



Leidraad

Afspraken tussen leveranciers en afnemers

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
070 722 20 00

Inhoudsopgave

1	Inleiding	4
2	Beoordelingskader afspraken tussen leveranciers en afnemers	4
2.1	Wanneer is het kartelverbod van toepassing?	4
2.2	Wanneer is het kartelverbod niet van toepassing?	8
3	Beoordeling van verticale overeenkomsten in de praktijk	11
3.1	Groepsvrijstelling van toepassing: verticale beperking toegestaan	11
3.2	Toetsing aan de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen	13
4	Wat als de ACM een onderzoek start naar een verticale beperking?	14

Leidraad Afspraken tussen leveranciers en afnemers

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. Dit verbod kan ook van toepassing zijn op afspraken tussen leveranciers en afnemers.

Veel afspraken tussen leveranciers en afnemers bevorderen de concurrentie. Door afspraken te maken kunnen zij goederen en diensten bijvoorbeeld efficiënter distribueren. Voor ondernemingen 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 afspraken tussen leveranciers en afnemers beoordeelt. De Leidraad is vooral bedoeld voor ondernemingen, brancheorganisaties en hun adviseurs en vervangt het document “Toezicht van ACM op verticale overeenkomsten”. De ACM heeft op www.acm.nl ook aparte voorlichting gepubliceerd voor de beoordeling van afspraken tussen concurrenten, afspraken tussen zorgaanbieders¹, gezamenlijke inkoop van geneesmiddelen door ziekenhuizen en zorgverzekeraars² en de ruimte die de Mededingingswet biedt voor duurzaamheidsinitiatieven³.

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.

¹ Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7083/Richtsnoeren-voor-de-zorgsector>.

² Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15963/Leidraad-gezamenlijke-inkoop-geneesmiddelen--meer-slagkracht-voor-ziekenhuizen-en-zorgverzekeraars>.

³ 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 zijn zelf verantwoordelijk voor de naleving van de Mededingingswet. Met deze Leidraad wil de Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) ondernemingen voorlichten over hoe zij zelf kunnen beoordelen welke afspraken tussen leveranciers en afnemers zijn toegestaan en welke niet. Omdat leveranciers en afnemers op verschillende niveaus van de distributiekolom actief zijn, worden deze afspraken ook wel “verticale overeenkomsten” genoemd.
2. Deze Leidraad behandelt het algemene kader van de mededingingsrechtelijke beoordeling van afspraken tussen leveranciers en afnemers. Daarnaast beschrijft de Leidraad een aantal geregeld voorkomende afspraken tussen leveranciers en afnemers. 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. Hij 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 gebaseerd op de Europese Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten⁴ (hierna: “Groepsvrijstelling”) en de Europese richtsnoeren inzake verticale beperkingen⁵ (hierna: “Commissierichtsnoeren”). De Groepsvrijstelling en de Commissierichtsnoeren zijn in de praktijk erg belangrijk voor de toetsing van afspraken tussen leveranciers en afnemers aan de mededingingsregels. Naast deze Leidraad kunnen ondernemingen voor de beoordeling van hun afspraken ook gebruik maken van Nederlandse en Europese rechtspraak over de toepassing van de mededingingsregels in verschillende sectoren. Daarnaast heeft de Europese Commissie door middel van verordeningen, richtsnoeren en bekendmakingen ondernemingen inzicht verschaft in de toepassing van de mededingingsregels.⁶

2 Beoordelingskader afspraken tussen leveranciers en afnemers

2.1 Wanneer is het kartelverbod van toepassing?

Welke gedragingen vallen onder het kartelverbod?

4. Gedragingen van ondernemingen⁷ vallen onder het kartelverbod als zij kunnen worden gekwalificeerd als een *overeenkomst* of een *onderling afgestemde feitelijke gedraging*.

⁴ Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Europese Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 2010, L 102/1: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>.

⁵ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 2010/C 130/01: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:NL:PDF>.

⁶ Zie voor Europese mededingingsregels: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

⁷ 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.

5. 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. Hoe die wil precies te kennen is gegeven, is niet van belang.⁸
6. Het begrip “onderling afgestemde feitelijke gedraging” omvat vormen van afstemming waarmee ondernemingen, zonder een overeenkomst te sluiten, niet langer onafhankelijk van elkaar hun marktgedrag bepalen. Bijvoorbeeld als de leverancier dreigt met een leveringstop als de afnemer weigert een bepaalde wederverkoop prijs te hanteren, en de afnemer in reactie daarop zijn verkoopprijs aanpast. De ACM gebruikt in dit document de term “overeenkomst” voor zowel overeenkomsten als voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Welke afspraken tussen leveranciers en afnemers beperken de mededinging?

7. Verticale overeenkomsten vallen onder het kartelverbod als zij de mededinging beperken. De ACM gebruikt in dit document de term “verticale beperkingen” voor bepalingen in verticale overeenkomsten die de mededinging beperken.
8. De ACM maakt onderscheid tussen verschillende soorten verticale beperkingen: hardcore beperkingen⁹, niet-concurrentiebedingen¹⁰ en overige beperkingen. Hieronder worden deze typen beperkingen nader toegelicht. In paragraaf 3 gaat de ACM uitgebreider in op de mededingingsrechtelijke beoordeling van deze beperkingen.

Hardcore beperkingen

9. Hardcore beperkingen vormen ernstige beperkingen van de concurrentie.¹¹ De belangrijkste hardcore beperkingen die de strekking hebben de mededinging te beperken, zijn:¹²
 - a. *Verticale prijsbinding*. Dit houdt in dat de leverancier de vrijheid van de afnemer beperkt om zelf zijn wederverkoop prijs vast te stellen. Het hanteren van een adviesprijs of het opleggen van een *maximum* wederverkoop prijs is geen hard core beperking.
 - b. *Marktverdeling*. Dit houdt in dat de leverancier de afnemer verbiedt om in een bepaald gebied of aan bepaalde klanten(groepen) te verkopen. Denk bijvoorbeeld aan een leverancier die een afnemer enkel toestaat om aan klanten uit Den Haag te verkopen, maar niet aan klanten uit Amsterdam:
 - Als de leverancier de afnemer verbiedt om op eigen initiatief klanten uit Amsterdam te benaderen voor de verkoop van producten is dat een beperking van de “actieve verkoop”.¹³ Een beperking van de actieve verkoop is meestal een hardcore beperking en slechts in bepaalde situaties toegestaan. Een leverancier mag bijvoorbeeld wel de afnemer verbieden om actief te verkopen in een geografisch gebied dat hij exclusief aan zichzelf of aan een andere afnemer

⁸ Zie hierover nr. 25 van de Commissierichtsnoeren.

⁹ Zie artikel 4 van de Groepsvrijstelling.

¹⁰ Zie artikel 5 van de Groepsvrijstelling.

¹¹ 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. 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-minimismededeling), Pb. 2014, C 291/1: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>.

¹² Dit betreft een niet-uitputtende lijst van hardcore beperkingen. De ACM verwijst naar de Groepsvrijstelling en de Commissierichtsnoeren (nrns. 47-64 voor een uitgebreidere behandeling).

¹³ Bij actieve verkoop zoekt de verkoper de klant of een specifieke klantenkring bewust op, bijvoorbeeld door hen rechtstreeks aan te schrijven, een e-mail te sturen of te bezoeken.

heeft toegewezen.¹⁴

- De leverancier mag de afnemer nooit verbieden om producten te verkopen aan klanten uit Amsterdam die op eigen initiatief naar hem toekomen. Deze beperking van de “passieve verkoop” vormt namelijk een hardcore beperking. Bij passieve verkoop zoekt de verkoper de klant niet bewust op en verzoeken individuele klanten de verkoper “spontaan” om een product of dienst. Het bereiken van klanten via algemene reclame of promotie, bijvoorbeeld op het internet¹⁵, valt ook onder passieve verkoop.
- c. *Beperking van online verkoop.* Dit houdt in dat de leverancier de afnemer beperkt in zijn mogelijkheden om producten via internet te verkopen. Hieronder wordt duidelijk in welke gevallen sprake is van een hardcore beperking en in welke gevallen daar geen sprake van is.
- Het rekenen van een hogere prijs (of het geven van een lagere korting) aan dezelfde afnemer voor producten die de afnemer online doorverkoopt, dan voor producten die hij offline doorverkoopt (*dual pricing*), is een indirecte vorm van verticale prijsbinding en is daarom een hardcore beperking. Maar het rekenen van verschillende (groothandels)prijzen aan verschillende soorten afnemers, bijvoorbeeld afnemers die uitsluitend online producten verkopen en afnemers die juist alleen offline producten verkopen, is geen hardcore beperking.
 - Het onder sub b) genoemde onderscheid tussen passieve verkoop en actieve verkoop is ook bij beperkingen van de online verkoop relevant. Het beperken van de passieve verkoop via internet vormt altijd een hardcore beperking. Het beperken van de actieve verkoop via internet is meestal een hardcore beperking en slechts in bepaalde situaties toegestaan.
 - Het geheel verbieden om producten online te verkopen is een hardcore beperking.
 - Het opleggen van een vaste verhouding tussen online en offline verkopen is een hardcore beperking.
 - Het geheel verbieden dat de afnemer gebruik maakt van prijsvergelijkingsites kan een hardcore beperking zijn als deze beperking niet gebaseerd is op objectieve kwaliteitscriteria.
 - Het verbieden dat de afnemer producten via een online marktplaats verkoopt om bijvoorbeeld het luxe imago van het product te beschermen is geen hardcore beperking.

Voorbeeld 1: Verticale prijsbinding

Een leverancier verplicht een webwinkel om zijn producten voor EUR 100 door te verkopen. Als de webwinkel een lagere prijs hanteert, zal de leverancier de webwinkel niet meer beleveren. De webwinkel hanteert daarom de door de leverancier opgelegde verkoopprijs.

Dit gedrag is een hardcore beperking omdat de leverancier de webwinkel verplicht om EUR 100 als verkoopprijs te hanteren. Daarmee beperkt de leverancier de vrijheid van de afnemer om zelf zijn wederverkoopprijs vast te stellen.

Voorbeeld 2: Marktverdeling

Een leverancier geeft afnemer A het exclusieve recht om zijn producten in Den Haag te verkopen. Afnemer A mag de producten niet aan klanten buiten Den Haag verkopen. Afnemer B mag de producten van de leverancier exclusief in Amsterdam verkopen en niet in Den Haag. Afnemer A mag geen e-mails sturen aan klanten uit Amsterdam. Als klanten uit Amsterdam uit zichzelf naar afnemer A komen, moet afnemer A deze klant doorsturen naar afnemer B.

¹⁴ Zie voor de andere situaties waarin de leverancier actieve verkoop door een afnemer mag verbieden in artikel 4 sub b van de Groepsvrijstelling.

¹⁵ Reclame op internet die specifiek op bepaalde klanten gericht is, vormt actieve verkoop aan die klanten. Banners op websites van derden die alleen verschijnen bij klanten uit een bepaald geografisch gebied zijn bijvoorbeeld een vorm van actieve verkoop in het betreffende gebied.

Door dit gedrag wordt de markt tussen afnemer A en afnemer B verdeeld. De leverancier mag afnemer A verbieden om direct e-mails te sturen aan klanten uit het exclusieve gebied van afnemer B. De beperking van de actieve verkoop is in deze situatie toegestaan.

De leverancier mag afnemer A niet verbieden producten te verkopen aan klanten uit Amsterdam die uit zichzelf naar hem toekomen, omdat hij bijvoorbeeld erg goede service levert. Deze beperking van de passieve verkoop is een hardcore beperking.

Voorbeeld 3: Beperken van online verkoop door verschil in groothandelsprijzen

Een leverancier beleeft een afnemer die zowel een fysieke winkel als een webshop exploiteert. De leverancier hanteert een nacalculatie op basis van het aandeel online verkochte goederen. Als het aandeel online groter is dan 25%, brengt de leverancier een 10% hogere inkoopprijs in rekening bij de afnemer voor de producten die de afnemer via de webshop heeft verkocht. De leverancier wil met deze regeling de afnemer stimuleren om te investeren in de fysieke showroom.

Dit gedrag is een hardcore beperking omdat de inkoopprijs voor dezelfde afnemer voor online verkoop hoger is dan voor offline verkoop (dual pricing). Een leverancier die het investeren in een showroom wil stimuleren kan hiervoor wel een vaste vergoeding betalen aan de afnemer.

Voorbeeld 4: Beperken van online adverteren

Een leverancier beperkt zijn distributeurs om te adverteren op online zoekmachines. De distributeurs mogen niet bieden op advertentieruimte die getoond wordt bij zoekopdrachten waarin zoekers de merknaam van de leverancier gebruiken. De distributeurs kunnen hierdoor niet adverteren bij zoekopdrachten van het soort 'koop "merknaam leverancier"'.

Dit gedrag is een hardcore beperking omdat het de concurrentie op de inkoopmarkt voor advertentieruimte beperkt waarop de leverancier en de distributeurs met elkaar concurreren en omdat de distributeurs beperkt worden in hun mogelijkheden om middels advertenties zichtbaarheid te creëren op een zoekmachine.

Het hangt af van de omstandigheden van het geval of dit soort "advertentierestricties" de passieve of actieve verkoop via internet beperken. Als de afnemer bijvoorbeeld in de gehele EU niet op de genoemde zoekopdrachten mag bieden, is waarschijnlijk sprake is van een beperking van de passieve verkoop. Maar als de afnemer alleen in bepaalde gevallen of bepaalde gebieden niet op de genoemde zoekopdrachten mag bieden, kan dat een beperking van de actieve verkoop zijn die in bepaalde situaties¹⁶ is toegestaan. Uit dit voorbeeld blijkt echter niet dat sprake is van zo'n situatie, zodat ook een beperking van de actieve verkoop een hardcore beperking zou vormen.

Niet-concurrentiebedingen

10. Niet-concurrentiebedingen vormen een speciale categorie van verticale beperkingen.¹⁷ Niet-concurrentiebedingen zijn alleen toegestaan als zij aan bepaalde voorwaarden voldoen.¹⁸ Bij de volgende afspraken tussen leverancier en afnemer is sprake van een niet-concurrentiebeding:
 - a. De afnemer mag geen goederen of diensten produceren, kopen of (weder)verkopen die concurreren met de goederen of diensten die hij afneemt bij de leverancier.

¹⁶ Een voorbeeld van zo'n situatie is wanneer de leverancier de afnemer verbiedt om op zoekopdrachten te bieden in een geografisch gebied dat hij exclusief aan zichzelf of aan een andere afnemer heeft toegewezen. Zie voor de andere situaties waarin de leverancier actieve verkoop door een afnemer mag verbieden in artikel 4 sub b van de Groepsvrijstelling.

¹⁷ Deze niet-concurrentiebedingen worden ook wel "uitgesloten beperkingen" genoemd. Zie artikel 1 d) juncto 5 van de Groepsvrijstelling. De niet-concurrentiebedingen (ofwel "uitgesloten beperkingen") worden verder toegelicht in mrs. 65-69 van de Commissierichtsnoeren.

¹⁸ Deze voorwaarden hebben met name betrekking op de goederen of diensten waarvoor het non-concurrentiebeding geldt, de duur van het non-concurrentiebeding en de plaats van waaruit de goederen of diensten worden verkocht. Zie hiervoor ook mnr.24.

- b. De afnemer moet minimaal 80% van zijn totale behoefte aan het betreffende product afnemen bij de leverancier.
- c. De afnemer mag na het einde van de overeenkomst met de leverancier bepaalde goederen of diensten niet produceren, kopen, of (weder)verkopen.

Overige beperkingen

- 11. De categorie “overige beperkingen” bevat alle andere verticale beperkingen die de concurrentie kunnen beperken, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Deze overige beperkingen hebben niet strekking de concurrentie te beperken, maar kunnen in een concreet geval wel een concurrentiebeperking tot gevolg hebben. Daarom worden zulke beperkingen ook wel “gevolgbeperkingen” genoemd. Voorbeelden hiervan zijn de beperkingen die verband houden:
 - a. Selectieve distributie¹⁹;
 - b. Exclusieve distributie²⁰;
 - c. Exclusieve afname²¹.

2.2 Wanneer is het kartelverbod niet van toepassing?

- 12. Er zijn drie soorten uitzonderingen op het kartelverbod: de bagateluitzondering, de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen en de Groepsvrijstelling. Het kartelverbod is daarnaast niet van toepassing als sprake is van agentuur. Dit wordt hieronder toegelicht.

Bagateluitzondering

- 13. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken tussen een beperkt aantal kleine ondernemingen.²² Deze uitzondering is van toepassing indien er bij de afspraak maximaal acht ondernemingen betrokken zijn. En deze ondernemingen een maximale gezamenlijke omzet hebben van EUR 5.500.000 als zij vooral goederen leveren of EUR 1.100.000 als zij andere activiteiten verrichten, zoals dienstverlening.

Voorbeeld 5: Bagatel

Een leverancier verplicht zijn drie afnemers om zijn producten voor EUR 100 door te verkopen. Als de afnemers een lagere prijs hanteren, zal de leverancier hen niet meer beleveren. De afnemers hanteren daarom de verplichte verkoopprijs. De leverancier heeft totale een omzet van EUR 3.000.000, de drie afnemers hebben elk een omzet van EUR 500.000.

Het kartelverbod is in dit geval niet van toepassing, omdat aan de voorwaarden voor de bagateluitzondering is voldaan: er zijn minder dan acht ondernemingen bij de afspraak betrokken en hun gezamenlijke omzet bedraagt minder dan EUR 5.500.000. Hoewel sprake is van een hardcore beperking (verticale prijsbinding), is het kartelverbod daarop niet van toepassing en is deze afspraak toegestaan.

¹⁹ Bij selectieve distributie wijst de leverancier een groep “erkende afnemers/distributeurs” aan die zijn product mogen distribueren. Een voorbeeld hiervan is een leverancier die als voorwaarde voor het mogen doorverkopen van zijn producten stelt dat de afnemer een showroom aanhoudt.

²⁰ Bij exclusieve distributie of alleenverkoop geeft de leverancier individuele afnemers/distributeurs het recht om exclusief een gebied of klantengroep te bedienen. Een voorbeeld hiervan is een leverancier die in een stad één afnemer aanwijst die zijn producten in deze stad mag doorverkopen.

²¹ Bij exclusieve afname of levering bevat de overeenkomst onderdelen die de afnemer/distributeur beperken in hun bevoorrading bij andere leveranciers. Een voorbeeld hiervan is een leverancier die zijn afnemers verbiedt om producten van concurrerende leveranciers te verkopen.

²² Zie artikel 7, eerste lid, Mededingingswet.

Uitzondering voor efficiëntieverbeteringen

14. Mededingingsbeperkingen, inclusief hard core beperkingen, kunnen toch zijn toegestaan als deze ook economische voordelen (zogenaamde efficiëntieverbeteringen) hebben die de negatieve effecten op de mededinging compenseren. Artikel 6, derde lid, Mededingingswet stelt de voorwaarden hiervoor²³:
 - 1) Er moet sprake zijn van een verbetering van de productie of distributie dan wel een technische of economische vooruitgang (een “efficiëntieverbetering”²⁴);
 - 2) De efficiëntieverbetering moet voor een billijk deel ten goede komen aan de gebruikers;
 - 3) De concurrentiebeperking moet onmisbaar zijn om de efficiëntieverbetering te realiseren; en
 - 4) Er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.

15. Verticale beperkingen kunnen verschillende efficiëntieverbeteringen hebben (eerste vereiste), zoals bijvoorbeeld: (a) het voorkomen of verminderen van een “meeliftprobleem” op service verleend door een concurrerende afnemer waardoor afnemers geen prikkel hebben zelf om te investeren in service (het zogenaamde “free-rider” probleem), (b) het stimuleren van de opening van nieuwe markten, (c) het voorkomen van een zogenaamd “hold-up” probleem²⁵ waardoor ondernemingen niet bereid zijn om waardevolle investeringen te doen, (d) het beschermen van productimago door kwaliteitsnormeringen en (e) het realiseren van schaalvoordelen in de distributie.²⁶

16. De voorwaarde dat een billijk aandeel in de voordelen de gebruikers ten goede moet komen (tweede vereiste), impliceert dat de gebruikers van het betreffende product gecompenseerd moeten worden voor de negatieve gevolgen van de concurrentiebeperking. Bijvoorbeeld doordat zij kunnen profiteren van een lagere prijs, betere kwaliteit, duurzamer product²⁷, groter aanbod, betere service, snellere levering of meer innovatie dan het geval zou zijn zonder de concurrentiebeperking.

17. 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 gerealiseerd zou kunnen worden.

18. Er blijft ten slotte voldoende concurrentie over als de ondernemingen zodanige concurrentiedruk blijven ondervinden dat zij blijven streven naar efficiëntieverbeteringen en deze door blijven geven aan gebruikers. Als de afspraak bijvoorbeeld leidt tot het ontstaan, instandhouden of versterken van een machtspositie, blijft er onvoldoende concurrentie over en is niet aan dit vereiste voldaan..

²³ De toetsing aan deze voorwaarden is nader toegelicht in nrs. 122-127 van de Commissierichtsnoeren. 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).

²⁴ Zie nr. 25 voor voorbeelden van mogelijke efficiëntieverbeteringen.

²⁵ Een hold-up probleem is de inefficiënte situatie dat een samenwerking tussen ondernemingen niet tot stand komt, omdat de ene partij voor de samenwerking een specifieke investering zou moeten doen die ertoe zou leiden dat de andere partij een grotere onderhandelingsmacht krijgt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een producent investeert in een machine waarmee een specifiek product gemaakt kan worden dat van waarde is voor één afnemer. Nadat de investering is gedaan, heeft de afnemer een sterke onderhandelingspositie tegenover de producent omdat de machine door de producent niet voor andere doelen kan worden gebruikt. Als de producent deze situatie voorziet, zal hij de investering mogelijk niet doen terwijl dit toch waardevol zou zijn geweest.

²⁶ Zie nrs. 106-109 van de Commissierichtsnoeren.

²⁷ De ACM heeft aparte voorlichting gepubliceerd over de beoordeling duurzaamheidsinitiatieven. Zie <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/afspraken-tussen-bedrijven-over-duurzaamheid..>

19. Als ondernemingen afspraken maken die de concurrentie beperken, is het aan hen om aan te tonen dat deze afspraken toch zijn toegestaan omdat ze voldoen aan de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.²⁸ Zij moeten daarbij de voordelen van hun afspraken met objectieve en verifieerbare stukken onderbouwen. Denk hierbij aan onderbouwde (markt)onderzoeken, rapporten of analyses over de efficiëntieverbetering en de omvang daarvan, de noodzakelijkheid van de concurrentiebeperking om de efficiëntieverbetering te bereiken en de concurrentiesituatie op de markt. De uitzondering geldt automatisch als aan alle criteria is voldaan. De overeenkomst is dan niet verboden.

De “veilige zone” van de Groepsvrijstelling

20. Overeenkomsten met verticale beperkingen die geen hardcore beperkingen vormen en waarbij de ondernemingen geen sterke marktpositie hebben zijn meestal gunstig voor de concurrentie en voor eindgebruikers. Daarom is de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen automatisch van toepassing op deze overeenkomsten als zij in de zogenoemde “veilige zone” van de Groepsvrijstelling vallen.²⁹ Verticale overeenkomsten vallen in de veilige zone van de Groepsvrijstelling als de marktaandelen van leverancier én afnemer 30% of minder bedragen³⁰ en zij geen “hardcore” beperkingen³¹ bevatten. Het kartelverbod is in dat geval niet van toepassing.

Agentuur

21. Een bijzonder geval doet zich voor als de afnemer een agent is van de leverancier, die in dat geval “principaal” wordt genoemd. Een afnemer is agent als de afnemer handelt als vertegenwoordiger van de principaal. Het gaat daarbij niet om de naam die de leverancier en de afnemer aan hun relatie geven, maar om de werkelijke aard van hun relatie. Om als agent te kwalificeren is het nodig dat de afnemer geen of minimale financiële of commerciële risico's loopt over de activiteiten die hem door de principaal zijn opgedragen.³² De principaal draagt deze risico's. Als aan deze voorwaarde is voldaan, dan worden de principaal en de agent gezien alsof zij één onderneming vormen. Daarom is een overeenkomst tussen principaal en agent in dat geval geen overeenkomst tussen twee ondernemingen. Dat betekent dat het kartelverbod in zulke situaties niet van toepassing is.

Voorbeeld 6: Agentuur

Leverancier A verkoopt zijn producten via Afnemer B. Afnemer B werkt op commissiebasis en verkoopt de producten tegen de prijs die leverancier A vaststelt. Afnemer B wordt geen eigenaar van de producten en mag voorraad terugsturen als hij producten overhoudt. Afnemer B doet een aantal specifieke investeringen in zijn winkel, een speciale website en een opleiding om de producten van leverancier A te kunnen verkopen. Leverancier A vergoedt deze kosten niet.

In dit voorbeeld is geen sprake van agentuur in de zin van het mededingingsrecht. Afnemer B doet namelijk marktspecifieke investeringen in zijn winkel, internetwebsite en opleiding om het product van

²⁸ Zie artikel 6, vierde lid, Mededingingswet en artikel 2 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, Pb. 2003, L 1/1: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=NL>.

²⁹ De Groepsvrijstelling is op grond van artikel 12 Mededingingswet rechtstreeks van toepassing op overeenkomsten die onder het Nederlandse kartelverbod vallen. Behoudens enkele uitzonderingen is de Groepsvrijstelling niet van toepassing op verticale overeenkomsten tussen concurrenten. Zie Groepsvrijstelling, artikel 2, vierde lid, en rnr. 27-28 van de Commissierichtsoenen.

³⁰ Zie artikel 3 van de Groepsvrijstelling.

³¹ Zie randnummer 9 voor een toelichting op de hardcore beperkingen.

³² In rnr. 12-21 van de Commissierichtsoenen wordt uitgebreid beschreven welke risico's en kosten relevant zijn voor de beoordeling van een agentuurrelatie

leverancier A te kunnen verkopen. Hij loopt hierdoor meer dan minimale commerciële en financiële risico's bij de verkoop van het product. Het feit dat afnemer B op commissiebasis werkt, geen eigenaar wordt van de producten en geen voorraadrisico loopt, is in dit geval onvoldoende om hem als agent te kwalificeren.

Omdat er geen sprake is van agentuur, is het kartelverbod gewoon van toepassing. Dat betekent dat het feit dat Leverancier A de prijs vaststelt voor de producten die Afnemer B verkoopt, neerkomt op verticale prijsbinding en dus een hardcore beperking is.

3 Beoordeling van verticale overeenkomsten in de praktijk

3.1 Groepsvrijstelling van toepassing: verticale beperking toegestaan

22. Een praktische manier om te toetsen of een verticale overeenkomst in overeenstemming is met de mededingingsregels, is om eerst te bekijken of sprake is van een mededingingsbeperking. Beperkt de overeenkomst de mededinging door een belemmering van de vrijheid van een onderneming om zelfstandig zijn ondernemingsgedrag te bepalen?³³ De tweede stap is om te bekijken of die beperking kwalificeert als een hardcore beperking.³⁴ Als de overeenkomst geen hardcore beperkingen bevat, dan is het verstandig om ten derde te bekijken of de gehele overeenkomst onder de veilige zone van de Groepsvrijstelling valt. Hiervoor moet worden beoordeeld of het marktaandeel van de leverancier en afnemer elk afzonderlijk minder bedraagt dan 30%.³⁵ Als dit het geval is, is de gehele overeenkomst toegestaan.
23. Als het marktaandeel van de leverancier of de afnemer de 30% overschrijdt of als de overeenkomst hardcore beperkingen bevat, is de Groepsvrijstelling niet van toepassing op de overeenkomst. De overeenkomst kan dan niet profiteren van de Groepsvrijstelling en alle verticale beperkingen zijn dan verboden tenzij één van de uitzonderingen van toepassing zijn, in het bijzonder de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.

Voorbeeld 7: berekening van marktaandelen ten behoeve van de Groepsvrijstelling

De eerste stap om te berekenen of de marktaandeeldrempel van 30% wordt overschreden, is het afbakenen van de relevante markt waarop de leverancier de goederen verkoopt en de afnemer deze inkoop. Daarvoor kan in de eerste plaats worden gekeken naar de wijze waarop de ACM en de Europese Commissie in het verleden relevante markten hebben 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.

Bij de afbakening van een relevante markt moet worden gekeken naar de productdimensie en naar de geografische dimensie van de markt.

De relevante productmarkt omvat de goederen en/of diensten, die de gebruiker als alternatieven voor elkaar beschouwt op grond van productkenmerken, prijs en beoogd gebruik. Bepalend voor de afbakening van de relevante productmarkt zijn onder meer de fysieke en technische karakteristieken

³³ De mogelijke negatieve effecten voor de mededinging van verticale beperkingen zijn verder beschreven nrs. 96-105 van de Commissierichtsnoeren.

³⁴ De hardcore beperkingen zijn beschreven in randnummer 9.

³⁵ De marktaandeeldrempel van 30% is opgenomen in artikel 3 van de Groepsvrijstelling.

van de goederen of de aard van de diensten, prijsverhoudingen en reacties van afnemers³⁶ en leveranciers van andere producten³⁷ op prijswijzigingen.

De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen werkzaam zijn en waar de concurrentievoorwaarden voldoende gelijk zijn en duidelijk verschillen van de concurrentievoorwaarden in aangrenzende gebieden. De relevante geografische markt kan een deel van Nederland zijn, geheel Nederland of een groter gebied. Bepalend voor de afbakening zijn onder meer: de verdeling van marktaandelen van de aanbieders in verschillende gebieden, prijsverschillen, aankoopgedrag van de afnemers en handelsstromen.³⁸

Als de relevante markt is afgebakend, moet vervolgens het marktaandeel van de leverancier en van de afnemer daarop worden bepaald.³⁹ Het marktaandeel van de leverancier wordt bepaald door zijn aandeel in het totaal aantal verkopen op de relevante markt te bepalen. Het marktaandeel van de afnemer wordt bepaald door zijn aandeel in het totaal aantal aankopen op de relevante markt te bepalen.

Stel, leverancier A en leverancier B concurreren met elkaar op de relevante markt voor product X in Nederland. Leverancier A verkoopt voor €1.000 aan producten aan afnemer C. Afnemer C koopt ook nog voor €2.000 in bij leverancier B. Afnemer C verkoopt de producten door voor een totaalomzet van €6.000. Afnemer C is de enige afnemer op deze markt.

Voor de berekening van de marktaandelen in het kader van de Groepsvrijstelling moet worden gekeken naar de markt voor product X in Nederland. Leverancier A verkoopt op deze markt voor €1.000 en heeft daarmee een aandeel van 33% in de totale verkopen door leveranciers op deze markt, die €3.000 bedragen.⁴⁰ Leverancier B verkoopt op deze markt voor €2.000 en heeft daarmee een aandeel van 66% in de totale verkopen door leveranciers op deze markt. Afnemer C koopt voor €3.000 in en heeft daarmee een marktaandeel van 100% op de inkoopmarkt.

24. De niet-concurrentiebedingen die zijn beschreven in randnummer 10 kunnen alleen onder bepaalde voorwaarden profiteren van de Groepsvrijstelling. Deze voorwaarden hebben met name betrekking op de goederen of diensten waarvoor het non-concurrentiebeding geldt, de duur (niet langer dan 5 jaar) van het non-concurrentiebeding en de plaats van waaruit de goederen of diensten worden verkocht. Artikel 5 van de Groepsvrijstelling beschrijft de exacte voorwaarden waaraan een non-concurrentiebeding moet voldoen om te profiteren van de Groepsvrijstelling.⁴¹ Niet-concurrentiebedingen die niet aan deze voorwaarden voldoen kunnen niet profiteren van de Groepsvrijstelling en moeten direct getoetst worden aan het kartelverbod en de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.⁴²

³⁶ Dit wordt ook wel vraagsubstitutie genoemd.

³⁷ Dit wordt ook wel aanbods substitutie genoemd.

³⁸ Zie nrs. 86-95 van de Commissierichtsnoeren en de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb. 1997, C 372/3: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=NL).

³⁹ 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.

⁴⁰ De berekening luidt: $\frac{€1.000}{(€1.000 + €2.000)} \times 100\% = 33\%$

⁴¹ Zie ook nrs. 65-69 van de Commissierichtsnoeren voor een nadere toelichting op deze voorwaarden.

⁴² Als de marktaandeedrempel van 30% niet wordt overschreden, dan blijft de Groepsvrijstelling wel van toepassing op het resterende deel van de overeenkomst als het niet-concurrentiebeding contractueel gescheiden kan worden van de rest van de overeenkomst.

3.2 Toetsing aan de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen

25. Ook als een verticale overeenkomst niet onder de Groepsvrijstelling valt, kan deze toch zijn toegestaan als aan alle voorwaarden van de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen is voldaan.
26. Hardcore beperkingen zoals verticale prijsbinding en het geheel beperken van de online verkoop door een afnemer beperken de mededinging en voldoen zelden aan de voorwaarden van de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen. Toch kunnen leveranciers en afnemers zich ook bij hardcore beperkingen beroepen op deze uitzondering.⁴³ Het is bijvoorbeeld denkbaar dat beperkingen als verticale prijsbinding, “dual pricing” en het opleggen van een vaste verhouding tussen online en offline verkopen⁴⁴ ook efficiëntievoordelen hebben die noodzakelijk zijn voor het in stand houden van een offline en online verkoopkanaal.

Voorbeeld 8: het stimuleren van service bij sterke interbrand concurrentie

Een leverancier van elektrisch gereedschap geeft haar dealers prijsadviezen. Dealers die zich niet houden aan de prijsadviezen krijgen minder gunstige leveringsvoorwaarden en hun leveringscontract wordt opgeschort. De leverancier wil de marge van handelaren hiermee beschermen om serviceverlening te stimuleren. Sommige positieve eigenschappen van gereedschappen, zoals minimale vibraties, zijn door consumenten namelijk niet zomaar te verifiëren. Detailhandelaren kunnen de consument van deze positieve eigenschappen overtuigen als het personeel productspecifieke cursussen volgt, door het geven van demonstraties en het beschikbaar stellen van gereedschap voor “try-before-you-buy”. De leverancier heeft een gering marktaandeel en ondervindt sterke concurrentie van andere leveranciers.

Beoordeling: Omdat de gedraging neerkomt op verticale prijsbinding (een hardcore beperking), is de Groepsvrijstelling niet van toepassing op de verticale overeenkomst. De gedraging moet daarom direct getoetst worden aan het kartelverbod. De toepassing van verticale prijsbinding door de leverancier beperkt de prijsconcurrentie tussen de handelaren, omdat zij niet vrij zijn zelf hun prijzen vast te stellen. Zij kunnen hierdoor bijvoorbeeld geen kortingen geven aan consumenten. De verticale prijsbinding heeft daardoor de strekking de concurrentie te beperken in de zin van het kartelverbod.

Hoewel verticale prijsbinding een hardcore beperking vormt, kan de leverancier een efficiëntieverweer voeren. De leverancier dient daarvoor aannemelijk te maken dat is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.

Het stimuleren van service om de consument van bepaalde positieve eigenschappen van het gereedschap te overtuigen kan een efficiëntieverbetering zijn die ten goede komt aan de gebruikers. Ingrijpen door de leverancier zou nodig kunnen zijn, omdat er anders een meeliftprobleem ontstaat: veel consumenten zouden deze service kunnen genieten bij een detailhandelaar, maar het product vervolgens kunnen kopen voor minder geld bij een andere detailhandelaar die geen kosten heeft gemaakt voor service en daardoor een lagere prijs kan rekenen. Aangezien de leverancier sterke concurrentie ondervindt van andere leveranciers (veel concurrentie “tussen merken”), is het ook aannemelijk dat er voldoende concurrentie overblijft in de markt.

Het is ten slotte aan de leverancier om aannemelijk te maken dat verticale prijsbinding in dit geval onmisbaar is om ervoor te zorgen dat de service wordt verleend en dat dit niet kan met reële alternatieven die niet (of minder) concurrentiebeperkend zijn. Als alternatief voor verticale prijsbinding zou de leverancier in dit geval bijvoorbeeld een selectief distributiestelsel kunnen hanteren met specifieke criteria of verplichtingen voor zijn afnemers om bepaalde service te leveren of een

⁴³ De Commissierichtsnoeren beschrijven in dit verband een aantal mogelijke efficiëntieverbeteringen die (weder)verkoopbeperkingen (mrs. 61-64) en verticale prijsbinding (mrs. 223-229) zouden kunnen hebben.

⁴⁴ Zie nr. 9.

showroom te hebben of zijn afnemers kunnen verplichten om bepaalde service te leveren of een showroom te hebben in ruil voor een vaste vergoeding. Als de leverancier aannemelijk kan maken dat dit geen reële alternatieven voor verticale prijsbinding zijn, is de verticale prijsbinding onmisbaar. In dat (bijzondere) geval is daarmee aan alle voorwaarden voor toepassing van de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen voldaan, zodat de verticale prijsbinding is toegestaan.

4 Wat als de ACM een onderzoek start naar een verticale beperking?

27. De ACM kan op basis van meldingen of ambtshalve besluiten handhavingsonderzoeken in te stellen naar verticale beperkingen. De ACM moet daarbij prioriteiten stellen. Dit doet de ACM op basis van haar prioriteringsbeleid.⁴⁵
28. Wanneer de ACM een onderzoek start naar een mogelijke overtreding van het kartelverbod, ligt de bewijslast voor het aantonen dat een verticale overeenkomst onder het kartelverbod valt bij de ACM. Als sprake is van hardcore beperkingen, kan de ACM vanwege de minder zware bewijsstandaard dan bij gevolgbeperkingen⁴⁶ eerder vaststellen dat sprake is van een overtreding. .
29. De bewijslast voor het aannemelijk maken dat de Groepsvrijstelling of de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen van toepassing is, rust op de ondernemingen die zich op deze uitzonderingen beroepen. Zij moeten aannemelijk maken dat aan alle voorwaarden voor deze uitzonderingen is voldaan. De ACM moedigt partijen aan om in een concreet onderzoek in een zo vroeg mogelijk stadium bewijs aan te dragen dat hun verticale overeenkomst voldoet aan de uitzonderingen. Wanneer de ACM overtuigd is dat aan de voorwaarden is voldaan, zal zij het onderzoek stopzetten. Is sprake van een overtreding van het kartelverbod zonder dat één van de uitzonderingen van toepassing is, dan kan de ACM de betrokken ondernemingen en de feitelijk leidinggevenden een boete opleggen

⁴⁵ Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2016-14564.html>.

⁴⁶ De ACM hoeft bij hardcore beperkingen de gevolgen daarvan voor de mededinging niet vast te stellen. Ook hoeft de ACM niet aan te tonen dat hard core beperkingen de mededinging merkbaar beperken omdat hard core beperkingen de strekking hebben de mededinging te beperken. In dergelijke gevallen is voor het zogenaamde merkbaarheidsvereiste geen ruimte.