

Een mededingingsrechtelijke checklist van onderaanneming

Filip Tuytschaever*

I. Inleiding

Deze bijdrage bevat een mededingingsrechtelijke checklist van onderaannemingsovereenkomsten, ook wel toeleveringsovereenkomsten genoemd of kortweg “subcontracting”.

Een onderaannemingsovereenkomst is elke overeenkomst waarbij een partij (de opdrachtgever, afnemer of “contractor”) de productie van een goed of de levering van een dienst toevertrouwt aan een andere partij (de onderaannemer, toeleverancier of “subcontractor”). Te dien einde stelt de opdrachtgever vaak technologie (intellectuele eigendomsrechten of “IER”; knowhow) en uitrusting (“tooling”) ter beschikking van zijn onderaannemer. In ruil daarvoor eist de opdrachtgever even zo vaak dat de onderaannemer geen gebruik maakt van de technologie en de uitrusting voor enig ander doel dan de levering van de contractproducten of -diensten. Met andere woorden, de opdrachtgever wenst vaak te verhinderen dat de onderaannemer de markt onafhankelijk betreedt met de producten of diensten die hij heeft vervaardigd door middel van de technologie of de uitrusting van de opdrachtgever. De opdrachtgever wil daartoe doorgaans een exclusieve leveringsverplichting opleggen aan de onderaannemer. Deze vraag naar exclusiviteit is de meest voorkomende mededingingsrechtelijke vraag bij onderaannemingsovereenkomsten.

Richtlijnen voor de mededingingsrechtelijke analyse van onderaannemingsovereenkomsten konden oorspronkelijk worden gevonden in de Bekendmaking van de Commissie van 18 december 1978 betreffende de beoordeling van toeleveringsovereenkomsten in het licht van artikel 85(1) van het EEG-Verdrag (de “Toeleveringsbekendmaking”).¹ In die Bekendmaking, die tot op vandaag van toepassing is, somt de Europese Commissie (“Commissie”) de beperkingen op die kunnen worden opgelegd aan toeleveranciers en niet worden gevat door het verbod van artikel 101(1) van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (“VWEU”).

De Toeleveringsbekendmaking is niet langer het enige juridische instrument dat relevant is voor de mededingingsrechtelijke analyse van onderaannemingsovereenkomsten. Of een dergelijke overeenkomst binnen de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU valt en, zo ja, of de beperkingen die ze bevat in aanmerking komen voor vrijstelling onder artikel 101(3) VWEU, vereist op vandaag een behoorlijk complexe juridische analyse.

Wat volgt is een checklist van de parameters die van belang zijn bij die analyse. Daarbij komt het informele standpunt van het Directoraat-Generaal Concurrentie van de Commissie (“DG COMP”) aan bod. De nadruk ligt op de vraag die de praktijkjurist het meest bezighoudt, namelijk de afdwingbaarheid van een exclusieve leveringsverplichting.

Het geschetste juridische kader is dat van artikel 101 VWEU. Subcontracting kan ook een structurele transactie uitmaken, waarbij er een duurzame wijziging van zeggenschap in de betrokken ondernemingen plaatsvindt, bijv. bij de outsourcing van IT-diensten die gepaard gaat met de overdracht van een interne bedrijfseenheid. Dat kan leiden tot de toepasselijkheid van Europese of nationale concentratiecontrole. Die wordt in deze bijdrage niet verder besproken. Richtsnoeren omtrent de toepassing van de regels inzake concentratiecontrole zijn te vinden in de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (nr. 25-27, 100 en 163).²

Doordat het geschetste juridische kader dat van artikel 101 VWEU is, gaat deze bijdrage ervan uit dat de besproken overeenkomsten de interstatelijke handel merkbaar kunnen beïnvloeden. Echter, zelfs indien dat niet het geval is, dan nog is het kader relevant voor de Belgische praktijkjurist. De reden daarvoor is dubbel. Ten eerste zoeken de Belgische autoriteiten inspiratie bij Europa voor de invulling van de bepalingen van het Belgische mededingingsrecht. Artikel

* Advocaat aan de balie van Brussel en professor Faculteit Recht en Criminologie Vrije Universiteit Brussel.

¹ PB C 1/2 van 3 januari 1979.

² PB C95/1 van 16.4.2008.

2 van de Wet van 15 september 2006 tot bescherming van de economische mededinging (“WBEM”)³ is rechtstreeks geïnspireerd door de Europese mededingingsregels.⁴ De invulling van artikel 2, §1 WBEM gebeurt dan ook parallel aan de invulling van artikel 101(1) VWEU: “voor de uitlegging ervan ... gelden de principes van het Europees mededingingsrecht”.⁵ Ten tweede is er ook een meer specifieke reden, namelijk dat de Belgische wetgever heeft beslist dat de Europese groepsvrijstellingsverordeningen ook van toepassing zijn op overeenkomsten die de handel tussen de lidstaten niet merkbaar beïnvloeden. Dat volgt uit artikel 5, lid 2 WBEM, dat onder meer als volgt leest:

*Het verbod [op mededingingsbeperkende afspraken] geldt niet voor overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die de handel tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloeden ... doch die zouden genieten van de bescherming door een [groepsvrijstellingsverordening] ingeval zij deze handel wel zouden beïnvloeden.*⁶

Kortom, zelfs indien onderaanneming zich in een louter Belgische context afspeelt, zonder merkbare beïnvloeding van de interstatelijke handel, dan nog blijft het in deze bijdrage geschetste Europese kader relevant.

II. Juridisch kader

A. Horizontale richtsnoeren

De *summa divisio* voor onderaannemingsovereenkomsten is te vinden in de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (de “Horizontale Richtsnoeren”) (nr. 151):

Er bestaan verschillende soorten onderaannemingsovereenkomsten. Horizontale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die op dezelfde productmarkt actief zijn, ongeacht of zij daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn. Verticale onderaannemingsovereenkomsten worden gesloten tussen ondernemingen die werkzaam zijn op verschillende marktniveaus.

³ B.S. 29 september 2006, 50613.

⁴ Gedr. St., Kamer, 2005-2006, nr. 2180/001, p. 18. Het betreft hier een constante sedert de oorspronkelijke WBEM, zie Gedr. St., Kamer, 1989-1990, nr. 1282/1, p. 8.

⁵ Antwerpen 28 september 2009, *Rus Tony Activities NV/I. M. Convents*; 2. *Bingo Lux NV.*, *Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2009*, Antwerpen, Kluwer 2009, 991; zie ook: Brussel 10 oktober 2008, *Bima NV/Sodrepe NV, TBH 5(2009)*, 489-490.

⁶ Voor een bespreking van artikel 5 WBEM, zie F. TUYTSCHAEVER, *Artikelsgewijze Commentaar Handels- en Economisch Recht. Art. 5 WBEM*, Antwerpen, Kluwer 2007, 1-16.

⁷ PB C 11/1 van 14 januari 2011.

De *summa divisio* is dus het onderscheid tussen horizontale en verticale onderaanneming. Horizontale onderaanneming doet zich voor tussen concurrenten wanneer de partijen bij de onderaanneming actief zijn op dezelfde productmarkt en, daadwerkelijk of potentieel, op dezelfde geografische markt. Horizontale onderaanneming doet zich voor tussen niet-concurrenten wanneer de partijen bij de onderaanneming weliswaar actief zijn op dezelfde productmarkt, maar toetreding van de partijen tot elkaars geografische markten niet realistisch is.⁸ Horizontale onderaanneming omvat zowel (eenzijdige en wederkerige) specialisatieovereenkomsten als overeenkomsten waarmee een verhoging van de productie wordt beoogd (d.i. onderaanneming waarbij de opdrachtgever de toeleverancier belast met de vervaardiging van een goed, zonder dat de opdrachtgever gelijktijdig zijn eigen productie van het goed beëindigt of beperkt).⁹ In tegenstelling tot horizontale onderaanneming, doet verticale onderaanneming zich voor tussen ondernemingen die niet op dezelfde relevante productmarkt actief zijn en dus in de regel tussen niet-concurrenten, tenzij het potentiële concurrenten betreft.

De juridische analyse van horizontale en verticale onderaanneming is volgens de Horizontale Richtsnoeren (nr. 153-154) verschillend:

Deze richtsnoeren zijn van toepassing op ... horizontale onderaannemingsovereenkomsten. Onder bepaalde voorwaarden kunnen gezamenlijke productieovereenkomsten en zowel eenzijdige als wederkerige specialisatieovereenkomsten onder de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie vallen.

Verticale onderaannemingsovereenkomsten vallen niet onder deze richtsnoeren. Zij vallen binnen de werkingssfeer van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen en kunnen onder bepaalde voorwaarden in aanmerking komen voor toepassing van de groepsvrijstellingsverordening inzake verticale beperkingen. Voorts kunnen zij onder [de Toeleveringsbekendmaking] vallen.

Kortom, de Horizontale Richtsnoeren identificeren vijf juridische instrumenten die relevant kunnen zijn voor een mededingingsrechtelijke checklist van horizontale en verticale onderaanneming:

1. Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101(3) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (“Verordening 330/2010”);

⁸ Horizontale Richtsnoeren, nr. 10.

⁹ Horizontale Richtsnoeren, nr. 152.

2. Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101(3) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten ("Verordening 1218/2010")¹⁰;
3. de Toeleveringsbekendmaking;
4. de Richtsnoeren inzake Verticale Beperkingen (de "Verticale Richtsnoeren")¹¹; en
5. de Horizontale Richtsnoeren

B. Verticale Richtsnoeren

De Verticale Richtsnoeren (nr. 22) stellen het volgende over onderaanneming:

Bij toelevering verstrekt een opdrachtgever technologie of uitrusting aan een toeleverancier, die zich ertoe verbindt daarmee (uitsluitend) voor de opdrachtgever bepaalde producten te vervaardigen. Op toelevering is de [Toeleveringsbekendmaking] van toepassing. Volgens deze bekendmaking, die van kracht blijft, vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten exclusief voor de opdrachtgever te vervaardigen, in de regel niet binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, mits de toeleverancier de technologie of uitrusting nodig heeft om de producten te vervaardigen. Andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling of het verbod om in het algemeen voor derden te produceren, kunnen echter wel binnen het toepassingsgebied van artikel 101 vallen.

De Verticale Richtsnoeren (nr. 34) voegen hier aan toe:

[D]e groepsvrijstellingsverordening [is] niet van toepassing wanneer de intellectuele-eigendomsrechten door de afnemer ter beschikking van de leverancier worden gesteld, ongeacht of zij betrekking hebben op de wijze van productie of distributie. Een overeenkomst betreffende de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten aan de leverancier, die mogelijkwijs beperkingen inzake de verkoop door de leverancier omvat, valt niet onder de groepsvrijstellingsverordening. Dit betekent in het bijzonder dat de groepsvrijstellingsverordening niet geldt bij uitbesteding waarbij knowhow aan een toeleverancier wordt overgedragen. Verticale overeenkomsten waarbij de afnemer de leverancier slechts specificaties met betrekking tot de te leveren goederen of diensten verstrekt, vallen echter wel binnen het toepassingsgebied van de groepsvrijstellingsverordening.

C. GVTO-Richtsnoeren

Noch de Verticale Richtsnoeren, noch de Horizontale Richtsnoeren verwijzen naar Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81(3) van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht (de "GVTO")¹² als een juridisch instrument dat relevant kan zijn voor onderaanneming. Gelet op de bewoordingen van de Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht ("GVTO-Richtsnoeren")¹³ (nr. 44) is dat nochtans het geval:

De GVTO heeft tevens betrekking op "toelevering" waarbij de licentiegever technologie in licentie geeft aan de licentienemer, die zich er toe verbindt op grond daarvan bepaalde producten exclusief voor de licentiegever te produceren. Toelevering kan ook behelzen dat de licentiegever apparatuur ter beschikking stelt die moet worden gebruikt bij de productie van de goederen en diensten die onder de overeenkomst vallen. Wil het laatstgenoemde soort toeleveringscontract onder de GVTO vallen, dan moet de in licentie gegeven technologie en niet de ter beschikking gestelde apparatuur het primaire voorwerp van de overeenkomst vormen. Toelevering valt tevens onder de [Toeleveringsbekendmaking]. Volgens deze bekendmaking, die nog steeds van toepassing is, vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten uitsluitend voor de opdrachtgever te produceren in de regel niet onder artikel [101(1) VWEU]. Andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling, kunnen echter wel onder het verbod van artikel [101 VWEU] vallen.

Uitgaande van het algemene onderscheid tussen horizontale en verticale onderaanneming, worden de hierboven vermelde juridische instrumenten hierna in een checklist geplaatst.

III. Horizontale onderaanneming

A. Methodologie: vijf vragen

De mededingingsrechtelijke analyse van horizontale onderaanneming kan gebeuren aan de hand van een checklist bestaande uit vijf vragen:

1. Valt de onderaannemingsovereenkomst binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 101(1) VWEU?
2. Zo ja, beperkt de onderaannemingsovereenkomst de mededinging op merkbare wijze in de zin van artikel 101(1) VWEU?

¹⁰ PB L 335/43 van 18 december 2010.

¹¹ PB C 130/I van 19 mei 2010.

¹² PB L 123/11 van 27 april 2004.

¹³ PB C 101/2 van 27 april 2004.

3. Zo ja, is de onderaannemingsovereenkomst een overeenkomst inzake technologieoverdracht die valt onder de GVTO?
4. Zo niet, valt de onderaannemingsovereenkomst onder de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie?
5. Zo niet, zijn de mededingingsbeperkingen in de onderaannemingsovereenkomst afdwingbaar op basis van de Horizontale Richtsnoeren?

B. Eerste vraag: Valt de onderaannemingsovereenkomst onder het verbod van artikel 101(1) VWEU?

Het antwoord op de eerste vraag is positief indien het een overeenkomst betreft in de zin van artikel 101(1) VWEU en die overeenkomst de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden.

Het concept “overeenkomst” zal in de meerderheid van de gevallen weinig of geen problemen opleveren. Doorgaans zal een dergelijke overeenkomst voorhanden zijn.

Voor het concept van de merkbare beïnvloeding van de handel tussen lidstaten kan worden verwezen naar de Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag¹⁴, die een ruime interpretatie hanteren van wat een merkbare beïnvloeding van de interstatelijke handel is.

Zoals uiteengezet in de inleiding blijft de Europese analyse niettemin relevant voor de Belgische praktijkjurist, zelfs indien het antwoord op de eerste vraag negatief is omdat er geen merkbare beïnvloeding is van de interstatelijke handel.

C. Tweede vraag: Beperkt de onderaannemingsovereenkomst merkbaar de mededinging in de zin van artikel 101(1) VWEU?

Horizontale onderaanneming, die tussen daadwerkelijke of potentiële concurrenten kan zijn, dient niet per se binnen de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU te vallen. Bijvoorbeeld, volgens de Horizontale Richtsnoeren van 2001 vielen onderaannemingsovereenkomsten tussen concurrenten niet onder artikel 101(1) VWEU wanneer ze beperkt waren tot losse aankopen en verkopen op de vrije markt, zonder verdere verplichtingen en zonder deel uit te maken van een ruimere commerciële relatie tussen de partijen.¹⁵ Dit voorbeeld is niet langer te vinden in de huidige versie van de Horizontale Richtsnoeren, maar er is geen reden om aan

te nemen dat de mededingingsrechtelijke analyse inmiddels verschillend zou zijn.

Er zijn andere omstandigheden waarin horizontale onderaanneming buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 101(1) VWEU blijft. Dat is in het bijzonder het geval voor overeenkomsten die gedekt zijn door de bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101(1) VWEU (“*de minimis*”).¹⁶ Daarbij dient bijzondere aandacht te worden besteed aan het marktaandeel van de partijen en de afwezigheid van bepaalde hardcorebeperkingen in de relatie van onderaanneming. Zo is de bekendmaking niet van toepassing op een clause, overeengekomen tussen een leverancier van componenten (toeleverancier) en een afnemer die deze componenten verwerkt in zijn eindproducten (opdrachtgever), die het de toeleverancier verbiedt de componenten als reserveonderdelen te verkopen aan eindgebruikers, onafhankelijke herstellende of andere verrichtende van diensten (nr. 11(2)(e)).¹⁷ Een dergelijke clause vormt een hardcorebeperking van de mededinging in de zin van artikel 4(e) van Verordening 330/2010.

In afwezigheid van deze of een andere hardcorebeperking kan de toeleveringsovereenkomst genieten van de *de minimis* bekendmaking als het gezamenlijke marktaandeel van de concurrerende partijen bij de horizontale onderaannemingsovereenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is 10 procent overschrijdt. In geval van onderaanneming tussen niet-concurrenten hanteert de *de minimis* bekendmaking een hogere individuele marktaandeeldrempel van 15 procent. Voor onderaanneming is in elk geval de markt van de intermediaire producten (d.w.z. de contractproducten) een relevante markt.¹⁸ Gelet op de ruime bewoordingen van de *de minimis* bekendmaking is het aangeraden tevens het marktaandeel op de markt voor de eindproducten na te gaan.

Bevat de toeleveringsovereenkomst wel een hardcorebeperking van de mededinging, of overschrijden de partijen de toepasselijke marktaandeeldrempel, dan kan de onderaannemingsovereenkomst niet genieten van de *de minimis* bekendmaking en dient de derde vraag te worden beantwoord.

¹⁴ PB C 101/81 van 27 april 2004. Meer over beide concepten is te vinden in hoofdstuk 2 van F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Distributieovereenkomsten in het Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, te verschijnen in 2012.

¹⁵ Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB C 3/2 van 6 januari 2001, nr. 89.

¹⁶ PB C 368/13 van 22 december 2001.

¹⁷ Vergelijk hieronder ook met artikel 4(e) Verordening 330/2010.

¹⁸ Verticale Richtsnoeren, nr. 89: “*Wanneer het geleverde product als input voor de productie van andere producten wordt gebruikt en over het algemeen niet in het eindproduct herkenbaar is, wordt de productmarkt normaliter bepaald door de voorkeur van de directe afnemers [i.e., de opdrachtgever]*”.

D. Derde vraag: Is de onderaannemingsovereenkomst een overeenkomst inzake technologieoverdracht die onder de GVTO valt?

Als de onderaannemingsovereenkomst een overeenkomst is inzake technologieoverdracht in de zin van de GVTO (d.w.z. een contract dat technologie in licentie geeft en waarbij de licentiegever/opdrachtgever de licentienemer/toeleverancier toelaat om de in licentie gegeven technologie te gebruiken voor de productie van goederen of diensten), kan de overeenkomst genieten van de GVTO, als de volgende voorwaarden zijn voldaan:

- De horizontale onderaannemingsovereenkomst heeft geen hardcorebeperking in de zin van artikel 4 van de GVTO tot doel (in essentie prijsafspraken, productiebeperkingen en de toewijzing van markten of klanten)¹⁹; en
- De marktaandeeldrempel van de GVTO wordt niet overschreden. Als de partijen bij de onderaanneming daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn, betreft het een gezamenlijk marktaandeel van 20% of minder op de betrokken relevante technologie- en productmarkt (artikel 3(1) GVTO). In geval van onderaanneming tussen niet-concurrenten geldt een individuele marktaandeeldrempel van 30%. Richtlijnen inzake de bepaling van de relevante markten (“technologiemarkt” en “productmarkt”) zijn te vinden in de GVTO-Richtsoeren, nr. 19-25, en richtlijnen voor de berekening van het marktaandeel in nr. 23 en 77 e.v.

Informeel advies van DG COMP leert dat indien horizontale onderaanneming voldoet aan de voorwaarden van de GVTO, de licentiegever/opdrachtgever een exclusieve leveringsverplichting kan opleggen aan zijn licentienemer/toeleverancier.

Volgens DG COMP is artikel 4(1)(c) van de GVTO – dat mits beperkte uitzonderingen klantenbeperkingen en territoriale beperkingen als hardcorebeperkingen van de mededinging beschouwt – niet van toepassing op een exclusieve leveringsverplichting in het kader van onderaanneming. Artikel 4(1)(c) wordt geacht enkel van toepassing te zijn op beperkingen van leveringen aan derden. DG COMP beschouwt een opdrachtgever (licentiegever) niet als een “klant” in de zin van artikel 4(1)(c) wanneer hij de productie van een bepaalde component uitbesteedt, en beschouwt bijgevolg een exclusieve leveringsverplichting evenmin als een “klanten”-beperking in de zin van die bepaling.

¹⁹ Het feit dat overeenkomsten een beperkend effect hebben, is niet voldoende om van een hardcorebeperking te spreken. Daartoe is een mededingingsbeperkend oogmerk vereist. Verdere details over “beperkend oogmerk” en “beperkend effect” zijn te vinden in hoofdstuk 4 van F. WIJCKMANS en F. TUYTSCHAEVER, *Distributieovereenkomsten in het Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, te verschijnen in 2012

E. Vierde vraag: Is de onderaannemingsovereenkomst een specialisatieovereenkomst die onder de toepassing van Verordening 1218/2010 valt?

Als horizontale onderaanneming niet onder de GVTO valt, maar één of beide partijen geheel of gedeeltelijk de productie van een goed beëindigen, kan de vraag worden gesteld of dat een vorm van specialisatie is in de zin van Verordening 1218/2010.²⁰ Zo ja, geniet de onderaanneming van het voordeel van de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie mits zij voldoet aan de volgende voorwaarden:

- De overeenkomst heeft geen van de hardcorebeperkingen van artikel 4 van Verordening 1218/2010 tot doel (prijsafspraken, productiebeperkingen of toewijzing van markten of klanten); en
- De marktaandeeldrempel van Verordening 1218/2010 wordt niet overschreden. Dat houdt in dat het gezamenlijke marktaandeel van de partijen op geen van de relevante markten (dus opnieuw zowel of de markt van de intermediaire producten als die van de eindproducten) meer dan 20 procent mag bedragen. Het marktaandeel van de partijen wordt berekend overeenkomstig artikel 5 van Verordening 1218/2010.

In de mate dat onderaanneming een vorm van specialisatie is die binnen de werkingssfeer valt van en voldoet aan de voorwaarden van Verordening 1218/2010, is een exclusieve leveringsverplichting opgelegd aan een toeleverancier ook hier mogelijk. Artikel 2(3)(a) van Verordening 1218/2010 bepaalt inderdaad dat de groepsvrijstelling van toepassing is wanneer “*de partijen een exclusieve afname- of leveringsverplichting aanvaarden*”. Artikel 1(o) van Verordening 1218/2010 definieert een exclusieve leveringsverplichting als “*de verplichting het specialisatieproduct niet te leveren aan een concurrerende onderneming die geen partij is bij de overeenkomst*”. Volgens artikel 1(p) van Verordening 1218/2010 is een exclusieve afnameverplichting “*de verplichting het specialisatieproduct uitsluitend van een partij bij de overeenkomst af te nemen*”.

De opdrachtgever kan een exclusieve leveringsverplichting opleggen ongeacht of hij de toeleverancier technologie of uitrusting verstrekt. De economische logica daarachter is dat de partijen ondernemingen zijn die werkzaam zijn op dezelfde productmarkt en dus zelf over de nodige technologie en/of uitrusting beschikken om de specialisatieproducten te vervaardigen en/of dat daadwerkelijk ook doen voor zij beslissen over te gaan tot specialisatie.

²⁰ Dat is niet het geval indien de toelevering dient om productie te vergroten (geen van de partijen stopt of beperkt de productie).

F. Vijfde vraag: Zijn de mededingingsbeperkingen in de onderaannemingsovereenkomst afdwingbaar op basis van de Horizontale Richtsnoeren?

Als een horizontale onderaanneming binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 101(1) VWEU valt en niet onder de toepassing valt van (of niet voldoet aan de voorwaarden van) de GVTO of Verordening 1218/2010, zijn de Horizontale Richtsnoeren het kader waarbinnen wordt nagegaan of de onderaannemingsovereenkomst voldoet aan de criteria van artikel 101(3) VWEU. De Horizontale Richtsnoeren identificeren als belangrijkste mededingingsrechtelijke bezwaren die kunnen voortvloeien uit horizontale onderaanneming marktafscherming en collusie.

Marktafscherming: Door middel van een exclusieve leveringsverplichting schermt horizontale onderaanneming de toegang van derde partijen tot de contractproducten af. Dit soort afscherming zal slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben indien ten minste één van de partijen een sterke positie heeft op de markt waarop het risico op marktafscherming wordt gesteld.²¹

Collusie: Horizontale onderaanneming kan een spillover effect hebben op het concurrentiegedrag van de partijen als marktleveranciers. Dat is in het bijzonder het geval wanneer de partijen marktmacht hebben en de overeenkomst hun gemeenschappelijke kosten verhoogt: “kostendeling [verhoogt] de mededingingsbeperkende risico's van een horizontale onderaannemingsovereenkomst 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”.²²

Kortom, hoe minder belangrijk de positie van de partijen op de markt voor de contractproducten of de downstream markt voor het eindproduct, en hoe minder belangrijk de gemeenschappelijke kosten, hoe groter de kans dat de onderaannemingsovereenkomst in aanmerking komt voor vrijstelling onder artikel 101(3) VWEU. Marktmacht is onwaarschijnlijk bij een (gezamenlijk) marktaandeel van minder dan 20 procent. Dat volgt uit de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie en ook uit de veilige haven die de Horizontale Richtsnoeren (nr. 169) bevatten voor horizontale onderaannemingsovereenkomsten met het oog op het verhogen van de productie:

Ook bij horizontale onderaannemingsovereenkomsten waarmee een verhoging van de productie wordt beoogd, is het in de meeste gevallen onwaarschijnlijk dat er een marktmacht zou bestaan wanneer de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 20% hebben. Bij een gezamenlijk marktaandeel

van de partijen van minder dan 20% is het in elk geval waarschijnlijk dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.

Bij horizontale onderaanneming tussen ondernemingen met een gezamenlijk marktaandeel van meer dan 20 procent moeten niet noodzakelijk bijkomende voorwaarden zijn voldaan om in aanmerking te komen voor een vrijstelling. De Horizontale Richtsnoeren (nr. 170) bevestigen dat veel zal afhangen van de betrokken feiten:

Een lichtjes hoger marktaandeel dan in de groepsvrijstelling of de ... veilige zone [voor overeenkomsten waarmee een verhoging van de productie wordt beoogd] wordt toegestaan, wijst niet noodzakelijkerwijze op een sterk geconcentreerde markt, hetgeen een belangrijke factor van de beoordeling vormt. Op een markt met een matige concentratiegraad mag het gezamenlijke marktaandeel van de partijen iets meer dan 20% bedragen. Over het algemeen zal een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt vaker mededingingsbeperkende gevolgen hebben dan op een markt die niet geconcentreerd is. Op dezelfde wijze kan een productieovereenkomst op een geconcentreerde markt het risico op een heimelijke verstandhouding verhogen, zelfs indien de partijen slechts een matig gezamenlijk marktaandeel hebben.

Tot slot kan worden verwezen naar het voorbeeld dat de Horizontale Richtsnoeren van 2001 (nr. 114) gaven omtrent onderaanneming tussen concurrenten A en B:

A en B zijn concurrenten op de markt voor eindproduct X. A heeft een marktaandeel van 15%, en B één van 20%. Beide vervaardigen zij tevens het halffabrikaat Y, dat een component is bij de productie van X, maar dat eveneens bij de vervaardiging van andere producten wordt gebruikt. Het maakt 10% uit van de kosten van X. A produceert Y alleen voor intern gebruik, terwijl B Y ook verkoopt aan derde afnemers. Het marktaandeel van B op de markt voor Y bedraagt 10%. A en B sluiten een onderaannemingscontract, krachtens hetwelk A zich voor 60% van zijn behoeften aan Y bij B zal bevoorraden. A zal 40% van zijn behoeften zelf blijven produceren, om de knowhow die vereist is voor de productie van Y niet te verliezen.

In de analyse van haar voorbeeld beschouwt de Commissie het als een eerste stap om uit te maken of onderneming A al dan niet een realistische potentiële nieuwkomer is op de vrije markt voor de verkoop van het intermediaire product Y aan derden. Indien niet, dan beperkt de overeenkomst met betrekking tot het intermediaire product Y de mededinging niet met betrekking tot Y. Aangezien de gemeenschappelijke kosten bovendien laag zijn (het intermediaire product Y vertegenwoordigt slechts 10 procent van de kost van het

²¹ Horizontale Richtsnoeren, nr. 159 in fine.

²² Horizontale Richtsnoeren, nr. 180.

eindproduct X) is de Commissie van mening dat collusie voor het eindproduct X onwaarschijnlijk is. Omgekeerd, als onderneming A een realistische potentiële nieuwkomer zou zijn op de vrije markt voor de verkoop van het eindproduct Y aan derden, moet rekening worden gehouden met de marktpositie van onderneming B voor het intermediaire product Y. Aangezien dat aandeel slechts 10 procent bedraagt, is het onwaarschijnlijk dat de overeenkomst met betrekking tot Y de mededinging zodanig beperkt dat die overeenkomst niet kan worden vrijgesteld op grond van artikel 101(3) VWEU. Aangezien het gezamenlijk marktaandeel van de partijen voor Y bovendien niet hoger zou zijn dan 10 procent zouden ze kunnen argumenteren dat hun overeenkomst geniet van de *de minimis* bekendmaking.

IV. Verticale onderaanneming

A. Methodologie

De mededingingsrechtelijke checklist voor verticale onderaanneming omvat eveneens vijf vragen:

1. Valt de onderaannemingsovereenkomst binnen de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU?
2. Zo ja, beperkt de onderaannemingsovereenkomst de mededinging op een merkbare wijze in de zin van artikel 101(1) VWEU?
3. Zo ja, is de onderaannemingsovereenkomst een overeenkomst inzake technologieoverdracht die valt onder de GVTO?
4. Zo niet, valt de onderaannemingsovereenkomst onder Verordening (EU) nr. 461/2010 betreffende de toepassing van artikel 101(3) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector ("Verordening 461/2010")²³ of Verordening 330/2010?
5. Zo niet, zijn de mededingingsbeperkingen in de onderaannemingsovereenkomst afdwingbaar op basis van de Verticale Richtsnoeren?

B. Eerste vraag: Valt de onderaannemingsovereenkomst onder artikel 101(1) VWEU?

Het antwoord op de eerste vraag is positief indien het een overeenkomst is in de zin van artikel 101(1) VWEU en die overeenkomst de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden. Er kan in dat verband worden verwezen naar wat hierover is gezegd in het kader van horizontale onderaanneming.

C. Tweede vraag: Beperkt de onderaannemingsovereenkomst de mededinging merkbaar in de zin van artikel 101(1) VWEU?

1. Algemeen

Voor de vraag of verticale onderaanneming kan gepaard gaan met een exclusieve leveringsverplichting opgelegd aan een toeleverancier, is de Toeleveringsbekendmaking relevant. De *de minimis* bekendmaking is dat niet, om de reden die reeds is vermeld: de *de minimis* bekendmaking (nr. 11(2)(e)) is inderdaad niet van toepassing op een exclusieve leveringsverplichting tussen een leverancier van componenten (toeleverancier) en een afnemer die deze componenten verwerkt in zijn eindproducten (opdrachtgever), die de toeleverancier verbiedt om de componenten als reserveonderdelen te verkopen aan eindgebruikers of andere verrichters van diensten.

2. Toeleveringsbekendmaking

De Toeleveringsbekendmaking is relevant wanneer de opdrachtgever technologie of uitrusting verstrekt aan de toeleverancier om de contractproducten te vervaardigen. Dat vloeit voort uit de Verticale Richtsnoeren (nr. 22):

Op toelevering is de toeleveringsbekendmaking van toepassing. Volgens deze bekendmaking, die van kracht blijft, vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten exclusief voor de opdrachtgever te vervaardigen, in de regel niet binnen het toepassingsgebied van artikel 101, lid 1, mits de toeleverancier de technologie of uitrusting nodig heeft om de producten te vervaardigen.

De Toeleveringsbekendmaking brengt dus bepaalde mededingingsbeperkingen buiten de werkingssfeer van artikel 101(1) VWEU op voorwaarde dat de opdrachtgever technologie (IER, knowhow) en/of uitrusting verstrekt aan de toeleverancier. Deze moeten van dien aard zijn dat de toeleverancier niet zou kunnen fungeren als onafhankelijk leverancier op de markt voor de contractproducten indien hij er geen toegang tot zou hebben. Te dien einde moeten de IER, knowhow of de uitrusting voldoen aan twee cumulatieve voorwaarden:

- Ze moeten noodzakelijk zijn voor de toeleverancier om goederen te vervaardigen die verschillen in vorm, functie of samenstelling van andere goederen die worden vervaardigd of geleverd op de markt; en
- Ze mogen niet reeds ter beschikking staan van de toeleverancier of toegankelijk zijn onder redelijke voorwaarden.²⁴

²⁴ De Toeleveringsbekendmaking (nr. 2) specificeert dat aan deze voorwaarde niet is voldaan wanneer de opdrachtgever "zich ertoe beperkt hem algemene gegevens te verstrekken die alleen dienen ter beschrijving van de opdracht. Onder deze voorwaarden kunnen dergelijke beperkingen de toeleverancier

²³ PB L 129 van 28 mei 2010.

De Toeleveringsbekendmaking verschaft geen verdere uitleg over deze voorwaarden. Wat de tweede voorwaarde betreft, zou dat kunnen leiden tot tegenstrijdige standpunten over het begrip "redelijke voorwaarden", wat enige onzekerheid met zich meebrengt voor een opdrachtgever. Als hij een exclusieve leveringsverplichting oplegt aan de toeleverancier en vervolgens blijkt dat een mededingingsautoriteit of een rechtbank van oordeel is dat de toeleverancier de technologie of uitrusting zelf had kunnen verwerven onder redelijke voorwaarden, dan is de exclusieve leveringsplicht, zoals hierna nog wordt toegelicht, een hardcorebeperking van de mededinging. Dat zou een opdrachtgever confronteren met een situatie waarin hij niet kan beletten dat een toeleverancier zijn concurrent wordt op de vervolmarkt, *nota bene* met behulp van technologie of uitrusting die toebehoort aan de opdrachtgever zelf. Het is dan ook aangeraden dat de partijen in dergelijke gevallen contractuele taal voorzien waarbij de toekomstige leverancier uitdrukkelijk te kennen geeft dat hij de betrokken technologie of uitrusting niet reeds ter beschikking heeft en die, voor zover hij weet op het moment van het aangaan van de overeenkomst, ook niet kan bekomen tegen voorwaarden die voor hem redelijk zijn.

In de veronderstelling dat de voorwaarden van de Toeleveringsbekendmaking zijn vervuld, heeft de opdrachtgever het recht de toeleverancier te verplichten om de betrokken technologie of uitrusting uitsluitend te gebruiken in het kader van de toeleveringsbetrekking en ze niet ter beschikking te stellen van derden, alsmede om de toeleverancier te verplichten om de goederen, diensten of werken die het resultaat zijn van het gebruik van de technologie of uitrusting alleen te leveren aan de opdrachtgever.²⁵ De reden daarvoor is dus dat de toeleverancier zonder de technologie of uitrusting de contractproducten sowieso niet zou kunnen produceren.

De volgende beperkingen met betrekking tot het verstrekken van technologie door de opdrachtgever kunnen ook worden opgelegd in onderaannemingsovereenkomsten zonder binnen het toepassingsgebied van artikel 101 (1) VWEU te komen:²⁶

- een verbintenis van één van de partijen om vervaardigingsprocédés of andere knowhow met een geheim karakter, alsmede vertrouwelijke informatie die haar door de andere partij tijdens de onderhandeling en uitvoering van de overeenkomst werden medegedeeld, niet bekend te maken, zolang de betrokken knowhow of informatie niet algemeen bekend zijn geworden;
- een verbintenis van de toeleverancier om, zelfs na het einde van de overeenkomst, geen gebruik te maken van vervaardigingsprocédés of andere knowhow met

immers de mogelijkheid ontnemen een onafhankelijke economische activiteit te ontplooiën op de gebieden die het voorwerp van de overeenkomst vormen".

²⁵ Toeleveringsbekendmaking, nr. 2.

²⁶ Toeleveringsbekendmaking, nr. 3.

een geheim karakter die door hem tijdens de duur van de overeenkomst werd ontvangen, zolang deze niet algemeen bekend zijn geworden; en

- een verbintenis van de toeleverancier om de door hem gedurende de looptijd van de overeenkomst gedane technische verbeteringen op niet-exclusieve basis aan de opdrachtgever mede te delen, of, indien het om door de onderaannemer gedane octrooieerbare uitvindingen gaat, aan de opdrachtgever voor de duur van het door deze gehouden octrooi niet-exclusieve verbeterings- of toepassingsoctrooilicenties te geven.

Aangezien dat geen merkbare beperking van de mededinging vorm, kan deze verbintenis van de toeleverancier exclusief zijn ten voordele van de opdrachtgever, voor zover de door de toeleverancier gedurende de looptijd van de overeenkomst gedane verbeteringen en uitvindingen niet kunnen worden gebruikt zonder de geheime knowhow of het octrooi van de opdrachtgever. Als de toeleverancier het recht heeft om een bepaald merk, een bepaalde handelsnaam of een bepaalde presentatie te gebruiken, kan de opdrachtgever de toeleverancier verbieden dit te doen met betrekking tot goederen, diensten of werken die niet bestemd zijn om aan de opdrachtgever te worden geleverd.²⁷

Andere mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 101(1) VWEU worden niet genoemd in de Toeleveringsbekendmaking en moeten dan ook los van de Toeleveringsbekendmaking worden beoordeeld.

D. Derde vraag: Is de onderaannemingsovereenkomst een overeenkomst inzake technologieoverdracht die onder de GVTO valt?

Indien verticale onderaanneming de vorm aanneemt van een overeenkomst inzake technologieoverdracht, worden de mededingingsbeperkingen, met uitzondering van de exclusieve levering, geanalyseerd in het kader van de GVTO en de bijbehorende GVTO-Richtsnoeren. De GVTO-Richtsnoeren (nr. 44), zoals reeds hierboven aangehaald, bepalen op dat punt inderdaad als volgt:

Volgens [de Toeleveringsbekendmaking] vallen toeleveringsovereenkomsten waarbij de toeleverancier zich ertoe verbindt bepaalde producten uitsluitend voor de opdrachtgever te produceren in de regel niet onder art [101(1)]. Andere aan de toeleverancier opgelegde beperkingen, zoals het verbod op het verrichten of exploiteren van eigen onderzoek en ontwikkeling, kunnen echter wel onder het verbod van artikel [101] vallen.

Die andere beperkingen kunnen genieten van de veilige haven van de GVTO wanneer is voldaan aan de volgende voorwaarden:

²⁷ Toeleveringsbekendmaking, nr. 4.

De overeenkomst heeft geen van de hardcorebeperkingen van artikel 4 GVTO tot doel; en Het individuele marktaandeel van de betrokken partijen bedraagt niet meer dan 30 procent op de betrokken relevante technologie- en productmarkt (artikel 3(2) GVTO), tenzij het om verticale onderaanneming tussen potentiële concurrenten gaat en een gezamenlijk marktaandeel van 20 procent of minder geldt (artikel 3(1) GVTO). Richtlijnen inzake de bepaling van de relevante markten ("technologiemarkt" en "productmarkt" zijn te vinden in de GVTO-Richtsnoeren, nr. 19-25); richtlijnen voor de berekening van het marktaandeel in de GVTO-Richtsnoeren (nr. 23, 77 e.v.).

Als verticale onderaanneming de vorm aanneemt van een overeenkomst inzake technologieoverdracht die niet voldoet aan de voorwaarden van de GVTO, bieden de GVTO-Richtsnoeren voor de beperkingen andere dan de exclusieve levering een leidraad om te bepalen of de overeenkomst voldoet aan de vrijstellingsgronden van artikel 101(3) VWEU. Dat is sowieso onwaarschijnlijk indien de onderaannemingsovereenkomst één of meerdere hardcorebeperkingen in de zin van artikel 4 van de GVTO tot doel heeft. De situatie is anders indien de onderaannemingsovereenkomst/overeenkomst inzake technologieoverdracht niet onder de GVTO valt om de enkele reden dat de partijen het marktaandeel voor de veilige haven van de GVTO overschrijden. In dat geval zal de beoordeling van de verschillende beperkingen op basis van artikel 101(3) VWEU moeten worden uitgevoerd overeenkomstig deel IV van de GVTO-Richtsnoeren, in het bijzonder nr. 152-203 daarvan (met betrekking tot de toepassing van artikel 101 VWEU op verschillende soorten van licentiebeperkingen).

E. Vierde vraag: Valt de onderaannemingsovereenkomst onder de toepassing van Verordening 461/2010 of Verordening 330/2010?

Als het antwoord op de tweede vraag positief is en de onderaannemingsovereenkomst niet binnen het toepassingsgebied van de GVTO valt, is het toepasselijke juridische kader ofwel Verordening 461/2010 voor de vervolgmkt voor motorvoertuigen ofwel Verordening 330/2010.²⁸ Omdat de opdrachtgever aan de toeleverancier in deze hypothese geen technologie of uitrusting verstrekt in de zin van de Toeleveringsbekendmaking²⁹, nemen Verordeningen 461/2010 en 330/2010 een strenger standpunt in over bepaalde mededingingsbeperkingen: beide plaatsen een

exclusieve leveringsverplichting op de zwarte lijst van de hardcorebeperkingen.

1. Het regime van Verordening 330/2010

Artikel 4(e) van Verordening 330/2010 zet verticale overeenkomsten op de zwarte lijst indien zij tot doel hebben:

[d]e beperking, overeengekomen tussen een leverancier van componenten en een afnemer die deze componenten verwerkt, van de mogelijkheden van de leverancier om de componenten als vervangingsonderdelen te verkopen aan eindgebruikers of aan herstellende of andere verrichtende van diensten aan wie de afnemer niet het herstel of het onderhoud van zijn goederen heeft toevertrouwd.

Op grond van Verordening 330/2010 kan een opdrachtgever enkel van zijn erkend netwerk voor onderhoud en herstellingen verlangen dat de leden van het netwerk bij hem reserveonderdelen aankopen. Eindgebruikers, onafhankelijke herstellende en andere verrichtende van diensten moeten in staat zijn om de reserveonderdelen, alsook de relevante technische informatie en speciale uitrusting die nodig is voor het gebruik van de reserveonderdelen, rechtstreeks te verkrijgen van de toeleverancier. Daarmee wil de Commissie de toegang van deze partijen tot reserveonderdelen garanderen en druk uitoefenen op het prijsniveau van reserveonderdelen door de OEM en hun netwerken voor onderhoud en herstellingen rechtstreeks te laten concurreren met onafhankelijke herstellende en verrichtende van diensten.

Artikel 4(e) van Verordening 330/2010 maakt een onderscheid tussen componenten die gebruikt worden als reserveonderdelen en componenten die gebruikt worden voor verwerking in een eindproduct. De hardcorebeperking in artikel 4(e) heeft uitsluitend betrekking op het eerste. Dat betekent dat een OEM het recht heeft om een exclusieve leveringsverplichting op te leggen aan zijn toeleverancier voor de componenten die verwerkt moeten worden in de eindproducten van de OEM.

2. Het regime van Verordening 461/2010

Met ingang van 1 juni 2010 is Verordening 461/2010 van toepassing op verticale overeenkomsten betreffende de vervolgmkt voor motorvoertuigen.

Artikel 5(b) van Verordening 461/2010 zet verticale overeenkomsten op de zwarte lijst indien zij tot doel hebben

[d]e tussen een leverancier van reserveonderdelen, herstellingsgereedschap, diagnose- of andere apparatuur en een fabrikant van motorvoertuigen overeengekomen beperking van de mogelijkheid van de leverancier, deze goederen aan erkende of onafhankelijke distributeurs of aan erkende of onafhankelijke herstellende of eindgebruikers te verkopen.

²⁸ Die laatste groepsvrijstelling is slechts van toepassing als geen andere groepsvrijstelling van toepassing is (artikel 2(5) Verordening 330/2010).

²⁹ In de hypothese dat de opdrachtgever IER verleent aan de toeleverancier, is zowel de toepasselijkheid van Verordening 1400/2002 uitgesloten, op basis van artikel 2(2)(b) (tevens Verordening 461/2010, overweging 6), als die van Verordening 330/2010 op basis van artikel 2(3).

Artikel 5(c) van Verordening 461/2010 zet verticale overeenkomsten op de zwarte lijst indien zij tot doel hebben

[d]e tussen een fabrikant van motorvoertuigen die onderdelen gebruikt voor de aanvankelijke assemblage van motorvoertuigen, en de leverancier van die onderdelen overeengekomen beperking van de mogelijkheid van de leverancier, zijn merk of logo daadwerkelijk en op een duidelijk zichtbare wijze op de geleverde onderdelen of op de reserveonderdelen aan te brengen.

Artikel 5(b) drukt de wens uit van DG COMP om een daadwerkelijke mededinging te verzekeren op de markten voor onderhoud en herstellingen en om herstellende in de mogelijkheid te stellen concurrerende reserveonderdelen aan te bieden aan eindgebruikers.³⁰ Zoals Verordening 330/2010, verhindert Verordening 461/2010 een fabrikant om de vervolmarkt voor zichzelf voor te behouden. Bovendien is de macht van een fabrikant onder het specifieke regime van Verordening 461/2010 nog beperkter dan onder het algemene regime van Verordening 330/2010: hij heeft inderdaad niet eens het recht om zijn eigen dealer- en servicenetwerk te verplichten uitsluitend bij hem reserveonderdelen aan te kopen.

Desondanks, zoals blijkt uit artikel 5(c), is het onderscheid tussen componenten die worden gebruikt voor de assemblage van een nieuw motorvoertuig en voor reserveonderdelen ook van toepassing in de context van Verordening 461/2010. De motorvoertuigenfabrikant heeft het recht een exclusieve leveringsverplichting op te leggen aan zijn componentenleverancier. Wat hij niet kan, is die laatste het recht ontnemen om zijn merk of logo, daadwerkelijk en op een duidelijk zichtbare wijze, aan te brengen op de geleverde componenten.

F. Vijfde vraag: Zijn de mededingingsbeperkingen in de onderaannemingsovereenkomst afdwingbaar op grond van de Verticale Richtsnoeren?

Verticale onderaanneming die niet binnen de werkingssfeer van de Toeleveringsbekendmaking valt (omdat ze andere beperkingen bevat dan diegene die door de bekendmaking buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 101(1) VWEU worden gebracht) en waarop geen groepsvrijstellingsverordening van toepassing is (bijvoorbeeld omdat de overeenkomst de marktaandeeldrempels overschrijdt), wordt beoordeeld overeenkomstig de Verticale Richtsnoeren. Die geven het volgende voorbeeld van exclusieve levering/afname in de context van onderaanneming (nr. 202):

Op de markt voor een bepaald type componenten (markt voor intermediaire producten) komt leverancier A met afnemer B overeen dat leverancier A met gebruikmaking van zijn eigen knowhow, middels belangrijke investeringen in nieuwe machines en met behulp van de door afne-

mer B verstrekte specificaties, een verschillende versie van de component zal ontwikkelen. B zal belangrijke investeringen moeten doen om de nieuwe component te kunnen verwerken. Overeengekomen wordt dat A het nieuwe product gedurende een periode van vijf jaar nadat het voor het eerst op de markt is gebracht, uitsluitend aan afnemer B zal verkopen. B is gedurende dezelfde periode van vijf jaar verplicht het nieuwe product uitsluitend van A te kopen. A en B mogen andere versies van de component elders blijven verkopen respectievelijk kopen. Afnemer B heeft een marktaandeel van 40% op de upstreammarkt voor componenten en op de downstreammarkt voor eindproducten. Het marktaandeel van de leverancier van de componenten bedraagt 35%. Er zijn twee andere leveranciers van componenten, met een marktaandeel van 20 tot 25%; daarnaast is er een aantal kleinere leveranciers.

De overeenkomst voldoet, gezien de belangrijke investeringen, waarschijnlijk aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, omdat zij efficiëntieverbeteringen oplevert en omdat het marktafsluitende effect gering is. Voor andere afnemers wordt de toegang tot een bepaalde versie van een product van een leverancier met een marktaandeel van 35% afgesneden en er zijn andere leveranciers van componenten die wellicht soortgelijke nieuwe producten zullen ontwikkelen. Voor andere leveranciers wordt, voor ten hoogste 40% van de markt, de toegang tot een gedeelte van de vraag van afnemer B afgesneden.

Dit voorbeeld toont aan dat een exclusieve levering in het kader van een verticale onderaanneming tot de juridische mogelijkheden behoort. De omstandigheden die worden geschetst zijn echter dermate specifiek dat zou kunnen worden geargumenteed dat de exclusieve levering buiten het toepassingsgebied van artikel 101(1) VWEU valt wegens objectief gerechtvaardigd gelet op de belangrijke wederzijdse investeringen.³¹ Een dergelijke redenering (en aangepaste contractuele constructie) lijkt overigens te verkiezen boven de weg van artikel 101(3) VWEU. Nu exclusieve levering een hardcorebeperking is onder de besproken bepalingen van Verordening 330/2010 en 461/2010, moet de toepasselijkheid van artikel 101(3) VWEU immers niet alleen worden nagegaan voor die exclusiviteit, maar tevens voor de andere beperkingen van de mededinging die de onderaannemingsovereenkomst mogelijk bevat.

V. Conclusie

Onderaannemingsovereenkomsten zijn in de loop der jaren op het kruispunt komen te liggen van verschillende juridische instrumenten. Weliswaar biedt dat meer aanknopingspunten voor de jurist, maar het maakt de mededingingsrechtelijke analyse ook ingewikkelder. Die analyse komt in de praktijk

³⁰ Verordening 461/2010, ov. 17.

³¹ Andere voorbeelden zijn te vinden in de Verticale Richtsnoeren, nr. 60 e.v.

vaak neer op de vraag of een exclusieve relatie tussen de opdrachtgever en de toeleverancier tot de mogelijkheden behoort. Zowel in het geval van horizontale als in het geval van verticale onderaanneming biedt het juridisch kader daartoe mogelijkheden: horizontaal onder het groepsvrijstellingsregime voor overeenkomsten inzake technologieoverdracht en voor specialisatieovereenkomsten en tevens onder het individuele regime van de Horizontale Richtsnoeren; verticaal zo goed als uitsluitend onder de voorwaarden van de Toeleveringsbekendmaking.

Indien gereede twijfel rijst of het juridisch kader een exclusieve leveringsplicht verantwoordt, of een dergelijke leveringsplicht sowieso op de lijst van hardcorebeperkingen plaats, is het waarschijnlijk nuttig dat de opdrachtgever een terugvalpositie voorziet voor het gebruik door de toeleverancier, voor zijn eigen rekening, van de technologie of uitrusting van de opdrachtgever.

Vaak zal een opdrachtgever technologie of uitrusting gratis ter beschikking stellen van de toeleverancier of tegen een vergoeding die niet volledig overeenstemt met de investering van de opdrachtgever. De reden daarvoor is dat elke vergoeding die de opdrachtgever aanrekent aan de toeleverancier voor het gebruik van dergelijke technologie of uitrusting waarschijnlijk verrekend zal worden in de prijs die de toeleverancier op zijn beurt aanrekent aan de opdrachtgever. Als de toeleverancier wenst te starten met productie voor eigen rekening of voor rekening van een derde met behulp van de technologie of uitrusting van de opdrachtgever, heeft een opdrachtgever minstens recht op een financiële vergoeding door de toeleverancier.

Dergelijke financiële vergoeding kan verschillende vormen aannemen. Ten eerste die van een licentievergoeding. Volgens een dergelijke constructie heeft de toeleverancier eerst het recht om de technologie (IER, knowhow) of uitrusting van de opdrachtgever voor eigen rekening te gebruiken nadat de partijen een licentievergoeding zijn overeengekomen. Hetzelfde zou kunnen gelden indien de opdrachtgever technologie of uitrusting verstrekt die hij zelf in licentie heeft van een derde, alsook in gevallen waarin de opdrachtgever O&O-inspanningen investeerde in de ontwikkeling van een bepaalde productiemethode. Ten tweede, wat de uitrusting betreft, zou de toeleverancier in plaats van een licentievergoeding bij gebruik voor eigen rekening ook de keuze kunnen krijgen om de uitrusting te kopen tegen marktconforme voorwaarden, rekening houdend met eventuele IER en/of knowhow met betrekking tot de uitrusting of de producten die worden vervaardigd met behulp van de uitrusting, en met de slijtage ervan ("wear and tear"). In beide gevallen strekt de financiële vergoeding er niet toe de verkoop van de toeleverancier aan derden te beperken, maar wel om de opdrachtgever een redelijke en billijke vergoeding te verstrekken voor zijn investeringsinspanningen.