

**VNO-NCW / MKB-Nederland Commentaar ten aanzien van voorgestelde wijzigingen  
groepsvrijstellingen R&D en specialisatie en richtsnoeren**

Algemene opmerkingen

De huidige wetgeving betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten loopt in december 2010 af. Hiertoe heeft de Europese Commissie een consultatie geopend, betreffende een drietal ontwerpvoorstellen

- Groepsvrijstellingsverordening R&D
- Groepsvrijstellingsverordening specialisatieovereenkomsten
- Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten

Met name de richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten zijn relevant voor het Nederlands bedrijfsleven, aangezien zij het analytisch kader vormen waarmee bepaald kan worden of gedragingen al dan niet in strijd zijn met Europees mededingingsrecht volgens artikel 101 van het verdrag van Lissabon.

Samenwerking leidt in de praktijk vaak tot vragen omtrent de mededingingsrechtelijke grenzen. Zo is het voor een brancheorganisatie niet altijd duidelijk in hoeverre zij hun leden kan adviseren en met hun informatie kan delen. Ook standaardisatie levert veel vragen op in de praktijk.

De richtsnoeren omvatten een drietal hoofdstukken die extra aandacht verdienen. Dit zijn hoofdstuk 2 (uitwisseling van informatie tussen bedrijven), hoofdstuk 5 (inkoopcombinaties) en hoofdstuk 7 (standaardisatie overeenkomsten).

**In algemene zin kan het initiatief van de Commissie om de groepsvrijstellingen en de richtsnoeren te wijzigen, ondersteund worden. Op onderdelen hebben wij wel bezwaar. Een aantal onderdelen dient verduidelijkt te worden. Voorts zijn de hoofdstukken van de concept richtsnoeren op een aantal punten te rigide. Dat geldt met name voor informatie-uitwisseling- en standaardisatieovereenkomsten. Belangrijk is ook dat deze wijzigingen aangegrepen worden om de rechtszekerheid voor ondernemingen te vergroten.** Op bepaalde terreinen is nog meer houvast nodig voor de ondernemingen, zoals de beoordeling wanneer standaardisatie eerlijk, redelijk en non-discriminatoir is. Beide organisaties zijn blij dat er meer duidelijkheid wordt geboden omtrent de mededingingsrechtelijke grenzen aan informatie-uitwisseling. Toch lijken deze regels nog te rigide en roepen zij nog veel vragen op. Deze duidelijkheid zou nog vergroot kunnen worden, als de Commissie bereid is meer voorbeelden toe te voegen.

Hieronder treft u het commentaar van VNO-NCW en MKB-Nederland per onderdeel aan.  
De concept groepsvrijstelling Onderzoek & Ontwikkelingsovereenkomsten

- Een belangrijk punt betreft de vraag wanneer sprake is van de situatie van artikel 1(11) c (“verdeling door middel van specialisatie bij onderzoek en ontwikkeling dan wel exploitatie”). Overweging 12 maakt duidelijk dat beide partijen O&O activiteiten moeten verrichten; financiering geldt niet als “specialisatie bij O&O”. Die passage kan verduidelijkt worden door aan te geven wat de minimum betrokkenheid van de ene partij dient te zijn om nog in aanmerking te komen voor het predicaat “specialisatie bij O&O.” Bij voorkeur dient (i) het verschaffen van IP, (ii) financiering en exploitatie en (iii) project managementachtige activiteiten te worden gekwalificeerd als specialisatie bij O&O. Verduidelijking is ook wenselijk van de term “een welbepaald gebied”: hoe significant moet dat gebied zijn? VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat zoveel mogelijk flexibiliteit de voorkeur verdient, wat betekent dat de terminologie “by way of specialisation” niet onnodige beperkingen moet opleveren.
- Overweging 13 (specialisatie bij exploitatie) geeft eveneens aanleiding tot onduidelijkheid; wanneer is nog sprake van “enige” distributieactiviteiten (in de interne markt)? De regeling biedt ook geen soelaas, indien de O&O joint venture betrekking heeft op een US en EU onderneming die beiden de distributie in hun geografische gebieden ter hand willen nemen.
- VNO-NCW en MKB-Nederland hebben grote bezwaren ten aanzien van artikel 3(2) (bekendmaking Intellectueel Eigendom (IP)). Deze is strikt, als regel onuitvoerbaar, aangezien vooraf in het algemeen niet bepaald kan worden welke specifieke resultaten uit een R&D programma zullen voortvloeien en bovendien in de praktijk onnodig. Bij de start van een R&D project is immers onbekend wat de resultaten zullen zijn en welke IP achtergrond hieruit voortvloeit. De bepaling is gebaseerd op IP hold up situaties die beweerdelijk voorkomen in de context van standaardisatie, maar in “gewone” samenwerkingsverbanden bestaat in het algemeen geen behoefte aan deze bepaling; het bekendmaken van intellectuele eigendomsrechten is een contractuele kwestie en partijen moeten niet gedwongen worden een dergelijke bepaling op te nemen als zij dat niet wensen.
- Ook zien wij grote bezwaren in de formulering en praktische uitwerking van artikel 3(3) en (4). Sowieso vereist het vereiste van “gelijke” toegang tot de O&O resultaten verduidelijking: wanneer is daarvan sprake, mag toegang beperkt worden tot specifieke “fields of use” (in pure O&O overeenkomsten tussen niet-concurrenten) en mag toegang afhankelijk gesteld worden van betaling? Deze zaken zijn onder de huidige regeling wel mogelijk en ook wenselijk. Bovendien lijkt dit artikel in tegenspraak met artikel 5(e), waaruit opgemaakt kan worden dat specialisatie in exploitatie toegestaan is.

- Artikel 4 (marktaandeel drempels): geen overwegend bezwaar tegen dubbele marktaandeeldrempels (para 119), maar de bepaling van de betrokken marktaandelen brengt wel compliance kosten voor ondernemingen met zich mee.
- Artikel 5 (hardekern bepalingen): artikel 5 (d) stelt dat alle beperkingen op passieve verkopen een hardekern bepaling opleveren. Dat is aanmerkelijk strakker dan het regime van de groepsvrijstelling verticale beperkingen dat dergelijke beperkingen soms wel toestaat. Wij pleiten ervoor dit conform de verticale beperkingen aan te passen.

#### De concept groepsvrijstelling Specialisatie overeenkomsten

- De tekst ziet op eenzijdige-, wederkerige- en gezamenlijke productieovereenkomsten. De meest significante wijziging betreft aanpassing van het voorheen geldende vereiste dat een der partijen de productie geheel diende te beëindigen. Dat vereiste is nu geschrapt. Onder de voorgestelde regeling moet tenminste een der partijen de vervaardiging “gedeeltelijk” beëindigen. Dat is een belangrijke vooruitgang. De vraag rijst wel wanneer daarvan sprake is: is een overeenkomst om dat te doen ook voldoende en geldt een minimum reductie? Voorts: wanneer zijn producten “verschillend” in de zin van artikel 1 (b)? De regeling zou in ieder geval duidelijk moeten maken dat die verschillende producten wel tot dezelfde relevante markt kunnen behoren.
- De voorgestelde regeling schrijft een dubbele marktaandeeldrempel voor in het geval van intermediaire producten (overweging 10, artikel 1 (7) en artikel 3. Dat is op zich te billijken, maar maakt het wel lastiger voor bedrijven.
- Artikel 2 lid 3 (b) stelt dat gemeenschappelijke distributie toegestaan is voor alle drie vormen van vrijgestelde specialisatie overeenkomsten. Dat komt tegemoet aan de behoefte in de praktijk. Artikel 1 (15) stelt daar echter wel grenzen aan: gemeenschappelijke distributie moet plaatsvinden in de vorm van een gemeenschappelijk team of onderneming, of een distributeur. Dat betekent een beperking op gemeenschappelijke distributie in de vorm van taakverdeling tussen partijen, zoals dat wel toegestaan is onder de voorgestelde O&O groepsvrijstelling.

#### Gemeenschappelijke inkoop overeenkomsten

- De overwegingen met betrekking tot gemeenschappelijke aankoop geven geen aanleiding tot fundamenteel commentaar. Wel dient aandacht geschonken te worden aan de verhouding tussen de richtsnoeren en de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten. Zo dient het vrij te staan aan partijen bij een inkoop joint venture om te bedingen dat de joint venture de aangekochte producten(componenten) uitsluitend zal doorverkopen aan de moedermaatschappijen. Het is onduidelijk of die verplichting in strijd is met artikel 4(e) Verordening 330/2010. Voorts verdient het aanbeveling meer duidelijkheid te verschaffen over de vraag in welke exacte omstandigheden artikel 101 niet van toepassing is op joint venture situaties (zie met name para 11 en het hoofdstuk over inkoop overeenkomsten).

## Informatieuitwisseling – Conceptrichtsnoeren Hoofstuk 2- punt 54 en verder

- De verwijzingen naar de T-Mobile zaak zijn niet volledig. T-Mobile formuleert vele regels om vast te stellen wat een doelbeperking is. Erkenning van deze regels zou een waardevolle toevoeging zijn.
- Meer specifiek zou het waardevol zijn indien de richtsnoeren ten aanzien van informatie-uitwisseling erkennen dat deze (pas) "een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel [101], lid 1, [VWEU] heeft wanneer zij, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan beperken" of, zoals de Engelse tekstversie dat verwoordt, "capable in an individual case" zijn de mededinging te beperken (HvJ EU 4 juni 2009, zaak C-8/08 (T-Mobile e.a. / NMa), Jur. 2009, r.o. 43).
- Nog specifiekere zou het wenselijk zijn indien de Commissie nader zou aangeven wat zij bedoelt met "strategically useful" (par. 60) of "commercially sensitive" (par 64). Punt 80 zegt hier wel iets over, maar dat is ook wel weer erg algemeen.
- Toelichting: Thans wordt door de autoriteiten alle mogelijke informatie uitwisseling tussen concurrenten als doelbeperking aangemerkt, ongeacht de relevantie van die informatie. Daar zijn de meest extreme voorbeelden van te noemen. Terwijl ieder zinnig denkend mens zal menen dat dergelijke informatie de mededinging nooit daadwerkelijk kan beperken. Door een combinatie van een aantal ficties, bewijsregels en onnodige clementiemeldingen, kan op dit moment vrijwel ieder overleg tussen concurrenten als doelbeperking worden gelabeld.
- De factoren genoemd in paragraaf 2.2.3 ("Mededingingsbeperkende gevolgen") zijn ook cruciaal bij de vraag of een mededeling geschikt is de mededinging te beperken in de zin van een doelbeperking "rekening houdend met de economische context" (para 2.2.2). Laatstgenoemde paragraaf 2.2.2. is nu ten onrechte erg kort. De factoren van paragraaf 2.2.3 zouden derhalve ook moeten worden opgenomen in paragraaf 2.2.2.
- Paragrafen 70 en 74 suggereren een onderzoek naar de vraag in hoeverre de informatieuitwisseling de transparantie in de markt verhoogt. De beoordeling daarvan stuit op praktische bezwaren en het kan derhalve aanbeveling verdienen dat criterium niet als zelfstandige indicator op te nemen in de tekst.

## Standaardisatie – Conceptrichtsnoeren Hoofstuk 7- punt 252 en verder

- Het hoofdstuk met betrekking tot standaardisatie is te rigide geredigeerd. De concept tekst lijkt over het hoofd te zien dat standaarden concurreren om de gunst van de markt en de acceptatie door consumenten en dat veel standaarden eenvoudigweg mislukken. De rigide tekst is zorgelijk aangezien standaardisatie overeenkomsten van zeer groot belang zijn voor de industrie, met name ICT sectoren, en innovatie. Voorbeelden van technische standaarden zijn de UMTS standaard voor mobiele telefonie en de DVD standaard. Met name de volgende punten baren zorgen.

- Ten eerste gaat de concept tekst uit van de premisse dat toegang tot het standaardisatie proces, dat wil zeggen tot de standard setting organisatie (SSO), voor een ieder open moet staan (paragrafen 261, 277, 278, 301 en 307). Die voorwaarde is onnodig, strijdig met de huidige praktijk en kan mogelijk tot veel negatieve effecten leiden. Het is van belang dat de betreffende passages zodanig aangepast worden dat formele SSOs (ETSI etc) en ad-hoc SSOs mogen verlangen dat participanten een daadwerkelijke inhoudelijke bijdrage kunnen leveren aan de specificatie van de standaard, zonder dat een dergelijk toegangsbeleid vragen omtrent de toepasselijkheid van artikel 101 oproept. Er mag vanuit gegaan worden dat SSOs er naar zullen streven dat relevante partijen meedoen aan het overleg en dat de te ontwikkelen standaard aanvaardbaar is voor andere marktdeelnemers. Veel standaardisatie initiatieven komen ook voort uit kleine groepen van gelijkgezinde partijen; SSOs moeten in staat gesteld worden snel en effectief te opereren. Er mag geen sprake zijn van omkering van de bewijslast op basis waarvan SSOs moeten beargumenteren waarom een bepaalde partij niet mag meedoen met het overleg (para 307).
- Ten tweede suggereert de tekst dat bepaalde standaarden “teveel specificaties” kunnen bevatten en dat die omstandigheid als zodanig een mededingingsbeperking oplevert (para 260,306 en 308). De tekst gaat er vanuit dat de Commissie (en nationale autoriteiten) zich daar een oordeel over kunnen en willen vormen. Dat is praktisch niet realistisch en ook niet nodig; de partijen zullen er in beginsel naar streven een standaard op te stellen die fabrikanten in staat stellen producten te fabriceren waar vraag naar is. “Overinclusive standardisation” is een fictie en rechtvaardigt in ieder geval niet het label van een separate, zelfstandige overtreding van het kartelverbod.
- Ten derde bevat de concept tekst een aantal aanknopingspunten (paragrafen 284-5) om te bepalen of afgesproken royalties in strijd met zgn. FRAND verplichtingen zijn en mitsdien excessief hoog zijn. Die bepalingen gaan voorbij aan het feit dat vragen en disputen omtrent FRAND royalties in eerste instantie contractueel van aard zijn en niet primair onder het mededingingsrecht beoordeeld moeten worden; slechts in zeer uitzonderlijke gevallen is er sprake van een overtreding van het mededingingsrecht. In de tweede plaats is te betwijfelen of mededingingsautoriteiten zich überhaupt wel de rol van “price regulator” moeten willen aanmeten. Tot slot leent artikel 102 zich niet goed voor toepassing op royalty rates in de ICT sector.
- Ten vierde gaat de tekst er van uit dat er verplichtingen met betrekking tot een “good faith disclosure of intellectual property rights” moeten worden opgelegd om strijd met artikel 101 te vermijden (paragrafen 281, 287). Het is belangrijk dat de betreffende passages worden aangepast en tot uitdrukking brengen dat partijen niet verplicht kunnen worden om bij aanvang van een nog geheel onduidelijk standaardisatie proces een volledig en kostbaar onderzoek te verrichten om mogelijk relevante octrooien of octrooiaanvragen boven water te halen. Zie ook artikel 3(2) concept R&D vrijstelling; ook die bepaling dient afgezwakt of geschrapt te worden.
- Ten vijfde kan betwijfeld worden of “hold- up” problemen als vermeld in paragrafen 262 en 280 wel zo frequent voorkomen dat de richtsnoeren daarin moeten voorzien;

alle belangrijke standaarden zijn tot stand gekomen zonder dat sprake was van dergelijke problemen. Empirisch onderzoek over hold-up problemen is overigens ook niet of nauwelijks aanwezig. Dat suggereert dat de “oplossingen” voor dat probleem als vermeld in paragrafen 281, 282 en 286 SSOs ten onrechte teveel aan banden leggen.