

Nederlandse mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 17 van de Mededingingswet.

Nummer 2036 / 91

Betreft zaak: 2036/ Heineken - horecaovereenkomsten

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot het afwijzen van het verzoek om een ontheffing als bedoeld in artikel 17 van de Mededingingswet, aangezien geen inbreuk wordt gemaakt op artikel 6, lid 1, van de Mededingingswet.

I INLEIDING

1. Op 14 december 2000 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een ontheffingaanvraag ontvangen van Heineken Nederland B.V. (hierna: Heineken). De ontheffingaanvraag heeft betrekking op vier (standaard)overeenkomsten die Heineken sinds 1 april 2000 afsluit met haar horeca-afnemers.
2. De aangemelde overeenkomsten bevatten de voorwaarden waaronder Heineken commerciële of financiële ondersteuning verleent aan horecaondernemers in Nederland in ruil voor exclusieve afname van pilsener van Heineken. Het gaat om de volgende (standaard)overeenkomsten:
 - Borgstellingsovereenkomst;
 - Akte van Geldlening;
 - Overeenkomst Kelderbierinstallatie;
 - Huurovereenkomst.
3. Heineken heeft deze ontheffingaanvraag ingediend naar aanleiding van het nieuwe beleid van de Europese Commissie ten aanzien van verticale overeenkomsten. Verordening 2790/1999 van 22 december 1999 (hierna: groepsvrijstellingsverordening) is op 1 januari 2000 in werking getreden¹ en vervangt onder andere Verordening 1984/83, waar brouwerijcontracten voorheen onder vielen. Het nieuwe regime heeft ertoe geleid dat, anders dan in de situatie daarvoor, verticale overeenkomsten (met een niet-concurrentiebeding) van ondernemingen

¹ Pb 1999, L 336/21.

met een marktaandeel van 30% of meer niet meer onder de werking van een groepsvrijstelling vallen. Overeenkomsten gesloten door deze ondernemingen dienen op individuele basis te worden beoordeeld in het licht van de mededingingsregels.

II FEITELIJKE ACHTERGROND

1. De Nederlandse biermarkt

4. Heineken is actief op de markt voor de (productie en) verkoop van bier, waarvan pilsener een soort is. Het bier bereikt de consument via twee verkoopkanalen. Enerzijds wordt bier via de supermarkt en slijterij verkocht en anderzijds via de horeca (hotels, restaurants en cafés bijvoorbeeld). De distributie in beide verkoopkanalen is verschillend georganiseerd. Zo wordt bijvoorbeeld pilsener bestemd voor de verkoop via de horeca met name in fusten en biertanks aangeleverd, terwijl verkoop via de supermarkten in de vorm van flessen en blikken gangbaar is. Er zijn tevens aanzienlijke verschillen in de consumentenprijs van het bier. Overigens richten de “food-wholesalers” (zoals Sigro) en “cash and carry companies” (zoals Makro) zich in toenemende mate op de verkoop aan de horeca, zodat enige overlap bestaat tussen de twee verkoopkanalen. Vanuit de consument bezien zijn de verkoop van bier via de supermarkt en slijterij en de verkoop van bier via de horeca twee duidelijk gescheiden markten (zie ook paragraaf 32).
5. Het Productschap voor Bier onderscheidt de volgende vier categorieën bier, die elk weer verschillende biersoorten vertegenwoordigen²:

Tabel 1: Biersoorten

Categorie I (5% alcohol)	Categorie II en III (0-3% alcohol)	Categorie S (extra sterk)
Pilsener	Licht bier	Trappist
Amber	Malt bier	Stout
Witbier	Oud bruin	Bock
Fruitbier		Triple

6. De ontheffingaanvraag heeft betrekking op de (exclusieve) verkoop van één biersoort, te weten pilsener. Waar in het vervolg gesproken wordt over bier worden alle biersoorten bedoeld, tenzij anders aangegeven.

² Voorbeelden van biersoorten zijn niet limitatief.

a. Aanbod

7. In Nederland zijn 9 brouwerijen, met minimaal één eigen pilsenermerk, actief op de markt voor de verkoop van bier via de horeca.³ Het betreft hier voornamelijk brouwerijen die op nationale schaal actief zijn. De afgelopen jaren hebben ook twee buitenlandse brouwerijen, Alken-Maes en Warsteiner, de Nederlandse markt betreden en enig marktaandeel verworven.
8. Heineken is op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca veruit de grootste aanbieder. Heineken is op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca onder meer actief met de pilsenermerken Heineken, Amstel en Brand en het witbier Wieckse Witte.
9. Interbrew is op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca actief met de pilsenermerken Oranjeboom, Dommelsch en Hertog Jan. Daarnaast beschikt de van origine Belgische onderneming over een groot assortiment speciaalbieren, waaronder Hoegaarden en Leffe.
10. Grolsch en Bavaria zijn op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca onder eigen naam actief. Bavaria is relatief minder sterk aanwezig op deze markt. De overige Nederlandse brouwerijen zijn aanzienlijk kleiner dan de hiervoor genoemde brouwerijen.
11. Onderstaand is schematisch weergegeven wat het marktaandeel is van de diverse brouwers in Nederland.

Tabel 2: Marktaandelen Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca (naar volume) 2000

Heineken	ca. [50-60]%
Interbrew	ca. [...]⁴
Bavaria	ca. [...]
Grolsch	ca. [...]
Overig	ca. [...]

Bron: gegevens brouwers

12. De marktaandelen van de brouwers zijn vrijwel stabiel gebleven de afgelopen jaren, met slechts zeer bescheiden schommelingen.⁵

³ Naast dit aantal is een aantal kleine lokale brouwerijen en aanbieders van speciaalbieren (veelal Belgische brouwerijen) actief.

⁴ Vertrouwelijk.

⁵ Canadean, The Beer Service, Annual Report 1999 the Netherlands, p.8.

b. Distributie van bier naar horecaverkooppunten

13. In 1998 waren er in totaal 271 in bier en frisdranken gespecialiseerde groothandelaren. Sommige brouwerijen, waaronder ook Heineken, hebben in de loop van de tijd biergroothandelaren overgenomen en geïntegreerd in de eigen onderneming dan wel zelf distributieactiviteiten ontwikkeld en verzorgen zelf de distributie naar de horecaverkooppunten. Andere brouwerijen leveren door middel van (soms exclusieve) distributieovereenkomsten met groothandels. Momenteel is ongeveer een derde van de groothandels niet gebonden.⁶ Deze groothandelaren opereren dus onafhankelijk van specifieke brouwerijen.
14. Zoals reeds eerder in paragraaf 4 is aangegeven wordt pilsener bestemd voor de verkoop via de horeca grotendeels via fusten aangeleverd. Daarnaast is het mogelijk dat een horecaverkooppunt een kelderbierinstallatie ter beschikking heeft, waarbij de pilsener in een tank opgeslagen wordt. De voordelen van een kelderbierinstallatie ten opzichte van fusten zijn velerlei. Zo is het vullen van een kelderbierinstallatie bijvoorbeeld minder arbeidsintensief dan het aanleveren van losse fusten, zijn er arbotechnische voordelen⁷ en is de kwaliteit van de pilsener beter dan de “gewone” tappilsener (die door middel van fusten wordt aangeleverd). De brouwer stelt een dergelijke kelderbierinstallatie kosteloos ter beschikking aan het horecaverkooppunt waarbij exclusiviteit als voorwaarde wordt overeengekomen.

Import en export

15. De totale productie van bier in Nederland bedroeg in 1998 24 miljoen hectoliter. Van de totale productie wordt jaarlijks 40-50% geëxporteerd.⁸ Ongeveer 1 miljoen hectoliter wordt geïmporteerd, waarvan het merendeel uit België, gevolgd door Duitsland, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk.

Vraag

16. Ruim 60% van de totale consumptie van 13,3 miljoen hectoliter bier vindt “thuis” plaats. De resterende 5 miljoen hectoliter wordt afgezet via de horeca. Ongeveer 90% van de totale bierverkopen in Nederland (dat wil zeggen via beide in paragraaf 4 genoemde verkoopkanalen) bestaat uit de verkoop van pilsener waarvan ongeveer 38,4% via de horeca wordt afgezet.⁹ Derhalve wordt in Nederland ongeveer 12 miljoen hectoliter pilsener geconsumeerd, waarvan 4,6 miljoen hectoliter via de horeca.

⁶ Jaarboek Nederlandse Groothandel in Dranken en Horecabehoeften 1999, p. 32-33.

⁷ Te denken valt aan het sjouwen van de fusten.

⁸ Canadean, The Beer Service, Annual Report 1999 the Netherlands, p. 1.

⁹ Canadean, The Beer Service, Annual Report 1999 the Netherlands, tabel 8.2.1.

17. De vraag naar bier via de horeca lijkt te zijn gestabiliseerd en toont zelfs een dalende lijn. De bierconsumptie per hoofd van de bevolking bedroeg in 1998 84,8 liter tegenover 90,3 liter in 1990.¹⁰

c. De horecasector

18. De horecasector bestaat voornamelijk uit kleinschalige ondernemingen. Cafés en bars vertegenwoordigen ongeveer 30% van de totale horecasector in Nederland. Deze groep kenmerkt zich door een grote en toenemende diversiteit in het aanbod.¹¹ De verwachting ten aanzien van deze groep is dat er nieuwe cafétypen zullen ontstaan met veelal een thematische opzet. Daarnaast is er een categorie overige drankverstrekkers (discotheken, kiosken, strandbedrijven, partycentra, sociëteiten en dergelijke) die 18% van de horecasector omvat. De grootste drankanafzet (dit geldt ook voor bierafzet) vindt plaats via deze twee categorieën. Voor de horecasector als geheel geldt dat circa 40% van de omzet in dranken afkomstig is van de afzet van bier.

Tabel 3: Omzet bier als % van totale drankenomzet per bedrijfstak over 1999

Categorie	Omzet EUR 0-226890 ¹²	Omzet EUR 226890-453780	Omzet >EUR 453780
Café's en andere drankverstrekkers	55%	50%	47%
Cafetaria's	35%	30%	25%
Restaurants	40%	39%	33%
Hotels e.d.	40%	40%	20%

Bron: Horeca in cijfers 1999

19. Het aantal bedrijven in de horeca en catering is in 1999 met 2% gestegen tot 45.620.¹³ Er zijn echter verschillen tussen de afzonderlijke typen horecaondernemingen. Zo is er sprake van een daling van onder andere het aantal discotheken, strandtenten, bistro's, café-restaurants en hotel-cafés. Het aantal cafés is met 0,3% afgenomen in 1999. Het aantal hotelrestaurants is daarentegen met 4% gestegen en het aantal restaurants met 2,6%. De toetredingsdrempels om een horecabedrijf te beginnen zijn relatief laag. Er zijn weinig wettelijke vereisten, zodat het relatief gemakkelijk is om een horecabedrijf te beginnen. Overigens kunnen de investeringen wel een drempel vormen. In de horecasector is sprake van veel toe- en uittreding van ondernemingen.¹⁴

¹⁰ Canadean, The Beer Service, Annual Report 1999 the Netherlands, tabel 2.1.1.

¹¹ Bedrijfschap Horeca en Catering, Drinken in de Horeca 1998.

¹² Oorspronkelijke bedragen luiden in guldens.

¹³ Bedrijfschap Horeca en Catering, Horeca in Cijfers, 1999.

¹⁴ Bedrijfschap Horeca en Catering, Horeca in Cijfers, 1999.

20. De levensduur van horecabedrijven neemt langzaam toe. Daar staat tegenover dat startende bedrijven geen hoge levensverwachting hebben. Binnen twee jaar sluit ruim een derde haar deuren weer. Overigens verschilt dit per onderdeel van de horecasector. Hotels en restaurants hebben bijvoorbeeld een beduidend hogere levensverwachting in vergelijking tot cafés.¹⁵
21. Onderstaand wordt in tabel 4 weergegeven aan hoeveel horecaverkooppunten de brouwers in totaal leveren en aan hoeveel horecaverkooppunten zij op basis van exclusiviteit leveren. In tabel 5 wordt de bierverskopen van de brouwers aan de horecasector in hectoliters schematisch weergegeven. Tabel 6 geeft aan welke brouwers kelderbierinstallaties ter beschikking stellen aan horecaverkooppunten. Tabel 7 geeft het totaal aantal gewonnen en verloren verkooppunten van Heineken aan over de jaren 1998-2000.

Tabel 4: De horecaverkooppunten verdeeld over de brouwers 2000

	Heineken	Interbrew	Bavaria	Grolsch	Overig	Totaal
Aantal horecaverkooppunten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	45260 ¹⁶
Aantal exclusief¹⁷	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	22320
Aantal in eigendom	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	2.090

Bron: gegevens brouwers

Tabel 5: Bierverskopen aan horecasector in volume (hectoliters)

	Heineken	Interbrew	Bavaria	Grolsch	Overig	Totaal
Bierverskopen¹⁸	2.728.000	931.000	575.000	485.000	270.000	4989.000
THL¹⁹/verkooppunt	[...]	[...]	[...]	[...]		
THL/gebonden verkooppunt	[...]	[...]	[...]	[...]		
Gemiddelde verkopen ongebonden	[...]	[...]	[...]	[...]		

¹⁵ Bedrijfschap Horeca en Catering, Horeca in Cijfers, 1999.

¹⁶ Het verschil tussen het totaal van het aantal geleverde verkooppunten in de tabel en het totaal aantal horecaverkooppunten in Nederland is gelegen in het feit dat sommige verkooppunten door meerdere brouwerijen beleverd worden, bijvoorbeeld door de verkoop van speciaalbier.

¹⁷ Inclusief eigendom.

¹⁸ Canadean, The Beer Service, Annual Report 1999 the Netherlands. Het betreft de gegevens over het jaar 1998 en is inclusief import.

¹⁹ Totaal hectoliters.

verkooppunt						
Gemiddelde verkopen gebonden verkooppunt	[...]	[...]	[...]	[...]		
Exclusieve verkopen (%)	[...]	[...]	[...]	[...]		

Tabel 6: Kelderbierinstallaties

	Heineken	Interbrew	Bavaria	Grosch	Lindeboom	Totaal
Kelderbierinstallaties	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	4033
% van aantal gebonden horecaverkooppunten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	18,0

Tabel 7: Aantal gewonnen en verloren horecaverkooppunten 1998-2000 Heineken

Gewonnen	[...]
Verloren	[...]
Nieuw	[...]
Bedrijfsbeëindigingen	[...]

22. Uit tabel 5 kan worden afgeleid dat Heineken per gebonden verkooppunt niet veel meer (of minder) bier afzet dan haar concurrenten. Het lijkt hiermee niet aannemelijk dat Heineken naar verhouding over veel betere (of slechtere) locaties beschikt dan de andere brouwers.

23. Indien bekeken wordt hoe in de afgelopen jaren horecaverkooppunten zijn “verloren” en “gewonnen” door de verschillende brouwers ontstaat het volgende beeld.²⁰ Alle brouwers hebben verkooppunten verloren aan en gewonnen van nagenoeg al hun concurrenten in de afgelopen drie jaar en dus ook van Heineken. Daarnaast blijkt dat per saldo geen drastische verschuivingen plaatsvinden van aantallen horecaverkooppunten tussen de brouwers. Iedere brouwer verliest jaarlijks ongeveer evenveel horecaverkooppunten als zij wint.²¹

d. Financiering en exclusiviteit

24. Horecaondernemers ondervinden vaak moeilijkheden bij het verkrijgen van de benodigde financieringen. Banken zijn terughoudend in het verlenen van financieringen aan horecaondernemingen. In veel gevallen voldoet de bankfinanciering niet om de volledige investering rond te krijgen, zodat de brouwerijen hier een aanvullende rol spelen. Een veel

²⁰ De NMa heeft hierover vragen gesteld aan brouwers (zie paragraaf 44).

²¹ Dit beeld komt overeen met de vrijwel stabiele marktaandeelen van de brouwers, zoals aangegeven in paragraaf 10.

voorkomende situatie is dat een brouwerij zich borg stelt teneinde de bank meer zekerheid te verschaffen. Het lijkt hiermee aannemelijk dat de horecasector door de banken als een risicovolle sector wordt gekwalificeerd.

25. Behalve Heineken hebben ook haar belangrijkste concurrenten aangegeven dat brouwerijen vaak beter zicht hebben op de (financiële en commerciële) situatie van de individuele horecaondernemingen dan de banken en dat zij vaak beter in staat zijn om de risico's te overzien en af te wegen. Zij verlenen daarom naast de borgstelling ook financieringen in de vorm van leningen. Bruikleengoederen, zoals tapinstallaties, worden ook verstrekt. De brouwer zal in de meeste gevallen exclusiviteit van de horecaondernemer bedingen als tegenprestatie.
26. Heineken heeft ten aanzien van de door haar verstrekte leningen en borgstellingen de volgende informatie verstrekt. In totaal had Heineken in 1999 voor EUR[...]²² aan leningen en borgstellingen uitstaan. Hiervan bestond EUR[...]²³ uit leningen ([...])% en EUR[...]²⁴ uit borgstellingen ([...])%.

Tabel 7: Leningen en borgstellingen van Heineken (EUR)

Geldbedrag	Aantal leningen	Aantal borgstellingen	Gemiddelde looptijd leningen (maanden)	Gemiddelde rente%	Gemiddelde looptijd borg (maanden)	Afschrijving borgstellingen 1999 ²⁵	Afschrijving leningen 1999 ²⁶
0-4500	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
4500-22700	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
22700-45400	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
45400 - 227000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
EUR > 227.000	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Totaal	[...]	[...]				[...]	[...]

e. Concurrentie om de horecaverkooppunten

27. De belangrijkste op de Nederlandse markt actieve brouwers geven aan dat de concurrentie op de markt voor de verkoop van bier via de horeca met name wordt gevoerd door het verwerven

²² NLG [...].

²³ NLG [...].

²⁴ NLG [...].

²⁵ In miljoenen Euro's.

²⁶ In miljoenen Euro's.

(of “winnen”) van horecaverkooppunten. Zoals reeds eerder is aangegeven bestaat het overgrote deel van de bierverkopen in de horeca uit de verkoop van pilsener. Op deze markt speelt merk en imago van pilsener een onbetekenende rol in tegenstelling tot pilsener op de markt voor de verkoop van bier via de supermarkt of slijterij. Brouwers investeren op grote schaal in marketing en reclame, teneinde de thuisconsument voor haar merken te winnen. De consumentenvoorkeuren op de markt voor de verkoop van bier via de horeca worden echter bepaald door de hele entourage van het horecaverkooppunt (zie paragraaf 32) en slechts in geringe mate door het merk pilsener dat geschonken wordt. Aangenomen kan worden dat pilsener op de markt voor de verkoop van bier via de horeca een nagenoeg homogeen product is. Daarnaast schenken de Nederlandse horecaondernemers in de meeste gevallen niet meer dan één merk pilsener van de tap, hetgeen ook consequenties heeft voor de hevigheid van de concurrentie.

28. Brouwers zullen dus trachten aan zoveel mogelijk horecaverkooppunten te leveren, waarbij (een goede) locatie ook een rol zal spelen. De concurrentiestrijd om horecaverkooppunten is volgens de brouwers hevig. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het aantal verloren en gewonnen horecaverkooppunten van de brouwers in de afgelopen drie jaar.
29. Onder de oude groepsvrijstellingsverordening 1984/83 mochten brouwers horecaondernemingen voor vijf jaar of tien jaar aan zich binden.²⁷ De meeste brouwers maakten ook werkelijk gebruik van één van de twee opties. Dit betekent dat per jaar gemiddeld 10 à 20% van de uitstaande bindingen vrijviel. Als de gegevens van Heineken, alsmede die van andere brouwers, ten aanzien van de in de afgelopen jaren gewonnen en verloren verkooppunten worden bekeken, blijkt dat een aanzienlijk deel van deze vrijgekomen horecaverkooppunten overgaat naar concurrerende brouwerijen. Afloop van de overeenkomst vormt dus klaarblijkelijk een moment waarop door de brouwers wordt geconcurrereerd om die horecaverkooppunt. In het huidige groepsvrijstellingsregime geldt voor brouwers met een marktaandeel van minder dan 30% dat zij horecaondernemingen maximaal vijf jaar aan zich mogen binden. De overeenkomsten van Heineken zijn aangepast in die zin dat de horecaonderneming in principe op elk moment kan opzeggen. Het is dus waarschijnlijk dat de concurrentie om horecaverkooppunten, die onder het oude regime reeds daadwerkelijk aanwezig was, verder zal toenemen nu de gemiddelde duur van de binding afneemt (en het aantal vrijvallende overeenkomsten op de markt dus toeneemt).
30. Gelet op de gegevens die ter beschikking zijn gesteld door de brouwers blijkt dat een overgroot deel van de horecaondernemers na het vrijvallen van het contract daadwerkelijk overstapt naar een andere brouwer. Er wordt met name op prijs geconcurrereerd, waarbij

²⁷ Vijf jaar indien bier en frisdrank exclusief wordt afgenomen, tien jaar indien alleen bier exclusief wordt afgenomen.

(hectoliter)kortingen en bonussen belangrijke concurrentiemiddelen zijn. Daarnaast speelt, met name voor aan brouwers gebonden verkooppunten, financiële en commerciële service een belangrijke rol. Hierbij moet gedacht worden aan de hiervoor genoemde leningen, borgstellingen, bruikleen, investeringen in koelinstallaties, sponsoring et cetera. Kwaliteit en kracht van het merk en het imago spelen zoals reeds eerder is aangegeven slechts een bescheiden rol.

f. Consumentengegevens

31. Ruim 94% van de Nederlandse bevolking zegt wel eens iets te drinken in een horecagelegenheid. Gemiddeld bezoekt een Nederlander 66 keer per jaar een horecagelegenheid. Het meest wordt de horeca bij een sportaccommodatie bezocht, gevolgd door de discotheken en cafés.
32. Bij de keuze van een horecagelegenheid door een consument zijn onder meer de volgende selectiecriteria van belang: het publiek, de bediening, de inrichting en de sfeer. Het aspect "lage prijs" speelt een minder belangrijke rol.²⁸ Het gaat derhalve om meer dan de verstrekking van drank. De toegevoegde waarde (dienstverlening en entertainment) bepaalt voor een groot deel de aantrekkingskracht voor consumenten en in het verlengde daarvan de concurrentiekracht van deze bedrijven.

2. De aangemelde overeenkomsten

Borgstellingsovereenkomst

33. Artikel 1 van de borgstellingsovereenkomst bepaalt dat Heineken een borgstelling verstrekt aan de bank ten behoeve van de horecaonderneming tot een bepaald overeengekomen maximumbedrag. Indien de brouwer wordt aangesproken tot gehele of gedeeltelijke uitbetaling van de borgstelling, verplicht de ondernemer zich het door de brouwerij aan de bank betaalde bedrag op eerste verzoek aan de brouwerij te voldoen. Heineken ontvangt 1% (van het overeengekomen bedrag) aan behandelingskosten, die zij middels een machtiging kan doen afschrijven van de rekening van de betreffende ondernemer.
34. Artikel 2 bepaalt dat de ondernemer het recht heeft de overeenkomst op elk willekeurig moment op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden. Na opzegging dient de ondernemer er binnen 30 dagen voor zorg te dragen, dat de bank de brouwerij onvoorwaardelijk bevestigt, dat de brouwerij per de opzegdatum uit de borgstelling zal zijn ontslagen.

²⁸ Bedrijfschap Horeca en Catering, Drinken in de Horeca, 1998.

35. Artikel 3 bepaalt dat de ondernemer er tegenover de brouwerij voor instaat dat in het pand bier van het pilsenertype van uitsluitend het overeengekomen merk zal worden verkocht of ten verkoop in voorraad worden gehouden, met dien verstande dat de brouwerij het recht heeft (een) vervangend(e) merk(en) aan te wijzen. Tevens is bepaald waar het bedrijf het benodigde pilsener zal betrekken. In en/ of aan en/ of op het pand wordt reclame gemaakt voor het merk in een omvang die overeenkomt met het aandeel van pilsener in de totale omzet van het in het pand gevestigde bedrijf. Tot slot is er een boetebeding opgenomen voor het geval de voorwaarden opgenomen in artikel 3 niet worden nageleefd door de horecaondernemer.

Akte van Geldlening

36. Heineken verstrekt aan de ondernemer een lening tegen een bepaald overeengekomen rentepercentage. De ondernemer is 1% behandelingskosten verschuldigd aan Heineken.
37. Artikel 2 van de akte van geldlening bepaalt dat de overeenkomst opgezegd kan worden met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden. Indien de ondernemer van dit recht gebruik maakt dient hij het uit hoofde van deze overeenkomst verschuldigde bedrag zonder korting of verrekening binnen de opzegtermijn in één som te voldoen aan de brouwerij.
38. Artikel 3 van de akte van geldlening is identiek aan artikel 3 van de borgstellingovereenkomst en waarborgt dat in de onderneming alleen pilsener van één van de merken van Heineken wordt geschonken.

Overeenkomst Kelderbierinstallatie

39. In de overeenkomst Kelderbierinstallatie verklaart de brouwerij zich bereid de kelderbierinstallatie met de daartoe behorende leidingen voor haar rekening in het betreffende bedrijf te installeren en het nodige voorbereidend bouwkundig en technisch onderzoek te doen uitvoeren, waarmee voor de brouwerij een substantiële investering is gemoeid.
40. De brouwerij stelt aan de ondernemer de navolgende roerende zaken ter beschikking, die de brouwerij in eigendom toebehoren: een overeengekomen hoeveelheid roestvrijstalen kelderbiervaten à 1000 liter staand model, pompen, een reinigingsinstallatie, een schakel- en besturingskast, een koolzuurmengpaneel, diverse appendages en klein materiaal (hierna: de kelderbierinstallatie).
41. Ook deze overeenkomst kan op elk willekeurig moment worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden. Na opzegging heeft de ondernemer de keuze om:

- a. de kelderbierinstallatie te kopen tegen een koopprijs gelijk aan de contractwaarde verminderd met een afschrijving van 10% voor elk verstreken jaar na plaatsing, met een minimum koopprijs van EUR[...]²⁹ per geplaatst kelderbiervat;
- b. de brouwerij te verzoeken de kelderbierinstallatie uit het pand te verwijderen, in welk geval de ondernemer kosten wegens verwijdering en desinvestering verschuldigd is. Deze kosten bedragen [...]% van de contractwaarde voor de eerste drie jaar na plaatsing van de kelderbierinstallatie, [...]% voor het vierde tot en met de zesde jaar na plaatsing en [...]% gedurende het zevende tot en met de tiende jaar na plaatsing. Na tien jaar worden genoemde kosten vastgesteld op EUR[...]³⁰ .
De ondernemer dient binnen veertien dagen na opzegging van de overeenkomst schriftelijk aan de brouwerij kenbaar te maken welke keuze hij maakt, onder gelijktijdige betaling van het verschuldigde bedrag.

42. Eenzelfde exclusiviteitsbepaling is opgenomen in deze overeenkomst als in de twee voorgaande overeenkomsten (zie paragraaf 35).

Huurovereenkomst

43. Artikel 10 van de huurovereenkomst bepaalt dat de huurder gedurende de gehele huurtijd en zolang hij het gehuurde daarna nog van de brouwerij in gebruik mocht hebben pilsener van uitsluitend een merk van Heineken zal verkopen, dan wel ten verkoop in voorraad houden. Voor het overige gelden dezelfde voorwaarden als genoemd in de voorgaand omschreven overeenkomsten ten aanzien van aangewezen leverancier, reclame en boete bij niet naleving.

III VERLOOP VAN DE PROCEDURE

44. In Staatscourant nummer 32 van 14 februari 2001 is mededeling gedaan van de ontheffingaanvraag. Daarbij zijn belanghebbenden opgeroepen hun zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. De aanvraag en de daarop betrekking hebbende stukken hebben van 15 februari 2001 tot 14 maart 2001 ter inzage gelegen ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa). Twee belanghebbenden hebben een zienswijze naar voren gebracht.
45. Bij brief van de NMa van 19 februari 2001 is de termijn voor de behandeling van de ontheffingaanvraag verlengd, conform artikel 19, lid 2 Mededingingswet (hierna: Mw).

²⁹ NLG [...].

³⁰ NLG [...].

46. De NMa heeft schriftelijke vragen gesteld aan Heineken en aan concurrenten van Heineken. Hierop heeft zij telkens binnen de gestelde, dan wel de verlengde termijn, antwoord gekregen.
47. Op 18 april 2001 en op 10 oktober 2001 hebben ten kantore van de Europese Commissie besprekingen plaatsgevonden tussen medewerkers van de NMa en medewerkers van Directie F van de DG Concurrentie van de Europese Commissie. Op 15 november 2001 heeft de Europese Commissie een brief gezonden aan de d-g NMa mede naar aanleiding van genoemde besprekingen.
48. Heineken is in de gelegenheid gesteld om te reageren op de antwoorden van haar concurrenten, zoals bedoeld in paragraaf 46.
49. Gedurende de procedure is mondeling een voorlopige zienswijze gegeven aan Heineken. Naar aanleiding hiervan heeft Heineken enige aanpassingen aangebracht in de voor ontheffing voorgelegde overeenkomsten. De exclusiviteitsbepaling wordt beperkt tot pilsener van de tap. Het staat gebonden horecaondernemers derhalve vrij flessen pilsener van andere merken dan die worden gevoerd door Heineken te verkopen. Daarnaast zal Heineken jaarlijks de desbetreffende horecaondernemer expliciet wijzen op de bepaling in de overeenkomst, waarin staat dat de horecaondernemer, in tegenstelling tot Heineken, desgewenst de overeenkomst kan opzeggen, overigens zonder dat daar enige sanctie aan is verbonden. Deze aanpassingen worden aangemerkt als een wijziging in de oorspronkelijke ontheffingaanvraag en worden als zodanig meegenomen in onderhavige besluit. Waar in het vervolg over overeenkomsten wordt gesproken worden de gewijzigde overeenkomsten bedoeld.

IV ARGUMENTEN VAN HEINEKEN

Algemeen

50. Heineken stelt zich primair op het standpunt dat de nieuwe overeenkomsten, die zij heeft aangemeld niet binnen de werkingssfeer van artikel 6 Mw vallen, doch indien de NMa daar anders over beslist, deze overeenkomsten in elk geval in aanmerking komen voor een ontheffing. Daarnaast heeft Heineken aangevoerd dat zij niet beschikt over een dominante positie op de relevante markt, zodat ook artikel 24 Mw niet geraakt wordt door onderhavige overeenkomsten.
51. In algemene zin betoogt Heineken dat er op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca hevig wordt geconcurrereerd om horecaverkooppunten. Alhoewel zij niet over gegevens beschikt omtrent het totale aantal gebonden verkooppunten, geeft Heineken aan dat slechts [...] % van de verkooppunten, die samen goed zijn voor [...] % van het horecavolume, "exclusief" is voor Heineken. Dus ook in de situatie, waarin een groot deel van

de overeenkomsten nog conform de oude groepsvrijstelling (1984/83) is (deze contracten zouden in de loop van 2001 worden "geliberaliseerd"), is een substantieel deel van de Nederlandse markt steeds open voor concurrentie. Sinds 1 januari 2001 zijn alle overeenkomsten van Heineken vrij, dat wil zeggen opzegbaar binnen 2 maanden, met uitzondering van de verkooppunten die door Heineken worden (onder)verhuurd.

52. Heineken geeft aan dat de nieuwe groepsvrijstellingsverordening (zie paragraaf 3) Heineken op een serieuze manier benadeelt in de concurrentieslag om verkooppunten, aangezien alle concurrenten van Heineken in staat zijn overeenkomsten aan te gaan waarbij exclusiviteit wordt bedongen voor (ten minste) 5 jaar. Dit betekent dat als Heineken een verkooppunt verliest aan of er niet in slaagt er één te winnen van een concurrent, dit verkooppunt voor 5 jaar niet aan Heineken gebonden kan worden, terwijl om de verkooppunten van Heineken steeds geconcurrereerd kan worden. Heineken verwijst hierbij naar het voorgenomen beleid van Grolsch waarmee zij haar marktaandeel op de markt voor de verkoop van bier via de horeca met 3% denkt te kunnen vergroten. Heineken stelt dat het niet moeilijk is te bedenken hoe Grolsch van plan is dit te bereiken; Grolsch zal zich richten op de verkooppunten die thans worden beleverd door Heineken, nu de overeenkomsten gemakkelijk kunnen worden opgezegd. Hier kan volgens Heineken nog aan worden toegevoegd dat zij ook in het nadeel is, omdat haar concurrenten zich kunnen richten op verkooppunten die de opstartperiode, die gepaard gaat met een hoog risico, hebben overleefd (zie ook paragraaf 20). Heineken heeft ten aanzien hiervan aangegeven dat het werven van nieuwe verkooppunten onderdeel uitmaakt van haar beleid.
53. De concurrentie is ook groot gelet op de aard van het product. Op de markt voor de verkoop van bier via de horeca is pilsener, en in het bijzonder pilsener van de tap, een nagenoeg homogeen standaard product ("commodity"). Merken spelen een ondergeschikte rol. Consumenten zijn primair consumenten van de diensten die worden verleend door de horecaonderneming, zoals atmosfeer, omgeving en andere faciliteiten. Pilsener kan worden gezien als een "intermediair" product dat aan de consument wordt aangeboden als deel van de dienstverlening. Om hun diensten aan te kunnen bieden en te kunnen concurreren met andere horecaverkooppunten hebben horecaondernemers financiële middelen nodig die alleen brouwerijen, waaronder Heineken, bereid zijn te verschaffen, onder de voorwaarde van een zekere exclusiviteit (in het geval van Heineken de minst restrictieve vorm die mogelijk is), aldus Heineken.
54. De overeenkomsten moeten volgens Heineken overigens worden gezien in het licht van een aantal vormen van marktfalen alsmede de voordelen die de overeenkomsten bieden voor de horecasector en de consument. Heineken meent dat de in de overeenkomsten vervatte restricties objectief noodzakelijk zijn en als "inherente restricties" gezien moeten worden (en om die reden dus niet onder artikel 6 Mw vallen).

“Free-rider” probleem

55. Brouwers verstrekken leningen en andere vormen van financiële ondersteuning aan horecaverkooppunten, waarbij het doel is om de verkoop van bier te stimuleren dan wel de distributiekosten te verlagen. Indien de horecaonderneming de mogelijkheid zou hebben om bier van een concurrent te verkopen, zou deze brouwer volgens Heineken voordeel kunnen hebben van de financiering, zonder bij te dragen in de kosten en risico's. Aangezien in Nederland in de meeste gevallen feitelijk maar één merk pilsener wordt verkocht in een horecaverkooppunt is dit *“free-rider”* probleem volgens Heineken nog evidentier. Exclusiviteit is een effectieve remedie voor dit probleem, waarbij Heineken opmerkt dat zij de nodige risico's zal blijven lopen nu de contracten te allen tijde opzegbaar zijn.

Kapitaalmarkt imperfecties

56. Volgens Heineken zijn banken niet bereid om horecaondernemingen (zonder enige garantie van een brouwer) te financieren. Brouwerijen zijn bovendien over het algemeen beter in staat om de risico's in individuele gevallen in te schatten, omdat zij goede kennis van de sector hebben. Daarbij onderhouden de brouwers een intensieve relatie met de betreffende horecaondernemer. Teneinde zich tegen de risico's in te dekken wordt evenwel door de brouwer exclusiviteit als voorwaarde gesteld voor enige vorm van financiering.

“Hold-up” probleem

57. Teneinde de investeringen ten behoeve van kelderbierinstallaties veilig te stellen is exclusiviteit een noodzakelijk vereiste. Heineken verwijst hierbij naar de richtsnoeren van de Europese Commissie en meent aan de voorwaarden die daarin zijn opgenomen ten aanzien van het hold-up criterium te voldoen.³¹ Het gaat volgens Heineken om een lange termijn relatiespecifieke investering. Bovendien betreft het een asymmetrische investering, nu de ene partij meer investeert dan de ander. Zonder exclusiviteit zouden brouwers niet bereid zijn een dergelijke investering te doen. De overeenkomst duurt niet langer dan de economische levensduur van de kelderbierinstallatie en kan bovendien voortijdig worden opgezegd.
58. De overeenkomsten worden weliswaar aangegaan voor onbepaalde duur, maar Heineken meent dat deze contracten zullen leiden tot een liberalisering van de markt, nu haar contracten feitelijk ieder moment opgezegd kunnen worden. Omdat haar contracten op ieder moment opzegbaar zijn, meent Heineken dat het deel van de markt dat zij in handen heeft onder permanente concurrentiële druk zal komen te staan. Bovendien gaan de aangemelde overeenkomsten veel minder ver dan voorheen, omdat de exclusiviteit beperkt blijft tot pilsener. De horecaondernemer blijft derhalve vrij om de andere benodigde dranken (inclusief speciaalbier) elders in te kopen en te verkopen in het horecaverkooppunt.

³¹ Richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen, Pb 2000, C 291/ 1, paragraaf 16.

59. Heineken heeft in het bijzonder met betrekking tot de opzegbaarheid van de “overeenkomst kelderbierinstallatie” aangegeven dat een kelderbierinstallatie met een geringe aanpassing geschikt is voor gebruik ten behoeve van de verkoop van pilsener van andere producenten, zodat er geen drempel is om (de financiering van) de kelderbierinstallatie over te (laten) nemen.
60. Volgens Heineken zullen de nieuwe contracten de interbrand³² concurrentie niet beperken noch zal de markt hierdoor worden afgeschermd. Zij baseert zich hierbij op een rapport dat National Economic Research Associates (NERA) in opdracht van Heineken heeft opgesteld naar de mogelijke gevolgen van de voorgenomen overeenkomsten voor de concurrentie op de markt. De belangrijkste conclusies uit het rapport zijn de volgende:
- Gelet op het feit dat in nagenoeg alle horecapunten in Nederland doorgaans slechts één merk pilsener wordt geschonken, dus ook door de niet-gebonden horecapunten, zal het bedingen van exclusiviteit geen nadelig effect hebben op de concurrentie in de horecagelegenheid.
 - Nu de contracten te allen tijde opzegbaar zijn is er geen gevaar voor markt afscherming. Sterker nog, er zullen als gevolg van de contracten van Heineken meer “open” contracten zijn op de markt dan tot nu toe het geval is geweest, waarbij Heineken haar contracten derhalve als “open” kwalificeert. Concurrenten zullen haar verkooppunten continu actief trachten te “winnen”.
 - Toetreding van nieuwe horecaondernemers is relatief gemakkelijk en vindt ook vaak plaats. Bovendien is toegang tot distributiekanaalen gemakkelijk te realiseren. Dit heeft tot effect dat er weinig toetredingsdrempels zijn voor potentiële brouwers, zodat het gevaar van markt afscherming ook hierdoor niet aanwezig is.
 - Aangezien exclusiviteit beperkt blijft tot pilsener blijft concurrentie op andere dranken te allen tijde mogelijk.
61. Heineken stelt zich op het standpunt dat mogelijke mededingingsbeperkende effecten ruimschoots gecompenseerd worden door de positieve effecten van onderhavige overeenkomsten.

Eigen panden en huurpanden van Heineken

62. Specifiek ten aanzien van verkooppunten die in eigendom zijn van Heineken of die worden gehuurd door Heineken, merkt Heineken, met verwijzing naar de richtsnoeren van de Europese Commissie, op dat het onredelijk is te verwachten dat concurrerende producten zonder toestemming van de leverancier worden verkocht vanuit locaties die in eigendom zijn

³² Concurrentie tussen de verschillende merken bier van de brouwers.

van de leverancier. Volgens Heineken gaat deze redenering op ongeacht de mate van marktmacht van de leverancier. Volgens Heineken vallen dergelijke situaties per definitie niet onder artikel 6 Mw, omdat zij de mededinging niet beperken.

Artikel 17 Mw en artikel 24 Mw

63. Heineken geeft aan dat haar overeenkomsten, indien de d-g NMa toch van oordeel zou zijn dat artikel 6 Mw van toepassing is, in aanmerking zouden moeten komen voor een ontheffing op grond van artikel 17 Mw.
64. Zij voert in dit kader aan dat haar marktaandeel op de Nederlandse markt geen reden op zichzelf kan zijn voor de d-g NMa om geen ontheffing te verlenen. Het louter hebben van een hoog marktaandeel kan, volgens Heineken, de conclusie niet dragen dat zij over een economische machtspositie beschikt en kan geen grond zijn een ontheffing te weigeren.
65. Heineken bestrijdt dat zij op de Nederlandse markt over een economische machtspositie beschikt of zal verwerven door de verticale overeenkomsten die het voorwerp zijn van de onderhavige procedure.
66. Een aantal kenmerken van het aanbod van pilsener aan horecaverkooppunten in Nederland wijst er volgens Heineken op dat zij aanmerkelijke concurrentie ondervindt. De aard van het aanbieden van pilsener in Nederland vergt volgens een Heineken nauwkeurige beoordeling. Zeker gelet op het gegeven dat er op de markt sprake is van concurrentie om verkooppunten, kan een relatief klein aantal geloofwaardige en effectieve concurrenten (Grolsch, Interbrew en Bavaria zijn belangrijke spelers, nog afgezien van nieuwe toetreders) voldoende rivaliteit bieden om de concurrentie om de verkooppunten te stimuleren.
67. In tegenstelling tot de vorige arrangementen van Heineken waarbij financiële steun werd geboden, zijn horecaverkooppunten nu in staat om met een opzegtermijn van twee maanden van brouwerij te veranderen. Dit maakt het voor andere brouwerijen mogelijk om te concurreren om alle verkooppunten van Heineken. Gelet op hun omvang en toegang tot financiële middelen moeten de concurrerende brouwerijen zeker in staat worden geacht effectief te concurreren. Daarnaast betekent de aanwezigheid van onafhankelijke groothandelaren dat toegang tot groothandelsfaciliteiten niet gezien kan worden als toegangsbarrière. Bovendien zijn internationale merken in staat gebleken de Nederlandse markt te betreden en effectief op de markt te kunnen concurreren.
68. Heineken meent dat zij ondanks haar kennelijk hoge marktaandeel onder significante concurrentiële druk staat. [...]. Daarnaast voert Heineken nog aan dat er bij de analyse van de markt rekening gehouden moet worden met de significante veranderingen in de marktomstandigheden die worden veroorzaakt door de veranderingen in de structuur van

Heinekens verticale overeenkomsten. Een historische analyse van de concurrentie op de markt en marktaandeelen zou daarom een verstoord perspectief op toekomstige concurrentie riskeren.

69. Daarenboven, en in geval de NMa tot de conclusie zou komen dat Heineken wel over een economische machtspositie beschikt, is Heineken van oordeel dat het hebben van een machtspositie er niet automatisch toe leidt dat geen ontheffing gegeven kan worden op grond van artikel 17 Mw. Een dergelijke benaderingswijze is volgens Heineken kennelijk gebaseerd op de veronderstelling dat een onderneming met een economische machtspositie in principe niet kan voldoen aan de laatste conditie van artikel 17 ("zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen (...) de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten de mededinging uit te schakelen.") Heineken betoogt dat deze conditie verwijst naar het effect van de overeenkomst en niet naar de positie van de betrokken bedrijven. Deze conditie is niet vervuld indien de bewuste overeenkomst een economische machtspositie creëert of een bestaande economische machtspositie versterkt. Een overeenkomst zonder een dergelijk effect moet volgens Heineken in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing, zelfs indien één van de bij de overeenkomst betrokken partijen een economische machtspositie heeft.
70. Volgens Heineken kan niet beweerd worden dat haar nieuwe contracten een dominante positie zullen creëren of versterken, gelet op de drastische veranderingen die het nieuwe systeem zal hebben voor de eigen positie van Heineken (met name de consequentie dat *alle* concurrenten van Heineken in staat zijn exclusieve overeenkomsten aan te gaan voor een periode van vijf jaar, terwijl Heineken die mogelijkheid niet heeft).

V ARGUMENTEN VAN BELANGHEBBENDEN

1. Plassania

71. Een grote afnemer van Heineken, Plassania Beheer B.V. (hierna: Plassania), heeft een schriftelijke zienswijze ingediend. Haar bezwaren richten zich met name op de exclusiviteit die Heineken bedingt in haar onderverhuurcontracten. Plassania is van mening dat Heineken geen tot weinig (financiële) risico's loopt en exclusiviteit derhalve niet gerechtvaardigd is. Kosten van onderhoud, reparatie en de operationele kosten zijn verwaarloosbaar, aldus Plassania. Aanbiedingen van Plassania om mogelijke risico's op te vangen, zoals vooruitbetalen van de huur, (bank)garanties et cetera, worden afgeslagen door Heineken. Ook worden de panden naar de mening van Plassania niet onderverhuurd tegen gunstige voorwaarden, zodat ook daar geen rechtvaardiging in gevonden kan worden voor de exclusiviteit. Plassania benadrukt in dit kader dat de Europese Commissie kunstmatige

onderverhuurconstructies uitdrukkelijk heeft uitgesloten van de werking van de verticale vrijstellingsverordening.

72. Plassania loopt de risico's die Heineken anders zou lopen krachtens haar huurovereenkomst. Het betreft in dit geval dus een één-op-één vertaling van de huursituatie en de daarmee gepaard gaande risico's. Er zou in elk geval geen sprake zijn van een "free-rider" probleem, noch van een "hold up" probleem noch van "kapitaalmarkt imperfecties" wat betreft de onderverhuur van panden aan horecaondernemers zoals Plassania.
73. Plassania heeft ook aangevoerd dat ondernemingen met een machtspositie geen non-concurrentiebedingen aan hun afnemers mogen opleggen, tenzij zij een dergelijke commerciële praktijk op grond van artikel 82 EG-verdrag³³ objectief kunnen rechtvaardigen. Hierbij geeft zij aan dat, gelet op het marktaandeel van Heineken, bij de beoordeling van de contracten van Heineken meegenomen moet worden dat Heineken op zijn minst een aanmerkelijke marktmacht heeft.

2. Alken-Maes

74. Daarnaast heeft een buitenlandse concurrent, Alken-Maes N.V. (hierna: Alken-Maes), een zienswijze gegeven. Haar bezwaren richten zich met name op de mogelijke concurrentiebeperkende werking van het afschrijvingsstelsel van tap- en koelinstallaties die door Heineken in bruikleen worden gegeven. Nu deze overeenkomsten niet ter ontheffing zijn ingediend, zal slechts rekening worden gehouden met de argumenten van Alken-Maes in zoverre deze mede van toepassing zijn op kelderbierinstallaties. Alken-Maes heeft in dit verband aangegeven dat Heineken uitdrukkelijk de mogelijkheid zou moeten bieden om de kelderbierinstallatie te laten overnemen tegen de nieuwwaarde minus 10% afschrijving per jaar. Door dit niet te doen zou Heineken namelijk een drempel opwerpen voor de horecaondernemer om over te stappen, waardoor sprake zou zijn van een concurrentiebeperking.

VI BEOORDELING

1. Beoordelingskader

75. Artikel 6 Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

³³ Het Europese equivalent van artikel 24 Mw, het verbod op misbruik van economische machtsposities.

76. Heineken is actief op het gebied van productie en verkoop van bier in Nederland en daarbuiten. Haar afnemers zijn actief op het gebied van de verkoop van bier aan de consument. Zij oefenen daarmee economische activiteiten uit en nemen deel aan het economisch verkeer. Partijen zijn derhalve ondernemingen in de zin van artikel 1, sub f, Mw.
77. De standaardovereenkomsten zoals gesloten tussen Heineken en haar afnemers zijn juridisch bindende overeenkomsten naar burgerlijk recht. Er is derhalve sprake van overeenkomsten in de zin van artikel 1, sub e, Mw. Nu het overeenkomsten betreft tussen ondernemingen die werkzaam zijn in verschillende stadia van de productie- of distributieketen kunnen de overeenkomsten bovendien worden gekwalificeerd als verticale overeenkomsten.
78. Indien wordt voldaan aan de in dat artikel opgenomen voorwaarden kan op grond van artikel 17 Mw ontheffing van het kartelverbod verleend worden voor mededingingsbeperkende overeenkomsten.
79. Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie.
80. Blijkens het bepaalde in hoofdstuk 1 van de Memorie van Toelichting op de Mededingingswet dienen de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en jurisprudentie als leidraad bij de interpretatie van artikel 6, 17 en 24 Mw. Artikel 12 Mw bepaalt bovendien dat artikel 6 Mw niet geldt voor overeenkomsten tussen ondernemingen waarvoor krachtens een verordening van de Raad van de Europese Unie of van de Europese Commissie artikel 81, lid 1, EG-verdrag buiten toepassing is verklaard.
81. In dit kader is van belang dat de Europese Commissie haar beleid ten aanzien van verticale overeenkomsten heeft gewijzigd. De oude groepsvrijstellingen die voorheen golden zijn komen te vervallen. Verordening 2790/1999 van 22 december 1999 is op 1 januari 2000 in werking getreden en vervangt onder andere Verordening 1984/83, waar brouwerijcontracten voorheen onder vielen. Overigens is een overgangperiode opgenomen in de Verordening, teneinde ondernemingen de gelegenheid te geven hun bestaande contracten, die onder de oude groepsvrijstelling vielen, maar niet voldoen aan de voorwaarden voor de vrijstelling van de nieuwe Verordening, aan te passen aan het nieuwe regime.³⁴

³⁴ Het verbod van artikel 81, lid 1, EG-verdrag is niet van toepassing gedurende de periode van 1 juni 2000 tot en met 31 december 2001.

82. De Europese Commissie heeft tevens richtsnoeren uitgevaardigd die een nadere uitleg geven over de wijze waarop de Europese Commissie verticale overeenkomsten beoordeelt.³⁵ Deze kunnen geraadpleegd worden bij het beoordelen van overeenkomsten van ondernemingen die boven het marktaandeelcriterium zitten. In de richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa is bepaald dat de NMa artikelen 6 en 17 van de Mw in beginsel zal toepassen conform de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake verticale beperkingen.³⁶
83. Het ontheffingsverzoek van Heineken heeft betrekking op overeenkomsten die zij aangaat met Nederlandse horecaondernemingen. Gelet op haar marktaandeel (van meer dan 30%) vallen de aangemelde overeenkomsten buiten de reikwijdte van de nieuwe groepsvrijstelling (zie tabel 2). De overeenkomsten zullen derhalve individueel beoordeeld moeten worden, waarbij de richtsnoeren als uitgangspunt dienen. In deze overeenkomsten wordt onder meer overeengekomen dat het horecaverkooppunt gedurende de looptijd van de overeenkomst exclusief het door Heineken aangewezen merk pilsener van de tap zal verkopen. Het gaat hierbij derhalve om verticale overeenkomsten waarin een niet-concurrentiebeding (meer in het bijzonder merke exclusiviteit) is opgenomen. Ter zake hiervan is in de richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie in hoofdstuk VI onder meer het volgende bepaald:

“ 135. Dit laatste criterium [van artikel 81, lid 3 van het EG-verdrag, tevens het laatste criterium van artikel 17 Mw] betreffende de uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten houdt verband met de kwestie van de machtspositie. Wanneer een onderneming een machtspositie inneemt of verwerft, kan in beginsel geen vrijstelling worden verleend voor een verticale beperking die merkbare concurrentiebeperkende effecten heeft. De verticale overeenkomst kan echter buiten het toepassingsgebied van artikel 81, lid 1, vallen, indien er daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, bijvoorbeeld indien zij noodzakelijk is voor de bescherming van relatiegebonden investeringen (...) zonder welke de levering of koop van bepaalde goederen of diensten niet zou plaatsvinden.

(...)

138. Een niet-concurrentiebeding is gebaseerd op een verplichting of een systeem van prikkels ten gevolge waarvan de afnemer nagenoeg zijn volledige behoefte op een bepaalde markt slechts van één leverancier koopt. Dit betekent niet dat de afnemer alleen direct van de leverancier mag kopen, maar dat hij geen concurrerende goederen of diensten koopt en doorverkoopt of verwerkt. De mogelijke risico's voor de concurrentie zijn afscherming van de markt voor concurrerende leveranciers en potentiële leveranciers, vergemakkelijking van collusie tussen leveranciers in geval van cumulatieve toepassing en, wanneer de afnemer een detailhandelaar is die aan consumenten verkoopt, een vermindering van de in-store-interbrand-concurrentie [concurrentie tussen

³⁵ Pb 2000, C 291/1.

³⁶ Richtsnoeren samenwerking bedrijven, Staatscourant van 8 juni 2001, nr. 108, blz. 28-30, paragraaf 18.

leveranciers in een verkooppunt]. *Alle drie deze restrictieve effecten hebben directe gevolgen voor de interbrand-concurrentie.*

(...)

140. *De marktpositie van de leverancier is van groot belang voor het beoordelen van mogelijke concurrentiebeperkende effecten van niet-concurrentiebedingen. (...)*

141. *Naast de marktpositie is ook de draagwijdte en de duur van de niet-concurrentiebedingen van belang. Hoe hoger zijn gebonden marktaandeel, d.w.z. het gedeelte van zijn marktaandeel dat hij met een merke exclusiviteitsverplichting verkoopt, is, des te signifikanter zal de marktafsluiting waarschijnlijk zijn. Evenzo zal de marktafsluiting waarschijnlijk signifikanter zijn naarmate de niet-concurrentiebedingen van langere duur zijn. (...) Ondernemingen met een machtspositie mogen geen niet-concurrentiebedingen aan hun afnemers opleggen, tenzij zij een dergelijke commerciële praktijk op grond van artikel 82 objectief kunnen rechtvaardigen.*

142. *Voor het beoordelen van de marktmacht van een leverancier is de marktpositie van zijn concurrenten belangrijk. Zolang die concurrenten voldoende talrijk en sterk zijn, vallen geen merkbare concurrentiebeperkende effecten te verwachten. Het is slechts waarschijnlijk dat concurrerende leveranciers zullen worden uitgesloten, wanneer zij aanzienlijk kleiner zijn dan de leverancier die het non-concurrentiebeding toepast. Uitsluiting van concurrenten is niet erg waarschijnlijk, wanneer zij een even sterke marktpositie innemen en even aantrekkelijke producten kunnen aanbieden. In een dergelijk geval kan echter ten aanzien van potentiële toetreders sprake van marktafsluiting zijn, wanneer verschillende grote leveranciers met een aanzienlijk aantal afnemers op de relevante markt overeenkomsten met een niet-concurrentiebeding sluiten (geval van cumulatief effect). Dit is ook een situatie waarin overeenkomsten met een niet-concurrentiebeding collusie tussen concurrerende leveranciers kunnen vergemakkelijken. (...)*

(...)

150. *Wanneer de afnemer zijn bedrijf uitoefent in ruimten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of die de leverancier van niet met afnemer verbonden derden huurt, zal de mogelijkheid om maatregelen op te leggen die het probleem van een eventueel marktafsluitend effect daadwerkelijk verhelpen, beperkt zijn. In dit geval is het onwaarschijnlijk dat de Commissie tussenbeide komt beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie.*

(...)

156. *Wanneer de leverancier de afnemer een lening verstrekt of hem uitrusting ter beschikking stelt die niet relatiegebonden is, is dit normaliter op zich niet voldoende om, indien het tot marktafsluiting komt, een vrijstelling te rechtvaardigen. De gevallen waarin er sprake is van imperfecties van de kapitaalmarkt, zodat het voor de leverancier van een product efficiënter is om een lening te verstrekken dan voor een bank, zullen niet erg talrijk zijn (zie efficiency-effect 7 in punt 116). Zelfs al zou de leverancier van het product de efficiëntste kapitaalverschaffer zijn, dan nog zou een lening slechts een niet-concurrentiebeding kunnen rechtvaardigen indien het de afnemer niet wordt verhinderd op een willekeurig tijdstip en zonder betaling van een boete het niet-*

concurrentiebeding te beëindigen en het saldo van de lening af te lossen. Dit betekent dat de terugbetaling van de lening zodanig zou moeten zijn geregeld dat de afnemer gelijkblijvende, of degressieve - geen progressieve - termijnen betaalt en in de gelegenheid wordt gesteld de door de leverancier ter beschikking gestelde uitrusting tegen de marktwaarde over te nemen. Dit laat de mogelijkheid onverlet om bijvoorbeeld in het geval van een nieuw verkooppunt in een aflossingsvrije periode van één of twee jaar te voorzien, totdat de omzet een zeker niveau bereikt."

84. Uit het bovenstaande blijkt dat, indien Heineken over een economische machtspositie zou beschikken, zij slechts verticale mededingingsbeperkingen mag hanteren voor zover deze objectief te rechtvaardigen zijn. In dit kader is van belang dat exclusieve afnameovereenkomsten van een dominante onderneming in het verleden als misbruikelijk zijn gekwalificeerd.³⁷ Zouden de eventuele verticale beperkingen echter objectief te rechtvaardigen zijn, dan zijn zowel artikel 6 Mw als artikel 24 Mw niet van toepassing op de door Heineken aangemelde overeenkomsten.
85. De positie van Heineken op de relevante markt is van belang, omdat naar mate haar positie sterker is, het risico van een mededingingsbeperkend effect groter wordt. Hieronder zal daarom in worden gegaan op de positie van Heineken op de relevante markt. De vraag of Heineken over een economische machtspositie beschikt (en of exclusiviteit in dat geval objectief gerechtvaardigd is) is overigens slechts relevant, indien is vastgesteld dat de overeenkomsten merkbare mededingingsbeperkende gevolgen kunnen hebben.

2. Relevante markt

86. De relevante markt is de Nederlandse markt voor de verkoop van bier aan de horeca.³⁸ Er is immers een wezenlijk verschil tussen de verkoop van bier vanuit horecaverkooppunten en de verkoop van bier voor thuisgebruik door supermarkten en slijterijen (zie paragraaf 4). De geografische omvang van de markt kan als nationaal worden afgebakend.³⁹

3. Positie van Heineken op de relevante markt

³⁷ Arrest van HvJ van 13 februari 1979, zaak 85/ 76 *Hoffmann-La Roche vs Cie*, Jurisp. 1979, 461, arrest van HvJ van 3 juli 1991 zaak C-62/ 86 *AKZO Chemie BV vs Cie*, Jurisp. 1991, I-3359, arrest van HvJ van 6 april 1995 zaak C-310/ 93, *BPB Industries en British Gypsum vs Cie*, Jurisp. 1995, I-865.

³⁸ Dit is in lijn met de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie alsmede met de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie bijvoorbeeld beschikking van de Europese Commissie in zaak IV/ 36081, *Bass* van 16 juni 1999, Pb L186, p.1-27; beschikking van de Europese Commissie in zaak IV/ 35992, *Scottish/ Newcastle* van 16 juni 1999, Pb L186, p.28-52; arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991, zaak C-234/ 89 *Delimitis vs Henniger Bräu*, Jurisp. 1991, I-0935.

³⁹ *Idem*.

87. Heineken heeft op de markt voor de verkoop van bier via de horeca een marktaandeel van circa [50-60]%. Een hoog marktaandeel kan wijzen op het bestaan van een economische machtspositie en is daarvoor een belangrijke aanwijzing.⁴⁰ Dit hoge marktaandeel geeft in elk geval al aan dat Heineken over een sterke positie beschikt op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca.
88. Naast de hoogte van het marktaandeel zijn echter ook andere factoren relevant bij de weging van die sterke positie.⁴¹ Het is van belang om inzicht te krijgen in hoe er geconcurrereerd wordt op de relevante markt. Hierbij zijn de volgende factoren van belang; aantal concurrenten, hun marktaandeel, beschikbaarheid van substituten, mate van productdifferentiatie, aan- of afwezigheid van toetredingsdrempels en mate van potentiële concurrentie, excessieve prijzen et cetera.
89. Naast Heineken zijn drie grotere marktspelers actief, met marktaandelen die variëren tussen 5%-20% (zie tabel 2). Daarnaast is een vijftal kleinere marktspelers actief, die zeer kleine marktaandelen (0%-2%) hebben. De Herfindahl Hirschmann Index⁴² op deze markt bedraagt ongeveer 3755, hetgeen wijst op een geconcentreerde markt.⁴³
90. Op de markt voor de verkoop van bier via de horeca kan pilsener worden aangemerkt als een nagenoeg homogeen product. Er zijn aanwijzingen dat Heineken daadwerkelijk concurrentie ondervindt. Zoals eerder is aangegeven (zie paragraaf 27) vindt concurrentie in de horecasector met name plaats om het verkooppunt. Dit zal in veel gevallen afhankelijk zijn van de mogelijkheid om financiële en commerciële ondersteuning te kunnen verlenen, zo hebben brouwers desgevraagd aangegeven. Daarnaast spelen prijs en kortingen een belangrijke rol. Ongeveer 50% van de markt voor de verkoop van bier via de horeca is niet gebonden, zodat ervan uitgegaan kan worden dat deze horecaondernemers waarschijnlijk generlei vorm van financiering zijn overeengekomen met enige brouwer.⁴⁴ In die gevallen zal prijs en korting alsmede voorkeur voor een bepaald merk eerder bepalend zijn voor een horecaondernemer bij de keuze van een brouwer.
91. Er zijn in Nederland ruim 45.000 horecaverkooppunten, waarvan er ruim 22.000 op basis van exclusiviteit worden belevend door brouwers. De gebonden verkooppunten zijn gezamenlijk

⁴⁰ Arrest van HvJ van 13 februari 1979, zaak 85/76 *Hoffmann-La Roche vs Cie*, Jurisp. 1979, 461.

⁴¹ Hoffmann o.39. Zie ook het besluit van de d-g NMa in zaak 2473 *Holland/Flora* van 12 juli 2001.

⁴² Som van de gekwadraterde marktaandelen.

⁴³ Vergelijk met de richtsnoeren van de Europese Commissie inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb. C 3/02, paragraaf 29.

⁴⁴ Uit tabel 4 blijkt dat meer dan de helft van de leveringen van de meeste brouwers op basis van exclusiviteit plaatsvindt.

goed voor ca. 60% van de totale bierverkopen op de markt voor de verkoop van bier via de horeca.⁴⁵

92. In paragraaf 23 is uiteengezet dat alle brouwers horecapunten winnen van elkaar en tevens ook verliezen aan elkaar. De concurrentie om vrijgevallen verkooppunten is tevens sterk aanwezig gebleken. In samenhang met het gegeven dat de brouwers ieder afzonderlijk hebben aangegeven dat sprake is van een hevige concurrentiestrijd om horecaverkooppunten, lijkt dit beeld voldoende aanwijzingen te bevatten dat Heineken zich op dit punt niet onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten.
93. Uit gegevens van Heineken ten aanzien van de concurrentieslag om bestaande horecaverkooppunten, lijkt Heineken per saldo meer verkooppunten te hebben verloren dan gewonnen in de afgelopen drie jaren. Daar staat tegenover dat zij relatief meer nieuwe verkooppunten heeft gecontracteerd (zie paragraaf 52). In elk geval maakt dit netto uiteindelijk weinig uit voor haar positie op de markt en is het niet aannemelijk dat het een gevolg van haar marktpositie is, dat andere concurrenten ervan weerhoudt (nieuwe) verkooppunten te contracteren.
94. Een andere factor die van belang is is dat Heineken haar prijzen niet (substantieel en blijvend) heeft kunnen verhogen. De kortingen die zij haar afnemers in de jaren 1998-2000 verstrekt heeft zijn toegenomen (met [...]%), terwijl de gerealiseerde prijsstijgingen grotendeels voortvloeien uit inflatie. De verkoopvolumes zijn gedurende deze jaren licht gedaald. [...]
95. Daarnaast is het relevant, dat er vrij recentelijk twee toetreders zijn geweest die een bescheiden marktaandeel hebben verworven (zie paragraaf 7). Gegevens van Warsteiner tonen aan dat zij op een volwaardige manier lijkt mee te strijden naar horecaverkooppunten, daar zij bijvoorbeeld verhoudingsgewijs evenveel verkooppunten verliest en wint als haar in omvang op de Nederlandse markt grotere concurrenten. Uit gegevens van Heineken blijkt ook dat Warsteiner een behoorlijk aantal verkooppunten van Heineken heeft gewonnen en andersom relatief gezien, slechts een bescheiden aantal verkooppunten heeft verloren aan Heineken. Alken-Maes heeft met name door middel van (onafhankelijke) drankenhandels de afgelopen anderhalf jaar een redelijk aantal horecaverkooppunten weten te bereiken. Naar eigen zeggen zal zij in de toekomst meer moeten investeren om de concurrentiestrijd te kunnen blijven voeren. Zij heeft hierbij niet aangegeven dat dit onmogelijk zou zijn door (de positie van) Heineken op de markt.

⁴⁵ Dit is gebaseerd op de antwoorden van de brouwers naar aanleiding van vragen die zijn gesteld tijdens het onderzoek.

96. Daarenboven is één van de grootste klanten van Heineken vorig jaar voor een belangrijk deel van haar bierinkopen overgestapt naar concurrent Interbrew.
97. Het bovenstaande overwegende kan worden vastgesteld dat Heineken over een sterke positie op de markt voor de verkoop van bier via de horeca beschikt, maar dat zij tevens (een zekere) concurrentiedruk ondervindt. Deze sterke positie van Heineken betekent dat, in lijn met de richtsnoeren van de Europese Commissie, sprake is van een verhoogd mededingingsbeperkend risico en derhalve de beoordeling van de overeenkomsten relatief streng moet zijn.

4. Beperking van de mededinging

a. De borgstellingsovereenkomst, de akte van geldlening en de overeenkomst kelderbierinstallatie

98. De door Heineken aangemelde standaardcontracten met horecaondernemingen bevatten een exclusieve afnamebeding voor pilsener voor onbepaalde duur met een opzegtermijn van twee maanden (met uitzondering van de huurovereenkomsten, die voor bepaalde tijd worden aangegaan). Exclusieve afnamebedingen worden niet gezien als bepalingen die ertoe strekken de mededinging te beperken en reeds om die reden onder het verbod van artikel 6 Mw vallen.⁴⁶
99. Wel kunnen exclusieve afnamebedingen een mededingingsbeperkend effect hebben.⁴⁷ Zij kunnen tot gevolg hebben dat de toegang tot de markt wordt belemmerd. Derhalve dient te worden onderzocht of er sprake is van marktafsluiting op de Nederlandse markt voor de verkoop van bier aan de horeca en zo ja, of de overeenkomsten van Heineken in aanzienlijke mate hieraan bijdragen.

Duur van de exclusiviteit

100. Buiten het feit dat in aanmerking moet worden genomen dat Heineken een sterke positie heeft op de relevante markt en dat zij ongeveer 30% van deze markt door middel van exclusiviteit bindt, dienen andere aspecten in aanmerking te worden genomen.⁴⁸ Zo dient

⁴⁶ Arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2000, C-214/99, *Neste Markkinointi Oy en Yötuuli Ky e.a.*, nog niet gepubliceerd.

⁴⁷ Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 8 juni 1995, T-9/93, *Schöller Lebensmittel GmbH. vs Cie*, Jurispr. 1995, II-1611.

⁴⁸ Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 8 juni 1995, T-9/93, *Schöller Lebensmittel GmbH. vs Cie*, Jurispr. 1995, II-1611; arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 1991, zaak C-234/89 *Delimitis vs Henniger Bräu*, Jurispr. 1991, I-0935.

gekeken te worden naar de duur van de exclusiviteit (zie ook paragraaf 141 van de richtsnoeren van de Europese Commissie).

101. De overeenkomsten worden niet voor een bepaalde duur aangegaan. Nu de overeenkomsten geen bepaling ten aanzien van de duur bevatten, dient te worden geconcludeerd dat deze contracten dus in beginsel voor onbepaalde tijd worden aangegaan. Gelet hierop, zou kunnen worden beargumenteerd dat de overeenkomsten een oneindige exclusiviteit bevatten, hetgeen in samenhang met de sterke positie van Heineken en de omvang van al haar gebonden verkopen, een marktafschermend effect zou hebben.
102. De overeenkomsten kunnen evenwel te allen tijde worden opgezegd door de horecaondernemer, in tegenstelling tot Heineken, waarbij een opzegtermijn van twee maanden in acht genomen dient te worden. Dit gegeven is van belang, nu hiermee de vraag wordt opgeworpen in hoeverre er werkelijk sprake is van marktafscherming. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds het gebonden zijn op enig moment door de horecaondernemer aan Heineken, en anderzijds de (on)mogelijkheid voor de concurrenten van Heineken om deze afnemers te bereiken. Met andere woorden, is dat deel van de markt daadwerkelijk niet toegankelijk voor concurrenten?
103. Er is in de onderhavige situatie een wezenlijk verschil met de situatie waarbij exclusiviteit geldt voor een bepaalde duur. Bij exclusiviteit voor een bepaalde duur geldt dat gedurende die periode dat deel van de markt in beginsel absoluut is afgesloten voor concurrenten, op straffe van contractbreuk. De leverancier hoeft zich niet "concurrerend" te gedragen, aangezien hij zich gedurende die periode in een "veilige zone" bevindt. Pas aan het einde van de contractduur komt dat deel van de markt weer vrij en kan geconcurrereerd worden om dat verkooppunt. In het onderhavige geval bestaat er voor Heineken geen "veilige" zone. In de nieuwe situatie dient Heineken zich voortdurend van te vergewissen dat concurrenten de horecaondernemer ertoe zouden kunnen bewegen over te stappen. Mede gelet op de marktstructuur is het ook aannemelijk dat de concurrenten de horecaverkooppunten van Heineken daadwerkelijk zullen benaderen.
104. Vanuit de optiek van de horecaondernemer is deze weliswaar gebonden aan Heineken, maar slechts zolang als hij dit wenst te zijn. Er zijn twee mogelijkheden denkbaar waar de horecaondernemer de beslissing neemt om niet meer exclusief af te nemen van Heineken. Ten eerste, daar waar hij mogelijkheid heeft gevonden op andere wijze in zijn financieringsbehoefte te voorzien, zodat hij de uitstaande schuld aan Heineken kan voldoen en de overeenkomst (ergo de exclusiviteit) desgewenst kan opzeggen. Ten tweede, kan een concurrent van Heineken een aantrekkelijk bod doen, waarbij ook de financiering wordt overgenomen, zodat ook in dit geval de overeenkomst met Heineken kan worden beëindigd.

105. In de richtsnoeren van de Europese Commissie wordt, in een situatie dat het moeilijk is in één verkooppunt meer dan één merk te verkopen, het probleem van markt afscherming opgelost door de duur van overeenkomsten te beperken. In het arrest van het Hof van Justitie in de *Neste*-zaak wordt ten aanzien van tankstations aangegeven dat een exclusieve afnameovereenkomst voor brandstoffen op één punt aanzienlijk verschilt van een exclusieve afnameovereenkomst voor andere producten zoals bier omdat er feitelijk in een tankstation maar één merk brandstoffen wordt verkocht.⁴⁹ Het Hof merkt vervolgens op “*dat voor de leverancier het wezenlijke bestanddeel van overeenkomsten als die waar het in het hoofdgeding om gaat, niet zozeer de exclusiviteit dausule als zodanig is, maar wel de duur van de door de wederverkoper aangegane afnameplicht, en dat die duur van doorslaggevende betekenis is voor de markt afschermende werking. In dat verband (...) moet worden onderkend dat overeenkomsten voor bepaalde looptijd met een looptijd van meerdere jaren de toegang tot de markt in sterkere mate kunnen beperken dan overeenkomsten die op elk ogenblik met inachtneming van een korte opzegtermijn kunnen worden beëindigd.*”⁵⁰

106. Het feit dat Heineken niet de mogelijkheid heeft de overeenkomst te allen tijde op te zeggen is tevens van belang. Hier gaat namelijk een belangrijke bescherming van de horecaondernemer uit, omdat hij op deze wijze verzekerd is van een continue financiering, althans voor zolang hij deze wenst.

107. In de richtsnoeren van de Europese Commissie is ten aanzien van de duur van de overeenkomsten bepaald dat de Groepsvrijstellingsverordening voor verticale beperkingen niet geldt voor niet-concurrentiebedingen die van onbepaalde duur zijn, de duur van vijf jaar overschrijden of voor langer dan vijf jaar stilzwijgend verlengbaar zijn.⁵¹ De ratio hiervan is dat door een bepaalde duur vast te leggen in de overeenkomsten een vanzelfsprekend moment opgenomen wordt waarop leverancier en afnemer opnieuw kunnen onderhandelen over de voorwaarden en waarop de afnemer ook op andere aanbiedingen in kan gaan. Een vergelijkbaar moment ontbrak in eerste instantie in de voorgelegde overeenkomsten van Heineken. Zoals aangegeven in paragraaf 49 heeft Heineken zich verplicht haar contractanten jaarlijks schriftelijk te benaderen en deze te wijzen op de mogelijkheid om de overeenkomsten op te zeggen. Op deze wijze worden met name horecaondernemers, die niet pro-actief zoeken naar alternatieve bevoorradingsbronnen, door Heineken attent gemaakt op de mogelijkheid zich te informeren over (aanbiedingen van) alternatieve bierleveranciers.

⁴⁹ In Nederland wordt feitelijk slechts één merk pilsener van de tap geschonken in de meeste horecaverkooppunten. Hiermee is uiteraard niet gezegd dat het fysiek niet mogelijk zou zijn meer dan één merk tappils te verkopen.

⁵⁰ Arrest van het Hof van Justitie van 7 december 2000, C-214/99, *Neste Markkinointi Oy en Yötuuli Ky e.a.*, paragrafen 31-33, nog niet gepubliceerd.

⁵¹ Paragraaf 57.

Hiervan gaat een mededingingsbevorderende prikkel uit die, gezien de sterke positie van Heineken op de relevante markt, belangrijk is (zie paragraaf 97).

Geen overige belemmeringen om de overeenkomst op te zeggen

108. Het gegeven dat de overeenkomsten te allen tijde opgezegd kunnen worden door de horecaondernemer volstaat echter niet om te concluderen dat er dus geen sprake zal zijn van een markt afschermend effect. Immers, de exclusiviteit is direct gekoppeld aan één of andere vorm van financiële of commerciële ondersteuning van Heineken. Bij opzegging dient immers de lening terugbetaald te worden of dient de kelderbierinstallatie te worden verwijderd cq. overgenomen. De reële mogelijkheid voor een horecaondernemer om op te zeggen, zal derhalve afhankelijk zijn van de vraag of het subject van de overeenkomst enige belemmering opwerpt voor de afnemer om het contract op te zeggen. Met andere woorden, kan Heineken door middel van voorwaarden in het contract voorkomen dat concurrenten de betreffende verkooppunt “winnen”?
109. In dit verband wordt opgemerkt dat de Europese Commissie in haar richtsnoeren aangeeft⁵² dat een lening slechts een niet-concurrentiebeding zou kunnen rechtvaardigen indien de afnemer niet wordt gehinderd op een willekeurig tijdstip en zonder betaling van een boete het niet-concurrentiebeding te beëindigen en het saldo van de lening af te lossen.
110. De door Heineken aangemelde overeenkomsten voorzien hierin, nu zowel de borgstellingsovereenkomst als de akte van lening zonder betaling van een boete of enig ander financiële drempel binnen een termijn van twee maanden kunnen worden opgezegd. Het Hof van Justitie heeft in de eerder aangehaalde *Neste*-zaak geconcludeerd dat “*de door de leverancier aangegane verplichtingen in het algemeen belangrijk [zijn] ter zake van de investeringen om het verkooppunt aan te passen aan het logo van het verhandelde merk. Derhalve vergt de verandering van leverancier technisch gezien meestal enige tijd.*” In dat opzicht lijkt een opzegtermijn van twee maanden zoals gehanteerd door Heineken alleszins redelijk.
111. In de kelderbierinstallatieovereenkomst is opgenomen dat deze binnen twee maanden kan worden opgezegd, waarbij de kelderbierinstallatie door de horecaonderneming kan worden overgenomen tegen de koopprijs verminderd met een afschrijving van 10% per verstreken jaar na plaatsing, met een minimumkoopprijs van EUR [...]⁵³. Ervan uitgaande dat de economische levensduur van een tankinstallatie tien jaar is, kan worden aangenomen dat dit afschrijvingspercentage redelijk is en derhalve gelegitimeerd is. De duur van het non-concurrentiebeding lijkt daarom niet verder te gaan dan noodzakelijk is voor het doel van de overeenkomst en werpt als zodanig geen drempel op om de relatie te verbreken. De Europese

⁵² Paragraaf 156.

⁵³ NLG [...].

Commissie merkt in haar richtsnoeren ook op dat een overeenkomst waarin voor de duur van de afschrijving van de investering in een niet-concurrentiebeding wordt voorzien over het algemeen aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG-Verdrag zal voldoen. Hoewel dit niet in dit kader wordt beoordeeld, kan in elk geval hierin steun worden gevonden om aan te nemen dat de afschrijvingsmethode van Heineken geen disproportionele drempel opwerpt. De minimumkoopprijs van EUR[...] wordt ook niet als drempel aangemerkt, nu Heineken heeft gemotiveerd dat de technische levensduur van de kelderbierinstallatie aanmerkelijk wordt verlengd door de kosteloze service en onderhoud die zij de horecaonderneming aanbiedt gedurende de looptijd van de overeenkomst. Hiermee is het aannemelijk dat dit bedrag een reële vergoeding vormt voor de waarde van de kelderbierinstallatie.

112. Heineken heeft daarenboven gemotiveerd aangegeven dat een kelderbierinstallatie met een geringe aanpassing geschikt is voor gebruik ten behoeve van de verkoop van pilsener van andere producenten. Het is dus aannemelijk dat een andere brouwer de financiering van de kelderbierinstallatie zou kunnen overnemen en haar eigen bier daarin zou kunnen laten stromen, zonder onevenredig grote en kostbare inspanningen.
113. Dit illustreert overigens dat er een reëel risico bestaat dat, indien er geen niet-concurrentiebeding zou zijn opgenomen, de kelderbierinstallatie door de horecaondernemer kan worden gebruikt voor pilsener van een andere producent. Dit kan overigens niet zonder te investeren in het grondig schoonmaken van de tank, zodat het niet aannemelijk is dat een horecaondernemer te pas en te onpas van merk pilsener zal switchen. Wanneer een horecaondernemer derhalve bier van een concurrent zou tappen, zal dit waarschijnlijk een relatief grote hoeveelheid bier betreffen. Het is in die zin dan ook aannemelijk dat zonder het niet-concurrentiebeding Heineken (of een andere brouwer) waarschijnlijk niet of in aanzienlijk mindere mate bereid is te investeren in kelderbierinstallaties. Het opleggen van een non-concurrentiebeding lijkt in die zin dus te rechtvaardigen.

Exclusiviteit beperkt tot pilsener van de tap

114. Voor het bereiken van de voordelen van de overeenkomsten, en bescherming van het investeringsrisico dat Heineken loopt, is het niet acceptabel dat de exclusiviteit naast pilsener van de tap, ook betrekking heeft op flessen pilsener. Om deze reden heeft Heineken tijdens de procedure een beperking van de reikwijdte van de exclusiviteit in de overeenkomsten toegezegd (zie 49), waardoor het aan Heineken gebonden horecaondernemers vrij staat flessen pilsener van andere leveranciers in te kopen en te verkopen ("bottles free"). Dit heeft als positief resultaat dat er een beperkte (in elk geval potentiële) vorm van in-store-interbrand-concurrentie ontstaat in de horecaverkooppunten die door Heineken beleverd worden.

Geen beperking van de in-store-concurrentie

115. Wat de exclusiviteit voor pilsener betreft kan ter zake van de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca worden overwogen dat thans in een horecaverkooppunt normaliter één merk pilsener van de tap wordt verkocht. Dit geldt ook voor horecaverkooppunten die niet exclusief gebonden zijn aan één brouwer. Het merk pilsener speelt hier een ondergeschikte rol, pilsener van de tap is een “commodity”. Doordat de concurrentie om de verkooppunten hevig blijkt en waarschijnlijk zal toenemen door de nieuwe overeenkomsten, gelet op de opzegbaarheid binnen twee maanden, is een bepaalde beperking van de in-store-interbrand concurrentie te billijken, omdat deze naar verwachting geen wezenlijke markt afschermende effecten met zich mee zal brengen.
116. Op grond van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat de exclusiviteit opgenomen in de borgstellingsovereenkomst, de akte van geldlening en de overeenkomst kelderbierinstallatie, geen markt afscherming tot gevolg zal hebben.

b. Geen merkbare mededingingsbeperking m.b.t. de huurovereenkomsten

117. In de huurovereenkomst geldt het non-concurrentiebeding voor de duur van de huurtijd. Over onroerende goederen die in eigendom zijn van de leverancier of door de leverancier worden onderverhuurd merkt de Europese Commissie op dat *“de mogelijkheid om maatregelen op te leggen die het probleem van een eventueel markt afschermend effect daadwerkelijk verhelpen, beperkt zijn. In dit geval is het onwaarschijnlijk dat de Commissie tussen beide komt beneden het niveau waarop er sprake is van een machtspositie”*.⁵⁴ Immers, enerzijds is het redelijk te noemen dat een leverancier die een lokaliteit in eigendom heeft of dat huurt, voorschrijft dat er in die lokaliteit ook producten van die leverancier, en niet van de concurrent worden verkocht. Anderzijds kan moeilijk voorkomen worden dat de leverancier besluit van (onder)huurder te wisselen indien deze (onder)huurder niet langer producten van de leverancier wenst te verkopen. Om beide redenen gaat het non-concurrentiebeding zoals Heineken dat oplegt, en dat overigens is beperkt tot pilsener, niet verder dan noodzakelijk is voor het doel van de overeenkomst.
118. Voor de huurovereenkomsten is het gelet op het voorgaande, en het relatief geringe effect dat deze overeenkomsten als zodanig hebben op de markt voor de verkoop van bier via de horeca, aanvaardbaar dat deze een duur hebben die gelijk staat aan de looptijd van de huur. Het is niet aannemelijk dat de huurovereenkomsten van Heineken een merkbaar markt afschermend effect kunnen hebben, gelet op het geringe deel dat deze horecaverkooppunten uitmaken van het totaal aantal horecaverkooppunten (zie tabel 4 en tabel 5).

Conclusie

⁵⁴ Paragraaf 150.

119. Bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat de standaardovereenkomsten, waarvoor Heineken ontheffing heeft gevraagd, niet worden getroffen door het verbod van artikel 6 Mw.
120. Hieraan kan worden toegevoegd dat het uitgangspunt van de d-g NMa tijdens de behandeling van deze ontheffingaanvraag is geweest te verzekeren dat Heineken de minst restrictieve vorm van exclusiviteit hanteert – hetgeen de d-g NMa meent te kunnen verlangen van een onderneming met een zodanig sterke marktpositie – zonder de voordelen voor de horecaondernemer, die deze als gevolg van de betreffende overeenkomst geniet, teniet te doen. Op dit moment is het karakteristiek voor de Nederlandse markt voor de verkoop van bier via de horeca dat horecaondernemers financiële en commerciële ondersteuning van brouwers krijgen en bovendien daarvoor exclusiviteit met de betrokken brouwer overeenkomen.⁵⁵ Sterker nog, alle brouwers, met uitzondering van Heineken uiteraard, genieten van de werking van een Europese groepsvrijstelling (Verordening 2790/ 1999), hetgeen betekent dat de voordelen die ten grondslag liggen aan de exclusiviteit zwaarder worden geacht te wegen dan de nadelen die exclusiviteit voor de mededinging tot gevolg heeft. Diezelfde voordelen kunnen aan de overeenkomsten van Heineken worden toegeschreven en het zijn ook deze voordelen die belangrijk zijn geweest bij de beoordeling van de overeenkomsten van Heineken.
121. De aanpassingen die Heineken in haar contracten heeft aangebracht en vervolgens voor ontheffing heeft voorgelegd, zullen tot betere concurrentieverhoudingen kunnen leiden dan voorheen, omdat de exclusiviteit aanzienlijk is verminderd in omvang en duur. Per saldo mag verwacht worden dat dit positieve effecten voor de marktwerking zal hebben.
122. Voorts is van belang dat op aandringen van de d-g NMa tijdens de behandeling van de aanvraag, Heineken de exclusiviteit verder heeft beperkt tot pilsener van de tap, zodat de verkoop van flessen pilsener vrij is. Hierdoor wordt een zekere mate van instore-concurrentie bevorderd, althans mogelijk gemaakt, hetgeen een verbetering is ten opzichte van de concurrentiële situatie zoals die daarvoor bestond. Het fles- en blikbiervolume omvat 20% van het totale horecavolume in Nederland, zodat de (potentiële) concurrentie op dit vlak als gevolg van genoemde aanpassing aanmerkelijk wordt verbeterd. Daarnaast dient Heineken, ook op aandringen van de d-g NMa, elk jaar haar horecaondernemers er expliciet op te wijzen dat zij de mogelijkheid hebben om op elk gewenst moment de overeenkomst op te zeggen. Hiermee wordt een prikkel gegeven aan de horecaondernemer om desgewenst (actief) op zoek te gaan naar aantrekkelijker aanbiedingen of in te gaan op concrete aanbiedingen van

⁵⁵ Horeca Nederland heeft de NMa tijdens de procedure hier ook schriftelijk op gewezen en daarbij tevens aangegeven de aangepaste overeenkomsten van Heineken in dit licht positief te ontvangen.

concurrenten van Heineken. Ook dit leidt op zichzelf tot een duidelijke verbetering van de concurrentieverhoudingen.

123. In dit verband is zeker niet onbelangrijk het feit dat Heineken de overeenkomsten niet eenzijdig kan beëindigen – tenzij sprake is van het niet nakomen van de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst door de horecaondernemer – zoals de horecaondernemer dit wel kan. Heineken kan derhalve wijzigingen in het contract niet benutten om minder gunstiger locaties af te stoten en op deze wijze haar positie versterken. Andersom heeft Heineken ook op deze wijze geen onlosmakelijke greep op eventueel gunstiger locaties.

124. De (kleinere) concurrenten van Heineken hebben het voordeel boven Heineken dat zij te allen tijde de gebonden horecaondernemers van Heineken kunnen trachten te winnen, dit in tegenstelling tot hun eigen gebonden horecaondernemers die niet door Heineken (of enige ander concurrent) kunnen worden gewonnen gedurende de duur van de overeenkomst. Concurrentie om gebonden verkooppunten van Heineken kan met andere woorden onverminderd plaatsvinden. Ook dit is aan te merken als een verbetering ten opzichte van de situatie zoals deze bestond onder het oude groepsvrijstellingsregime (Verordening 1984/83), waar Heineken immers ook onder viel.

7. Toepasselijkheid artikel 17 Mw

125. Aangezien de toepassing van artikel 17 Mw afhangt van de voorafgaande toepasselijkheid van artikel 6, eerste lid, Mw en deze op onderhavige overeenkomsten niet van toepassing is, hoeven de aangemelde overeenkomst niet onder artikel 17 Mw beoordeeld te worden.

126. Vorengaande beoordeling is mede gebaseerd op de te verwachten effecten van de nieuwe standaardovereenkomsten zoals die door Heineken zijn afgesloten en zullen worden afgesloten. Als de feitelijke ontwikkeling op de markt sterk zou afwijken van de verwachte ontwikkeling dan kan dat aanleiding geven tot een heroverweging door de d-g NMa.

III. Besluit

127. Gelet op het bovenstaande wordt de aanvraag om ontheffing van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mededingingswet afgewezen.

Datum: 28 mei 2002

w.g. A.W. Kist
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.