



## Leidraad

# Samenwerking tussen concurrenten

Muzenstraat 41  
2511 WB Den Haag  
[www.acm.nl](http://www.acm.nl)  
070 722 20 00

# Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding</b>	<b>4</b>
<b>2. Beoordelingskader samenwerking tussen concurrenten</b>	<b>5</b>
2.1 Waarom zijn er mededingingsregels?	5
2.2 Wanneer is het kartelverbod van toepassing?	5
2.3 Wanneer is het kartelverbod niet van toepassing?	7
<b>3. Beoordeling van specifieke vormen van samenwerking</b>	<b>9</b>
3.1 Adviezen van brancheorganisaties	9
3.2 Opstellen van calculatieschema's en kostenramingen	10
3.3 Erkenningsregelingen	12
3.4 Algemene voorwaarden	15
3.5 Samenwerking op administratief gebied	16
3.6 Informatie-uitwisseling tussen concurrenten	16
3.7 Inkoopafspraken	20
3.8 Arbeid en inhuur	21
3.9 Horizontale samenwerking vooruitlopend op een concentratie	23

## Leidraad Samenwerking tussen concurrenten

De Mededingingswet waarborgt een effectieve en eerlijke concurrentie. Voor een effectieve en eerlijke concurrentie geldt als uitgangspunt dat ondernemingen onafhankelijk van elkaar hun marktgedrag bepalen. Onafhankelijk marktgedrag zorgt voor rivaliteit tussen ondernemingen om de gunst van de afnemers. Ondernemingen worden daardoor gestimuleerd om goedkoper, beter en innovatiever te zijn. Daar hebben afnemers en consumenten profijt van.

De Autoriteit Consument & Markt (ACM) is een onafhankelijke toezichthouder. De ACM handhaaft onder meer de Mededingingswet. Een belangrijk onderdeel van deze wet is het verbod op afspraken die de concurrentie tussen ondernemingen beperken, ook wel het kartelverbod genoemd.

Sommige vormen van samenwerking tussen concurrenten bevorderen de concurrentie. Door samen te werken kunnen ondernemingen bijvoorbeeld actief worden op markten waar dat zonder samenwerking niet mogelijk zou zijn geweest. Voor ondernemingen en brancheorganisaties is het van belang vooraf te weten welke afspraken wel of niet zijn toegestaan.

In deze Leidraad laat de ACM zien hoe de Mededingingswet een aantal geregeld voorkomende samenwerkingsvormen tussen concurrenten beoordeelt. De Leidraad is vooral bedoeld voor ondernemingen, brancheorganisaties en hun adviseurs en vervangt de "Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen".<sup>1</sup> De ACM heeft op [www.acm.nl](http://www.acm.nl) ook aparte voorlichting gepubliceerd voor de beoordeling van afspraken tussen leveranciers en afnemers, afspraken tussen zorgaanbieders<sup>2</sup>, gezamenlijke inkoop van geneesmiddelen door ziekenhuizen<sup>3</sup> en de ruimte die de Mededingingswet biedt voor duurzaamheidsinitiatieven<sup>4</sup>.

Ondernemingen, brancheorganisaties, werknemers en consumenten die vermoeden dat het kartelverbod wordt overtreden, kunnen dit melden bij de ACM in vertrouwen via 070 7222 000 of anoniem via 070 7222 500. Ondernemingen die zelf betrokken zijn bij verboden afspraken met concurrenten, kunnen in aanmerking komen voor gehele of gedeeltelijk kwijtschelding van de boete. Neem voor meer informatie (anoniem) contact op via 070 7222

---

<sup>1</sup> Zie <https://wetten.overheid.nl/BWBR0033027/2013-04-01>.

<sup>2</sup> Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7083/Richtsnoeren-voor-de-zorgsector>.

<sup>3</sup> Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15963/Leidraad-gezamenlijke-inkoop-geneesmiddelen--meer-slagkracht-voor-ziekenhuizen-en-zorgverzekeraars>.

<sup>4</sup> Zie <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/afspraken-tussen-bedrijven-over-duurzaamheid>.

# 1. Inleiding

1. Ondernemingen en brancheorganisaties zijn zelf verantwoordelijk voor de naleving van de Mededingingswet. Met deze Leidraad wil de Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) ondernemingen en brancheorganisaties voorlichten over hoe zij zelf kunnen beoordelen welke vormen van samenwerking tussen concurrenten zijn toegestaan en welke niet.
2. Deze Leidraad behandelt het algemene kader van de mededingingsrechtelijke beoordeling van samenwerking tussen concurrenten zoals beschreven in het kartelverbod.<sup>5 6</sup> Onder concurrenten verstaat de ACM zowel daadwerkelijke als “potentiële” concurrenten.<sup>7</sup> Daarnaast beschrijft de Leidraad een aantal geregeld voorkomende vormen van samenwerking. De Leidraad geeft daarbij zoveel mogelijk duidelijkheid of bepaalde afspraken wel of niet zijn toegestaan onder het kartelverbod. Maar de uiteindelijke beoordeling is altijd afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Deze Leidraad beschrijft de wettelijke bepalingen en rechtspraak niet uitputtend. De Leidraad loopt evenmin vooruit op rechterlijke oordelen, waarmee de ACM uiteraard rekening zal houden. De voorbeelden illustreren hoe ondernemingen een concrete zaak moeten benaderen. Ook afspraken die niet in deze Leidraad zijn opgenomen, kunnen in strijd zijn met het kartelverbod. Andersom kunnen afspraken waarvan in dit document niet uitdrukkelijk wordt vermeld dat ze zijn toegestaan, wel met de mededingingsregels verenigbaar zijn.
3. Deze Leidraad is een hulpmiddel voor ondernemingen, brancheorganisaties en haar (juridische) adviseurs om snel te weten te komen welke afspraken en vormen van afstemming tussen concurrenten waarschijnlijk zijn toegestaan, of juist verboden. De ACM moet bij het handhaven van de mededingingsregels – onder meer door het opleggen van boetes bij overtredingen – de Nederlandse en Europese rechtspraak toepassen. Op nationaal niveau heeft de ACM sinds haar oprichting in 1998 een groot aantal richtinggevende besluiten genomen en zienswijzen gegeven. Ook hebben de rechtbank Rotterdam en het College voor Beroep van het bedrijfsleven richtinggevende uitspraken gedaan die ondernemingen kunnen raadplegen.<sup>8</sup> Daarnaast heeft de Europese Commissie door middel van verordeningen, richtsnoeren en bekendmakingen ondernemingen inzicht verschaft in de toepassing van de mededingingsregels.<sup>9</sup> Met name de Richtsnoeren Horizontale Samenwerkingsovereenkomsten (hierna: Richtsnoeren Horizontale Samenwerking) bevatten veel waardevolle informatie hierover.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Het Nederlandse kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet en het Europese kartelverbod van artikel 101, eerste lid, Verdrag voor de Werking van de Europese Unie zijn inhoudelijk vrijwel gelijk. De toepassing van het Nederlandse kartelverbod mag niet strenger of soepeler zijn dan het Europese kartelverbod. De besluiten van de Europese Commissie en de Europese rechtsspraak over het mededingingsrecht vormen ook de leidraad voor de interpretatie van het Nederlandse kartelverbod. Het Europese kartelverbod is alleen van toepassing de wanneer de samenwerking tussen concurrenten de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie ongunstig kan beïnvloeden. Meer informatie daarover is te vinden in de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip ‘beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag, Pb. 2004, C 101/7: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=NL).

<sup>6</sup> Afspraken over samenwerking met concurrenten worden in het mededingingsrecht ook wel “horizontale overeenkomsten” genoemd. Een horizontale overeenkomst is een overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen die in dezelfde fasen van de distributieketen van goederen of diensten actief zijn, bijvoorbeeld producenten of distributeurs. Ook verticale afspraken vallen onder de Mededingingswet. ACM heeft hier een aparte Leidraad voor gepubliceerd. Verticale afspraken zijn afspraken tussen leveranciers en afnemers.

<sup>7</sup> Ondernemingen zijn concurrenten van elkaar als zij op dezelfde product- en geografische markten hun producten en diensten aanbieden. Potentiële concurrenten zijn ondernemingen die nu nog niet actief zijn op een bepaalde product- en geografische markten, maar die relatief makkelijk tot die markten zouden kunnen toetreden.

<sup>8</sup> Zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl) voor nadere uitleg.

<sup>9</sup> Zie voor Europese mededingingsregels: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

<sup>10</sup> Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. 2011, C 11/01: <https://eur->

## 2. Beoordelingskader samenwerking tussen concurrenten

### 2.1 Waarom zijn er mededingingsregels?

4. De Mededingingswet waarborgt een effectieve en eerlijke concurrentie. Voor een effectieve en eerlijke concurrentie geldt als uitgangspunt dat ondernemingen onafhankelijk van elkaar hun marktgedrag bepalen. Onafhankelijk marktgedrag zorgt voor rivaliteit tussen ondernemingen om de gunst van de afnemers. Ondernemingen worden daardoor gestimuleerd om goedkoper, beter en innovatiever te zijn. Daar hebben afnemers en consumenten profijt van.
5. Ondernemingen mogen de normale onzekerheid bij concurrenten over hun eigen (voorgenomen) marktgedrag niet uitschakelen door onderling overeenkomsten aan te gaan of deel te nemen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Het delen van elkaars plannen over bijvoorbeeld de prijs, marge, hoeveelheid producten en waar of aan wie de concurrent gaat verkopen is zo'n onderling afgestemde feitelijke gedraging die de concurrentie beperkt. Dat soort informatie maakt een bedrijf doorgaans minder onzeker over wat de concurrent doet. Hierdoor valt de prikkel weg om te innoveren en zo efficiënt mogelijk te werken. Dit benadeelt afnemers en consumenten.
6. Ondernemingen mogen samenwerken indien zij daardoor in staat zijn efficiënter te werken, meer te innoveren en/of beter te concurreren, en de afnemers daarvan profiteren. Samenwerkingsverbanden zoals brancheorganisaties kunnen met name in het midden- en kleinbedrijf een nuttige rol vervullen en activiteiten uitvoeren waardoor individuele ondernemingen beter kunnen concurreren. Bijvoorbeeld door voorlichting te geven, een benchmarkonderzoek uit te voeren en te fungeren als aanspreekpunt voor de overheid.

### 2.2 Wanneer is het kartelverbod van toepassing?

*Welke gedragingen vallen onder het kartelverbod?*

7. Gedragingen van ondernemingen<sup>11</sup> vallen onder het kartelverbod als zij kunnen worden gekwalificeerd als een *overeenkomst*,<sup>12</sup> een *onderling afgestemde feitelijke gedraging* of een *besluit van een ondernemingsvereniging*.
8. Het begrip "overeenkomst" omvat zowel afspraken die op papier staan als mondeling gemaakte afspraken. Waar het om gaat is dat ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Het is niet van belang hoe of in welke (juridische) vorm die wil precies te kennen is gegeven.
9. Het begrip "onderling afgestemde feitelijke gedraging" omvat vormen van afstemming waarmee ondernemingen, zonder een overeenkomst te sluiten, toch de risico's van concurrentie hebben beperkt, bijvoorbeeld door de onderlinge uitwisseling van informatie.
10. Het kartelverbod geldt ook voor "besluiten van ondernemingsverenigingen", waarbij de vereniging het marktgedrag van haar leden wil beïnvloeden. Een formeel besluit is niet noodzakelijk, ook een

---

[lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=NL](http://lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=NL).

<sup>11</sup> Elke eenheid die goederen of diensten aanbiedt op een bepaalde markt is een onderneming. De rechtsvorm van deze eenheid en de wijze van financiering maakt daarbij niet uit. Een onderneming kan ook een natuurlijk persoon zijn die goederen of diensten aanbiedt.

<sup>12</sup> CBb 3 juli 2008, ECLI:NLCBB:2008:BD6629, r.o. 7.9 (AUV).

vrijblijvend advies of aanbeveling kan een ‘besluit van een ondernemersvereniging’ vormen. Het maakt dus niet uit of de vereniging zegt dat het aan de leden is om te bepalen wat zij met het advies doen.<sup>13</sup>

11. De hierboven beschreven categorieën van gedragingen die onder het kartelverbod kunnen vallen worden hierna ook wel gezamenlijk aangeduid als “overeenkomst” of “afsprak”.

*Welke afspraken tussen concurrenten beperken de mededinging?*

12. Een afspraak valt alleen onder het kartelverbod als deze de mededinging beperkt. De ervaring leert dat sommige afspraken tussen concurrenten de concurrentie altijd beperken. Dit soort afspraken strekt ertoe de mededinging te beperken en wordt daarom ook wel “strekingsbeperking” of “doelbeperking” genoemd.<sup>14</sup> <sup>15</sup> Bekende voorbeelden van een doelbeperking zijn prijs- en marktverdelingsafspraken die hieronder nader worden toegelicht. Dit soort afspraken zijn vrijwel nooit toegestaan omdat zij de mededinging ernstig beperken.
13. Verkooprij- en inkooprijafspraken tussen concurrenten beperken altijd de mededinging.<sup>16</sup> Een onderneming dient zelf de prijs van een product of dienst te bepalen, zonder dat af te stemmen met concurrenten. Een onderneming mag geen afspraken maken met zijn concurrenten over de prijs die zij willen hanteren of willen betalen. Ook afspraken over bijvoorbeeld prijsverhogingen, toeslagen, kortingen en een bodem- of maximumprijs zijn verboden. Concurrenten mogen hier ook geen informatie over uitwisselen.
14. Ook marktverdelingsafspraken tussen concurrenten beperken altijd de mededinging.<sup>17</sup> Een onderneming dient zelf te bepalen in welk gebied klanten of leveranciers worden benaderd. Een onderneming mag geen afspraken maken met zijn concurrenten om klanten, leveranciers, geografische gebieden of productmarkten te verdelen.
15. Bij aanbestedingen<sup>18</sup> mogen concurrenten geen contact met elkaar hebben over elkaars prijzen of andere gunningscriteria en over wie de aanbesteding mag winnen.<sup>19</sup> De reden hiervoor is dat

<sup>13</sup> Besluit van ACM van 26 april 2004 in zaak3310/*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, randnummer (hierna: nr.) 79 en besluit van ACM van 26 april 2004 in zaak 3309/*NIP, LVE, NVP en NVVP*, nr. 94; Rechtbank Rotterdam van 17 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9352, r.o. 5.5 – 5.12.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld: Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreement may benefit from the De Minimis Notice, SWD(2014) 198 van 25 juni 2014: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf). Zie ook de Mededeling betreffende overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (de-minimisededeling), Pb. 2014, C 291/1: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>.

<sup>15</sup> Onder het kartelverbod vallen alleen mededingingsbeperkingen die ‘merkbaar’ zijn. Of een mededingingsbeperking merkbaar is, hangt af van de positie van de betrokken ondernemingen op de markt. Doelbeperkingen zijn altijd merkbaar.

<sup>16</sup> CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8077, r.o. 9.10.2 (*Garnalenvisserij*)

<sup>17</sup> CBb 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527, r.o. 6.6 (*Zeescheepsafval*); CBb 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526, r.o. 4.3.7 (*Wasserijen*); besluit van ACM van 27 augustus 1998 in zaak 379/*KNMvD*, rnr. 71-73; besluiten van ACM van 1 maart 2000 in zaken 1131, 1151, 1250 /*Vestigingsbeleid eerstelijns psychologen*, rnr. 24-27; besluit van ACM van 23 maart 1999 in zaak 374/*Stichting Saneringsfonds Varkensslachterijen*, nr. 61 en besluit op bezwaar van 24 maart 2000, nr. 113.

<sup>18</sup> Voor de vraag of sprake is van een aanbesteding kijkt de ACM niet naar de formele aanduiding of het type opdrachtgever. Zodra ondernemingen concurreren om een opdracht is het kartelverbod van toepassing. Hieronder valt ook de situatie dat een private (niet-overheids) opdrachtgever al dan niet gelijktijdig bij twee verschillende ondernemingen een offerte of een prijs opvraagt.

<sup>19</sup> CBb 11 november 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1, r.o. 6.2.7 (*WMO Friesland*); CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325, r.o. 5.3.11 - 5.3.12 (*Slopers*) en CBb 23 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4738, r.o. 7.1

opdrachtgevers met een aanbesteding juist een concurrentiemoment creëren om de best mogelijke bieding van ondernemingen te krijgen. Als ondernemingen van tevoren contact hebben over hun bieding verstoort dat de concurrentie bij aanbestedingen. Het uitwisselen van informatie over de voorgenomen prijs of andere criteria die de opdrachtgever belangrijk vindt, is dus verboden. Dit geldt ook voor het geval dat ondernemingen niet in aanmerking willen komen voor de opdracht.<sup>20</sup> Ondernemingen mogen dan niet “elkaars prijs lenen”<sup>21</sup> om bij de opdrachtgever in beeld te blijven voor toekomstige aanbestedingen.

16. Ook beperken afspraken tussen concurrenten over een gemeenschappelijke leverings- of inkoopweigering (boycot) of het beperken van de productie, productiecapaciteit of inkoop altijd de mededinging.<sup>22</sup> Concurrenten mogen dus niet met elkaar afspreken dat zij geen producten of diensten meer zullen leveren aan bepaalde afnemers of afnemen van bepaalde leveranciers of dat zij de productiecapaciteit zullen verminderen.
17. Sommige afspraken strekken er niet toe dat de mededinging wordt beperkt, maar kunnen dit wel tot gevolg hebben. Om dit te kunnen bepalen moet worden gekeken naar wat de daadwerkelijke gevolgen van de afspraak zijn of kunnen zijn voor de concurrentie.

### 2.3 Wanneer is het kartelverbod niet van toepassing?

18. Er zijn drie soorten uitzonderingen op het kartelverbod: de bagatelbepaling, de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen en een aantal generieke vrijstellingen. Deze uitzonderingen worden hieronder toegelicht.

#### *Bagatel*

19. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken tussen een beperkt aantal kleine ondernemingen.<sup>23</sup> Deze uitzondering is van toepassing als er bij de afspraak niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn waarvan de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan EUR 5.500.000 als het ondernemingen betreft waarvan de activiteiten zich in hoofdzaak richten op levering van goederen, en niet hoger dan EUR 1.100.000 in alle andere gevallen, bijvoorbeeld dienstverlening.
20. Het kartelverbod is ook niet van toepassing op afspraken tussen ondernemingen met een klein marktaandeel.<sup>24</sup> De gedachte is dat wanneer ondernemingen gezamenlijk een gering marktaandeel hebben, zij niet in staat zijn om de mededinging effectief te beperken. Voor deze uitzondering gelden twee vereisten:
  - 1) het gezamenlijk marktaandeel van de betrokken ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn is op geen van de relevante markten waarop de afspraak van invloed is, groter dan 10%, en

---

(*Limburgse bouw*).

<sup>20</sup> CBb 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527, r.o. 4.12 (*Zeescheepsafval*); CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325, r.o. 5.3.11 – 5.3.12 (*Slopers*).

<sup>21</sup> Dit wordt ook wel “cover pricing” genoemd; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325, r.o. 5.3.11 – 5.3.12 (*Slopers*).

<sup>22</sup> CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8077, pt. 9.10.2 (*Garnalen*); CBb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56, r.o. 4.6.3 (*Zilveruijen*); CBb 3 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629, r.o. 7.10 (*AUV*); CBb 3 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6635, r.o. 7.5.1 (*Aesculaap*).

<sup>23</sup> Zie artikel 7, eerste lid, Mededingingswet.

<sup>24</sup> Zie artikel 7, tweede lid, Mededingingswet.

- 2) de afspraak tussen de daadwerkelijke of potentiële concurrenten kan de handel tussen lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig beïnvloeden.
21. De eerste stap voor ondernemingen om te bepalen of het gezamenlijk marktaandeel minder dan 10% is, is het bepalen van de relevante markt waar zij actief zijn. Daarvoor kan in de eerste plaats gekeken worden naar de manier waarop de ACM en de Europese Commissie in het verleden relevante markten heeft afgebakend in de vele openbare besluiten die op de websites van de ACM en de Europese Commissie zijn te vinden. Heeft de ACM of de Europese Commissie nog niet eerder naar de markt gekeken dan moet de onderneming zelf de relevante markt afbakenen.
22. Bij het afbakenen van de relevante markt moet gekeken worden naar de relevante productmarkt en de geografische markt.<sup>25</sup> De relevante productmarkt zijn alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken en prijzen door de consument als onderling verwisselbaar worden beschouwd. Bepalend voor de afbakening zijn onder meer de fysieke en technische karakteristieken van de goederen of de aard van de diensten, prijsverhoudingen en reacties van afnemers en leveranciers van andere producten of prijswijzigingen. De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen onderneming met elkaar concurreren. De relevante geografische markt kan een deel van Nederland zijn, geheel Nederland of zelfs een groter gebied. Grofweg gezegd behoren de ondernemingen die voorkomen dat de onderneming in kwestie zelfstandig zijn prijzen met 5-10% kan verhogen, tot dezelfde relevante markt. Bij de berekening van het marktaandeel op die relevante markt, kan de onderneming uitgaan van openbare bronnen, rapporten van brancheorganisaties of te goeder trouw een schatting maken.

*Uitzondering voor efficiëntieverbeteringen*

23. Ook als samenwerking tussen concurrenten geen bagatel is, kan deze toch zijn toegestaan als die samenwerking ook positieve economische voordelen (zogenaamde efficiëntieverbeteringen) heeft. Artikel 6, derde lid, Mededingingswet biedt een wettelijke uitzondering op het kartelverbod voor efficiëntieverbeteringen die opwegen tegen de concurrentiebeperking. De voorwaarden hiervoor zijn:
- 1) Er moet sprake zijn van een verbetering van de productie of distributie dan wel een technische of economische vooruitgang (een "efficiëntieverbetering");
  - 2) De efficiëntieverbetering moeten voor een billijk deel ten goede komen aan de gebruikers;
  - 3) De concurrentiebeperking moet onmisbaar zijn om de efficiëntieverbetering te realiseren;
  - 4) Er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.<sup>26</sup>
24. De voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen (tweede vereiste), impliceert dat de gebruikers van de betreffende producten gecompenseerd moeten worden voor de negatieve gevolgen van de concurrentiebeperking door bijvoorbeeld een lagere prijs of een kwalitatief beter product dan tot stand zou zijn gekomen zonder de concurrentiebeperking. Bij de toepassing van het onmisbaarheids criterium (derde vereiste) moet met name worden nagegaan of de concurrentiebeperking een efficiëntieverbetering mogelijk maakt die zonder deze beperking niet

---

<sup>25</sup> Zie voor meer informatie bekendmaking van de commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht PB 1997, C372/5: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):NL:PDF](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):NL:PDF)

<sup>26</sup> Zie voor nadere informatie de Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag Pb. 2004, C 101/8: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=NL).



gerealiseerd zou kunnen worden. De vrijstelling geldt automatisch als aan alle criteria is voldaan.<sup>27</sup>  
De afspraken zijn dan niet verboden.

25. Als ondernemingen afspraken maken die de concurrentie beperken, is het aan de ondernemingen om aan te tonen dat deze afspraken toch zijn toegestaan omdat ze voldoen aan de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.<sup>28</sup> Een onderneming moet daarbij de voordelen van de afspraak met objectieve en verifieerbare stukken onderbouwen.<sup>29</sup>

#### *Generieke vrijstellingen*

26. Het Nederlandse kartelverbod geldt niet voor:
- Afspraken tussen concurrenten die vallen onder een Europese Groepsvrijstelling<sup>30</sup>;
  - Afspraken tussen concurrenten die vallen onder het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten<sup>31</sup> of het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel<sup>32,33</sup>;
  - Collectieve arbeidsovereenkomsten<sup>34</sup> en bepaalde afspraken over pensioen.<sup>35</sup>

### 3. Beoordeling van specifieke vormen van samenwerking

27. De ACM ontvangt geregeld vragen over specifieke samenwerkingsvormen. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de beoordeling van een aantal van deze samenwerkingsvormen:
- Adviezen van brancheorganisaties
  - Erkenningsregelingen
  - Algemene voorwaarden
  - Samenwerking op administratief gebied
  - Informatie-uitwisseling tussen concurrenten
  - Afspraken op het gebied van inkoop, inhuur en arbeid
  - Horizontale samenwerking vooruitlopend op een concentratie

#### 3.1 Adviezen van brancheorganisaties

28. Een ondernemersvereniging mag haar leden op vele manieren bijstaan, bijvoorbeeld door belangen te behartigen, voorlichting te geven of te fungeren als aanspreekpunt voor de branche. Ze mag ook onderzoek doen en de kwaliteit van het aanbod van goederen en diensten bevorderen, zolang dit de concurrentie niet direct of indirect negatief beïnvloedt.

---

<sup>27</sup> CbB 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB: 2011:BP8077, r.o. 8.6.12 (*Garnalen*); Rechtbank Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8059, r.o. 44 (*Zeescheepsafval*), bevestigd door CbB 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527, r.o. 6.3 (*Zeescheepsafval*).

<sup>28</sup> Zie artikel 6, vierde lid, Mededingingswet en artikel 2, derde lid, Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, OJ L 1, 4 januari 2003.

<sup>29</sup> Rechtbank Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8059, r.o. 47.

<sup>30</sup> Zie artikel 12 en 13 Mededingingswet. Er bestaan Europese Groepsvrijstellingen voor afspraken tussen concurrenten over onderzoek en ontwikkelingsovereenkomsten en specialisatie.

<sup>31</sup> Besluit van 25 november 1997, Stb. 1997, 596.

<sup>32</sup> Besluit van 12 december 1997, Stb. 1997, 704.

<sup>33</sup> Zie artikel 15 Mededingingswet.

<sup>34</sup> Zie ook randnummer 76.

<sup>35</sup> Zie artikel 16 Mededingingswet. Bij de afspraken over pensioen geldt het kartelverbod niet voor (i) afspraken tussen werkgeversorganisaties en werknemersorganisaties uitsluitend over pensioen en (ii) afspraken of besluiten van een organisatie van beoefenaren van een vrij beroep uitsluitend over deelname aan een beroepspensioenregeling.

29. Zoals eerder genoemd<sup>36</sup> vormen adviezen van brancheorganisaties “besluiten van ondernemersverenigingen” die onder het kartelverbod vallen als zij de mededinging kunnen beperken.<sup>37</sup> Ondernemingsverenigingen mogen daarom niet door middel van bijvoorbeeld adviezen informatie verspreiden over prijzen, marktverdelingen, klanten of andere concurrentiegevoelige informatie.<sup>38</sup> Als een ondernemersvereniging adviesprijzen vaststelt, beperkt dit de concurrentie tussen de leden. Het is daarom strijdig met het kartelverbod om dergelijke adviestarieven te geven.<sup>39</sup> Dit kan ook het geval zijn bij uitspraken over te verwachten prijsontwikkelingen, omdat die kunnen worden opgevat als adviesprijzen.<sup>40</sup>
30. Ook aanbevelingen door een ondernemersvereniging over onderdelen van prijzen, zoals al dan niet te verlenen kortingen en minimaal benodigde marges, advies over maximumprijzen, en aanbevelingen tot verhoging van prijzen, vormen verboden prijsadviezen. Het maakt hierbij niet uit of de aanbevolen prijzen hoger of lager zijn dan ze zonder die adviezen zouden zijn, of zelfs daaraan gelijk. Ook als een ondernemersvereniging een minimumprijs adviseert, beperkt dit de concurrentie, omdat dit concurrentie met lagere prijzen belemmert.<sup>41</sup>

### 3.2 Opstellen van calculatieschema's en kostenramingen

31. Calculatieschema's, opgesteld door een brancheorganisatie, die alleen laten zien welke posten van belang zijn bij berekening van prijzen, beperken de concurrentie niet en vallen dus ook niet onder het kartelverbod. Dergelijke schema's laten voldoende vrijheid voor de onderneming om zelf zijn commerciële beleid en prijzen vast te stellen en schakelen de normale onzekerheid over (voorgenomen) marktgedrag van marktdeelnemers niet uit.
32. Als een brancheorganisatie kostenramingen geeft of bij posten in een calculatieschema bedragen of verhogingspercentages opneemt, valt dit op zich niet onder het kartelverbod. De brancheorganisatie moet zich daarbij wel uitdrukkelijk beperken tot objectieve inlichtingen die het voor ondernemingen eenvoudiger maken de eigen kostprijsstructuur te berekenen en zo zelfstandig de verkoopprijzen vast te stellen.
33. Als de brancheorganisatie een kostenraming of een invulling van een calculatieschema gepaard laat gaan met bijvoorbeeld de suggestie dat zij het wenselijk acht dat de leden kostenstijgingen (in een bepaalde mate) doorberekenen in hun prijzen of de leden aanbeveelt hun marge of winstopslag op peil houden, valt dit wel onder het kartelverbod. Dit geldt ook als bij de leden door andere omstandigheden de indruk ontstaat dat de gesignaleerde kostenposten of kostenstijgingen richtinggevend zijn voor het prijsbeleid van de onderneming.
34. Informatie over de gemiddelde prijs van producten binnen de branche heeft direct invloed op de bijzonder belangrijke concurrentiefactor prijs en betekent dus al snel een concurrentiebeperking. De

---

<sup>36</sup> Zie randnummer 10.

<sup>37</sup> Rechtbank Rotterdam van 17 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2015:9352, r.o. 5.5-5.12; HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017, r.o. 3.3.4 (*Geborgde Dierenarts*).

<sup>38</sup> Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, ECLI:NL:RBROT:2001:AD7476 (*Simo*); CbB 3 juli 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD6629 (*AUV*).

<sup>39</sup> Besluit ACM van 26 april 2004 in zaak 3310/*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, nr. 79.

<sup>40</sup> Besluit ACM van 19 maart 2003 in zaak 2021/*OSB*, nr. 136; besluit ACM van 26 april 2004 in zaak 3309/*NIP, LVE, NVP en NVVP*, nr. 127; Rechtbank Rotterdam 23 oktober 2001, ECLI:NL:RBROT:2001:AD7476 (*Simo*)

<sup>41</sup> Besluit ACM van 26 april 2004 in zaak 3310/*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*, nr. 89.

leden hebben hiermee immers een ijkpunt waaraan zij hun prijzen (uniform) kunnen aanpassen zonder hun eigen kostprijsontwikkeling en kostenstructuur als uitgangspunt te nemen.<sup>42</sup> Hetzelfde geldt als de brancheorganisatie een bandbreedte communiceert waarbinnen de prijzen en tarieven van de leden zich bewegen of zullen gaan bewegen, bijvoorbeeld dat de stijging van de tarieven ligt tussen de 4% en 8%, waarbij het risico bestaat dat laagste percentage gaat gelden als een minimum aanbevolen tariefstijging.

Voorbeeld 1

Een ondernemersvereniging meldt (CAO-)loonkostencijfers en inflatiecijfers aan haar leden. *Dit is toegestaan onder de Mededingingswet, omdat het niet gepaard gaat met enige aanbeveling of suggestie ten aanzien van doorberekening en de cijfers niet afkomstig zijn van branchegenoten.*<sup>43</sup>

Voorbeeld 2

Een ondernemersvereniging op de markt voor dienstverlening door zzp'ers geeft aan haar leden een kostenschema en een advies voor een uurtarief dat leidt tot een redelijk inkomen. *Dit prijsadvies beperkt de concurrentie en is dus niet toegestaan.*

Voorbeeld 3

Een ondernemersvereniging maakt gebruik van een zogeheten exploitatiebegroting. Deze begroting bevat een aantal kostenposten, met achter iedere post een percentage van de totale ondernemingskosten. Deze percentages worden aangeduid als de richtlijn van de ondernemersvereniging. De leden krijgen samen met de exploitatiebegroting een 'tarievenberekening in 10 stappen' toegestuurd, waarmee ze hun kostprijs per activiteit kunnen berekenen. *Men mag kostenposten waarvoor openbare en objectieve gegevens beschikbaar zijn, weergeven met een percentage. Kostenposten die niet objectief zijn, mag men niet op deze wijze weergeven met een percentage. Een exploitatiebegroting die leidt tot een tarievenberekening is niet toegestaan. Een ondernemer wordt niet langer, althans minder, geprikkeld zijn kosten (inclusief winstaandeel) omlaag te brengen en daarmee zijn tarieven te verlagen als het aandeel van een bepaald onderdeel in zijn totale kosten gelijk (of lager) is aan het door zijn vereniging voorgehouden aandeel.*<sup>44</sup>

Vergelijkingsmodellen

35. Het is toegestaan vergelijkingsmodellen op te stellen waarmee een onderneming haar eigen kostenstructuur of prestaties kan vergelijken met het gemiddelde van de branche of met een *best practice* die als *benchmark* kan dienen, als er geen sprake is van verdergaande samenwerking zoals bijvoorbeeld een concrete aanbeveling.<sup>45</sup>
36. Als wel op grond van dergelijke vergelijkingsmodellen concrete aanbevelingen worden gedaan of conclusies getrokken waardoor een deel van de betrokken ondernemingen zich op de markt op uniforme wijze kan gaan gedragen, vormen deze aanbevelingen en conclusies een verboden concurrentiebeperking. Voor aanbevelingen of adviezen gedaan op grond van vergelijkingsmodellen geldt hetzelfde als hiervoor in randnummers 31 e.v. staat over adviezen en de factoren als genoemd onder calculatieschema's en kostenramingen.

<sup>42</sup> Besluit ACM van 30 juni 2017 in zaak 7615/*Tractiebatterijen*.

<sup>43</sup> Besluit ACM van 21 december 2001 in zaak 2234/*ANKO*, rnr. 39-40

<sup>44</sup> Besluit ACM van 21 december 2001 in zaak 2234/*ANKO*, rnr. 27-33.

<sup>45</sup> Besluit ACM van 21 december 2001 in zaak 2234/*ANKO*, rnr. 41.

Voorbeeld 4

Een ondernemersvereniging stelt een vergelijkingsmodel op. Het model bevat per kostenpost de ontwikkelingen van het afgelopen jaar op basis van de CAO-afspraken en gegevens van het CPB. De genoemde posten zijn die van energie, loon, huisvesting, reclame en klantenservice. *Een ondernemersvereniging mag ontwikkelingen van openbare en objectieve kostengegevens aan haar leden presenteren. Het is dan aan de leden om te bepalen of, en zo ja, in hoeverre ze aan deze ontwikkelingen gevolg geven.*

Voorbeeld 5

Op een markt zijn 5 ondernemingen actief. Zij produceren consumentenproducten, die zij via onafhankelijke groothandels verkopen. Aan het eind van iedere maand leveren de fabrikanten hun verkoopcijfers in bij de brancheorganisatie. Van de brancheorganisatie krijgen zij twee weken daarna een overzicht waaruit blijkt wat er in totaal op de markt is verkocht en wat hun eigen marktaandeel was. Ze krijgen ook inzicht in hun marktaandeel per groothandelaar en detailhandelsketen. *Deze vorm van informatie-uitwisseling beperkt in het algemeen de concurrentie niet en is dus toegestaan. De deelnemende ondernemingen krijgen alleen inzicht in hun eigen positie op de markt. Zij beschikken niet over individuele informatie van andere ondernemingen die de onzekerheid over het marktgedrag van de belangrijkste concurrenten zou kunnen wegnemen.*

Voorbeeld 6

Een brancheorganisatie geeft een onderzoeksbureau opdracht maandelijks de verkoopgegevens van haar leden te verzamelen en daarvan een overzicht te maken. Deze overzichten, waarin de verkopen per marktdeelnemer zichtbaar zijn, gaan met een vertraging van 8 weken naar alle leden. Het betreft een groeiemarkt waarop veel kleine aanbieders actief zijn. Geen enkele aanbieder heeft een marktaandeel van boven de 5%. Derden kunnen tegen gelijke voorwaarden de overzichten kopen. *In een markt die nog volop in ontwikkeling is en die veel kleine spelers kent, bevorderen dergelijke gegevens in beginsel de concurrentie. Nu bovendien de informatie toegankelijk is voor derden, is in het algemeen zo'n vorm van informatie-uitwisseling toegestaan.*

Voorbeeld 7

Op een markt zijn 8 ondernemingen actief. De branchevereniging verzamelt doorlopend de actuele prijsdata van haar leden via een zogenaamde *webcrawler*. De informatie wordt verwerkt tot een realtime inzichtelijke dataset met prijzen per onderneming per product. De leden kunnen hiermee de ontwikkelingen op de markt op de voet volgen. *De uitwisseling van gedetailleerde en herleidbare informatie over prijzen leidt tot uitschakeling van de normale onzekerheid in de markt. Deze vorm van informatie-uitwisseling via een branchevereniging beperkt de concurrentie en is niet toegestaan.*

### 3.3 Erkenningsregelingen

37. Erkenningsregelingen zijn regelingen waarbij men de activiteiten van ondernemingen toetst aan een aantal kwalitatieve criteria (kwaliteitsregelingen). Een onderneming mag zich 'erkend' noemen als haar activiteiten aan die criteria voldoen. Erkende ondernemingen krijgen vaak het recht om met een logo of op een andere manier aan het publiek kenbaar te maken dat zij erkend zijn. Brancheorganisaties spelen vaak een belangrijke rol bij de totstandkoming en uitvoering van

erkenningssystemen. De toelatingscriteria voor lidmaatschap van een brancheorganisatie kunnen in de praktijk ook fungeren als een erkenningssystemen.

38. De concurrentieregels voor erkenningssystemen gelden ook voor andersoortige kwaliteitsregelingen, zoals certificeringsregelingen (waarbij een onafhankelijke instantie certificeert en de kwaliteitseisen controleert), keurmerkregelingen, kwaliteitsregisters of kwaliteitsregelingen die bijvoorbeeld deel uitmaken van statuten, van lidmaatschapscriteria van een brancheorganisatie, of van een integraal ketenbeheersingssysteem zoals in de landbouwsector.
39. Erkenningssystemen kunnen bijdragen aan de kwaliteit van de productie, de dienstverlening, de distributie en aan de informatievoorziening en keuzemogelijkheden van de afnemer. Erkenningssystemen beperken de concurrentie niet als de deelnemende ondernemingen slechts een klein deel van de markt vertegenwoordigen. Een laag (gezamenlijk) marktaandeel van de deelnemende ondernemingen vormt een aanwijzing dat ook een *niet*-deelnemende onderneming in de markt kan opereren of tot de markt kan toetreden. Niet-deelnemende ondernemingen kunnen in dat geval voldoende concurrentiedruk uitoefenen om de eventueel verminderde concurrentie tussen de erkende ondernemingen te compenseren.
40. Erkenningssystemen kunnen ook in strijd zijn met het kartelverbod.<sup>46</sup> Dat is bijvoorbeeld het geval als een erkenningssystemen leidt tot of wordt gebruikt voor het uitsluiten van ondernemingen van de markt. Als een erkenningssystemen voor de activiteiten van de deelnemers op de markt belangrijke economische voordelen heeft die zij anders niet zelf kunnen behalen, kan het voor niet-deelnemende ondernemingen moeilijk worden om op de markt te opereren of tot de markt toe te treden. Dit zal het geval zijn als de deelnemende ondernemingen een groot deel van de markt vertegenwoordigen én consumenten of zakelijke afnemers de erkenning als een belangrijke voorwaarde zien om goederen of diensten af te nemen.
41. Als (potentiële) afnemers veel belang hechten aan deelname van hun leverancier aan de erkenningssystemen is de erkenningssystemen snel aan te merken als een belangrijke concurrentieparameter. Als (potentiële) toetreders op ongerechtvaardigde gronden worden buitengesloten, dan is er een concurrentiebeperkend effect dat strijdig is met het kartelverbod. Buitensluiting op ongerechtvaardigde gronden kan men bijvoorbeeld aantonen met gegevens waaruit blijkt dat (potentiële) toetreders op subjectieve gronden zijn afgewezen.<sup>47</sup>
42. Om ongerechtvaardigde uitsluiting te voorkomen moet de erkenningssystemen:
  - een open karakter hebben,
  - eisen stellen die objectief, niet-discriminerend en vóóraf duidelijk zijn,
  - een (toelatings)procedure voor erkenning hebben die transparant is, en
  - een (toelatings)procedure voor erkenning hebben die voorziet in een onafhankelijke beslissing over de toelating bij de eerste beoordeling, of nadat erkenning is geweigerd, in beroep.

<sup>46</sup> HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*Stichting geborgde dierenarts t. Agib*); Rechtbank Rotterdam 25 maart 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AO7022 (*UNETO-VNI*).

<sup>47</sup> Rechtbank Rotterdam 25 maart 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AO7022 (*UNETO-VNI*).

43. Erkenningsregelingen die voldoen aan deze voorwaarden beperken de concurrentie niet. De voorwaarden worden hieronder toegelicht.<sup>48</sup>
44. Een erkenningsregeling is open wanneer ze toegankelijk is voor iedereen die voldoet aan de voorwaarden. Dit betekent dat iedereen moet kunnen deelnemen die aan de kwaliteitseisen voldoet, niet dat men verplicht is iedereen zonder meer te laten deelnemen. Een erkenningsregeling geldt ook als open wanneer ze door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen accepteert. Een erkenningsregeling moet dus ook bijvoorbeeld diploma's of certificaten van vergelijkbaar niveau erkennen als deze relevant zijn voor de vaststelling van de eigenschappen waarop de erkenning is gebaseerd.
45. Een erkenningsregeling is objectief wanneer ze objectieve eisen stelt die bijdragen aan het doel van de regeling. Deze eisen moet men zonder discriminatie toepassen. Lidmaatschap van een brancheorganisatie is geen objectieve kwaliteitseis die bijdraagt aan het doel van de regeling. Ook niet-leden van een brancheorganisatie moeten kunnen deelnemen als ze voldoen aan de kwaliteitseisen. Als een brancheorganisatie heeft geïnvesteerd in het opzetten van een erkenningsregeling of daar belangrijke (bijvoorbeeld administratieve) werkzaamheden voor verricht, kan het gerechtvaardigd zijn in de kosten voor deelname aan de regeling onderscheid te maken tussen leden en niet-leden. Dit verschil moet uiteraard in redelijke verhouding staan tot de gemaakte kosten. Als de eisen op enig moment worden aangepast, moet in het belang van de objectiviteit zijn verzekerd dat de nieuwe eisen ook gelden en worden toegepast op de reeds erkenden. Een erkenningsregeling is bijvoorbeeld discriminerend en niet-objectief wanneer zij buitenlandse ondernemingen op voorhand van deelname uitsluit.
46. Een erkenningsregeling is duidelijk wanneer vóóraf bekend is aan welke eisen een (potentiële) toetreders moet voldoen.
47. Een toelatingsprocedure is onder meer transparant wanneer uit de regeling blijkt wat de te volgen procedure is en wat de (afwijzings-)criteria zijn.
48. Een erkenningsregeling is onafhankelijk, wanneer de besluitvorming over toelating op onafhankelijke wijze plaatsvindt. Dit kan zijn bij de eerste beoordeling of, nadat een erkenning is geweigerd, in beroep. Hetzelfde geldt voor opzegging of schorsing van het lidmaatschap. De onafhankelijkheid moet zijn gewaarborgd in de samenstelling van het toetsende orgaan.

#### Voorbeeld 8

In haar statuten en reglementen stelt een brancheorganisatie vakbekwaamheidseisen aan het lidmaatschap. Van de marktdeelnemers is 90% lid van de brancheorganisatie. Het is bekend dat (potentiële) afnemers vrijwel geen belang hechten aan het lidmaatschap van de brancheorganisatie. Wel gebruiken de leden een logo om zich te onderscheiden.

*Als een brancheorganisatie vakbekwaamheidseisen stelt aan het lidmaatschap, kan dit gaan fungeren als een erkenningsregeling. De statuten en reglementen van de brancheorganisatie gelden dan als erkenningsregeling. Maar het enkele feit dat 90% van de marktdeelnemers is aangesloten bij een erkenningsregeling is onvoldoende om te concluderen dat deelname aan deze*

<sup>48</sup> Rechtbank Rotterdam 7 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2494, r.o. 6.1. Rechtbank Rotterdam 25 maart 2004, ECLI:NL:RBROT:2004:AO7022 (UNETO-VNI); besluit ACM van 22 juli 2004 in zaak 2157/VNI, nr. 18.

*erkenningsregeling een factor van belang is in de markt, als (potentiële) afnemers vrijwel geen belang hechten aan het lidmaatschap van de brancheorganisatie. Het gebruik van een logo als kwaliteitskeurmerk doet hier niet aan af. De erkenningsregeling beperkt de concurrentie niet en is dus toegestaan.*

#### Voorbeeld 9

Een groep leveranciers in een markt wil zich onderscheiden als leveranciers van hoge kwaliteit. Zij stellen daartoe samen een erkenningsregeling op die zeer hoge eisen stelt aan de vakbekwaamheid en het serviceniveau van de deelnemers. Van de in de markt actieve ondernemers doet 7% mee. Samen vertegenwoordigen zij 8% van de omzet op de markt.

*Erkenningsregelingen waarbij de deelnemende ondernemingen een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 20% hebben en die geen bepalingen bevatten die tot doel hebben de concurrentie te beperken, hebben in beginsel geen concurrentiebeperkende effecten en zijn dus toegestaan.*

### 3.4 Algemene voorwaarden

49. Algemene voorwaarden die zijn opgesteld door ondernemingen gezamenlijk of door een ondernemersvereniging, kunnen de totstandkoming van transacties vergemakkelijken doordat ze vooraf duidelijkheid creëren bij contractpartijen. Bij transacties met consumenten kunnen algemene voorwaarden bovendien bijdragen aan de bescherming van de consument, bijvoorbeeld als ze bepalingen over geschillenregelingen en garantiefondsen bevatten. De Mededingingswet staat dan ook geenszins in de weg aan het hanteren van algemene voorwaarden.
50. Alleen als door opstelling en verplichte toepassing van algemene voorwaarden concurrentiebeperkende afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot stand komen, kan sprake zijn van overtreding van het kartelverbod. Dit is met name het geval als algemene voorwaarden betrekking hebben op belangrijke concurrentieparameters zoals prijzen en tarieven, met inbegrip van kortingen, toeslagen en betalingstermijnen.
51. Er zijn, afhankelijk van de specifieke kenmerken van een markt, nog andere belangrijke concurrentieparameters dan de hiervoor genoemde. Ondernemingen en ondernemersverenigingen weten welke concurrentiemiddelen een belangrijke rol spelen in de markt waarop zij actief zijn. Bijvoorbeeld de garantieperiode of de periode waarin afnemers recht hebben op gratis onderhoudsbeurten. Als de algemene voorwaarden die ondernemingen verplicht hanteren zijn opgesteld door ondernemingen gezamenlijk of door een ondernemersvereniging, en betrekking hebben op dergelijke parameters, beperken zij de concurrentie en zijn ze in strijd met het kartelverbod.

#### Voorbeeld 10

Een brancheorganisatie verplicht haar leden gebruik te maken van de geschillenregeling die in de branche is overeengekomen. Deze geschillenregeling voorziet in een procedure waarvan afnemers gebruik kunnen maken als zij ontevreden zijn over geleverde goederen of diensten. Het staat afnemers vrij om naar de rechter te gaan als de geschillencommissie die de regeling uitvoert hen in het ongelijk stelt. Het staat niet-leden van de brancheorganisatie vrij zich ook aan te sluiten bij de geschillenregeling. *De koppeling van het lidmaatschap van de brancheorganisatie aan het gebruik van de geschillenregeling heeft geen invloed op de wijze waarop men in de sector concurreert en leidt tegelijkertijd tot een betere bescherming van de afnemers. De verplichte deelname aan de*

*geschillenregeling is toegestaan.*

Voorbeeld 11

Een brancheorganisatie stelt algemene voorwaarden op. Het bestuur stelt ze verplicht. Er staat in dat de leden op de prijzen voor levering van diensten het jaarlijks door de brancheorganisatie vastgestelde prijsverhogingspercentage toepassen. Dit betekent dat alle leden van de brancheorganisatie jaarlijks de voorgeschreven prijsverhoging aan hun afnemers in rekening brengen.

*In deze algemene voorwaarden ligt een prijsafpraak besloten. Omdat de vereniging het gebruik van de algemene voorwaarden verplicht, is deze aanbeveling te zien als een concurrentiebeperkend besluit van een ondernemersvereniging. Dit is ook het geval als de brancheorganisatie haar leden enkel had geadviseerd om de algemene voorwaarden toe te passen in plaats van hen daartoe te verplichten. Deze bepaling uit de algemene voorwaarden, in combinatie met het besluit, is dus niet toegestaan.*

### 3.5 Samenwerking op administratief gebied

52. Samenwerking tussen ondernemingen – al dan niet via een brancheorganisatie op het gebied van de boekhouding, gemeenschappelijke kredietgarantie, gemeenschappelijke incasso en van gemeenschappelijke kantoren voor bedrijfs- of belastingadviezen is niet van invloed op het aanbod van de producten en diensten van de samenwerkende ondernemingen. De samenwerking beperkt zich immers tot de administratieve verwerking van de bedrijfsactiviteiten en beïnvloedt de beslissingen over die activiteiten zelf niet. Dergelijke vormen van samenwerking beperken de concurrentie niet en vallen dus niet onder het kartelverbod.

### 3.6 Informatie-uitwisseling tussen concurrenten

53. Uitwisseling van marktinformatie tussen ondernemingen, al dan niet via een ondernemersvereniging of bijvoorbeeld een onafhankelijk onderzoeksbureau, kan ondernemingen helpen algemene marktontwikkelingen te volgen en daarop in te spelen. Ook uitwisseling van informatie over bijvoorbeeld nieuwe technologieën of andere ontwikkelingen kan de concurrentie bevorderen.
54. Uitwisseling van informatie tussen concurrenten kan echter ook toe leiden dat ondernemingen niet meer zelfstandig en onafhankelijk hun marktgedrag bepalen. Bovendien kan uitwisseling van informatie de coördinatie van marktgedrag vergemakkelijken. Uitwisseling van informatie is ook in strijd met het kartelverbod als ondernemingen de uitwisseling benutten om de nakoming van eventuele bestaande prijs-, productie- of marktverdelingsafspraken of andere verboden concurrentiebeperkende afspraken te controleren. Zoals gezegd, beperkt een uitwisseling van informatie die de onzekerheid van de betrokkenen kan wegnemen over het tijdstip waarop, de mate waarin, en de wijze waarop de betrokken ondernemingen hun marktgedrag zullen aanpassen, altijd de mededinging.
55. Ondernemingen kunnen informatie direct met elkaar uitwisselen, of indirect via bijvoorbeeld leveranciers, afnemers, een brancheorganisatie of een onafhankelijk onderzoeksbureau.<sup>49</sup> Het maakt

<sup>49</sup> Als een onderneming individueel een contract sluit met bijvoorbeeld een marktonderzoeksbureau voor het verzamelen van marktinformatie, bijvoorbeeld via enquêtes, is er geen afspraak tussen concurrenten over uitwisseling van informatie. Het gaat hier dan om dienstverlening door derden en niet om afspraken die eventueel onder het kartelverbod vallen. Zie ook Informele zienswijze van 18 december 2014, ACM/DM/2014/206814 (*Reactie self-assessment pilot bereikbaarheid contant geld*).



verder geen verschil of de informatie mondeling wordt uitgewisseld, schriftelijk, via e-mail of via een website.

56. Indien een onderneming ongewenst commerciële informatie ontvangt en een overtreding wilt voorkomen dient zij van deze informatie openlijk afstand te doen. Een onderneming kan bijvoorbeeld schriftelijk aangeven afstand te doen van de ontvangen informatie en daarbij aangeven niet te zullen deelnemen aan enige vorm van afstemming.
57. Of uitwisseling van informatie de concurrentie beperkt hangt af van 1) de aard, frequentie en bestemming van de uitgewisselde informatie en 2) de marktstructuur.<sup>50</sup> Deze factoren moeten in onderlinge samenhang worden beoordeeld.

*Aard, frequentie en bestemming van de uitgewisselde informatie*

58. Belangrijke strategische informatie beperkt eerder de concurrentie dan informatie die niet van strategisch belang is.<sup>51</sup> Informatie is concurrentiegevoeliger:
- a) als ze betrekking heeft op aspecten waarop de ondernemingen met elkaar concurreren (concurrentieparameters);
  - b) naarmate ze gedetailleerder is / een lager aggregatieniveau heeft;
  - c) naarmate ze actueler is / frequenter wordt verstrekt of ziet op toekomstig gedrag;
  - d) als ze niet voor iedereen beschikbaar is.

a) Concurrentieparameters

59. Er moet worden nagegaan of het gaat om informatie die onzekerheden wegneemt over het handelen en de strategie van concurrenten, waardoor een onderneming niet meer zelfstandig en onafhankelijk haar marktgedrag bepaalt. Naarmate het strategische nut van gegevens toeneemt, is eerder sprake van een ongeoorloofde concurrentiebeperking. Dit is bijvoorbeeld het geval als de informatie betrekking heeft op belangrijke concurrentieparameters, zoals prijzen, productie, afzet en klanten.

b) Detaillering/ aggregatieniveau

60. Uitwisseling van informatie over individuele ondernemingen kan leiden tot uitschakeling van de normale onzekerheid in de markt over het (voorgenomen) marktgedrag van marktdeelnemers en daarmee de concurrentie aantasten. Dit is dus voor de mededinging eerder een probleem dan uitwisseling van geaggregeerde gegevens.<sup>52</sup> Het is geen probleem als een onderneming bijvoorbeeld in een benchmark alleen informatie krijgt over haar eigen positie en niet over de posities van concurrenten.

c) Actualiteit en frequentie

61. Hoe actueler en frequenter de informatie is, hoe meer invloed ze zal hebben op het toekomstige marktgedrag van de onderneming en hoe groter het strategisch nut. Maar het uitwisselen van historische gegevens kan de concurrentie ook beperken. In het algemeen reduceert uitwisseling van informatie die ouder is dan twaalf maanden de normale onzekerheid in de markt echter niet. Informatie-uitwisseling over toekomstig marktgedrag zal al snel de normale onzekerheid op de markt

<sup>50</sup> CBb 12 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN3895 (*T-Mobile*); CBb 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521 (*fietsenfabrikanten*).

<sup>51</sup> Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, rnr. 87.

<sup>52</sup> Geaggregeerde gegevens zijn gegevens waaruit zeer moeilijk informatie op het niveau van de individuele onderneming kan worden afgeleid.

uitschakelen. Of de informatie de onzekerheid in markt weg neemt is ook mede afhankelijk van de sector en de (duur van de) overeenkomsten die binnen die sector worden gesloten. Wat betreft de actualiteit kan zelfs bij eenmalige uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie al sprake zijn van een overtreding.

#### d) Beschikbaarheid

62. Als de informatie ook beschikbaar is voor andere partijen, zoals niet-betrokken concurrenten, toeleveranciers en afnemers, is het minder waarschijnlijk dat de uitwisseling daarvan de concurrentie beperkt.<sup>53</sup> In hoeverre ook informatie-uitwisseling die in het openbaar plaatsvindt de mededinging kan beperken wordt toegelicht in randnummers 677-68 van deze Leidraad.

#### *Marktstructuur*

63. Marktkennmerken die relevant zijn om te bepalen of de informatie-uitwisseling de concurrentie kan beperken, zijn de concentratiegraad (aantal en grootte van de op de markt actieve ondernemingen), de aard van het product en de mate van productdifferentiatie, het al dan niet bestaan van toetredingsdrempels, de groei van de marktvraag en de kostenstructuur.

64. Het nut van strategische informatie is groter indien:

- De markt geconcentreerder is (weinig aanbieders);
- De producten homogener zijn;
- Er meer of hogere toetredingsbarrières bestaan;
- De markt transparanter is;
- De marktvraag stabiel is; en/of
- De op de markt actieve ondernemingen een zelfde kostenstructuur hebben.

65. De vraag of de uitwisseling van informatie de concurrentie beperkt hangt af van de aard van de informatie en de kenmerken van de markt. Zo is op een markt met een stabiele vraag het toekomstig gedrag van concurrenten grotendeels te voorspellen aan de hand van historisch gedrag. In zo'n situatie kan uitwisseling van historische gegevens de concurrentie beperken.

66. Uitwisseling van concurrentiegevoelige, recente gegevens van individuele marktdeelnemers op een verzadigde markt<sup>54</sup> met een hoge concentratiegraad, stelt de deelnemende ondernemingen in staat kennis te nemen van de marktpositie en de marketingstrategie van hun concurrenten, waardoor de resterende concurrentie tussen de marktdeelnemers aanmerkelijk vermindert. Deze uitwisseling vervangt daarmee de normale risico's van concurrentie door praktische samenwerking en verhoogt het risico dat in strijd wordt gehandeld met het kartelverbod.

#### *Openlijke informatie-uitwisseling*

67. Ondernemingen kunnen ook in het openbaar informatie uitwisselen. Dit kan bijvoorbeeld door middel van een website, het uitgeven van brochures en catalogi, een landelijke krant maar ook via gespecialiseerde vakbladen of een internetplatform. Doorgaans is het bekend maken van prijzen en productinformatie gericht op de klanten. Prijs en kwaliteit zijn dan vóór publicatie al (eenzijdig) door de onderneming bepaald. Deze transparantie is doorgaans goed voor de afnemers.

---

<sup>53</sup> Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, rnr. 93-95.

<sup>54</sup> Een verzadigde markt is een markt die niet meer groeit en waar ook geen groei wordt verwacht.

68. Als ondernemingen echter in het openbaar informatie geven over voorgenomen prijsverhogingen, kortingen of veranderingen in kwaliteit en service, of als zij bepaalde verwachtingen uitspreken omtrent de toekomstige prijsontwikkeling, dan kan die aankondiging – over de hoofden van de klanten en soms ook de aandeelhouders heen – een signaal zijn voor concurrenten.<sup>55</sup> Zij geven daarmee (impliciet) een uitnodiging aan concurrenten om te volgen. Het openbaar maken van informatie over prijzen en kwaliteit levert op een markt met veel concurrenten doorgaans geen probleem voor de mededinging op. In een markt waar weinig concurrenten zijn die een groot marktaandeel hebben, en die elkaar dus goed in de gaten kunnen houden, kan openlijke informatie-uitwisseling de concurrentie echter wel ten nadele van de afnemers beperken.
69. De volgende omstandigheden zijn relevant bij het beantwoorden van de vraag of openlijke informatie-uitwisseling de concurrentie kan beperken.<sup>56</sup>
- De inhoud van de informatie: hierbij moet bijvoorbeeld worden gekeken of de informatie gaat over relevante concurrentieparameters (zoals prijs en hoeveelheid/capaciteit<sup>57</sup>), of het gaat om actuele of toekomstige informatie en hoe specifiek of concreet de informatie is.<sup>58</sup> Ook moet worden gekeken of de informatie vooral bedoeld is voor afnemers of juist voor concurrenten. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit het gekozen medium voor de uitwisseling<sup>59</sup> en of de informatie bruikbaar is voor afnemers bij het nemen van aankoopbeslissingen.
  - De bruikbaarheid van de informatie: als het aangekondigde gedrag nog niet definitief is vastgesteld door de onderneming, kan de onderneming zonder nadeel de maatregel niet doorvoeren als deze merkt dat de concurrenten niet volgen (“proefballonnetje”). Bovendien kunnen afnemers er dan hun aankoopbeslissingen niet op baseren.
  - Het tijdstip van de informatie-uitwisseling: hoe meer tijd er zit tussen de aankondiging van het voorgenomen marktgedrag en de effectuering daarvan, hoe meer tijd concurrenten hebben om hun gedrag daarop aan te passen.
  - De marktstructuur: als er weinig aanbieders zijn, is afstemming ten nadele van de afnemers eerder mogelijk.
  - De dynamiek bij de informatie-uitwisseling: als concurrenten reageren op elkaars publieke aankondigingen, bijvoorbeeld daarmee openlijk instemmen of eigen marktgedrag in het vooruitzicht stellen, is het aannemelijker dat de informatie-uitwisseling de ondernemingen in staat stelt om hun gedrag op elkaar af te stemmen. Soms is een openlijke reactie echter niet eens nodig, bijvoorbeeld als één onderneming steeds het voortouw neemt, en de anderen doorgaans volgen.

#### Voorbeeld 12

Vier ondernemingen zijn actief op een markt. De managers van deze ondernemingen gaan regelmatig naar vakbeurzen, waar zij presentaties houden en interviews geven aan vakbladen. In zijn presentatie vertelt manager A dat zijn aandeelhouders klagen over de winstgevendheid van het

<sup>55</sup> Soms zijn ondernemingen wettelijk verplicht om tarieven openbaar maken, voor hun gelden dan andere regels.

<sup>56</sup> Besluit ACM van 7 januari 2014 in zaak 13.0612.53. (*Toezeggingsbesluit mobiele operators*).

<sup>57</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan aankondigingen over het (tijdelijk) beperken van de capaciteit in verband met onderhoud of een sterk verminderde productie vanwege bepaalde (externe) omstandigheden.

<sup>58</sup> Zo is de uitwisseling tussen concurrenten van individuele gegevens inzake voorgenomen toekomstige prijzen of hoeveelheden altijd een mededingingsbeperking.

<sup>59</sup> Het gebruik van een gespecialiseerd medium, zoals een vakblad of internetplatform, dat in de regel niet gebruikt wordt door afnemers kan bijvoorbeeld een aanwijzing zijn dat de bedoeling van de ondernemingen vooral is om hun concurrenten te informeren over voorgenomen marktgedrag.

bedrijf. Hij zegt dat zijn onderneming zijn prijzen wil verhogen met 10% en meer aandacht aan kwaliteit wil besteden. De managers van de andere ondernemingen geven daarna in interviews aan dat de bodem volgens hen ook wel is bereikt en dat het tijd wordt om afnemers meer kwaliteit te bieden, die uiteraard wel iets zal kosten. *De uitingen van de managers kunnen leiden tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen concurrenten over de prijs. Manager A heeft een proefballonnetje opgelaten over de wenselijkheid van een prijsverhoging, waar zijn concurrenten instemmend op hebben gereageerd. Manager A kan hierdoor makkelijker de prijzen verhogen, in de wetenschap dat de concurrenten waarschijnlijk zullen volgen. Dergelijke openlijke informatie-uitwisseling zal daardoor de mededinging kunnen beperken.*

### 3.7 Inkoopafspraken

70. Veel brancheorganisaties ondersteunen hun leden door voor hen gunstige voorwaarden te bedingen bij de inkoop van goederen of diensten. Bijvoorbeeld verzekeringen, of energie. Gezamenlijke inkoop van dergelijke producten en diensten, al dan niet via een brancheorganisatie, beperkt normaal gesproken de concurrentie niet en valt dus niet onder het kartelverbod.<sup>60</sup> Dat kan anders liggen als de gemeenschappelijke inkoop leidt tot aanzienlijke inkoopmacht op de markten waarop men inkoop of tot een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten<sup>61</sup>, of als de leden van de brancheorganisatie gedwongen of genoodzaakt zijn via de brancheorganisatie in te kopen.
71. De onder randnummer 70 bedoelde samenwerking moet worden onderscheiden van afspraken waarbij concurrerende ondernemingen (al dan niet heimelijk) collectief een maximale inkoopprijs afstemmen, zonder dat sprake is van een daadwerkelijke gezamenlijke inkoop en integratie van inkoopactiviteiten. In feite vormen de ondernemingen dan een “inkoopkartel” en strekken hun afspraken er toe de mededinging te beperken.<sup>62 63</sup> Inkoopkartels benadelen leveranciers, omdat zij hun goederen en diensten tegen minder gunstige voorwaarden kunnen leveren en niet kunnen profiteren van de voordelen die zij zouden hebben bij gemeenschappelijke inkoop, zoals de mogelijkheid om een groter volume af te zetten of te besparen op transactiekosten. Inkoopkartels kunnen daarnaast leiden tot een verminderde druk bij afnemers om de kosten te beheersen, de kwaliteit te verbeteren en te innoveren.<sup>64</sup>

#### Voorbeeld 13

Vier ondernemingen kopen allemaal product X in bij 6 leveranciers. Om de prijs te drukken stemmen zij af dat zij de leveranciers voor product X allemaal niet meer zullen betalen dan EUR 25 per stuk. Zij onderhandelen verder individueel met de leveranciers over de prijs en voorwaarden voor levering. *Deze afspraak over de inkoopprijs voor product X valt onder het kartelverbod en is niet toegestaan. De vier ondernemingen beperken hierdoor namelijk de onderlinge concurrentie bij de inkoop van dat product bij de leveranciers. Een alternatief voor het vormen van dit inkoopkartel zou kunnen zijn dat*

<sup>60</sup> Informele zienswijze ACM van 24 juli 2014, ACM/DM/2014/204334 (*gezamenlijke inkoop medicijn TNFi*); Leidraad gezamenlijke inkoop geneesmiddelen voor de medisch-specialistische zorg, van juni 2016, ACM/TFZ/2016/401860.

<sup>61</sup> Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, rnr. 213-216.

<sup>62</sup> Richtsnoeren Horizontale Samenwerking, rnr. 205 en 206. Zie ook artikel 101, lid 1, onder a VWEU.

<sup>63</sup> Inkoopkartels kunnen ook betrekking hebben op andere soorten afspraken, zoals het beperken van de in te kopen hoeveelheid goederen of diensten of het verdelen van leveranciers.

<sup>64</sup> Zie voor een voorbeeld van een inkoopkartel bijvoorbeeld het besluit van de Europese Commissie van 8 februari 2017 in zaak AT.40018 (*Recycling autoaccu's*). Als gevolg van het inkoopkartel voor autoaccu's werden minder accu's aangeboden en ingezameld, waardoor de goede werking van het recyclingsysteem werd gefrustreerd.

*de vier ondernemingen gezamenlijk product X inkopen bij één of meer leveranciers. Dit kan ook voordelen hebben voor die leverancier(s), bijvoorbeeld door de mogelijkheid om een groter volume af te zetten of te besparen op transactiekosten.*

### 3.8 Arbeid en inhuur

72. Een bijzondere vorm van inkoopafspraken zijn afspraken tussen ondernemingen over de inkoop van arbeid van werknemers of de inhuur van diensten van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) ("arbeidsmarktafspraken"). Als arbeidsmarktafspraken worden gemaakt over de inkoop van arbeid van werknemers in het kader van een collectieve arbeidsovereenkomst (cao) om de werkgelegenheid of arbeidsvoorwaarden te verbeteren, is het kartelverbod daarop niet van toepassing.<sup>65</sup> Arbeidsmarktafspraken buiten dit domein kunnen wel onder het kartelverbod vallen.
73. Vanuit het mededingingsrecht gezien zijn ondernemingen die concurreren om arbeid doordat zij dezelfde werknemers willen aantrekken of zzp'ers willen inhuren, op die arbeidsmarkt concurrenten van elkaar, ongeacht of zij aan hun afnemers met elkaar concurrerende producten of diensten leveren.
74. Concurrentie om arbeid levert voordelen op voor werknemers en zzp'ers, zoals hogere lonen en betere arbeidsvoorwaarden. Ook consumenten kunnen profiteren van concurrentie tussen werkgevers, omdat ondernemingen door een competitievere inzet van hun personeel of ingehuurde zzp'ers kunnen zorgen voor meer of betere goederen en diensten. Het is op grond van de Mededingingswet niet toegestaan om afspraken te maken die de onderlinge concurrentie om arbeid te beperken. Dit mag ook niet als het doel hiervan is om (arbeids)kosten te verminderen. Dit verstoort een goede werking van de arbeidsmarkt en kan leiden tot verminderde productie, kwaliteit en innovatie. Ondernemingen dienen onafhankelijk van elkaar beslissingen te nemen over zaken als het werven van personeel en (aanvullende) arbeidsvoorwaarden. Ook brancheorganisaties mogen geen advies geven dat de onderlinge concurrentie om arbeid beperkt.
75. Voorbeelden van arbeidsmarktafspraken die de mededinging kunnen beperken zijn afspraken om niet te werven onder elkaars personeel<sup>66</sup> of elkaars personeel niet in te huren<sup>67</sup>, of afspraken om salarissen en andere arbeidsvoorwaarden zoals toeslagen of bonussen te beperken.<sup>68</sup> Dergelijke marktverdelings- of prijsafspraken beperken de mogelijkheden voor ondernemingen om met elkaar te concurreren door arbeid tegen bepaalde voorwaarden aan te trekken. Zij kunnen daarnaast de verwezenlijking van de interne markt belemmeren doordat zij kunstmatige barrières opwerpen tussen de Lidstaten van de Europese Unie. Ook afspraken over het niet of alleen onder voorwaarden

<sup>65</sup> Zie ook randnummer 26.

<sup>66</sup> Dit worden ook wel "non-poaching" afspraken genoemd.

<sup>67</sup> Artikel 101, lid 1, sub c VWEU verbiedt in dit verband afspraken "die bestaan in het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen". In antwoord op vragen van het Europees Parlement over "banenkartels" stelt de Europese Commissie in dit verband dat niet-wervingsafspraken de mededinging vaak ernstig zullen beperken. Dergelijke afspraken vallen onder het kartelverbod omdat de sociale sector en arbeidsmarkt niet zijn uitgezonderd van toepassing van de mededingingsregels. Volgens de Commissie kan een afspraak tussen ondernemingen om geen personeel van elkaar te werven een marktverdelingsafpraak vormen met betrekking tot het aanbod van arbeid. Zie nr. E-1840/2007, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2007-1840&language=EN>; Gerechtshof 's Hertogenbosch, 4 mei 2010, ECLI:NL:GHSE:2010:BM3360, rnr 4.9.5 (Anesthesiemedewerker). Zie ook Conclusie van A-G Lenz van 20 september 1995 in zaak C-415/93, rnr 262 (Bosman).

<sup>68</sup> Artikel 101, lid 1, sub a VWEU verbiedt in dit verband afspraken "die bestaan in het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden".

inhuren van zzp'ers of afspraken over maximumtarieven voor de inhuur van zzp'ers kunnen de mededinging beperken. Dergelijke afspraken benadelen zzp'ers in hun mogelijkheden om hun diensten aan te bieden en zich daarbij van elkaar te onderscheiden.

76. Bovenstaande laat onverlet dat werkgevers en werknemers in een cao afspraken mogen maken ter verbetering van arbeidsvoorwaarden, zoals loon en pensioen. Dergelijke afspraken kunnen weliswaar concurrentiebeperkend zijn omdat ze de kosten van werkgevers harmoniseren en de ruimte voor concurrentie op arbeidsvoorwaarden verkleinen. Maar om cao-partijen niet ernstig te belemmeren in het bereiken van hun sociale doelen, staat er in artikel 16 van de Mededingingswet een uitzondering op het kartelverbod. Dit is de *cao-exceptie*.<sup>69</sup>
77. Ten slotte zijn arbeidsmarkt afspraken onder bepaalde voorwaarden toegestaan als zij noodzakelijk zijn voor een fusie, overname of joint venture. Het kan bijvoorbeeld nodig zijn om af te spreken dat de verkoper gedurende een beperkte periode geen personeel mag werven bij de koper om de waarde van de over te nemen onderneming te beschermen. Dergelijke afspraken worden ook wel "nevenrestricties" genoemd. Voorbeelden hiervan zijn eerder genoemde niet-concurrentiebedingen en niet-wervingsbedingen.<sup>70</sup>

#### Voorbeeld 14

Drie ondernemingen worden geconfronteerd met een sterk stijgende vraag naar hun diensten en krapte op de arbeidsmarkt voor gespecialiseerd personeel. Om de situatie het hoofd te bieden spreken zij af dat zij in ieder geval geen personeel bij elkaar zullen werven en geen "extra's" zullen aanbieden, zoals het toekennen van sign-on bonussen of vergelijkbare toeslagen. Om het personeelstekort op te vangen huren zij tijdelijk zzp'ers in. Omdat zij bang zijn dat de zzp'ers hun tegen elkaar uit zullen spelen om een zo hoog mogelijke beloning te bedingen, spreken zij af zzp'ers maximaal EUR 50 per uur te betalen voor hun diensten. Tot slot zetten zij met behulp van een extern bedrijf een gezamenlijk initiatief op om geschikt buitenlands personeel naar Nederland te trekken. *De afspraak om geen personeel bij elkaar te werven beperkt de concurrentie om arbeid tussen de ondernemingen en is daarom niet toegestaan. Ook de afspraak om niet te concurreren op arbeidsvoorwaarden is om deze reden niet toegestaan. De afspraak om zzp'ers maximaal EUR 50 per uur te betalen beperkt voorts de onderlinge concurrentie om de inhuur van zzp'ers en beperkt de mogelijkheden van zzp'ers om hun dienstverlening aan te bieden en is daarom eveneens niet toegestaan. Het gezamenlijk initiatief om buitenlands personeel naar Nederland te trekken beperkt de concurrentie niet en is wel toegestaan.*

#### Voorbeeld 15

Een werkgeversorganisatie adviseert haar leden om na mislukte onderhandelingen van het cao-overleg niet meer dan 2% loonsverhoging te geven aan hun werknemers. *Werkgeversorganisaties mogen hun leden niet adviseren over de hoogte van lonen. Dergelijke adviezen beperken de onderlinge concurrentie om arbeid en zijn daarom verboden.*

<sup>69</sup> De ACM heeft aparte voorlichting gepubliceerd over tariefafspraken tussen zzp'ers in cao's in de "Leidraad Tariefspraken voor zzp-ers in cao's" zie [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/16978\\_leidraad-tariefafspraken-voor-zzp-ers-in-cao-s-2017-02-24.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16978_leidraad-tariefafspraken-voor-zzp-ers-in-cao-s-2017-02-24.pdf).

<sup>70</sup> Zie voor meer informatie over nevenrestricties de Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, Pb 2005, C 56/03: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:NL:PDF>.

### 3.9 Horizontale samenwerking vooruitlopend op een concentratie

78. Ondernemingen die samen willen gaan door middel van een fusie, overname of joint venture en onder de concentratieregels van de Mededingingswet vallen, dienen te wachten met de totstandbrenging van hun concentratie tot dat zij goedkeuring hebben gekregen van de ACM.<sup>71</sup> Het kartelverbod geldt voor iedere concentratie totdat deze geïmplementeerd is en dus ook als een concentratie niet bij de ACM moet worden gemeld. Als de concentratie is geïmplementeerd dan is het kartelverbod niet meer van toepassing. De voorheen onafhankelijke ondernemingen zijn dan één onderneming geworden of er is een gemeenschappelijke onderneming tot stand gekomen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.
79. Ondernemingen die willen concentreren, moeten zich vóór de goedkeuring van de ACM (nog steeds) houden aan het kartelverbod.<sup>72 73</sup> De ondernemingen mogen tijdens de onderhandelingsfase dus geen afspraken maken over prijzen, markten en/of het verdelen van klanten. Ook mogen de ondernemingen in beginsel geen concurrentiegevoelige informatie uitwisselen tijdens de onderhandelingsfase voor de concentratie.
80. Toch zullen ondernemingen in het kader van de voorgenomen concentratie wel informatie met elkaar moeten delen om elkaars onderneming te waarderen. Of de uitwisseling van de informatie is toegestaan moet per geval worden bekeken. Het delen van de informatie moet strikt noodzakelijk zijn voor het tot stand brengen van de voorgenomen concentratie. Als dat het geval is, dient een geheimhoudingsverklaring te worden getekend en moet gebruikt worden gemaakt van zorgvuldig samengestelde teams die strikt vertrouwelijk met de informatie omgaan en die zich niet direct of indirect bezighouden met de dagelijkse bedrijfsvoering van de ondernemingen.

---

<sup>71</sup> Zie voor de regelgeving ten aanzien van concentraties artikel 34 en 41 van de Mededingingswet of kijk op [www.acm.nl](http://www.acm.nl). Zie ook Rechtbank Rotterdam 14 maart 2008, ECLI:NL:RBOT:2008:BC9420 (*Airfield Holding*).

<sup>72</sup> Een concentratie mag ook niet worden gerealiseerd voordat goedkeuring is verkregen bij de bevoegde mededingingsautoriteit.

<sup>73</sup> Indien sprake is van een meldingsplichtige concentratie mag de verkrijgende onderneming geen zeggenschap uitoefenen over de doelonderneming voordat ACM goedkeuring heeft gegeven. Dit zou namelijk in strijd zijn met artikel 34 lid 1 Mededingingswet.