



Leidraad

Afspraken tussen leveranciers en afnemers

7 juli 2022

Inhoudsopgave

Afspraken tussen leveranciers en afnemers	1
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?	7
3. Beoordeling van verticale overeenkomsten in de praktijk	10
3.1. Groepsvrijstelling van toepassing: verticale beperking toegestaan	10
3.2. Toetsing aan de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen	12
4. Wat als de ACM een onderzoek start naar een verticale beperking?	13
Eindnoten bij de Leidraad Afspraken tussen leveranciers en afnemers	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. Deze Leidraad vervangt de eerdere versie die de ACM publiceerde op 26 februari 2019. 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. 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”).
4. 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?

5. Gedragingen van ondernemingen⁷ vallen onder het kartelverbod als zij kunnen worden gekwalificeerd als een *overeenkomst* of een *onderling afgestemde feitelijke gedraging*.
6. 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

7. 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 wederverkoopprijs 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?

8. 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.
9. Ondernemingen in de onlineplatform-economie spelen een steeds belangrijkere rol in de distributie van goederen en diensten. Zulke ondernemingen leveren zogenoemde onlinetussenhandelsdiensten. Voorbeelden zijn online platforms die consumentengoederen aanbieden, appstores en prijsvergelijkingswebsites.⁹ Een online platform faciliteert een transactie tussen een koper en een verkoper op het platform. De aanbieder van onlinetussenhandelsdiensten wordt als leverancier aangemerkt. De onderneming die via onlinetussenhandelsdiensten goederen of diensten aanbiedt of verkoopt wordt als de afnemer (koper) daarvan aangemerkt.¹⁰
10. De ACM maakt onderscheid tussen verschillende soorten verticale beperkingen: hardcore beperkingen¹¹, niet-concurrentiebedingen¹² 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

11. Hardcore beperkingen vormen ernstige beperkingen van de concurrentie.¹³ De belangrijkste hardcore beperkingen die de strekking hebben de mededinging te beperken, zijn:¹⁴
 - a. *Verticale prijsbinding.* Dit houdt in dat de leverancier de vrijheid van de afnemer beperkt om zelf zijn wederverkoopprijs vast te stellen. Het hanteren van een adviesprijs of het opleggen van een *maximum* wederverkoopprijs is geen hardcore 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”.¹⁵ 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 heeft toegewezen.¹⁶
 - 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 internet¹⁷, valt ook onder passieve verkoop.

- c. *Beperking van online verkoop.* Dit houdt in dat de leverancier de afnemer belet om producten via internet te verkopen. Hieronder wordt beschreven in welke gevallen sprake is van een hardcore beperking en in welke gevallen daar geen sprake van is.¹⁸
- Een afspraak waardoor de afnemer zijn producten niet online kan verkopen is een hardcore beperking. Dit geldt ook voor afspraken die tot doel hebben om de online verkopen aanzienlijk te verminderen.
 - Een afspraak die tot doel heeft om het gebruik van een volledig online-advertentiekanaal te verhinderen (zoals prijsvergelijkingsites of zoekmachines) is een hardcore beperking.
 - Een gedeeltelijke beperking van onlinereclame is over het algemeen geen hardcore beperking. Een leverancier kan bijvoorbeeld kwaliteitscriteria voor onlinereclame toepassen.
 - Een verschil in de groothandelsprijs tussen online en offline verkochte producten (*dual pricing*) is geen hardcore beperking. Wel moet het verschil in de groothandelsprijs in een redelijke verhouding staan tot het verschil in kosten en investeringen die de afnemer maakt voor deze verkoopkanalen. Als het verschil in de groothandelsprijs de online verkoop financieel onhoudbaar maakt, is wel sprake van een hardcore beperking.
 - Het onder b) genoemde onderscheid tussen passieve verkoop en actieve verkoop is ook bij beperkingen van de online verkoop relevant.¹⁹

Voorbeeld 1: Verticale prijsbinding

Een leverancier verplicht een webwinkel om zijn producten voor 100 euro 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 100 euro 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 klanten doorsturen naar afnemer B.

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 onlinereclame

Een leverancier verbiedt zijn distributeurs om te adverteren op 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 tot doel heeft om voor de distributeurs het gebruik van het internet te beperken. Door deze afspraak worden de distributeurs afgesloten van een volledig

online-advertentiekanaal (zoekmachines). Dat belemmert de distributeurs om via advertenties op een zoekmachine goederen of diensten aan bepaalde gebieden of klanten te verkopen.

Niet-concurrentiebedingen

12. Niet-concurrentiebedingen komen kort gezegd neer op vormen van exclusiviteit ten gunste van de leverancier. Ze vormen een speciale categorie van verticale beperkingen.²⁰ Niet-concurrentiebedingen zijn alleen toegestaan als zij aan bepaalde voorwaarden voldoen.²¹ Bij de volgende afspraken tussen leverancier en afnemer is sprake van een niet-concurrentiebeding:
- 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.
 - De afnemer moet minimaal 80% van zijn totale behoefte aan het betreffende product afnemen bij de leverancier.
 - De afnemer mag na het einde van de overeenkomst met de leverancier bepaalde goederen of diensten niet produceren, kopen, of (weder)verkopen.

Overige beperkingen

13. 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 de 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 met:
- Selectieve distributie²²;
 - Exclusieve distributie²³;
 - Exclusieve afname²⁴.

2.2. Wanneer is het kartelverbod niet van toepassing?

14. 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

Het kartelverbod geldt niet voor afspraken tussen een beperkt aantal kleine ondernemingen:²⁵ Deze uitzondering is van toepassing indien er bij de afspraak maximaal acht ondernemingen betrokken zijn. En deze ondernemingen een maximale gezamenlijke omzet hebben van 5.500.000 euro als zij vooral goederen leveren of 1.100.000 euro als zij andere activiteiten verrichten, zoals dienstverlening.

Voorbeeld 4: Bagatel

Een leverancier verplicht zijn drie afnemers om zijn producten voor 100 euro 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 3.000.000 euro, de drie afnemers hebben elk een omzet van 500.000 euro.

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 5.500.000 euro. Hoewel sprake is van een hardcore

beperking (verticale prijsbinding), is het kartelverbod daarop niet van toepassing en is deze afspraak toegestaan.

Uitzondering voor efficiëntieverbeteringen

15. Mededingingsbeperkingen, inclusief hardcore beperkingen, kunnen toch zijn toegestaan als deze ook economische voordelen (zogenoemde efficiëntieverbeteringen) hebben die de negatieve effecten op de mededinging compenseren. Artikel 6, derde lid, Mededingingswet stelt de voorwaarden hiervoor²⁶:
 - 1) Er moet sprake zijn van een verbetering van de productie of distributie dan wel een technische of economische vooruitgang (een "efficiëntieverbetering"²⁷); en
 - 2) De efficiëntieverbetering moet voor een billijk deel ten goede komen aan de gebruikers; en
 - 3) De concurrentiebeperking moet onmisbaar zijn om de efficiëntieverbetering te realiseren; en
 - 4) Er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.
16. Verticale beperkingen kunnen verschillende efficiëntieverbeteringen hebben (eerste vereiste), zoals:
 - (a) het voorkomen of verminderen van een "meeliftprobleem" op service verleend door een concurrerende afnemer waardoor afnemers geen prikkel hebben om zelf te investeren in service (het zogenoemde "free-rider" probleem), (b) het stimuleren van de opening van nieuwe markten, (c) het voorkomen van een zogenoemd "hold-up" probleem²⁸ 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.²⁹
17. 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 product³⁰, groter aanbod, betere service, snellere levering of meer innovatie dan het geval zou zijn zonder de concurrentiebeperking.
18. 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.
19. 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, in stand houden of versterken van een machtspositie, blijft er onvoldoende concurrentie over en is niet aan dit vereiste voldaan.
20. 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.³¹ 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

21. 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.³² Verticale overeenkomsten vallen in de veilige zone als de marktaandelen van leverancier en de afnemer elk afzonderlijk 30% of minder bedragen³³ en zij geen “hardcore” beperkingen³⁴ bevatten. Het kartelverbod is in dat geval niet van toepassing.
22. Soms is een leverancier tegelijkertijd ook concurrent van zijn afnemers. Bijvoorbeeld als een fabrikant zijn producten niet alleen via distributeurs aan consumenten verkoopt, maar ook via een eigen webshop. In dat geval spreken we van “duale distributie”. De veilige zone van de Groepsvrijstelling geldt ook voor duale distributie.³⁵ Echter, bij duale distributie valt informatie-uitwisseling tussen de leverancier en zijn afnemers alleen onder de veilige zone als deze (a) direct verband houdt met de uitvoering van de verticale overeenkomst en (b) noodzakelijk is om de productie of distributie van de betreffende goederen of diensten te verbeteren. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij het uitwisselen van bepaalde technische informatie over de contractgoederen, waarmee de leverancier of de afnemer het product kan aanpassen aan de wens van de consument. De Commissierichtsnoeren bevatten uitgebreide voorbeelden van informatie-uitwisseling die in het geval van duale distributie wel en niet is toegestaan.³⁶ Eén vorm van informatie-uitwisseling die bijvoorbeeld niet is toegestaan, is de uitwisseling van informatie over toekomstige consumentenprijzen, omdat de leverancier en de afnemer bij duale distributie op dat niveau concurrenten van elkaar zijn.

Agentuur

23. 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.³⁷ 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.
24. Online platforms voldoen over het algemeen niet aan de voorwaarden om te worden aangemerkt als agent. Zij treden namelijk op als onafhankelijke marktdeelnemers en niet als onderdeel van de onderneming waarvoor zij diensten verrichten.³⁸

Voorbeeld 5: 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 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

25. 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?³⁹ De tweede stap is om te bekijken of die beperking kwalificeert als een hardcore beperking.⁴⁰ 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%.⁴¹ Als dit het geval is, is de gehele overeenkomst toegestaan.
26. 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 (zie paragraaf 2.2 hierboven) van toepassing is, in het bijzonder de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen.

Voorbeeld 6: 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 inkoopt. 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 van de goederen of de aard van de diensten, prijsverhoudingen en reacties van afnemers⁴² en leveranciers van andere producten⁴³ 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.⁴⁴

Als de relevante markt is afgebakend, moet vervolgens het marktaandeel van de leverancier en van de afnemer daarop worden bepaald.⁴⁵ Het marktaandeel van de leverancier wordt bepaald door zijn aandeel in het totaal van het aantal verkopen op de relevante markt te bepalen. Het marktaandeel van de afnemer wordt bepaald door zijn aandeel in het totaal van het 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 euro aan producten aan afnemer C. Afnemer C koopt ook nog voor 2.000 euro in bij leverancier B. Afnemer C verkoopt de producten door voor een totaalomzet van 6.000 euro. 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 euro en heeft daarmee een aandeel van 33% in de totale verkopen door leveranciers op deze markt, die 3.000 euro bedragen.⁴⁶ Leverancier B verkoopt op deze markt voor 2.000 euro en heeft daarmee een aandeel van 66% in de totale verkopen door leveranciers op deze markt. Afnemer C koopt voor 3.000 euro in en heeft daarmee een marktaandeel van 100% op de inkoopmarkt.

Voorbeeld 7: Dual pricing

Een leverancier beleeft een afnemer die zowel een fysieke winkel als een webshop exploiteert. De kosten van de afnemer voor de fysieke winkel (o.a. huur pand en winkelpersoneel) zijn hoger dan voor de webshop. De leverancier vindt het belangrijk dat consumenten zijn producten in een fysieke winkel kunnen bekijken en testen. Hij rekent daarom voor producten die via de fysieke winkel worden verkocht aan de afnemer een lagere groothandelsprijs dan voor online verkochte producten. Het verschil in prijs staat in verhouding tot de extra kosten die de afnemer maakt voor de fysieke winkel. De marktaandelen van zowel de leverancier als de afnemer liggen in dit voorbeeld onder de 30%.

De afspraak over de verschillende groothandelsprijzen van online en offline verkochte producten (dual pricing) staat in dit geval in verhouding tot het verschil in kosten en investeringen van de afnemer. De afnemer wordt niet belet om effectief online te verkopen en deze afspraak vormt daarom geen hardcore beperking. De afspraak is toegestaan.

27. De niet-concurrentiebedingen die zijn beschreven in randnummer 12 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 ervan (niet langer dan 5 jaar) 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.⁴⁷ 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.⁴⁸

3.2. Toetsing aan de uitzondering voor efficiëntieverbeteringen

28. 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.
29. 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.⁴⁹ Het is bijvoorbeeld denkbaar dat zelfs beperkingen als verticale prijsbinding 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 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?

30. 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.⁵⁰
31. 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 gevolgbeperkingen⁵¹ eerder vaststellen dat sprake is van een overtreding.
32. 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.

Eindnoten bij de Leidraad Afspraken tussen leveranciers en afnemers

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>.

⁴ Verordening (EU) 2022/720 van de Europese Commissie van 10 mei 2022 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 L134, 11 mei 2022, p. 4 e.v.): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R0720&qid=1652368074897>

⁵ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (PB C248, 30 juni 2022, p. 1 e.v.): [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)&qid=1657189521553&from=NL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01)&qid=1657189521553&from=NL)

⁶ Zie voor Europese mededingingsregels: https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/legislation_en

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.

⁸ Commissierichtsnoeren, nrns. 52-55.

⁹ Zie voor de definitie van onlinetussenhandelsdiensten artikel 1, lid 1, sub e) van de Groepsvrijstelling. Meer informatie is te vinden in nrns. 62-68 van de Commissierichtsnoeren.

¹⁰ De Groepsvrijstelling en de Commissierichtsnoeren bevatten op een aantal punten speciale regels voor online platforms. Zie bijvoorbeeld de bespreking van pariteitsverplichtingen (Commissierichtsnoeren nrns. 253-255 en 356-378) en van hybride platforms (Commissierichtsnoeren nrns. 104-109).

¹¹ Groepsvrijstelling, artikel 4.

¹² Groepsvrijstelling, artikel 5.

¹³ 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:

https://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>.

¹⁴ Dit betreft een niet-uitputtende lijst van hardcore beperkingen. De ACM verwijst naar de Groepsvrijstelling (artikel 4) en de Commissierichtsnoeren (nrns. 177-245) voor een uitgebreidere behandeling.

¹⁵ 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.

¹⁶ Zie voor de andere situaties waarin de leverancier actieve verkoop door een afnemer mag verbieden in artikel 4 sub b van de Groepsvrijstelling.

¹⁷ 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.

¹⁸ Zie voor een nadere toelichting en meer voorbeelden, Commissierichtsnoeren nrns. 202-210.

¹⁹ Voor meer informatie over actieve en passieve (online) verkoop, zie Commissierichtsnoeren, nrns 211-215.

²⁰ Niet-concurrentiebedingen worden ook wel “uitgesloten beperkingen” genoemd. Zie artikel 1 f) juncto 5 van de Groepsvrijstelling. De “uitgesloten beperkingen” worden toegelicht in de Commissierichtsnoeren, nrns. 246-255.

²¹ 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 hieronder, nrn. 27.

²² 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.

²³ Bij exclusieve distributie of alleenverkoop geeft de leverancier een individuele (of een kleine groep van ten hoogste vijf) 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.

²⁴ 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.

²⁵ Zie artikel 7, eerste lid, Mededingingswet.

²⁶ De toetsing aan deze voorwaarden is nader toegelicht in nrns. 291-296 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).

²⁷ Zie nrn. 3.2 voor voorbeelden van mogelijke efficiëntieverbeteringen.

²⁸ 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.

²⁹ Zie rnr. 12-17 van de Commissierichtsnoeren.

³⁰ De ACM heeft aparte voorlichting gepubliceerd over de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven. Zie <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/concurrentie-en-marktwerking/concurrentie-en-afspraken-tussen-bedrijven/duurzaamheid-en-concurrentie/afspraken-tussen-bedrijven-over-duurzaamheid>.

³¹ 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>.

³² De Groepsvrijstelling is op grond van artikel 12 Mededingingswet rechtstreeks van toepassing op overeenkomsten die onder het Nederlandse kartelverbod vallen.

³³ Zie artikel 3 van de Groepsvrijstelling.

³⁴ Zie randnummer 0 voor een toelichting op de hardcore beperkingen.

³⁵ Zie artikel 2 lid 4 t/m 6 van de Groepsvrijstelling.

³⁶ Commissierichtsnoeren, rnr. 99 en 100.

³⁷ Commissierichtsnoeren, rnr. 29-40. Hierin wordt uitgebreid beschreven welke risico's en kosten relevant zijn voor de beoordeling van een agentuurrelatie.

³⁸ Commissierichtsnoeren, rnr. 46.

³⁹ De mogelijke negatieve effecten voor de mededinging van verticale beperkingen zijn nader beschreven in de Commissierichtsnoeren, rnr. 18-22.

⁴⁰ De hardcore beperkingen zijn beschreven in randnummer 0.

⁴¹ De marktaandeeldrempel van 30% is opgenomen in artikel 3 van de Groepsvrijstelling.

⁴² Dit wordt ook wel vraagsubstitutie genoemd.

⁴³ Dit wordt ook wel aanbods substitutie genoemd.

⁴⁴ Zie Commissierichtsnoeren, rnr. 170-176 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).

⁴⁵ 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.

⁴⁶ De berekening luidt: $1.000 \text{ euro} / (1.000 + 2.000 \text{ euro}) \times 100\% = 33\%$.

⁴⁷ Zie ook Commissierichtsnoeren, rnr. 246-251 voor een nadere toelichting op deze voorwaarden.

⁴⁸ Als de marktaandeeldrempel 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.

⁴⁹ De Commissierichtsnoeren beschrijven in dit verband een aantal mogelijke efficiëntieverbeteringen die (weder)verkoopbeperkingen (rnr. 181-184) en verticale prijsbinding (rnr. 197) zouden kunnen hebben.

⁵⁰ Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2016-14564.html>.

⁵¹ 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 hardcore beperkingen de mededinging merkbaar beperken omdat hardcore beperkingen de strekking hebben de mededinging te beperken. In dergelijke gevallen is voor het zogenaamde merkbaarheidsvereiste geen ruimte.