BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 27 juli 1990

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

(IV/32.688 — Konsortium ECR 900)

(Slechts de teksten in de Duitse, de Engelse en de Nederlandse taal zijn authentiek)

(90/446/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 een samenwerkingsovereenkomst welke op 7 april 1988 door de firma's AEG Aktiengesellschaft, Alcatel NV en Oy Nokia AB is verricht,

Na bekendmaking van het essentiële gedeelte van deze aanmelding (2) overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17,

Gehoord het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

A. Onderwerp van de aanmelding

De ondernemingen AEG Aktiengesellschaft, Alcatel NV en Oy Nokia AB hebben op 7 april 1988 een door hen gesloten samenwerkingsovereenkomst aangemeld. De samenwerking tussen deze ondernemingen heeft betrekking op de oprichting van een consortium ECR 900 voor de gemeenschappelijke ontwikkeling en fabricage en de gemeenschappelijke afzet van een digitaal cellulair mobiel telefoniesysteem in geheel Europa. Zij omvat niet de eindapparatuur (mobilofoons), via welke de communicatiedeelnemers aan het systeem worden aangesloten.

B. De betrokken ondernemingen

(1) De AEG Aktiengesellschaft, hierna „AEG" te noemen, met zetel te Frankfurt am Main, Duitsland, behoort als sub-concern in meerderheid aan Daimler-Benz AG, die haar zetel heeft te Stuttgart-Untertürkheim, Duitsland. AEG is onder meer werkzaam op de gebieden automatiseringssystemen, elektrowerktuigen, energieverdeling, huishoudelijke apparaten en hoogfrequentie-, industrie-, informatie- en communicatietechniek.

(2) De firma Alcatel NV, hierna „Alcatel" te noemen, met zetel te Amsterdam, Nederland, behoort in meerderheid aan het CGE-concern dat zijn zetel heeft te Parijs, Frankrijk. Alcatel houdt zich bezig met communicatiesystemen en informatietechnologie.

(3) De firma Oy Nokia AB, hierna „Nokia" te noemen, met zetel te Helsinki, Finland, behoort niet tot een ander concern, maar is een zelfstandige bond van ondernemingen. Zij is onder andere werkzaam op de gebieden informatiesystemen, telecommunicatie, mobiele telefoons en amusementselektronica.

C. Beschrijving van het radiosysteem

(1) In het zogeheten „CEPT-Memorandum of Understanding" van 7 september 1987 (3) zijn de ondertekenaren van dit memorandum overeengekomen om in 1991 in hun landen een Europa omspannende publieke digitale cellulaire mobiele telecommunicatiedienst in te voeren. Bij het geprojecteerde telefoonsysteem, het zogeheten GSM-systeem, gaat het om een nieuw communicatiesysteem dat nog niet bestaat.

(2) Het systeem verbetert door toepassing van een nieuwe digitale cellulairtechniek de communicatie tussen de deelnemers aan een mobiel telefoonnetwerk in meerdere opzichten ; zo worden de spraakkwaliteit alsmede de aansluitingsdichtheid sterk verhoogd. De aansluiting van extra data- en telematicadiensten en de inschakeling van nieuwe beschermingsapparatuur (tegen misbruik van de deelnemingsapparaten door authentisering en tegen het afluisteren door codering) worden mogelijk. Dat naar men verwacht alle netwerkexploitanten in Europa akkoord gaan met de apparatuur- en programmatuur-interfaces van dit systeem houdt in dat alle communicatiebelemmeringen als gevolg van de systeemverschillen die samenhangen met geografische grenzen worden afgebroken en een uniform Europees communicatienet wordt geopend met de mogelijkheden van bij voorbeeld een Europa omspannende opsporing van een deelnemer in het gezamenlijke netwerk.

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. C 308 van 7. 12. 1989, blz. 5.

(3) CEPT = Conférence européenne des postes et des télécommunications.

(3) Door een definitie vooraf van het GSM-systeem aan de hand van uniforme standaards met twee tot drie gespecificeerde posten wordt gewaarborgd dat de ontwikkelingsarbeid tot één uniform systeem moet leiden. Het systeem vereist echter geen eenheidstechniek, maar laat ruimte voor de ontwikkeling van uiteenlopende systeemcomponenten. De verschillende gespecificeerde interfaces maken de compatibiliteit van alle systeemcomponenten mogelijk en scheppen dus de gelegenheid om delen van uiteenlopende fabrikanten te combineren.

D. Afnemers en aanbieders bij het GSM-systeem

Als afnemer voor het netwerkbereik van het GSM-systeem komen momenteel uitsluitend de nationale netwerkexploitanten van de CEPT-landen respectievelijk de voor hen optredende ondernemingen (in Duitsland bij voorbeeld Detecon, Consulting-Gesellschaft für Fernmeldeanlagen) in aanmerking.

De vraag naar alle, c.q. bepaalde, componenten van het systeem komt tot stand via aanbesteding. Zo is in *Supplement op het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* nr. S 2 van 5 januari 1988, bladzijde 59, een reeks aanbestedingen gepubliceerd.

Bij deze aanbestedingen gaat het om opdrachten voor levering en installatie en niet om ontwikkelingsopdrachten. Het doel is de leverantie, installatie en inbedrijfstelling van de installaties tegen het eerste kwartaal van 1991. De mobiele eindapparatuur valt niet onder de aanbestedingen.

Als aanbieders zijn tot dusver naast de aanmeldende ondernemingen nog de volgende consortia respectievelijk individuele aanbieders opgetreden :

— Philips/Siemens, respectievelijk Philips/Bosch/Siemens,
— Bosch/Philips,
— Matra-Ericsson,
— Ericsson/Orbitel,
— Ericsson/Matra/Ascom Hasler,
— Orbitel/Matra/Ericsson,
— Orbitel (Racal/Plessey),
— Motorola (gebruikmakend van systeemcomponenten afkomstig van derden).

E. Inhoud van de samenwerkingsovereenkomst

(1) De contractpartners zijn overeengekomen om bij de ontwikkeling en fabricage van het GSM-systeem en van delen van dit systeem de verdere definitie en aanpassing van technische specificaties alsmede de gemeenschappelijke en exclusieve afzet van dit systeem en delen daarvan in CEPT-landen conform de samenwerkingsovereenkomst samen te werken.

(2) De partners vormen een consortium onder de naam ECR 900 voor het doen van offerten voor het GSM-systeem bij aanbestedingen.

Voor verbintenissen voor CEPT-landen is de schriftelijke toestemming vooraf van alle partners vereist. Indien een der partners niet wil deelnemen aan een offerte of een overeenkomst, zijn de andere partners vrij dit te doen.

(3) Gedurende de looptijd van de overeenkomst is het de partners verboden om in de CEPT-landen voor het GSM-systeem nog offerten in te dienen of overeenkomsten te sluiten.

(4) Buiten de CEPT-landen is elk van de partners gerechtigd om voor delen van het GSM-systeem aan de ontwikkeling waarvan hij heeft deelgenomen, commerciële mogelijkheden na te streven.

(5) a) Bij ontwikkelingsactiviteiten waaraan meerdere partners deelnemen moet, zolang de technische documentatie voor de serieproduktie niet is voltooid, tussen de betrokken partners een permanente gratis uitwisseling van alle technische documentatie plaatsvinden.

b) Bij ontwikkelingsactiviteiten waaraan slechts één partner deelneemt vindt geen uitwisseling van technische documentatie plaats.

(6) a) Tot acht maanden voor het aflopen van de overeenkomst is het de partners verboden van de conform onder (5) a) verkregen technische documentatie gebruik te maken om het GSM-systeem of delen daarvan voor de verkoop in CEPT-landen te produceren.

b) Na afloop van de overeenkomst heeft elk der partners het niet-exclusieve recht van de conform onder (5) a) verkregen technische documentatie gebruik te maken om het GSM-systeem of delen daarvan voor de verkoop in landen naar hun keuze te produceren.

c) Binnen een termijn van vijf jaar na het aflopen van de overeenkomst is echter voor het verlenen van een sub-licentie over het genoemde recht aan derden toestemming vooraf van de betrokken partner vereist, waarbij eventuele licentierechten tussen de partners voor gelijke delen worden gedeeld.

Na afloop van deze termijn zijn de partners vrij sub-licenties zonder deling van de licentierechten te verlenen.

d) Bij uitsluiting van een partner wegens contractbreuk verliest de uitgesloten partner het recht van de hem verstrekte technische documentatie gebruik te maken.

(7) De overeenkomst kan door elk der partners voor het eerst op 31 december 1993 en daarna aan het einde van ieder jaar worden opgezegd. In dat geval kunnen de andere partners besluiten de overeenkomst voort te zetten.

De overeenkomst eindigt automatisch op 31 december 1992 indien de Franse of Duitse of een andere belangrijke postadministratie in een CEPT-land het GSM-systeem niet voor haar markt heeft uitgekozen.

F. Er zijn naar aanleiding van de bekendmaking overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 geen opmerkingen van derden bij de Commissie binnengekomen.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

Artikel 85, lid 1

De aangemelde samenwerkingsovereenkomst valt onder de huidige omstandigheden niet onder artikel 85, lid 1.

(1) Het gaat bij de betrokken contractspartners om ondernemingen en de aangemelde overeenkomst is er een tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1.

(2) De overeenkomst heeft echter desalniettemin om de volgende redenen geen beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt ten doel of ten gevolge :

a) *Gemeenschappelijke ontwikkeling en fabricage van het GSM-systeem*

De contractpartijen zijn overeengekomen om bij de ontwikkeling en fabricage van het GSM-systeem samen te werken. Deze overeenkomst vormt geen beperking van de mededinging. Feitelijk staat namelijk vast dat een individuele ontwikkeling en fabricage wegens de daaraan verbonden kosten achterwege zouden blijven. De aanbestedingen van de postadministraties van 5 januari 1988 houden een eng bemeten tijdschema in. In de aanbesteding voor Denemarken is de leverantie van het proefsysteem vóór eind oktober 1988 en in de aanbesteding voor het Verenigd Koninkrijk het volledige testen van het ontwikkelingssysteem vóór 30 juni 1989 neergelegd. Reeds midden 1990 moet in de aanbestedingslanden een eerste proefsysteem voor testen opgebouwd zijn en vóór het eerste kwartaal van 1991 is de leverantie, installatie en inbedrijfstelling van de installaties geprojecteerd. De contractpartners zouden derhalve bij een individueel optreden slechts beperkt in staat zijn zich aan het vastgestelde tijdschema te houden.

Bovendien zijn de financiële en personeelskosten voor de ontwikkeling en fabricage van het GSM-systeem zo groot dat er realistisch gesproken geen ruimte voor een individuele activiteit overblijft.

De ontwikkelingskosten worden door de contractpartners geraamd op ongeveer 300 à 500 miljoen DM. Dit bedrag kan wegens het tijdschema niet worden uitgesmeerd over een langere periode, maar moet vóór de installatie van het testsysteem in 1990 bijeen worden gebracht, terwijl de afschrijving van de investeringen in geval een offerte wordt aangenomen ver is uitgesteld. Bij een toewijzing aan een van de concurrenten kan de afschrijving zelfs volledig in het luchtledige komen. Wat de personeelsvereisten aangaat is voor de ontwikkeling van het GSM-systeem slechts een beperkt aantal voldoende geschoolde ingenieurs beschikbaar dat niet op korte termijn kan worden vergroot.

Ten slotte kan van de contractpartners om objectieve economische redenen niet worden verwacht dat zij het financiële risico van de ontwikkeling en fabricage van het GSM-systeem alleen dragen.

De relevante markt is in casu gekenmerkt door een nauw begrensde vraag. Als afnemers komen momenteel uitsluitend de 15 nationale netwerkexploitanten van de CEPT-landen, respectievelijk de voor hen optredende ondernemingen, in aanmerking, zodat de perspectieven van de aanbieders om hun offerte aangenomen te zien worden slechts beperkt zijn. Alleen in geval van een toewijzing hebben de aanbieders de mogelijkheid de extreem hoge ontwikkelingskosten af te schrijven, omdat de resultaten van de ontwikkeling buiten de door de aanbestedingen bestreken gebieden slechts beperkt gebruikt kunnen worden. Dit reële en zwaar wegende economische risico kan alleen bij een gemeenschappelijk aangaan van de kosten door de contractpartners worden gedragen.

In dit verband verdient het opmerking dat de nationale postadministraties in hun aanbestedingen uitdrukkelijk melding maken van consortia en offertengemeenschappen.

Geen enkel lid van het consortium zou dan ook de mogelijkheid hebben om alleen zijn eigen via individuele ontwikkeling verbeterde produktie te gebruiken om een concurrentiële voorsprong te behalen op de andere leden.

De verplichting tot gemeenschappelijke ontwikkeling en produktie van het GSM-systeem vormt derhalve geen beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.

b) *Gemeenschappelijke afzet van het GSM-systeem*

Door de verplichting tot gemeenschappelijke afzet in de CEPT-landen worden de contractpartners gedurende de looptijd van de overeenkomst weliswaar belemmerd bij de afzet van de contractprodukten in deze landen, waartoe alle gemeenschapslanden behoren, onderling als

concurrenten op te treden. Deze verplichting levert echter geen beperking van de mededinging op. Om de hiervoor genoemde redenen zouden de contractpartners namelijk alleen niet in staat zijn om met goede hoop op succes een offerte voor de individuele afzet van het GSM-systeem te maken.

c) *Verbod op de gebruikmaking van technische documentatie*

Bij het uitsluiten van een partner wegens contractbreuk verliest de uitgesloten partner het recht om van de hem verschafte technische documentatie en daardoor van de mogelijkheid met behulp van deze documentatie concurrerende produkten te fabriceren en in de handel te brengen, gebruik te maken.

Toch wordt door dit verbod geen concurrentiebeperking in de zin van artikel 85, lid 1, gecreëerd. De partner die contractbreuk pleegt, en daardoor jegens de andere partners niet aan de hem opgelegde verplichtingen heeft voldaan en verzuimd heeft zijn bijdrage tot verwezenlijking van de gemeenschappelijke taak te leveren, zou namelijk indien hem de technische documentatie werd overgelaten ongerechtvaardigde voordelen ontvangen die tot een onverdiende voorsprong bij de concurrentie jegens zijn partners zouden leiden. Deze concurrentie die niet op de prestaties berust, wordt niet door artikel 85 beschermd.

(3) Deze juridische beoordeling is gegrond op de hier geschetste omstandigheden. Bij een wijziging in de feitelijke omstandigheden staat de Commissie niets in de weg de procedure opnieuw in te leiden,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Op grond van de haar bekende feiten bestaat er voor de Commissie geen aanleiding om uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag op te treden tegen de door de ondernemingen AEG Aktiengesellschaft, Alcatel NV en Oy Nokia AB op 21 december 1987 gesloten samenwerkingsovereenkomst.

Artikel 2

Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen:

1. AEG Aktiengesellschaft
   Theodor-Stern-Kai 1
   D-6000 Frankfurt am Main 70,
2. Alcatel NV
   Strawinskylaan 537
   NL-1077 XX Amsterdam,
3. Oy Nokia AB
   Mikonkatu 15 A
   Helsinki/Finland.

Gedaan te Brussel, 27 juli 1990.

Voor de Commissie

Leon BRITTAN

Vice-Voorzitter