame prijsdaling te onderzoeken. Zodra de markt 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.
328. Indien de partijen daarnaast op een of meer afzetmarkten concurreren, zijn ook die markten relevant voor de beoordeling. De afzetmarkten moeten worden bepaald overeenkomstig de in de bekendmaking marktbe­paling beschreven methode en eventuele toekomstige handvatten voor de bepaling van de relevante markten voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie.

4.2.3.2. Marktmacht

329. Er bestaat geen absolute drempel waarboven kan worden vermoed dat de partijen bij een collectieve inkoopregeling marktmacht hebben zodat de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk aanleiding zal geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. In de meeste gevallen is het echter weinig waarschijnlijk dat er sprake zou zijn van marktmacht wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de collectieve inkoopregeling minder dan 15 % bedraagt, op zowel de inkoopmarkt of -markten als 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 hoe dan ook waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.
330. Een marktaandeel boven die drempel op een van beide markten of op beide markten is niet automatisch een aanwijzing dat de collectieve inkoopregeling waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Een collectieve inkoopregeling met een gezamenlijk marktaandeel boven die drempel vereist een grondige analyse van de gevolgen ervan voor de markt, waarbij – zij het niet uitsluitend – rekening wordt gehouden met factoren zoals de marktconcentratie, een beoordeling van winstmarges en een mogelijke tegenmacht van sterke leveranciers.
331. Als de partijen bij een collectieve inkoopregeling aanzienlijke marktmacht bezitten op de inkoopmarkt, bestaat het risico dat ze de mededinging upstream verstoren, hetgeen uiteindelijk ook verder downstream gebruikers concurrentienadeel kan berokkenen. Gezamenlijk uitgeoefende kopersmacht kan bijvoorbeeld investeringsprikkels aantasten en leveranciers ertoe dwingen de breedte of de kwaliteit van hun productaanbod te beperken. Dit kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben, zoals kwaliteitsverlies, verminderde innovatie-inspanningen of uiteindelijk een suboptimaal aanbod.
332. Het risico dat een collectieve inkoopregeling investeringen of innovaties ten behoeve van gebruikers ontmoedigt kan groter zijn voor grote inkopers die samen goed zijn voor een groot deel van de inkopen, zeker wanneer ze te maken hebben met kleine

leveranciers. Dergelijke leveranciers kunnen bijzonder kwetsbaar zijn voor lagere winstmarges als gevolg van een collectieve inkoopregeling met een aanzienlijk marktaandeel op de inkoopmarkt of -markten, vooral wanneer kleine leveranciers specifieke investeringen hebben gedaan voor de bevoorrading van de deelnemers aan een collectieve inkoopregeling. Mededingingsbeperkende gevolgen zijn minder waarschijnlijk indien leveranciers als verkopers een aanzienlijke tegenmacht hebben (hetgeen niet noodzakelijkerwijs een machtspositie impliceert) op de inkoopmarkt of -markten, bijvoorbeeld omdat ze producten of diensten verkopen die inkopers nodig hebben om te concurreren op de downstream afzetmarkt of -markten.

333. Zo kan een overeenkomst tussen de deelnemers aan een collectieve inkoopregeling om niet langer producten van bepaalde leveranciers af te nemen omdat deze producten niet duurzaam zijn terwijl de inkoopregeling alleen duurzame producten wil kopen, leiden tot een mededingingsbeperking wat betreft prijs en keuze. Gezien de inhoud, doelstellingen en juridische en economische context¹⁸³ heeft een dergelijke overeenkomst in beginsel niet tot doel leveranciers die niet-duurzame producten produceren, van de inkoopmarkt uit te sluiten. In die omstandigheden moeten de mededingingsbeperkende gevolgen van een collectieve inkoopregeling om alleen duurzame producten te kopen, worden beoordeeld door in het bijzonder te kijken naar de aard van de producten, de marktpositie van de inkopers en de marktpositie van leveranciers. In deze context zal het van belang zijn na te gaan of de betrokken leveranciers andere klanten hebben dan die welke partij zijn bij de collectieve inkoopregeling (waaronder klanten in andere markten) of eenvoudig kunnen besluiten ook duurzame producten te gaan produceren.
334. Kopersmacht van de partijen bij de collectieve inkoopregeling kan ook worden gebruikt om concurrerende inkopers uit te sluiten van de inkoopmarkt door hun toegang tot efficiënte leveranciers te beperken, en vereist een beoordeling van de mededingingsbeperkende gevolgen van de regeling. Dit is het meest waarschijnlijk indien er slechts een beperkt aantal leveranciers is en er drempels moeten worden overwonnen om de upstream inkoopmarkt aan de aanbodzijde te betreden. Omgekeerd komt een collectieve inkoopregeling van een groep inkopers die erop gericht is een daadwerkelijke of potentiële concurrent uit te sluiten van hetzelfde niveau van de afzetmarkt, neer op een collectieve boycot en komt neer op een beperking van de mededinging naar strekking.
335. Indien de partijen bij een collectieve inkoopregeling daadwerkelijke of potentiële downstream concurrenten zijn, hebben ze wellicht minder prikkels om op prijs te concurreren op de downstream afzetmarkt of -markten wanneer ze een groot deel van hun producten samen inkopen. Ten eerste is het zo dat, als de partijen aanzienlijke marktmacht bezitten (hetgeen niet noodzakelijk een machtspositie impliceert) op de afzetmarkt of -markten, de lagere inkooprijzen die door de collectieve inkoopregeling worden bereikt, waarschijnlijk niet zullen worden doorgegeven aan de gebruikers. Ten tweede, hoe hoger het gezamenlijke marktaandeel van inkopers op de downstream afzetmarkt, des te groter het risico dat de coördinatie van upstream inkopen ook zal leiden tot coördinatie van downstream verkopen. Het risico is bijzonder groot als de collectieve inkoopregeling deelnemers beperkt (of ontmoedigt) om zelfstandig aanvullende volumes van de input op de inkoopmarkt te kopen, hetzij via de collectieve inkoopregeling of daarbuiten. Een verplichting voor

¹⁸³

Zie afdeling 1.2.4.

de deelnemers aan een collectieve inkoopregeling om alle of de meeste van hun behoeften te kopen via de regeling, vereist een beoordeling van de mededingingsbeperkende gevolgen. Een dergelijke beoordeling kijkt in het bijzonder naar de omvang van de verplichting, het marktaandeel van de collectieve inkoopregeling op de afzetmarkt en de mate van concentratie van leveranciers op de inkoopmarkt, en de vraag of een dergelijke verplichting noodzakelijk is om een voldoende sterke onderhandelingspositie van de regeling ten opzichte van sterke leveranciers te waarborgen.

- 336. Bij het onderzoek of de partijen bij een collectieve inkoopregeling kopersmacht bezitten, zijn het aantal en de intensiteit van de relaties (bv. andere inkoopovereenkomsten) tussen de concurrenten op de inkoopmarkt van belang voor de beoordeling.
- 337. Gaat het echter om een samenwerking tussen concurrerende afnemers die niet op dezelfde relevante afzetmarkt werkzaam zijn (bijvoorbeeld detailhandelaren die op verschillende geografische markten actief zijn en niet als potentiële concurrenten kunnen worden beschouwd), dan is het minder waarschijnlijk dat de collectieve inkoopregeling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben op de afzetmarkt. Het is echter waarschijnlijker dat een dergelijke collectieve inkoopregeling met deelnemers die niet op dezelfde afzetmarkt actief zijn, mededingingsbeperkende gevolgen heeft indien hun positie op de inkoopmarkten zo aanzienlijk is dat zij het concurrentievermogen van andere spelers op de inkoopmarkten kan ondermijnen (bijvoorbeeld door investeringsprikkels upstream sterk aan te tasten).

4.2.3.3. Heimelijke verstandhouding

- 338. Collectieve inkoopregelingen kunnen leiden tot een heimelijke verstandhouding indien zij coördinatie van de gedragingen van de partijen op de afzetmarkt waar ze daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn, vergemakkelijken. Dit kan met name het geval zijn als de marktstructuur op de afzetmarkt bevorderlijk is voor collusie (bijvoorbeeld omdat de markt geconcentreerd is en een aanzienlijke mate van transparantie vertoont). Een heimelijke verstandhouding is ook waarschijnlijker als de collectieve inkoopregeling een aanzienlijk aantal ondernemingen op de afzetmarkt omvat en verder reikt dan slechts het gezamenlijk onderhandelen over inkoopvoorwaarden (bijvoorbeeld door de inkoopvolumes van haar deelnemers vast te stellen), waardoor de partijen bij de regeling aanzienlijk minder ruimte hebben om te concurreren op de afzetmarkt.
- 339. Heimelijke verstandhouding kan ook in de hand worden gewerkt indien de partijen door de gezamenlijke inkoop een hoge mate van kostendeling bereiken, voor zover de partijen marktmacht op de afzetmarkt bezitten en de markt kenmerken vertoont die aanzetten tot coördinatie.
- 340. Beperkende gevolgen voor de mededinging zijn waarschijnlijker indien de partijen bij de collectieve inkoopregeling een aanzienlijk deel van hun variabele kosten op de afzetmarkt delen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer detailhandelaren die op dezelfde relevante detailhandelsmarkt of -markten actief zijn, gezamenlijk een aanzienlijke hoeveelheid producten inkopen die zij daarna doorverkopen. Dit kan eveneens het geval zijn wanneer concurrerende fabrikanten en verkopers van een eindproduct een groot deel van hun input gezamenlijk inkopen.
- 341. Voor de uitvoering van een collectieve inkoopregeling kan het nodig zijn commercieel gevoelige informatie uit te wisselen, bijvoorbeeld over inkooprijzen

(of een deel daarvan) en -volumes. De uitwisseling van die informatie kan coördinatie met het oog op de vaststelling van verkoopprijzen en productievolumes gemakkelijker maken en zo leiden tot een heimelijke verstandhouding op de afzetmarkten. De spillover-effecten van de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kunnen bijvoorbeeld tot een minimum worden beperkt wanneer de gegevens worden verzameld door een collectief inkoopverband dat de informatie niet doorgeeft aan de partijen door technische of praktische maatregelen te treffen die het vertrouwelijke karakter ervan beschermen. De deelname van een onderneming aan diverse collectieve inkoopregelingen mag bovendien niet leiden tot mededingingsverstorende informatie-uitwisselingen of andere vormen van coördinatie tussen de diverse inkooporganisaties.

342. Eventuele gevolgen voor de mededinging die voortvloeien uit de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie zullen worden beoordeeld in het licht van de totale effecten van de collectieve inkoopregeling, op voorwaarde dat dergelijke uitwisselingen noodzakelijk zijn voor het functioneren van de collectieve inkoopregeling. Of de uitwisseling van informatie in het kader van een collectieve inkoopregeling waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben, dient tevens te worden beoordeeld aan de hand van de aanwijzingen in hoofdstuk 6. Als de uitwisseling van informatie niet verder gaat dan het delen van gegevens die noodzakelijk zijn voor de gezamenlijke inkoop door de partijen van de producten waarop de collectieve inkoopregeling 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 hetgeen noodzakelijk is voor de gezamenlijke inkoop.
343. Bij het onderhandelen over voorwaarden met leveranciers kan een collectieve inkoopregeling tegenover leveranciers ermee dreigen de onderhandelingen te staken of de inkoop tijdelijk stop te zetten indien geen betere voorwaarden of lagere prijzen worden aangeboden. Dergelijke bedreigingen maken doorgaans deel uit van een onderhandelingsproces en kunnen gepaard gaan met collectieve actie door inkopers wanneer een collectieve inkoopregeling de onderhandelingen voert. Sterke leveranciers kunnen in hun onderhandelingen met inkopers vergelijkbare ermee dreigen onderhandelingen of de levering van producten stop te zetten. Deze dreigingen komen doorgaans niet neer op een beperking van de mededinging naar strekking en eventuele ongunstige effecten die voortvloeien uit dergelijke collectieve dreigingen, zullen niet afzonderlijk maar in het licht van de totale effecten van de collectieve inkoopregeling worden beoordeeld. Een voorbeeld van dergelijke dreigementen tijdens onderhandelingen is het tijdelijk stopzetten door de leden van een retailalliantie van bestellingen van bepaalde producten, die door elk van de leden individueel worden geselecteerd voor hun eigen winkels, bij een leverancier tijdens hun onderhandelingen over de voorwaarden voor hun toekomstige leveringsovereenkomst¹⁸⁴. Deze tijdelijke stopzettingen kunnen ertoe leiden dat de door de individuele leden van de alliantie geselecteerde producten enige tijd niet beschikbaar zijn in de schappen van de detailhandelaren, namelijk totdat de

¹⁸⁴ Het tijdelijk stopzetten door detailhandelaren van bestellingen van bepaalde producten van leveranciers is niet hetzelfde als zogenaamde “delisting”, d.w.z. een maatregel waarbij een detailhandelaar bepaalde producten definitief uit zijn assortiment haalt en de bijbehorende schapruimte afstaat.

retailalliantie en de leverancier overeenstemming bereiken over de voorwaarden van toekomstige leveringen.

4.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

4.3.1. Efficiëntieverbeteringen

344. Collectieve inkoopregelingen kunnen aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren. Met name kunnen zij leiden tot kostenbesparingen, bijvoorbeeld in de vorm van lagere inkooprijzen of geringere transactie-, transport- en opslagkosten, waardoor schaalvoordelen mogelijk worden. Bovendien kunnen collectieve inkoopregelingen tot kwalitatieve efficiëntieverbeteringen leiden doordat zij leveranciers ertoe aanzetten te innoveren en nieuwe of verbeterde producten op de markt te brengen. Deze kwalitatieve efficiëntieverbeteringen kunnen gebruikers ten goede komen, doordat zij de afhankelijkheid van bepaalde producten verminderen en tekorten voorkomen via veerkrachtigere toeleveringsketens en bijdragen tot een veerkrachtigere interne markt.

4.3.2. Onmisbaarheid

345. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk 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 collectieve inkoopregeling in te kopen of te onderhandelen kan in sommige gevallen onmisbaar zijn om de mate van kopersmacht of het volume te bereiken die nodig zijn voor het behalen van schaalvoordelen. Een dergelijke verplichting moet echter per geval in de concrete context worden beoordeeld.

4.3.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

346. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen – bijvoorbeeld kostenbesparingen bij de inkoop of kwalitatieve verbeteringen in de vorm van de introductie van nieuwe of verbeterde producten op de markt – moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de collectieve inkoopregeling te compenseren. Kostenbesparingen of andere efficiëntieverbeteringen die alleen de partijen bij de collectieve inkoopregeling ten goede komen, zijn derhalve niet voldoende. De kostenbesparingen moeten worden doorgegeven aan de eigen afnemers van de partijen, d.w.z. de gebruikers. In het voorbeeld van lagere inkoopkosten kunnen de voordelen worden doorgegeven via lagere prijzen op de afzetmarkt of -markten.

347. Doorgaans hebben ondernemingen een prikkel om de vermindering van de variabele kosten in elk geval voor een deel door te geven aan hun eigen afnemers. De hogere winstmarge als gevolg van lagere variabele kosten biedt ondernemingen een aanzienlijke commerciële prikkel om de productie uit te breiden door middel van prijsverlagingen. De deelnemers aan een collectieve inkoopregeling die samen aanmerkelijke marktmacht bezitten op de afzetmarkt of -markten, zijn mogelijk echter minder geneigd om verminderingen van de variabele kosten door te geven aan gebruikers. Bovendien worden zuivere verminderingen van de vaste kosten (zoals eenmalige betalingen door leveranciers) waarschijnlijk niet doorgegeven aan gebruikers aangezien ze ondernemingen doorgaans niet stimuleren om hun productie uit te breiden. Een zorgvuldige beoordeling van de specifieke collectieve inkoopregeling is derhalve vereist om na te gaan of deze een economische prikkel

biedt om de productie uit te breiden en daarmee kostenbesparingen of efficiëntieverbeteringen door te geven¹⁸⁵. Tot slot zijn lagere verkoopprijzen voor gebruikers uiterst onwaarschijnlijk als de collectieve inkoopregeling de mogelijkheden van deelnemers beperkt (of deze ontmoedigt) om zelfstandig aanvullende volumes te kopen, hetzij via de collectieve inkoopregeling of daarbuiten. Collectieve inkoopregelingen die het zelfstandig bestellen van aanvullende volumes door hun deelnemers beperken, bieden namelijk een prikkel om de verkoopprijzen te verhogen. Het gezamenlijk beperken van de inkoop van inputs kan namelijk ook het verkoopvolume op de afzetmarkt of -markten beperken.

4.3.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

348. 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 uit te schakelen. Hierbij moeten zowel de inkoop- als de afzetmarkten worden onderzocht.

4.4. **Voorbeelden**

349. Koperskartel

Voorbeeld 1

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

Analyse: De vijf recyclingbedrijven zijn allemaal partij bij een koperskartel. Stuk voor stuk onderhandelen ze met en kopen ze van de inzamelaars van mobiele telefoons. Er is geen sprake van een collectieve inkoopregeling die de inkopers gezamenlijk vertegenwoordigt bij de onderhandelingen met of de aankoop van de inzamelaars. Ongeacht het vrij geringe marktaandeel van de recyclingbedrijven op de inkoopmarkt voor elektronisch afval, kwalificeert hun onderlinge overeenkomst als een beperking van de mededinging naar strekking die geen marktbepalings of een beoordeling van de potentiële gevolgen ervan voor de markt vereist.

350. Gezamenlijke onderhandelingen door een Europese retailalliantie

Voorbeeld 2

Situatie: Een Europese retailalliantie, met als leden zeven grote detailhandelsketens,

¹⁸⁵

Een voorbeeld: een korting kan misschien *contractueel* zijn vastgelegd als een eenmalige betaling, maar kan in werkelijkheid afhankelijk zijn van de vraag of de inkoper bepaalde verwachte verkoopdoelstellingen behaalt wanneer het jaar nadien opnieuw over het contract wordt onderhandeld.

elk uit een andere lidstaat, onderhandelt gezamenlijk met een grote merkfabrikant van suikerwaren over een aantal aanvullende voorwaarden voor hun toekomstige leveringsovereenkomst. De alliantie heeft een marktaandeel van slechts 18 % op elke relevante inkoopmarkt voor suikerwaren en elk van haar leden heeft op de detailhandelsmarkten in hun respectieve lidstaat een marktaandeel van tussen 15 % en 20 %. De onderhandelingen richten zich met name op een extra korting op de reguliere catalogusprijs van de fabrikant in ruil voor bepaalde promotionele diensten in de zeven lidstaten waar de leden van de alliantie actief zijn op de afzetmarkt. Beide zijden voeren harde onderhandelingen om de best mogelijke deal uit de brand te slepen. Op een bepaald moment tijdens de onderhandelingen dreigt de retailalliantie ermee en besluit zij vervolgens de bestelling van bepaalde producten van de fabrikant tijdelijk stop te zetten om de druk op te voeren. Bij de uitvoering van deze beslissing besluit elk lid van de alliantie individueel welke producten van de fabrikant hij niet meer bestelt tijdens de patstelling in de onderhandelingen. Uiteindelijk, na een nieuwe onderhandelingsronde, worden de fabrikant en de alliantie het eens over de extra korting die van toepassing zal zijn op de verdere afzonderlijke inkopen door de leden van de alliantie, en hervatten ze hun bestellingen voor het totale productassortiment van de fabrikant.

Analyse: De Europese retailalliantie kwalificeert als een collectieve inkoopregeling, zelfs wanneer zij gezamenlijk namens haar leden slecht over bepaalde voorwaarden met de fabrikant onderhandelt, op basis waarvan dezen individueel hun vereiste hoeveelheden inkopen. De nationale detailhandelsketens die lid zijn van de alliantie, zijn niet op dezelfde afzetmarkten actief. Het is derhalve minder waarschijnlijk dat de collectieve inkoopregeling de mededinging downstream beperkt voor zover concurrerende detailhandelaren voldoende concurrentiedruk uitoefenen. Eventuele nadelige mededingingsgevolgen van de extra korting voor upstream fabrikanten (bijvoorbeeld wat betreft innovatie door leveranciers) moeten worden beoordeeld in het licht van de totale effecten van de collectieve inkoopregeling. Het tijdelijk stopzetten van bestellingen lijkt de gebruikers op korte termijn geen schade te berokkenen, voor zover ze andere concurrerende detailhandelaren hebben waar ze dezelfde producten of substitueerbare producten kunnen kopen, en gebruikers kunnen er op lange termijn zelfs baat bij hebben in de vorm van lagere prijzen.

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

Voorbeeld 3

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

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

352. Kostendeling en marktmacht op de afzetmarkt

Voorbeeld 4

Situatie: Twee supermarktketens sluiten een overeenkomst voor de gezamenlijke inkoop van producten die ongeveer 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 ze een gezamenlijk marktaandeel van 60 % en er zijn vier andere grote detailhandelaren, elk met een marktaandeel van 10 %. Dat nieuwkomers de markt betreden is niet erg waarschijnlijk.

Analyse: De kans is groot dat deze inkoopovereenkomst de partijen de gelegenheid biedt om hun gedrag op de afzetmarkt te coördineren en dat er zo een heimelijke verstandhouding ontstaat. De partijen hebben marktmacht op de afzetmarkt, gezien het geringe aantal veel kleinere concurrenten op die markt, en de inkoopovereenkomst zorgt voor een aanzienlijke mate van kostendeling. Bovendien zijn de komst van 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 gevolgen compenseert. De inkoopovereenkomst zal daarom waarschijnlijk niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen.

353. Partijen die op verschillende geografische markten actief zijn

Voorbeeld 5

Situatie: Zes grote detailhandelaren die elk in een andere lidstaat gevestigd zijn, vormen een collectieve inkoopregeling om verscheidene merkproducten op basis van durumtarwemeel gezamenlijk in te kopen. De partijen mogen andere vergelijkbare merkproducten inkopen buiten het samenwerkingsverband om. Voorts bieden vijf van hen vergelijkbare producten onder eigen label aan. De deelnemers aan de collectieve inkoopregeling hebben een gezamenlijk marktaandeel van ongeveer 22 % op de relevante inkoopmarkt, die de gehele Unie bestrijkt. Op de inkoopmarkt zijn drie andere grote kopers van vergelijkbare grootte actief. Elk van de partijen bij de

collectieve inkoopregeling heeft een marktaandeel van 20 % tot 30 % op de afzetmarkten waarop zij actief zijn en die nationale markten 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: De collectieve inkoopregeling zal kunnen concurreren met andere grote bestaande kopers op de inkoopmarkt. De afzetmarkten zijn veel kleiner (in omzet en geografische omvang) dan de Uniebrede inkoopmarkt, en op die markten hebben sommige leden van de regeling mogelijk marktmacht. Hoewel de leden van de collectieve inkoopregeling 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 potentiële concurrenten zijn op de downstream markten. Zij zullen daarnaast de verlaagde prijzen waarschijnlijk doorgeven indien ze te maken hebben met aanzienlijke concurrentie op de afzetmarkten. De collectieve inkoopregeling zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

354. Informatie-uitwisseling

Voorbeeld 6

Situatie: Drie concurrerende fabrikanten A, B en C belasten een onafhankelijk collectieve inkoopregeling met de inkoop van product Z, een halffabricaat dat door de drie partijen wordt gebruikt voor hun productie van het eindproduct X. De kostprijs van Z is geen significante kostenfactor bij de productie van X. De collectieve inkoopregeling concurreert niet met de partijen op de afzetmarkt voor X. Alle informatie die noodzakelijk is voor de inkoop (bv. kwaliteitsspecificaties, hoeveelheden, leveringstermijnen, maximale inkooprijzen) wordt alleen megedeeld aan de collectieve inkoopregeling – en niet aan de andere partijen. De collectieve inkoopregeling 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 via de inkooporganisatie doorgeven van de informatie die noodzakelijk is voor de inkoop, aanleiding zal geven tot een heimelijke verstandhouding. Het is derhalve onwaarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

5. COMMERCIALISERINGSOVEREENKOMSTEN

5.1. Inleiding

355. Commercialiseringsovereenkomsten hebben betrekking op de samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun substitutieproducten. De werkingssfeer van dit soort overeenkomsten kan sterk variëren, afhankelijk van de commercialiseringsfuncties die binnen de samenwerking vallen. Aan het ene uiteinde van het spectrum staan de overeenkomsten inzake gezamenlijke afzet, die tot de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs, kunnen leiden. Aan het andere uiteinde zijn er meer beperkte overeenkomsten die alleen

betrekking hebben op één bepaalde commercialiseringsfunctie, zoals distributie, aftersales of reclame.

356. Een belangrijke categorie binnen deze meer beperkte overeenkomsten zijn de distributieovereenkomsten. De VGVV en de verticale richtsnoeren zijn doorgaans van toepassing op distributieovereenkomsten, tenzij de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Komen de concurrenten overeen hun substitutieproducten te verdelen (met name indien zij dit op verschillende geografische markten doen), dan bestaat in bepaalde gevallen het risico dat deze overeenkomsten strekken tot de opdeling van de markten tussen de partijen of deze tot gevolg hebben, of dat zij tot een heimelijke verstandhouding leiden. Dit kan het geval zijn voor zowel wederkerige overeenkomsten als niet-wederkerige overeenkomsten tussen concurrenten, die dus eerst moeten worden getoetst aan de in dit hoofdstuk uiteengezette beginselen. Indien deze toetsing tot de conclusie leidt dat een samenwerking tussen concurrenten op distributiegebied in beginsel aanvaardbaar zou zijn, zal een verdere beoordeling noodzakelijk van de verticale beperkingen die in dergelijke overeenkomsten zijn vervat. Deze tweede fase van de beoordeling moet worden gebaseerd op de beginselen die in de verticale richtsnoeren zijn uiteengezet.
357. De enige uitzondering op deze in het vorige punt genoemde tweestapsbenadering is het geval van een niet-wederkerige distributieovereenkomst tussen concurrenten waarbij a) de leverancier een producent, groothandelaar of importeur en een distributeur van goederen is, terwijl de afnemer een distributeur die geen concurrent op productie-, groothandels- of importniveau 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 concurrent is op het handelsniveau waarop hij de contractdiensten koopt die onder de VGVV¹⁸⁶ vallen, waarop deze richtsnoeren niet van toepassing zijn. Punt 48 biedt verdere houvast omtrent de algemene relatie tussen deze richtsnoeren en de VGVV en de verticale richtsnoeren.
358. 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. Bij het onderzoek van commercialiseringsovereenkomsten waarbij samenwerking in verschillende stadia wordt gecombineerd, moet de beoordeling worden uitgevoerd overeenkomstig de punten 6 en 7.
359. Specifieke regels zijn van toepassing op de commercialisering van landbouwproducten. Artikel 101 is niet van toepassing op i) de commercialisering van landbouwproducten via erkende producentenorganisaties en verenigingen van producentenorganisaties¹⁸⁷ en ii) op bepaalde commercialiseringsovereenkomsten die geen betrekking hebben op prijzen van gezamenlijke verkopen en worden afgesloten tussen landbouwers en tussen hun verenigingen¹⁸⁸, met inachtneming van in deze

¹⁸⁶ Artikel [...] van de groepsvrijstellingsverordening verticale beperkingen.

¹⁸⁷ Artikel 152, lid 1 bis, van Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten, zoals gewijzigd door Verordening (EU) 2021/2117 van het Europees Parlement en de Raad van 2 december 2021 (PB L 347 van 20.12.2013, blz. 671).

¹⁸⁸ Artikel 209 van Verordening (EU) nr. 1308/2013.

regels uiteengezette specifieke voorwaarden. Bovendien zijn er specifieke bepalingen voor de commercialisering van rauwe melk¹⁸⁹.

5.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

5.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

360. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen op uiteenlopende wijzen leiden tot een beperking van de mededinging. Ten eerste zijn prijsafspraken het meest voor de hand liggende gevolg dat commercialiseringsovereenkomsten kunnen hebben.
361. Ten tweede kunnen commercialiseringsovereenkomsten ook productiebeperkingen in de hand werken, omdat de partijen kunnen beslissen over de hoeveelheid producten die op de markt wordt gebracht, waardoor zij het aanbod kunnen beperken.
362. 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, bijvoorbeeld wanneer de productielocaties van de partijen gevestigd zijn in verschillende geografische markten of wanneer het om wederkerige overeenkomsten gaat.
363. Ten slotte kunnen commercialiseringsovereenkomsten ook leiden tot een uitwisseling van strategische informatie over aspecten die binnen of buiten het bestek van de samenwerking vallen of kostendeling – met name bij overeenkomsten die geen prijsafspraken behelzen – hetgeen kan in een heimelijke verstandhouding resulteren.

5.2.2. Beperkingen van de mededinging naar strekking

364. Allereerst leiden commercialiseringsovereenkomsten tot een beperking van de mededinging naar strekking indien ze als instrument fungeren om deel te nemen aan een verkapt kartel. Hoe dan ook, commercialiseringsovereenkomsten die gepaard gaan met onderlinge prijsafspraken of marktopdeling, hebben dus waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking.
365. Een van de belangrijkste mededingingsbezwaren die bij commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten rijzen, zijn de onderlinge prijsafspraken. Overeenkomsten die zich beperken tot gezamenlijke verkoop, en in het algemeen commercialiseringsovereenkomsten die voorzien in gezamenlijke prijsvaststelling, leiden doorgaans tot de coördinatie van het prijsstellingsbeleid van concurrerende producenten of dienstverleners. Bij dergelijke overeenkomsten wordt niet alleen de prijsconcurrentie tussen de partijen met betrekking tot hun substitutieproducten uitgeschakeld, maar kan tevens de totale hoeveelheid producten worden beperkt die door de partijen in het kader van een systeem van toewijzing van bestellingen moet worden geleverd. Dergelijke overeenkomsten hebben daarom waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking.
366. Deze beoordeling verandert niet wanneer de overeenkomst niet-exclusief is (d.w.z. wanneer het de partijen vrij staat individueel buiten de overeenkomst om te verkopen), voor zover kan worden geconcludeerd dat de overeenkomst tot coördinatie van de door de partijen aan alle of een deel van hun klanten aangerekende prijzen zal leiden.

¹⁸⁹ Artikel 149 van Verordening (EU) nr. 1308/2013.

367. Ook productiebeperkingen vormen een belangrijk mededingingsbezwaar dat kan voortvloeien uit commercialiseringsovereenkomsten. Wanneer de partijen bij de overeenkomst gezamenlijk beslissen over de hoeveelheid op de markt te brengen producten, zou het beschikbare aanbod van de contractproducten kunnen worden verminderd, hetgeen de prijs ervan verhoogt. Elke partij bij de overeenkomst zou in beginsel zelfstandig moeten beslissen om de productie te verhogen of te verlagen om aan de marktvraag te voldoen. Het risico op productiebeperkingen is beperkter in het geval van niet-exclusieve commercialiseringsovereenkomsten, zolang de partijen vrij en daadwerkelijk beschikbaar blijven om individueel aan eventuele extra vraag te voldoen, en op voorwaarde dat de overeenkomst niet zal leiden tot coördinatie van het leveringsbeleid van de partijen.
368. Een ander specifiek mededingingsbezwaar met betrekking tot commercialiseringsovereenkomsten tussen partijen die op verschillende geografische markten of voor andere categorieën klanten actief zijn, is dat dergelijke overeenkomsten een middel tot opdeling van de markt kunnen zijn. Indien de partijen gebruikmaken van een wederkerige commercialiseringsovereenkomst om elkaars producten te distribueren, en zo daadwerkelijke of potentiële onderlinge concurrentie uit te schakelen door markten of klanten doelbewust toe te wijzen, mag ervan worden uitgegaan dat deze overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft. Is de overeenkomst niet wederkerig, dan is het risico op marktopdeling minder groot. Er moet evenwel worden nagegaan of de niet-wederkerige overeenkomst niet de basis vormt voor een onderlinge afspraak om elkaars markt niet te betreden.

5.2.3. *Mededingingsbeperkende gevolgen*

369. Een commercialiseringsovereenkomst die geen mededingingsbeperkende strekking heeft, kan nog altijd mededingingsbeperkende gevolgen hebben, hetgeen moet worden nagegaan aan de hand van de in punt 37 genoemde elementen. Daaraan kunnen nog de volgende verduidelijkingen worden toegevoegd met betrekking tot mededingingsverstoringende effecten in commercialiseringsovereenkomsten.
370. Om de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen van een commercialiseringsovereenkomst te beoordelen, moet de concurrentieverhouding tussen de partijen in de relevante geografische en productmarkt of -markten waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft (d.w.z. de markt of markten waartoe de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft behoren) worden afgebakend. In een commercialiseringsovereenkomst is de voornaamste betrokken markt doorgaans de markt waar de partijen bij de overeenkomst de contractproducten gezamenlijk op de markt zullen brengen. Aangezien een commercialiseringsovereenkomst op een bepaalde markt ook gevolgen kan hebben voor het concurrentiegedrag van de partijen op naburige markten die nauw verbonden zijn met de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, moeten in voorkomend geval echter ook die naburige markten worden afgebakend. De naburige markten kunnen horizontaal of verticaal verbonden zijn met de markt waarop de samenwerking plaatsvindt.
371. In gevallen waarin commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten geen mededingingsbeperkende strekking hebben, zullen zij doorgaans slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben als de partijen een zekere mate van marktmacht hebben, hetgeen moet worden beoordeeld mede rekening houdende met mogelijke compenserende kopersmacht. In dit verband poolen de partijen (een deel van) hun marktgerelateerde activiteiten in commercialiseringsovereenkomsten, in

directe relatie tot hun klanten. In het geval van gezamenlijke marktmacht is er derhalve doorgaans een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de partijen in staat zijn prijzen te verhogen of de productie, productkwaliteit, productverscheidenheid of innovatie te beperken. De directe relatie tot klanten vergroot het risico dat de overeenkomst mededingingsverstoringen heeft.

372. Een commercialiseringsovereenkomst zal doorgaans geen aanleiding geven tot mededingingsbezwaren indien zij objectief gezien noodzakelijk is om een partij in staat te stellen een markt te betreden die zij alleen of met een aantal partijen dat kleiner is dan het aantal partijen dat daadwerkelijk bij de samenwerking betrokken is, niet had kunnen betreden, vanwege bijvoorbeeld de kosten.
373. Bij de beoordeling van een wederkerige commercialiseringsovereenkomst moet in eerste instantie worden nagegaan of de partijen objectief gezien de betrokken overeenkomst nodig hebben om elkaars markten te betreden. Is dit het geval, dan zal de overeenkomst geen 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 of markten van andere partijen vermindert door de prikkels om dat te doen weg te nemen, is er waarschijnlijk sprake van mededingingsbeperkende gevolgen. Dezelfde redenering kan worden toegepast op niet-wederkerige overeenkomsten, waarbij het risico op mededingingsbeperkende gevolgen echter minder uitgesproken is.

5.2.3.1. Heimelijke verstandhouding

374. Een overeenkomst inzake gezamenlijke commercialisering die geen prijsafspraken, productiebeperkingen of marktopdeling behelst, zal waarschijnlijk ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de mate waarin de partijen variabele kosten delen, stijgt tot een niveau waarop een heimelijke verstandhouding het logische gevolg is. Dit is waarschijnlijk het geval voor een gezamenlijke commercialiseringsovereenkomst indien de partijen voorafgaand aan de overeenkomst reeds een groot deel van hun variabele kosten met elkaar gemeen hebben. In een dergelijke situatie kan de extra toename van de gedeelde kosten (d.w.z. de verkoopkosten van het product waarop de overeenkomst ziet) de balans doen doorslaan naar een heimelijke verstandhouding. Indien daarentegen de gedeelde kosten sterk toenemen, zal het risico dat het tot een heimelijke verstandhouding komt wellicht groot zijn, zelfs indien het oorspronkelijke niveau van gedeelde kosten laag is.
375. De waarschijnlijkheid dat er een heimelijke verstandhouding tot stand komt, hangt af van de marktmacht van de partijen en van de kenmerken van de relevante markt. Kostendeling kan het risico op een heimelijke verstandhouding alleen doen toenemen als de partijen marktmacht hebben en als de 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 het risico op een heimelijke verstandhouding toenemen als de commercialiseringsovereenkomst betrekking heeft op producten waarvan de verkoop veel kosten meebrengt, bijvoorbeeld hoge distributie- of marketingkosten. Gemeenschappelijke overeenkomsten die uitsluitend betrekking hebben op gezamenlijke reclame of promotie kunnen derhalve eveneens aanleiding geven tot mededingingsbeperkende gevolgen indien die kosten een belangrijke kostenfactor vormen.

376. Gezamenlijke commercialisering brengt doorgaans de uitwisseling van gevoelige commerciële informatie mee, met name over marketingstrategie en prijsstelling. In de meeste commercialiseringsovereenkomsten is met het oog op 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 informatie-uitwisseling zullen niet afzonderlijk, maar samen met de totale effecten van de overeenkomst worden onderzocht.

377. Welke mededingingsbeperkende gevolgen van informatie-uitwisseling in het kader van commercialiseringsovereenkomsten te verwachten zijn, zal hoe dan ook afhangen van de kenmerken van de markt en de uitgewisselde gegevens en dient te worden beoordeeld aan de hand van de in hoofdstuk 6 gegeven houvast.

5.2.3.2. Samenwerking die doorgaans geen bezwaren oplevert

378. Zoals reeds gezegd in punt 367, kunnen commercialiseringsovereenkomsten tussen concurrenten doorgaans mededingingsbeperkende gevolgen 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 ten hoogste 15 % hebben op de markt waar ze de contractproducten gezamenlijk op de markt brengen. Bij een gezamenlijk marktaandeel van de partijen van minder dan 15 % is het hoe dan ook waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.

379. Wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 15 % bedraagt, kan niet worden verondersteld dat hun overeenkomst geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft en moet dus worden nagegaan welke gevolgen de overeenkomst inzake gezamenlijke commercialisering waarschijnlijk voor de markt zal hebben.

5.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

5.3.1. Efficiëntieverbeteringen

380. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren. Met welke efficiëntieverbeteringen rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van de vraag of een commercialiseringsovereenkomst voldoet aan de criteria van artikel 101, lid 3, hangt af van de aard van de activiteit en de partijen bij de samenwerking. Prijsafspraken kunnen over het algemeen niet worden gerechtvaardigd, tenzij deze onmisbaar zijn voor de integratie van andere marketingfuncties en tenzij deze integratie een aanmerkelijke efficiëntieverbetering tot stand zal brengen. Gezamenlijke distributie kan aanzienlijke efficiëntieverbeteringen opleveren, die voortkomen uit toepassings- en schaalvoordelen, met name voor kleinere producenten of groepen onafhankelijke detailhandelaren, bijvoorbeeld indien ze profiteren van nieuwe distributieplatformen om te concurreren met internationale of grote spelers. Gezamenlijke distributie kan met name relevant zijn om milieudoelstellingen te verwezenlijken, op voorwaarde dat deze zeker, kwantificeerbaar en gedocumenteerd zijn. Commercialiseringsovereenkomsten kunnen ook bijdragen aan een veerkrachtige interne markt en efficiëntieverbeteringen ten voordele van gebruikers opleveren doordat ze de afhankelijkheid van bepaalde producten en/of tekorten en verstoringen in toeleveringsketens beperken.

381. Bovendien 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 moet het gaan om het resultaat zijn van de integratie 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.
382. De efficiëntieverbeteringen moeten worden aangetoond door de partijen bij de overeenkomst. 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 gezamenlijke commercialisering echter niet meer inhoudt dan een verkoopbureau en er geen investeringen worden gedaan, zal deze waarschijnlijk niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

5.3.2. Onmisbaarheid

383. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een commercialiseringsovereenkomst voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Onmisbaarheid is met name van belang voor overeenkomsten die prijsafspraken of de opdeling van markten behelzen, hetgeen slechts in uitzonderlijke gevallen als onmisbaar kan worden beschouwd.

5.3.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

384. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van de commercialiseringsovereenkomst te compenseren. Dit kan gebeuren in de vorm van lagere prijzen dan wel een betere kwaliteit of grotere diversiteit van de producten. Hoe groter de marktmacht van de partijen evenwel is, des te minder waarschijnlijk het is dat zij efficiëntievoordelen aan de gebruikers zullen doorgeven in een mate die de mededingingsbeperkende gevolgen 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.

5.3.4. Geen uitschakeling van de mededinging

385. 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 uit te schakelen. Dit moet worden onderzocht voor de relevante markt waartoe de onder de samenwerking vallende producten behoren, en voor mogelijke spill-overmarkten.

5.4. Inschrijvende consortia

386. De term inschrijvend consortium verwijst naar een situatie waarbij twee of meer partijen gezamenlijk inschrijven op een openbare of particuliere aanbesteding¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Samenwerking bij inschrijvingen kan worden gerealiseerd via onderaanneming, waarbij de officiële bidder overeenkomt om, in het geval van toewijzing, een deel van de activiteit uit te besteden aan een of meer andere partijen, of via een consortium, waarbij alle consortiumpartners gezamenlijk deelnemen

387. Ten behoeve van deze afdeling moet onderscheid worden gemaakt tussen inschrijvende consortia en manipulatie van aanbestedingsprocedures (of collusie bij overheidsopdrachten), dat verwijst naar illegale overeenkomsten tussen ondernemers met als doel de concurrentie bij gunningsprocedures te verstoren. Manipulatie van aanbestedingsprocedures is een van de zwaarste vormen van beperkingen naar strekking en kan verschillende vormen aannemen, zoals het vooraf bepalen van de inhoud van hun inschrijvingen (met name de prijs) om de uitkomst van de procedure te beïnvloeden, het afzien van het indienen van een inschrijving, het verdelen van de markt op basis van geografie, aanbestedende dienst of voorwerp van de aanbesteding, of het opzetten van roulatieschema's voor een aantal procedures. Het doel van al deze praktijken is een vooraf bepaalde inschrijver in staat te stellen een opdracht in de wacht te slepen en tegelijkertijd de indruk te wekken dat de procedure werkelijk concurrerend is¹⁹¹. Uit mededingingsoogpunt is manipulatie van aanbestedingsprocedures een vorm van kartel die bestaat uit het manipuleren van een aanbestedingsprocedure om een opdracht in de wacht te slepen¹⁹².
388. Gezamenlijke inschrijving behelst doorgaans geen manipulatie van aanbestedingsprocedures. Het is eerder een heimelijke of stilzwijgende overeenkomst tussen potentiële deelnemers om hun ogenschijnlijke individuele beslissingen over deelname aan de aanbestedingsprocedure te coördineren. In sommige gevallen is het onderscheid tussen manipulatie van aanbestedingsprocedures en rechtmatige vormen van gezamenlijke inschrijving niet eenvoudig te maken, met name in het geval van onderaanneming. Zo kunnen gevallen waarbij twee inschrijvers als onderaannemer voor elkaar optreden wijzen op collusie, aangezien onderaannemingsovereenkomsten de partijen gewoonlijk in staat stellen elkaars financiële bod te kennen, waardoor er twijfel ontstaat de onafhankelijkheid van de partijen bij het formuleren van hun eigen inschrijvingen. Er is geen algemeen vermoeden dat het feit dat de deelnemer aan wie de opdracht wordt gegund, taken uitbesteedt aan een andere deelnemer aan diezelfde aanbesteding, neerkomt op collusie tussen de betrokken ondernemers, en betrokken partijen kunnen het tegendeel bewijzen¹⁹³.
389. Bij overeenkomsten tussen inschrijvende consortia kan het zijn dat de partijen hun hulpbronnen en activiteiten in aanzienlijke mate samenvoegen, met name wanneer vormen van gezamenlijke productie in de contractuele werkzaamheden worden opgenomen om aan de aanbestedingsprocedure te kunnen deelnemen. In situaties waarbij de gezamenlijke commercialisering slechts bijkomstig is ten opzichte van de integratie van de partijen in het productieproces, ligt het zwaartepunt van de

aan de aanbestedingsprocedure, doorgaans met een speciaal voor de aanbestedingsprocedure opgerichte juridische entiteit. Bij een overheidsopdracht is het verschil tussen onderaanneming en een consortium dat, in het eerste geval, de hoofdaannemer de namen van zijn onderaannemers mogelijk niet onmiddellijk hoeft te mede te delen, terwijl bij een consortium de namen van de consortiumleden onmiddellijk bekend worden gemaakt aan de aanbestedende dienst. Uit oogpunt van mededingingsrecht vormen onderaanneming en consortia allebei gezamenlijke inschrijvingen. In deze afdeling wordt eenvoudigheidshalve de term “inschrijvend consortium” gebruikt.

¹⁹¹ Mededeling van de Commissie over instrumenten ter bestrijding van collusie bij overheidsopdrachten en over richtsnoeren voor de toepassing van de desbetreffende uitsluitingsgrond (PB C 91 van 18.3.2021, blz. 1).

¹⁹² Arrest van het Hof van Justitie van 14 januari 2021, Kilpailu- ja kuluttajavirasto, C-450/19, ECLI:EU:C:2021:10, punt 35.

¹⁹³ Mededeling van de Commissie over instrumenten ter bestrijding van collusie bij overheidsopdrachten en over richtsnoeren voor de toepassing van de desbetreffende uitsluitingsgrond (PB C 91 van 18.3.2021, blz. 1), afdeling 5.6).

overeenkomst bij de productie en moet de beoordeling uit mededingingsoogpunt worden uitgevoerd in overeenstemming met de regels die gelden voor de betreffende samenwerking, d.w.z. gezamenlijke productie. In dit geval worden prijsafspraken voor de contractproducten of -diensten over het algemeen niet als een beperking van de mededinging naar strekking beschouwd en zal een beoordeling van de neveneffecten noodzakelijk zijn (zie punt 216 over productieovereenkomsten).

390. In beginsel moeten consortiumovereenkomsten die voornamelijk of uitsluitend voorzien in gezamenlijke commercialisering, echter worden beschouwd als commercialiseringsovereenkomsten en derhalve worden beoordeeld overeenkomstig de in dit hoofdstuk uiteengezette beginselen.
391. Een consortiumovereenkomst voor gezamenlijke inschrijving – ongeacht de juridische kwalificatie ervan – beperkt de mededinging niet als de betrokken ondernemingen daardoor kunnen om deelnemen aan projecten die ze individueel niet zouden kunnen uitvoeren. Aangezien de partijen bij de consortiumovereenkomsten 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. Dit kan het geval zijn voor ondernemingen die verschillende diensten voortbrengen die complementair zijn wat betreft de deelname aan de aanbesteding. Een andere mogelijkheid is dat de betrokken ondernemingen weliswaar allemaal op dezelfde markten actief zijn, maar de opdracht individueel niet kunnen uitvoeren, bijvoorbeeld vanwege de omvang van de opdracht of de complexiteit ervan.
392. De beoordeling of de partijen afzonderlijk kunnen meedingen in een aanbesteding, waardoor ze concurrenten zijn, hangt bovenal af van de aanbestedingsvereisten. De louter theoretische mogelijkheid om de contractwerkzaamheden alleen te verrichten maakt de partijen echter niet automatisch tot concurrenten: er moet op realistische wijze beoordeeld worden of een onderneming in staat zal zijn de opdracht zelfstandig te vervullen, rekening houdende met de specifieke omstandigheden van het geval, zoals de omvang en mogelijkheden van de onderneming, en haar huidige en toekomstige capaciteit in het licht van de ontwikkeling van de contractuele vereisten.
393. Bij aanbestedingen waarvoor het mogelijk is op delen van de opdracht (percelen) in te schrijven, moeten ondernemingen die de capaciteit hebben om op een of meer percelen in te schrijven – maar vermoedelijk niet voor de hele aanbesteding – worden aangemerkt als concurrenten. In vergelijkbare situaties wordt de samenwerking vaak gerechtvaardigd door het feit dat de samenwerking in de consortiumovereenkomst de partijen in staat zou stellen om in te schrijven op de hele opdracht, en dat dit de mogelijkheid zou bieden om een gezamenlijke korting voor de hele opdracht aan te bieden. Dit doet echter niets af aan het feit dat de partijen in beginsel concurrenten zijn voor ten minste een deel van de aanbesteding, en de met een gezamenlijke inschrijving op de hele aanbesteding mogelijk te behalen efficiëntieverbeteringen moeten worden getoetst aan de in artikel 101, lid 3, uiteengezette beginselen.
394. Als niet uit te sluiten valt dat de partijen bij de consortiumovereenkomst individueel kunnen concurreren bij de aanbesteding (of als er meer partijen bij een consortiumovereenkomst zijn dan noodzakelijk), kan het gezamenlijke bod de mededinging beperken. Het kan hier gaan om een beperking van de mededinging naar strekking of naar gevolgen, al naar gelang de inhoud van de overeenkomst en de specifieke omstandigheden van het geval (zie de punten 360-375).
395. Hoe dan ook, een consortiumovereenkomst tussen concurrenten kan aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen. Over het algemeen zal een specifieke en concrete

beoordeling nodig zijn, op basis van diverse elementen zoals de positie van de partijen op de relevante markt, het aantal en de marktpositie van de overige deelnemers aan de aanbesteding, de inhoud van de consortiumovereenkomst, de betrokken producten of diensten en de marktomstandigheden.

396. Wat efficiëntieverbeteringen betreft, deze kunnen de vorm aannemen van lagere prijzen, maar ook betere kwaliteit, ruimere keuze of snellere realisatie van de betrokken producten of diensten door de aanbesteding. Daarnaast moet aan alle overige criteria van artikel 101, lid 3, worden voldaan (onmisbaarheid, voordelen doorgegeven aan gebruikers en geen uitschakeling van de mededinging). Bij aanbestedingsprocedures hangen deze vaak onderling samen: de efficiëntiewinsten van een gezamenlijke inschrijving via een consortiumovereenkomst kunnen eenvoudiger worden doorgegeven aan gebruikers – in de vorm van lagere prijzen of betere kwaliteit van het aanbod – als de concurrentie ten aanzien van de aanbesteding niet wordt uitgeschakeld en andere relevante concurrenten aan de inschrijvingsprocedure deelnemen.
397. In wezen is aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan als de gezamenlijke inschrijving de partijen in staat stelt om een offerte in te dienen die – in termen van prijzen en/of kwaliteit – concurrerender is dan de offertes die ze alleen zouden hebben ingediend, en de voordelen voor de gebruikers en de aanbestedende dienst zwaarder wegen dan de mededingingsbeperkingen. Efficiëntieverbeteringen moeten worden doorgegeven aan gebruikers en zijn niet toereikend om aan de criteria van artikel 101, lid 3, te voldoen als ze slechts ten goede komen aan de partijen bij de consortiumovereenkomst voor gezamenlijke inschrijving.

5.5. Voorbeelden

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

Voorbeeld 1

Situatie: Vier ondernemingen die in een grote stad dicht bij de grens van een andere lidstaat wasserijdiensten aanbieden, elk met een marktaandeel van 3 % op de totale wasserijmarkt in die stad, komen overeen een gemeenschappelijke marketingafdeling op te richten voor de verkoop van wasserijdiensten aan institutionele klanten (d.w.z. hotels, ziekenhuizen en kantoren), met behoud van hun onafhankelijkheid en de vrijheid om elkaar te beconcurreren voor lokale, individuele klanten. Ten aanzien van het nieuwe segment van de vraag dat wordt aangesneden (de institutionele klanten), ontwikkelen zij een gemeenschappelijke merknaam en hanteren zij een gemeenschappelijke prijs en gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, waarin onder meer een maximumleveringstermijn van 24 uur en leveringsschema's zijn opgenomen. Zij zetten een gemeenschappelijke callcenter op waarnaar institutionele klanten kunnen bellen om te vragen om ophaling en/of levering. Zij nemen een receptionist (voor het callcenter) en verscheidene chauffeurs in dienst. Voorts investeren zij in bestelwagens voor ophaling en levering en in merkpromotie, om hun naamsbekendheid te vergroten. De overeenkomst zorgt niet voor een algehele verlaging van hun infrastructuurkosten (daar zij elk hun eigen bedrijfsgebouwen behouden en nog met elkaar concurreren voor de individuele lokale klanten), maar verhoogt hun schaalvoordelen en stelt hen in staat een vollediger dienstverlening aan te bieden aan andere soorten klanten, hetgeen onder meer langere openingstijden en leveranties binnen een groter geografisch gebied impliceert. Met het oog op de levensvatbaarheid van het project is het noodzakelijk dat zij 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 prijsafspraken toch mee dat artikel 101, lid 1, van toepassing kan zijn. Aangezien de partijen echter niet in een positie zouden zijn geweest om de markt voor de levering van wasserijdiensten aan institutionele klanten te betreden – hetzij individueel of in samenwerking met een geringer aantal partijen dan de vier die momenteel aan de overeenkomst deelnemen –, zou de overeenkomst geen mededingingsbezwaren opleveren, ongeacht de mededingingsbeperkende prijsafspraken, die in dit geval kunnen worden aangemerkt als onmisbaar voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en het welslagen van het project.

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

Voorbeeld 2

Situatie: De feitelijke omstandigheden zijn dezelfde als in voorbeeld 1 in punt 398, met één belangrijk verschil: met het oog op de levensvatbaarheid van het project had de overeenkomst kunnen worden uitgevoerd door slechts drie van de partijen (in plaats van de vier daadwerkelijk bij de samenwerking betrokken partijen).

Analyse: Hoewel het gezamenlijke marktaandeel van de partijen kleiner is dan 15 %, brengt het feit dat de overeenkomst voorziet in prijsafspraken en door minder dan de vier partijen had kunnen worden uitgevoerd, met zich 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 (hetgeen 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 aan de gebruikers doorgeven. Voorts moet worden nagegaan of de door de overeenkomst opgelegde beperkingen onmisbaar zijn om de efficiëntieverbeteringen te behalen en of de overeenkomst de mededinging niet uitschakelt. Aangezien de overeenkomst beoogt een meer volledige dienstverlening aan te bieden (onder meer ophaling en aflevering, wat voorheen niet werd aangeboden) aan een nieuwe categorie klanten, onder één merknaam en met gemeenschappelijke standaardvoorwaarden, kunnen de prijsafspraken worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het gemeenschappelijke merk en derhalve voor het welslagen van het project en de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen. Gezien de versnippering van de markt zal de overeenkomst de mededinging overigens niet uitschakelen. Het feit dat er vier partijen bij de overeenkomst betrokken zijn (in plaats van de drie die strikt genomen noodzakelijk waren geweest) zorgt voor een grotere capaciteit en helpt om gelijktijdig aan de vraag van meerdere institutionele klanten te voldoen met inachtneming van de standaardvoorwaarden (d.w.z. het halen van de maximumleveringstermijnen). Daardoor is het waarschijnlijk dat de efficiëntieverbeteringen de mededingingsbeperkende gevolgen compenseren die voortvloeien uit de verminderde concurrentie tussen de partijen, en dat de overeenkomst aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet.

400. Gemeenschappelijk internetplatform – 1

Voorbeeld 3

Situatie: Een aantal kleine speciaalzaken verspreid over een lidstaat zet gezamenlijk een elektronisch webplatform op voor de promotie, verkoop en thuisbezorging van fruitmanden. Er bestaan verscheidene concurrerende webplatformen. Door middel van een maandelijkse bijdrage delen zij de exploitatiekosten van het platform en investeren zij samen in merkpromotie. Via de webpagina, waarop een ruime keuze aan verschillende fruitmanden wordt aangeboden, bestellen (en betalen) de klanten de fruitmand die zij willen laten bezorgen. 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 de bezorging aan de klant. Hij krijgt 90 % van de eindprijs, 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 uit het hele land geen beperkingen om tot het platform toe te treden. Speciaalzaken die hun eigen bedrijfswebsite hebben, mogen bovendien onder hun eigen naam fruitmanden verkopen via het internet (wat sommige ook doen) en kunnen zo dus nog steeds onderling concurreren buiten de samenwerking via het webplatform om. Klanten die bestellingen plaatsen via het webplatform krijgen de garantie dat nog dezelfde dag wordt bezorgd en kunnen ook een tijdstip van bezorging kiezen dat hun past.

Analyse: Hoewel de overeenkomst beperkt is in haar opzet – omdat zij alleen betrekking heeft op de gezamenlijke verkoop van een specifiek type product via een specifiek verkoopkanaal (het webplatform) –, heeft zij waarschijnlijk een mededingingsbeperkende strekking, omdat de overeenkomst prijsafspraken inhoudt. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. De overeenkomst leidt tot efficiëntieverbeteringen zoals een ruimere keuze, een dienstverlening van hogere kwaliteit en een vermindering van zoekkosten, die de gebruikers ten goede komen en waarschijnlijk de mededingingsbeperkende gevolgen compenseren 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 –, zouden de mededingingsbeperkende prijsafspraken kunnen worden beschouwd als onmisbaar voor de promotie van het product (omdat de klanten bij aankoop via het webplatform niet weten bij wie zij de fruitmand kopen en niet met allerlei uiteenlopende prijzen te maken willen krijgen) en voor de daaruit voortvloeiende efficiëntieverbeteringen, mede gezien de onlineverkoop van het gemeenschappelijke merk. Bij gebreke van andere beperkingen voldoet de overeenkomst aan de criteria van artikel 101, lid 3. Aangezien er bovendien andere concurrerende webplatformen bestaan en de partijen onderling blijven concurreren, zowel in hun winkels als via het internet, wordt de mededinging niet uitgeschakeld.

401. Gemeenschappelijk internetplatform – 2

Voorbeeld 4

Situatie: Een aantal onafhankelijke boekhandels zet een elektronisch webplatform op voor de promotie, verkoop en levering van de boeken die in hun winkels verkrijgbaar zijn. De boekhandels bestrijken een omvangrijk gebied dat aan meerdere lidstaten grenst. Elke boekhandel betaalt een jaarlijkse vergoeding, die bedoeld is om de kosten van het exploiteren en promoten van het platform te dekken. De vergoeding

wordt berekend op basis van een vast percentage van de jaaromzet van elke boekhandel op het platform, tot aan een maximumbedrag. Dit maximumbedrag wordt jaarlijks overeengekomen en is gebaseerd op de exploitatiekosten van het platform in het voorafgaande jaar. Voor de eerste periode van drie jaar wordt het percentage vastgesteld op 10 % van de jaaromzet, maar de leden zijn overeengekomen dat ze de vergoedingen waarschijnlijk kunnen verlagen naarmate de activiteiten toenemen. De boekhandels komen overeen met een koeriersbedrijf te onderhandelen over een regeling waarbij de online bestelde boeken nog dezelfde dag worden geleverd. Vanwege het aantal bij het platform betrokken boekhandels is het koeriersbedrijf in staat levering op dezelfde dag te garanderen. Een prijs voor deze koeriersdienst wordt overeengekomen en omvat de verpakingskosten van de artikelen. Er is geen regeling tussen de afzonderlijke boekhandels betreffende de onlineprijs van hun boeken; die wordt door elke boekhandel alleen aan het platform meegedeeld, en tussen de boekhandels wordt geen informatie uitgewisseld over toekomstige prijzen of promoties. De prijs van de boeken online is grofweg dezelfde als de prijs in de winkel (en omvat het met het koeriersbedrijf overeenkomen aanvullende bedrag voor verzending en verpakking). De toegang tot het platform staat open voor alle zelfstandige winkels die de jaarlijkse vergoeding voldoen. Er zijn diverse andere vergelijkbare webplatformen die een vergelijkbare dienst in dezelfde regio aanbieden. Geen van de individuele platformen heeft in een afzetgebied een marktaandeel van meer dan 15 %.

Analyse: Omdat de overeenkomst gepaard gaat met de vaststelling van de prijs voor de verpakking en bezorging van bestellingen, alsmede een op een percentage van de detailhandelsprijzen gebaseerde vergoeding, is artikel 101, lid 1, wellicht van toepassing. De partijen leveren het bewijs dat de voordelen van de overeenkomst waarover is onderhandeld – zoals levering op dezelfde dag – niet voor elke boekhandel afzonderlijk beschikbaar zouden zijn geweest. Vanwege de overeenkomst zijn de boekverkopen bovendien merkbaar toegenomen – zowel online als in de winkel. Het lijkt duidelijk dat deze voordelen niet hadden kunnen worden bereikt zonder de overeenkomst. Omdat er diverse andere platformen met vergelijkbare marktaandelen actief zijn in dezelfde regio, wordt de mededinging niet uitgeschakeld en levert de overeenkomst geen mededingingsbezwaren op.

402. Gemeenschappelijke verkooporganisatie

Voorbeeld 5

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

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

403. Anti-ronselbeding in een overeenkomst voor het uitbesteden van diensten

Voorbeeld 6

Situatie: Ondernemingen A en B zijn concurrerende leveranciers van schoonmaakdiensten voor bedrijfspanden. Beide ondernemingen hebben een marktaandeel van 15 %. Er zijn verscheidene andere concurrenten met marktaandelen tussen 10 % en 15 %. Onderneming 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 onderneming A besloten geen contracten meer met nieuwe kleine klanten te sluiten. Daarnaast sluiten ondernemingen A en B een uitbestedingsovereenkomst waarbij onderneming B rechtstreeks schoonmaakdiensten levert aan de bestaande kleine klanten van onderneming A (die ongeveer een derde van haar klantenbestand uitmaken). Tegelijkertijd wil onderneming A die kleine klanten niet echt kwijtraken. Onderneming A zal derhalve haar contractuele relaties met de kleine klanten voortzetten maar de schoonmaakdiensten zullen rechtstreeks door onderneming B worden geleverd. Om de uitbestedingsovereenkomst uit te voeren, kan onderneming A niet anders dan aan onderneming B de identiteit door te geven van de kleine klanten van onderneming A die onder de overeenkomst vallen. Aangezien onderneming A bang is dat onderneming B zou kunnen proberen die klanten af te snoepen door hun goedkopere rechtstreekse diensten aan te bieden (en zo onderneming A buitenspel te zetten), staat onderneming A erop dat in de uitbestedingsovereenkomst een anti-ronselbeding wordt opgenomen. Krachtens dit beding mag onderneming B de kleine klanten waarop de uitbestedingsovereenkomst betrekking heeft, niet aanspreken om hen rechtstreekse dienstverlening aan te bieden. Bovendien komen ondernemingen A en B overeen dat onderneming B aan die klanten geen rechtstreekse diensten mag verlenen, zelfs als onderneming B door hen wordt benaderd. Zonder dat anti-ronselbeding zou A geen uitbestedingsovereenkomst sluiten met onderneming B of een andere onderneming.

Analyse: De uitbestedingsovereenkomst schakelt onderneming B uit als een onafhankelijke leverancier van schoonmaakdiensten voor onderneming A's kleine klanten, aangezien die niet langer een rechtstreekse contractuele relatie zullen kunnen aangaan met onderneming B. Derhalve is artikel 101, lid 1, wellicht van toepassing. Die klanten vertegenwoordigen echter slechts een derde van het klantenbestand van onderneming A, d.w.z. 5 % van de markt. Zij kunnen altijd nog

terecht bij de concurrenten van ondernemingen A en B, die 70 % van de markt vertegenwoordigen. De uitbestedingsovereenkomst zal onderneming 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 onderneming A en onderneming B slechts een gezamenlijk marktaandeel van 30 % hebben en te maken hebben met verscheidene concurrenten met marktaandelen die vergelijkbaar zijn met het marktaandeel van onderneming A en onderneming B afzonderlijk. Bovendien 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 ondernemingen A en B in de concurrentie om grote klanten. De uitbestedingsovereenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben en kan worden vrijgesteld op grond van artikel 101, lid 3.

404. Mediadistributieplatform

Voorbeeld 7

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

Analyse: Gezien de omvang van de nationale televisiemarkt en hun grote “library” van audiovisuele rechten, zouden zowel A als B afzonderlijk een video-on-demand-platform kunnen lanceren. Ze zijn derhalve potentiële concurrenten op de ontlukende consumentenmarkt voor video on demand. De overeenkomst gaat bovendien gepaard met prijsafspraken en dientengevolge is artikel 101, lid 1, van toepassing. De beperking van de mededinging lijkt aanzienlijk, aangezien prijsconcurrentie tussen de twee zenders zal worden uitgeschakeld. Bovendien zullen ook de prijzen voor video-on-demand-licenties worden gecoördineerd. Deze mededingingsbeperkingen zullen merkbaar zijn, gezien de activiteiten en omvang van de betrokken ondernemingen. Wat de toepassing van artikel 101, lid 3, betreft, lijken de voordelen die voortvloeien uit een toegenomen video-on-demand-aanbod en een vereenvoudigde contentnavigatie niet op te wegen tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging. In het bijzonder lijken de beperkingen niet noodzakelijk om de genoemde efficiëntieverbeteringen te realiseren, aangezien deze ook haalbaar zouden zijn met een open platform en een louter technische samenwerking. Kortom: de overeenkomst lijkt niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, te voldoen.

405. Inschrijvende consortia

Voorbeeld 8

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

Analyse: Aangezien onderneming A en B elk afzonderlijk zouden kunnen concurreren in de aanbestedingen, is artikel 101, lid 1, van toepassing en kan de gezamenlijke inschrijving de mededinging beperken. De overeenkomst moet bijgevolg aan artikel 101, lid 3, worden getoetst. Afgaande op het resultaat van de vorige aanbestedingsprocedure waarbij de partijen afzonderlijk concurreerden, lijkt het erop dat een gezamenlijke inschrijving concurrerder zou zijn dan de individuele inschrijvingen, qua prijzen en productaanbod, en met name qua optionele producten. De consortiumovereenkomst lijkt objectief gezien noodzakelijk voor de betrokken partijen om echt concurrerende offertes in te dienen in de aanbestedingsprocedures, vergeleken met de door de andere deelnemers ingediende offertes. De mededinging bij de aanbestedingen wordt niet uitgeschakeld omdat ten minste twee andere relevante concurrenten zullen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Dit impliceert dat de efficiëntieverbeteringen van de gezamenlijke inschrijving de aanbestedende dienst en uiteindelijk de gebruikers ten goede kunnen komen. Derhalve lijkt de overeenkomst aan de criteria van artikel 101, lid 3, te voldoen.

6. INFORMATIE-UITWISSELING

6.1. Inleiding

406. Doel van dit hoofdstuk is het ondernemingen en ondernemersverenigingen de nodige houvast te bieden voor de beoordeling van informatie-uitwisseling uit oogpunt van de mededinging¹⁹⁴. Informatie-uitwisseling kan verschillende vormen aannemen en in verschillende contexten plaatsvinden.

¹⁹⁴ Voor zover de uitgewisselde informatie geheel of gedeeltelijk bestaat uit persoonsgegevens, laten deze richtsnoeren het Unierecht inzake gegevensbescherming onverlet, in het bijzonder Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Algemene Verordening

407. Informatie-uitwisseling voor de toepassing van dit hoofdstuk omvat de uitwisseling van i) ruwe en niet-geordende digitale content die moet worden verwerkt om bruikbaar te zijn (ruwe data); ii) voorbewerkte data die reeds zijn voorbereid en gevalideerd; iii) data die zijn gemanipuleerd om betekenisvolle informatie in enigerlei vorm voort te brengen, en iv) alle andere soorten informatie, waaronder niet-digitale informatie. Dit omvat het delen van fysieke informatie- en data-uitwisseling tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten¹⁹⁵. In dit hoofdstuk omvat de term “informatie” alle hierboven genoemde soorten data en informatie.
408. Informatie kan direct worden uitgewisseld tussen concurrenten (in de vorm van eenzijdige bekendmaking of in een bi- of multilaterale uitwisseling), of indirect door of via een derde (zoals een dienstverlener, platform, online instrument of algoritme), gezamenlijk agentschap (b. een brancheorganisatie), een organisatie voor marktonderzoek, of via leveranciers of detailhandelaren. Dit hoofdstuk heeft betrekking op zowel directe als indirecte vormen van informatie-uitwisseling.
409. Informatie-uitwisseling kan onderdeel vormen van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst. De uitvoering van deze horizontale samenwerkingsovereenkomsten kan de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie vereisen. In een dergelijk geval moet worden nagegaan of de uitwisseling aanleiding kan geven tot een heimelijke verstandhouding met betrekking tot de activiteiten van de partijen binnen en buiten het samenwerkingsverband. Eventuele negatieve effecten van dergelijke uitwisselingen zullen niet afzonderlijk worden onderzocht, maar samen met de totale effecten van de horizontale samenwerkingsovereenkomst. Als de uitwisseling van informatie niet verder gaat dan wat noodzakelijk is voor de rechtmatige samenwerking tussen concurrenten, zelfs indien de uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen zou hebben in de zin van artikel 101, lid 1, dan zal de overeenkomst waarschijnlijk toch eerder aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen dan wanneer de uitwisseling verder gaat dan wat noodzakelijk is om de samenwerking mogelijk te maken. Wanneer de informatie-uitwisseling zelf het hoofddoel van de samenwerking is, moet de uitwisseling worden getoetst aan de in dit hoofdstuk geboden houvast.
410. Informatie-uitwisseling kan ook deel uitmaken van een overnameproces. In zulke gevallen kan, al naar gelang de omstandigheden, de uitwisseling onderworpen zijn aan de regels van de concentratieverordening¹⁹⁶. Mededingingsbeperkend gedrag dat niet direct samenhangt met en noodzakelijk is voor de verwerving van zeggenschap, blijft onderworpen aan artikel 101 van het Verdrag.
411. Informatie-uitwisseling kan ook voortvloeien uit regelgevingsinitiatieven. Hoewel ondernemingen kunnen worden aangemoedigd of verplicht om bepaalde informatie en data te delen teneinde aan voorschriften van de Unie of van de overheid te voldoen, blijft artikel 101, lid 1, van toepassing. In de praktijk betekent dit dat wie aan wettelijke vereisten onderworpen is, die vereisten niet mag gebruiken als een

Gegevensbescherming) (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 1). Bepalingen van deze richtsnoeren mogen niet zodanig worden toegepast of uitgelegd dat het recht op de bescherming van persoonsgegevens daarmee wordt verminderd of beperkt.

¹⁹⁵ De term data-uitwisseling verwijst naar alle mogelijke vormen en modellen die ten grondslag liggen aan datatoegang en -overdracht tussen ondernemingen. Dit omvat datapools, waarbij houders van de data zich verenigen om databronnen uit te wisselen.

¹⁹⁶ Artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van Verordening (EG) nr. 139/2004. Zie ook arrest van het Gerecht van 22 september 2021, Altice Europe/Commissie, T-425/18, ECLI:EU:T:2021:607, punt 239.

middel om inbreuk te maken op artikel 101, lid 1. Zij moeten de omvang van de informatie-uitwisseling beperken tot wat noodzakelijk is op basis van de geldende regelgeving en mogelijk voorzorgsmaatregelen nemen indien commercieel gevoelige informatie wordt uitgewisseld.

EU-regelgeving kan bijvoorbeeld voorzien in informatie-uitwisseling tussen wie onderworpen is aan regelgeving die dierproeven overbodig moet maken of verminderen en/of onderzoekskosten moet beperken. Dergelijke uitwisselingen vallen onder artikel 101, lid 1. Ondernemingen die deelnemen aan wettelijk voorgeschreven uitwisselingen, mogen derhalve geen commercieel gevoelige informatie vrijgeven die hun marktstrategie onthult of meer technische informatie bevat dan wettelijk vereist is. Ondernemingen kunnen mogelijk de frequentie van de uitwisseling beperken om de informatie minder commercieel gevoelig te maken. Waar mogelijk moeten geaggregeerde informatie of bandbreedtes worden gebruikt om uitwisseling van individuele of gedetailleerdere cijfers te voorkomen. Ondernemingen kunnen ook overwegen een beroep te doen op een onafhankelijke externe dienstverlener (“een trustee”) die individuele informatie uit verschillende bronnen ontvangt op basis van geheimhoudingsovereenkomsten en deze vervolgens bundelt, controleert en samenvoegt tot een samengesteld geheel waaruit geen individuele cijfers kunnen worden afgeleid.

6.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

6.2.1. Inleiding

412. De uitwisseling van informatie is een gemeenschappelijk kenmerk van vele concurrerende markten en kan verschillende soorten efficiëntieverbeteringen opleveren. Informatieasymmetrie¹⁹⁷ kan erdoor worden verholpen, zodat de markten efficiënter worden. In de afgelopen jaren heeft met name data-uitwisseling aan belang gewonnen en is uitgegroeid tot een essentieel hulpmiddel om besluitvorming te ondersteunen door het gebruik van analyse-instrumenten voor big data en technieken voor machinelere¹⁹⁸. Bovendien kunnen ondernemingen hun interne efficiëntie verbeteren door hun beste praktijken onderling te benchmarken. Informatie uitwisselen kan ondernemingen ook helpen om kosten te besparen door hun voorraden af te bouwen, zodat ze bederfelijke producten sneller aan gebruikers kunnen leveren of kunnen inspelen op een onstabiele vraag enz. Het delen van gelijksoortige of aanvullende informatie kan bedrijven in staat stellen nieuwe of betere producten of diensten te ontwikkelen of algoritmen op een bredere, betekenisvollere wijze te trainen. Verder kan informatie-uitwisseling gebruikers rechtstreeks ten goede komen doordat hun zoekkosten worden verminderd en hun keuzemogelijkheden worden vergroot.
413. Zoals vermeld in punt 15, kan informatie-uitwisseling uitsluitend aan artikel 101, lid 1, worden getoetst indien zij een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging vormt of daarvan deel uitmaakt. Zoals uiteengezet in punt 15, vereist het begrip “onderling afgestemde feitelijke gedraging” behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen een daarop volgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide¹⁹⁹. Het feit dat met

¹⁹⁷ De economische theorie inzake informatieasymmetrie betreft het onderzoek van beslissingen bij transacties waarbij de ene partij over meer informatie beschikt dan de andere.

¹⁹⁸ Data-uitwisseling wordt tevens aangemoedigd door de Europese datastrategie.

¹⁹⁹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42,

het oog op de voorbereiding van een mededingingsverstoringende overeenkomst commerciële informatie tussen concurrenten wordt uitgewisseld, volstaat om het bewijs van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1, te leveren. In dat verband hoeft niet te worden aangetoond dat die concurrenten zich er formeel toe hebben verbonden om zich op deze of gene wijze te gedragen of dat zij gemeenschappelijk hun toekomstige gedrag op de markt hebben bepaald²⁰⁰. Daarnaast moet worden vermoed dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld²⁰¹.

414. Het voornaamste mededingingsbeginsel is dat elke onderneming zelfstandig haar economische handelwijze op de relevante markt bepaalt. Dit beginsel weerhoudt ondernemingen er niet van om zich op een intelligente manier aan het vastgestelde of verwachte gedrag van zijn concurrenten aan te passen of aan gangbare marktvoorwaarden. Ondernemingen moeten echter informatie-uitwisselingen vermijden die tot doel of ten gevolge hebben mededingingsvoorwaarden tot stand te brengen die niet overeenkomen met de normale voorwaarden op de relevante markt. Dit is het geval als de uitwisseling het marktgedrag van een daadwerkelijke of potentiële concurrent beïnvloedt of deze concurrent daardoor kennis krijgt van het marktgedrag dat de betrokken marktdeelnemer heeft besloten aan te nemen of voornemens is aan te nemen²⁰².
415. In dit deel worden allereerst de twee voornaamste mededingingsbezwaren in verband met informatie-uitwisseling uiteengezet (afdeling 6.2.2). Vervolgens wordt nader ingegaan op het belang van de aard van de uitgewisselde informatie voor de beoordeling op grond van artikel 101, lid 1 (afdeling 6.2.3), de kenmerken van de uitwisseling zelf (afdeling 6.2.4), en de kenmerken van de markt (afdeling 6.2.5). Twee afdelingen zijn specifiek gewijd aan beperkingen van de mededinging naar strekking (afdeling 6.2.6) en naar gevolgen (afdeling 6.2.7).

6.2.2. Voornaamste mededingingsbezwaren in verband met informatie-uitwisseling²⁰³

6.2.2.1. Heimelijke verstandhouding

416. Doordat de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie tussen concurrenten de transparantie op de markt kunstmatig vergroot, kan zij de coördinatie van het concurrentiegedrag van ondernemingen in de hand werken en uiteindelijk

punten 39-40; arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 126.

²⁰⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 26 januari 2017, Duravit e.a./Commissie, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, punt 135.

²⁰¹ Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 57; arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 51, en arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, EU:C:2015:184, punt 127.

²⁰² Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punt 27, en arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punten 32-33.

²⁰³ Met de term “voornaamste mededingingsbezwaren” wordt aangegeven dat de hier volgende beschrijving van mededingingsbezwaren niet exclusief of uitputtend is.

beperkingen van de mededinging tot gevolg hebben. Dit geldt met name wanneer de uitwisseling een ander mededingingsverstorend mechanisme ondersteunt²⁰⁴.

417. Ondernemingen kunnen door een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie *als zodanig* de stilzwijgende vaststelling van een gemeenschappelijke gedragslijn bevorderen, hetgeen tot een heimelijke verstandhouding op de markt kan leiden. De uitwisseling kan onderling samenhangende verwachtingen doen ontstaan betreffende de onzekerheden op de markt. Op basis daarvan kunnen ondernemingen vervolgens hun gedrag op de markt onderling afstemmen, zonder dat deze coördinatie noodzakelijkerwijs expliciet wordt vastgelegd in een overeenkomst²⁰⁵.
418. De uitwisseling van commercieel gevoelige informatie kan ook worden gebruikt als een methode om de *interne stabiliteit* van een mededingingsverstorende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging op de markt te vergroten. De informatie-uitwisseling kan de transparantie van de markt zodanig vergroten dat de bij de heimelijke afspraken betrokken ondernemingen in voldoende mate kunnen nagaan of andere ondernemingen van de heimelijke verstandhouding afwijken, en dus ook weten wanneer zij vergeldingsmaatregelen moeten nemen. Zowel de uitwisseling van actuele als van historische data kan een dergelijk controlemechanisme vormen. Dit kan ofwel ondernemingen in staat stellen een heimelijke verstandhouding te bereiken op markten waarop dit anders niet mogelijk zou zijn, of het kan de stabiliteit van een heimelijke verstandhouding die reeds op de markt bestaat, versterken.

Het gebruik van algoritmen door concurrenten kan bijvoorbeeld het risico van een heimelijke verstandhouding op de markt vergroten²⁰⁶. Met algoritmen kunnen concurrenten de markttransparantie vergroten, prijsafwijkingen in real time opsporen en sanctiemechanismen doeltreffender maken. Daartegenover staat dat, om van algoritmische collusie te kunnen spreken, naast het specifieke ontwerp van de algoritmen een aantal structurele marktomstandigheden vereist zijn, zoals de hoge frequentie van interacties, beperkte kopersmacht en de aanwezigheid van homogene producten/diensten.

419. Tot slot kan uitwisseling van informatie ook worden gebruikt als een methode om de *externe stabiliteit* van een mededingingsverstorende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging op de markt te vergroten. Dankzij uitwisselingen die de markt voldoende transparant maken, kunnen de bij de heimelijke afspraken betrokken ondernemingen nagaan waar en wanneer andere ondernemingen de markt proberen te betreden, waardoor de samenspannende ondernemingen gericht tegen de nieuwkomer kunnen optreden. Met de uitwisseling van zowel actuele als van historische informatie kan een dergelijk monitoringmechanisme ontstaan.

²⁰⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 26 januari 2017, *Duravit e.a./Commissie*, C-609/13 P, ECLI:EU:C:2017:46, punt 134; arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, ECLI:EU:C:2004:6, punt 281.

²⁰⁵ Zie arrest van het Hof van Justitie van 7 november 2019, *Campine en Campine Recycling/Commissie*, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, punt 305.

²⁰⁶ Algoritmische collusie moet niet worden verward met de zogeheten “collusie door code”, waarmee de doelbewuste toepassing door concurrenten van veelgebruikte algoritmen voor gedragscoördinatie bedoeld wordt. Collusie door code is veelal een kartel en is derhalve een beperking van de mededinging naar strekking, ongeacht de marktomstandigheden en de uitgewisselde informatie.

6.2.2.2. Mededingingsverstorende afscherming

420. Informatie-uitwisseling kan niet alleen collusie in de hand werken, maar kan ook leiden tot mededingingsverstorende afscherming op dezelfde markt waar de uitwisseling plaatsvindt of op een verwante markt²⁰⁷.
421. Van afscherming op dezelfde markt kan sprake zijn wanneer concurrenten die niet aan een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie deelnemen, daardoor een aanzienlijk concurrentienadeel oplopen ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingssysteem deelnemen. Deze vorm van marktafscherming is alleen mogelijk indien de betrokken informatie van strategisch belang is en de uitwisseling een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij initiatieven voor data-uitwisseling waarbij de gedeelde data van strategisch belang zijn, een groot deel van de markt vertegenwoordigen en toegang door derden wordt voorkomen²⁰⁸. Daarnaast maken dergelijke initiatieven het voor nieuwkomers niet eenvoudiger om de markt te betreden.
422. Het valt niet uit te sluiten dat de uitwisseling van informatie eveneens kan leiden tot mededingingsverstorende uitsluiting van derden op een verwante markt. Verticaal geïntegreerde ondernemingen die informatie uitwisselen op een upstream markt, kunnen bijvoorbeeld marktmacht verwerven en samenspannen om de prijs van een belangrijke component voor een downstream markt op te drijven. Zo zouden zij de kosten van hun downstream concurrenten kunnen doen stijgen, hetgeen tot mededingingsverstorende afscherming op de downstream markt zou kunnen leiden. Daarnaast kunnen ondernemingen die niet-transparante en discriminerende voorwaarden voor toegang tot gedeelde informatie hanteren, derden verhinderen om trends voor potentiële nieuwe producten op verwante markten op het spoor te komen.

6.2.3. De aard van de uitgewisselde informatie

6.2.3.1. Commercieel gevoelige informatie

423. Artikel 101, lid 1, is van toepassing indien een uitwisseling van commercieel gevoelige informatie waarschijnlijk van invloed is op de commerciële strategie van concurrenten. Dit is het geval als informatie, wanneer deze is uitgewisseld, de onzekerheid betreffende de toekomstige of recente acties op de markt van een of meer concurrenten vermindert, ongeacht of de bij de uitwisseling betrokken ondernemingen enig voordeel halen uit hun samenwerking. Het betreft vaak informatie die een onderneming moet beschermen om haar concurrentiepositie op de markt(en) te behouden of te verbeteren. Informatie over prijzen is bijvoorbeeld commercieel gevoelig, maar artikel 101, lid 1, is ook van toepassing als de uitwisseling geen direct effect heeft op de door eindgebruikers betaalde prijzen²⁰⁹. Het feit dat de uitgewisselde informatie mogelijk onjuist of misleidend is, neemt als

²⁰⁷ Wat betreft de problemen in verband met marktafscherming waartoe verticale overeenkomsten aanleiding kunnen geven, zie de punten [...] van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

²⁰⁸ Het arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punten 57-58, benadrukt hoe belangrijk het is de onderliggende marktstructuur te analyseren om vast te stellen of het risico op afscherming waarschijnlijk is.

²⁰⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 123, en arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 36.

zodanig niet het risico weg dat het gedrag van concurrenten op de markt erdoor kan worden beïnvloed²¹⁰.

424. Informatie die is aangemerkt als bijzonder commercieel gevoelig en waarvan de uitwisseling werd gekwalificeerd als een beperking naar strekking, omvat onder meer:

De uitwisseling van informatie met concurrenten over prijzen en prijsvoornemens van een onderneming²¹¹;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over de huidige en toekomstige productiecapaciteit van een onderneming²¹²;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over de beoogde commerciële strategie van een onderneming²¹³;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over de regelingen die een onderneming hanteert in verband met de huidige en toekomstige vraag²¹⁴;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over de toekomstige verkopen van een onderneming²¹⁵;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over de huidige situatie en zakelijke strategie van een onderneming²¹⁶;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over toekomstige productkenmerken die relevant zijn voor gebruikers²¹⁷;

De uitwisseling van informatie met concurrenten over marktposities en strategieën bij veilingen van financiële producten²¹⁸.

6.2.3.2. Openbare informatie

425. “Echt openbare” informatie is informatie die in het algemeen voor alle concurrenten en afnemers even gemakkelijk toegankelijk is (in termen van toegangskosten)²¹⁹.

²¹⁰ Arrest van het Gerecht van 15 december 2016, Philips en Philips France/Commissie, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, punt 91.

²¹¹ Zie bv. arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14, ECLI:EU:T:2016:737, punt 96; arrest van het Gerecht van 15 december 2016, Philips en Philips France/Commissie, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, punten 134-136. De informatie hoeft niet direct prijzen te betreffen. Uitwisselingen van informatie die een doorslaggevend element vormt van de prijs die de eindgebruiker zal betalen, kan ook neerkomen op een beperking van de mededinging naar strekking. Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 37.

²¹² Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punten 85 en 96; arrest van het Gerecht van 15 december 2016, Philips en Philips France/Commissie, T-762/14, ECLI:EU:T:2016:738, EU:T:2016:738, punt 104.

²¹³ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 98.

²¹⁴ Arrest van het Gerecht van 9 september 2015, Samsung SDI e.a./Commissie, T-84/13, ECLI:EU:T:2015:611, punt 51.

²¹⁵ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 96.

²¹⁶ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 70.

²¹⁷ Besluit van de Commissie van 8 juli 2021 in zaak AT.40178 – Emissies van personenauto's, overwegingen 84, 107 en 124-126.

²¹⁸ Besluit van de Commissie van 20 mei 2021 in zaak AT.40324 – Europese staatsobligaties, overweging 94.

Aangezien de informatie openbaar toegankelijk is, is deze wellicht niet langer commercieel gevoelig. Over het algemeen zal de uitwisseling van echt openbare informatie meestal geen inbreuk op artikel 101 maken²²⁰. Het feit dat informatie echt openbaar is zal de kans op een heimelijke verstandhouding op de markt wellicht zodanig verkleinen dat ondernemingen die niet aan de coördinatie deelnemen, potentiële concurrenten, maar ook afnemers in staat zijn de potentieel mededingingsbeperkende gevolgen te beteugelen²²¹.

426. Informatie is pas echt openbaar indien het verkrijgen ervan voor afnemers en ondernemingen die niet aan het uitwisselingssysteem deelnemen, niet duurder is dan voor de ondernemingen die de informatie uitwisselen. Concurrenten zullen er doorgaans niet voor kiezen informatie uit te wisselen die zij even gemakkelijk op de markt kunnen verzamelen en het is dus in de praktijk niet waarschijnlijk dat echt openbare informatie wordt uitgewisseld. In tegendeel, zelfs indien de tussen concurrenten uitgewisselde informatie wordt aangemerkt als informatie die “in het publieke domein” valt, is deze niet echt openbaar indien de kosten voor het verzamelen van de informatie zo hoog zijn dat zij andere ondernemingen en afnemers ervan weerhouden deze te bemachtigen²²². 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 concurrenten²²³.

Een typisch voorbeeld van echt openbare informatie zijn tankstations die hun actuele prijzen aangeven voor zowel gebruikers als concurrenten in de buurt. Bij gebreke van een mededingingsversturende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging komt dit aangeven van prijzen gebruikers ten goede aangezien het voor hen eenvoudiger is de prijzen van tankstations te vergelijken voordat zij gaan tanken, zelfs als de concurrenten daardoor weten welke prijzen hun concurrenten in de buurt hanteren.

Indien de eigenaren van tankstations alleen met elkaar “real time”-prijsinformatie zouden uitwisselen, zal de beoordeling op grond van artikel 101, lid 1, waarschijnlijk anders uitvallen. De door de eigenaren uitgewisselde prijsgegevens zijn niet echt openbaar, want het zou veel tijd en transportkosten vergen om dezelfde informatie op een andere wijze te verkrijgen. Men zou namelijk voortdurend onderweg moeten zijn om de prijzen te verzamelen die op de borden bij tankstations over het hele land aangegeven staan. De kosten hiervoor zijn potentieel zo hoog dat de informatie in de

²¹⁹ Dit sluit niet uit dat een database tegen een lagere prijs kan worden opengesteld voor afnemers die zelf data hebben aangeleverd, aangezien zij daarvoor normaal gezien ook kosten hebben gemaakt.

²²⁰ Arrest van het Gerecht van 30 september 2003, Atlantic Container Line e.a./Commissie, T-191/98, T-212/98 tot T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, punt 1154. Dit geldt wellicht niet wanneer de informatie een kartel ondersteunt.

²²¹ Een onderzoek naar toetredingsbarrières en het bestaan van een compenserende “kopersmacht” op de markt zou relevant zijn om vast te stellen of buitenstaanders die niet bij de informatie-uitwisseling betrokken waren, het verwachte resultaat van de coördinatie in gevaar zouden kunnen brengen. De grotere transparantie voor gebruikers kan echter de mogelijkheid van een feitelijke verstandhouding zowel vergroten als verkleinen, omdat die er door een grotere prijselasticiteit van de vraag voor zorgt dat afwijkend gedrag meer loont maar dat de vergelding tegelijk ook harder zal zijn.

²²² Het feit dat de partijen bij de uitwisseling de gegevens vooraf aan het publiek hebben medegedeeld (bijvoorbeeld via een krant of hun website), betekent overigens niet dat een daarop volgende niet-publieke uitwisseling geen inbreuk zou maken op artikel 101, lid 1.

²²³ Zie arrest van het Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185, punt 60.

praktijk slechts via uitwisseling kan worden verkregen. Bovendien vindt de informatie-uitwisseling stelselmatig plaats en bestrijkt zij de gehele relevante markt, waar slechts een handvol concurrenten actief zijn en nieuwkomers niet erg waarschijnlijk zijn. De uitwisseling zal derhalve waarschijnlijk een klimaat van wederzijdse zekerheid creëren tussen de concurrenten ten aanzien van hun prijsbeleid en zal zo vermoedelijk heimelijke verstandhouding in de hand werken.

427. Zelfs indien informatie openbaar toegankelijk is (zoals door regelgevers gepubliceerde informatie), dan kan een extra informatie-uitwisseling door concurrenten toch mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien de strategische onzekerheid op de markt daardoor verder wordt verminderd. In dat geval kan het deze extra uitgewisselde informatie zijn die de marktbalans laat doorslaan naar heimelijke verstandhouding.

In een bepaalde sector kan het bijvoorbeeld algemeen bekend zijn dat de bevoorradingskosten stijgen. Tijdens bilaterale bijeenkomsten of bijeenkomsten van de betrokken brancheorganisatie kan dit fenomeen door deelnemers worden aangekaart. Hoewel concurrenten kunnen wijzen op de stijgende bevoorradingskosten – aangezien dit algemeen bekend is –, mogen ze de stijgende kosten niet gezamenlijk beoordelen als dit de onzekerheid over de toekomstige of recente acties op de markt van een individuele concurrent vermindert²²⁴. Een concurrent moet zelfstandig bepalen welk beleid hij op de interne markt zal voeren. Dit impliceert dat elke concurrent zelf moet beslissen hoe hij reageert op de stijgende bevoorradingskosten.

6.2.3.3. Geaggregeerde/geïndividualiseerde informatie en data

428. Het commercieel gevoelige karakter van informatie hangt ook af van de bruikbaarheid ervan voor concurrenten. Al naar gelang de omstandigheden kan de uitwisseling van ruwe data commercieel minder gevoelig zijn dan een uitwisseling van data die reeds verwerkt waren tot betekenisvolle informatie. Ruwe data kunnen ook commercieel minder gevoelig zijn dan geaggregeerde data, omdat ondernemingen door de uitwisseling daarvan mogelijk meer efficiëntieverbeteringen kunnen behalen. Tegelijkertijd leidt de uitwisseling van echt geaggregeerde informatie gegevens waaruit zeer moeilijk of mogelijk geen informatie op het niveau van de individuele onderneming kan worden afgeleid, veel minder snel tot een beperking van de mededinging dan de uitwisseling van gegevens op ondernemingsniveau.
429. Het verzamelen en publiceren van geaggregeerde marktinformatie (zoals verkoopgegevens, gegevens over capaciteiten of over kosten van inputs en onderdelen) door een brancheorganisatie of marktonderzoeksbureau kan zowel concurrenten als consumenten ten goede komen doordat dit kosten bespaart en hen in staat stelt een duidelijker totaalbeeld van de economische situatie in een sector te krijgen. Dankzij de zo verzamelde en gepubliceerde informatie kunnen individuele concurrenten beter onderbouwde keuzes maken om hun individuele concurrentiestrategie efficiënt aan de marktomstandigheden aan te passen. Meer in het algemeen zal de uitwisseling van geaggregeerde informatie niet snel mededingingsbeperkende gevolgen hebben, tenzij dit tussen een vrij klein aantal

²²⁴

Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 14 maart 2013, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punten 291-295.

ondernemingen met een voldoende groot marktaandeel gebeurt. Daarentegen vergemakkelijkt de uitwisseling van geïndividualiseerde informatie het bereiken van overeenstemming op de markt en het treffen van vergeldingsmaatregelen, want zij stelt de coördinerende ondernemingen in staat een onderneming met afwijkend gedrag of een nieuwkomer doeltreffender te identificeren. Toch valt niet uit te sluiten dat zelfs de uitwisseling van geaggregeerde informatie en data een heimelijke verstandhouding kan vergemakkelijken in markten met bijzondere kenmerken. Met name kunnen leden van een zeer hecht en stabiel oligopolie die geaggregeerde informatie uitwisselen en een marktprijs onder een bepaalde peil aantreffen, automatisch veronderstellen dat iemand zich aan de heimelijke verstandhouding heeft onttrokken en vergeldingsacties op de gehele markt nemen. Met andere woorden, ondernemingen in een zeer hecht en stabiel oligopolie die een heimelijke afspraak stabiel willen houden, hoeven niet steeds te weten wie zich aan afwijkend gedrag heeft bezondigd; soms is het voldoende te weten dat “iemand” dat heeft gedaan.

6.2.3.4. De ouderdom van de informatie

430. In veel bedrijfstakken wordt informatie vrij snel historisch en verliest daardoor haar commercieel gevoelige karakter. De uitwisseling van historische informatie zal vermoedelijk niet tot een heimelijke verstandhouding leiden omdat het onwaarschijnlijk is dat het beoogde gedrag van de concurrenten hieruit kan worden afgeleid of dat deze aanleiding zal geven tot het bereiken van overeenstemming op de markt²²⁵. In beginsel geldt dat hoe de ouder de informatie is, des te minder bruikbaar deze over het algemeen is om afwijkingen tijdig op te sporen en daarmee als een geloofwaardige dreiging dat snel vergeldingsmaatregelen worden genomen²²⁶. Hiertoe moet echter per geval worden beoordeeld hoe relevant de informatie is²²⁷.
431. Of informatie historisch is hangt af van de specifieke kenmerken van de relevante markt, de frequentie van inkoop- en verkooponderhandelingen in de bedrijfstak, en hoe oud de informatie is waarop de bedrijfstak zich doorgaans baseert bij het nemen van zakelijke beslissingen. Zo kan bijvoorbeeld informatie als historisch worden beschouwd wanneer zij heel veel ouder is dan de gemiddelde looptijd van de prijscycli of de contracten in de betrokken bedrijfstak, voor zover die iets zeggen over de prijsonderhandelingen. Daartegenover staat de uitwisseling van actuele informatie mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben, vooral als deze uitwisseling dient om de transparantie tussen de ondernemingen kunstmatig te vergroten, in plaats van de transparantie jegens de gebruikers te vergroten.

²²⁵ Het verzamelen van historische data kan ook een middel zijn om als brancheorganisatie input of een analyse te leveren voor een evaluatie van overheidsbeleid.

²²⁶ In eerdere zaken heeft de Commissie bijvoorbeeld de uitwisseling van individuele data die meer dan één jaar oud waren, als historisch bestempeld en als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, terwijl informatie van minder dan één jaar oud als recent werd beschouwd; zie Beschikking 92/157/EEG van de Commissie van 17 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.370 en 31.446 – UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (PB L 68 van 13.3.1992, blz. 19) overweging 50; Beschikking 98/4/EGKS van de Commissie van 26 november 1997 betreffende een procedure op grond van artikel 65 van het EGKS-Verdrag (zaak IV/36.069 – Wirtschaftsvereinigung Stahl) (PB L 1 van 3.1.1998, blz. 10), overweging 17.

²²⁷ In zijn arrest van het Gerecht van 12 juli 2019, Sony en Sony Electronics/Commissie, T-762/15, ECLI:EU:T:2019:515, punt 127, oordeelde het Gerecht dat in de omstandigheden van de zaak, kennis van eerdere veilingresultaten uiterst relevante informatie was voor concurrenten, zowel uit oogpunt van monitoring als met het oog op toekomstige contracten.

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

6.2.4. De kenmerken van de informatie-uitwisseling

6.2.4.1. Eenzijdige bekendmaking van informatie

432. Een situatie waarbij slechts één onderneming commercieel gevoelige informatie meedeelt aan een of meer concurrenten die dat aanvaarden, kan neerkomen op een onderling afgestemde feitelijke gedraging²²⁸. Het doorgeven van informatie kan bijvoorbeeld gebeuren via posts op websites, (chat)berichten, e-mails, telefoongesprekken, input in een gedeeld algoritmisch instrument, bijeenkomsten enz. In dit verband is niet van belang of slechts één onderneming haar concurrenten eenzijdig heeft geïnformeerd over haar voorgenomen marktgedrag of dat alle betrokken ondernemingen elkaar over hun afwegingen of intenties informeren. Wanneer slechts één enkele onderneming de concurrenten commercieel gevoelige informatie over haar toekomstig beleid verstrekt, vermindert daardoor voor alle betrokkenen de strategische onzekerheid over het toekomstige marktgebeuren en neemt het gevaar van een beperkte mededinging en collusie tussen hen toe²²⁹.

Zo zal bijvoorbeeld deelname aan een bijeenkomst²³⁰ waar een onderneming haar voorgenomen prijsbeleid aan haar concurrenten onthult, waarschijnlijk onder het verbod van artikel 101, lid 1, vallen, zelfs zonder dat uitdrukkelijk is overeengekomen de prijzen te verhogen²³¹. In dezelfde geest valt ook het opnemen in een gedeeld algoritmisch instrument van een regel voor het bepalen van prijzen van een prijsvaststellingsregel (bijvoorbeeld de laagste prijs op het (de) betreffende onlineplatform(s) of winkel(s) +5 %, of de prijs van één concurrent -5 %), waarschijnlijk onder artikel 101, lid 1, zelfs bij gebreke van een expliciete overeenkomst om toekomstige prijzen af te stemmen.

Anderzijds betekent het versturen van een e-mailbericht naar persoonlijke mailboxen als zodanig niet dat de ontvangers op de hoogte hadden moeten zijn van de inhoud van dat bericht²³². Het kan, gelet op andere objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen, het vermoeden schragen dat de ontvangers op de hoogte waren van de inhoud ervan, mits die ontvangers de mogelijkheid behouden om dat vermoeden te weerleggen²³³.

²²⁸ Zie arrest van het Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR/Commissie, T-25/95 e.a., ECLI:EU:T:2000:77, punt 1849.

²²⁹ Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott van 19 februari 2009, T-Mobile Netherlands e.a., zaak C-8/08, EU:C:2009:110, punt 54.

²³⁰ Zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 59.

²³¹ Zie arrest van het Gerecht van 12 juli 2001, Tate & Lyle e.a./Commissie, T-202/98, T-204/98 en T-207/98, ECLI:EU:T:2001:185, punt 54.

²³² Arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punten 39-40.

²³³ In zijn arrest van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punt 41, noemde het Hof van Justitie voorbeelden van hoe deze veronderstelling te weerleggen: door aan te tonen dat de geadresseerde het bericht niet had ontvangen of dat deze het betrokken veld niet of pas een bepaalde tijd na die verzending had geraadpleegd.

433. Wanneer een onderneming commercieel gevoelige informatie van een concurrent ontvangt (op een bijeenkomst, telefonisch, elektronisch of als input in een algoritmisch instrument), is het vermoeden dat deze rekening houdt met die informatie en haar marktgedrag dienovereenkomstig aanpast, tenzij zij ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat zij die informatie niet wenst te ontvangen²³⁴ of dit meldt bij de administratieve autoriteiten.
434. Wanneer een onderneming een eenzijdige aankondiging doet die ook echt openbaar is, bijvoorbeeld door een post op een openbaar toegankelijke website, een verklaring in het openbaar of in een krant, vormt dit doorgaans geen onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1²³⁵. Al naar gelang de feiten waarop de betreffende zaak gebaseerd is, kan evenwel niet worden uitgesloten dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging aan het licht treedt. Zoals toegelicht in punt 426, helpt het verstrekken van echt openbare informatie en data gebruikers om onderbouwde keuzes te maken. Deze efficiëntieverbeteringen zijn echter minder waarschijnlijk indien de informatie betrekking heeft op toekomstige voornemens die wellicht niet gerealiseerd worden en waarop de onderneming zich niet vastlegt jegens haar afnemers²³⁶.

Een eenzijdige openbare aankondiging waarin sprake is van toekomstige voornemens ten aanzien van prijzen zal de onderneming die de aankondiging doet niet binden jegens haar afnemers, maar kan aan haar concurrenten belangrijke signalen afgeven over de beoogde marktstrategie van een onderneming. Dit zal met name het geval zijn als de informatie voldoende specifiek is. Dergelijke aankondigingen brengen dus meestal geen efficiëntieverbeteringen met zich mee voor de afnemers maar kunnen collusie in de hand werken.

Eenzijdige openbare aankondigingen kunnen ook wijzen op een onderliggende mededingingsverstoringende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Op een markt met slechts weinig concurrenten en hoge toegangsbarrières kunnen ondernemingen die voortdurend informatie openbaar maken zonder dat dit gebruikers ogenschijnlijk voordeel oplevert (bv. informatie over O&O-kosten, kosten van aanpassingen aan milieueisen enz.) – bij gebrek aan een andere plausibele verklaring – inbreuk maken op artikel 101, lid 1. De eenzijdige openbare aankondigingen kunnen worden gebruikt om hun heimelijke afspraken uit te voeren of te monitoren. Of een dergelijke inbreuk inderdaad kan worden geconstateerd, hangt af van het beschikbare bewijsmateriaal.

- 6.2.4.2. Indirecte informatie-uitwisseling en uitwisselingen in het kader van gemengde verticale/horizontale relaties
435. Uitwisselingen van commercieel gevoelige informatie tussen concurrenten kunnen plaatsvinden via een derde (bv. een externe dienstverlener, zoals een platform of externe aanbieder van een optimalisatietool), een gezamenlijk agentschap (bv. een

²³⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, punt 48; arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, Hüls/Commissie, C-199/92 P, ECLI:EU:C:1999:358, punt 162; arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 1999, Commissie/Anic Participazioni, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, punt 121.

²³⁵ Zie arrest van het Gerecht van 5 oktober 2020, Casino, Guichard-Perrachon en AMC/Commissie, T-249/17, ECLI:EU:T:2020:458, punten 263-267.

²³⁶ Zie bv. het besluit van de Commissie van 7 juli 2016 in zaak AT.39850 – Containervervoer, overwegingen 40-43.

brancheorganisatie), via een van hun leveranciers of afnemers²³⁷, of via een gedeeld algoritme tezamen “de derde”). Het voornaamste mededingingsbezwaar is dat de uitwisseling de onzekerheid over de acties van concurrenten kan verminderen en daardoor tot een heimelijke verstandhouding op de markt kan leiden. De collusie wordt in deze gevallen vergemakkelijkt of in de hand gewerkt via de derde. Al naar gelang de feiten van de zaak kunnen de concurrenten en de derde beide aansprakelijk voor die collusie worden gehouden. Uit de tekst van artikel 101, lid 1, blijkt niet dat het daarin geformuleerde verbod alleen ziet op de partijen bij dergelijke overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die werkzaam zijn op de markten waarop die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen betrekking hebben²³⁸.

436. Bij een indirecte uitwisseling van commercieel gevoelige informatie moet de rol van iedere deelnemer afzonderlijk worden geanalyseerd om na te gaan of de uitwisseling een mededingingsversturende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betreft en wie voor de collusie aansprakelijk is. Bij deze beoordeling moet met name worden gekeken naar de mate waarin de verstrekkers of ontvangers van de informatie op de hoogte zijn van de uitwisselingen tussen andere verstrekkers of ontvangers van de informatie en de derde.

Daarbij vallen diverse omstandigheden te onderscheiden:

Bepaalde indirecte informatie-uitwisselingen worden aangeduid als “hub and spoke”-overeenkomsten. In dergelijke gevallen treedt een gemeenschappelijke leverancier of fabrikant op als doorgeefluik (“hub”) om informatie over te brengen naar verschillende detailhandelaren, maar het kan ook zijn dat een detailhandelaar de coördinatie tussen meerdere leveranciers of fabrikanten faciliteert. Ook een onlineplatform kan fungeren als doorgeefluik indien het door de gebruikers van zijn platformdiensten gehanteerde mededingingsversturende praktijken vergemakkelijkt, coördineert of afdwingt.

Onlineplatformen kunnen bijvoorbeeld informatie-uitwisselingen tussen platformgebruikers mogelijk maken om bepaalde marges of prijsniveaus te veilig te stellen. Platformen kunnen ook worden gebruikt om operationele systeembeperkingen op te leggen waardoor platformgebruikers geen lagere prijzen of andere voordelen kunnen aanbieden aan eindgebruikers. Bij andere indirecte informatie-uitwisselingen kunnen (potentiële) concurrenten gebruikmaken van een gedeeld optimalisatie-algoritme dat zakelijke beslissingen zou nemen op basis van commercieel gevoelige data-feeds van diverse concurrenten, of afgestemde/gecoördineerde optimalisatiefeatures of -mechanismen implementeren in de betrokken geautomatiseerde tools. Hoewel het gebruik van openbaar toegankelijke data om algoritmesoftware te voeden rechtmatig is, zou de aggregatie van gevoelige informatie in een door één IT-bedrijf beschikbaar gesteld prijsstellingstool waartoe meerdere concurrenten toegang hebben, kunnen neerkomen op horizontale collusie.

²³⁷ De VGVV en de verticale richtsnoeren geven weliswaar de nodige houvast voor de beoordeling van verticale distributieovereenkomsten, maar onder bepaalde omstandigheden kunnen verticale distributieovereenkomsten worden aangewend voor horizontale collusie.

²³⁸ Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 103; arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, punten 27, 34-35.

Ook een gezamenlijk agentschap, zoals een brancheorganisatie, kan uitwisselingen tussen zijn leden faciliteren.

437. Een onderneming die indirect commercieel gevoelige informatie ontvangt of doorgeeft, kan voor een inbreuk op artikel 101, lid 1, aansprakelijk worden gehouden. Dit kan het geval zijn, op voorwaarde dat de onderneming die de informatie ontving of door gaf, op de hoogte was van de mededingingsverstoringen die haar concurrenten en de derde nastreefden en van plan was hieraan een bijdrage te leveren door haar eigen gedrag. Dit zou van toepassing zijn indien de onderneming er uitdrukkelijk of stilzwijgend mee akkoord ging dat de derde die informatie met haar concurrenten deelde of wanneer zij voornemens was via de derde commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten bekend te maken. Daarnaast zou aan deze voorwaarde worden voldaan indien de onderneming die de informatie ontvangt of doorgeeft, redelijkerwijs had kunnen voorzien dat de derde haar commerciële informatie zou delen met haar concurrenten en als ze bereid was het risico ervan te aanvaarden. Daarentegen wordt niet aan deze voorwaarde voldaan wanneer die derde, zonder die onderneming daarvan op de hoogte te brengen, de commercieel gevoelige informatie van deze laatste heeft doorgegeven aan haar concurrenten²³⁹.
438. Evenzo kan een derde die commercieel gevoelige informatie doorgeeft aansprakelijk worden gehouden voor een dergelijke inbreuk indien hij door zijn eigen gedrag heeft willen bijdragen tot de verwezenlijking van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en de door andere ondernemingen met die doelstellingen voorgenomen of daadwerkelijk uitgevoerde materiële gedragingen kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden²⁴⁰.

6.2.4.3. Frequentie van de informatie-uitwisseling

439. Een frequente uitwisseling van informatie die zowel een betere gemeenschappelijke kijk op de markt als het monitoren van afwijkend gedrag vergemakkelijkt, verhoogt het risico op een heimelijke verstandhouding. Op onstabiele markten zal informatie waarschijnlijk frequenter moeten worden uitgewisseld om tot een heimelijke verstandhouding te komen dan op stabiele markten. Op markten met langlopende contracten (waar inkoop- en verkooponderhandelingen dus niet frequent zijn) zou normaal gesproken met een minder frequente uitwisseling van informatie een heimelijke verstandhouding kunnen worden bereikt. Niet frequente uitwisselingen zijn daarentegen mogelijk niet voldoende om tot een heimelijke verstandhouding te komen in markten met kortlopende contracten en bijgevolg frequente onderhandelingen²⁴¹. De frequentie waarmee informatie moet worden uitgewisseld om het ontstaan van een heimelijke verstandhouding te vergemakkelijken, hangt over het algemeen mede af van de aard, de ouderdom en de aggregatie van deze informatie²⁴². Door het toenemende belang van real-time data voor bedrijven om

²³⁹ Arrest van het Hof van Justitie van 21 juli 2016, VM Remonts e.a., C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, punt 30; arrest van het Hof van Justitie van 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, punt 30.

²⁴⁰ Arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie, T-180/15, ECLI:EU:T:2017:795, punt 100.

²⁴¹ Zo zouden niet-frequente contracten de kans op vergeldingsmaatregelen kunnen verkleinen.

²⁴² Afhankelijk van de structuur van de markt en de algemene context waarin de uitwisseling plaatsvindt, valt niet uit te sluiten dat een eenmalig contact kan volstaan opdat de betrokken ondernemingen hun marktgedrag afstemmen; zie arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a.,

succesvol te kunnen concurreren, wordt het grootste concurrentievoordeel verkregen door de geautomatiseerde uitwisseling van informatie in real time.

6.2.4.4. De maatregelen opgezet om het gebruik van data te beperken en/of te controleren

440. Ondernemingen die informatie willen (of moeten) uitwisselen kunnen maatregelen treffen om de toegang tot informatie te beperken en/of te controleren hoe informatie wordt gebruikt²⁴³. Met dergelijke maatregelen kan worden voorkomen dat commercieel gevoelige informatie het gedrag van een concurrent kan beïnvloeden.

Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld “clean teams” inzetten om informatie te ontvangen en te verwerken. Een clean team is doorgaans een kleine groep mensen binnen een onderneming die niet betrokken zijn bij de dagelijkse bedrijfsvoering en gebonden zijn aan strenge geheimhoudingsprotocollen ten aanzien van de commercieel gevoelige informatie. Een clean team kan bijvoorbeeld worden ingezet bij de uitvoering van een andere horizontale samenwerkingsovereenkomst om ervoor te zorgen dat de ten behoeve van deze samenwerking verstrekte informatie op een “need to know”-basis en op geaggregeerde wijze wordt verstrekt.

Deelnemers aan een datapool mogen in beginsel alleen toegang hebben tot hun eigen informatie en tot de definitieve, geaggregeerde informatie van andere deelnemers. Met technische en praktische maatregelen kan worden gewaarborgd dat een deelnemer geen commercieel gevoelige informatie kan verkrijgen van andere deelnemers. Het beheer van een datapool kan bijvoorbeeld worden toevertrouwd aan een externe dienstverlener die strikte geheimhouding in acht moeten nemen ten aanzien van de van deelnemers aan de datapool ontvangen informatie. De beheerders van de datapool moeten er daarnaast ook voor zorgen dat alleen informatie wordt verzameld die noodzakelijk is voor het verwezenlijken van het legitieme doel van de datapool.

6.2.4.5. Toegang tot verzamelde informatie en data

441. Wanneer de uitgewisselde informatie van strategisch belang is voor de mededinging en een groot deel van de relevante markt bestrijkt – maar geen risico op heimelijke verstandhouding met zich meebrengt – vormen de voorwaarden voor toegang tot deze informatie een belangrijk criterium om mogelijke afschermingseffecten te beoordelen. De uitwisseling van die strategische informatie is alleen toegestaan indien de informatie op niet-discriminerende wijze beschikbaar wordt gesteld aan alle ondernemingen die op de relevante markt actief zijn. Indien een dergelijke toegankelijkheid niet gewaarborgd is, zouden sommige concurrenten in een minder gunstige positie komen te verkeren, doordat zij risico over minder informatie zouden beschikken, hetgeen evenmin de komst van nieuwe deelnemers op de markt zou bevorderen²⁴⁴.
442. Dit kan met name het geval zijn bij initiatieven voor data-uitwisseling, waarbij de uitgewisselde data in een datapool een groot deel van de markt vertegenwoordigen. Wanneer de uitgewisselde data van belang zijn om op de markt te kunnen

C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 59.

²⁴³ Dergelijke verplichtingen kunnen reeds voortvloeien uit de algemene verordening gegevensbescherming (AVG) (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 1), indien de uitwisseling persoonsgegevens omvat.

²⁴⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 60.

concurreren, zien concurrenten die geen toegang tot die data hebben (of alleen toegang krijgen tegen minder gunstige voorwaarden) wellicht de markt voor zicht afgeschermd. De beoordeling op grond van artikel 101, lid 1, zal afhangen van elementen zoals de aard van de uitgewisselde data, de voorwaarden van de overeenkomst tot data-uitwisseling en de toegangsvereisten, alsmede van de marktpositie van de relevante partijen. Ervan uitgaande dat de datapool geen heimelijke verstandhouding vormt, zou enige vorm van open lidmaatschap of toegang tot de datapool het risico op mededingingsverstorende afscherming beperken. Bij de beoordeling moet ermee rekening worden gehouden dat afschermingseffecten van een weigering om toegang te verlenen tot een datapool aanzienlijk kunnen zijn, met name wanneer er sprake is van een hoge mate van markt- en dataconcentratie, en als de gepoolde data een belangrijk concurrentievoordeel opleveren doordat zij niet alleen de relevante markt maar ook naburige markten te bedienen.

6.2.5. *Marktkenmerken*

443. De waarschijnlijkheid dat een informatie-uitwisseling leidt tot collusie of afscherming hangt af van de marktkenmerken. De uitwisselingen kunnen tevens van invloed zijn op deze marktkenmerken. Relevant marktkenmerken in dit verband zijn onder meer de transparantiegraad op een markt, het aantal ondernemingen dat er actief is, het bestaan van toetredingsdrempels, het homogene karakter van het product of de dienst waarop de uitwisseling betrekking heeft, het homogene karakter van de betrokken ondernemingen²⁴⁵ en de stabiliteit van vraag en aanbod op de markt²⁴⁶.
444. Het is eenvoudiger om overeenstemming te bereiken over de voorwaarden van coördinatie en te monitoren op afwijkingen op een markt waarin slechts een paar ondernemingen actief zijn. Indien een markt sterk geconcentreerd is, kan de uitwisseling van bepaalde informatie, met name naar gelang van de soort uitgewisselde informatie, ondernemingen de mogelijkheid bieden de positie en de commerciële strategie van hun concurrenten op de markt te kennen, waardoor de rivaliteit op deze markt wordt vervalst en de waarschijnlijkheid van collusie wordt vergroot of collusie zelfs wordt vergemakkelijkt. Indien een markt daarentegen versnipperd is, kunnen de verspreiding en de uitwisseling van informatie tussen concurrenten een neutraal of zelfs een positief effect hebben op de mededinging op de markt²⁴⁷.
445. Een markt die zeer transparant is, kan heimelijke afspraken in de hand werken doordat ondernemingen in staat worden gesteld overeenstemming te bereiken over de coördinatievoorwaarden en doordat de interne en externe stabiliteit van collusie worden vergroot²⁴⁸.

²⁴⁵ Wanneer ondernemingen homogeen zijn wat hun kosten, vraag, marktaandelen, productassortiment, capaciteiten enz. betreft, zullen zij gemakkelijker overeenstemming kunnen bereiken over coördinatievoorwaarden, omdat hun prikkels gelijklopend zijn.

²⁴⁶ Dit is geen volledige lijst van relevante marktkenmerken. Er kunnen andere marktkenmerken zijn die voor het organiseren van bepaalde vormen van informatie-uitwisseling belangrijk zijn.

²⁴⁷ Zie arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 58 en de daar aangehaalde rechtspraak.

²⁴⁸ Zie ook punt 452.

446. Heimelijke verstandhouding komt waarschijnlijk ook vaker voor wanneer de vraag- en aanbodsituatie op de markt betrekkelijk stabiel is²⁴⁹. Een volatiele vraag, een sterke interne groei van bepaalde ondernemingen op de markt, of het feit dat geregeld nieuwe ondernemingen tot de markt toetreden, kunnen erop wijzen dat de bestaande situatie niet zo stabiel is dat coördinatie voor de hand ligt²⁵⁰, of dat frequentere uitwisselingen nodig zijn om te kunnen spreken van gevolgen voor de mededinging.
447. Bovendien kan coördinatie op markten waarop 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 heimelijke verstandhouding kan slechts duurzaam zijn indien de resultaten die ervan worden verwacht niet in gevaar kunnen worden gebracht door de reacties van buitenstaanders, zoals huidige en potentiële concurrenten die niet aan de coördinatie deelnemen, en van klanten. Het bestaan van toetredingsdrempels vergroot in dit verband de kans dat een duurzame heimelijke verstandhouding op de markt haalbaar is.

6.2.6. *Beperking van de mededinging naar strekking*

448. Een uitwisseling van informatie zal worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken wanneer die informatie commercieel gevoelig is en die uitwisseling van informatie de onzekerheid van de betrokkenen kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen²⁵¹. Bij de beoordeling van de vraag of een uitwisseling een mededingingsbeperkende strekking heeft, zal de Commissie met name letten op de inhoud en oogmerken ervan, alsmede op de economische en juridische context waarin de informatie-uitwisseling plaatsvindt²⁵². Bij de beoordeling van die context moet ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken goederen of diensten en met de werkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten²⁵³.
449. Uit de voorbeelden in punt 424 blijkt dat er geen rechtstreeks verband hoeft te bestaan tussen de uitgewisselde informatie en consumentenprijzen om te kunnen zeggen dat de uitwisseling een beperking van de mededinging naar strekking is. Om

²⁴⁹ Zie arrest van het Gerecht van 27 oktober 1994, Deere/Commissie, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259, punt 78.

²⁵⁰ Zie Beschikking 92/157/EEG van de Commissie van 17 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.370 en 31.446 – UK Agricultural Tractor Registration Exchange), overweging 51, en arrest van het Gerecht van 27 oktober 1994, Deere/Commissie, T-35/92, ECLI:EU:T:1994:259, punt 78.

²⁵¹ Arrest van het Gerecht van 8 juli 2020, Infineon Technologies/Commissie, T-758/14 RENV, ECLI:EU:T:2020:307, punt 100. Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 19 maart 2015, Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie, C-286/13 P, ECLI:EU:C:2015:184, punt 122, en arrest van het Hof van Justitie van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, punt 41.

²⁵² Zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, ECLI:EU:C:2009:610, punt 58; arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2008, Beef Industry Development en Barry Brothers, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, punt 15 e.v.

²⁵³ Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 2018, Philips en Philips France/Commissie, C-98/17 P, ECLI:EU:C:2018:774, punt 35.

te bepalen of er sprake is van een inbreuk naar strekking, is het doorslaggevende criterium de aard van de contacten – niet de frequentie ervan²⁵⁴.

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

Zodra de ondernemingen informatie gaan uitwisselen over de ontwikkeling van toekomstige producten, bestaat echter een risico dat dergelijke uitwisselingen het marktgedrag van de concurrenten kunnen beïnvloeden. Deze uitwisseling kan ertoe leiden dat concurrenten tot een consensus komen om geen producten op de markt te brengen die milieuvriendelijker zijn dan wettelijk vereist is. Een dergelijke coördinatie beïnvloedt het marktgedrag van partijen en beperkt de keuzevrijheid van gebruikers en de concurrentie op het punt van productkenmerken. Deze coördinatie zal derhalve als een beperking van de mededinging naar strekking worden beschouwd.

450. Een informatie-uitwisseling kan worden aangemerkt als een kartel als deze tot doel heeft het concurrentiegedrag te coördineren of de relevante concurrentieparameters tussen twee of meer concurrenten op de markt te beïnvloeden. Een informatie-uitwisseling vormt een kartel als sprake is van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer concurrenten met als doel hun concurrentiegedrag op de markt te coördineren of de relevante concurrentieparameters te beïnvloeden via praktijken zoals onder meer, doch niet uitsluitend, het bepalen of coördineren van aan- of verkoopprijzen of andere handelsvoorwaarden, onder meer met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten en klanten, met inbegrip van vervalsing van aanbestedingen, het beperken van importen of exporten of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten. Informatie-uitwisselingen die kartels vormen, maken niet alleen inbreuk op artikel 101, lid 1, maar voldoen hoogstwaarschijnlijk ook niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Informatie-uitwisseling kan tevens de uitvoering van een kartel vergemakkelijken doordat ondernemingen in staat worden gesteld te monitoren of de deelnemers zich aan de overeengekomen voorwaarden houden. Die vormen van informatie-uitwisseling zullen als onderdeel van het kartel worden onderzocht.

6.2.7. Mededingingsbeperkende gevolgen

451. Een informatie-uitwisseling die geen beperking van de mededinging naar strekking vormt, kan desalniettemin mededingingsbeperkende gevolgen hebben.
452. Zoals vermeld in punt 37, moet per geval worden onderzocht wat de vermoedelijke gevolgen van een informatie-uitwisseling voor de mededinging zijn, aangezien de uitkomst van de beoordeling afhangt van een combinatie van uiteenlopende factoren

²⁵⁴ Arrest van het Gerecht van 7 november 2019, Campine en Campine Recycling/Commissie, T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778, punt 308.

die eigen zijn aan de zaak. Bij deze beoordeling zal de Commissie de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de informatie-uitwisseling voor de actuele marktomstandigheden vergelijken met de situatie waarvan sprake zou zijn zonder die specifieke informatie-uitwisseling²⁵⁵. 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 meer) van de concurrentieparameters zoals prijs, producthoeveelheden, productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie.

453. Voor de beoordeling van de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen zijn de aard van de uitgewisselde informatie (zie afdeling 6.2.3), de kenmerken van de uitwisseling (zie afdeling 6.2.4) en de marktkenmerken (zie afdeling 6.2.5) relevant²⁵⁶.
454. Een uitwisseling van informatie zal vermoedelijk slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer de aan de uitwisseling deelnemende ondernemingen een voldoende groot deel van de relevante markt bestrijken. Anders zouden de concurrenten die niet aan de uitwisseling deelnemen, het eventuele mededingingsversturende gedrag van de betrokken ondernemingen kunnen beteugelen.
455. Wat een “voldoende groot deel van de markt” is, kan niet in algemene termen worden vastgesteld en zal afhangen van de specifieke omstandigheden van elk geval en van het soort uitwisseling. Wanneer een uitwisseling van informatie plaatsvindt in het kader van een andersoortige horizontale samenwerkingsovereenkomst en niet verder gaat dan hetgeen voor de uitvoering ervan noodzakelijk is, zal een marktdekking die de voor het betrokken type overeenkomst in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren, in de desbetreffende groepsvrijstellingsverordening²⁵⁷ of in de de-minimismededeling genoemde marktaandeeldrempels onderschrijdt, doorgaans geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben²⁵⁸.
456. Informatie-uitwisseling die slechts in geringe mate bijdraagt tot markttransparantie, zal minder gauw mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan een uitwisseling van informatie waarbij de transparantie aanzienlijk wordt vergroot. Het is derhalve de combinatie van het bestaande transparantieniveau en de mate waarin dit niveau door de uitwisseling wordt gewijzigd, die bepaalt in hoeverre de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Bij hechte oligopolies is de kans groter dat informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben dan bij minder hechte oligopolies, en op zeer gefragmenteerde markten zijn dergelijke mededingingsbeperkende gevolgen zelfs niet waarschijnlijk.

²⁵⁵ Arrest van het Hof van Justitie van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, ECLI:EU:C:1998:256, punt 76.

²⁵⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 54.

²⁵⁷ Uitwisseling van informatie in het kader van een O&O-overeenkomst komt, voor zover deze niet verder gaat dan hetgeen voor de uitvoering van die overeenkomst noodzakelijk is, in aanmerking voor de safe harbour van 25 % uit de O&O-GVV. Voor de specialisatie-GVV is de relevante safe harbour 20 %.

²⁵⁸ Zie afdeling 1.2.8.

6.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

6.3.1. Efficiëntieverbeteringen²⁵⁹

457. Uitwisseling van informatie kan leiden tot efficiëntieverbeteringen, al naar gelang de marktkenmerken. Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld efficiënter worden als ze hun prestaties benchmarken tegen de beste praktijken in de bedrijfstak. Uitwisseling van informatie kan ook bijdragen aan een veerkrachtige markt doordat ondernemingen daardoor sneller kunnen reageren op veranderingen in vraag en aanbod en interne en externe risico's van verstoringen of kwetsbaarheden in de toeleveringsketens kunnen beperken. Zij kan zowel gebruikers als ondernemingen ten goede komen door inzicht te bieden in de relatieve kwaliteiten van producten, bijvoorbeeld door overzichten van best verkopende producten of prijsvergelijkingen te publiceren. De uitwisseling van informatie die echt openbaar is, kan voor gebruikers derhalve voordelig zijn doordat zij hierdoor met kennis van zaken een keuze kunnen maken (en hun zoekkosten verminderen). Op vergelijkbare wijze kan de uitwisseling van openbare informatie over actuele inputprijzen de zoekkosten voor ondernemingen verlagen, hetgeen de gebruikers normaal gesproken ten goede zou moeten komen via lagere eindprijzen.
458. De uitwisseling van consumentengegevens tussen ondernemingen in markten met asymmetrische informatie over consumenten kan eveneens tot efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan bijvoorbeeld de registratie van het gedrag van consumenten in het verleden op het gebied van ongevallen of wanbetaling, voor gebruikers een prikkel zijn om hun risicogedrag te beperken. Tevens kan hierdoor worden nagegaan welke consumenten een geringer risico lopen 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 aan deze informatie verbonden voordelen zouden verliezen wanneer zij naar een andere onderneming zouden overstappen. Voorbeelden van dergelijke efficiëntieverbeteringen zijn te vinden in de bank- en verzekeringssector, waar dikwijls informatie wordt uitgewisseld over wanbetaling door en de risicokenmerken van consumenten.

6.3.2. Onmisbaarheid

459. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die dankzij de uitwisseling van informatie tot stand worden gebracht, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Om aan de voorwaarde van onmisbaarheid te voldoen, moeten de partijen aantonen dat de aard van de informatie en de context waarin de uitwisseling plaatsvindt, geen risico's voor onbelemmerde concurrentie met zich meebrengen die misbaar zijn voor het tot stand brengen van de gestelde efficiëntieverbeteringen. Bovendien mag de uitwisseling geen informatie betreffen die verder gaat dan de variabelen die van belang zijn om de efficiëntieverbeteringen tot stand te brengen.

Voor benchmarking bijvoorbeeld zal een uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens over het algemeen niet onmisbaar zijn omdat geaggregeerde informatie

²⁵⁹ Deze bespreking van de potentiële efficiëntieverbeteringen die informatie-uitwisseling kan meebrengen, beoogt exclusief noch uitputtend te zijn.

(bv. in een sectorclassificatie) eveneens de gestelde efficiëntieverbeteringen kan opleveren, terwijl het risico op een heimelijke verstandhouding minder groot is.

6.3.3. *Voordelen doorgegeven aan gebruikers*

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

6.3.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

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

6.4. Voorbeelden

Voorbeeld 1

Situatie: De luxehotels in de hoofdstad van land A werken binnen een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie met een grotendeels homogene kostenstructuur, en vormen een afzonderlijke relevante markt, buiten de gewone hotelmarkt. Zij wisselen rechtstreeks individuele informatie uit over hun actuele bezettingsgraad en ontvangsten. In dit geval kunnen de partijen hun reële actuele prijzen rechtstreeks afleiden uit de uitgewisselde informatie.

Analyse: Zolang het geen verkapte wijze van uitwisseling van informatie over toekomstige voornemens is, zou deze uitwisseling van informatie geen beperking van de mededinging naar strekking zijn, omdat de hotels actuele gegevens uitwisselen en geen informatie over voorgenomen toekomstige prijzen of volumes. De informatie-uitwisseling zou echter wel mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, omdat kennis van de reële actuele prijzen vermoedelijk tot coördinatie van het concurrentiegedrag van de ondernemingen zou leiden. De uitgewisselde informatie zou naar alle waarschijnlijkheid gebruikt worden om te monitoren op afwijkingen van de heimelijke verstandhouding. De uitwisseling van informatie vergroot de transparantie op de markt omdat, ook al publiceren hotels gewoonlijk hun officiële prijzen, zij tevens verschillende kortingen aanbieden op basis van onderhandelingen, voor vroege boekingen, voor boekingen door groepen enz. Derhalve is de extra informatie die op niet-openbare wijze tussen de hotels wordt uitgewisseld, commercieel gevoelig. Te verwachten valt dat deze informatie-uitwisseling een heimelijke verstandhouding in de hand zal werken 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 gebruikers, noch nieuwkomers het mededingingsverstoring gedrag van de gevestigde ondernemingen aan banden leggen omdat de gebruikers weinig kopersmacht hebben en de toetredingsdrempels hoog zijn. Het is onwaarschijnlijk dat de partijen in dit geval zouden kunnen aantonen dat de eventuele efficiëntieverbeteringen ten gevolge van de informatie-uitwisseling aan de gebruikers 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, kan worden voldaan.

Voorbeeld 2

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

Analyse: Deze uitwisseling van informatie vormt in beginsel geen beperking van de mededinging naar strekking. Daarom dienen de gevolgen ervan voor de markt te worden beoordeeld. Gezien de marktstructuur, het feit dat de uitgewisselde informatie een groot deel van de variabele kosten van de ondernemingen betreft, 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 een heimelijke verstandhouding bevordert en daardoor mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1. Het is onwaarschijnlijk dat aan de criteria van artikel 101, lid 3, is voldaan omdat er minder beperkende manieren zijn om de gestelde efficiëntieverbeteringen te bereiken, bijvoorbeeld door de gegevens door een derde te laten verzamelen en deze in geanonimiseerde en geaggregeerde vorm op te nemen in een of andere sectorclassificatie. Ten slotte zou in dit geval, aangezien de partijen een zeer hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormen, zelfs de uitwisseling van geaggregeerde gegevens een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand kunnen werken. Dit zou echter zeer onwaarschijnlijk zijn indien de informatie-uitwisseling plaatsvond in een niet-transparante, gefragmenteerde, onstabiele en complexe markt.

Voorbeeld 3

Situatie: Er zijn op de relevante markt vijf producenten van vers wortelsap in flessen. De vraag naar dit product is heel onstabiel en wisselt in de loop van de tijd en van plaats tot plaats. Het sap moet binnen een dag na de productiedatum verkocht en geconsumeerd worden. De producenten komen overeen een onafhankelijk bureau voor marktonderzoek op te richten dat dagelijks actuele informatie verzamelt over onverkocht sap in elk verkooppunt, die het de week nadien op zijn website plaatst in een per verkooppunt geaggregeerde vorm. Dankzij de gepubliceerde statistieken kunnen producenten en detailhandelaren de vraag beter voorspellen en het product beter positioneren. Voordat de uitwisseling van informatie werd ingevoerd, rapporteerden de afnemers dat grote hoeveelheden sap verloren gingen, zodat zij de hoeveelheid sap die zij van de producenten aankochten, moesten verminderen, d.w.z. de markt functioneerde niet efficiënt. Bijgevolg werd in bepaalde perioden en gebieden dikwijls onvoldoende in de vraag voorzien. Dankzij het informatie-uitwisselingssysteem, waardoor te over- en onderaanbod beter kunnen worden voorspeld, komt het veel minder vaak voor dat niet in de vraag van de gebruikers wordt voorzien, en neemt de op de hele markt verkochte hoeveelheid sap toe.

Analyse: Hoewel de markt sterk geconcentreerd is en de uitgewisselde gegevens recent en van strategisch belang zijn, is het niet zeer waarschijnlijk dat deze uitwisseling een heimelijke verstandhouding in de hand zou werken omdat de vraag op de markt onstabiel is. Zelfs indien de uitwisseling enig risico op mededingingsbeperkende gevolgen met zich meebrengt, zal deze waarschijnlijk

leiden tot efficiëntieverbeteringen door vraag en aanbod beter op elkaar af te stemmen en daardoor verspilling te verminderen. De informatie wordt in openbare en geaggregeerde vorm uitgewisseld waardoor de mededingingsrisico's minder groot zijn dan wanneer 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 te corrigeren. Deze informatie-uitwisseling zal derhalve vermoedelijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen.

Voorbeeld 4

Situatie: Er zijn meerdere fabrikanten van essentiële producten actief op een markt die veelvuldig kampt met tekorten aan de aanbodzijde. Om het aanbod te verbeteren en de productie op een zo doeltreffend en passend mogelijke wijze te verhogen, stelt de brancheorganisatie voor om gegevens te verzamelen en de vraag naar en het aanbod van de betrokken essentiële producten te modelleren. Daarnaast zouden gegevens worden verzameld om de productiecapaciteit, bestaande voorraden en mogelijkheden voor optimalisering van de toeleveringsketens in kaart te brengen. Een adviesbureau zou de brancheorganisatie helpen de gegevens te verzamelen en bijeen te brengen in een model, waarbij geheimhoudingsovereenkomsten zouden worden gesloten met elke producent. Geaggregeerde gegevens zouden worden teruggekoppeld naar de producenten met het doel hun individuele capaciteitsbenutting, productie en aanbod weer in evenwicht te brengen en bij te sturen.

Analyse: de verzamelde gegevens zijn commercieel gevoelig en zouden, indien uitgewisseld tussen de producenten, de onzekerheid tussen deelnemers kunnen wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag moeten aanpassen. Daarnaast kunnen producenten die geen lid zijn van de brancheorganisatie, een aanzienlijk concurrentienadeel oplopen ten opzichte van de ondernemingen die wel aan het uitwisselingssysteem deelnemen.

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

7. STANDAARDISERINGSOVEREENKOMSTEN

7.1. Inleiding

462. Standaardiseringsovereenkomsten hebben in de eerste plaats ten doel technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan bestaande of toekomstige producten, productieprocessen, due-diligenceprocessen voor de waardeketen, diensten of werkwijzen moeten voldoen²⁶⁰. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen betrekking hebben op uiteenlopende kwesties, bijvoorbeeld standaardisering van verschillende kwaliteitsniveaus of grootten 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, net zoals overeenkomsten waarin duurzaamheidsnormen zijn vastgelegd. Hoewel duurzaamheidsnormen raakvlakken hebben met in dit hoofdstuk beschreven standaardiseringsovereenkomsten, hebben ze ook kenmerken die atypisch zijn voor, of minder nadrukkelijk aan de orde komen in, die standaardiseringsovereenkomsten. De nodige houvast voor dergelijke duurzaamheidsnormen is daarom te vinden in hoofdstuk 9.
463. De voorbereiding en uitwerking van technische normen als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag valt niet binnen het toepassingsgebied van deze richtsnoeren²⁶¹. De Europese normalisatieorganisaties die erkend worden op grond van Verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie²⁶² vallen onder het mededingingsrecht voor zover ze kunnen worden beschouwd als een onderneming of een ondernemersvereniging in de zin van de artikelen 101 en 102²⁶³. Normen die verband houden met het verrichten van intellectuele diensten, zoals voorschriften inzake de toelating tot een vrij beroep, vallen niet binnen de werkingssfeer van deze richtsnoeren.

7.2. Relevante markten

464. Standaardiseringsovereenkomsten kunnen gevolgen hebben op vier mogelijke markten, die zullen worden afgebakend overeenkomstig de bekendmaking marktbepalings en eventuele toekomstige handvatten voor de bepaling van relevante markten voor de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie. In de eerste plaats kan het ontwikkelen van normen invloed hebben op de product- of dienstenmarkt of -markten waarop de norm of normen betrekking heeft of hebben. In

²⁶⁰ Standaardisering kan op verschillende manieren plaatsvinden, variërend van de aanneming van op consensus gebaseerde nationale normen door erkende, internationale, Europese of nationale normalisatie-instellingen, op consensus gebaseerde technische specificaties ontwikkeld door consortia en fora, tot overeenkomsten tussen onafhankelijke ondernemingen.

²⁶¹ Zie arrest van het Hof van Justitie van 26 maart 2009, *Selex Sistemi Integrati/Commissie*, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, punt 92.

²⁶² Verordening (EU) nr. 1025/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende Europese normalisatie, tot wijziging van de Richtlijnen 89/686/EEG en 93/15/EEG van de Raad alsmede de Richtlijnen 94/9/EG, 94/25/EG, 95/16/EG, 97/23/EG, 98/34/EG, 2004/22/EG, 2007/23/EG, 2009/23/EG en 2009/105/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Beschikking 87/95/EEG van de Raad en Besluit nr. 1673/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 316 van 14.11.2012, blz. 12).

²⁶³ Zie arrest van het Gerecht van 12 mei 2010, *EMC Development/Commissie*, T-432/05, ECLI:EU:T:2010:189.

de tweede plaats, als het ontwikkelen van normen gepaard gaat met de ontwikkeling of selectie van technologie en de intellectuele-eigendomsrechten afzonderlijk op de markt worden gebracht, los van de producten waarop deze betrekking hebben, kan de norm effecten hebben op de relevante technologiemarkt²⁶⁴. In de derde plaats kunnen er effecten zijn op de markt voor normontwikkeling, indien er verschillende normalisatie-instellingen of standaardiseringsovereenkomsten bestaan. In de vierde plaats kan normontwikkeling, in voorkomend geval, effect hebben op een afzonderlijke markt voor keuring en certificering.

7.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

7.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

465. Standaardiseringsovereenkomsten hebben gewoonlijk aanzienlijke positieve economische gevolgen²⁶⁵, bijvoorbeeld doordat zij economische interpenetratie binnen de interne markt bevorderen en de ontwikkeling van nieuwe en betere producten of markten en betere leveringscondities aanmoedigen. Normen doen dan ook normaal gesproken de mededinging toenemen en de productie- en verkoopkosten dalen, en komen aldus de economie in haar geheel ten goede. Normen kunnen zorgen voor de handhaving en verhoging van de kwaliteit, veiligheid, voor meer informatie en voor een betere interoperabiliteit en compatibiliteit (hetgeen een meerwaarde betekent voor de gebruiker).
466. Partijen bij standaardiseringsovereenkomsten zijn niet noodzakelijkerwijs concurrenten. Normontwikkeling kan echter, in bepaalde omstandigheden waar sprake is van concurrenten, ook mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat de prijsconcurrentie mogelijk kleiner wordt en de productie, de markten, de innovatie of de technologische ontwikkeling worden afgeremd of beperkt. Zoals hieronder nader toegelicht, kan dit zich in hoofdzaak op drie manieren voordoen: i) door vermindering van de prijsconcurrentie, ii) door afscherming van de toegang tot innoverende technologieën, en iii) door uitsluiting van of discriminatie tegen bepaalde ondernemingen waaraan daadwerkelijke toegang tot de norm wordt ontzegd.
467. Ten eerste zou, indien ondernemingen in het kader van normontwikkeling mededingingsverstoring overleg zouden voeren, dit de prijsconcurrentie op de betrokken markten kunnen beperken of uitschakelen of tot beperking of controle van de productie kunnen leiden, hetgeen een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand zou werken²⁶⁶.
468. Ten tweede kunnen normen die gedetailleerde technische specificaties vaststellen voor een product of dienst een rem vormen op de technische ontwikkeling en innovatie. Terwijl een norm wordt ontwikkeld, kunnen alternatieve technologieën

²⁶⁴ Zie hoofdstuk 2 over O&O-overeenkomsten en de richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB C 89 van 28.3.2014, blz. 3, punten 20 tot en met 26) (“richtsnoeren inzake technologieoverdracht”) die ingaan op aspecten van marktbepalings die van bijzonder belang zijn voor het in licentie geven van technologierechten. Voor een voorbeeld van marktbepalings overeenkomstig die richtsnoeren, zie het besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39985 – Motorola – Handhaving van essentiële octrooien voor GPRS-standaarden, overwegingen 184-220.

²⁶⁵ Zie ook punt 501.

²⁶⁶ Afhankelijk van de kring deelnemers aan het proces van normontwikkeling kunnen beperkingen zich voordoen aan de aanbodzijde dan wel aan de vraagzijde van de markt voor het gestandaardiseerde product.

concurreren om in de norm te worden opgenomen. Wanneer eenmaal voor een bepaalde technologie is gekozen of de norm is ontwikkeld, moeten sommige technologieën en ondernemingen een drempel overwinnen om toegang te krijgen tot de markt en bestaat het risico dat zij van de markt worden uitgesloten. Normen die vereisen dat een bepaalde technologie uitsluitend voor een norm wordt gebruikt, kunnen daarnaast de ontwikkeling en verspreiding van andere technologieën in de weg staan. De ontwikkeling van andere technologieën verhinderen door de leden van de normalisatie-instantie ertoe te verplichten uitsluitend een bepaalde norm te gebruiken, kan hetzelfde effect sorteren. Het risico op beperking van innovatie neemt toe wanneer een of meer ondernemingen zonder gegronde reden van de normontwikkeling worden uitgesloten.

469. In het kader van normen waarbij intellectuele-eigendomsrechten (“IE-rechten”)²⁶⁷ zijn betrokken, kunnen theoretisch drie hoofdcategorieën van ondernemingen worden onderscheiden die verschillende belangen hebben bij normontwikkeling. Ten eerste ondernemingen die alleen upstream actief zijn en alleen technologieën ontwikkelen en verkopen. Hiertoe kunnen ook ondernemingen behoren die technologieën verwerven met het doel deze in licentie te geven. Hun enige bron van inkomsten zijn de licentievergoedingen en hun streven is de royalty’s zo hoog mogelijk te leggen. Ten tweede ondernemingen die alleen downstream actief zijn en alleen producten vervaardigen of diensten aanbieden op basis van door derden ontwikkelde technologieën en die geen noemenswaardige IE-rechten bezitten. Royalty’s zijn voor hen een kostenfactor – en geen bron van inkomsten – en hun streven is erop gericht de royalty’s zo laag mogelijk te houden. Tot slot zijn er geïntegreerde ondernemingen die door IE-rechten beschermde technologie ontwikkelen, maar ook producten verkopen waarvoor ze een licentie nodig hebben. Deze ondernemingen hebben gemengde prikkels. Aan de ene kant zouden zij licentie-inkomsten kunnen genereren uit hun eigen IE-rechten. Aan de andere kant moeten zij misschien royalty’s betalen aan andere ondernemingen die IE-rechten bezitten die standaard-essentieel voor hun eigen producten zijn. Zij zouden daarom wederkerige licenties kunnen verlenen op hun eigen essentiële IE-rechten in ruil voor essentiële IE-rechten van andere ondernemingen of hun IE-rechten defensief kunnen gebruiken. Daarnaast kunnen ondernemingen hun IE-rechten ook te gelde maken via andere methoden dan royalty’s. In de praktijk gebruiken talrijke ondernemingen een mix van deze businessmodellen.
470. Ten derde kan normalisatie mededingingsverstoringen opleveren doordat bepaalde ondernemingen wordt verhinderd daadwerkelijke toegang te krijgen tot de resultaten van de normontwikkeling (d.w.z. de specificatie en/of de essentiële IE-rechten voor de uitvoering van de norm). Indien het een onderneming volledig onmogelijk wordt gemaakt om toegang te verkrijgen tot het resultaat van de norm of indien aan deze onderneming slechts toegang wordt verleend op prohibitieve of discriminerende voorwaarden, bestaat het risico op een concurrentieverstorend effect. Bij een systeem waarin potentieel relevante IE-rechten van te voren worden bekendgemaakt neemt de waarschijnlijkheid dat daadwerkelijke toegang tot de norm

²⁶⁷ In het kader van dit hoofdstuk worden met IE-rechten met name octrooien (niet-gepubliceerde octrooiaanvragen uitgezonderd) bedoeld. Ingeval een ander soort IE-recht in de praktijk de IE-rechthebbende zeggenschap verschaft over het gebruik van de norm, moeten dezelfde beginselen worden toegepast.

zal worden verleend vermoedelijk toe²⁶⁸, omdat de deelnemers kunnen nagaan op welke technologieën IE-rechten rusten en op welke niet. De wetgeving inzake de intellectuele eigendom en de mededingingswetgeving delen dezelfde doelstellingen²⁶⁹, namelijk het vergroten van de welvaart van de gebruikers en de innovatie, alsmede een efficiënte middelenallocatie. IE-rechten bevorderen dynamische concurrentie doordat zij ondernemingen aanmoedigen om in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen te investeren. IE-rechten zijn dan ook over het algemeen mededingingsbevorderend. Niettemin zou een deelnemende onderneming die standaard-essentiële IE-rechten bezit, op grond van haar IE-rechten in de specifieke context van normontwikkeling tevens zeggenschap over het gebruik van een norm kunnen verkrijgen. Wanneer de norm de toegang tot de markt belemmert, zou de onderneming aldus de product- of dienstenmarkt waarvoor de norm geldt, kunnen domineren. Dit zou ondernemingen dan weer de mogelijkheid geven zich op een mededingingsverstorende wijze te gedragen, bijvoorbeeld door een weigering de noodzakelijke IE-rechten in licentie te geven dan wel door buitensporige vergoedingen te bedingen in de vorm van discriminerende of overdreven²⁷⁰ royalty's, en aldus daadwerkelijke toegang tot de norm te verhinderen ("hold-up"). De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen als licentieonderhandelingen worden gerekt om redenen die uitsluitend toe te schrijven zijn aan de gebruiker van de norm. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om een weigering een FRAND-royaltyvergoeding te betalen of het gebruik van vertragingsstrategieën ("hold-out").

471. Hoe dan ook, ook al kan het vaststellen van een norm aan IE-rechthebbenden die IE-rechten bezitten welke voor die norm essentieel zijn, marktmacht verlenen of hun marktmacht vergroten, toch wordt er niet van uitgegaan dat het in bezit hebben of uitoefenen van IE-rechten die standaard-essentieel zijn, gelijkstaat aan het bezit of de uitoefening van marktmacht. Het al dan niet hebben van marktmacht kan alleen per geval worden onderzocht²⁷¹.

7.3.2. *Beperkingen van de mededinging naar strekking*

472. Overeenkomsten waarin een norm wordt gebruikt als onderdeel van een ruimere beperkende overeenkomst die beoogt daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, strekken ertoe de mededinging te beperken. Een overeenkomst waarbij een nationale fabrikantenvereniging een norm zou vaststellen en op derden druk zou uitoefenen om geen producten te verkopen die niet aan deze norm voldoen of waarbij de producenten van het gevestigde product heimelijke afspraken maken om nieuwe technologie van een reeds bestaande norm uit te sluiten²⁷², zou bijvoorbeeld tot deze categorie behoren.

²⁶⁸ Indien tevens vergezeld van een FRAND-verbintenis; zie de punten 482-484.

²⁶⁹ Zie ook de richtsnoeren technologieoverdracht, punt 7.

²⁷⁰ Hoge royalty's zouden alleen als buitensporig kunnen worden aangemerkt indien aan de voorwaarden voor misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 102 van het Verdrag en in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie is voldaan; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, *United Brands/Commissie*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

²⁷¹ Zie besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39985 – *Motorola* – Handhaving van essentiële octrooien voor GPRS-standaarden, overwegingen 221-270.

²⁷² Zie bv. Beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (Zaak nr. IV/35.691/E-4 – *Kartel voor voorgeïsoleerde buizen*) (PB L 24 van 30.1.1999, blz. 1), overweging 147, waarin een deel van de inbreuk op artikel 101 bestond in "het gebruiken van normen en standaarden om de invoering van nieuwe technologie die tot

473. Alle overeenkomsten die beogen de mededinging te beperken door voorafgaand aan de vaststelling van een norm de bekendmaking van meest restrictieve licentievoorwaarden te gebruiken als verkapte manier om gezamenlijk de prijzen vast te stellen van hetzij downstream producten hetzij vervangende IE-rechten of technologie, zullen beperkingen van de mededinging naar strekking zijn²⁷³.

7.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

7.3.3.1. Overeenkomsten die gewoonlijk de mededinging niet beperken

474. Standaardiseringsovereenkomsten die geen mededingingsbeperkende strekking hebben, moeten in hun juridische en economische context worden onderzocht op hun daadwerkelijke en potentiële effect op de mededinging, onder meer door rekening te houden met de aard van de betrokken goederen of diensten, de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten. Wanneer er geen sprake is van marktmacht²⁷⁴, kan een standaardiseringsovereenkomst geen mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Beperkende gevolgen zijn dan ook zeer onwaarschijnlijk in een situatie waarin er sprake is van daadwerkelijke mededinging tussen verscheidene niet-bindende normen.
475. Ten aanzien van de standaardiseringsovereenkomsten die marktmacht dreigen te doen ontstaan, wordt in de punten 477-483 aangegeven onder welke voorwaarden dit soort overeenkomsten normaal gesproken buiten de werkingssfeer van artikel 101, lid 1, zouden vallen.
476. De niet-naleving van een of alle beginselen uit deze afdeling leidt niet tot een vermoeden van beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Er zal echter zelfbeoordeling voor nodig zijn om vast te stellen of de overeenkomst onder artikel 101, lid 1, valt en zo ja, of aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan. In dit verband wordt erkend dat er verschillende modellen voor normontwikkeling bestaan en dat concurrentie binnen en tussen die modellen een positief aspect van een markteconomie is. Normalisatie-instanties blijven dan ook geheel vrij om regels en procedures in te voeren die geen inbreuk maken op de mededingingsregels en toch verschillen van de in de punten 477-483 beschreven regels en procedures.
477. Wanneer deelname aan de normontwikkeling **voor eenieder openstaat** en de **procedure** voor de vaststelling van de betrokken norm **transparant** is, zullen standaardiseringsovereenkomsten die **geen verplichting**²⁷⁵ opleggen om zich aan de norm **te houden** en die op **eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden ("FRAND") toegang verlenen** tot de norm, normaal gesproken niet mededingingsbeperkend zijn in de zin van artikel 101, lid 1.

²⁷³ prijsvermindering zou leiden, te vertragen of te verhinderen". Dit punt mag geen belemmering vormen voor eenzijdige bekendmaking vooraf van meest restrictieve licentievoorwaarden voor standaard-essentiële octrooien (SEP's) door individuele IE-rechthebbenden of van een maximaal geaccumuleerd royaltytarief door alle IE-rechthebbenden, zoals beschreven in punt 500. Evenmin mag dit beletten dat octrooipools worden opgezet overeenkomstig de beginselen in afdeling IV.4 van de richtsnoeren technologieoverdracht of verhinderen dat wordt besloten IE-rechten die standaard-essentieel zijn vrij van royalty's in licentie te geven zoals in dit hoofdstuk wordt uiteengezet.

²⁷⁴ Zie ook hoofdstuk 1 Inleiding. Zie ook punt 498 wat betreft marktaandelen.

²⁷⁵ Zie in dit verband ook punt 490.

478. Met name moet, om **onbeperkte deelname** te waarborgen, het reglement van de normalisatie-instantie garanderen dat alle concurrenten op de markt of markten waarvoor de norm gevolgen heeft, kunnen deelnemen aan het proces dat leidt tot de keuze van de norm. De normalisatie-instanties moeten ook hebben voorzien in objectieve en niet-discriminerende procedures voor het toekennen van stemrechten alsook, voor zover relevant, objectieve criteria voor de keuze van de technologie die in de norm worden opgenomen.
479. De bevoegde normalisatie-instantie moet, wat **transparantie** betreft, hebben voorzien in procedures aan de hand waarvan belanghebbenden zich tijdig in iedere fase van de normontwikkeling kunnen informeren over komende, lopende en voltooide standaardiseringswerkzaamheden.
480. Daarnaast moeten het reglement van de normalisatie-instantie op **eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden (FRAND) daadwerkelijke toegang** tot de norm waarborgen²⁷⁶.
481. Bij een norm waarmee IE-rechten zijn gemoeid, wordt met **een duidelijk en evenwichtig beleid inzake IE-rechten**²⁷⁷, dat is **aangepast aan de specifieke sector** en de behoeften van de betrokken normalisatie-instantie, de waarschijnlijkheid vergroot dat aan degenen die de norm zullen toepassen, daadwerkelijke toegang wordt verleend tot de door die instantie opgestelde normen.
482. Om **daadwerkelijke toegang** tot de norm **te waarborgen**, moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat de deelnemende leden (indien zij wensen dat hun IE-rechten in de norm worden opgenomen) onherroepelijk een schriftelijke verbintenis aangaan om hun essentiële IE-rechten aan alle derden in licentie te geven op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden (“FRAND-verbintenis”)²⁷⁸. Deze verbintenis moet vóór de vaststelling van de norm worden aangegaan. Terzelfder tijd moeten de voorschriften inzake IE-rechten het IE-rechthebbenden mogelijk maken bepaalde technologie uit te sluiten van de normontwikkeling – en daarmee ook van de verbintenis om IE-rechten in licentie te geven –, mits deze uitsluiting in een vroege fase van de normontwikkeling plaatsvindt. Om ervoor te zorgen dat de FRAND-verbintenis wordt nagekomen, moet aan alle deelnemende IE-rechthebbenden die een dergelijke verbintenis aangaan, ook de verplichting worden opgelegd om te verzekeren dat een onderneming waaraan de IE-rechthebbende zijn IE-rechten overdraagt (inclusief het recht om die IE-rechten in licentie te geven), door die verbintenis gebonden is, bijvoorbeeld via een contractuele

²⁷⁶ Zo moet bijvoorbeeld daadwerkelijke toegang worden verleend tot de specificatie van de norm.

²⁷⁷ Zoals nader bepaald in de punten 482 en 483. Zie ook de mededeling van de Commissie inzake de EU benadering van essentiële octrooien (COM(2017) 712 final van 29 november 2017).

²⁷⁸ Zie arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, punt 53: “In die omstandigheden en gelet op het feit dat een verbintenis om licenties te verlenen onder FRAND-voorwaarden bij derden legitieme verwachtingen wekt dat de houder van het [SEP] hun daadwerkelijk licenties onder die voorwaarden verleent, kan een weigering van de houder van het [SEP] om een licentie onder die voorwaarden te verlenen in beginsel een misbruik in de zin van artikel 102 VWEU vormen”. Zie ook besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39985 – Motorola – Handhaving van essentiële octrooien voor GPRS-standaarden, overweging 417: “Gezien het normalisatieproces dat leidde tot de vaststelling van de GPRS-norm en de vrijwillige verbintenis van Motorola om het SEP van Cudak in licentie te geven onder FRAND-voorwaarden, hebben degenen die de GPRS-norm zullen toepassen, een gewettigd vertrouwen dat Motorola hun een licentie zal verlenen voor dat SEP, op voorwaarde dat ze bereid zijn een licentieovereenkomst af te sluiten onder FRAND-voorwaarden”.

bepaling tussen koper en verkoper. De FRAND-verbintenis kan ook betrekking hebben op licentieverlening zonder royalty's.

483. Bovendien moeten de IE-voorschriften de verplichting opleggen dat de IE-rechten die noodzakelijk zouden kunnen zijn voor de toepassing van een norm die in ontwikkeling is, door de deelnemende leden **te goeder trouw** worden bekendgemaakt. Dit is van belang om i) het voor de sector mogelijk te maken met kennis van zaken een technologie te kiezen die zal worden opgenomen in een norm²⁷⁹, en ii) bij te dragen tot de verwezenlijking van daadwerkelijke toegang tot de norm. Een dergelijke verplichting tot bekendmaking zou kunnen worden gebaseerd op redelijke inspanningen om na te gaan welke IE-rechten relevant zijn voor de potentiële norm²⁸⁰ en om de informatieverstrekking te actualiseren naarmate de norm verder wordt ontwikkeld. Met betrekking tot octrooien moet de bekendmaking van de IE-rechten ten minste het octrooinummer of octrooiaanvraagnummer bevatten. Indien deze informatie nog niet openbaar toegankelijk is, volstaat het ook wanneer het deelnemende lid verklaart dat het waarschijnlijk is dat hij IE-aanspraken kan doen gelden voor een bepaalde technologie zonder aan te geven om welke IE-aanspraken of aanvragen voor IE-rechten het gaat (zgn. “blanket disclosure”)²⁸¹. Afgezien van dit geval, zou het door “blanket disclosure” minder waarschijnlijk zijn dat de sector met kennis van zaken een technologie kan kiezen en om daadwerkelijke toegang tot de norm te waarborgen. Deelnemende leden moeten daarnaast worden aangemoedigd om hun bekendmakingen te actualiseren bij de vaststelling van een norm, met name als zich wijzigingen voordoen die van invloed kunnen zijn op de essentiële karakter of de geldigheid van hun IE-rechten. Omdat de risico's met betrekking tot daadwerkelijke toegang niet dezelfde zijn als bij een normalisatie-instantie met een beleid inzake royaltyvrije normen, zou bekendmaking van de IE-rechten in die context niet relevant zijn.
484. FRAND-verbintenissen moeten garanderen dat essentiële met IE-rechten beschermde technologie die in een norm is opgenomen, voor de gebruikers van die norm toegankelijk is op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Met name kunnen 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 (m.a.w. buitensporige) vergoedingen te vragen of door discriminerende royaltytarieven te hanteren²⁸². Tegelijkertijd stellen FRAND-verbintenissen IE-rechthebbenden in staat

²⁷⁹ Omgekeerd is sprake van een “patent ambush” (octrooimisbruik) wanneer een onderneming die deelneemt aan het normalisatieproces, opzettelijk verzwijgt dat ze essentiële octrooien in bezit heeft voor de norm die wordt ontwikkeld, en dergelijke octrooien pas gaat uitoefenen nadat de norm is goedgekeurd en andere ondernemingen daardoor “vastzitten” aan het gebruik ervan. Wanneer zich een “patent ambush” voordoet tijdens de normontwikkeling, ondermijnt dit het vertrouwen in de normontwikkeling, aangezien een doeltreffende normontwikkeling een eerste vereiste is voor technische ontwikkeling en de ontwikkeling van de markt in het algemeen ten voordele van gebruikers. Zie bv. beschikking van de Commissie van 9 december 2009 in zaak COMP/38.636 – RAMBUS (PB C 30 van 6.2.2010, blz. 17).

²⁸⁰ Om het beoogde resultaat te bereiken hoeft bekendmaking te goeder trouw niet zo ver te gaan dat hierin van de deelnemende leden wordt verlangd dat zij hun IE-rechten toetsen aan de potentiële norm en een verklaring afgeven waarin zij formeel stellen dat zij geen IE-rechten bezitten die voor de potentiële norm van belang zijn.

²⁸¹ Deelnemende leden worden aangemoedigd om hun bekendgemaakte informatie compleet te maken wanneer het octrooinummer en/of octrooiaanvraagnummer openbaar toegankelijk worden.

²⁸² Zie ook arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13,

om hun technologieën te gelde te maken via FRAND-royalty's en een redelijk rendement op hun van nature risicovolle investering in O&O te behalen. Dit kan ervoor zorgen dat het financieel aantrekkelijk blijft om de best beschikbare technologie in te brengen in de norm.

485. Inachtneming van artikel 101 door de normalisatie-instantie impliceert niet noodzakelijkerwijs dat deze instantie verifieert of de licentievoorwaarden van de deelnemers de FRAND-verbintenis in acht nemen²⁸³. De deelnemers zullen zelf moeten nagaan of de licentievoorwaarden en met name de tarieven die zij in rekening brengen de FRAND-verbintenis in acht nemen. Daarom moeten de deelnemers, alvorens zij besluiten of zij voor een bepaald IE-recht de FRAND-verbintenis aangaan, analyseren wat de gevolgen van deze verbintenis zullen zijn, met name ten aanzien van de mogelijkheid die zij hebben om de hoogte van hun tarieven vrijelijk te bepalen.
486. Om in geval van betwisting uit te maken of de tarieven die in het kader van normontwikkeling voor toegang tot IE-rechten worden gehanteerd oneerlijk of onredelijk zijn, moet worden nagegaan of de vergoeding in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de IE-rechten²⁸⁴. De economische waarde van het IE-recht zou kunnen worden gebaseerd op de actuele toegevoegde waarde van het beschermde IE-recht en moet losstaan van het succes van de producten op de markt, dat niet samenhangt met de geïntroduceerde technologie²⁸⁵. Over het algemeen zijn er verscheidene methoden voorhanden om deze waarde te beoordelen²⁸⁶, en in de praktijk wordt vaak meer dan één methode gebruikt om rekening te houden met de tekortkomingen van een bepaalde methode en om het resultaat kruislings te controleren²⁸⁷. Het is wellicht mogelijk om de licentievergoeding die door de betrokken onderneming vóór de ontwikkeling van de norm door de bedrijfstak (*ex ante*) in een concurrerende omgeving voor de desbetreffende octrooien werd berekend, te vergelijken met de waarde/royalty van het best beschikbare alternatief (*ex ante*) of met de waarde/royalty die wordt toegepast nadat de sector aan de norm vastzit (*ex post*). Dit veronderstelt dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt²⁸⁸.

ECLI:EU:C:2015:477, punt 71; volgens dit punt kan een beroep wegens inbreuk misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 102 vormen als dit tegen een bereidwillige licentiehouder wordt ingesteld zonder de door het Gerecht in zijn arrest uiteengezette procedurele stappen in acht te nemen.

²⁸³ Normalisatie-instanties zijn niet betrokken bij de licentieonderhandelingen of daaruit voortvloeiende overeenkomsten.

²⁸⁴ Zie arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, *United Brands/Commissie*, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, punt 250; zie ook arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2009, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland/Commissie*, C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, punt 142.

²⁸⁵ Mededeling van de Commissie inzake de EU benadering van essentiële octrooien (COM(2017) 712 final van 29 november 2017), blz. 7.

²⁸⁶ In beginsel zijn op kosten gebaseerde methoden wellicht niet de meest passende omdat de kosten voor de ontwikkeling van een bepaald octrooi of groep octrooien moeilijk te beoordelen zijn, en de prikkels voor innovatie kunnen verstoren.

²⁸⁷ De hier beschreven methoden zijn niet exclusief, en andere methoden in dezelfde geest als de beschreven methoden kunnen worden gebruikt om FRAND-tarieven vast te stellen. Zie ook Pentheroudakis, C. en J. Baron, *Licensing Terms of Standard Essential Patents: A Comprehensive Analysis of Cases*, JRC Science for Policy Report, EUR 28302 EN, Bureau voor publicaties van de Europese Unie, Luxemburg, 2017, doi:10.2791/193948.

²⁸⁸ Zie arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, ECLI:EU:C:1989:319, punt 38; arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 1989, *Lucazeau e.a./SACEM e.a.*, 110/88, 241/88 en 242/88, ECLI:EU:C:1989:326, punt 33.

487. Ook zou een onafhankelijke deskundige kunnen worden gevraagd een verslag op te stellen over het objectieve en fundamentele belang van de desbetreffende IE-rechten voor de betrokken norm. In een geval dat zich daartoe leent, zou mogelijk ook kunnen worden verwezen naar bekendmakingen vooraf van de licentievoorwaarden, waaronder de individuele of geaggregeerde royalty's voor de desbetreffende IE-rechten, in het kader van het specifieke normalisatieproces. Ook kan het mogelijk zijn de licentievoorwaarden in overeenkomsten van de IE-rechthebbende te vergelijken met andere partijen die dezelfde norm zullen toepassen. De royaltytarieven die in andere vergelijkbare normen voor dezelfde IE-rechten in rekening worden gebracht, zijn mogelijk ook een indicatie voor het FRAND-gehalte van de royalty's. Deze methoden veronderstellen dat de vergelijking op een consistente en betrouwbare wijze kan worden gemaakt en niet voortvloeien uit de ongepaste uitoefening van marktmacht. Een andere methode is om eerst een passende algemene waarde voor alle relevante IE-rechten vast te stellen en vervolgens het aan een specifieke IE-rechthebbende toe te rekenen deel. In deze richtsnoeren wordt niet getracht een uitputtende lijst te geven van bruikbare methoden om te beoordelen of royalty's buitensporig of discriminerend zijn in de zin van artikel 102.
488. Er moet echter op worden gewezen dat deze richtsnoeren op geen enkele wijze de mogelijkheid uitsluiten dat de partijen hun geschillen over de hoogte van FRAND-royalty's voor de bevoegde civiele of handelsrechtbanken beslechten of andere methoden voor geschillenbeslechting aanwenden²⁸⁹.
- 7.3.3.2. Op de gevolgen gebaseerde beoordeling van standaardiseringsovereenkomsten
489. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen van de norm voor de betrokken markten. Bij het analyseren van standaardiseringsovereenkomsten moeten de kenmerken van de sector en bedrijfstak in aanmerking worden genomen. De volgende overwegingen gelden voor alle standaardiseringsovereenkomsten die afwijken van de in de punten 477-483 beschreven beginselen.
- (a) Vrijwillig karakter van de norm
490. Of standaardiseringsovereenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben, zal wellicht afhankelijk zijn van de mate waarin de leden van een normalisatie-instantie de vrijheid behouden om alternatieve normen of producten te ontwikkelen die niet aan de overeengekomen norm voldoen²⁹⁰. Wanneer bijvoorbeeld een standaardiseringsovereenkomst de deelnemers ertoe verplicht uitsluitend producten te vervaardigen die in overeenstemming met de norm zijn,

²⁸⁹ Als beide partijen het hierover eens zijn, kunnen geschillen over wat FRAND-voorwaarden voor standaard-essentiële octrooien (SEP's) zijn, ook door een onafhankelijke derde worden, d.w.z. een arbiter, vastgesteld; zie bv. arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2015, Huawei Technologies, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, punt 68, en besluit van de Commissie van 29 april 2014 in zaak AT.39939 – Samsung – Handhaving van essentiële UMTS-octrooien, overweging 78.

²⁹⁰ Zie Beschikking 78/156/EEG van de Commissie van 20 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.151 – Video-cassetterecorders) (PB L 47 van 18.2.1978, blz. 42), overweging 23: "Aangezien het hierbij normen voor de productie van apparaten en cassetten van het VCR-systeem betreft, vloeit daaruit de verplichting voor de betrokken ondernemingen voort alleen cassetten en apparaten volgens dit systeem, waarvoor door Philips licenties zijn verleend, te produceren en te verkopen. Deze ondernemingen werden daardoor verhinderd andere video-cassettensystemen te produceren en te distribueren ... Dit vormde een concurrentiebeperking in de zin van artikel 85, lid 1, sub b).".

wordt het risico op een waarschijnlijk negatief effect voor de mededinging aanmerkelijk groter en kan dit onder bepaalde omstandigheden een beperking van de mededinging naar strekking opleveren²⁹¹. Evenzo is de kans op mededingingsbezwaren minder groot bij normen die alleen op minder belangrijke aspecten of delen van het eindproduct betrekking hebben dan bij normen met een ruimere impact, in het bijzonder als met de norm geen essentiële IE-rechten gemoeid zijn.

(b) Toegang tot de norm

491. Bij de beoordeling of de overeenkomst de mededinging beperkt, zal ook naar de toegang tot de norm worden gekeken. Wanneer het resultaat van een norm (d.w.z. de specificatie van de wijze waarop aan de norm moet worden voldaan en, indien relevant, de essentiële IE-rechten voor de toepassing van de norm) in het geheel niet toegankelijk is voor leden of derden (d.w.z. niet-leden van de bevoegde normalisatie-instantie), kan dit resulteren in afscherming of compartimentering van de markten, en zodoende waarschijnlijk leiden tot een beperking van de mededinging. Ook zal de mededinging waarschijnlijk worden beperkt wanneer het resultaat van een norm alleen op discriminerende of buitensporige voorwaarden toegankelijk is voor leden of derden. Wanneer er echter verschillende concurrerende normen bestaan of wanneer er sprake is van daadwerkelijke mededinging tussen de gestandaardiseerde en de niet-gestandaardiseerde oplossing, kan het zijn dat beperking van de toegang geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft.
492. Wat betreft standaardiseringsovereenkomsten die **andere soorten modellen voor bekendmaking van IE-rechten** dan de in punt 483 genoemde modellen gebruiken, zal per geval moeten worden nagegaan of het bekendmakingsmodel in kwestie (bv. een model dat bekendmaking van IE-rechten niet verplicht stelt maar alleen stimuleert) daadwerkelijke toegang tot de norm garandeert. Standaardiseringsovereenkomsten die voorzien in de bekendmaking van informatie over kenmerken en aan een norm toegevoegde waarde van elk IE-recht – en daarmee de transparantie voor bij de ontwikkeling van een norm betrokken partijen vergroten –, zullen in beginsel niet leiden tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1.

(c) Deelname aan de ontwikkeling van de norm

493. Indien deelname aan de normontwikkeling voor eenieder openstaat, verkleint dit de risico's van mededingingsbeperkende gevolgen die zouden zijn voortgevloeid uit het feit dat bepaalde ondernemingen geen invloed kunnen uitoefenen op de keuze en ontwikkeling van de norm²⁹².

²⁹¹ Zie Beschikking 78/156/EEG van de Commissie in zaak IV/29.151 – Video-cassetterecorders, overweging 23.

²⁹² In haar Beschikking 87/69/EEG van 15 december 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.458 – X/Open Group) (PB L 35 van 6.2.1987, blz. 36), was de Commissie van oordeel dat zelfs indien de vastgestelde normen openbaar zouden worden gemaakt, het beleid gericht op het beperkte lidmaatschap van de groep ertoe leidde dat werd verhinderd dat niet-leden invloed uitoefenen op de resultaten van het werk van de Group en in het bezit komen van de knowhow en technische kennis betreffende de normen die de leden waarschijnlijk wel zullen verkrijgen. Bovendien konden niet-leden, in tegenstelling tot leden, de norm niet toepassen voordat deze was vastgesteld (zie overweging 32). Onder deze omstandigheden werd de overeenkomst daarom beschouwd als een beperking in de zin van artikel 101, lid 1.

494. Open deelname kan worden bereikt door alle concurrenten en/of relevante belanghebbenden op de markt waarop de norm betrekking heeft, toe te staan deel te nemen aan het ontwikkelen en kiezen van de norm.
495. Hoe groter het te verwachten effect van de norm op de markt en hoe ruimer de potentiële toepassingsgebieden ervan, des te belangrijker het is gelijke toegang tot de normontwikkeling mogelijk te maken.
496. In sommige situaties heeft het beperken van deelname wellicht geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, bijvoorbeeld: i) als er sprake is van concurrentie tussen diverse normen en normalisatie-instanties; ii) als het zonder een beperking van de deelname²⁹³ niet mogelijk zou zijn geweest de norm vast te stellen of deze vaststelling onwaarschijnlijk zou zijn geweest,²⁹⁴ of iii) als de beperking van de deelname beperkt is in de tijd en snelle vooruitgang beoogt (bijvoorbeeld bij aanvang van het standaardiseringstraject) en zo lang als alle concurrenten bij belangrijke mijlpalen de kans krijgen bij de verdere ontwikkeling van de norm te worden betrokken.
497. In bepaalde omstandigheden kunnen de potentiële negatieve effecten van de beperkte deelname worden weggenomen of op zijn minst verminderd door ervoor te zorgen dat de belanghebbenden over de lopende werkzaamheden geïnformeerd en geraadpleegd worden²⁹⁵. Erkende procedures voor de collectieve vertegenwoordiging van belanghebbenden (bv. gebruikers) kunnen worden overwogen. Hoe meer belanghebbenden invloed kunnen uitoefenen op het proces dat uitmondt in de selectie van de norm en hoe transparanter de procedure voor de vaststelling van de norm is, des te waarschijnlijker het is dat de goedgekeurde norm rekening houdt met de belangen van alle belanghebbenden.

(d) Marktaandeel

498. Om na te gaan wat de effecten van een standaardiseringsovereenkomst zullen zijn, moet rekening worden gehouden met de marktaandelen van de goederen, diensten of technologieën die op de norm zijn gebaseerd. Het is wellicht niet altijd mogelijk om in een vroeg stadium met enige zekerheid te beoordelen of een groot deel van de sector de norm in de praktijk zal toepassen dan wel of het alleen een norm zal zijn die door een marginaal deel van de sector wordt gebruikt. In gevallen waarbij de ondernemingen die technologie inbrengen in de norm verticaal geïntegreerd zijn, zouden de relevante marktaandelen van de ondernemingen die aan de ontwikkeling van de norm hebben deelgenomen, kunnen worden gebruikt als een proxy voor de raming van het waarschijnlijke marktaandeel van de norm (gelet op het feit dat de ondernemingen die aan de ontwikkeling van de norm deelnemen, in de meeste gevallen belang hebben bij de toepassing daarvan)²⁹⁶. Aangezien echter de doeltreffendheid van standaardiseringsovereenkomsten vaak evenredig is aan het procentuele deel van de bedrijfstak dat betrokken is bij het ontwikkelen en/of toepassen van de norm, zal het feit dat de partijen op de markt of markten waarvoor

²⁹³ Een dergelijke beperking kan zich vertalen in de uitsluiting van belanghebbenden van de standaardiseringsovereenkomst of in een beperktere deelnemersstatus.

²⁹⁴ Of, indien de vaststelling van de norm door een inefficiënte werkwijze ernstig vertraagd was, zou elke aanvankelijke beperking gecompenseerd kunnen worden door efficiëntieverbeteringen die aan artikel 101, lid 3, moeten worden getoetst.

²⁹⁵ Zie beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 in zaak COMP/39.416 – Classificatie van schepen.

²⁹⁶ Zie punt 464.

de norm geldt grote marktaandelen hebben, niet noodzakelijk leiden tot de conclusie dat de norm waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben.

(e) Discriminatie

499. Elke standaardiseringsovereenkomst die duidelijk een van de deelnemende of potentiële leden discrimineert, kan mededingingsbeperking in de hand werken. Indien, bijvoorbeeld, een normalisatie-instantie expliciet ondernemingen uitsluit die alleen upstream activiteiten hebben (d.w.z. ondernemingen die niet op de downstream productiemarkt actief zijn), kan dit tot een uitsluiting van potentieel betere upstream technologieën leiden.

(f) Bekendmaking vooraf van royaltytarieven

500. Standaardiseringsovereenkomsten die voorzien in de bekendmaking vooraf van de meest beperkende licentievoorwaarden voor standaard-essentiële octrooien door individuele IE-rechthebbenden of van een gecumuleerd²⁹⁷ maximumroyaltytarief door alle houders van IE-rechten, zullen in beginsel de mededinging niet beperken in de zin van artikel 101, lid 1. In dit verband is het belangrijk dat de bij de keuze van een norm betrokken partijen volledig geïnformeerd zijn, niet alleen over de beschikbare technische mogelijkheden en de daarbij behorende IE-rechten maar ook over de vermoedelijke kosten van die IE-rechten. Indien er in de voorschriften van een normalisatie-instantie inzake IE-rechten dan ook voor zou worden gekozen IE-rechthebbenden ertoe te verplichten vóór de vaststelling van de norm individueel hun meest restrictieve licentievoorwaarden bekend te maken, onder meer de aan te rekenen maximumroyaltytarieven of gecumuleerde maximumroyaltytarieven, zou dit normaal gesproken niet leiden tot een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1²⁹⁸. Een dergelijke eenzijdige bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden of gecumuleerde maximumroyaltytarieven zou een manier kunnen zijn om de bij de ontwikkeling van een norm betrokken partijen in staat te stellen met kennis van zaken een beslissing te nemen op basis van de voor- en nadelen van verschillende alternatieve technologieën.

7.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

7.4.1. Efficiëntieverbeteringen

501. Standaardiseringsovereenkomsten leveren dikwijls aanzienlijke efficiëntieverbeteringen op. Normen die voor de gehele Unie gelden, 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 gebruiker en lagere prijzen ten gevolge heeft. Normen die technische interoperabiliteit en compatibiliteit bewerkstelligen, moedigen vaak concurrentie op grond van prestaties aan tussen technologieën van verschillende ondernemingen en helpen afhankelijkheid van één bepaalde leverancier te vermijden. Voorts kunnen normen de transactiekosten tussen kopers en verkopers verminderen.

²⁹⁷ Om de transparantie van de potentiële kosten voor de toepassing van een norm te vergroten, zouden normalisatie-instanties een actieve rol kunnen vervullen bij het bekendmaken van het maximale pakket aan royalty's voor de norm. Net als bij het concept van een octrooipool kunnen IE-rechthebbenden het totale pakket aan royalty's delen.

²⁹⁸ Een eenzijdige of gezamenlijke bekendmaking vooraf van de meest restrictieve licentievoorwaarden mag niet dienen als verkapt manier om gezamenlijk de prijzen van downstream producten of van vervangende IE-rechten of -technologieën vast te stellen, want zulks is een beperking van de mededinging naar strekking.

Ook kunnen bijvoorbeeld normen inzake kwaliteit, veiligheid en milieuaspecten van een product de keuze voor de gebruiker vergemakkelijken en leiden tot een hogere productkwaliteit. Normen kunnen ook een belangrijke rol spelen bij innovatie. Zij kunnen de tijd verkorten die nodig is om een nieuwe technologie naar de markt te brengen en innovatie bevorderen door ondernemingen in de gelegenheid te stellen voort te bouwen op overeengekomen oplossingen. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt.

502. Om 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 betreden²⁹⁹.
503. De verspreiding van een norm kan worden vergroot door middel van merken of logo's die de inachtneming ervan certificeren en aldus de klanten zekerheid bieden. Overeenkomsten betreffende keuring en certificering gaan verder dan het primaire doel van standaardisering en zouden normaal gesproken een afzonderlijke overeenkomst en een afzonderlijke markt vormen.
504. De gevolgen voor innovatie moeten van geval tot geval worden onderzocht. Niettemin worden bijvoorbeeld normen die op horizontaal niveau compatibiliteit tussen verschillende technologieplatformen bewerkstelligen, geacht efficiëntieverbeteringen teweeg te brengen.

7.4.2. Onmisbaarheid

505. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit een standaardiseringsovereenkomst of uit standaardvoorwaarden kunnen voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3.
506. Bij de beoordeling van elke standaardiseringsovereenkomst moet rekening worden gehouden met de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markt of markten, enerzijds, en met de reeks van beperkingen die mogelijk verder gaan dan het doel om efficiëntieverbeteringen te bereiken, anderzijds³⁰⁰.
507. Deelname aan normontwikkeling moet in de regel voor alle concurrenten op de betrokken markt of markten openstaan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat zulks tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden³⁰¹. Als alternatief moeten

²⁹⁹ Zie Beschikking 87/69/EEG van de Commissie van 15 december 1986 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.458 – X/Open Group) (PB L 35 van 6.2.1987, blz. 36), overweging 42: “De Commissie is van mening dat de bereidheid van de Group om de resultaten van de samenwerking zo snel mogelijk beschikbaar te stellen, een essentieel element is in de beslissing om een ontheffing te verlenen”.

³⁰⁰ In de Beschikking 78/156/EEG van de in zaak IV/29.151 – Video-cassetterecorders leidde de inachtneming van de VCR-normen tot uitsluiting van andere, mogelijk betere systemen. Deze uitsluiting was gezien het feit dat Philips op de markt boven zijn concurrenten uitsteekt, bijzonder ernstig: “Overwegende dat daardoor tevens aan de deelnemende ondernemingen beperkingen werden opgelegd, die niet onmisbaar waren om bovengenoemde verbeteringen te bereiken; dat de bruikbaarheid van de videocassetten van het VCR-systeem voor de van andere producenten afkomstige apparaten ook verzekerd zou zijn geweest, wanneer deze zich alleen hadden behoeven te verplichten, bij de vervaardiging volgens het VCR-systeem de VCR-normen in acht te nemen” (overweging 31).

³⁰¹ Zie Beschikking 87/69/EEG van de Commissie van 15 december 1986 in zaak IV/31.458 – X/Open Group, overweging 45: “De oogmerken van de Group zouden niet kunnen worden verwezenlijkt indien iedere vennootschap die trouw beloofde aan de doelstellingen van de Group het recht zou hebben lid te worden. Dit zou praktische en logistieke moeilijkheden voor het organiseren van het werk in het leven

mededingingsbeperkende gevolgen van beperkte deelname op een andere wijze worden verwijderd of verminderd³⁰². Verder kan een beperking van de deelname worden gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen in de zin van artikel 101, lid 3, indien de vaststelling van de norm zou zijn vertraagd door een proces dat openstaat voor alle concurrenten.

508. In de regel behoren standaardiseringsovereenkomsten niet méér te regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken ongeacht of dit technische interoperabiliteit en compatibiliteit dan wel het garanderen van een bepaald kwaliteitsniveau is. In gevallen waarin het gebruik van slechts één technologische oplossing de gebruikers of de economie meer algemeen ten goede komt, moet deze norm op niet-discriminerende grondslag worden vastgesteld. Technologieneutrale normen kunnen in bepaalde omstandigheden tot grotere efficiëntieverbeteringen leiden. Vervangende IE-rechten³⁰³ opnemen als essentieel onderdeel van de norm en de gebruikers van de norm terzelfder tijd verplichten voor meer IE-rechten te betalen dan technisch noodzakelijk is, zou verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om beoogde efficiëntieverbeteringen te behalen. Evenzo zou opnemning van vervangende IE-rechten als essentieel onderdeel van een norm en beperking van het gebruik van die technologie tot die bepaalde norm (d.w.z. het exclusieve gebruik ervan) de concurrentie tussen technologieën mogelijk beperken en niet noodzakelijk zijn om de beoogde efficiëntieverbeteringen te bereiken.
509. Beperkingen in standaardiseringsovereenkomsten die een norm bindend maken en in de bedrijfstak verplicht stellen, zijn in beginsel niet onmisbaar.
510. Evenzo gaan standaardiseringsovereenkomsten die aan bepaalde organen het exclusieve recht verlenen om na te gaan of aan de norm is voldaan, verder dan het primaire doel van standaardisering en kunnen zij eveneens de mededinging beperken. De exclusiviteit kan echter gedurende een bepaalde periode gerechtvaardigd zijn, bijvoorbeeld door de noodzaak aanzienlijke aanloopkosten terug te verdienen³⁰⁴. De

roepen en wellicht verhinderen dat de juiste voorstellen zouden worden gedaan.” Zie ook beschikking van de Commissie van 14 oktober 2009 in zaak COMP/39.416 – Classificatie van schepen, overweging 36: “in de toezeggingen is een goed evenwicht gevonden tussen enerzijds het behoud van hoogstaande criteria voor lidmaatschap van IACS, en anderzijds het wegnemen van onnodige belemmeringen om lid van IACS te worden. De nieuwe criteria zullen ervoor zorgen dat alleen de technisch competente classificatiebureaus lid van IACS kunnen worden, zodat de efficiëntie en kwaliteit van de IACS-werkzaamheden niet onnodig in gevaar komt door te inschikkelijke vereisten voor deelname aan IACS. Terzelfder tijd zullen de nieuwe criteria niet verhinderen dat classificatiebureaus die technisch competent zijn, lid worden van IACS indien zij dat willen”.

³⁰² Zie punt 477 over het feit dat ervoor moet gezorgd worden dat belanghebbenden worden op de hoogte gehouden en geraadpleegd over het onderhanden werk als de deelname beperkt is.

³⁰³ Technologie die door gebruikers/licentiehouders, op grond van de kenmerken van beide technologieën en het beoogde gebruik, wordt beschouwd als onderling verwisselbaar met of substitueerbaar voor een andere technologie.

³⁰⁴ Zie in dit verband Beschikking 95/551/EG van de Commissie van 29 november 1995 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/34.179, 34.202, 216 – Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf en de Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven) (PB L 312 van 23.12.1995, blz. 79), overweging 23: “Het verbod om voor onderaanneming een beroep te doen op niet door de SCK gecertificeerde ondernemingen beperkt de vrijheid van handelen van gecertificeerde ondernemingen. Of het verbod als een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, kan worden aangemerkt, dient te worden beoordeeld in de juridische en economische context. Indien een dergelijk verbod verbonden zou zijn aan een certificatiesysteem dat volledig open, onafhankelijk en transparant is en dat in de aanvaarding van door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen voorziet, zou kunnen worden verdedigd dat het verbod geen

standaardiseringsovereenkomst moet in dat geval voldoende garanties bevatten om mogelijke uit de exclusiviteit voortvloeiende risico's voor de concurrentie te beperken. Dit heeft onder andere betrekking op de certificeringsvergoeding, die redelijk moet zijn en in verhouding moet staan tot de kosten van het testen van de naleving.

7.4.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

511. De door onmisbare beperkingen bereikte efficiëntieverbeteringen moeten in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen van een standaardiseringsovereenkomst te compenseren. Een relevant aspect van het onderzoek of de voordelen voldoende worden doorgegeven aan de gebruikers, is de vraag welke procedures bestaan om te garanderen dat de belangen van de gebruikers van normen en de eindgebruikers worden beschermd. Wanneer normen de technische interoperabiliteit en compatibiliteit of de concurrentie tussen nieuwe en reeds bestaande producten, diensten en procedés vergemakkelijken, mag worden aangenomen dat de norm de gebruikers ten goede zal komen.

7.4.4. Geen uitschakeling van de mededinging

512. Of een standaardiseringsovereenkomst de partijen de mogelijkheid biedt de mededinging uit te schakelen, hangt ervan af welke bronnen van mededinging er zijn op de markt, hoe groot de concurrentiedruk is die zij uitoefenen op de partijen en wat de invloed van de overeenkomst is op die concurrentiedruk. Marktaandeelen zijn weliswaar relevant voor die analyse, maar de omvang van de resterende bronnen van daadwerkelijke mededinging kan niet uitsluitend aan de hand van marktaandeelen worden beoordeeld, behalve wanneer een norm een feitelijke industriestandaard is geworden³⁰⁵. In dat laatste geval is het mogelijk dat de mededinging wordt uitgeschakeld indien derden daadwerkelijke toegang tot deze norm wordt ontzegd.

7.5. Voorbeelden

513. Vaststellen van normen waaraan concurrenten niet kunnen voldoen

Voorbeeld 1

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

Analyse: Deze standaardiseringsovereenkomst zal waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1, en niet aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldoen. De leden van de normalisatie-instantie

beperkende uitwerking op de concurrentie teweeg brengt, maar louter op het volledig garanderen van de kwaliteit van de gecertificeerde goederen of diensten gericht is.”

³⁰⁵

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

hebben zonder objectieve verantwoording de norm op zodanige wijze vastgesteld dat producten van hun concurrenten die gebaseerd zijn op andere technische oplossingen, er niet aan kunnen voldoen, ook al leveren zij gelijkwaardige prestaties. Bijgevolg zal deze overeenkomst, die niet op niet-discriminerende grondslag is vastgesteld, leiden tot vermindering of voorkoming van innovatie en productdiversiteit. Het is onwaarschijnlijk dat de wijze waarop de norm is opgesteld tot grotere efficiëntieverbeteringen zal leiden dan een neutraal geformuleerde norm.

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

Voorbeeld 2

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

Analyse: Voor zover a) de fabrikanten de vrijheid behouden om andere nieuwe producten te vervaardigen die niet aan de nieuwe norm voldoen, b) de deelname aan de normontwikkeling niet beperkt is en transparant verloopt, en c) de standaardiseringsovereenkomst de mededinging niet anderszins beperkt, is het niet waarschijnlijk dat inbreuk wordt gemaakt 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 andere producten te verkopen, en daarmee waarschijnlijk mededingingsbeperkende gevolgen hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

515. Standaardiseringsovereenkomst zonder bekendmaking van IE-rechten

Voorbeeld 3

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

Analyse: In veel gevallen zou een verplichting tot bekendmaking van IE-rechten gunstig zijn voor de concurrentie omdat deze bij voorbaat de concurrentie tussen technologieën vergroot. Doorgaans stelt deze verplichting de leden van een

normalisatie-instantie in de gelegenheid rekening te houden met de hoeveelheid IE-rechten die relevant zijn voor een bepaalde technologie wanneer zij tussen concurrerende technologieën moeten kiezen (of zelfs, indien mogelijk, een technologie te kiezen waarop geen IE-rechten rusten). De hoeveelheid IE-rechten die op een technologie van toepassing zijn, zal dikwijls een rechtstreekse impact hebben op de kosten van toegang tot de norm. In deze specifieke context, echter, lijkt het dat alle beschikbare technologieën door IE-rechten, en zelfs door talrijke IE-rechten, worden beschermd. Daarom zal bekendmaking van IE-rechten niet het positieve effect hebben dat de leden in de gelegenheid worden gesteld bij het kiezen van technologie rekening te houden met de hoeveelheid IE-rechten omdat, ongeacht welke technologie wordt gekozen, verondersteld moet worden dat er op die technologie IE-rechten van toepassing zijn. Het is dan ook niet waarschijnlijk dat de overeenkomst negatieve gevolgen voor de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1, zal hebben.

8. STANDAARDVOORWAARDEN

8.1. Definities

516. In sommige bedrijfstakken hanteren de ondernemingen standaardverkoop- of -inkoopvoorwaarden die zijn uitgewerkt door een brancheorganisatie of rechtstreeks door de concurrerende ondernemingen zelf (“standaardvoorwaarden”)³⁰⁶. Dergelijke standaardvoorwaarden vallen onder deze richtsnoeren voor zover zij standaardvoorwaarden vaststellen voor de verkoop of inkoop van goederen of diensten tussen concurrenten en gebruikers (en niet tussen concurrenten onderling) met betrekking tot substitutieproducten. Wanneer dergelijke standaardvoorwaarden in een bedrijfstak op grote schaal worden gehanteerd, is het mogelijk dat de inkoop- en verkoopvoorwaarden die in de sector gelden in de feiten op elkaar afgestemd raken³⁰⁷. Voorbeelden van sectoren waar standaardvoorwaarden een belangrijke rol vervullen, zijn de banksector (bijvoorbeeld voorwaarden in verband met bankrekeningen) en de verzekeringssector.
517. Standaardvoorwaarden die door een onderneming individueel zijn uitgewerkt, uitsluitend voor haar eigen gebruik bij het sluiten van contracten met leveranciers of klanten, zijn geen horizontale overeenkomsten en vallen derhalve niet onder deze richtsnoeren.

8.2. Relevante markten

518. 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.

³⁰⁶ 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.

³⁰⁷ Dit verwijst naar een situatie waarin (wettelijk niet-bindende) standaardvoorwaarden in de praktijk worden toegepast door de meeste spelers uit de sector en/of voor de meeste aspecten van het product/de dienst, hetgeen aldus leidt tot een beperking of zelfs het ontbreken van keuze voor de gebruiker.

8.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

8.3.1. Voornaamste mededingingsbezwaren

519. Standaardvoorwaarden kunnen mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat zij de productkeuze en innovatie beperken. Indien een groot deel van een bedrijfstak de standaardvoorwaarden aanneemt en beslist er niet van af te wijken in individuele gevallen (of er alleen van af te wijken in uitzonderlijke gevallen van sterke kopersmacht), hebben de klanten wellicht geen andere keuze dan de bepalingen van de standaardvoorwaarden te aanvaarden. Het risico op beperking van de keuze en van innovatie doet zich waarschijnlijk echter slechts voor in gevallen waarin de standaardvoorwaarden bepalend zijn voor de inhoud van het eindproduct. Bij klassieke consumentengoederen hebben de standaardverkoopvoorwaarden doorgaans geen negatieve invloed op de vernieuwing van het bestaande product of op de productkwaliteit en productdiversiteit.
520. 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.
521. Indien de standaardvoorwaarden algemeen gangbaar worden in de sector, kan bovendien 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 mededingingsverstorende afscherming van de markt. Zolang de standaardvoorwaarden daadwerkelijk kunnen worden gebruikt door eenieder die dat wil, is de kans klein dat deze tot een mededingingsverstorende marktafscherming zullen leiden.

8.3.2. Beperking van de mededinging naar strekking

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

8.3.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

524. 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 het waarschijnlijk is dat de betrokken standaardvoorwaarden mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben.
525. Zolang de deelname aan het eigenlijke opstellen van de standaardvoorwaarden voor de concurrenten op de relevante markt (via de brancheorganisatie dan wel rechtstreeks) **niet beperkt** is, en voor zover de opgestelde standaardvoorwaarden **niet-bindend** en voor iedereen **daadwerkelijk toegankelijk** zijn, is het niet waarschijnlijk dat dergelijke overeenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen zullen hebben (behoudens het in de punten 527-531 gemaakte voorbehoud).

526. Daadwerkelijk toegankelijke en niet-bindende standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumentengoederen of -diensten (aangenomen dat zij geen effect hebben op de prijs) hebben derhalve in de regel geen enkel mededingingsbeperkend gevolg, daar zij waarschijnlijk geen negatief effect zullen hebben op de productkwaliteit, productdiversiteit of innovatie. Er zijn echter twee algemene uitzonderingen waarbij een diepgaander onderzoek noodzakelijk is.
527. In de eerste plaats zouden standaardvoorwaarden voor de verkoop van consumentengoederen of -diensten waarbij in de standaardvoorwaarden een omschrijving van het aan de klant verkochte product wordt gegeven en waarbij derhalve het gevaar groter is dat de productkeuze wordt beperkt, aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, wanneer de gezamenlijke toepassing ervan tot een feitelijke afstemming kan leiden. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer het wijdverbreide gebruik van standaardvoorwaarden in de praktijk leidt tot een vermindering van innovatie en van het productaanbod op de markt. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer standaardvoorwaarden in verzekeringspolissen de keuze van de klant met betrekking tot essentiële elementen van het contract, zoals de 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 aantasten. Dit kan ondervangen worden door verzekeraars de mogelijkheid te bieden om ook andere risico's dan standaardrisico's op te nemen in hun verzekeringscontracten.
528. Wanneer moet worden nagegaan of er een risico bestaat dat de standaardvoorwaarden waarschijnlijk beperkende effecten zullen hebben door beperking van de productkeuze, moeten factoren zoals de bestaande mededinging op de markt in aanmerking worden genomen. Indien er bijvoorbeeld een groot aantal kleinere concurrenten is, zal het risico op een beperking van de productkeuze kleiner lijken dan wanneer er slechts enkele grotere concurrenten zijn³⁰⁸. De marktaandelen van de ondernemingen die deelnemen aan het vaststellen van de standaardvoorwaarden zouden ook een zekere indicatie kunnen geven van de waarschijnlijkheid dat de standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt zullen worden aanvaard of gebruikt. In dit opzicht is het echter niet alleen relevant om te onderzoeken of het waarschijnlijk is dat de opgestelde standaardvoorwaarden door een groot deel van de markt worden gebruikt, maar ook of zij alleen een deel van het product of het gehele product omvatten (hoe minder uitgebreid de standaardvoorwaarden zijn, des te minder waarschijnlijk het is dat zij, over het algemeen, tot een beperking van de productkeuze leiden). In gevallen waarin het zonder de vaststelling van standaardvoorwaarden niet mogelijk zou zijn geweest een bepaald product aan te bieden, zou een mededingingsbeperkend gevolg in de zin van artikel 101, lid 1, overigens niet waarschijnlijk zijn. In dat scenario zal de productkeuze eerder toenemen dan afnemen door de vaststelling van de standaardvoorwaarden.
529. In de tweede plaats kunnen standaardvoorwaarden, zelfs als deze geen echte omschrijving geven van wat het eindproduct precies moet zijn, om andere redenen toch een beslissend onderdeel vormen van de transactie met de klant. Een voorbeeld

³⁰⁸ Indien eerdere ervaring met standaardvoorwaarden op de relevante markt aantoonde dat deze geen vermindering van de concurrentie inzake productdifferentiatie in de hand hebben gewerkt, kan dit er ook op duiden dat hetzelfde soort standaardvoorwaarden die voor een naburig product zijn uitgewerkt, evenmin een beperkend effect op de mededinging zal hebben.

is online winkelen, waarbij het vertrouwen van de klant van wezenlijk belang is (bijvoorbeeld bij het gebruik van veilige betaalsystemen, een correcte beschrijving van de producten, duidelijke en transparante regels voor 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, en standaardvoorwaarden betreffende die elementen zouden dan ook een feitelijke norm kunnen worden waaraan ondernemingen zouden moeten voldoen om op de markt te kunnen verkopen. Zelfs als de standaardvoorwaarden niet bindend zijn, zouden zij een feitelijke norm worden waarvan de effecten zeer nauw aanleunen bij die van een bindende norm en ook als zodanig moeten worden beoordeeld.

530. Indien het gebruik van standaardvoorwaarden bindend is, moet worden nagegaan wat de impact ervan is op productkwaliteit, productdiversiteit en innovatie (met name wanneer de standaardvoorwaarden bindend zijn voor de gehele markt).
531. Indien de (al dan niet bindende) standaardvoorwaarden bepalingen zouden bevatten die waarschijnlijk een negatief effect hebben op de mededinging op het gebied van prijzen (bijvoorbeeld voorwaarden die het soort kortingen bepalen dat moet worden toegepast), zouden er waarschijnlijk ook mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, zijn.

8.4. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

8.4.1. Efficiëntievoordelen

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

8.4.2. Onmisbaarheid

534. Beperkingen die verder gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te behalen die uit standaardvoorwaarden kunnen voortvloeien, voldoen niet aan de criteria van artikel 101, lid 3. Het is over het algemeen niet gerechtvaardigd om standaardvoorwaarden voor de bedrijfstak bindend te maken en verplicht te stellen. Het is echter niet uitgesloten dat bindende standaardvoorwaarden in een specifiek geval onmisbaar kunnen zijn om de daaraan verbonden efficiëntieverbeteringen te bereiken.

8.4.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

535. Zowel het risico op mededingingsbeperkende gevolgen 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 safe harbour aan te wijzen waarbinnen er geen risico op mededingingsbeperkende gevolgen bestaat of waarbinnen er een

vermoeden zou gelden dat efficiëntieverbeteringen in voldoende mate aan de gebruikers worden doorgegeven om de mededingingsbeperkende gevolgen te compenseren.

536. Niettemin komen sommige efficiëntieverbeteringen die uit standaardvoorwaarden voortvloeien, zoals een grotere vergelijkbaarheid van het aanbod op de markt, de mogelijkheid om gemakkelijker over te stappen naar een andere leverancier, en rechtszekerheid over de in de standaardvoorwaarden neergelegde bepalingen, de gebruikers steeds ten goede. Ten aanzien van andere mogelijke efficiëntieverbeteringen, zoals lagere transactiekosten, moet per geval en binnen de relevante economische context worden beoordeeld of het waarschijnlijk is dat deze aan de gebruikers zullen worden doorgegeven.

8.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

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

8.5. Voorbeelden

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

Voorbeeld 1

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 (bijvoorbeeld wat gebeurt er als de klant geen meterstanden doorgeeft aan de leverancier). De standaardvoorwaarden hebben geen betrekking op prijzen, d.w.z. zij bevatten geen aanbevolen tarieven of andere tariefbepalingen. Het staat elke onderneming die actief is in de sector, vrij de standaardvoorwaarden te gebruiken, of niet. Ongeveer 80 % van de contracten die op de relevante markt met eindgebruikers worden gesloten, zijn op deze standaardvoorwaarden gebaseerd.

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

539. Standaardvoorwaarden in contracten tussen ondernemingen

Voorbeeld 2

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 (b. een bepaling die de aannemer het recht verleent de werkzaamheden op te schorten bij niet-betaling), verzekering, duur, oplevering en gebreken, beperking van de aansprakelijkheid, beëindiging enz. Deze standaardvoorwaarden zouden vaak worden gebruikt tussen ondernemingen waarvan er één upstream en één downstream actief is.

Analyse: Deze standaardvoorwaarden zullen waarschijnlijk 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 gevolgen lijken niet waarschijnlijk. Verscheidene van de bovengenoemde bedingen (oplevering en gebreken, beëindiging enz.) zijn vaak zelfs bij wet geregeld.

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

Voorbeeld 3

Situatie: Een nationale vereniging voor de verzekeringssector verspreidt niet-bindende standaardpolisvoorwaarden voor woonverzekeringen. In deze voorwaarden wordt geen indicatie gegeven betreffende het niveau van de verzekeringspremies, het bedrag van de dekking of van het door de verzekerde te betalen “eigen risico”. Zij schrijven geen brede dekking voor die risico’s omvat waaraan een aanzienlijk aantal verzekeringnemers niet gelijktijdig zijn blootgesteld en verplichten de verzekeringnemer niet verschillende risico’s bij dezelfde verzekeraar te dekken. Hoewel de meeste verzekeringsmaatschappijen standaardpolisvoorwaarden gebruiken, bevatten niet al hun polissen dezelfde voorwaarden, aangezien die worden aangepast aan de individuele behoeften van iedere cliënt, 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 vaststelling van de standaardpolisvoorwaarden. Deze zijn op niet-discriminerende basis ook beschikbaar voor gebruik door nieuwkomers op de markt.

Analyse: Deze standaardpolisvoorwaarden bepalen mede de samenstelling van het uiteindelijke verzekeringsproduct. Indien de marktvoorwaarden en andere factoren erop zouden duiden dat er een risico op beperking van de productdiversiteit zou kunnen zijn doordat de verzekeringsmaatschappijen die standaardpolisvoorwaarden hanteren, is het waarschijnlijk dat die mogelijke beperking gecompenseerd wordt door efficiëntieverbeteringen, zoals het feit dat voorwaarden die verzekeringsmaatschappijen bieden, gemakkelijker kunnen worden vergeleken. Die vergelijking maakt het op dan weer gemakkelijker om van verzekeraar te veranderen en bevordert derhalve de mededinging. Bovendien vormen de mogelijkheid om van verzekeraar te kunnen veranderen en de toetreding tot markt door concurrenten een voordeel voor de consumenten. Het feit dat de consumentenvereniging aan dit proces heeft deelgenomen zou, in sommige gevallen, de waarschijnlijkheid kunnen vergroten dat de efficiëntieverbeteringen die niet automatisch aan de consumenten ten goede komen, niettemin aan hen wordt doorgegeven. De standaardpolisvoorwaarden zullen voorts waarschijnlijk zorgen voor lagere

transactiekosten en het voor verzekeraars gemakkelijker maken andere geografische en/of productmarkten te betreden. Bovendien lijken de beperkingen niet verder te gaan dan hetgeen noodzakelijk is om de beoogde efficiëntieverbeteringen te behalen en zal de mededinging niet worden uitgeschakeld. Bijgevolg is waarschijnlijk aan de criteria van artikel 101, lid 3, voldaan.

9. DUURZAAMHEIDSOVEREENKOMSTEN

9.1. Inleiding

541. Dit hoofdstuk gaat nader in op de beoordeling van overeenkomsten tussen concurrenten die een of meer duurzaamheidsdoelstellingen nastreven (“duurzaamheidsovereenkomsten”).
542. Duurzame ontwikkeling is een kernbeginsel van het Verdrag betreffende de Europese Unie en een prioritaire doelstelling voor de beleidsmaatregelen van de Unie³⁰⁹. De Commissie zich gecommitteerd aan de uitvoering van de duurzame ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties³¹⁰. Overeenkomstig deze toezegging tekent de Europese Green Deal een nieuwe groeistrategie uit die de EU moet omvormen tot een eerlijke en welvarende samenleving met een moderne, hulpbronnenefficiënte en concurrerende economie, waar vanaf 2050 netto geen broeikasgassen meer worden uitgestoten en de economische groei is losgekoppeld van het gebruik van hulpbronnen³¹¹.
543. In brede zin wordt met “duurzame ontwikkeling” het vermogen bedoeld van de huidige samenleving om de beschikbare hulpbronnen te verbruiken en te gebruiken zonder het vermogen van toekomstige generaties om in hun eigen behoeften te voorzien, in gevaar te brengen. Dit omvat activiteiten die economische, ecologische en maatschappelijke ontwikkeling (waaronder arbeids- en mensenrechten) ondersteunen³¹². De term “duurzaamheidsdoelstelling”³¹³ omvat dus, maar is niet beperkt, het tegengaan van de klimaatverandering (bijvoorbeeld door het reduceren van broeikasgasemissies), het beëindigen van verontreiniging, het beperken van het gebruik van natuurlijke hulpbronnen, het eerbiedigen van mensenrechten, het bevorderen van veerkrachtige infrastructuur en innovatie, het reduceren van voedselverspilling, het bevorderen van een omschakeling naar gezond en voedzaam voedsel, het waarborgen van dierenwelzijn enz.³¹³.

³⁰⁹ Artikel 3 VEU.

³¹⁰ De Agenda 2030 voor duurzame ontwikkeling, die in 2015 door alle landen die lid zijn van de Verenigde Naties is aangenomen.

³¹¹ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Europese Raad, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, De Europese Green Deal, (COM(2019) 640 final).

³¹² Zie bv. VN-Resolutie 66/288, op 27 juli 2012 aangenomen door de Algemene Vergadering

³¹³ De VN-Agenda 2030 voor Duurzame Ontwikkeling benoemt 17 duurzame ontwikkelingsdoelstellingen (waaronder bijvoorbeeld doelstelling 7: toegang tot betaalbare, betrouwbare, duurzame en moderne energie waarborgen. Doelstelling 9: veerkrachtige infrastructuur bouwen, inclusieve en duurzame industrialisering bevorderen en innovatie stimuleren; Doelstelling 13: dringende actie ondernemen om de klimaatverandering en de impact ervan aan te pakken); en 169 doelen (waaronder bijvoorbeeld doel 9.1: ontwikkelen van kwalitatieve, betrouwbare, duurzame en veerkrachtige infrastructuur, met inbegrip van regionale en grensoverschrijdende infrastructuur, ter ondersteuning van de economische ontwikkeling en het menselijk welzijn, met klemtoon op een betaalbare en billijke toegang voor iedereen; en doel 13.1: de veerkracht en het aanpassingsvermogen versterken van met het klimaat in verband te brengen gevaren en natuurrampen in alle landen).

544. Handhaving van het mededingingsrecht draagt bij aan duurzame ontwikkeling door daadwerkelijke mededinging te waarborgen, hetgeen innovatie stimuleert, de kwaliteit en keuze aan producten vergroot, een doeltreffende allocatie van hulpbronnen garandeert, de productiekosten vermindert, en daarmee bijdraagt aan het welzijn van de gebruikers.
545. Een punt van zorg ten aanzien van duurzame ontwikkeling is echter dat individuele productie en consumptiebeslissingen negatieve effecten (“negatieve externaliteiten”) kunnen hebben, bijvoorbeeld op het milieu, waarmee onvoldoende rekening wordt gehouden door de marktdeelnemers of de gebruikers die deze effecten teweegbrengen. Dit marktfalen kan worden tegengegaan of verholpen door collectieve maatregelen, bijvoorbeeld door overheidsbeleid, sectorspecifieke regels of samenwerkingsovereenkomsten tussen ondernemingen die duurzame productie of consumptie bevorderen.
546. Wanneer marktfalen wordt aangepakt door adequate regelgeving, zoals bindende Unienormen inzake verontreiniging, prijsmechanismen, zoals de EU-regeling voor de handel in emissierechten (“EU ETS”), en belastingen alleen zijn aanvullende maatregelen van ondernemingen, bijvoorbeeld via samenwerkingsovereenkomsten, wellicht niet noodzakelijk. Samenwerkingsovereenkomsten kunnen echter noodzakelijk worden als het resterende marktfalen niet volledig wordt weggenomen door overheidsbeleid en regelgeving.
547. Duurzaamheidsdoelstellingen kunnen worden nagestreefd met verschillende soorten samenwerkingsovereenkomsten, waaronder overeenkomsten die in de vorige hoofdstukken van deze richtsnoeren aan de orde zijn gekomen. Overeenkomsten die duurzaamheidsdoelstellingen nastreven, vormen geen aparte categorie samenwerkingsovereenkomsten. De in deze richtsnoeren gebruikte term “duurzaamheidsovereenkomst” verwijst in algemene zin naar een soort horizontale samenwerkingsovereenkomst die daadwerkelijk een of meer duurzaamheidsdoelstellingen nastreeft, ongeacht de vorm van de samenwerking. Wanneer een duurzaamheidsovereenkomst een vorm van samenwerking betreft die in een van de vorige hoofdstukken van deze richtsnoeren wordt beschreven, zal de beoordeling ervan gebaseerd zijn op de in die hoofdstukken uiteengezette beginselen en overwegingen, rekening houdende met de specifieke duurzaamheidsdoelstelling die wordt nagestreefd.
548. Duurzaamheidsovereenkomsten leveren alleen mededingingsbezwaren in de zin van artikel 101, lid 1, op als ze gepaard gaan met ernstige beperkingen van de mededinging in de vorm van beperkingen naar strekking, of merkbare negatieve mededingingsgevolgen hebben die in strijd zijn met artikel 101, lid 1. Wanneer duurzaamheidsovereenkomsten inbreuk maken op artikel 101, lid 1, kunnen ze nog altijd gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 101, lid 3, als aan de vier voorwaarden van die bepaling is voldaan. Nadere houvast voor de beoordeling van deze voorwaarden zijn te vinden in de richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3³¹⁴. Overeenkomsten die de mededinging beperken, kunnen zich niet aan het verbod van artikel 101, lid 1, onttrekken om de enkele reden dat ze noodzakelijk zijn voor het nastreven van de duurzaamheidsdoelstelling³¹⁵.

³¹⁴ Richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (“Richtsnoeren artikel 101, lid 3”) (PB C 101 van 27.4.2004, blz. 97).

³¹⁵ Het Verdrag voorziet uitdrukkelijk in uitzonderingen op de toepassing van de mededingingsregels, en

Beperkingen die een bijkomend aspect vormen van een duurzaamheidsovereenkomst die voldoet aan artikel 101, lid 1, vallen echter ook buiten het toepassingsgebied van die bepaling³¹⁶.

549. Dit hoofdstuk geeft verdere houvast voor de beoordeling van deze voorwaarden, met name door te verduidelijken wanneer duurzaamheidsvoordelen kunnen worden aangemerkt als kwalitatieve of kwantitatieve efficiëntieverbeteringen op grond van artikel 101, lid 3.
550. Dit hoofdstuk is als volgt ingedeeld: Afdeling 9.2 bevat voorbeelden van duurzaamheidsovereenkomsten die waarschijnlijk geen mededingingsbezwaren zullen opleveren omdat ze geen mededingingsbeperkende strekking of merkbaar effect op de mededinging hebben en daardoor buiten het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, vallen; Deel 9.3 geeft houvast met betrekking tot specifieke aspecten van de beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 1, en richt zich op de meest typische duurzaamheidsovereenkomsten waarin duurzaamheidsnormen worden geformuleerd. Deel 9.4 richt zich op specifieke aspecten van de beoordeling van duurzaamheidsovereenkomsten op grond van artikel 101, lid 3. Deel 9.5 gaat in op de consequenties van de betrokkenheid van overheidsinstanties bij het afsluiten van duurzaamheidsovereenkomsten. Tot slot bevat deel 9.7 een beoordeling van hypothetische voorbeelden van duurzaamheidsovereenkomsten.

9.2. Duurzaamheidsovereenkomsten die geen mededingingsbezwaren opleveren

551. Niet alle duurzaamheidsovereenkomsten tussen concurrenten vallen onder artikel 101. Wanneer dergelijke overeenkomsten niet van invloed zijn op concurrentieparameters, zoals prijs, kwantiteit, kwaliteit, keuze of innovatie, kunnen ze geen mededingingsrechtelijke bezwaren opleveren. De volgende voorbeelden dienen der illustratie en zijn niet uitputtend bedoeld.
552. In de eerste plaats vallen overeenkomsten die geen betrekking hebben op de economische activiteit van concurrenten maar op hun interne ondernemingsgedrag, doorgaans buiten het toepassingsgebied van artikel 101. Concurrenten kunnen proberen de algemene reputatie van de bedrijfstak als een bedrijfstak die verantwoord met het milieu omgaat, te verbeteren en hiertoe bijvoorbeeld maatregelen overeenkomen om wegwerpplastic te weren uit hun bedrijfsruimten, een bepaalde omgevingstemperatuur in gebouwen niet te overschrijden, of om te beperken hoeveel er per dag wordt geprint.
553. Ten tweede zullen overeenkomsten voor de totstandbrenging van een database met informatie over leveranciers die duurzame waardeketens hebben, duurzame productieprocessen hanteren en duurzame inputs leveren, of distributeurs die producten op duurzame wijze verkopen, zonder van de partijen te verlangen dat zij

wel enkel voor de verlening van een dienst van algemeen economisch belang op grond van artikel 106, lid 2, van het Verdrag en voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid krachtens artikel 42 van het Verdrag. Zie ook de zaken waarin het Hof van Justitie heeft erkend dat beperkingen die inherent zijn aan de rechtmatige doelstellingen die worden nagestreefd door bepaalde beroepsgroepen zich kunnen onttrekken aan het verbod van artikel 101, lid 1, als de daaruit voortvloeiende beperkende gevolgen voor de mededinging inherent zijn aan die nagestreefde doeleinden; zie arrest van het Hof van Justitie van 19 februari 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, en arrest van het Hof van Justitie van 16 juli 2006, *Meca-Medina en Majcen/Commissie*, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492.

³¹⁶

Zie afdeling 1.2.6.

bij die leveranciers kopen of aan die distributeurs verkopen, doorgaans geen mededingingsbezwaren in de zin van artikel 101 opleveren.

554. Ten derde leveren overeenkomsten tussen concurrenten die betrekking hebben op het opzetten van bedrijfstakbrede voorlichtingscampagnes of campagnes om consumenten bewust te maken van de ecologische voetafdruk van hun consumptie, zonder dat dergelijke campagnes neerkomen op gezamenlijke reclame voor specifieke producten, doorgaans evenmin op mededingingsbezwaren in de zin van artikel 101 op.

9.3. Toetsing van duurzaamheidsovereenkomsten aan artikel 101, lid 1

9.3.1. Beginselen

555. Wanneer duurzaamheidsovereenkomsten van invloed zijn op een of meer concurrentieparameters, moeten ze wellicht aan artikel 101, lid 1, worden getoetst.
556. Duurzaamheidsovereenkomsten die overeenkomen met één van de samenwerkingsovereenkomsten die in de vorige hoofdstukken van deze richtsnoeren aan bod kwamen, zullen aan artikel 101, lid 1, worden getoetst zoals in die hoofdstukken is beschreven. Zo moet een overeenkomst tussen concurrenten om gezamenlijk een productietechnologie te ontwikkelen die het energieverbruik vermindert, worden beoordeeld overeenkomstig de beginselen die in hoofdstuk 2 (O&O-overeenkomsten) worden uiteengezet. Een overeenkomst voor medegebruik van infrastructuur om de ecologische voetafdruk van een productieproces te verminderen, moet worden beoordeeld overeenkomstig de in hoofdstuk 3 (Productieovereenkomsten) uiteengezette beginselen.
557. Een overeenkomst tussen concurrenten om gezamenlijk producten met een beperkte ecologische voetafdruk in te kopen als input voor hun productie, of om alleen in te kopen bij leveranciers die bepaalde duurzaamheidsbeginselen in acht nemen, moet worden beoordeeld overeenkomstig de in hoofdstuk 4 (Inkoopovereenkomsten) uiteengezette beginselen³¹⁷.
558. Evenzo vallen duurzaamheidsovereenkomsten in de vorm van O&O- of specialisatieovereenkomsten onder de respectieve groepsvrijstellingsverordeningen als aan de vrijstellingsvoorwaarden uit die verordeningen wordt voldaan.
559. Het feit dat een overeenkomst daadwerkelijk een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft, kan worden meegewogen om te bepalen of de beperking in kwestie een beperking van de mededinging naar strekking of naar gevolgen is in de zin van artikel 101, lid 1³¹⁸.
560. In dit verband is het zo dat partijen, wanneer zij beweren dat een overeenkomst, die prijsafspraken, verdeling van markten of klanten, beperking van productie of innovatie lijkt na te streven, feitelijk een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft, alle feiten en bewijsmiddelen moeten aandragen waaruit blijkt dat de overeenkomst daadwerkelijk een dergelijke doelstelling nastreeft en niet wordt gebruikt om een beperking van de mededinging naar strekking te verhullen. Als uit het bewijs blijkt

³¹⁷ Zie afdeling 4.2.3.2.

³¹⁸ Bij de beoordeling of een overeenkomst tussen ondernemingen de mededinging in die mate nadelig beïnvloedt dat zij kan worden geacht een mededingingsbeperkende “*strekking*” in de zin van artikel 101, lid 1, te hebben, moet rekening worden gehouden met de bewoordingen en de doelstellingen ervan, alsook op de economische en juridische context; zie arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, CB/Commissie, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, punt 53.

dat de overeenkomst inderdaad een duurzaamheidsdoelstelling nastreeft, zullen de mededingingsbeperkende gevolgen moeten worden beoordeeld³¹⁹.

9.3.2. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen

9.3.2.1. Definitie en kenmerken

561. Om bij te dragen aan duurzame ontwikkeling, kunnen concurrenten overeenkomen om niet-duurzame producten (bv. fossiele brandstoffen zoals olie en steenkool, plastics) en processen (bv. het affakkelen van gas) uit te faseren, stop te zetten of in sommige gevallen te vervangen door duurzame producten en processen. Concurrenten kunnen ook overeenkomen om verpakkingsmaterialen te harmoniseren om hergebruik te vergemakkelijken of om verpakkingsformaten (en daarmee de productinhoud) te harmoniseren om afval te verminderen. Ook kunnen concurrenten overeenkomen productie-inputs alleen in te kopen als de ingekochte producten op duurzame wijze worden geproduceerd. Evenzo willen concurrenten misschien wel bepaalde voorwaarden overeenkomen die het dierenwelzijn verbeteren (bv. overeengekomen normen om dieren meer ruimte te bieden). Voor dit soort doelstellingen kunnen concurrenten overeenkomen om bepaalde duurzaamheidsnormen vast te stellen en in acht te nemen. Dergelijke overeenkomsten worden in dit hoofdstuk “overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen” of “duurzaamheidsnormen” genoemd.
562. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen schrijven voor aan welke vereisten producenten, handelaren, fabrikanten, detailhandelaren of dienstverleners in een toeleveringsketen mogelijk moeten voldoen voor een mogelijk breed scala aan duurzaamheidsmaatstaven zoals de milieueffecten van hun productie³²⁰. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen bevatten doorgaans regels, richtlijnen of kenmerken voor producten en productiemethoden ten aanzien van duurzaamheidsmaatstaven en worden soms “duurzaamheidssystemen” genoemd. Het betreft vaak particuliere initiatieven die kunnen uiteenlopen van eenzijdig door ondernemingen opgestelde gedragscodes, tot door het middenveld bepleite normen en multistakeholder-initiatieven waarbij ondernemingen binnen de gehele waardeketen betrokken zijn³²¹. Deze richtsnoeren hebben uitsluitend betrekking op duurzaamheidsnormen die worden ontwikkeld door concurrenten of waaraan concurrenten deelnemen, met inbegrip van kwaliteitskeurmerken of -labels.
563. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen hebben raakvlakken met de in hoofdstuk 7 behandelde standaardiseringsovereenkomsten. Ze hebben echter ook kenmerken die atypisch zijn voor, of minder nadrukkelijk aan de orde komen in, die standaardiseringsovereenkomsten.
564. Ten eerste kan de vaststelling van een duurzaamheidsnorm vaak leiden tot de totstandbrenging van een groen label, logo of merknaam, voor producten die aan

³¹⁹ In beginsel moet het bewijs waaruit blijkt dat een duurzaamheidsdoelstelling wordt nagestreefd, van dusdanige aard zijn dat redelijke twijfel over de mededingingsverstoringe gevolgen van de overeenkomst gerechtvaardigd is. Over het nastreven van de duurzaamheidsdoelstelling mag echter geen twijfel bestaan. Zie, per analogiam, arrest Hof van Justitie van 30 januari 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52, punten 107-108.

³²⁰ Zie bv. Forum van de Verenigde Naties inzake Duurzaamheidsnormen, <https://unfss.org/home/objective-of-unfss>

³²¹ Zie bv. Conferentie van de Verenigde Naties over handel en ontwikkeling (UNCTAD), *Framework for the Voluntary Sustainability Standards (VSS) Assessment Toolkit*, https://unctad.org/system/files/official-document/ditctabinf2020d5_en.pdf

bepaalde minimeisen voldoen. Het gebruik van een dergelijk label, logo of merknaam verplicht de initiatiefnemers er in beginsel toe om de norm in acht te nemen. Deze ondernemingen kunnen gebruikmaken van het label/logo/merknaam zolang ze aan de duurzaamheidscriteria voldoen, en verliezen het label/logo/merknaam wanneer ze niet langer aan deze eisen voldoen.

- 565. Ten tweede kunnen de kosten voor het aansluiten bij en het naleven van een duurzaamheidsnorm hoog zijn, vooral als wijzigingen in de bestaande productie- of handelsprocessen vereist zijn om aan de duurzaamheidsnorm te voldoen. Aansluiten bij een duurzaamheidsnorm kan dus leiden tot een stijging van de productie- of distributiekosten – en bijgevolg tot een stijging van de prijs van de door de partijen verkochte producten.
- 566. Ten derde zijn, anders dan bij technische normen, die garant staan voor interoperabiliteit en concurrentie tussen technologieën van verschillende ondernemingen tijdens de normontwikkeling aanmoedigen, kwesties als interoperabiliteit en compatibiliteit tussen technologieën veelal niet relevant voor duurzaamheidsnormen.
- 567. Ten vierde zijn veel duurzaamheidsnormen proces- of prestatiegebaseerd. Dit betekent dat duurzaamheidsnormen, anders dan veel technische normen, vaak een te behalen doel voorschrijven zonder specifieke technologieën of productiemethoden op te leggen. Degenen die duurzaamheidsnormen vaststellen kunnen zich aan het doel committeren maar blijven vrij om te beslissen over het gebruik van een bepaalde technologie of productieproces om dat doel te behalen.

9.3.2.2. Voornaamste mededingingsbezwaren

- 568. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen hebben vaak positieve effecten op de mededinging. Ze dragen bij aan een duurzame ontwikkeling en kunnen daardoor de ontwikkeling van nieuwe producten of markten mogelijk maken, de kwaliteit van producten verhogen of leverings- of distributievoorwaarden verbeteren. Door informatie te verstrekken over duurzaamheidsaspecten (bv. via labels), stellen duurzaamheidsnormen gebruikers met name in staat om onderbouwde keuzes te maken en daardoor bij te dragen aan de ontwikkeling van markten voor duurzame producten. Tot slot kunnen duurzaamheidsnormen ook zorgen voor een gelijk speelveld tussen producenten die aan uiteenlopende regelgevingseisen zijn onderworpen.
- 569. In sommige omstandigheden kunnen duurzaamheidsnormen de mededinging echter ook beperken. Dit kan op drie manieren gebeuren: via prijsafspraken, door afscherming voor alternatieve normen, en de uitsluiting of discriminatie van bepaalde concurrenten³²².

9.3.2.3. Beperking naar strekking

- 570. Duurzaamheidsnormen die daadwerkelijk een duurzaamheidsdoelstelling nastreven maar verhullen dat sprake is van prijsafspraken, verdeling van markten of klanten, beperkingen van de productie of beperkingen van de kwaliteit of innovatie, hebben een mededingingsbeperkende strekking.
- 571. In het bijzonder geldt dat een overeenkomst tussen concurrenten over de vraag hoe als gevolg van de vaststelling van een duurzaamheidsnorm toegenomen kosten

³²² Zie de punten 467-470.

moeten worden doorberekend in hogere verkoopprijzen voor hun consumenten, een mededingingsbeperkende strekking heeft. Evenzo heeft een overeenkomst tussen de partijen bij de duurzaamheidsnorm om derden onder druk te zetten om zo geen producten op de markt te brengen die niet aan de duurzaamheidsnorm voldoen, een mededingingsbeperkende strekking.

9.3.2.4. Mededingingsbeperkende gevolgen

(a) “Zachte” safe harbour

572. Wanneer een overeenkomst niet als een beperking naar strekking kwalificeert, kan deze alleen inbreuk maken op artikel 101, lid 1, indien ze een merkbaar ongunstig effect op de mededinging teweegbrengt. Overeenkomsten voor duurzaamheidsnormen zullen echter waarschijnlijk geen merkbaar ongunstige effecten op de mededinging teweegbrengen en zullen niet onder artikel 101, lid 1, vallen als aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

Ten eerste is de procedure voor het ontwikkelen van de duurzaamheidsnorm transparant en alle geïnteresseerde concurrenten kunnen deelnemen aan het proces dat uitmondt in de selectie van de norm³²³.

Ten tweede mag de duurzaamheidsnorm aan ondernemingen die niet wensen deel te nemen aan de norm, niet – direct of indirect – een verplichting opleggen om de norm in acht te nemen³²⁴.

Ten derde moet het ondernemingen vrij blijven staan om voor zichzelf een strengere duurzaamheidsnorm vast te stellen dan degene die is overeengekomen met de andere partijen bij de overeenkomst (d.w.z. ze kunnen besluiten om meer duurzame ingrediënten in hun eindproduct op te nemen dan de norm mogelijk vereist).

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

Ten vijfde moet daadwerkelijke en niet-discriminerende toegang tot de resultaten van de standaardiseringsprocedure worden gewaarborgd. Hierbij zou het onder meer moeten gaan om daadwerkelijke en niet-discriminerende toegang tot de eisen en de voorwaarden voor het verkrijgen van het overeengekomen label of voor de mogelijkheid voor ondernemingen die niet aan de normontwikkeling hebben deelgenomen, om de norm op een later tijdstip toe te gaan toepassen.

Ten zesde mag de duurzaamheidsnorm niet leiden tot een aanzienlijke prijsstijging of een aanzienlijke vermindering van de keuze van op de markt beschikbare producten³²⁵.

³²³ Zie punt 479.

³²⁴ Met andere woorden, ondernemingen in de sector die de norm niet in acht wensen te nemen, moeten het recht behouden en mag niet worden om de markt en consumenten te blijven beleveren met producten die voldoen aan wettelijke eisen maar niet voldoen aan de aanvullende eisen die voortvloeien uit de nieuwe duurzaamheidsnorm.

³²⁵ In het mededingingsbeleid gaat het om prijsstijgingen die voortvloeien uit een beperking van de mededinging en niet om prijsstijgingen die slechts een toename van de kwaliteit van producten weerspiegelen. In de praktijk is het echter heel moeilijk om prijsstijgingen die alleen voortkomen uit een betere kwaliteit, te onderscheiden van prijsstijgingen die ook te wijten zijn aan een beperking van de mededinging. Wanneer de prijsstijging of de kwaliteitsvermindering aanzienlijk is, zullen de effecten van de overeenkomst dan ook moeten worden beoordeeld.

Ten zevende moet er een mechanisme of een monitoringsysteem voorhanden zijn om erop toe te zien dat ondernemingen die de duurzaamheidsnorm invoeren, ook daadwerkelijk aan de eisen van de norm voldoen.

573. Deze voorwaarden zorgen ervoor dat de duurzaamheidsnorm de markt voor innovatieve alternatieve normen niet afschermt, noch andere ondernemingen uitsluit of discrimineert, en waarborgen daadwerkelijke toegang tot de norm. De voorwaarde om geen commercieel gevoelige informatie uit te wisselen wanneer dat niet noodzakelijk is, zorgt ervoor dat de normalisatieprocedure niet wordt gebruikt om collusie te vergemakkelijken of de mededinging tussen de partijen te beperken. Zoals uiteengezet in punt 565, kunnen duurzaamheidsnormen vaak tot prijsstijgingen leiden. Wanneer de norm echter wordt ingevoerd door ondernemingen die een aanzienlijk marktaandeel vertegenwoordigen, kunnen aanzienlijke schaalvoordelen worden behaald, waardoor ondernemingen het eerdere prijsniveau kunnen handhaven of slechts een onaanzienlijke prijsstijging hoeven toe te passen.
574. Niet-naleving van een of meer van deze voorwaarden doet geen vermoeden ontstaan dat de overeenkomst de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1. Indien aan sommige van deze voorwaarden niet wordt voldaan, is het echter noodzakelijk om in het bijzonder na te gaan of en in hoeverre de overeenkomst waarschijnlijk – of daadwerkelijk – leidt tot een merkbaar ongunstig effect op de mededinging. Er kunnen verschillende modellen voor standaardiseringsinspanningen bestaan en het staat ondernemingen vrij om regels en procedures op te stellen die geen inbreuk maken op mededingingsregels en toch verschillen van de in punt 572 beschreven regels en procedures.
- (b) Noodzaak om de effecten van de overeenkomst te beoordelen
575. Om de effecten van een duurzaamheidsnorm te beoordelen, moet rekening worden gehouden met de marktdekking van de producten die aan de norm voldoen. Duurzaamheidsnormen hebben wellicht geen merkbare mededingingsverstorende effecten omdat er onvoldoende concurrentie is van alternatieve duurzaamheidslabels/-normen en/of van producten die op conventionele wijze worden geproduceerd en gedistribueerd (d.w.z. buiten de labels/normen om). De marktdekking van de desbetreffende overeenkomst kan onvoldoende zijn om de concurrentie merkbaar te verstoren, vanwege de daadwerkelijke concurrentie van alternatieve labels en/of op conventionele wijze geproduceerde en gedistribueerde producten. Zelfs wanneer de marktdekking van de overeenkomst aanzienlijk is, kan de tegendruk van het potentiële concurrentie nog altijd voldoende zijn, vooral wanneer de duurzaamheidsovereenkomst zich beperkt tot de totstandbrenging van een label en de deelnemende bedrijven vrij laat om ook buiten het label om actief te zijn. Als dit het geval is, zullen consumenten de keuze hebben tussen producten met het label en producten, die misschien door dezelfde ondernemingen worden gemaakt maar die niet aan het label voldoen, zodat de mededinging daardoor waarschijnlijk niet beperkt wordt³²⁶. Wanneer een standaardiseringsovereenkomst waarschijnlijk zal

³²⁶ Overeenkomsten tussen concurrenten die geen beperkingen naar strekking bevatten, kunnen ook profiteren van de safe harbour uit de de-minimismededeling op voorwaarde dat, indien het om een overeenkomst tussen concurrenten gaat, het totale marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst niet meer bedraagt dan 10 % van de relevante markten die door de overeenkomst worden getroffen; zie de mededeling van de Commissie betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimismededeling) (PB C 291 van 30.08.2014, blz. 13).

leiden tot een aanzienlijke stijging van de prijs of een vermindering van de productie, productdiversiteit, kwaliteit of innovatie, kunnen de partijen bij de overeenkomst zich eventueel op artikel 101, lid 3, beroepen.

9.4. Toetsing van duurzaamheidsovereenkomsten aan artikel 101, lid 3

576. Duurzaamheidsovereenkomsten die inbreuk maken op artikel 101, lid 1, kunnen op grond van artikel 101, lid 3, worden vrijgesteld indien de partijen bij de overeenkomst aantonen dat aan de vier cumulatieve voorwaarden van die bepaling wordt voldaan.

9.4.1. Efficiëntieverbeteringen

577. Volgens de eerste voorwaarde van artikel 101, lid 3, dient de betreffende overeenkomst bij te dragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. In wezen betekent dit dat de overeenkomst moeten bijdragen aan objectieve efficiëntieverbeteringen, dat in brede zin wordt uitgelegd als niet alleen verlaging van productie- en distributiekosten maar ook een toename van de productdiversiteit en -kwaliteit, verbeteringen in productie- en distributieprocessen, en een toename van innovatie³²⁷. Dit biedt dus de mogelijkheid om een breed scala duurzaamheidsvoordelen als gevolg van het gebruik van specifieke ingrediënten, technologieën, productieprocessen aan te merken als efficiëntieverbeteringen.
578. Zo kunnen duurzaamheidsovereenkomsten efficiëntieverbeteringen opleveren, zoals het gebruik van schonere productie- of distributietechnologieën, minder verontreiniging, verbeterde productie- en distributievoorwaarden, veerkrachtigere infrastructuur of toeleveringsketens, producten van betere kwaliteit enz. Ze kunnen ook verstoringen in de toeleveringsketens voorkomen, de tijd die nodig is om duurzame producten naar de markt te brengen inkorten en de keuzemogelijkheden voor consumenten vergroten doordat ze het gemakkelijker maken om producten te vergelijken. Deze efficiëntieverbeteringen kunnen bijdragen tot een veerkrachtige interne markt.
579. Deze efficiëntieverbeteringen zullen moeten worden gestaafd en kunnen niet eenvoudigweg worden verondersteld³²⁸. Ook moeten ze objectief, concreet en controleerbaar zijn. Als de beweerde efficiëntieverbetering bijvoorbeeld bestaat uit de verbetering van een product, moeten de partijen aantonen waarin die productverbetering precies bestaat. Als het beweerde voordeel bijvoorbeeld de vermindering van de waterverontreiniging is, moeten de partijen toelichten hoe de overeenkomst precies bijdraagt aan het verminderen van de waterverontreiniging en inschatten hoe groot het beweerde voordeel is³²⁹.

9.4.2. Onmisbaarheid

580. Ten behoeve van deze richtsnoeren is het passend om in te gaan op de derde voorwaarde van artikel 101, lid 3, d.w.z. die van onmisbaarheid, alvorens de tweede voorwaarde te bespreken, d.w.z. die van een billijk aandeel voor de gebruiker. De reden hiervoor is dat bij het onderzoek naar het billijk aandeel voor de gebruiker de

³²⁷ Zie ook de punten 48-72 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

³²⁸ Zie ook de punten 50-58 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

³²⁹ Zie bv. Aanbeveling (EU) 2021/2279 van de Commissie van 15 december 2021 betreffende het gebruik van milieuvoetafdrukmethoden voor het meten en bekendmaken van de milieuprestatie van producten en organisaties gedurende hun levenscyclus (PB L 471 van 30.12.2021, blz. 1).

effecten van eventuele beperkingen die niet aan de onmisbaarheidsvoorwaarde voldoen – en derhalve verboden worden door artikel 101 – buiten beschouwing moeten worden gelaten³³⁰.

581. Volgens de derde voorwaarde van artikel 101, lid 3, mag de beperkende overeenkomst geen beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de met de overeenkomst gegenereerde voordelen. Om aan deze voorwaarde te voldoen, moeten de partijen bij de overeenkomst aantonen dat hun overeenkomst als zodanig – en elke mededingingsbeperking die eruit voortvloeit – redelijkerwijs noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de beweerde duurzaamheidsvoordelen en dat er uit economisch oogpunt geen andere praktisch haalbare en minder beperkende middelen zijn om deze te verwezenlijken³³¹.
582. In beginsel moet elke onderneming zelf bepalen hoe zij duurzaamheidsvoordelen nastreeft, en voor zover gebruikers deze voordelen op waarde schatten, zou de markt goede beslissingen belonen en slechte afstraffen. Wanneer er vraag is naar duurzame producten, zijn samenwerkingsovereenkomsten als zodanig niet onmisbaar voor het behalen van duurzaamheidsvoordelen. Ze kunnen echter ook onmisbaar zijn om de duurzaamheidsdoelstellingen op een kostenefficiëntere wijze te verwezenlijken.
583. Overheidsbeleid en -regelgeving kijken vaak naar negatieve externaliteiten. Ze doen dit doorgaans door regels op te leggen en collectieve acties te vereisen, die garant staan voor efficiënte marktresultaten die rekening houden met de duurzaamheidseffecten van individuele acties³³². Wanneer EU-recht of nationaal recht ondernemingen verplicht om concrete duurzaamheidsdoelen in acht te nemen, kunnen samenwerkingsovereenkomsten en de eventueel daaruit voortvloeiende beperkingen derhalve niet onontbeerlijk worden geacht voor het te verwezenlijken doel. Dit komt omdat elke onderneming reeds bij wet verplicht is het doel te verwezenlijken³³³. In dergelijke omstandigheden kunnen samenwerkingsovereenkomsten alleen onmisbaar zijn om het doel op een kostenefficiëntere wijze te verwezenlijken.
584. Er zijn mogelijk andere voorbeelden waarbij, door marktfalen, duurzaamheidsvoordelen niet kunnen worden behaald als deze worden overgelaten aan de marktwerking, of die op kostenefficiëntere wijze kunnen worden behaald als ondernemingen samenwerken. Zo kan een duurzaamheidsovereenkomst noodzakelijk zijn om meeliften op de voor de promotie van een duurzaam product vereiste investeringen te voorkomen en om gebruikers “op te voeden” (en daarmee de zogeheten “first-mover-nadelen” weg te nemen).
585. In deze context kan een beperkende overeenkomst ook noodzakelijk zijn om schaalvoordelen te realiseren, in het bijzonder om een voldoende schaal te bereiken om de vaste kosten voor het opzetten, exploiteren en monitoren van het label te dekken. Beperkingen kunnen ook onmisbaar zijn om de prikkels voor de partijen op één lijn te brengen en ervoor te zorgen dat zij hun inspanningen toespitsen op de

³³⁰ Zie in het bijzonder punt 39 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

³³¹ Zie in het bijzonder de punten 73-82 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

³³² Bij milieuregelgeving gebeurt dit bijvoorbeeld door heffingen, verboden of subsidies.

³³³ Indien de ondernemingen gebonden zijn aan een “cap and trade”-systeem, zoals de EU ETS-regeling, komen deze rechten vrij als een onderneming of sector minder vervuult en daardoor minder emissierechten gebruikt, waardoor het effect op de vervuiling per saldo gelijk blijft indien geen sprake is van een vermindering van emissierechten (waterbedeffect).

uitvoering van de overeenkomst³³⁴. Indien de overeenkomst de partijen verbiedt buiten het label of de norm om actief te zijn, zullen de partijen moeten aantonen waarom de totstandbrenging van een label of norm alleen niet voldoende zal zijn om de efficiëntieverbeteringen te realiseren. Doorgaans volstaat het dat de overeenkomst de duurzaamheidsnorm vastlegt als een gemeenschappelijke minimumnorm, en daardoor ruimte laat voor deelnemende ondernemingen om individueel een strengere duurzaamheidsnorm te hanteren dan de gezamenlijk overeengekomen norm.

586. Een overeenkomst kan ook noodzakelijk zijn wanneer de partijen kunnen aantonen dat de gebruikers op relevante markt moeite hebben, bijvoorbeeld door een gebrek aan voldoende kennis of informatie over het product zelf of de consequenties van het gebruik ervan, om de toekomstige voordelen die ze aan een overeenkomst ontlelen objectief af te wegen tegen de onmiddellijk schade die ze door dezelfde overeenkomst lijden, en dat ze, als gevolg daarvan, het belang van het onmiddellijke effect overschatten. Zo zijn gebruikers wellicht niet in staat om toekomstige voordelen in de vorm van betere kwaliteit en innovatie op waarde te schatten als het onmiddellijke effect een prijsverhoging van het product is.
587. Als vuistregel geldt dat de door duurzaamheidsovereenkomsten opgelegde verplichtingen niet verder mogen gaan dan hetgeen noodzakelijk is om het doel van de overeenkomst te behalen.

9.4.3. Voordelen doorgegeven aan gebruikers

588. De tweede voorwaarde van artikel 101, lid 3, vereist dat gebruikers een billijk aandeel van de beweerde voordelen ontvangen. Het begrip “gebruikers” omvat alle directe of indirecte gebruikers van de producten waarop de overeenkomst van toepassing is³³⁵. Gebruikers ontvangen een billijk aandeel van de voordelen wanneer de aan de overeenkomst ontleende voordelen zwaarder wegen dan de schade die wordt veroorzaakt door diezelfde overeenkomst, zodat de globale invloed op de gebruikers in de betrokken markt ten minste neutraal is³³⁶. Duurzaamheidsvoordelen die voortvloeien uit de overeenkomsten, moeten worden gerelateerd aan de gebruikers van de producten waarop die overeenkomsten van toepassing zijn.
589. In veel gevallen spreekt het mogelijk voor zich dat de duurzaamheidsvoordelen niet aan de gebruikers op de relevante markt gerelateerd zijn, of dat ze niet significant genoeg zouden zijn om op te wegen tegen de schade op de relevante markt. Omgekeerd kunnen er ook gevallen zijn waarin de aantasting van de mededinging duidelijk verwaarloosbaar is vergeleken met de potentiële voordelen, hetgeen een grondige beoordeling overbodig maakt. Er kunnen echter ook gevallen zijn waarin een grondige beoordeling onvermijdelijk is.

9.4.3.1. Voordelen van individueel gebruik

590. Gebruikers ontlelen doorgaans voordelen aan de consumptie of het gebruik van de producten die onder de te beoordelen overeenkomst vallen. Deze voordelen kunnen de vorm aannemen van een betere productkwaliteit of productdiversiteit die

³³⁴ Zie in het bijzonder punt 80 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3.

³³⁵ Hiertoe behoren producenten die de producten als grondstof gebruiken, groothandelaren, detailhandelaren en eindgebruikers, d.w.z. natuurlijke personen die handelen voor een doel buiten hun bedrijf of beroep.

³³⁶ Zie punt 85 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3; zie ook arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 72.

voortkomt uit kwalitatieve efficiëntieverbeteringen, of zich vertalen in een prijsdaling als gevolg van kostenbesparingen. Dergelijke voordelen kunnen even goed voortkomen uit de consumptie van een duurzaam product als uit de consumptie van een willekeurig ander product. Deze voordelen kunnen worden aangeduid als “voordelen van individueel gebruik”, aangezien ze voortkomen uit het gebruik van het product en de ervaring van gebruikers met het betreffende product direct verbeteren.

591. Groenten die worden geteeld met behulp van organische meststoffen kunnen lekkerder en/of gezonder zijn voor gebruikers dan groenten die worden geproduceerd met behulp van niet-organische meststoffen. Zo ook kan het vervangen van plastic door duurzamere materialen in uiteenlopende producten de levensduur van de betreffende producten vergroten. In deze omstandigheden krijgen gebruikers een betere kwaliteit enkel en alleen door het betreffende product te consumeren. Dit zijn doorgaans kwalitatieve efficiëntieverbeteringen die mogelijk tot stand worden gebracht door een beperkende overeenkomst en zwaarder kunnen wegen dan de door de prijsstijging veroorzaakte schade (door het overeengekomen gebruik van duurdere duurzame materialen), of de vermindering van keuzemogelijkheden (door overeen te een niet-duurzaam product niet te gebruiken). Als de voordelen aanzienlijk genoeg zijn om zwaarder te wegen dan de door de prijsstijging of verminderde keuzemogelijkheden veroorzaakte schade, compenseren deze de door dezelfde overeenkomst benadeelde gebruikers en voldoen ze derhalve aan de tweede voorwaarde van artikel 101, lid 3.
592. In de bovenstaande voorbeelden kunnen de overeenkomsten in kwestie niet alleen voordelen van individueel gebruik opleveren, maar ook gepaard gaan met positieve effecten die losstaan van de gebruikers (positieve externaliteiten). Van positieve externaliteiten is sprake wanneer negatieve externaliteiten, zoals verontreiniging, bodemerosie enz. worden gereduceerd. Deze positieve externaliteiten voor de samenleving – vandaag of in de toekomst – waren zonder de mededingingsbeperkende overeenkomst in kwestie wellicht niet mogelijk geweest. Deze positieve externaliteiten onderscheiden zich van de voordelen van individueel gebruik die gebruikers op de relevante markt genieten (zie afdeling 9.4.3.3).
593. Overeenkomsten die tot doel hebben de verpakkingen te beperken, kunnen ook de productie- en distributiekosten verminderen en uiteindelijk de prijs van het product verlagen. Zo kan een overeenkomst tussen concurrenten om geconcentreerd wasmiddel in kleinere flessen aan te bieden, de kosten voor materialen, vervoer en opslag verminderen. Evenzo kunnen overeenkomsten om infrastructuur of distributie- en vervoerdiensten met concurrenten te delen, de kosten van de partijen verminderen – en daarmee ook de uiteindelijke productprijs. De schade van dergelijke overeenkomsten kan weliswaar bestaan in verminderde keuzemogelijkheden voor gebruikers, maar het voordeel van een lagere prijs kan zwaarder wegen dan de schade als gevolg van de beperking van de keuze of zelfs de verminderde kwaliteit van de producten of diensten³³⁷. Dezelfde overeenkomsten kunnen ook positieve externaliteiten hebben in de vorm van minder negatieve gevolgen voor het milieu (zie afdeling 9.4.3.3).

³³⁷ Het is waarschijnlijker dat verminderingen van marginale of variabele kosten relevant zijn voor de beoordeling van efficiëntieverbeteringen dan verminderingen van vaste kosten; de kans dat het eerste soort kosten resulteert in lagere prijzen voor gebruikers is immers groter.

9.4.3.2. Voordelen van individueel niet-gebruik

594. De voordelen van gebruikers bij duurzaamheidsovereenkomsten betreffen mogelijk niet alleen directe voordelen van het gebruik van een duurzaam product maar ook indirecte voordelen, doordat gebruikers de gevolgen van hun duurzame consumptie voor anderen op waarde schatten. Met name slaan sommige gebruikers hun consumptie van een duurzaam product wellicht hoger aan dan de consumptie van een niet-duurzaam product, omdat het duurzame product minder negatieve effecten heeft op anderen dan het niet-duurzame product.
595. Gebruikers kunnen bijvoorbeeld kiezen voor een bepaald wasmiddel niet omdat het beter reinigt maar omdat het het water minder vervuult. Evenzo kunnen gebruikers bereid zijn een hogere prijs te betalen voor meubelen die gemaakt zijn van hout dat duurzaam wordt geproduceerd, niet vanwege de betere kwaliteit van de meubelen maar omdat gebruikers de ontbossing en het verlies van natuurlijke habitats een halt willen toeroepen. In dezelfde geest kunnen automobilisten kiezen voor duurdere brandstof, niet omdat deze van hogere kwaliteit en beter voor hun voertuigen is, maar omdat deze minder vervuילend is.
596. Deze omstandigheden komen de gebruikservaring van gebruikers met het product niet direct ten goede. Gebruikers zijn desondanks bereid een hogere prijs te betalen voor een duurzaam product of hun consumptiekeuze te beperken door een niet-duurzame variant van het product niet te gebruiken, en daarmee de samenleving of toekomstige generaties een dienst te bewijzen. Indirecte voordelen van niet-gebruik komen ten goede aan gebruikers binnen de relevante markt door hun persoonlijke/individuele waardering van het effect op anderen, onder meer op niet-gebruikers buiten de relevante markt.
597. Gebruikers die bereid zijn meer te betalen voor dergelijke producten, beschouwen deze als producten van een betere kwaliteit, juist vanwege de voordelen voor anderen. Daarom verschillen dit soort indirecte kwalitatieve voordelen, uit economisch oogpunt, niet van de gebruikelijke kwaliteitsbevorderende voordelen die de directe gebruikswaarde van een product vergroten, zoals besproken in afdeling 9.4.3.1. Deze indirecte voordelen van niet-gebruik kunnen worden gemeten door de bereidheid van gebruikers om te betalen in kaart te brengen, bijvoorbeeld via klantenenquêtes.
598. Er kan een verschil zijn tussen de voorkeuren die gebruikers uitspreken en de voorkeuren die uit hun koopgedrag naar voren komen. Dit kan erop wijzen dat de uitgesproken voorkeuren de werkelijke voorkeuren overschatten of juist onderschatten. Om dit soort vertekening in verband met hypothetische keuzes in enquêtes tegen te gaan, moeten de enquêtes een zinvolle en passende context bieden. Daarnaast moeten de gestelde vragen misschien rekening houden met maatschappelijke normen, kennis en gewoonten van gebruikers, of verwachtingen over het gedrag van anderen.
599. Meer in het algemeen moeten de partijen bij een overeenkomst, om zich van hun bewijslast op grond van artikel 101, lid 3 te kwijten, overtuigend bewijs aanvoeren voor de feitelijke voorkeuren van gebruikers. Partijen bij een overeenkomst moeten ervoor waken hun eigen voorkeuren op gebruikers te projecteren.
600. Bij de beoordeling van de bereidheid van gebruikers om te betalen, hoeft niet noodzakelijk de bereidheid van elke gebruiker op de relevante markt beoordeeld te

worden. Het is voor het onderzoek voldoende dat de beoordeling gebaseerd is op een representatieve steekproef van alle gebruikers op de relevante markt³³⁸.

9.4.3.3. Collectieve voordelen

601. In afdeling 9.4.3.2. is sprake van voordelen van individueel niet-gebruik die beperkt zijn tot vrijwillige (altruïstische) keuzes van individuele gebruikers. Niet alle negatieve externaliteiten kunnen echter worden weggenomen door vrijwillige, individuele acties van consumenten. Aangezien het duurzaamheidseffect van individuele consumptie niet noodzakelijkerwijs ten goede komt aan het consumerende individu maar aan een bredere groep, kan een collectieve actie, zoals een samenwerkingsovereenkomst, noodzakelijk zijn om negatieve externaliteiten te internaliseren en duurzaamheidsvoordelen te behalen voor een bredere groep in de samenleving³³⁹. Zo zijn consumenten mogelijk niet bereid een hogere prijs te betalen voor een product dat geproduceerd wordt met behulp van een groene maar dure technologie. Om ervoor te zorgen dat de voordelen van die groene technologie zich daadwerkelijk voordoen, kan een overeenkomst voor het uitfasen van de vervuilende technologie noodzakelijk zijn. Deze voordelen worden aangeduid als “collectieve voordelen” omdat ze zich voordoen ongeacht de individuele waardering door de gebruikers van het product, en kunnen objectief aan de gebruikers op de relevante markt ten goede komen als deze laatsten deel uitmaken van een bredere groep begunstigden.
602. Hoewel het afwegen van negatieve effecten tegen de voordelen die voortvloeien uit beperkende overeenkomsten, doorgaans plaatsvindt binnen de relevante markt waarop de overeenkomst van toepassing is, kunnen op afzonderlijke markten behaalde efficiëntievoordelen in aanmerking worden genomen wanneer twee markten verwant zijn, op voorwaarde dat de groep gebruikers die nadeel ondervindt van de beperking en profiteert van de efficiëntieverbeteringen in wezen dezelfde is³⁴⁰.
603. Naar analogie kan, wanneer gebruikers op de relevante markt grotendeels overlappen met, of deel uitmaken van de begunstigden buiten de relevante markt, met de collectieve voordelen voor de gebruikers op de relevante markt die zich buiten die markt voordoen, rekening worden gehouden, op voorwaarde dat deze aanzienlijk genoeg zijn om gebruikers op de relevante markt te compenseren voor de geleden schade³⁴¹.
604. Zo zijn automobilisten die minder vervuilende brandstof kopen, ook burgers die baat zouden hebben bij schonere lucht als minder vervuilende brandstof wordt gebruikt.

³³⁸ Arrest van het Hof van Justitie van 23 november 2006, ASNEF-EQUIFAX, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punt 72.

³³⁹ Het marktfalen in dergelijke situaties bestaat veelal uit het feit dat niet-duurzame consumptie negatieve externaliteiten teweegbrengt voor anderen. Deze externaliteiten (zoals emissies) worden niet volledig geïnternaliseerd door individuele kopers en zijn daardoor te ruim aanwezig. Het marktfalen kan ook bestaan uit positieve externaliteiten van duurzame consumptie die gebruikers op elkaar uitoefenen. Deze worden om nagenoeg dezelfde reden te weinig aangeboden door de vrije markt.

³⁴⁰ Punt 43 van de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3; zie ook arrest van het Gerecht van 27 september 2006, GlaxoSmithKline Services/Commissie, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265, punten 248 en 251; arrest van het Hof van Justitie van 11 september 2014, MasterCard e.a./Commissie, C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201, punt 242; besluit van de Commissie van 23 mei 2013 in zaak AT.39595 – Air Canada/United Airlines/Lufthansa (“Star Alliance”).

³⁴¹ Consumenten kunnen worden gecompenseerd door één soort duurzaamheidsvoordelen of door een combinatie van individuele en collectieve voordelen; zie afdeling 9.4.3.4.

Voor zover een aanzienlijke overlapping van gebruikers (de automobilisten in dit voorbeeld) en de begunstigden (burgers) kan worden vastgesteld, zijn de duurzaamheidsvoordelen van schonere lucht in beginsel relevant voor de beoordeling en kunnen deze in aanmerking worden genomen, op voorwaarde dat ze aanzienlijk genoeg zijn om gebruikers op de relevante markt te compenseren voor de geleden schade. Omgekeerd kunnen consumenten kleding kopen die is gemaakt van duurzaam katoen waarvan de teelt minder chemicaliën en water vereist. Dergelijke milieubaten zouden in beginsel kunnen worden aangemerkt als collectieve voordelen. Er is echter waarschijnlijk geen aanzienlijke overlapping tussen de consumenten van de kleding en de begunstigden van deze milieubaten, die zich alleen voordoen in het gebied waar het katoen wordt geteeld. Daarom is het onwaarschijnlijk dat deze collectieve voordelen ten goede zouden komen aan de gebruikers op de relevante markt. Voor zover de consumenten bereid zijn meer te betalen als hun kleding van duurzaam geteeld katoen wordt gemaakt, kunnen de lokale milieubaten worden aangemerkt als voordelen van individueel niet-gebruik voor de consumenten van de kleding (zie afdeling 9.4.3.2).

605. Opdat de collectieve voordelen zich daadwerkelijk voordoen, moet de marktdekking van de overeenkomst vaak aanzienlijk zijn. Als bijvoorbeeld slechts twee van de tien producenten van wasmachines overeenkomen om de vervuulendere modellen niet meer te produceren, dan zal de overeenkomst meeliftgedrag waarschijnlijk niet kunnen voorkomen – en daardoor de vervuiling waarschijnlijk onvoldoende verminderen – omdat consumenten die hun eigen belang voorop stellen nog altijd de vervuulendere modellen bij een of meer van de resterende leveranciers kunnen kopen³⁴².
606. Om collectieve voordelen in aanmerking te nemen, moeten partijen in staat zijn om:
 - (a) de beweerde voordelen duidelijk te beschrijven en aan te tonen dat deze zich reeds hebben voorgedaan of waarschijnlijk zullen voordoen;
 - (b) de begunstigden duidelijk te definiëren;
 - (c) aan te tonen dat de gebruikers op de relevante markt aanzienlijk overlappen met de begunstigden of er deel van uitmaken; en
 - (d) aan te tonen welk deel van de collectieve voordelen die zich buiten de relevante markt hebben voorgedaan of waarschijnlijk zullen voordoen, ten goede zal komen aan de gebruikers van het product op de relevante markt.
607. Bewijs voor collectieve voordelen dat gebaseerd is op rapporten van overheidsinstanties of op door gerenommeerde academische organisaties opgestelde rapporten kan van bijzonder waarde zijn voor deze beoordeling.
608. Wanneer geen gegevens voorhanden zijn om een kwantitatieve analyse van de betrokken voordelen te kunnen uitvoeren, moet een duidelijk identificeerbaar positief effect op gebruikers – en geen marginaal effect – te voorzien zijn. De ervaring met het meten en kwantificeren van collectieve voordelen is nog steeds schaars. De Commissie zal op dit punt nadere houvast kunnen geven zodra ervaring is opgedaan met concrete gevallen, hetgeen de ontwikkeling van beoordelingsmethoden mogelijk zou kunnen maken.

³⁴² In dit voorbeeld is echter niet alleen het potentiële voordeel van de overeenkomst beperkt vanwege onvoldoende marktdekking, maar ook het potentiële concurrentienadeel (om nagenoeg dezelfde redenen).

9.4.3.4. Voordelen of alle soorten voordelen

609. Hoe dan ook staat het de partijen bij de duurzaamheidsovereenkomst vrij om bewijs en argumenten aan te voeren ter staving van beweringen aangaande elk van de drie soorten voordelen voor gebruikers of aangaande alle voordelen. De keuze van de partijen kan afhangen van de specificiteit van het geval en de soliditeit van het beschikbare bewijsmateriaal. In sommige gevallen kan alleen al het aantonen van voordelen van individueel gebruik volstaan om te voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, terwijl in andere gevallen de voordelen van individueel niet-gebruik of de collectieve voordelen zullen volstaan. In andere gevallen is wellicht een combinatie van twee of alle drie de soorten voordelen mogelijk.

9.4.4. *Geen uitschakeling van de mededinging*

610. Volgens de vierde voorwaarde van artikel 101, lid 3, mag de overeenkomst de partijen niet de mogelijkheid geven om de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen. In wezen waarborgt deze voorwaarde dat steeds een zekere mate van restconcurrentie blijft bestaan op de markt waarop de overeenkomst van toepassing is, ongeacht de omvang van de voordelen.
611. Aan deze laatste voorwaarde kan worden voldaan zelfs wanneer de mededingingsbeperkende overeenkomst betrekking heeft op de hele bedrijfstak, zolang de partijen bij de overeenkomst op ten minste één belangrijk mededingingsaspect stevig blijven concurreren. Als de overeenkomst bijvoorbeeld de mededinging op het gebied van kwaliteit of diversiteit uitschakelt, maar prijsconcurrentie ook een belangrijke parameter is voor de mededinging in de bedrijfstak en deze niet wordt beperkt, kan toch aan deze voorwaarde worden voldaan.
612. Als concurrenten allemaal op dezelfde relevante markt actief zijn met een aanbod van gedifferentieerde producten, dan betekent de uitschakeling van de mededinging voor een of meer varianten van het product bovendien niet noodzakelijkerwijs dat de mededinging op de relevante markt wordt uitgeschakeld.
613. Evenzo zal, als concurrenten besluiten om een vervuilende technologie of een niet-duurzaam bestanddeel aan te wenden bij de productie van hun producten, de mededinging tussen de concurrenten niet worden uitgeschakeld als dezen op het gebied van de prijs en/of kwaliteit van het eindproduct blijven concurreren.
614. Tot slot is uitschakeling van de mededinging voor een beperkte periode, zonder dat dit gevolgen heeft voor de ontwikkeling van de concurrentie nadat deze periode verstrijkt, geen belemmering om aan deze voorwaarde te voldoen. Een overeenkomst tussen concurrenten om de productie van één productvariant die een niet-duurzaam bestanddeel bevat, te beperken teneinde een duurzaam substituuut op de markt te brengen en consumenten bewust te maken van de kenmerken van het nieuwe product, voldoet bijvoorbeeld aan de laatste mededingingsvoorwaarde.

9.5. **Betrokkenheid van overheidsinstanties**

615. De betrokkenheid van de overheid of lokale autoriteiten bij het afsluiten van duurzaamheidsovereenkomsten, of het feit dat die autoriteiten op de hoogte zijn van dergelijke overeenkomsten, is als zodanig geen reden om deze overeenkomsten te beschouwen als verenigbaar met de mededingingsregels. Deze betrokkenheid of kennis van overheidszijde vrijwaart de partijen bij de duurzaamheidsovereenkomst niet van hun aansprakelijkheid voor een inbreuk op artikel 101, lid 1. Indien handelingen van overheidsinstanties zich ertoe beperken ondernemingen tot

autonome mededingingsverstoringen aan te zetten of deze te vergemakkelijken, blijft artikel 101, lid 1, op deze ondernemingen van toepassing³⁴³.

616. De partijen bij een duurzaamheidsovereenkomst die de mededinging beperkt, zullen echter niet aansprakelijk worden gehouden voor inbreuken op het mededingingsrecht als ze door overheidsinstanties gedwongen of verplicht worden om de overeenkomst af te sluiten of wanneer de overheidsinstanties het effect van de overeenkomst versterken³⁴⁴.

9.6. Voorbeelden

617. Een overeenkomst die voor de “zachte” safe harbour in aanmerking komt

Voorbeeld 1

Situatie: Ontbijtgranen worden verkocht in aantrekkelijke en kleurrijke kartonnen dozen. Door de jaren heen zijn deze dozen groter geworden, niet omdat de inhoud is toegenomen, maar alleen om ze er aantrekkelijker en verleidelijker te laten uitzien voor consumenten. Dit is een lucratieve marketingstrategie, omdat consumenten ontbijtgranen vaak spontaan kopen, en de grotere afmeting de indruk wekt dat ze de beter die dozen kunnen kopen. Omdat alle producenten deze strategie hebben gevolgd, heeft ze geen aanzienlijk effect op hun marktaandelen gehad. Het heeft er echter toe geleid dat verpakkingsmateriaal dat ze voor hun producten gebruiken met circa 15 % is toegenomen.

Prevent Waste, een ngo, heeft de “lege doos”-strategie van de producenten van ontbijtgranen bekritiseerd als verspillend en schadelijk voor het milieu, omdat de dozen meer natuurlijke hulpbronnen gebruiken dan nodig is voor de efficiënte productie en distributie van deze producten. In antwoord daarop zijn de producenten van ontbijtgranen, die verenigd zijn in hun brancheorganisatie, overeengekomen de overtollige verpakkingen van hun producten te beperken. Ze hebben in gezamenlijk overleg besloten de overtollige verpakkingen met maximaal 3 % te reduceren om ervoor te zorgen dat dozen ontbijtgranen handzaam blijven, en hebben hun besluit wereldkundig gemaakt. De producenten hebben de overeenkomst sinds het begin van het jaar uitgevoerd, en deze overeenkomst bestrijkt 100 % van de markt. Als gevolg hiervan zijn de verpakkingskosten, die 6 % van de groothandelsprijs vertegenwoordigen, met circa 10 % gedaald. Dit heeft geleid tot een daling met circa 0,5 % van de groothandelsprijs van ontbijtgranen en een daling met 0 tot 0,05 % van de detailhandelsprijs.

Analyse: Concurrenten worden het eens over een element dat van invloed is op de prijs van het product, maar doen dat op transparante wijze, waardoor iedereen de handelwijze kan overnemen zonder hiertoe verplicht te zijn. Er wordt geen gevoelige informatie uitgewisseld en de naleving van het besluit valt eenvoudig te monitoren. Daarnaast blijven producenten van ontbijtgranen vrij om hun verpakkingen verder te reduceren indien ze dat wensen. De overeenkomst om overtollige verpakkingen te reduceren heeft bovendien een zeer gering en zelfs neerwaarts effect op de prijs van ontbijtgranen, heeft geen invloed op de concurrentie tussen de producenten van ontbijtgranen wat betreft de belangrijkste parameters prijs, kwaliteit en innovatie, en

³⁴³ Arrest van het Hof van Justitie van 9 september 2003, CIF, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430, punt 56.

³⁴⁴ Arrest van het Hof van Justitie van 12 december 2013, Soa Nazionale Costruttori, C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827, punt 38; arrest van het Hof van Justitie van 5 december 2006, Cipolla e.a., C-94/04 en C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758, punt 47.

slechts een zeer beperkte invloed op de concurrentie op het gebied van marketing (gezien het kennelijk beperkte effect van de doelbewuste “overdimensionering” van de dozen). De overeenkomst voldoet bijgevolg aan de voorwaarden van de safe harbour en valt derhalve niet onder artikel 101, lid 1. De overeenkomst verbetert het resultaat voor consumenten, door het afschaffen van kostbare strategieën voor overtollige verpakkingen die weinig effect hebben op de mededinging.

618. Een overeenkomst die geen merkbaar effect heeft op de mededinging

Voorbeeld 2

Situatie: Fair Tropical Fruits, een ngo, heeft samen met een aantal fruithandelaren een label ontwikkeld voor fair trade tropisch fruit (het “FTF”-label). Om het label te gebruiken, moeten bedrijven die tropische vruchten verhandelen garanderen dat de vruchten in kwestie afkomstig zijn van boerderijen waar bepaalde minimumvoorwaarden ten aanzien van het veilige gebruik van bestrijdingsmiddelen in acht worden genomen. Deze bedrijven blijven vrij om ook vruchten onder andere labels te verkopen. Fair Tropical Fruits heeft een monitoringsysteem opgezet om te certificeren dat de onder het FTF-label verkochte producten voldoen aan de minimumvoorwaarden. De voorwaarden voor deelname en de methode en resultaten van het monitoringsysteem worden beschreven op de website van Fair Tropical Fruits. De onder het FTF-label verkochte vruchten zijn duurder dan andere verhandelde tropische vruchten.

Het FTF-label is EU-breed ingevoerd en een aantal grote handelaren die het label gebruiken, heeft de overeenkomst om de minimumvoorwaarden van het label in acht te nemen, ondertekend. Het label is in korte tijd populair geworden bij bepaalde consumenten. Al naar gelang het soort tropisch fruit en de betreffende geografische markt variëren de marktaandelen voor in de EU onder het label verkocht fruit momenteel van 2,6 % voor ananassen tot 14,7 % voor mango's. De rest van de markt wordt bevoorraad door de dezelfde handelaren die buiten het label om actief zijn, en door andere handelaren die geen partij zijn bij de overeenkomst.

Analyse: De hogere prijs van de onder het FTF-label verkochte vruchten maakt een beoordeling van de effecten van de overeenkomst wellicht noodzakelijk. Gezien evenwel de bescheiden marktaandelen van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft, op de diverse markten in de EU, de aanzienlijke marktaandelen en concurrentie van andere labels en conventionele producten, het feit dat deelname aan het FTF-label op vrijwillige en niet-exclusieve basis plaatsvindt, en dat de licentie om het label te gebruiken alleen afhangt van de inachtneming van bepaalde minimumvoorwaarden, is het onwaarschijnlijk dat de overeenkomsten om het label tot stand te brengen en in licentie te geven tot merkbare negatieve effecten leiden. De afspraken vallen derhalve niet onder artikel 101, lid 1. De afspraken kunnen de keuzemogelijkheden voor consumenten zelfs vergroten doordat ze producten met fairtradekenmerken kunnen identificeren.

619. Een overeenkomst die waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen heeft in de zin van artikel 101, lid 1, en/of waarschijnlijk voldoet aan de voorwaarde van artikel 101, lid 3.

Voorbeeld 3

Situatie: Als reactie op de resultaten van onderzoek naar de aanbevolen hoeveelheden vet in bepaalde bewerkte voedingsmiddelen dat een met overheidsgegeld gefinancierde denktank in een lidstaat had verricht, komen verscheidene grote

producenten van bewerkte voedingsmiddelen in diezelfde lidstaat na formeel overleg binnen een brancheorganisatie overeen om voor de betrokken producten aanbevolen vetgehalten vast te stellen. Samen zijn de partijen goed voor 70 % van de omzet van de betrokken producten in de lidstaat. Het initiatief van de partijen zal worden ondersteund door een door de denktank gefinancierde landelijke advertentiecampaigned waarin wordt gewezen op de gevaren van een hoog vetgehalte in bewerkte voedingsmiddelen.

Analyse: De genoemde vetgehalten zijn slechts aanbevelingen en zijn dus vrijblijvend, maar wegens de ruime publiciteit die het gevolg zal zijn van de landelijke advertentiecampaigned, zullen naar alle waarschijnlijkheid alle fabrikanten van bewerkte levensmiddelen in de lidstaat zich aan de aanbevolen vetgehalten houden. Het zal derhalve waarschijnlijk een feitelijk maximumvetgehalte voor bewerkte voedingsmiddelen worden. De 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, productgrootte, kwaliteit, smaak, andere elementen van de voedingswaarde en zoutgehalte, evenwicht tussen de ingrediënten en merknaam. Bovendien zou de concurrentie met betrekking tot het vetgehalte in het productaanbod kunnen toenemen doordat partijen trachten het product met het laagste vetgehalte aan te bieden. De overeenkomst zal daarom waarschijnlijk geen mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1, opleveren. Maar zelfs wanneer de overeenkomst een merkbaar ongunstig effect op de mededinging blijkt te hebben in de zin van artikel 101, lid 1 – omdat consumenten niet meer kunnen kiezen voor voedingsmiddelen met een hoog vetgehalte – zullen de voordelen voor consumenten in termen van waardevolle voorlichting en gunstige gezondheidseffecten waarschijnlijk zwaarder wegen dan de schade en zal de overeenkomst waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoen.

620. Een overeenkomst die de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, en niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet

Voorbeeld 4

Situatie: Alle grote meubelfabrikanten op een specifieke markt komen overeen om een “green tree”-label in te voeren voor meubelen die gemaakt zijn van duurzaam geproduceerd hout. Momenteel legt de wet geen duurzaamheidsnormen voor hout op. De partijen zijn overeengekomen de nieuwe norm toe te passen, die vereist dat binnen drie jaar ten minste 30 % van het voor meubelen gebruikte hout duurzaam wordt geproduceerd. Na die periode moeten alle door de partijen bij de overeenkomst geproduceerde meubelen voldoen aan de overeengekomen norm, en in ruil daarvoor zullen ze het “green tree”-label krijgen. De partijen blijven vrij om meubelen te produceren die voldoen aan (nog) strengere normen onder andere labels. Sommige producenten doen dit reeds. De overeengekomen duurzaamheidsnorm vertraagt de ontbossing, maar roept geen halt toe aan de ontbossing en de aantasting van de biodiversiteit van beboste gebieden. Om deze reden hebben ngo’s het label bekritiseerd wegens “te weinig en te laat”.

De meubelfabrikanten die partij zijn bij de overeenkomst, hebben een gezamenlijk marktaandeel van 85 %. Momenteel bestaat circa 80 % van de totale omzet van de partijen uit meubelen gemaakt van hout dat niet duurzaam wordt geproduceerd. De resterende 15 % van de markt is in handen van kleinere producenten die onder andere duurzaamheidslabels verkopen. In opdracht van de meubelfabrikanten

verrichte studies door externe consultants schatten dat naleving van de “green tree”-norm de kosten van hout met gemiddeld 40 % zal doen toenemen en dat hierdoor de kosten voor het produceren van de meubelen, waarvan hout het hoofdbestanddeel is, met gemiddeld 20 % zullen stijgen. De productiekosten vertegenwoordigen gemiddeld 60 % van de uiteindelijke prijs, terwijl de resterende 40 % distributiekosten zijn. De stijging van de uiteindelijke prijs van de meubelen zal naar verwachting gemiddeld 12 % bedragen.

Uit een afzonderlijk gepubliceerde studie blijkt dat consumenten bereid zijn gemiddeld 5 % meer te betalen voor meubelen die worden geproduceerd met inachtneming van de “green tree”-norm, ten opzichte van niet-duurzame houten meubelen. Dit onderzoek is gebaseerd op het bevragen van consumenten over hun bereidheid om meer te betalen voor meubelen die gemaakt zijn van hout dat voldoet aan de “green tree”-norm en op een keuze-experiment met diverse opties voor de aankoop van meubelen die verschillen qua normen en prijzen.

Analyse: Gezien de marktdekking van de overeenkomst en de aanzienlijke prijsstijging, maakt de overeenkomst waarschijnlijk inbreuk op artikel 101, lid 1. De mogelijke efficiëntieverbeteringen in de vorm van de duurzamere productie van hout, zullen waarschijnlijk leiden tot voordelen voor consumenten die zwaarder wegen dan de verwachte prijsstijging: uit de studie naar de bereidheid van consumenten om te betalen komt naar voren dat consumenten gemiddeld veel minder waarde hechten aan de verbeterde duurzaamheidsvoorwaarden (5 % van de uiteindelijke prijs) dan de verwachte prijsstijging van 12 %. Daarnaast lijkt het onwaarschijnlijk dat de overeenkomst onontbeerlijk is voor het aanscherpen van duurzaamheidsnormen voor de houtproductie. Dit blijkt uit het feit dat sommige partijen bij de overeenkomst en andere meubelfabrikanten reeds strengere normen en labels gebruiken. Met andere woorden, het is niet duidelijk waarom de overeenkomst noodzakelijk is om duurzaamheidsnormen aan te scherpen en waarom meubelfabrikanten individueel niet in staat zouden zijn normen op vergelijkbare wijze aan te scherpen of – als gevolg van concurrentiedruk – op nog betere wijze aan te scherpen. De overeenkomst voldoet bijgevolg niet aan ten minste twee voorwaarden van artikel 101, lid 3, en komt derhalve niet in aanmerking voor de uitzondering op het verbod op grond van artikel 101, lid 1.

621. Een overeenkomst die de mededinging beperkt in de zin van artikel 101, lid 1, en voldoet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.

Voorbeelden: 5

Fabrikanten van wasmachines produceren momenteel diverse machines, uiteenlopend van de nieuwste modellen, die in technisch opzicht geavanceerder zijn, tot oudere modellen die in technisch opzicht minder geavanceerd zijn. De oudere, minder geavanceerde modellen verbruiken weliswaar meer elektriciteit en water, maar kunnen goedkoper worden geproduceerd en worden tegen lagere prijzen verkocht dan de recentere en in technisch opzicht geavanceerde modellen. Overeenkomstig een EU-verordening worden alle modellen ingedeeld in acht energie-efficiëntiecategorieën, van A tot en met H, en van een overeenkomstig label voorzien.

Innovatie in de bedrijfstak is gericht op het verder verbeteren van de energie-efficiëntie van nieuwe modellen. De fabrikanten van wasmachines beschouwen het echter ook als hun verantwoordelijkheid om te proberen het energieverbruik van hun machines op andere manieren te verminderen. Ze hebben daarom afgesproken de

productie en verkoop van wasmachines in de categorieën F tot en met H (de oudere en minder energie-efficiënte modellen) uit te faseren. Deze oudere modellen zijn ook het minst waterefficiënt.

De overeenkomst omvat alle fabrikanten en bestrijkt dus bijna 100 % van de markt. De productie en verkoop van wasmachines in de categorieën F tot en met H zal binnen twee jaar worden uitgefaseerd. Deze modellen vertegenwoordigen momenteel rond 35 % van alle verkopen op de markt. Terwijl alle deelnemende fabrikanten reeds een aantal modellen in de categorieën A tot en met E produceren, waardoor geen van hen hun totale huidige omzet zal verliezen, zal het effect op elke fabrikant anders zijn, al naar gelang zijn huidige modellenaanbod. Het ligt dan ook voor de hand dat de concurrentie tussen de fabrikanten zal worden beïnvloed. Daarnaast zal het uitfaseren van de categorieën F tot en met H de keuzemogelijkheden van voor consumenten verkrijgbare machines beperken en de gemiddelde aankoopkosten doen stijgen. Voor de gemiddelde koper van een wasmachine in de categorieën F tot en met H, zal de prijs van de machine met 40 tot 70 EUR stijgen.

Alvorens de overeenkomst voor het uitfaseren van de categorieën F tot en met H uit te voeren, heeft de bedrijfstak met advertentiecampaagnes geprobeerd de vraag te verschuiven weg van deze categorieën. Uit studies is gebleken dat het gebrek aan succes van deze campagnes te wijten is aan het feit dat veel consumenten het moeilijk vinden om het positieve effect (in de toekomst minder betalen voor water en elektra) af te wegen tegen het negatieve effect (de onmiddellijke stijging van de aanschafprijs van de machine).

Deze studies laten ook zien dat de kopers van wasmachines in de praktijk aanzienlijk profiteren van de uitfasering van de categorieën F tot en met H. De gemiddelde koper van een wasmachine zal de hogere aanschafprijs binnen één of twee jaar terugverdienen in de vorm van lagere kosten voor water en elektra. Het overgrote deel van de consumenten, ook wie zijn machine minder vaak gebruikt, zal de hogere aanschafprijs binnen vier jaar terugverdienen. Doordat de gemiddelde levensduur voor wasmachines in de categorieën A tot en met E ten minste vijf jaar bedraagt, zijn de consumenten, als groep, gebaat bij de overeenkomst. Dit nettovoordeel wordt verder vergroot – voor alle gebruikers van wasmachines – door de milieubaten die voortkomen uit de collectieve vermindering in het gebruik van elektriciteit en water. De vermindering van het elektriciteitsverbruik leidt tot minder vervuiling als gevolg van elektriciteitsopwekking en dit komt consumenten ten goede, aangezien het aan vervuiling gerelateerde marktfalen nog niet wordt gecorrigeerd door andere regelgevingsinstrumenten (bv. het Europese emissiehandelssysteem, dat koolstofemissies maximeert). De vermindering van het waterverbruik leidt tot minder watervervuiling. Aangezien gebruikers van wasmachines de overweldigende meerderheid van de totale bevolking vormen, komt een deel van deze milieubaten ten goede aan de consumenten op de relevante markt waarop deze overeenkomst van toepassing is.

Analyse: Hoewel de overeenkomst waarschijnlijk merkbaar ongunstige effecten zal hebben en onder artikel 101, lid 1, valt, voldoet deze waarschijnlijk ook aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. In het bijzonder hierom: i) dankzij de overeenkomst wordt de gemiddelde wasmachine energie- en waterefficiënter; ii) dit had niet kunnen worden bereikt met een minder beperkende overeenkomst, bijvoorbeeld met een collectieve advertentiecampagne of collectief label; iii) consumenten op de relevante markt profiteren dankzij de individuele economische voordelen en de collectieve milieubaten, en iv) de mededinging wordt niet

uitgeschakeld, aangezien de overeenkomst alleen van invloed is op de omvang van het modellenaanbod, die één mededingingsparameter is, en niet op andere parameters waar concurrentie kan spelen en daadwerkelijk ook speelt.