

Ontwerp gids

Uitwisseling van informatie over markten en prijzen

De BMA krijgt regelmatig vragen over de marktgegevens en tools die beroepsverenigingen¹ mogen uitwisselen met hun leden en de tools die zij en sommige andere dienstverleners mogen verstrekken aan hun leden of cliënten, met name om hen te helpen bij het bepalen van prijzen.

Met deze gids willen wij aanwijzingen geven over wat kan en zeker niet kan. Er wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen periodieke overzichten van markten (gegevens over het verleden), prijsvergelijkingen, meer toekomstgerichte informatie over marktontwikkelingen, en tools om leden te helpen bij het bepalen van prijzen.

De gids betreft alleen informatie die aangeleverd wordt door beroepsverenigingen en door ondernemingen die actief zijn op de markt voor het verstrekken van marktinformatie. De gids gaat niet over de rechtstreekse uitwisseling van informatie tussen concurrenten, en zeker niet indien informatie uitgewisseld wordt in het kader van een kartel². Zij gaat evenmin over informatie-uitwisseling die strikt gebeurt in het kader van een horizontaal samenwerkingsverband dat geniet van een groepsvrijstelling of een individuele ontheffing bij toepassing van de artikelen IV.1(3) WER of 101(1) VWEU³.

A. Uitgangspunten

De uitwisseling van informatie is een gemeenschappelijk kenmerk van vele concurrerende markten en kan verschillende soorten efficiëntieverbeteringen opleveren. Ondernemingen kunnen hun interne efficiëntie verbeteren door hun beste praktijken met elkaar te vergelijken. De uitwisseling van informatie kan ook rechtstreeks ten goede komen aan consumenten doordat hun zoekkosten verminderd en hun keuzemogelijkheden vergroot worden.

De uitwisseling van marktinformatie kan echter ook tot een beperking van de mededinging leiden, vooral wanneer ondernemingen kennis kunnen krijgen van de marktstrategieën van hun concurrenten. Welk effect informatie-uitwisseling op de mededinging heeft, hangt af van de kenmerken van de markt waarop de uitwisseling plaatsvindt evenals van het soort informatie dat wordt uitgewisseld.

¹ Federaties van ondernemingen en federaties van beoefenaars van vrije beroepen.

² Zie over een verbodsbeslissing ter zake het arrest in de zaak C-3/06 P, 8 februari 2007, *Groupe Danone*. En zie ook beslissing van de Raad voor de Mededinging n° 2008-I/O-13, 4 April 2008, *Bayer e.a.*

³ De *Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten* (Pb 2011 C/11/1) (hierna de 'Richtsnoeren'), nr. 88.

Bovendien kan de uitwisseling van gegevens tussen concurrenten onderling een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging, of een besluit van een ondernemersvereniging vormen met het doel met name prijzen of hoeveelheden vast te stellen. Dit soort informatie-uitwisselingen zal als een kartel worden beschouwd en beboet.

Het algemeen uitgangspunt voor het beoordelen van informatie-uitwisseling is de inschatting van het gevaar dat commercieel gevoelige informatie ondernemingen toelaat hun gedrag zo op elkaar af te stemmen dat zij de commerciële risico's van een normale concurrentie kunnen beperken, door de strategische onzekerheid over de toekomstige marktwerking te verminderen⁴.

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen ongeoorloofd afstemmen van gedrag, en intelligent rekening houden met het marktgedrag van concurrenten. Om dat onderscheid te maken moet gekeken worden naar de informatie waarover concurrenten op een welbepaalde markt normalerwijze kunnen beschikken.

Het verspreiden van informatie die elders al werd gepubliceerd, of die uitsluitend steunt op al in de markt gekende gegevens, zal geen mededingingsrechtelijk probleem creëren. Dit geldt bijvoorbeeld voor gegevens over de autoverkoop die steunen op de gegevens die de DIV van de FOD Mobiliteit ter beschikking stelt⁵. En wanneer, bijvoorbeeld, prijzen worden geafficheerd (en dikwijls ter bescherming van de consument geafficheerd moeten worden), dan is die informatie vrij beschikbaar voor iedereen die de moeite doet er naar te kijken.

Maar indien in een markt niet de gepubliceerde richt- of catalogusprijzen maar kortingen bepalend zijn voor de concurrentieverhoudingen, dan is het niet normaal dat concurrenten informatie hebben over elkaars kortingen. Weten welke korting een concurrent geeft, laat toe het eigen beleid daar op af te stemmen.

B. Algemeen mededingingsrechtelijk kader

De artikelen IV.1 WER en 101 VWEU

Afspraken tussen ondernemingen, onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, en besluiten van ondernemingsverenigingen (samen 'afspraken'), die tot doel hebben de mededinging te beperken (doelbeperkingen), of die resulteren in een beperking van de mededinging (effectbeperkingen), zijn verboden (artikel IV.1 (1) WER en artikel 101 (1) VWEU), tenzij een afspraak kan genieten van een ontheffing onder de voorwaarden bepaald in de artikelen IV.1 (3) WER of 101 (3) VWEU. Daarvoor moet een afspraak (i) bijdragen tot een verbetering van de productie, distributie of technische vooruitgang, of de concurrentiepositie van KMOs versterken⁶, en (ii) moet een billijk deel van die voordelen ten goede

⁴ De *Richtsnoeren* nrs. 61 ev.

⁵ Zie <https://statbel.fgov.be/nl/themas/mobiliteit/verkeer/inschrijving-motorvoertuigen>. En voor de verwerking door Febiac: <http://www.febiac.be/public/statistics.aspx?FID=23&lang=NL>. Zie hierover ook de *Richtsnoeren*, nrs. 92-93.

⁶ De voorwaarde inzake KMOs betreft alleen artikel IV.1 WER. Het is geen aparte ontheffingsgrond indien de handel tussen de Lidstaten beïnvloed wordt en artikel 101 VWEU toegepast moet worden.

komen aan de afnemers of gebruikers, (iii) zonder daarbij de mededinging meer te beperken dan nodig is om de positieve effecten te bereiken, en (iv) zonder de mededinging op een wezenlijk deel van de markt voor de betrokken producten of diensten uit te sluiten.

Federaties van ondernemingen en federaties van vrije beroepen worden beschouwd als ondernemingsverenigingen, en iedereen die een economische activiteit heeft wordt als een onderneming gezien, en dus niet alleen vennootschappen maar ook individuele personen of verenigingen.

De BMA maakt zoals de Europese Commissie een onderscheid tussen afspraken tussen concurrenten (horizontale afspraken), en afspraken tussen niet-concurrenten zoals tussen leveranciers en distributeurs (verticale afspraken). Voor dit onderwerp is vooral de eerste categorie relevant. U vindt hierover onder andere veel nuttige informatie in de deels als bijlage 2 bij deze gids opgenomen *Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten*⁷.

In de *de minimis* bekendmaking acht de Commissie het weinig waarschijnlijk dat de mededinging merkbaar beperkt wordt door afspraken tussen niet-concurrenten die op een relevante markt⁸ samen een marktaandeel hebben van minder dan 15%, en door afspraken tussen concurrenten die op een relevante markt samen een marktaandeel hebben van minder dan 10%⁹.

De *de minimis* uitzonderingen zijn niet geldig als een *hardcore* beperking voorkomt. **Het is dus erg belangrijk de nadruk te leggen op het verbod van *hardcore* beperkingen.**

De belangrijkste *hardcore* beperkingen zijn: prijsafspraken tussen concurrenten, het opleggen van verplichte verkoopprijzen of minimum verkoopprijzen aan distributeurs, het verdelen van geografische markten en klanten tussen concurrenten, en afspraken met concurrenten om de productie te beperken. **Zoals vermeld in onze gids voor kmo's, zijn deze mededingingspraktijken echt niet toegelaten¹⁰. En het is in dit verband belangrijk er op te wijzen dat informatie-uitwisseling over toekomstige prijzen beoordeeld wordt zoals prijsafspraken.**

Strategische informatie

De uitwisseling tussen concurrenten van strategische gegevens, d.w.z. gegevens die de strategische onzekerheid op de markt verminderen, zal eerder onder artikel 101 vallen dan de uitwisseling van andere soorten informatie. Het uitwisselen van strategische gegevens kan mededingingsbeperkende gevolgen hebben aangezien de besluitvormingsautonomie van de partijen wordt aangetast doordat hun prikkels om te concurreren afnemen. Strategische informatie kan betrekking hebben op prijzen (bijvoorbeeld actuele prijzen, kortingen, prijsverhogingen, prijsverlagingen, rabatten), klantenbestanden,

⁷ Zie verder ook bv. de *Background Paper by the Secretariat* voor de Round Table on Information Exchanges between Competitors under Competition Law in het Competition Committee van de OESO op 6 oktober 2010, en, naast andere bijdragen, de bijdragen van de Franse delegatie en de delegatie van het Verenigd Koninkrijk (<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48379006.pdf>).

⁸ Daarbij moet niet alleen gelet worden op de definitie van de productmarkt, maar ook op het feit dat de relevante geografische markt lokaal kan zijn.

⁹ De hier vermelde percentages van 15% en 10% worden gereduceerd tot 5% wanneer op een markt parallelle distributienetwerken de toegang tot de markt bemoeilijken. Het is echter onwaarschijnlijk dat parallelle netwerken een dergelijk effect hebben indien zij samen minder dan 30% van de markt betreffen.

¹⁰ BMA, *Mededingingsregels, een gids voor KMO's*, p.11.

productiekosten, hoeveelheden, omzet, verkopen, capaciteit, kwaliteit, marketingplannen, risico's, programma's, investeringen, technologieën, alsmede O&O-programma's en de resultaten daarvan. Over het algemeen is informatie inzake prijzen en hoeveelheden strategisch het belangrijkste, gevolgd door informatie over kosten en vraag. Indien ondernemingen op het gebied van O&O concurreren, zijn wellicht de technologische gegevens het meest strategisch voor de mededinging. Het strategisch nut van de gegevens hangt tevens af van de mate van aggregatie, de ouderdom ervan, de marktcontext en de frequentie van de uitwisseling.

Informatieverstrekking over het verleden wordt meestal op zijn effecten beoordeeld¹¹: mededingingsrechtelijk kan het effect positief zijn (pro-competitief), neutraal, of mededingingsbeperkend¹². Maar informatie-uitwisseling over toekomstige prijzen, wordt geassimileerd met prijsafspraken en zal in principe dus als een *hardcore* beperking worden beoordeeld en dus als een zeer ernstige inbreuk, ongeacht of prijzen ook effectief op elkaar werden afgestemd¹³.

C. Periodieke overzichten van markten

Volgens een vaste rechtspraak en beslissingspraktijk zijn overzichten die terugblikken op hoe de markt ontwikkelde verenigbaar met de mededingingsregels indien de referentieperiode lang genoeg is en de cijfers voldoende geaggregeerd zijn om te vermijden dat concurrenten elkaars individuele cijfers zouden kennen¹⁴. Wat 'lang genoeg' en 'voldoende geaggregeerd' is, hangt af van de kenmerken van een markt. Wanneer iedere maand of iedere week een groot aantal transacties worden gesloten, kan de referentieperiode bij voorbeeld korter zijn dan voor een markt waarop die frequentie veel lager is.

Welke gegevens kunnen worden vermeld?

Voorbeelden van informatie die op zich niet mededingingsbeperkend wordt geacht:

- Jaaroverzichten, halfjaarlijkse en trimestriële overzichten die een totaal van de verwezenlijkte omzet (in waarde of volume) geven van de ondernemingen in een gegeven sector¹⁵;
- Jaaroverzichten, halfjaarlijkse en trimestriële overzichten met meer gedetailleerde, maar nog steeds geaggregeerde gegevens over een groot aantal ondernemingen; en het eventuele effect op de mededinging van dergelijke informatie zal nog kleiner zijn naarmate de groep heterogener is: zie bij voorbeeld de door Unizo gepubliceerde gegevens over de bruto toegevoegde waarde in verhouding tot de personeelskosten, de nettorendabiliteit van het eigen vermogen na belastingen, de liquiditeit,

¹¹ Zie over het onderscheid tussen doel- en effect beperkingen verder het Commissiedocument *Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf

¹² De *Richtsnoeren*, nrs. 89-90.

¹³ Zie bij voorbeeld het arrest in de zaak C-294/13 P van 24 juni 2015, *Fresh del Monte Produce* ('bananen').

¹⁴ De *Richtsnoeren*, nrs. 89-90.

¹⁵ Zie bij voorbeeld voor gegevens die federaties publiek toegankelijk maken: Febiac:

<http://www.febiac.be/public/statistics.aspx?FID=23&lang=NL>; Fevia : <https://www.fevia.be/nl/voedingsindustrie>.

de solvabiliteit, de dekking van vreemd vermogen door cashflow, het aantal dagen leverancierskrediet en klantenkrediet¹⁶;

- Overzichten van gemiddelde prijzen indien het een groot aantal transacties betreft, zoals de prijzen voor verschillende categorieën vastgoed per gemeente zoals gepubliceerd in Trends¹⁷;
- Hetzelfde kan gelden voor maandelijkse overzichten indien een markt gekenmerkt wordt door een groot aantal spelers en transacties of de ondernemingen waarover gerapporteerd wordt een erg heterogene groep vormen.

Historische gegevens die mededingingsrechtelijk vragen doen rijzen

- Overzichten op basis van nettoprijzen doen meer vragen rijzen dan overzichten op basis van brutoprijzen wanneer het goederen of diensten betreft waarvoor frequent kortingen worden overeengekomen,
- Weekoverzichten die zo gedetailleerd zijn dat partijen en zelfs transacties bijna geïdentificeerd kunnen worden, en zeker wanneer concurrenten kunnen vermoeden welke kortingen worden toegekend, zijn al strijdig geacht met de mededingingsregels¹⁸,

Soms kan een informatie-uitwisseling die in principe binnen het toepassingsgebied valt van het verbod neergelegd in de artikelen IV.1(1) WER of 101(1) VWEU, echter genieten van een onthefing van het verbod bij toepassing van de artikelen IV.1(3) WER of 101(3) VWEU. De Europese Commissie geeft hiervoor het voorbeeld van een sector met slechts 5 producenten maar met een erg onstabiele vraag voor een product met een beperkte houdbaarheid. Een door een onafhankelijk bureau wekelijks gepubliceerde informatie over de onverkochte hoeveelheden per verkooppunt, werd geoorloofd geacht om de productie beter op de vraag te kunnen afstemmen en verlies van niet langer houdbare voorraden te vermijden¹⁹.

Prijsindexen moeten beoordeeld worden in het licht van de gebruikte informatie. Wanneer zij rapporteren over beurs- of veilingprijzen, mag de informatie heel recent zijn. Voorbeelden daarvan zijn de dagelijks onder andere in de Tijd gepubliceerde gegevens over de internationale oliemarkten, de *Belgian Power Base Load* inzake elektriciteit, de Londense en Brusselse goud- en zilvermarktprijzen, de *the house.be* goudmuntenprijzen, de NYMEX platina- en pallatiumprijzen, de LME non-ferro prijzen, de CME zachte grondstofprijzen, de LIFFE-CBOT en NYMEX landbouwprijzen en de Antwerp Diamond Index.

¹⁶ Unizo: *.Graydon kmo rapport België 2016* https://www.unizo.be/system/files/downloads/andere/2016_-_graydon_-_kmo_rapport_belgie_nl_web_0.pdf

¹⁷ Trends, *Vastgoedgids Lente 2017* <https://trends.knack.be/economie/immo/hoeveel-kost-eeen-woning-in-uw-gemeente-bekijk-de-interactieve-kaart/game-normal-841823.html>

¹⁸ Zie bijvoorbeeld het arrest in de zaak C-7/95P van 28 mei 1998, *John Deere Ltd*; en T-34/92, van 27 oktober 1994, *Fiatagri* en *New Holland Ford*. Zie ook de beschikking van de Commissie in zaken IV/31.370 en 31446, *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, [PB 1992 L 68/19](#).

¹⁹ Voorbeeld 6 in *Richtsnoeren*, nr. 110.

Hoe worden de gegevens verzameld?

Het is niet alleen belangrijk welke informatie verstrekt wordt, maar ook hoe zij wordt verzameld. Federaties en anderen die marktoverzichten ter beschikking stellen moeten er over waken dat de ondernemingen die hun gegevens verstrekken alleen toegang hebben tot hun eigen gegevens en het eindproduct. Informatie over concurrenten mag nooit 'leken'!

De vertrouwelijkheid bij het inzamelen én verwerken van gegevens kan, bijvoorbeeld, georganiseerd worden door uitbesteding aan een onafhankelijke dienstverlener met een strikt gerespecteerde geheimhoudingsplicht betreffende het verstrekken van ontvangen en nog niet verwerkte gegevens. En ook die dienstverleners mogen alleen de gegevens verzamelen die nodig zijn voor een geoorloofde publicatie (of het voldoen aan eventueel op hen rustende wettelijke verplichtingen).

D. Prijsvergelijkingen

Prijsvergelijkingsites zijn meestal pro-competitief. Zij maken het voor de consument gemakkelijker om te kiezen en zo echt voordeel te hebben uit de concurrentie. Een aantal sites worden daartoe trouwens door sectorregulators aangeboden, zoals bijvoorbeeld het BIPT voor diverse telecommtarieven²⁰ en de CREG voor energie²¹.

Maar dat veronderstelt wel dat de beheerder van de site objectieve criteria hanteert om te bepalen wiens prijzen worden opgenomen, en dat de opgave niet misleidend is²². Omgekeerd kan een algemeen verbod om aanwezig te zijn op een prijsvergelijkingsplatform een inbreuk vormen.²³

Hetzelfde geldt voor het organiseren van marktplatformen: zij verbeteren de informatie van de consument en vergemakkelijken zijn keuze, maar dit vergt opnieuw dat de informatie niet misleidend is en de keuzemogelijkheden niet worden gemanipuleerd.

Conform Richtlijn 2006/114/EG is vergelijkende reclame (en dus vergelijkingen met de prijzen van concurrenten) door een onderneming in België toegestaan, op voorwaarde dat de vergelijking niet misleidend is²⁴. Daarbij is het ook mededingingsrechtelijk belangrijk dat de prijzen van concurrenten correct zijn en de informatie ter zake op een geoorloofde manier werd verkregen.

²⁰ <http://www.bestetarief.be/>.

²¹ <https://www.creg.be/nl/cregscan#/>.

²² De Britse CMA publiceerde na een uitvoerig onderzoek een aantal richtlijnen of *best practices*: <https://www.gov.uk/cma-cases/digital-comparison-tools-market-study>. De studie over e-commerce van de Europese Commissie gaat niet specifiek in op prijsvergelijkingswebsites, maar wel op prijs transparantie: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_nl.pdf.

²³ Zie in deze zin een arrest van het Bundesgerichtshof van 2 December, 2017 in de zaak ASICS.

²⁴ Artikelen VI.17, 97-100 en 105,1° WER, en betreffende vrije beroepen de artikelen XIV.9, 64-67 en 72,1° WER.

E. Informatie over de verwachte ontwikkelingen van markten

Toekomstige prijzen en prijsintenties

Op de eerste plaats moeten wij herhalen dat informatie-uitwisseling tussen concurrenten over toekomstige prijzen en over prijsintenties geassimileerd wordt met prijsafspraken. Het zal dus een *hardcore restriction* betreffen en een zeer ernstige inbreuk zijn²⁵. Het is daarbij zonder belang of de aangekondigde prijzen ook toegepast worden²⁶. En uit de beschikkingspraktijk van de Commissie blijkt dat het zonder belang is hoe de informatie ter kennis wordt gebracht van concurrenten²⁷.

Het voorgaande betekent natuurlijk niet dat concurrenten geen prijslijsten mogen publiceren, en evenmin dat een echt eenzijdige publieke aankondiging op zich al onder het verbod zou vallen²⁸. Een prijslijst met aanbevolen prijzen die ter beschikking wordt gesteld van potentiële klanten (en die meestal voor een bepaalde periode blijft gelden), wordt gezien als informatie over actuele prijzen (en niet toekomstige). Dit belet niet dat het uitwisselen tussen concurrenten van prijslijsten met prijzen die pas later zullen gelden, wel een uitwisseling kan zijn van informatie over toekomstige prijzen.

Verwachte marktontwikkelingen

Dit is een moeilijker vraag om een algemeen antwoord op te geven. De beoordeling zal afhangen van de aard van de informatie en de behoeften van de markt. Enkele voorbeelden:

- Zinnen in jaaroverzichten zoals ‘2016 was een goed jaar en wij verwachten dat die trend zich zal doorzetten’, ‘2016 was een moeilijk jaar, maar wij horen van veel leden dat bestellingen vlotter binnen komen’, kunnen moeilijk tot collusie leiden.
- ‘... (bij voorbeeld drie kwart van de ondervraagde leden) melden ons dat zij verwachten dat de vraag naar product x de volgende maand duidelijk zal toenemen. Het niveau van de voorraden is laag. En de helft van de ondervraagden zegt weinig reserveproductiecapaciteit te hebben’, is informatie die in de gevarenzone komt – en als er maar een klein aantal significante spelers zijn in de sector, slaan de signalen op rood tenzij er echt grond is voor een ontheffing (zie het eerdere voorbeeld uit de Commissiepraktijk)!
- Het is daarbij belangrijk na te gaan wie belang heeft bij de informatie, en waarom zij er belang bij hebben. Wanneer dat vooral concurrenten zijn, zullen de signalen snel op rood slaan. Maar zoals al opgemerkt werd in een heel specifiek geval een door een onafhankelijk bureau wekelijks gepubliceerde informatie over de onverkochte hoeveelheden per verkooppunt, geoorloofd geacht om de productie beter op de vraag te kunnen afstemmen en verlies van niet langer houdbare

²⁵ Zie bij voorbeeld het arrest in de zaak C-294/13 P van 24 juni 2015, *Fresh del Monte Produce*.

²⁶ Zie bij voorbeeld het arrest in de zaak C-294/13 P van 24 juni 2015, *Fresh del Monte Produce*.

²⁷ Zie bij voorbeeld de kartelbeslissing van de Commissie van 7 juli 2016, *Container Shipping*. Het bijwonen van één enkele vergadering kan al volstaan om een inbreuk vast te stellen: zie zaak C-8/08, van 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands*.

²⁸ Randnummer 63 van de *Richtsnoeren*.

voorraden te vermijden²⁹. Dat kan ook gelden wanneer het tot schadelijke afval zou leiden. En ook niet-concurrenten kunnen behoefte hebben aan informatie om hun eigen productie van soms voor het algemeen belang relevante producten te plannen³⁰.

F. Modules voor kostenberekeningen en prijsopbouw

Dit is een delicaat onderwerp:

- wanneer de ondernemingen in een sector hun prijzen bepalen door aan dezelfde kosten een zelfde gewicht toe te kennen, leidt een kostenberekingsmodule vrijwel zeker naar een héél gelijkaardig prijsniveau van alle concurrenten. De kostenberekingsmodule is dan een instrument voor collusie;
- maar wanneer men de kwaliteit van de bedrijfsvoering in (dikwijls heel) kleine ondernemingen echt wil verbeteren, is het nodig ondernemers er op te wijzen waar zij rekening mee moeten houden bij het bepalen van hun prijzen.

Concreet heeft dit tot nu toe tot de volgende beslissingen geleid:

- een formule die alleen aangeeft met welke kosten rekening moet worden gehouden en waar informatie over die kost gevonden kan worden (lokaal, personeel, bedrijfsuitrusting, energiekost, telecomkosten, boekhouding, transportmiddelen, taksen enz.), en hoe die kosten omgeslagen kunnen worden over de omzet in de diverse producten of diensten, zonder bedragen en percentages te vermelden betreffende kleine ondernemingen (in casu frituren) is in het verleden geoorloofd geacht³¹;
- een formule met een raming van de relevante kosten en omslagpercentages, waarbij een 'geïndexeerde' prijs werd meegedeeld, is in het verleden al strijdig geacht met artikel IV.1 WER zonder in aanmerking te komen voor een ontheffing³².

Samenvattend mag men er van uitgaan dat een rekenmodule mededingingsrechtelijk weinig problemen stelt vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt indien:

- o de module alleen de in aanmerking te nemen vaste en variabele kosten oplijst, zoals: loon- en honorarialasten; opleidingskosten; huurlast of andere financieringskosten van een gebouw; aankoop/leasing/afschrijving van uitrusting; telecommunicatie- en informaticakosten; verwarming; elektriciteit; auto(s); verzekeringen; niet aangerekende gepresteerde uren (overhead); kleine algemene onkosten; enz.

²⁹ Voorbeeld 6 in *Richtsnoeren*, nr. 110.

³⁰ Zo wordt soms het voorbeeld gegeven van wei. Het is een als afval vervuilend nevenproduct van de kaasproductie, dat echter tevens een belangrijke en soms moeilijk vervangbare grondstof kan zijn voor de farmaceutische en de voedingsindustrie. Vermits de kaasproductie gepland wordt in functie van de kaasmarkt, is het voor de verwerkers van wei belangrijk te weten hoeveel wei zij kunnen verwachten.

³¹ Jaarverslag van het Directoraat generaal Mededinging van 2008.

³² Beslissing van de Raad voor de Mededinging nr. 2008-I/O-04 van 25 januari 2008 in de zaak *Vebic*. De vernietiging van deze beslissing (Brussel, 13 februari 2013) betrof niet de technische beoordeling in het kader van het mededingingsrecht.

- waarbij elke gebruiker individueel moet beslissen of een kostenfactor in zijn geval relevant is, en zo ja welk bedrag in aanmerking moet worden genomen;
- en waarbij elke gebruiker individueel moet beslissen hoeveel hij wil werken en hoeveel hij wil verdienen: wat vereist is voor de door de betrokkenen gewenste pensioenopbouw; en in welk marktsegment hij zich ziet (*low cost*, meer gemiddeld of meer exclusief);
- waarbij elke gebruiker individueel moet beslissen hoe hij algemene onkosten omslaat over welke geleverde goederen en diensten;
- waarbij de gebruiker individueel gevraagd wordt aan te geven hoeveel tijd medewerkers met pertinente prestatiekosten besteden aan het leveren van bepaalde goederen of diensten;
- waarbij elke gebruiker individueel per specifieke opdracht de uitgevoerde taken moet identificeren waarbij de mogelijke taken in het kader van een specifiek project worden opgesomd;
- waarbij iedere individuele gebruiker met de inkoop-, logistieke en andere relevante variabele kosten voor een levering of prestatie, en de verhoopte winst, zijn eigen distributiemarge kan berekenen;
- of waarbij gesuggereerd wordt dat deze kosten omgerekend kunnen worden in een kost per gepresteerd uur of dagdeel, al dan niet gemoduleerd afhankelijk van de senioriteit van wie de prestaties levert, dan wel in aanmerking moeten worden genomen om een prijsraming op te stellen voor een opdracht.

Men mag er ook van uitgaan dat er geen bezwaar is wanneer een bedrijfs- of beroepsorganisatie suggereert dat bij het bepalen van een prijs niet alleen rekening kan worden gehouden met kosten, maar ook met het geraamde nut van diensten of goederen voor de afnemer, de reputatie van dienstverleners, het prestige van de omgeving waarin diensten worden geleverd, de besluitvaardigheid en veeleisendheid van de opdrachtgever, enz. Maar ook hierbij geldt dat elke gebruiker van een module in volledige onafhankelijkheid moet bepalen met welke factoren hij beslist rekening te houden en welk gewicht aan die factoren wordt gegeven.

Meer problematische voorbeelden:

- Een tekst waarin weliswaar gesteld wordt dat een korting kan worden gegeven, maar met de opmerking dat het (in het voorbeeld in geval van betaling vóór de gebruikelijke vervaldag), gaat om een kleine vermindering waarbij de btw-controle gewoonlijk een korting van 2% aanvaardt. Dit kan voor het specifieke geval van 'vervroegde' betaling verantwoord zijn, maar het werkt een collusie in de hand om slechts 2% korting te geven, en kan de indruk wekken dat de btw in het algemeen niet op de netto factuurwaarde wordt berekend;
- Een opmerking zoals: "De klant zal zich vragen stellen bij de kwaliteit van uw werk als uw prijs merkbaar lager ligt dan die van uw concurrenten" kan een uitnodiging zijn tot collusie.

Wat zeker niet mag is:

- een module die een prijs voorstelt uitgaande van een door de beroepsorganisatie gangbaar geachte prijs en een voor de sector berekende index, en dat zeker wanneer de betrokken ondernemingen zo klein zijn dat het onwaarschijnlijk moet worden geacht dat zij zelfstandig tot een ander oordeel komen,
- wanneer de beroepsorganisatie, bijvoorbeeld voor het bepalen van de gangbaar geachte prijs en het berekenen van een voor de sector relevant geachte index, gegevens van de leden opvraagt, en leden toegang kunnen hebben tot de antwoorden van concurrenten,
- wanneer leden onderling, al dan niet in het kader van de bedrijfs- of beroepsorganisatie afspraken maken over prijzen en tarieven, of daarover niet in de markt gekende informatie uitwisselen met de al dan niet uitgesproken verwachting dat dit de prijszetting door concurrenten zal beïnvloeden.

Benchmarking

Ondernemers gegevens bieden die hen toelaten na te gaan of zij procentueel al dan niet meer dan gemiddeld uitgeven aan een kostenpost, moet beoordeeld worden zoals de eerder besproken historische overzichten. Het mag niet mogelijk zijn uit de gegevens af te leiden wie welke kostenniveaus had.

Er is alleszins geen bezwaar om zelfstandigen te suggereren om hun inkomen (als gewenst inkomen in een module of als resultante van een berekening) te vergelijken met wat geweten is over de inkomens van personen met een gelijkaardig diploma in de privé- en de overheidssector.

G. Informatie-uitwisseling in het kader van distributieovereenkomsten

Wij willen uw aandacht erop vestigen dat de BMA geconfronteerd wordt met problemen betreffende het uitwisselen van informatie in het kader van distributieovereenkomsten. Wij kunnen in deze gids niet ingaan op vragen betreffende franchiseovereenkomsten die zich immers in een heel specifieke context stellen³³. Maar betreffende exclusieve en vooral selectieve distributieovereenkomsten willen wij het volgende opmerken:

De leverancier is geen directe concurrent van de verdeler op het kleinhandelsniveau

Zeker in het kader van een selectieve distributieovereenkomst moeten leverancier en verdeler informatie kunnen uitwisselen over serviceniveaus bij verkoop- en naverkoopdiensten, beschikbaarheid van producten en desgevallend wisselstukken, enz.

Delicater wordt het bij het samen opzetten van verkooppromoties. Samen een gezamenlijk campagne afspreken, en daarbij een minimumkorting bepalen (en dus een maximumprijs), is op zich verenigbaar met de mededingingsregels.

³³ Zie bij voorbeeld Beslissing van het Mededingingscollege BMA-2018-C/C-23 van 10 juli 2018 in de zaak *Intergamma*.

Maar de algemene informatie-uitwisseling binnen het distributienet, of de specifieke uitwisseling betreffende promotiecampagnes mag niet rechtstreeks noch onrechtstreeks de leverancier of concurrerende verdeler inzage geven in de daadwerkelijk door elkeen toegestane kortingen.

En systemen moeten ook zo zijn opgezet dat concurrerende verdelers geen inzage hebben in elkaars verkoopcijfers (of prijsbeleid), tenzij in de vorm van de in deze gids eerder geoorloofd geachte periodieke overzichten.

De leverancier is een directe concurrent van de verdeler op het kleinhandelsniveau

Veel problematischer is de uitwisseling van gegevens tussen een leverancier en een verdeler wanneer de leverancier zelf ook concurrent is op kleinhandelsniveau.

Opnieuw geldt in ieder geval dat de leverancier niet rechtstreeks noch onrechtstreeks inzage mag krijgen van de daadwerkelijk door verdelers toegestane kortingen.

En ook in deze hypothese moeten systemen zo zijn opgezet dat concurrerende verdelers geen inzage hebben in elkaars verkoopcijfers (of prijsbeleid), tenzij in de vorm van de in deze gids eerder geoorloofd geachte periodieke overzichten.

Maar in distributienetten waarin de leverancier ook zelf verdeler is, geldt een verdergaande zorgvuldigheidsplicht om uitwisseling van concurrentieel gevoelig informatie te vermijden. Dit geldt bijvoorbeeld voor informatie over een aanbod dat door een verdeler wordt gedaan aan grote afnemers die eventueel ook door de leverancier benaderd worden.

Bijlage 1

Eerdere beslissingen en tussenkomsten

De Belgische mededingingsautoriteit heeft zich in het verleden al uitgesproken over beslissingen van bedrijfs- of beroepsorganisaties. Wij verwijzen vooral naar de volgende beslissingen (die u kan vinden op de website van de BMA):

Over tarificatie en minimum honoraria :

- Beslissing van de Raad voor de Mededinging betreffende de Chambre nationale des huissiers waarin het uitbreiden van het toepassingsgebied van het tarief strijdig werd geacht met artikel 2 WBEM: Beslissing nr. 2011/p/k-47 van 8/12/2011,
- Beslissing van de Raad voor de Mededinging betreffende de Orde van dierenartsen waarin artikel 22 van de Deontologische code (verbod van lagere of onredelijk hogere honoraria) strijdig werd geacht met de artikelen 2 WBEM en 81 EG: Beslissing nr. 2007-i/o-19 van 21/8/2007,
- Beslissing van de Voorzitter van de Raad voor de Mededinging betreffende de Orde van architecten waarin als voorlopige maatregel de deontologische norm betreffende een tarief werd geschorst: beslissing nr. 95-V/M-03 van 31/10/1995.

Over prijsoverzichten, prijsindexen en marktplatformen:

- Een informele zienswijze werd in 2015 afgegeven over een prijzenbarometer betreffende prijzen in benzinstations waarbij wij oordeelden dat de gegevens al gekend konden zijn en betere toegang de concurrentie kon stimuleren³⁴,
- Betreffende een platform voor groepsaankopen van gas en elektriciteit, werd in 2015 een informeel traject gevolgd zonder dat er evenwel 'formeel' een informele zienswijze werd afgegeven. Het platform voor groepsaankopen betrof iChoosr dat groepsaankopen van gas en elektriciteit voor de residentiële sector faciliteert. iChoosr stelde vragen betreffende twee overwogen wijzigingen: het bepalen van een (prijs)bandbreedte voor de deelname van leveranciers aan de veiling, en de doorlopende monitoring van tarieven en automatische informatie van consumenten over betere tarieven. De BMA had vragen betreffende de definitie van de relevante markt en de marktpositie van betrokkenen, en kon niet uitsluiten dat het weren van leveranciers uit veilingen door het instellen van een bodemprijs, onverenigbaar zou zijn met de mededingingsregels. De voorzitter heeft iChoosr ook gevraagd of het door hen nagestreefde doel niet op een andere meer directe wijze kon worden bereikt die minder vragen oproept. Betreffende de overwogen monitoring had de voorzitter geen bedenkingen indien de betrokken consumenten duidelijk over de geboden mogelijkheden werden geïnformeerd. iChoosr heeft met de bedenkingen rekening gehouden zonder dat er nog behoefte was

³⁴ Zie Jaarverslag van de BMA 2015, p. 29.

aan een informele zienswijze. Later bleek overigens dat contacten met de Nederlandse ACM tot een gelijkaardige aanpassing hebben geleid³⁵.

- In 2014 werd ten aanzien van een schrootindex gesteld dat gelet op de gegevens die voor velen toegankelijk zijn over prijsontwikkelingen op de London Metal Exchange en o.a. via MetalBulletin bekend gemaakt worden, een communicatie over geaggregeerde gemiddelde prijzen op wekelijkse basis geen aanleiding gaf tot bezwaren van de BMA, op voorwaarde dat de gegevens door een voldoende groot aantal marktspelers (in dit geval ten minste 8) aangeleverd werden of er alleszins geen risico was dat concurrenten elkaars prijzen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zouden kunnen identificeren.

Over rekenmodules voor kosten en prijzen:

- Er zijn contacten geweest over een door de Orde van architecten gebruikte rekenmodule voor de berekening van erelonen,
- Er werd in 2008 een informele schikking bereikt met de vereniging van frituurzaken met het oog op het wijzigen van aanwijzingen betreffende kostprijsberekeningen op de website van de vereniging om te komen tot een formule waarin gesuggereerd wordt met welke kosten rekening moet worden gehouden, zonder dat in de formule het relatieve gewicht van deze kosten werd bepaald³⁶,
- Beslissing van de Raad voor de Mededinging betreffende de Vlaamse federatie van bakkers (VEBIC) over een broodprijsindex waarin de federatie op basis van gegevens van leden en door de federatie bepaalde weging van kostenfactoren een broodprijs had aanbevolen. Dit werd strijdig geacht met artikel 2 WBEM³⁷. Deze beslissing werd op procedurele gronden betreffende het huiszoekingsmandaat vernietigd door het arrest van Hof van beroep te Brussel van 13 februari 2013.

³⁵ Zie Jaarverslag van de BMA 2015, p. 29.

³⁶ Jaarverslag van het Directoraat generaal Mededinging van 2008.

³⁷ Beslissing nr. 2008-I/O-04 van 25 januari 2008.

Bijlage 2

Passages uit de Mededeling van de Commissie *Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Pb 2011 C/11/1)*

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

2.1. Definitie en toepassingsgebied

55. *Doel van dit hoofdstuk is richtsnoeren te geven voor de beoordeling van informatie-uitwisseling vanuit het oogpunt van de mededinging. De uitwisseling van informatie kan in verschillende vormen plaatsvinden. Ten eerste kunnen gegevens rechtstreeks tussen concurrenten worden uitgewisseld. Ten tweede kunnen gegevens indirect worden uitgewisseld via een gemeenschappelijke instantie (zoals een brancheorganisatie) of een derde partij, zoals een organisatie voor marktonderzoek, of via de leveranciers of afnemers van de partijen.*
56. *Uitwisseling van informatie vindt plaats in verschillende situaties. Er zijn overeenkomsten, besluiten van een ondernemersvereniging of onderling afgestemde feitelijke gedragingen uit hoofde waarvan informatie wordt uitgewisseld, waarbij de voornaamste economische functie in de uitwisseling van de informatie zelf besloten ligt. Daarnaast kan informatie-uitwisseling plaatsvinden in het kader van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst (bijvoorbeeld de uitwisseling van kosteninformatie tussen partijen bij een productieovereenkomst). De beoordeling van informatie-uitwisselingen van dit laatste type dient in samenhang met een beoordeling van de horizontale samenwerkingsovereenkomst zelf te geschieden.*
57. *De uitwisseling van informatie is een gemeenschappelijk kenmerk van vele concurrerende markten en kan verschillende soorten efficiëntieverbeteringen opleveren. Informatieasymmetrie ⁽⁴⁰⁾ kan erdoor worden verholpen, zodat de markten efficiënter worden. Bovendien kunnen ondernemingen hun interne efficiëntie verbeteren door hun beste praktijken met elkaar te vergelijken. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen ook helpen op hun kosten te besparen, bijvoorbeeld door hun voorraden af te bouwen, doordat bederfelijke producten sneller aan gebruikers kunnen worden geleverd of door in te spelen op een onstabiele vraag, enz. Bovendien kan de uitwisseling van informatie rechtstreeks ten goede komen aan de gebruikers doordat hun zoekkosten verminderd en hun keuzemogelijkheden vergroot worden.*
58. *De uitwisseling van marktinformatie kan echter ook tot een beperking van de mededinging leiden, vooral wanneer ondernemingen kennis kunnen krijgen van de marktstrategieën van hun concurrenten ⁽⁴¹⁾. Welk effect informatie-uitwisseling op de mededinging heeft, hangt af van de kenmerken van de markt waarop de uitwisseling plaatsvindt (zoals de concentratie, transparantie, stabiliteit, symmetrie, complexiteit van de markt enz.)*

evenals van het soort informatie dat wordt uitgewisseld, omdat hierdoor de relevante marktomgeving zodanig kan worden veranderd dat deze zich leent voor coördinatie.

59. *Bovendien kan de uitwisseling van gegevens tussen concurrenten onderling een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging, of een besluit van een ondernemersvereniging vormen met het doel met name prijzen of hoeveelheden vast te stellen. Dit soort informatie-uitwisselingen zal in de regel als een kartel worden beschouwd en beboet. Informatie-uitwisseling kan tevens de tenuitvoerlegging van een kartel vergemakkelijken doordat ondernemingen in staat worden gesteld te controleren of de deelnemers zich aan de overeengekomen voorwaarden houden. Deze vormen van informatie-uitwisseling worden als onderdeel van het kartel onderzocht.*

Onderling afgestemde feitelijke gedraging

60. *De uitwisseling van informatie kan uitsluitend aan artikel 101 worden getoetst indien zij een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging vormt of daarvan deel uitmaakt. Het bestaan van een overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een ondernemersvereniging betekent niet noodzakelijk dat er sprake is van een beperking van de mededinging in de zin van artikel 101, lid 1. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt met het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” een vorm van coördinatie tussen ondernemingen bedoeld die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico’s van onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking ⁽⁴²⁾. De criteria coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, houden allermindst in dat er een echt „plan” moet zijn opgesteld, maar dienen te worden verstaan in het licht van de in de Verdragsbepalingen inzake de mededinging besloten voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de interne markt zal voeren en welke condities hij zijn klanten zal bieden ⁽⁴³⁾.*
61. *Dit betekent niet dat een onderneming haar beleid niet op een verstandige wijze aan het daadwerkelijke of te verwachten marktgedrag van haar concurrenten zou mogen aanpassen, Daarentegen staat deze eis echter wel onverbiddeijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen concurrenten, dat tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de betrokken markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van die markt overeenkomen ⁽⁴⁴⁾. Elk al dan niet rechtstreeks contact tussen concurrenten is verboden, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat daardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het eigen aangenomen of voorgenomen marktgedrag, waardoor een heimelijke verstandhouding op de markt in de hand wordt gewerkt ⁽⁴⁵⁾. Uitwisseling van informatie kan derhalve een onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren, indien de strategische onzekerheid ⁽⁴⁶⁾ op de markt erdoor wordt verminderd en een heimelijke verstandhouding aldus in de hand wordt gewerkt, d.w.z. indien de uitgewisselde gegevens van strategisch belang zijn. Bijgevolg komt het uitwisselen van strategische gegevens tussen concurrenten neer op onderlinge afstemming, omdat het de onafhankelijkheid van*

het marktgedrag van concurrenten beperkt en de stimulansen om te concurreren vermindert.

62. *Zelfs wanneer slechts één onderneming strategische informatie doorgeeft aan een of meer concurrenten die dat aanvaarden, kan dit neerkomen op een onderling afgestemde feitelijke gedraging ⁽⁴⁷⁾. Het doorgeven van informatie kan bijvoorbeeld gebeuren via de post, e-mails, telefoongesprekken, bijeenkomsten enz. Daarbij doet het niet ter zake of slechts één onderneming eenzijdig haar concurrenten in kennis stelt van haar voorgenomen marktgedrag dan wel of alle deelnemende ondernemingen elkaar informeren over hun respectieve overwegingen en voornemens. Wanneer slechts één onderneming aan haar concurrenten strategische informatie doorgeeft over haar commerciële beleidsvoornemens, vermindert dat voor alle betrokken concurrenten de strategische onzekerheid over de toekomstige marktwerking en neemt het risico op een verzwakte mededinging en op collusie toe ⁽⁴⁸⁾. Zo zal bijvoorbeeld het loutere bijwonen van een bijeenkomst ⁽⁴⁹⁾ waarop een onderneming haar voorgenomen prijsbeleid onthult aan haar concurrenten, waarschijnlijk onder het verbod van artikel 101, lid 1, vallen, zelfs zonder dat uitdrukkelijk is overeengekomen de prijzen te verhogen ⁽⁵⁰⁾. Wanneer een onderneming van een concurrent strategische informatie ontvangt (in een bijeenkomst, per post of via elektronische weg), wordt zij geacht deze informatie te hebben aanvaard en haar marktgedrag dienovereenkomstig te hebben aangepast, tenzij zij ondubbelzinnig te kennen heeft gegeven dat zij dergelijke gegevens niet wenst te ontvangen ⁽⁵¹⁾.*
63. *Wanneer een onderneming eenzijdig een echt publieke aankondiging doet, bijvoorbeeld via een krant, vormt dit in de regel geen onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1 ⁽⁵²⁾. Afhankelijk van de achterliggende feiten in de concrete zaak kan evenwel niet de mogelijkheid worden uitgesloten dat toch wordt vastgesteld dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, bijvoorbeeld wanneer een dergelijke aankondiging gevolgd wordt door publieke aankondigingen van andere concurrenten, niet in de laatste plaats omdat strategische antwoorden van concurrenten op elkaars publieke aankondigingen (bijvoorbeeld met correcties op hun eigen eerdere aankondigingen om die af te stemmen op die van hun concurrenten) een strategie zouden kunnen blijken te zijn om tot overeenstemming te komen over coördinatievoorwaarden.*

2.2. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 1

2.2.1. Voornaamste mededingingsbezwaren ⁽⁵³⁾

64. *Wanneer eenmaal vaststaat dat er sprake is van een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging, moet worden nagegaan wat de belangrijkste mededingingsbezwaren zijn met betrekking tot informatie-uitwisseling.*

Heimelijke verstandhouding

65. *Doordat de uitwisseling van strategische informatie de transparantie op de markt kunstmatig vergroot, kan zij de coördinatie (d.w.z. afstemming) van het concurrentiegedrag van ondernemingen in de hand werken en uiteindelijk een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Dit kan zich op verschillende manieren voordoen.*
66. *Ten eerste kunnen ondernemingen door de uitwisseling van informatie overeenstemming bereiken over coördinatie van hun marktgedrag, wat tot een heimelijke verstandhouding op de markt kan leiden. De uitwisseling van informatie kan onderling samenhangende verwachtingen doen ontstaan betreffende de onzekerheden op de markt. Op basis daarvan kunnen ondernemingen vervolgens afspraken maken over de coördinatie van hun concurrentiegedrag, zonder dat deze coördinatie noodzakelijkerwijs expliciet wordt vastgelegd in een overeenkomst. Vooral de uitwisseling van informatie over voorgenomen toekomstig gedrag biedt ondernemingen de mogelijkheid dergelijke afspraken te maken.*
67. *Ten tweede kan de uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen hebben doordat de interne stabiliteit van een heimelijke verstandhouding op de markt wordt versterkt. Dit hangt met name samen met het feit dat de ondernemingen in staat worden gesteld controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. De informatie-uitwisseling kan de transparantie van de markt immers zodanig vergroten dat de bij de afspraken betrokken ondernemingen afdoende kunnen controleren 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 gegevens 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 (zie voorbeeld 3 in punt 107).*
68. *In de derde plaats kan de uitwisseling van informatie een beperking van de mededinging tot gevolg hebben doordat de externe stabiliteit van een heimelijke verstandhouding op de markt wordt versterkt. Dankzij de uitwisseling van informatie die de markttransparantie vergroot kunnen de bij de afspraken betrokken ondernemingen nagaan waar en wanneer andere ondernemingen de markt proberen te betreden, waardoor zij gericht tegen de nieuwkomer kunnen optreden. Dit kan logischerwijs uitmonden in de in de punten 69, 70 en 71 besproken concurrentieverstorende afscherming. Zowel de uitwisseling van actuele als van historische gegevens kan een dergelijk controlemechanisme vormen.*

Concurrentieverstorende afscherming

69. *Naast het in de hand werken van collusie kan een uitwisseling van informatie ook leiden tot concurrentieverstorende markt afscherming ⁽⁵⁴⁾.*
70. *Een exclusieve uitwisseling van informatie zou tot concurrentieverstorende afscherming kunnen leiden op dezelfde markt als die waarop de uitwisseling plaatsvindt. Dit kan het geval 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 uitwisselingsstelsel deelnemen. Deze vorm van marktafsluiting is alleen mogelijk indien de betrokken informatie voor de mededinging van groot strategisch belang is en een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijkt.

71. *Het valt niet uit te sluiten dat de uitwisseling van informatie eveneens kan leiden tot concurrentievervalsende uitsluiting van derden op een verwante markt. Zo kunnen partijen – bijvoorbeeld verticaal geïntegreerde ondernemingen – die in een upstream-markt informatie uitwisselen, als zij door die uitwisseling van informatie voldoende marktmacht verwerven, wellicht de prijs van een zeer belangrijk productonderdeel voor een downstream-markt verhogen. Zo zouden zij de kosten van hun downstream-concurrenten kunnen verhogen, wat tot concurrentievervalsende afsluiting op de downstream-markt zou kunnen leiden.*

2.2.2. Mededingingsbeperkende strekking

72. *Uitwisseling van informatie die tot doel heeft de mededinging op de markt te beperken, zal worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben. Bij de beoordeling of een uitwisseling van informatie een mededingingsbeperkende strekking heeft, zal de Commissie bijzondere aandacht besteden aan de juridische en economische context waarin de informatie-uitwisseling plaatsvindt ⁽⁵⁵⁾. Daarbij zal de Commissie er rekening mee houden of de informatie-uitwisseling op zichzelf eventueel kan leiden tot een beperking van de mededinging ⁽⁵⁶⁾.*
73. *Vooral bij de uitwisseling van informatie over specifieke voornemens van ondernemingen met betrekking tot hun toekomstig gedrag op het gebied van prijzen of hoeveelheden ⁽⁵⁷⁾ is de kans bijzonder groot dat een heimelijke verstandhouding ontstaat. Wanneer concurrenten elkaar in kennis stellen van hun voorgenomen gedrag kunnen zij een hoger gemeenschappelijk prijsniveau tot stand brengen zonder het risico te lopen marktaandeel te verliezen of gedurende de periode van aanpassing aan de nieuwe prijzen een prijsoorlog te ontketenen (zie voorbeeld 1 in punt 105). Bovendien is het bij de uitwisseling van informatie over voorgenomen gedrag minder waarschijnlijk dat een concurrentiebevorderend doel wordt beoogd dan bij de uitwisseling van actuele gegevens.*
74. *De uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden dient derhalve te worden beschouwd als mededingingsbeperkende strekking ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾. Daarenboven zouden particuliere uitwisselingen van individuele voornemens met betrekking tot toekomstige prijzen of hoeveelheden tussen concurrenten in de regel als kartels worden beschouwd en beboet, omdat deze over het algemeen het vaststellen van prijzen of hoeveelheden beogen. Informatie-uitwisselingen die tot kartelvorming leiden, maken niet alleen inbreuk op artikel 101, lid 1, maar voldoen hoogstwaarschijnlijk ook niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3.*

2.2.3. Mededingingsbeperkende gevolgen

75. *Wat de vermoedelijke gevolgen van een informatie-uitwisseling voor de mededinging zijn, moet per geval worden onderzocht, aangezien de uitkomst van de beoordeling afhangt van een combinatie van uiteenlopende factoren die eigen zijn aan de zaak. Bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende gevolgen moeten de waarschijnlijke gevolgen van de informatie-uitwisseling worden vergeleken met de concurrentiesituatie die zonder deze specifieke informatie-uitwisseling zou hebben bestaan ⁽⁶⁰⁾. 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. Of een uitwisseling van informatie mededingingsbeperkende gevolgen heeft, hangt zowel af van de economische situatie op de relevante markten als van de kenmerken van de uitgewisselde informatie.*
76. *Bepaalde marktvoorwaarden kunnen coördinatie vergemakkelijken en de interne of externe handhaving ervan vereenvoudigen ⁽⁶¹⁾. Op dergelijke markten leidt de uitwisseling van informatie mogelijk tot een ernstiger beperking van de mededinging dan op markten waarop andere voorwaarden gelden. Maar ook indien de marktvoorwaarden van dien aard zijn dat coördinatie vóór de uitwisseling moeilijk kan worden gehandhaafd, kunnen zij door de uitwisseling van informatie zodanig worden gewijzigd dat coördinatie wel mogelijk wordt – bijvoorbeeld doordat de transparantie op de markt wordt vergroot, de complexiteit van de markt wordt verminderd, instabiliteit wordt tegengegaan of asymmetrie wordt opgeheven. Daarom is het van belang de mededingingsbeperkende gevolgen van de informatie-uitwisseling zowel in de context van de oorspronkelijke marktvoorwaarden te beoordelen als in het licht van de wijze waarop de informatie-uitwisseling deze voorwaarden wijzigt. Hierbij dienen tevens de bijzondere kenmerken van het betrokken systeem te worden beoordeeld, waaronder het doel ervan, de voorwaarden voor toegang tot en deelname in het systeem. Voorts moeten de frequentie van de uitwisseling en het soort informatie dat is uitgewisseld, worden onderzocht (bijvoorbeeld of het openbare of vertrouwelijke, geaggregeerde of gedetailleerde, historische of actuele informatie betreft), alsmede het belang ervan voor de vaststelling van prijzen, hoeveelheden of voorwaarden van dienstverlening ⁽⁶²⁾. Bij deze beoordeling zijn de volgende factoren relevant.*

i) Marktkenmerken

77. *Ondernemingen zullen gemakkelijker tot een heimelijke verstandhouding komen op markten die voldoende transparant, geconcentreerd, niet-complex, stabiel en symmetrisch zijn. Op dit soort markten is het voor ondernemingen eenvoudig tot overeenstemming te komen over de coördinatievoorwaarden en afwijkingen vast te stellen en te bestraffen. Uitwisseling van informatie kan ondernemingen echter ook in staat stellen een heimelijke verstandhouding te bereiken in andere marktsituaties, waarin dit zonder informatie-uitwisseling niet mogelijk zou zijn. Daarbij kan informatie-uitwisseling het bereiken van een heimelijke verstandhouding vergemakkelijken doordat zij de transparantie op de markt vergroot, de complexiteit van de markt vermindert, de*

instabiliteit tegengaat of de asymmetrie opheft. In dit verband hangt het effect van informatie-uitwisseling op de mededinging niet alleen af van de oorspronkelijke kenmerken van de markt waarin zij plaatsvindt (zoals de concentratiegraad, transparantie, stabiliteit, complexiteit, enz.), maar ook van de wijze waarop het soort uitgewisselde informatie deze kenmerken kan veranderen ⁽⁶³⁾.

78. *Een heimelijke verstandhouding zal vaker voorkomen in transparante markten. Transparantie kan heimelijke afspraken in de hand werken doordat ondernemingen in staat worden gesteld overeenstemming te bereiken over de coördinatievoorwaarden en/of doordat de interne en externe stabiliteit van collusie worden vergroot. De uitwisseling van informatie kan de transparantie vergroten en daarmee de onzekerheid verminderen over de strategische variabelen van mededinging (zoals prijzen, output, vraag, kosten, enz.). Hoe lager het bestaande transparantieniveau op de markt, des te groter kan de bijdrage van informatie-uitwisseling tot het bereiken van heimelijke verstandhouding zijn. 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 informatie-uitwisseling wordt gewijzigd, die bepaalt in hoeverre de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben. Het bestaande transparantieniveau hangt onder meer samen met het aantal marktdeelnemers en de aard van de transacties, variërend van openbare transacties tot vertrouwelijke bilaterale onderhandelingen tussen kopers en verkopers. Om te kunnen beoordelen of het transparantieniveau in de markt is gewijzigd, is het noodzakelijk om na te gaan in hoeverre de beschikbare informatie door ondernemingen kan worden gebruikt om de activiteiten van hun concurrenten te bepalen.*
79. *Hechte oligopolies kunnen een heimelijke verstandhouding op de markt bevorderen omdat het voor een gering aantal ondernemingen gemakkelijker is om overeenstemming te bereiken over de coördinatievoorwaarden en om controle uit te oefenen op afwijkend gedrag. Een heimelijke verstandhouding kan met minder ondernemingen wellicht ook beter worden gehandhaafd. Wanneer een groter aantal ondernemingen hun gedrag coördineren, zijn de voordelen van afwijkend gedrag groter omdat met lagere prijzen een groter marktaandeel kan worden verkregen. Tegelijkertijd zijn de voordelen die uit de heimelijke verstandhouding voortvloeien minder groot omdat de voordelen ervan door meer partijen moet worden gedeeld. 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. Door de transparantie te verhogen of de marktsituatie anderszins zo te wijzigen dat coördinatie wordt vergemakkelijkt, kan de uitwisseling van informatie ertoe leiden dat meer ondernemingen hun gedrag coördineren en elkaar controleren dan zonder informatie-uitwisseling mogelijk zou zijn geweest.*
80. *Het zal voor ondernemingen doorgaans moeilijk zijn om in een complexe marktomgeving een heimelijke verstandhouding tot stand te brengen. Tot op zekere hoogte kan informatie-uitwisseling een dergelijke omgeving evenwel minder complex maken. In een complexe marktomgeving is gewoonlijk meer uitwisseling van informatie nodig om overeenstemming te bereiken over coördinatievoorwaarden en om controle uit te oefenen*

op afwijkend gedrag. Het is bijvoorbeeld gemakkelijker een heimelijke verstandhouding te bereiken met betrekking tot de prijs van één enkel homogeen product dan voor honderden prijzen in een markt met veel gedifferentieerde producten. Toch is het mogelijk dat ondernemingen, om de problemen te vermijden die het streven naar een heimelijke verstandhouding met betrekking tot een groot aantal prijzen met zich brengt, informatie uitwisselen om eenvoudige prijszettingsregels in te voeren (bijvoorbeeld prijspunten).

81. *Heimelijke verstandhouding komt vaker voor wanneer de vraag- en aanbodsituatie betrekkelijk stabiel is ⁽⁶⁴⁾. In een instabiele omgeving zal het voor een onderneming waarschijnlijk moeilijk zijn vast te stellen of de daling van haar afzet het gevolg is van een algemeen laag vraagniveau of dat deze wordt veroorzaakt door de bijzonder lage prijzen van een concurrent, en daarom is een heimelijke verstandhouding moeilijk te handhaven. In dit verband kunnen een volatiele vraag, een sterke interne groei van bepaalde ondernemingen op de markt, of het feit dat geregeld nieuwe ondernemingen tot de markt toetreden, erop wijzen dat de bestaande situatie niet zo stabiel is dat coördinatie voor de hand ligt ⁽⁶⁵⁾. De uitwisseling van informatie kan in bepaalde situaties ten doel hebben de stabiliteit op de markt te vergroten, wat misschien een heimelijke verstandhouding op de markt mogelijk maakt. 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 toekomstige 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.*
82. *Een heimelijke verstandhouding zal zich eerder voordoen bij symmetrische marktstructuren. Wanneer ondernemingen homogeen zijn wat hun kosten, vraag, marktaandeel, productassortiment, capaciteiten, enz. betreft, zullen zij gemakkelijker overeenstemming kunnen bereiken over coördinatievoorwaarden, omdat hun drijfveren gelijklopend zijn. De uitwisseling van informatie kan onder bepaalde omstandigheden echter ook in meer heterogene marktstructuren een heimelijke verstandhouding doen ontstaan. De uitwisseling van informatie kan ondernemingen bewustmaken van hun verschillen en hen helpen manieren te vinden om met het oog op coördinatie een oplossing te vinden voor hun heterogeniteit.*
83. *De stabiliteit van een heimelijke verstandhouding hangt tevens af van de vraag in hoeverre ondernemingen hun toekomstige winst mede in rekening brengen. Hoe hoger ondernemingen de winst die zij thans via prijsconcurrentie behalen, waarden in vergelijking met alle toekomstige winst die zij in het kader van de heimelijke verstandhouding tegemoet kunnen zien, des te kleiner is de kans dat zij tot een heimelijke verstandhouding zullen komen.*
84. *Evenzo zal een heimelijke verstandhouding zich eerder voordoen tussen ondernemingen die gedurende lange tijd op dezelfde markt zullen blijven opereren, omdat zij meer belang hebben bij coördinatie. Wanneer in een dergelijke scenario een onderneming weet dat zij langdurig met de andere ondernemingen te maken zal hebben, zal zij eerder geneigd zijn een heimelijke verstandhouding tot stand te brengen, omdat de winst die jaar na jaar uit*

deze verstandhouding zal voortvloeien meer waard zal zijn dan de winst op korte termijn welke zij met afwijkend gedrag zou kunnen hebben behaald voordat de andere ondernemingen de afwijking vaststellen en tegenmaatregelen nemen.

85. *Wil een heimelijke verstandhouding duurzaam zijn, dan moet in het algemeen de dreiging van snelle en doortastende tegenmaatregelen voldoende geloofwaardig zijn. Een heimelijke verstandhouding is niet houdbaar op een markt waarin de gevolgen van afwijkend gedrag niet voldoende ernstig zijn om alle coördinerende ondernemingen ervan te overtuigen dat het in hun eigen belang is de verstandhouding na te leven. Zo kan het op een markt die wordt gekenmerkt door incidentele, omvangrijke orders, moeilijk zijn een voldoende krachtig disciplineringsmechanisme vast te stellen, aangezien de winst die afwijkend gedrag op het juiste ogenblik oplevert, wellicht groot, zeker en onmiddellijk is, terwijl het verlies dat het gevolg is van een bestraffing, waarschijnlijk gering en onzeker is, en zich pas na een zekere tijd zou laten gevoelen. De geloofwaardigheid van het disciplineringsmechanisme hangt mede af van de mate waarin de andere bij de coördinatie betrokken ondernemingen een prikkel hebben om tegenmaatregelen te nemen. Of die prikkel er is, wordt bepaald door een afweging tussen het kortetermijnverlies dat zij zullen lijden door een prijzenoorlog te ontketenen, en de langetermijnwinst die zij eventueel zullen boeken als zij de heimelijke verstandhouding kunnen herstellen. Zo zullen ondernemingen wellicht gemakkelijker tegenmaatregelen kunnen nemen als er tussen hen ook verticale commerciële betrekkingen bestaan waarvan zij bij afwijkingen gebruik kunnen maken om te dreigen met sancties.*

ii) Kenmerken van de informatie-uitwisseling

Strategische informatie

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

Dekking van de markt

87. *Een uitwisseling van informatie zal vermoedelijk slechts mededingingsbeperkende gevolgen hebben wanneer de aan de uitwisseling deelnemende ondernemingen een groot deel van de relevante markt bestrijken. Anders zouden de concurrenten die niet aan de uitwisseling van informatie deelnemen het eventuele concurrentieverstorende gedrag van de betrokken ondernemingen kunnen beteugelen. Zo zouden ondernemingen die niet aan het informatie-uitwisselingsstelsel deelnemen de externe stabiliteit van een heimelijke verstandhouding in gevaar kunnen brengen door onder het gecoördineerde prijsniveau te verkopen.*
88. *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 informatie-uitwisseling. Wanneer een uitwisseling van informatie echter plaatsvindt in het kader van een ander soort horizontale samenwerkingsovereenkomst en niet verder gaat dan hetgeen voor de tenuitvoerlegging ervan noodzakelijk is, zal een marktdekking die niet hoger is dan de marktaandeeldrempels welke in het desbetreffende hoofdstuk van deze richtsnoeren, de desbetreffende groepsvrijstellingsverordening ⁽⁶⁶⁾ of de „de minimis”-mededeling voor het desbetreffende type overeenkomst worden genoemd, doorgaans niet zo groot zijn dat de informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen heeft.*

Geaggregeerde/geïndividualiseerde gegevens

89. *De uitwisseling van echt geaggregeerde gegevens, dat wil zeggen gegevens waaruit zeer moeilijk informatie op het niveau van de individuele onderneming kan worden afgeleid, leidt veel minder snel tot een beperking van de mededinging dan de uitwisseling van gegevens op ondernemingsniveau. Het verzamelen en publiceren van geaggregeerde marktgegevens (zoals verkoopgegevens, gegevens over capaciteiten of gegevens over kosten van inputs en onderdelen) door een handelsorganisatie of marktonderzoekbureau kan zowel leveranciers als consumenten ten goede komen doordat dit hen in staat stelt een duidelijker beeld van de economische situatie in de sector te krijgen. Dat verzamelen en publiceren kan marktdeelnemers in staat stellen beter geïnformeerd individuele keuzes te maken om hun strategie efficiënt aan de marktomstandigheden aan te passen. Meer in het algemeen zal de uitwisseling van geaggregeerde gegevens niet snel mededingingsbeperkende gevolgen hebben, tenzij dit in een hecht monopolie gebeurt. De uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens daarentegen vergemakkelijkt het bereiken van overeenstemming op de markt evenals het treffen van vergeldingsmaatregelen, want zij stelt de coördinerende ondernemingen in staat een onderneming met afwijkend gedrag of een nieuwkomer te identificeren. Toch valt niet uit te sluiten dat zelfs de uitwisseling van geaggregeerde gegevens een heimelijke verstandhouding kan vergemakkelijken in markten met bijzondere kenmerken. Met name kunnen leden van een zeer hecht en stabiel oligopolie die geaggregeerde gegevens uitwisselen en een marktprijs onder een bepaalde peil aantreffen, automatisch veronderstellen dat een van de deelnemende ondernemingen zich aan de heimelijke verstandhouding heeft onttrokken en vergeldingsacties op de gehele markt nemen. Met andere woorden, ondernemingen 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.

Ouderdom van de gegevens

90. *De uitwisseling van historische gegevens zal vermoedelijk niet tot een heimelijke verstandhouding leiden omdat het onwaarschijnlijk is dat het toekomstige gedrag van de concurrenten hieruit kan worden afgeleid of dat deze aanleiding zal geven tot het bereiken van overeenstemming op de markt ⁽⁶⁷⁾. Het uitwisselen van historische gegevens zal bovendien waarschijnlijk niet dienstig zijn voor het beteugelen van afwijkend gedrag, want hoe ouder de gegevens zijn, des te minder geschikt zij zijn voor de tijdige opsporing van afwijkend gedrag, waardoor ook de geloofwaardige dreiging van onmiddellijke vergelding verloren gaat ⁽⁶⁸⁾. Er is geen vaste grens van waaraf gegevens historisch worden, d.w.z. oud genoeg om geen mededingingsrisico meer in te houden. Of gegevens echt historisch zijn, hangt af van de bijzondere kenmerken van de relevante markt, met name de frequentie van prijsonderhandelingen in de sector. Zo kunnen gegevens bijvoorbeeld als historisch worden beschouwd wanneer zij veel ouder zijn dan de gemiddelde looptijd van contracten in de betrokken sector, voor zover die iets zeggen over de prijsonderhandelingen. Voorts hangt de grens van waaraf gegevens historisch worden ook af van het soort gegevens, de aggregatie, de frequentie van de uitwisseling en de kenmerken van de relevante markt (bijvoorbeeld de stabiliteit en transparantie daarvan).*

Frequentie van de informatie-uitwisseling

91. *Een frequente uitwisseling van informatie die zowel het ontwikkelen van een gemeenschappelijke kijk op de markt als het opsporen van afwijkend gedrag vergemakkelijkt, verhoogt het risico op een heimelijke verstandhouding. In niet zo stabiele markten zal informatie waarschijnlijk frequenter moeten worden uitgewisseld om tot een heimelijke verstandhouding te komen dan in stabiele markten. In markten met langlopende contracten (waar dus niet regelmatig over prijzen wordt onderhandeld) zou normaal gezien met een minder frequente uitwisseling van informatie een heimelijke verstandhouding kunnen worden bereikt. Niet frequente uitwisselingen zouden daarentegen doorgaans niet voldoende zijn om tot een heimelijke verstandhouding te komen in markten met kortlopende contracten en bijgevolg frequente prijsonderhandelingen ⁽⁶⁹⁾. De frequente waarmee gegevens moeten worden uitgewisseld om het ontstaan van een heimelijke verstandhouding te vergemakkelijken, hangt echter mede af van de aard, de ouderdom en de aggregatie van de gegevens ⁽⁷⁰⁾.*

Openbare/niet-openbare gegevens

92. *Over het algemeen zal de uitwisseling van echt openbare informatie meestal geen inbreuk op artikel 101 vormen ⁽⁷¹⁾. Echt openbare informatie is informatie die in het algemeen voor alle concurrenten en afnemers even gemakkelijk toegankelijk is (wat de kosten van toegang betreft). Informatie is pas echt openbaar indien het verkrijgen ervan voor afnemers en ondernemingen die niet bij het uitwisselingsstelsel zijn aangesloten, niet*

duurder is dan voor de ondernemingen die de informatie uitwisselen. Daarom zullen concurrenten er doorgaans niet voor kiezen informatie uit te wisselen die zij even gemakkelijk op de markt kunnen verzamelen en is het dus in de praktijk niet waarschijnlijk dat echt openbare informatie wordt uitgewisseld. Integendeel, zelfs indien de onder concurrenten uitgewisselde gegevens vrij beschikbaar zijn, zijn zij niet echt openbaar indien de kosten voor het verzamelen van de gegevens zo hoog zijn dat zij andere ondernemingen en kopers ervan weerhouden deze gegevens te bemachtigen ⁽⁷²⁾. 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 concurrenten ⁽⁷³⁾.

93. *Zelfs indien gegevens openbaar toegankelijk zijn (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 dit geval kan het deze extra informatie zijn die de marktbalans kan laten doorslaan naar heimelijke verstandhouding.*

Openbare/niet-openbare informatie-uitwisseling

94. *Een informatie-uitwisseling is echt openbaar indien de uitgewisselde gegevens voor alle concurrenten en kopers onder dezelfde voorwaarden (in termen van kosten) toegankelijk zijn ⁽⁷⁴⁾. Het feit dat informatie openbaar wordt uitgewisseld zal de kans op een heimelijke verstandhouding op de markt wellicht zodanig verkleinen dat concurrenten die niet aan de coördinatie deelnemen, potentiële concurrenten en afnemers in staat zijn de potentiële mededingingsbeperkende gevolgen te beteugelen ⁽⁷⁵⁾. Toch valt niet geheel uit te sluiten dat zelfs een echt openbare uitwisseling van informatie een heimelijke verstandhouding op de markt kan bevorderen.*

2.3. Beoordeling op grond van artikel 101, lid 3

2.3.1. Efficiëntieverbeteringen ⁽⁷⁶⁾

95. *De uitwisseling van informatie kan tot efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan informatie over de kosten van concurrenten ondernemingen helpen efficiënter te opereren wanneer zij hun eigen prestaties vergelijken met de beste praktijken in de sector en dienovereenkomstig interne stimuleringsmaatregelen ontwikkelen.*
96. *Bovendien kan de uitwisseling van informatie ondernemingen in bepaalde situaties helpen hun productie te richten op markten met een grote vraag (op grond van vraaginformatie) of toe te wijzen aan ondernemingen met lage kosten (op grond van kosteninformatie). Of dergelijke efficiëntieverbeteringen daadwerkelijk worden bereikt hangt af van marktkenmerken zoals de omstandigheid dat er wordt geconcurrereerd op prijzen of hoeveelheden en de aard van de onzekerheden op de markt. Met sommige vormen van informatie-uitwisseling kunnen aanzienlijke kostenbesparingen worden gemaakt, bijvoorbeeld doordat onnodige voorraden worden afgebouwd, of doordat bederfelijke producten sneller worden geleverd in gebieden met een grote vraag en de*

levering van deze producten wordt beperkt in gebieden met een geringe vraag (zie voorbeeld 6 in punt 110).

97. *De uitwisseling van consumentengegevens tussen ondernemingen in markten met asymmetrische informatie over consumenten kan eveneens tot efficiëntieverbeteringen leiden. Zo kan bijvoorbeeld de registratie van consumentengedrag in het verleden op het gebied van ongevallen of wanbetaling, voor consumenten een stimulans vormen om hun risicogedrag te beperken. Tevens kan hierdoor worden nagegaan welke consumenten een lager risico dragen en daarom in aanmerking zouden moeten komen voor lagere prijzen. In dit verband kan de uitwisseling van informatie tevens de „lock-in” van consumenten reduceren, waardoor de mededinging wordt bevorderd. Dit komt doordat informatie over het algemeen specifiek is voor een bepaalde relatie, en de consumenten de met deze informatie verbonden voordelen zouden verliezen wanneer zij op een andere onderneming overschakelen. Voorbeelden van dergelijke efficiëntieverbeteringen doen zich voor in de bank- en verzekeringssector, waar dikwijls informatie wordt uitgewisseld over wanbetaling door en de risicokenmerken van consumenten.*
98. *De uitwisseling van informatie over vroegere en huidige marktaandelen kan in sommige gevallen voor zowel ondernemingen als consumenten gunstig zijn doordat ondernemingen deze informatie tegenover consumenten kunnen gebruiken als bewijs van kwaliteit van hun producten. Wanneer de informatie over productkwaliteit onvolledig is gebruiken consumenten dikwijls indirecte middelen om informatie in te winnen over de relatieve producteigenschappen zoals prijs en marktaandelen (consumenten gebruiken bijvoorbeeld bestsellerslijsten om hun volgende boek te kiezen).*
99. *De uitwisseling van informatie die echt openbaar is kan voor consumenten eveneens voordelig zijn doordat zij hierdoor met kennis van zaken een keuze kunnen maken (en hun zoekkosten verminderen). Consumenten zullen in dit verband het meest gebaat zijn met de openbare uitwisseling van actuele gegevens, die het meest relevant zijn voor hun aankoopbeslissingen. Op vergelijkbare wijze kan de openbare uitwisseling van informatie over actuele inputprijzen de zoekkosten voor ondernemingen verlagen, wat de consumenten normaal gezien ten goede zou moeten komen via lagere eindprijzen. Dit soort directe voordelen voor de consument zal minder gemakkelijk voortvloeien uit informatie-uitwisseling over toekomstige prijsvoornemens, aangezien ondernemingen de prijsvoornemens die zij bekendmaken wellicht al herzien nog voordat de consumenten daadwerkelijk aankopen doen op basis van die informatie. Consumenten kunnen zich bij het plannen van hun aankopen over het algemeen niet baseren op aangekondigde voornemens van ondernemingen. Tot op zekere hoogte kunnen ondernemingen er wel toe worden gedwongen aangekondigde voornemens niet te wijzigen voordat zij in de praktijk worden gebracht, bijvoorbeeld wanneer zij geregelde contacten onderhouden met de consumenten en de consumenten de prijzen vooraf moeten kennen of wanneer zij reeds vooraf kunnen intekenen. In die omstandigheden kan de uitwisseling van informatie over de toekomst de afnemers helpen om hun uitgaven te plannen.*
100. *De uitwisseling van actuele en historische gegevens zal eerder tot efficiëntieverbeteringen leiden dan de uitwisseling van informatie over toekomstige voornemens. In bepaalde omstandigheden kan het bekendmaken van toekomstige voornemens echter ook efficiëntievoordelen met zich brengen. Zo zouden ondernemingen die al in een vroeg stadium weten wie een bepaalde O&O-wedloop zal*

winnen, kunnen vermijden dure onderzoeken meermaals te verrichten en middelen te verspillen die niet kunnen worden terugverdiend ⁽⁷⁷⁾.

2.3.2. Onmisbaarheid

101. *Beperkingen die verder gaan dan wat noodzakelijk is om de efficiëntieverbeteringen te bereiken welke dankzij de uitwisseling van informatie tot stand worden gebracht, voldoen niet aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3. Om aan de voorwaarde van onmisbaarheid te voldoen, zullen de partijen moeten aantonen dat de aan betrokken gegevens gezien hun onderwerp, aggregatie, ouderdom, vertrouwelijkheid alsmede de frequentie en omvang van de uitwisseling ervan slechts minimale risico's verbonden zijn die voor het bereiken van de gestelde efficiëntieverbeteringen onmisbaar zijn. 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 in een sectorclassificatie opgenomen geaggregeerde informatie eveneens de gestelde efficiëntieverbeteringen kan opleveren, terwijl het risico van een heimelijke verstandhouding minder groot is (zie voorbeeld 4 in punt 108). Ten slotte is het over het algemeen onwaarschijnlijk dat de uitwisseling van geïndividualiseerde gegevens over voornemens voor de toekomst onmisbaar is, met name wanneer deze betrekking hebben op prijzen en volumes.*
102. *Evenzo zal ook de uitwisseling van informatie in het kader van horizontale samenwerkingsovereenkomsten eerder voldoen aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, indien zij niet verder gaat dan wat noodzakelijk is om het economisch doel van de overeenkomst te bereiken (zoals de uitwisseling van de technologie die nodig is voor een O&O-overeenkomst of van kostengegevens in het kader van een productieovereenkomst).*

2.3.3. Doorgifte aan consumenten

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

2.3.4. Geen uitschakeling van de mededinging

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

2.4. Voorbeelden

105. *Uitwisseling van voorgenomen toekomstige prijzen met mededingingsbeperkende strekking*

Voorbeeld 1

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

Analyse: Deze uitwisseling van informatie, die voortvloeit uit een besluit van een ondernemersvereniging, betreft de prijsvoornemens van concurrenten. Deze informatie-uitwisseling is een zeer efficiënt middel om tot een heimelijke verstandhouding te komen en heeft derhalve een mededingingsbeperkende strekking. Immers, de ondernemingen kunnen hun eigen voorgenomen prijzen, zoals bekendgemaakt binnen de vereniging, te allen tijde wijzigen wanneer zij vaststellen dat hun concurrenten van plan zijn hogere prijzen te berekenen. Hierdoor kunnen ondernemingen een hoger gemeenschappelijk prijsniveau bereiken zonder de kosten van het verlies van marktaandeel te hoeven dragen. Onderneming A kan bijvoorbeeld vandaag een prijsverhoging bekendmaken op de route van stad 1 naar stad 2, met ingang van de volgende maand. Omdat deze informatie voor alle busbedrijven toegankelijk is, kan onderneming A vervolgens de reactie van haar concurrenten op deze bekendmaking afwachten. Indien een concurrent op dezelfde route, bijvoorbeeld onderneming B, dezelfde prijsverhoging doorvoert, dan zal onderneming A haar bekendmaking niet wijzigen en zal deze later waarschijnlijk van kracht worden. Zou onderneming B echter geen prijsverhoging doorvoeren, dan zou onderneming A haar tarief toch nog kunnen herzien. Deze aanpassing zou zich herhalen totdat de ondernemingen gezamenlijk, tegen de regels van vrije concurrentie in, een hoger prijsniveau zouden vaststellen. Het is onwaarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, voldoet. De informatie-uitwisseling blijft beperkt tot concurrenten, en komt derhalve de klanten van de busbedrijven niet rechtstreeks ten goede.

106. *Uitwisseling van actuele prijzen met voldoende efficiëntieverbeteringen voor consumenten*

Voorbeeld 2

Situatie: Een nationaal bureau voor toerisme en de busbedrijven in het kleine land X komen overeen informatie te verspreiden over actuele prijzen van bustickets via een vrij toegankelijke website (in tegenstelling tot voorbeeld 1 in punt 105 kunnen consumenten reeds tickets kopen voor de prijzen en voorwaarden waarop de uitwisseling van informatie betrekking heeft; het betreft dus geen voorgenomen toekomstige prijzen, doch actuele prijzen voor huidige en toekomstige diensten). De informatie bevat verschillende elementen, zoals het tarief en de route waarop dit tarief van toepassing is, de eventuele beperkingen ten aanzien van dit tarief zoals welke consumenten voor dit tarief in aanmerking komen, of vooruitbetaling dan wel een minimumverblijf vereist is, en de periode waarin het ticket met het desbetreffende tarief voor reizen kan worden gebruikt (eerste en laatste reisdatum). Busreizen in land X behoren niet tot dezelfde relevante markt als trein- en vlieg reizen. Aangenomen wordt dat de relevante markt geconcentreerd, stabiel en niet bijzonder complex is en dat de prijzenstructuur transparant wordt door de informatie-uitwisseling.

Analyse: Deze uitwisseling van informatie heeft geen mededingingsbeperkende strekking. De ondernemingen wisselen actuele prijzen uit en geen voorgenomen toekomstige prijzen omdat zij daadwerkelijk reeds tickets voor deze prijzen verkopen (in tegenstelling tot de situatie in voorbeeld 1 in punt 105). Daarom is het minder waarschijnlijk dat deze uitwisseling van informatie een geschikt instrument is om een richtpunt voor coördinatie vast te stellen. Niettemin vormt deze uitwisseling van informatie, in het licht van de marktstructuur en het strategische karakter van de gegevens, vermoedelijk wel een doeltreffend mechanisme om te controleren of wordt afgeweken van een heimelijke verstandhouding, die in de gegeven marktsituatie zeer wel zou kunnen ontstaan. Derhalve zou deze informatie-uitwisseling aanleiding kunnen geven tot mededingingsbeperkende gevolgen in de zin van artikel 101, lid 1. Hoewel de mededinging in zekere mate beperkt zou kunnen worden door de mogelijkheid om toezicht te houden op afwijkend gedrag, valt te verwachten dat de efficiëntieverbeteringen als gevolg van de informatie-uitwisseling aan de consumenten worden doorgegeven in een mate die, zowel qua waarschijnlijkheid als qua omvang, opweegt tegen de mededingingsbeperkende gevolgen. In tegenstelling tot voorbeeld 1 in punt 105 is de informatie-uitwisseling openbaar en kunnen consumenten werkelijk tickets kopen voor de uitgewisselde prijzen en voorwaarden. Daarom is het waarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling de gebruikers rechtstreeks ten goede komt doordat hun zoekkosten worden verminderd en hun keuzemogelijkheden worden uitgebreid, waardoor ook de prijsconcurrentie wordt bevorderd. Er kan daarom worden aangenomen dat aan de voorwaarden van artikel 101, lid 3, is voldaan.

107. Actuele prijzen worden uit de uitgewisselde informatie afgeleid

Voorbeeld 3

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 werkelijke 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 mededingingsbeperkende strekking hebben, 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 werkelijke actuele prijzen vermoedelijk tot coördinatie (d.w.z. afstemming) van het concurrentiegedrag van de ondernemingen zou leiden. De uitgewisselde informatie zou naar alle waarschijnlijkheid gebruikt worden om afwijkingen van de heimelijke verstandhouding te beteugelen. De uitwisseling van informatie vergroot de transparantie op de markt omdat, ook al publiceren hotels gewoonlijk hun prijzen, zij tevens verschillende kortingen aanbieden op basis van onderhandelingen, voor vroeger boekingen, voor boekingen door groepen enz. Derhalve is de extra informatie die op niet-openbare wijze tussen de hotels wordt uitgewisseld commercieel gevoelig, d.w.z. strategisch bruikbaar. Te verwachten valt dat deze informatie-uitwisseling 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 consumenten, noch nieuwkomers het mededingingsverstoring gedrag van de gevestigde ondernemingen aan banden leggen omdat de consumenten weinig kopersmacht hebben en de toetredingsdrempels hoog zijn. Het is onwaarschijnlijk dat de partijen in dit geval 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, wordt voldaan.

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

Voorbeeld 4

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

Analyse: Deze uitwisseling van informatie heeft in beginsel geen mededingingsbeperkende 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.

109. *Echt openbare informatie*

Voorbeeld 5

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

Analyse: De telefonisch uitgewisselde prijsgegevens zijn niet echt openbaar, want dezelfde informatie op andere wijze verkrijgen zou veel tijd en transportkosten vergen. Men zou vaak grote afstanden moeten afleggen om de prijzen te verzamelen die op de borden bij tankstations over het hele land vermeld staan. De kosten hiervoor zijn potentieel zo hoog dat de informatie in de praktijk slechts via uitwisseling kan worden verkregen. Bovendien vindt de informatie-uitwisseling stelselmatig plaats en bestrijkt zij de gehele relevante markt, die een hecht, niet-complex en stabiel oligopolie vormt. De informatie-uitwisseling zal derhalve waarschijnlijk een klimaat van wederzijdse zekerheid creëren ten aanzien van het prijsbeleid van de concurrenten en zo vermoedelijk een heimelijke verstandhouding in de hand werken. Het is derhalve waarschijnlijk dat deze informatie-uitwisseling mededingingsbeperkende gevolgen zal hebben in de zin van artikel 101, lid 1.

110. *Beter voldoen aan de vraag als efficiëntieverbetering*

Voorbeeld 6

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 afnemers 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 grote dan wel te geringe leveringen beter kunnen worden voorspeld, komt het thans veel minder vaak

voor dat niet in de vraag van de consumenten 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 een dergelijke verstandhouding op een zo onstabiele markt niet voor de hand ligt. Deze informatie-uitwisseling draagt wel enig risico op mededingingsbeperkende gevolgen in zich, maar de eventuele mededingingsbeperkingen worden naar alle waarschijnlijkheid gecompenseerd door efficiëntieverbeteringen als gevolg van een toename van de levering op plaatsen met een grote vraag en een verminderde levering op plaatsen met een geringe vraag. De informatie wordt in openbare, geaggregeerde vorm uitgewisseld waardoor de mededingingsrisico's minder groot zijn dan indien deze informatie niet openbaar en geïndividualiseerd zou zijn. De uitwisseling van informatie gaat derhalve in dit geval niet verder dan hetgeen noodzakelijk is om het marktfalen op te heffen. Deze informatie-uitwisseling zal derhalve vermoedelijk voldoen aan de criteria van artikel 101, lid 3."

^[41] Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 88.

^[42] Zie bijvoorbeeld zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, punt 26; gevoegde zaken C-89/85 e.a., Houtslip, Jurispr. 1993, blz. 1307, punt 63.

^[43] Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 86.

^[44] Zie zaak C-7/95 P, John Deere, punt 87.

^[45] Gevoegde zaken 40/73 e.a., Suiker Unie, Jurispr. 1975, blz. 1663, punt 173 e.v.

^[46] Strategische onzekerheid op de markt is een gevolg van de grote diversiteit van mogelijke heimelijke verstandhoudingen en van het feit dat ondernemingen geen volledige kijk hebben op de acties van hun concurrenten en van nieuwkomers in heden en verleden.

^[47] Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken T-25/95 e.a., Cimenteries CBR e.a., Jurispr. 2000, blz. II-491, punt 1849: „[...] het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging [onderstelt] inderdaad het bestaan van wederkerige contacten [...]. Aan deze voorwaarde wordt voldaan, wanneer een concurrent is verzocht om zijn voornemens of toekomstig marktgedrag aan een andere concurrent mee te delen, of wanneer deze laatste dat heeft aanvaard."

^[48] Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, Jurispr. 2009, blz. I-4529, punt 54.

^[49] Zie zaak C-8/08, T-Mobile Netherlands, punt 59: „Het is echter niet uitgesloten dat, afhankelijk van de structuur van de markt, een eenmalig contact zoals dat in het hoofdgeding, in beginsel kan volstaan opdat de betrokken ondernemingen hun marktgedrag afstemmen en zo komen tot een feitelijke samenwerking die in de plaats komt van de mededinging en van de risico's die deze meebrengt."

^[50] Zie gevoegde zaken T-202/98 enz., Tate & Lyle / Commissie, Jurispr. 2001, blz. II-2035, punt 54.

^[51] Zie Zaak C-199/92 P, Hüls, Jurispr. 1999, blz. I-4287, punt 162; zaak C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Jurispr. 1999, blz. I-4125, punt 121.

^[52] Dit geldt evenwel niet voor gevallen waarin dergelijke aankondigingen een uitnodiging tot collusie inhouden.

^[53] Met de term „voornaamste mededingingsbezwaren" wordt aangegeven dat de daaropvolgende beschrijving van mededingingsbezwaren niet exclusief of uitputtend is.

^[54] Wat betreft de problemen in verband met marktafscherming waartoe verticale overeenkomsten aanleiding kunnen geven, zie de punten 100 e.v. van de richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

^[55] Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken C-501/06 P e.a., GlaxoSmithKline, punt 58; Zaak C-209/07, BIDS, punten 15 en volgende.

^[56] Zie ook de algemene richtsnoeren, punt 22.

^[57] Informatie over voorgenomen toekomstige hoeveelheden zou bijvoorbeeld kunnen slaan op voorgenomen toekomstige verkopen, marktaandelen, grondgebieden of klantenbestanden.

- ^[58] Het begrip „voorgenomen toekomstige prijzen” wordt in voorbeeld 1 geïllustreerd. In specifieke situaties waarin ondernemingen zich ertoe verbinden in de toekomst te verkopen tegen de prijzen die zij eerder aan het publiek hebben aangekondigd (d.w.z. dat zij deze niet kunnen aanpassen), zouden deze publieke aankondigingen van individuele toekomstige prijzen of hoeveelheden niet worden beschouwd als voornemens en derhalve ook niet als mededingingsbeperkende strekking. Dit kan onder meer het geval zijn op grond van de frequente interacties en de specifieke aard van de relatie die een onderneming met haar klanten heeft, bijvoorbeeld omdat het van wezenlijk belang is dat de klanten vooraf de toekomstige prijzen kennen of omdat zij reeds van tevoren tegen deze prijzen kunnen intekenen. De reden hiervoor is dat in dergelijke situaties de informatie-uitwisseling een duurder middel zou zijn om op de markt een feitelijke verstandhouding tot stand te brengen dan het uitwisselen van gegevens over toekomstige prijzen en waarschijnlijk eerder zou plaatsvinden om concurrentiebevorderende redenen. Dit betekent echter niet dat het vaststellen van vaste prijzen voor de klanten in het algemeen per definitie concurrentiebevorderend is. Integendeel, het zou de mogelijkheid beperken om van een feitelijke verstandhouding af te wijken en deze op die manier stabiel te maken.
- ^[59] Dit doet geen afbreuk aan het feit dat publieke aankondigingen van voorgenomen individuele prijzen kunnen leiden tot efficiëntieverbeteringen en dat de partijen bij een dergelijk informatie-uitwisseling mogelijk in aanmerking komen voor artikel 101, lid 3.
- ^[60] Zaak C-7/95 P, John Deere, punt 76.
- ^[61] De uitwisseling van informatie kan de mededinging beperken op een wijze die vergelijkbaar is met een fusie, indien de coördinatie op de markt er doeltreffender, stabiel of waarschijnlijker door wordt; zie zaak C-413/06 P, Sony, Jurispr. 2008, blz. I-4951, punt 123, waarin het Hof van Justitie de criteria onderschreef die door het Gerecht waren vastgesteld in zaak T-342/99, Airtours, Jurispr. 2002, blz. II-2585, punt 62.
- ^[62] Zaak C-238/05, Asnef-Equifax, punt 54.
- ^[63] De bespreking in de punten 78 tot en met 85 bevat geen volledige lijst van relevante marktkenmerken. Er kunnen andere marktkenmerken zijn die voor het organiseren van bepaalde vormen van informatie-uitwisseling belangrijk zijn.
- ^[64] Zie zaak T-35/92, John Deere, Jurispr. 1994, blz. II-957, punt 78.
- ^[65] Zie beschikking van de Commissie in zaken IV/31.370 en 31446, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, [PB L 68 van 13.3.1992, blz. 19](#), overweging 51, en zaak T-35/92, John Deere, punt 78. Het is niet noodzakelijk dat er sprake is van volledige stabiliteit of dat hevige concurrentie uitgesloten is.
- ^[66] Uitwisseling van informatie in het kader van een O&O-overeenkomst valt, voor zover deze niet verder gaat dan voor de uitvoering van die overeenkomst nodig is, binnen de veilige zone van 25 % waarvan sprake is in de groepsvrijstellingsverordening inzake O&O. In het kader van de groepsvrijstellingsverordening voor specialisatie is de veilige zone 20 %.
- ^[67] Het verzamelen van historische gegevens kan ook een middel zijn om als brancheorganisatie een bijdrage te leveren aan een evaluatie van het overheidsbeleid.
- ^[68] In eerdere zaken heeft de Commissie bijvoorbeeld de uitwisseling van individuele gegevens die meer dan een jaar oud waren als historisch bestempeld en als niet-mededingingsbeperkend in de zin van artikel 101, lid 1, terwijl informatie van minder dan een jaar oud als recent is beschouwd; Beschikking van de Commissie in zaak IV/31.370, UK Agricultural Tractor Registration Exchange, reeds aangehaald in voetnoot 71, overweging 50; Beschikking van de Commissie in zaak IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, [PB L 1 van 3.1.1998, blz. 10](#), overweging 17.
- ^[69] Aan de andere kant maken langlopende contracten het wellicht minder waarschijnlijk dat snel genoeg vergeldingsmaatregelen worden genomen.
- ^[70] Afhankelijk van de structuur van de markt en de algemene context van de uitwisseling valt evenwel niet uit te sluiten dat een eenmalige informatie-uitwisseling voldoende kan zijn om de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun marktgedrag af te stemmen en aldus de concurrentie en de risico's die concurrentie met zich brengt, met succes te vervangen door feitelijke samenwerking; zie zaak C-8/08, T-Mobile Nederland, voetnoot 59.
- ^[71] Gevoegde zaken T-191/98 e.a., Atlantic Container Line (TACA), Jurispr. 2003, blz. II-3275, punt 1154. Dit geldt wellicht niet wanneer de informatie in het kader van een kartel wordt uitgewisseld.
- ^[72] 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.
- ^[73] Zie gevoegde zaken T-202/98 enz., Tate & Lyle, punt 60.

- (74) Dit sluit niet uit dat een database tegen een lagere prijs kan worden opengesteld voor kopers die er zelf gegevens voor hebben aangebracht, aangezien zij daarvoor normaal gezien ook kosten hebben gemaakt.*
- (75) Een onderzoek naar toetredingsbarrières en het bestaan van een tegenwicht vormende „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 consumenten 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.*
- (76) De bespreking van de potentiële efficiëntieverbeteringen die informatie-uitwisseling kan meebrengen, beoogt exclusief noch uitputtend te zijn.*
- (77) Dergelijke efficiëntieverbeteringen moeten worden afgewogen tegen de mogelijke negatieve effecten van bijvoorbeeld een beperking van de mededinging op een markt die innovatie stimuleert.*