II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 13 juli 1990

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag

(IV/32.009 — Elopak/Metal Box — Odin)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(90/410/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op artikel 2,

Gezien de aanmelding van de hieronder genoemde overeenkomsten en het verzoek om een negatieve verklaring, dat op 1 augustus 1986 gezamenlijk is ingediend door Elopak A/S te Lierstranda, Noorwegen (hierna „Elopak" genoemd), Elopak Ltd te Hertfordshire, Verenigd Koninkrijk, Metal Box plc te Berkshire, Verenigd Koninkrijk (hierna „Metal Box" genoemd), en Odin Developments Ltd te Hertfordshire, Verenigd Koninkrijk (hierna „Odin" genoemd), betreffende de oprichting van een gezamenlijke onderneming, Odin, dewelke overeenkomsten op 23 april 1986 werden ondertekend en voornamelijk bestaan uit een aandeelhoudersovereenkomst met betrekking tot Odin, twee know-how-licenties en twee onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten,

Gezien de samenvatting van de aanmelding (2), die overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 is bekendgemaakt,

Na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt :

I. DE FEITEN

A. Onderwerp van de beschikking

(1) Deze beschikking betreft overeenkomsten tussen Elopak en Metal Box. Het doel van de overeenkomsten is de oprichting van Odin, in gemeenschappelijk eigendom van Elopak en Metal Box, die het onderzoek en de ontwikkeling moet verrichten van een verpakking met kartonnen basis en losse sluiting die via een aseptisch proces kan worden gevuld met levensmiddelen die een UHT-behandeling hebben ondergaan. Odin zal ook de machines en de technologie ontwikkelen voor het vullen van deze nieuwe verpakkingen en, indien de zaak met succes wordt bekroond, de produktie en afzet van de nieuwe verpakkingen en hun vulmachines ter hand nemen.

(2) De aanmelding had ten doel de procedure van artikel 7 van Verordening (EEG) nr. 418/85 van de Commissie van 19 december 1984 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, op groepen onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten (3) in te schakelen. Voor het geval deze procedure niet van toepassing zou zijn, verzochten

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. C 215 van 13. 8. 1987, blz. 3.
(3) PB nr. L 53 van 22. 2. 1985, blz. 5.

partijen overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van Verordening nr. 17 om een negatieve verklaring, subsidiair om een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

B. De partijen

(3) *Elopak.* Het Elopak-concern is van Noorse oorsprong en houdt zich vooral in Europa, maar ook in Afrika, het Midden-Oosten en de Verenigde Staten bezig met de fabricage en verkoop van kartons voor verpakking en distributie in de melkerij- en levensmiddelenindustrie. Zij leverde en installeerde tevens geïntegreerde uitrusting voor het vullen, verpakken en behandelen van deze kartons. Tot voor kort vervaardigde Elopak de vulmachines niet zelf, maar trad op als dealer voor een aantal vulmachinefabrikanten. Elopak levert voornamelijk kartons voor melk en in mindere omvang vruchtesap, wijn en water. Haar melkkartons zijn bijna uitsluitend voor gepasteuriseerde (verse) melk met een levensduur van slechts enkele dagen. Elopak was dealer voor Liquipak International Inc. (USA) voor machines die UHT-melk aseptisch kunnen verpakken, waardoor deze melk enkele maanden in de winkel kan blijven liggen. Deze overeenkomst werd echter beëindigd. In 1988 verwierf Elopak de verpakkingsmachineafdeling „Purepak" van Excello (USA), waarvoor zij reeds als dealer voor de vulmachines voor verse produkten optrad. Purepak had ook getracht zelf machines voor aseptische verpakking te ontwikkelen. De geconsolideerde omzet van de Elopak-groep (waaronder Elopak Ltd) bedroeg in 1985 ongeveer 300 miljoen ecu. Elopak is momenteel in onderhandeling met de British Technology Group (hierna „BTG" genoemd) over het verkrijgen van een licentie voor het gebruik van de nieuwe BTG-technologie, die zeer geschikt is voor het steriliseren van voorgevormde kartonnen verpakking, zoals Elopak's „gable-top"-karton, en die ook in de Liquipak-machines werd gebruikt (1).

(4) *Metal Box.* De Metal Box-groep is van Britse oorsprong en houdt zich bezig met een aantal industriële activiteiten (verpakking, centrale verwarming en verfijnde drukkerij) in de gehele wereld. Haar hoofdactiviteit, verpakking, omvat niet alleen traditionele blikken voor levensmiddelen en vloeistoffen, maar ook PET- en polythene flessen, algemene plastieke verpakkingen, spuitbussen, metalen en plastieke verfbussen, plastieke verpakking voor toiletartikelen en cosmetica en een groot aantal andere verpakkingen, sluitingen en zegels. De meeste levensmiddelen in blik worden gevuld volgens een sterilisatieprocédé, maar Metal Box heeft een aseptisch gevulde „milk can" (polypropyleenverpakking met aluminium bovenkant) voor vloeistoffen met lange levensduur, waaronder melk. Metal Box heeft haar eigen actieve O & O-centrum, dat zich bezighoudt met een groot aantal verpakkingsmaterialen en procédés. De geconsolideerde omzet van de Metal Box-groep bedroeg in 1985/1986 zowat 1 520 miljoen ecu. In oktober 1988 verleende de Commissie goedkeuring aan een samensmelting van de verpakkingsactiviteiten van Metal Box en Carnaud (metalen en plastieke containers). Na deze transactie deed zich een belangrijke structurele verandering voor in de Europese verpakkingsindustrie, toen Carnaud en Metal Box overeenkwamen een nieuwe, grote verpakkingsonderneming op wereldniveau te stichten, CMB Packaging genaamd, waarin beide genoemde partijen elk 25,5 % van het aandelenkapitaal zullen bezitten en waarvan de overige aandelen bij het publiek zullen worden geplaatst. De geconsolideerde omzet van de nieuwe groep zal meer dan ongeveer 3,1 miljard ecu bedragen. 170 fabrieken in 26 landen zullen ertoe behoren en zullen wereldwijd werk bieden aan ongeveer 35 000 personeelsleden.

C. De overeenkomsten

(5) De voornaamste aspecten van de aangemelde overeenkomsten, die op 23 april 1986 zijn gesloten, worden hieronder weergegeven.

Elopak en Metal Box richten voor een onbepaalde periode een gemeenschappelijke vennootschap op waarin zij elk de helft van de aandelen nemen: Odin, voor het onderzoek, de ontwikkeling en de eventuele latere exploitatie (te weten fabricage en afzet) van een nieuwe vorm van verpakking op basis van papierplaat met een losse sluiting (van gelamineerd metaal) en van de met deze nieuwe verpakking verbonden vul- en sluitingsmachinerie en technologie. De nieuwe verpakking zal worden gebruikt voor vaste levensmiddelen (geen vloeistoffen) die een UHT-behandeling voor duurzame opslag hebben ondergaan, en zal aseptisch worden gevuld. Dit nieuwe produkt en de nieuwe daarbij behorende machines en technologie voor het vullen, afsluiten en behandelen vormen het onderwerp van de overeenkomst. Odin zal worden beheerd door een bestuur dat uit een gelijk aantal vertegenwoordigers van Elopak en Metal Box is samengesteld.

(6) Metal Box en Elopak geven Odin licenties om waar ook ter wereld al hun respectieve industriële eigendomsrechten (al dan niet geoctrooieerd) in verband met het onderwerp van de overeenkomst te exploiteren. Beide moedermaatschappijen verlenen Odin een soortgelijke licentie voor nieuwe door hen te verwerven industriële eigendomsrechten. Odin maakt van deze rechten geen gebruik voor andere doeleinden dan voor het onderwerp van de overeenkomst en behandelt deze rechten vertrouwelijk. Odin wordt eigenares van alle verbeteringen welke zij in de genoemde rechten aanbrengt.

(7) Binnen het toepassingsgebied van de overeenkomsten heeft Odin het exclusieve recht om de industriële eigendomsrechten onder licentie van de moedermaatschappijen alsmede door haar daarin aan te brengen verbeteringen, te exploiteren.

(1) Zie Beschikking 88/501/EEG van de Commissie van 26 juli 1988 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.043 — Tetra Pak I (BTG-licentie)) (PB nr. L 272 van 4. 10. 1988, blz. 27).

Aangezien Odin's exclusiviteit zich slechts uitstrekt tot het gebied van de overeenkomsten, moet het worden beschouwd als gebruiksexclusiviteit. Beslist Odin om de nieuwe technologie in een bepaald land niet te exploiteren, dan hebben de moedermaatschappijen het recht de technologie in dat land te exploiteren wanneer Odin aan derden daartoe de gelegenheid biedt.

(8) De moedermaatschappijen kunnen van Odin een niet-exclusieve licentie (zonder het recht onderlicenties te verlenen) verkrijgen voor verbeteringen die door Odin zijn aangebracht, mits

— het gebruik of de exploitatie van deze verbeteringen vermoedelijk geen conflicten met Odin veroorzaakt (dit wil zeggen dat alle vormen van gebruik buiten het toepassingsgebied van de overeenkomst zijn toegestaan), of

— Odin beslist deze technologie niet voor eigen doeleinden te exploiteren.

(9) Het staat Elopak en Metal Box vrij om, zelfstandig dan wel met een derde, onderzoek en ontwikkeling of exploitatie te doen plaatsvinden op het gebied van verpakkingssystemen voor houdbare vaste levensmiddelen, voor zover zij de know-how van de wederpartij in Odin noch verbeteringen welke daaraan door Odin zijn aangebracht, gebruiken, tenzij in de overeenkomsten anders is aangegeven.

(10) In geval van een impasse, wanprestatie of geschillen over de vraag hoe Odin het nieuwe produkt verder moet ontwikkelen of exploiteren, en indien deze geschillen niet kunnen worden bijgelegd, zijn er regelingen getroffen krachtens welke een van de partijen de aandelen van de wederpartij kan overnemen. In een dergelijk geval biedt een van de partijen (de keuze wordt bepaald door het type wanprestatie of geschil) haar aandelen aan de wederpartij aan. Wordt dit aanbod niet aanvaard, dan is de aanbieder verplicht de aandelen van de wederpartij tegen de in het oorspronkelijke aanbod opgenomen prijs te kopen.

(11) Bij een dergelijke scheiding of verkoop van aandelen worden de volgende niet-exclusieve licenties vrij van rechten toegekend :

— Odin geeft de verkoper van de aandelen een licentie over al haar verbeteringen ;

— de koper geeft zijn eigen industriële eigendomsrechten aan de verkoper in licentie voor uitsluitend gebruik binnen de werkingssfeer van de overeenkomst.

Soortgelijke licenties over en weer worden bij een liquidatie van Odin aan beide moedermaatschappijen toegekend.

(12) Bij een dergelijke scheiding, verkoop of liquidatie mag Elopak noch Metal Box gedurende vijf jaar know-how van de wederpartij of door Odin gemaakte verbeteringen met een concurrent van die wederpartij, gebruiken.

(13) Behoudens andersluidende bepalingen in de overeenkomst mag een partij haar aandelen in Odin slechts met de toestemming van de wederpartij vervreemden. Zelfs na een scheiding en verkoop als bedoeld in punt 10, mag de koper van de aandelen gedurende vijf jaar geen aandelen in Odin aan derden overdragen zonder deze eerst tegen dezelfde voorwaarden aan de oorspronkelijke verkoper te hebben aangeboden.

(14) Alle informatie welke door Odin of door een van de partijen in het kader van deze overeenkomsten van de wederpartij is verkregen, wordt vertrouwelijk behandeld. Elopak en Metal Box verrichten tegen betaling en op contractbasis onderzoek en ontwikkeling op verzoek van Odin. Odin wordt eigenares van alle industriële eigendomsrechten die bij de uitvoering van een dergelijk contractueel werk ontstaan. Elopak en Metal Box behandelen alle informatie die in het kader van deze overeenkomsten wordt onthuld of ontwikkeld, vertrouwelijk.

D. De produkten en de markt

(15) Het is de bedoeling dat voor het nieuwe produkt gebruik wordt gemaakt van het zogenaamde „gable-top"-karton van Elopak, dat uit papierplaat, gelaagd met polyethyleen of aluminium, bestaat en dat het nieuwe produkt een losse sluiting van gelaagd metaal krijgt. Het moet aseptisch kunnen worden gevuld en gesloten om het te kunnen gebruiken voor de verpakking van levensmiddelen die een UHT-behandeling hebben ondergaan en die vaste deeltjes bevatten. Tegelijk met het nieuwe produkt moet de uitrusting voor sterilisatie, vulling, sluiting en behandeling worden ontwikkeld, welke moet worden aangepast aan het nieuwe produkt en aan het nog te ontwikkelen vul- en sluitingsprocédé. Levensmiddelen die in het nieuwe produkt worden verpakt, hebben een levensduur van enkele maanden. Men verwacht dat de UHT-behandeling de kwaliteit van de verpakte levensmiddelen minder zal aantasten dan de sterilisatie die bij het inblikken wordt toegepast. Een prototype van de vulmachine is reeds ontwikkeld en Odin overweegt om afnemers uit te nodigen het prototype aan een test te onderwerpen.

(16) De markt voor het produkt is nog niet ontwikkeld en de aanvaarding van het produkt door de consument is nog niet getest. Verwacht wordt evenwel dat soepen, sauzen, taartvulling, vruchten, groenten, babyvoeding, deegwaren en honde- en kattevoer voor de toepassing in aanmerking komen. Indien het nieuwe produkt met goed gevolg wordt ontwikkeld, kan het een technisch bevredigende vervanging vormen, inzonderheid voor metalen blikken, maar ook voor glazen en voor bepaalde „brick"-kartons („baksteen"-kartons) die volgens een aseptisch procédé kunnen worden gevuld met UHT-behandelde vloeistoffen of halfvloeibare produkten.

(17) De markten voor de verpakkingen waarmee het nieuwe produkt vermoedelijk zal concurreren, zijn oligopolistisch van structuur, namelijk voor metalen blikken: Nacanco, Continental Can, American Can, PLM (Zweedse oorsprong) en het reeds genoemde CMB Packaging; voor glazen verpakkingen: Owens Illinois, Saint Gobain en PLM; voor „brick"-kartons: Tetrapak en PKL (Duitsland).

(18) De transportkosten beperken de geografische omvang van de relevante markt voor metalen blikken en glazen verpakkingen, maar niet die voor „brick"-kartons. Het nieuwe produkt zal, zoals de bestaande „gable-top"-kartons van Elopak, vermoedelijk als platte platen met afzonderlijke deksels worden getransporteerd. De afstand waarover het nog rendabel kan worden getransporteerd zal derhalve waarschijnlijk groter zijn dan momenteel met metalen blikken en glazen verpakkingen mogelijk is. Het bestaan van deze andere concurrenten, zelfs binnen de oligopolistische structuur van de markt, en het feit dat de transportkosten voor het nieuwe produkt vermoedelijk de geografische omvang van de relevante markt niet sterk zullen beperken, betekenen dat de oprichting van Odin de toegang tot de markt van andere concurrenten niet wezenlijk zal beperken.

(19) Het nieuwe produkt zal niet concurreren met de huidige „gable-top"-verpakking van Elopak, die voor verse melk wordt gebruikt. Op deze markt is hoe dan ook een aantal concurrenten aanwezig, waaronder Tetrapak, dat zijn eigen technologie bezit.

E. Opmerkingen van derden

(20) Binnen de termijn die daartoe in de bekendmaking van de Commissie op grond van artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 was vastgesteld, zijn geen schriftelijke opmerkingen ontvangen.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Verordening (EEG) nr. 418/85

(21) Partijen hebben de procedure van artikel 7 van Verordening (EEG) nr. 418/85 gevolgd. De aangemelde overeenkomsten voldoen evenwel niet aan de voorwaarden om deze vereenvoudigde procedure te kunnen toepassen. Deze procedure is niet van toepassing op gemeenschappelijke ondernemingen, zoals Odin, die zich niet alleen met de produktie doch ook met de distributie bezighouden. Voor de toepassing van die procedure is voorts vereist dat de overeenkomsten binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. Dat is hier niet het geval. De verenigbaarheid van de aangemelde overeenkomsten met het Verdrag moet derhalve bij individuele negatieve verklaring worden vastgesteld.

a) Odin gaat de distributie van de nieuwe produkten verzorgen. Zulk een gezamenlijke distributie valt niet onder Verordening (EEG) nr. 418/85 (zie artikel 1, lid 2, onder d)). Voorts vereist artikel 2, onder e), dat de gemeenschappelijke onderneming waaraan de vervaardiging van de produkten is opgedragen, deze produkten slechts aan contractspartijen levert. Aan deze voorwaarde is niet voldaan indien uitsluitend Odin en niet de moedermaatschappijen met de distributie wordt respectievelijk worden belast. Aangezien de overeenkomsten niet aan de voorwaarden van artikel 2 voldoen, kan de vereenvoudigde procedure van artikel 7 van Verordening (EEG) nr. 418/85 niet worden toegepast.

b) Om hierna uiteengezette redenen is artikel 85, lid 1, van het Verdrag op de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming (de moedermaatschappijen zijn elkaars daadwerkelijke noch potentiële concurrenten) noch op één van de afzonderlijke bepalingen van deze overeenkomsten van toepassing. De overeenkomsten behoeven dan ook geen ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Zij komen veeleer in aanmerking voor een formele negatieve verklaring.

B. Artikel 85, lid 1, van het Verdrag

(22) Nu Odin gemeenschappelijk bezit van beide moedermaatschappijen is en door beide gezamenlijk wordt gecontroleerd, moet de gemeenschappelijke onderneming in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag worden onderzocht.

(23) Hoewel ten tijde van de aanmelding zowel het produkt als de produktmarkt nog moest worden ontwikkeld, kan worden aangenomen dat de Gemeenschap de relevante geografische markt is. Het is moeilijk de relevante produktmarkt af te bakenen waarop het nieuwe produkt zal concurreren. Er wordt van uitgegaan dat dit produkt een technisch bevredigende vervanging vormt voor de verpakking van vaste levensmiddelen (daaronder zijn geen vloeistoffen, maar wel halfvloeibare produkten begrepen) die een UHT-behandeling voor duurzame opslag hebben ondergaan en die aseptisch zijn gevuld. Hoewel het produkt waarschijnlijk een technische vervanging zal vormen voor blikken, glazen potten en sommige „brick"-kartons, kan vanwege de voorkeur van de consument een eigen speciale markt ontstaan.

(24) Om de hierna uiteengezette redenen blijkt in dit geval, dat ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten:

— Elopak en Metal Box op de relevante produktmarkt daadwerkelijke noch potentiële concurrenten waren en dat

— de ontwikkeling van het produkt door een van beide partijen alleen hoogst onwaarschijnlijk was.

(25) Elopak beschikt niet over een compleet gamma van eigen of volledig geteste technologie voor zowel machines als kartons voor de verpakking met aseptische vulling van levensmiddelen die een UHT-behandeling hebben ondergaan. Als distributeur van Liquipak aseptische machines had Elopak geen toegang tot de gebrevetteerde technologie in deze machines die uitsluitend voor het vullen van kartonnen verpakkingen met vloeistoffen zijn bestemd. De know-how van Elopak heeft voornamelijk betrekking op kartonnen verpakkingen voor vloeistoffen en is onvoldoende om zelfstandig het nieuwe produkt te ontwikkelen voor aseptisch gevulde kartons met een losse sluiting voor vaste levensmiddelen. Zelfs de toegang tot de BTG-technologie zou slechts haar know-how inzake de sterilisatie van kartons verder ontwikkelen.

Metal Box heeft geen ervaring met het type kartonnen verpakkingen dat als basis voor het nieuwe produkt moet worden gebruikt. Een speciale know-how voor verpakkingen is noodzakelijk om de hitteontwikkeling bij het vulprocédé te kunnen doorstaan ; de verpakkingen moeten daarbij hun stabiliteit behouden en een houdbaarheid van enkele maanden garanderen. Deze kartons moeten in ieder geval worden aangepast om hen van een gelaagd metalen deksel te kunnen voorzien.

Alleen zou geen van beide partijen op korte termijn de markt kunnen penetreren, aangezien dat kennis van technologie van de andere partij zou vereisen die niet zonder kostbare en langdurige investeringen kan worden ontwikkeld.

De ervaring en de middelen van zowel Metal Box als van Elopak zijn nodig voor de ontwikkeling van het nieuwe produkt, dat een combinatie van hun respectieve technische en commerciële know-how zal zijn. Vanwege de technische risico's verbonden met het onderzoekwerk voor een geheel nieuw produkt dat zijn sporen nog moet verdienen en waarvoor elke partner geheel nieuwe technologie nodig heeft, alsmede vanwege de risico's in verband met de ontwikkeling van de nieuwe vul-, sluitings- en behandelingsmachines, is het feitelijk uitgesloten dat één partij het onderzoek- en het ontwikkelingswerk zelf uitvoert. Daarbij komen de aanzienlijke commerciële risico's, niet alleen om het nieuwe karton bij de eindgebruiker ingang te doen vinden, maar ook om fabrikanten/verpakkers van levensmiddelen ertoe over te halen in dure nieuwe verpakkings- en sluitingsmachines, die onvermijdelijk voor het nieuwe produkt nodig zullen zijn, te investeren. Voorts dient Odin een snelle reparatie- en onderhoudsdienst voor de vul- en sluitingsmachines te bieden, daar de fabrikanten van levensmiddelen dit zullen eisen wanneer men hen tot het aanschaffen van nieuwe machines wil overhalen. Ondersteunende dienstverlening is essentieel ter voorkoming van het uitvallen van machines en van vertragingen waarvan, indien levensmiddelen bederven, de kosten hoog kunnen oplopen.

Het samenvoegen van de know-how van elke partij vermindert in aanzienlijke mate de technische risico's en dus ook de gezamenlijk te dragen financiële lasten.

(26) Op het vlak van de activiteiten die buiten het terrein van de gemeenschappelijke ondernemingen vallen, zijn partijen elkaars daadwerkelijke noch potentiële concurrenten. Elopak is een fabrikant van kartons voor verse of gepasteuriseerde vloeistoffen, een markt waarop Metal Box niet aanwezig is. De oprichting van Odin heeft dus geen invloed op enige bestaande of potentieel concurrerende verhouding tussen de moedermaatschappijen. Odin zou een concurrente van Metal Box kunnen worden. Op dit punt wordt hierna nader ingegaan.

(27) Het is niet waarschijnlijk dat de oprichting van Odin ertoe leidt dat dergelijke mogelijkheden voor potentiële concurrenten worden uitgeschakeld. Zoals reeds vermeld, kan, zolang het produkt niet is ontwikkeld en met succes op de markt is gebracht, moeilijk worden gezegd op welke relevante produktmarkten het produkt het sterkst zal concurreren. Ondanks deze onzekerheid zijn er verscheidene andere, zeer grote fabrikanten van metalen verpakkingen in de Gemeenschap die een technische know-how bezitten die alleszins de vergelijking met die van Metal Box doorstaat. Op de markt voor kartons is Elopak slechts één van de ondernemingen die Excello-technologie op niet-exclusieve basis aanwenden. Voorts bezit met name Tetrapak, dat een veel groter marktaandeel heeft, naast haar eigen technologie voor verse melk, die gelijkwaardig is aan die van Elopak, ook een aseptische technologie voor „brick"-kartons, die reeds in beperkte omvang worden gebruikt voor levensmiddelen die een UHT-behandeling hebben ondergaan. Ook PKL is technisch daartoe in staat.

(28) Aangezien partijen niet echt als elkaars daadwerkelijke of potentiële concurrenten kunnen worden beschouwd, de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming niet het risico meebrengt dat de mededinging wordt uitgeschakeld, en de overeenkomst niet voorziet in de oprichting van een netwerk van met elkaar concurrerende gemeenschappelijke ondernemingen, vallen deze overeenkomsten met betrekking tot de oprichting van Odin niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

(29) De specifieke voorschriften in de overeenkomst moeten evenwel worden onderzocht om uit te maken of zij de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag beperken, dan wel of zij gewoon voor het starten en het goed functioneren van de gemeenschappelijke onderneming onontbeerlijk zijn. Daarbij moet inzonderheid rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de nieuwe produkten van Odin, indien deze met succes worden ontwikkeld en verkocht, in zekere zin met de huidige produktie van Metal Box kunnen concurreren.

Bepalingen in verband met de activiteiten van de moedermaatschappijen

(30) De toekenning aan Odin van de exclusieve rechten tot exploitatie van de know-how binnen de werkingssfeer van de overeenkomst (die zeer strikt is omschreven zodat slechts het zeer specifieke betrokken produkt daaronder valt) betekent voor alle partijen een waarborg dat de wederpartij zich tot het uiterste voor dit project zal inspannen. Aangezien het welslagen van Odin daarvan afhangt, scheppen deze voorschriften bij elk van de partijen de bereidheid om de vereiste financiële, technische en commerciële risico's te dragen en om geheime know-how aan elkaar mee te delen. Dit is inzonderheid van belang in het onderhavige geval waarin een belangrijk deel van de know-how niet door octrooien is beschermd. Hetzelfde kan worden gezegd van de voorschriften betreffende de niet-exclusieve licentie op verbeteringen, die door Odin aan de moedermaatschappijen kan worden verleend, en van de voorschriften waarbij het gebruik van deze verbeteringen wordt beperkt. Hierdoor is gewaarborgd dat Odin de know-how uitsluitend binnen de werkingssfeer van de overeenkomst kan gebruiken.

(31) Hoewel de bescherming die Odin aan het exclusieve recht tot exploitatie ontleent, verder gaat dan de aanvankelijke startperiode voor nieuwe technologie en zelfs voor de hele bestaansduur van Odin behouden kan blijven, kan op grond van de volgende omstandigheden redelijkerwijze niet worden aangenomen dat met die bescherming artikel 85, lid 1, van het Verdrag wordt geschonden :

— De know-how van beide moedermaatschappijen (en niet slechts die van één moedermaatschappij) en het eigen O & O-werk van Odin zijn niet alleen noodzakelijk voor de ontwikkeling van het nieuwe produkt, maar ook voor de ontwikkeling van de ermee verbonden machines en technologie. Zij zijn ook noodzakelijk voor de fabricage en het in de handel brengen van het produkt dat, zelfs indien het met succes wordt ontwikkeld, nog steeds door de consumenten moet worden aanvaard, en vervolgens moet worden aangepast aan mogelijke wijzigingen in de wensen van de afnemers, in kwaliteitseisen en in fabricagetechnologie.

— Aan de activiteiten van Odin zijn geen expliciete beperkingen gesteld wat de prijs, de hoeveelheid, de afnemers of het grondgebied betreft, ook al kan het nieuwe produkt van Odin tot op zekere hoogte met de huidige produkten van Metal Box concurreren.

— De exclusiviteit is tot de zeer strikt omschreven werkingssfeer van de overeenkomst beperkt. Verder wordt het onderzoek, de ontwikkeling of de exploitatie van nauw verwante en mogelijk concurrerende produkten door de moedermaatschappijen niet beperkt.

De exclusiviteit kan in dit geval niet worden vergeleken met exclusieve licenties op know-how die zonder meer in aanmerking komt voor technische exploitatie, in een verhouding tussen licentiegever en licentienemer (zie Beschikking 87/123/EEG van de Commissie in de zaak Boussois/Interpane [1]) dan wel in een geval waarin de licentiegever partij is bij een gemeenschappelijke onderneming waarmee hij rechtstreeks kan concurreren (zie Beschikking 87/100/EEG van de Commissie in de zaak Mitchell-Cotts/Sofiltra [2]).

(32) De verlening aan Odin van een niet-exclusieve licentie om de know-how van haar moedermaatschappijen te gebruiken, de bepalingen betreffende de ontwikkeling van de know-how en de geheimhoudingsplicht ter zake vormen geen inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Door deze bepalingen worden de moedermaatschappijen niet beperkt in de mogelijkheid om onderzoek en ontwikkeling in nauw verbonden en concurrerende sectoren te verrichten. Een dergelijk onderzoek- en ontwikkelingswerk is duidelijk toegestaan zolang een partij geen gebruik maakt van de know-how van de andere partij of van de verbeteringen van Odin (hoewel deze verbeteringen buiten het toepassingsgebied van de overeenkomst mogen worden gebruikt). Deze bepalingen, evenals die betreffende de geheimhouding, waarborgen slechts het vertrouwelijke karakter van de geheime know-how en verhinderen dat de andere partij Odin gebruikt als een middel tot het verkrijgen van know-how waartoe zij anders geen toegang zou hebben.

(33) De verplichtingen van partijen in verband met de in licentie gegeven technologie bij ontbinding of scheiding vormen geen inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag. In een dergelijk geval krijgen beide partijen naast onbeperkte toegang tot door Odin aangebrachte verbeteringen, ook het gebruik van de know-how van de andere partij binnen de werkingssfeer van de overeenkomst. Bij beëindiging van Odin of bij verkoop door één van de partijen kunnen beide partijen concurreren met gebruikmaking van alle know-how, daaronder begrepen die van de andere partij die binnen de werkingssfeer van de overeenkomst valt, en met gebruikmaking van de verbeteringen die door hen zelf of door Odin op om het even welk terrein zijn aangebracht. De beperking van het gebruik van de know-how van de andere partij tot de werkingssfeer van de overeenkomst gaat noodzakelijk samen met een samenwerking die tot een specifieke soort activiteiten is beperkt. Aangezien scheiding of verkoop door beide partijen zeer gemakkelijk kan worden veroorzaakt, garandeert dit voorschrift slechts dat een dergelijke mogelijkheid niet door een van de partijen zal worden aangewend als een voorwendsel om buiten het zeer specifieke terrein van de overeenkomst over de know-how van de andere partij te

(1) PB nr. L 50 van 19. 2. 1987, blz. 30.
(2) PB nr. L 41 van 11. 2. 1987, blz. 31.

kunnen beschikken. De gemakkelijke scheiding of verkoop (met de daarmee samengaande toegang tot de know-how) waarborgt tevens dat Metal Box haar gedeelde controlepositie over Odin niet zal gebruiken om te verhinderen dat het nieuwe produkt volledig en daadwerkelijk wordt geëxploiteerd, indien zij van oordeel zou zijn dat een dergelijke exploitatie de produkten die zij thans vervaardigt, zou schaden. Evenmin kan Metal Box de produktie of verkoop van Odin territoriaal beperken zonder een scheiding uit te lokken, indien Elopak zulks wenst, dan wel Elopak de mogelijkheid te laten om het nieuwe produkt te exploiteren op een grondgebied waarop Metal Box zich tegen exploitatie door Odin verzet. Elopak heeft geen reden om de produktie van Odin of de geografische zone van haar verkopen te beperken. Er is ook geen reden om te veronderstellen dat Metal Box haar medezeggenschap in Odin zal gebruiken op een wijze die in strijd is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

(34) De volgende beperkingen vallen evenmin onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag :

a) de verplichting die op iedere moedermaatschappij rust om gedurende vijf jaar na de scheiding van Odin (of verkoop door één partij van haar aandelen) een concurrent van de andere moedermaatschappij niet toe te staan gebruik te maken van de know-how van die andere moedermaatschappij noch van verbeteringen die door Odin zijn aangebracht ;

b) de bepaling waarbij de verkoper in het geval van een verdere verkoop een recht van voorkoop krijgt.

Deze bepalingen zijn het noodzakelijke gevolg van de oprichting van Odin, zonder welke redelijkerwijs niet van de twee moedermaatschappijen kan worden verwacht dat zij samenwerken. Zonder deze bepalingen en inzonderheid gelet op het gemak waarmee de verkoop of scheiding kan worden veroorzaakt, kan het risico dat een concurrent know-how verwerft, beide partijen ervan afhouden de know-how die voor Odin essentieel is om het nieuwe produkt met goed gevolg te kunnen ontwikkelen, bekend te maken. Een concurrent mag evenmin rechtstreeks tot de door Odin aangebrachte verbeteringen toegang hebben zonder, zoals de partijen, risico of financiële investeringen te hebben gedragen. Deze bescherming van de door Odin aangebrachte verbeteringen is noodzakelijk indien men wil dat partijen Odin de nodige middelen voor de ontwikkeling van het nieuwe produkt ter beschikking stellen. Hetzelfde geldt voor het verbod om zonder de toestemming van de andere partij aandelen in Odin te vervreemden. Deze bescherming geeft tevens uitdrukking aan de wens van partijen om een bepaald project met een bijzonder gekwalificeerde partner op te zetten.

Aan Odin opgelegde beperkingen

(35) De bepalingen betreffende het gebruik door Odin van aan de moedermaatschappijen toebehorende know-how en de verplichting om deze know-how geheim te houden zijn noodzakelijk om het doel van Odin niet in gevaar te brengen en om het bestaan van Odin niet te ondergraven. Zij zijn een noodzakelijk gevolg van het verlangen van de moedermaatschappijen om de samenwerking tot een welbepaald terrein te beperken en van het gewettigde verlangen om de know-how geheim te houden. Volgens artikel 2 van Verordening (EEG) nr. 556/89 van de Commissie [1] zijn dergelijke bepalingen in know-how-licentieovereenkomsten wettig. Tenslotte zijn er aan Odin geen uitdrukkelijke bepalingen in verband met prijzen, hoeveelheid of grondgebied opgelegd. De bepalingen die op de activiteiten van Odin van toepassing zijn, vallen dan ook niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Impliciete beperkingen

(36) Uit wat voorafgaat blijkt dat noch de oprichting van Odin noch afzonderlijke gedetailleerde bepalingen onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen. De afzonderlijke bepalingen zijn immers :

— bepalingen die de mededinging niet in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag beperken, dan wel

— bepalingen die in een andere context de mededinging zouden kunnen beperken, doch zulks hier niet doen. Aangezien dergelijke bepalingen niet los van de oprichting van Odin kunnen worden gezien zonder haar bestaan en doelstelling te ondergraven, en aangezien de oprichting van Odin niet valt onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, vallen deze specifieke voorschriften eveneens buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1.

Wel moet een nader onderzoek naar zijdelingse of onvermijdbare, de mededinging beperkende gevolgen worden ingesteld tegen de achtergrond van de nieuwe potentiële concurrentie die tussen Metal Box en Odin kan ontstaan zodra de produkten van laatstgenoemde een commercieel succes zijn. Zoals hierboven reeds is uiteengezet, zijn er geen uitdrukkelijke bepalingen die de concurrentie tussen Metal Box en Odin beperken, en is er hoegenaamd geen geografische opdeling van de Gemeenschap. Er is reeds op gewezen dat er met name voor Elopak geen grond is om de produktie of het geografische verkoopgebied van Odin te beperken. Er is ook geen reden om te veronderstellen dat Metal Box haar medezeggenschap in Odin zal gebruiken op een wijze die zich niet met artikel 85, lid 1, van het Verdrag verdraagt. In een geval als het onderhavige bestaat er buiten de gemeenschappelijke onderneming geen impliciete beperking van de mededinging ten aanzien van de activiteiten van de moedermaatschappijen, omdat partijen ten tijde van de oprichting van

[1] PB nr. L 61 van 4. 3. 1989, blz. 1.

Odin geen potentiële concurrenten waren en in de praktijk geen van hen het nieuwe produkt zonder de volledige en actieve deelname van de wederpartij had kunnen ontwikkelen. Tenslotte wordt ieder gevaar van impliciete beperking van de mededinging die van de potentiële concurrentie tussen Metal Box en Odin kan uitgaan, afgezwakt door het gemak waarmee een scheiding of verkoop van Odin kan worden veroorzaakt en door de ruime mogelijkheden die nadien voor alle partijen blijven bestaan voor het verder gebruiken van de technologie (zie punt 11).

Conclusies

(37) Op grond van een en ander moet worden geconcludeerd dat de overeenkomsten tussen Metal Box en Elopak tot oprichting van Odin en de daarmee samenhangende overeenkomsten en overdracht van technologie, zoals in deze beschikking omschreven, er niet toe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt op merkbare wijze wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Derhalve moet niet worden onderzocht of het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed. De Commissie ziet in de inlichtingen waarover zij beschikt geen reden om uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het Verdrag op te treden. De Commissie kan derhalve ten aanzien van deze overeenkomsten een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van Verordening nr. 17 afgeven,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Op grond van de haar bekende gegevens bestaat er voor de Commissie geen aanleiding tot optreden uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het Verdrag ten aanzien van de overeenkomsten inzake de oprichting van Odin Development Ltd door Elopak A/S, Elopak Ltd en Metal Box plc en ten aanzien van de daarmee verband houdende overeenkomsten.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot:

Odin Development Ltd,
PO Box 66,
Stevenage,
GB-Hertfordshire SG1 2LU.

Elopak A/S,
PO Box 523,
N-3412 Lierstranda.

CMB Packaging SA,
Notelaarsstraat 211,
B-1040 Brussel.

CMB Packaging (UK) Ltd,
Woodside, Perry Wood Walk,
GB-Worcester WR5 1EQ.

Elopak Ltd,
Gunnels Wood Road,
Stevenage,
GB-Hertfordshire SG1 2BQ.

Gedaan te Brussel, 13 juli 1990.

Voor de Commissie
Leon BRITTAN
Vice-Voorzitter