



Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten

Inzicht in strategie & prioritering



Inhoud

1	Introductie	3
2	Aanleiding en achtergrond	4
2.1	Het regelgevend kader	4
2.2	Ontwikkelingen in markten en in het internationale toezicht	7
3	Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten	11
3.1	ACM-strategie: effect op de consumentenwelvaart.....	11
3.2	De prioriteiten van ACM	16
4	Verticale overeenkomsten in de praktijk	18
4.1	Relevante factoren bij het inschatten van effecten op de consumentenwelvaart.....	18
4.2	Scenario's van verticale overeenkomsten.....	20
5	Afsluitende opmerkingen	28



1 Introductie

In dit document geeft de Autoriteit Consument en Markt (ACM) inzicht in haar toezicht op verticale overeenkomsten. Een verticale overeenkomst is een overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen die in verschillende fasen van dezelfde distributieketen van goederen of diensten actief zijn. De overeenkomst heeft betrekking op de voorwaarden voor de koop, verkoop of doorverkoop van de betrokken goederen of diensten.¹

Het doel van dit document is om inzicht te geven in de strategie en de prioritering van ACM bij het toezicht op verticale overeenkomsten. Dit document doet niets af aan het wettelijk kader en de uitleg van de mededingingsregels door de nationale en Europese rechter. Het document zegt evenmin iets over de handhaving door andere mededingingsautoriteiten in Europa en door de Europese Commissie. Aan dit document kunnen geen rechten worden ontleend.

Leeswijzer

De aanleiding en achtergrond voor het uitbrengen van dit document door ACM komen in hoofdstuk 2 aan de orde. Hierin komt allereerst het regelgevend kader aan bod. Verticale overeenkomsten zijn onderwerp van Nederlandse en Europese mededingingswetgeving en vallen daarmee onder het toezicht van ACM. Daarna beschrijft ACM enkele ontwikkelingen die aanleiding geven om meer inzicht te geven in het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten en de gevolgen daarvan voor ondernemingen die in Nederland actief zijn.

In hoofdstuk 3 geeft ACM vervolgens aan hoe zij toezicht houdt op verticale overeenkomsten. De algemene ACM-strategie, waarin de welvaart van consumenten centraal staat, is hierin bepalend. In hoofdstuk 4 geeft ACM nader inzicht in hoe ze de positieve en de negatieve effecten van verticale overeenkomsten op de consumentenwelvaart inschat. Aan de hand van concrete scenario's laat ACM zien onder welke omstandigheden zij nader onderzoek zal instellen naar een verticale overeenkomst.

Ten slotte komen in hoofdstuk 5 enkele afsluitende opmerkingen van ACM aan de orde.

¹ Verticale overeenkomsten kunnen de handelingsvrijheid van tenminste één van de betrokken partijen beperken. Het zijn deze beperkingen (restricties) die gevolgen kunnen hebben voor de mededinging. Daarom wordt in het kader van de mededingingswetgeving ook wel gesproken over "verticale restricties". In dit visiedocument gebruikt ACM de term "verticale overeenkomst".



2 Aanleiding en achtergrond

Verticale overeenkomsten zijn onderwerp van Nederlandse en Europese mededingingswetgeving. Dit hoofdstuk beschrijft dat regelgevend kader en geeft een beknopt overzicht van de Nederlandse handhavingshistorie op dit gebied. Daarna komt een aantal ontwikkelingen in markten en in het internationale toezicht aan de orde. Deze ontwikkelingen vormen voor ACM de aanleiding om meer inzicht te geven in haar toezicht op verticale overeenkomsten.

2.1 Het regelgevend kader

De Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Verticale overeenkomsten vallen onder artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (Mw) en artikel 101, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Op basis hiervan zijn overeenkomsten tussen ondernemingen verboden die bedoeld zijn om de concurrentie op de markt te verhinderen, beperken of vervalsen, ofwel dat tot gevolg hebben. Als is voldaan aan bepaalde criteria, kan voor deze overeenkomsten een uitzondering op dit zogenoemde 'kartelverbod' gelden. Deze criteria staan in artikel 6, derde lid, Mw en artikel 101, derde lid, VWEU.

Naast de algemene uitzondering van het derde lid van de artikelen 6 Mw en 101 VWEU, bestaan er ook uitzonderingen voor bepaalde groepen verticale overeenkomsten. Deze zogenoemde 'groepsvrijstellingen' zijn vastgesteld in Verordening 330/2010 inzake de toepassing van artikel 101, derde lid, VWEU (de Groepsvrijstelling).² Dit is bijvoorbeeld het geval als het marktaandeel van elk van de bij de verticale overeenkomst betrokken ondernemingen op de relevante markt³ niet hoger is dan 30%. De aanname is dat de groepen overeenkomsten die vallen onder deze groepsvrijstellingen gewoonlijk voldoen aan de uitzonderingscriteria van het derde lid van artikel 6 Mw en 101 VWEU of anders gezegd dat de positieve gevolgen van de overeenkomst groter zijn dan de (mogelijke) negatieve gevolgen. Verticale overeenkomsten die een zogenoemde 'hardcore beperking' bevatten vallen niet onder deze groepsvrijstelling. Voorbeelden hiervan zijn verticale prijsbinding en absolute gebiedsbescherming.⁴

De regels ten aanzien van de toepassing van artikel 101 VWEU op verticale overeenkomsten heeft de Europese Commissie (EC) neergelegd in de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (de

² Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, derde lid, VWEU op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

³ Zie voor meer uitleg over de relevante markt de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 97/C 372/03, en punten 86 t/m 95 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, 2010/C 130/01.

⁴ Dit betreft respectievelijk het beperken van de afnemer in het stellen van zijn verkoopprijs (behoudens het opleggen van een maximum verkoopprijs) en het beperken van het gebied waarin of de klanten aan wie een afnemer mag verkopen, behoudens enkele uitzonderingen. Zie ook hierna in hoofdstuk 3.



Richtsnoeren).⁵ Hiermee geeft de EC meer duidelijkheid over de toetsing van verticale overeenkomsten aan de mededingingswetgeving.

De mededingingswetgeving gaat uit van een systeem waarin ondernemingen zelf moeten beoordelen of overeenkomsten in strijd zijn met het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw en/of artikel 101, eerste lid, VWEU ('self assessment'). De bewijslast voor een beroep op de uitzonderingscriteria van het derde lid van de artikelen 6 Mw en 101 VWEU ligt bij ondernemingen. Ondernemingen dienen dus zelf te komen met een beroep op dit derde lid, het zogenoemde 'efficiencyverweer'. Dit document verandert niets aan deze juridische bewijslastverdeling.

Highlights ervaring ACM (en haar rechtsvoorganger NMa) met verticale overeenkomsten

In 2000 beboette de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) de modemerkenonderneming Secon voor het aan haar distributeurs opleggen van een vaste (minimum)verkoopprijs oftewel 'verticale prijsbinding'.⁶ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)⁷ oordeelde in 2005 dat sprake was van verticale prijsbinding, maar dat de NMa de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteerde onvoldoende in aanmerking had genomen, zodat zij niet kon vaststellen of ook sprake was van een *merkbare* mededingingsbeperking. Van een merkbare beperking is geen sprake als een overeenkomst, vanwege de zwakke positie van de betrokken partijen op de relevante markt, de concurrentie niet in mededingingsrechtelijk relevante mate beperkt.⁸ Na de uitspraak zag de NMa af van nader onderzoek, zodat de boete aan Secon verviel.⁹

In 2009 publiceerde de NMa de 'Sectorscan signalen internetverkoop'.¹⁰ De NMa analyseerde 131 signalen van mogelijke problemen rondom internetverkoop en de resultaten van twee uitgebreide enquêtes in de witgoed- en horlogesector. De signalen hadden betrekking op verticale prijsbinding, leveringsweigering en het door leveranciers hanteren van verschillende voorwaarden voor

5/28

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

⁶ Zie voor het besluit in NMa-zaak 757 d.d. 12 januari 2000: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/443/Chilly-en-Basilicum-versus-G-Star-Secon-Groep/>. Zie ook: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/6543/NMa-treedt-op-in-kledingbranche/>. Zie voor het besluit op bezwaar d.d. 21 december 2001: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/497/Chilly-en-Basilicum-versus-G-Star-Secon-Group/>.

⁷ Het CBb is in Nederland de hoogste bestuursrechter op het gebied van het sociaal-economisch bestuursrecht. Zie: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/CBb/OverHetCBb>.

⁸ Zie voor de uitspraak van het CBb d.d. 7 december 2005: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/>, zoeken op 'ECLI:NL:CBB:2005:AU8309'. In reactie op het betoog van Secon dat de mededinging niet merkbaar was beperkt, volstond de NMa met te concluderen dat niet voldoende aannemelijk was dat de totale kledingmarkt dan wel de totale markt voor spijkerbroeken de relevante markt was. Dit achtte het CBb onvoldoende.

⁹ Zie voor dit besluit d.d. 19 oktober 2006: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/1782/Gewijzigd-besluit-op-bezwaar-boete-G-Star-Secon-Group/>.

¹⁰ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5313/NMa-geen-mededingingsrechtelijk-onderzoek-internetverkoop/>.



distributeurs die offline dan wel online de producten van de leverancier verkochten ('duale prijsstelling'). Er waren uiteindelijk onvoldoende aanwijzingen voor het starten van een mededingingsrechtelijk onderzoek. Dit kwam onder meer door de beperkte onderbouwing van de signalen.

In zowel 2002 als in 2013 namen de NMa respectievelijk ACM de distributie van bier aan horecaondernemingen onder de loep.¹¹ Bierbrouwers maakten gebruik van verticale overeenkomsten waarin horecaondernemers tekenden voor de inkoop van bier bij één bierbrouwer ('exclusieve afnameverplichtingen'). Hierdoor konden zij dus ook alleen biermerken van die ene bierbrouwer aan consumenten verkopen. Na onderzoek zagen de NMa en ACM geen aanleiding om bierbrouwers te verbieden om in hun contracten met horecaondernemers dit soort exclusieve afnameverplichtingen op te nemen. De dynamiek van de biermarkt, vooral de concurrentie tussen bierbrouwers om verkooppunten, was hiervoor een belangrijk argument.

Civiele rechtspraak over verticale overeenkomsten

Verticale overeenkomsten zijn regelmatig onderwerp van civiele procedures. Omdat het om contracten tussen ondernemingen gaat, ligt dit ook voor de hand. Een bekend voorbeeld is de zaak 'Batavus versus Vriend's Tweewielercentrum Blokker'.¹² De vraag was of Batavus de distributieovereenkomst met detailhandelaar Vriend's eenzijdig mocht opzeggen. Volgens de Hoge Raad was allereerst sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Batavus en de dealers die er bij Batavus op hadden aangedrongen om de overeenkomst met Vriend's te beëindigen. Daarnaast was sprake van indirecte verticale prijsbinding, nu de opzegging verband hield met het door de uitgesloten dealer gehanteerde prijsniveau. De Hoge Raad oordeelde dat de opzegging van de distributieovereenkomst een mededingingsbeperking vormde, maar dat het hof had verzuimd na te gaan of deze ook merkbaar was. Een ander hof oordeelde, na verwijzing van deze zaak, dat sprake was van een merkbare mededingingsbeperking.¹³

Overig: Wet op de vaste boekenprijs

De Wet op de vaste boekenprijs verplicht uitgevers in Nederland de consumentenprijs van nieuwe boeken vast te stellen en verbiedt boekhandelaren een korting te geven op deze prijs. De recente evaluatie van de Wet op de vaste boekenprijs heeft de nodige discussie opgeroepen, mede door een

6/28

¹¹ Zie de besluiten in NMa-zaak 2036 d.d. 28 mei 2002 en 1 april 2013, te vinden op www.acm.nl, en "Analyse ACM horeca biermarkt", d.d. 7 juni 2013 en Nieuwsbericht ACM van dezelfde datum:

<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11543/Analyse-ACM-horeca-biermarkt/> en

<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11542/Meer-duidelijkheid-in-brouwerijcontracten-gewenst/>.

¹² Zie voor de uitspraken in deze zaak (van het hof Leeuwarden van 6 oktober 2009, de Hoge Raad van 16 september 2011 en het hof Arnhem-Leeuwarden van 22 maart 2013): <http://uitspraken.rechtspraak.nl/>, zoeken op 'ECLI:NL:GHEE:2009:BJ9567', 'ECLI:NL:HR:2011:BR1122' en 'ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188'.

¹³ Vergelijk de uitspraak van het CBb in de eerder genoemde Secon-zaak. Zie ook hiervoor in voetnoot 8.



kritisch opinieartikel.¹⁴ Op basis van het advies van de Raad voor Cultuur heeft de minister besloten dat er een onafhankelijk onderzoek moet plaatsvinden naar de mate waarin de verticale prijsbinding leidt tot kruissubsidiëring van goed renderende naar minder goed renderende boeken.¹⁵ Dit onderzoek moet inzicht geven in de bijdrage van de vaste boekenprijs aan de cultureel-literaire doelstellingen van de wetgever.

2.2 Ontwikkelingen in markten en in het internationale toezicht

ACM signaleert verschillende relevante marktontwikkelingen en ontwikkelingen in het toezicht op verticale overeenkomsten van andere mededingingsautoriteiten in Europa. Aangezien deze ontwikkelingen voor ACM aanleiding vormen om meer inzicht te geven in haar toezicht op verticale overeenkomsten, volgt hierna een beknopte beschrijving daarvan.¹⁶

Relevante marktontwikkelingen

De afgelopen jaren heeft er een ontwikkeling plaatsgevonden in de verkoop van goederen en diensten via internet naast de verkoop in de traditionele winkels.

De groei van de verkoop van producten en diensten via internet heeft de afgelopen jaren geleid tot een snel veranderende retailmarkt.¹⁷ De totale online uitgaven van de consument bedroegen in 2014 bijna 14 miljard euro. Wat betreft goederen is het aandeel online aankopen 10,3% van het totaal. Bij diensten, zoals reizen en verzekeringen, is het aandeel online aankopen veel groter, namelijk 67% van het totaal.¹⁸ De verkoop van goederen en diensten via internet biedt ondernemers en consumenten voordelen, zoals de vindbaarheid en vergelijkbaarheid van aanbieders. Consumenten laten zich wellicht eerst in de (traditionele) winkel adviseren of baseren zich op de beoordelingen op het internet van andere consumenten.

ACM ziet voorbeelden van ondernemingen die in reactie op deze marktontwikkelingen gebruik maken van verticale overeenkomsten. Een voorbeeld hiervan is een selectief distributiestelsel voor merkartikelen, waarbij een producent zijn producten alleen via traditionele winkels wil verkopen. Een producent zou hiermee zijn productmerk en de marges van detailhandelaren willen beschermen. De opkomst van online distributie leidt ook tot nieuwe soorten verticale overeenkomsten, zoals

¹⁴ Zie Van Sinderen, Tichem en Vossen, "Die vaste boekenprijs laat de verkoop dalen", *NRC Handelsblad*, 11 juni 2014.

¹⁵ Zie: *Vaste Boekenprijs: Advies bij tweede evaluatie van de wet*, Raad voor Cultuur, juli 2014, in te zien via http://www.cultuur.nl/upload/documents/adviezen/vaste_boekenprijs-secured.pdf.

¹⁶ Zie voor een uitgebreid document met achtergrondinformatie de OECD publicatie 'Vertical Restraints on online Sales', <http://www.oecd.org/daf/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>, 2013. Een recent overzichtsartikel is: H.H.P. Lugard, "Click & Brick: Mededingingsrechtelijke aspecten van internetverkoop", *SEW* nummer 10, oktober 2014.

¹⁷ Onder 'retail' verstaat ACM de levering van diensten en/of goederen voor persoonlijk gebruik aan de consument.

¹⁸ Zie: <https://www.thuiswinkel.org/bedrijven/publicatie/19/thuiswinkel-markt-monitor>. Het aandeel van verkopen via internet stijgt jaarlijks tussen de 8% en 10%.



beperkende voorwaarden bij de mogelijkheden om via internet te verkopen of zelfs een volledig verbod hierop.¹⁹ Bij internetplatforms, zoals vergelijkingssites of hotelboekingsplatforms, zien we bijvoorbeeld het gebruik van zogenoemde 'prijsspariteitsclausules'.²⁰ Prijsspariteitsclausules verplichten aanbieders om in een bepaald verkoopkanaal, bijvoorbeeld een boekingswebsite, een consumentenprijs te hanteren die tenminste even gunstig is als de gehanteerde consumentenprijs in andere verkoopkanalen. Op deze manier kan dat verkoopkanaal een 'laagste prijsgarantie' bieden.

Mededingingsautoriteiten buigen zich over de vraag wat de gevolgen van deze marktontwikkelingen zijn. Hierbij is een terugkerende vraag of de wetgeving en het toezicht van mededingingsautoriteiten zijn toegesneden op deze ontwikkeling van verkoop via internet. Ook in wetenschappelijke kringen is dit onderwerp van studie en debat.²¹

Ontwikkelingen in het toezicht van andere mededingingsautoriteiten in Europa

ACM signaleert dat verticale overeenkomsten in de afgelopen periode duidelijker zichtbaar geworden zijn in het toezicht van andere mededingingsautoriteiten in de Europese Unie (EU). Sommige autoriteiten treden geregeld handhavend op tegen verticale overeenkomsten zoals verticale prijsbinding en duale prijsstelling. Soms maken autoriteiten expliciet kenbaar in een bepaald geval niet handhavend op te treden, zoals de Zweedse mededingingsautoriteit (het *Konkurrensverket*, Kkv) deed in 2013.

8/28

Voorbeeld 1: Verschillende autoriteiten in de EU hebben zich de afgelopen tijd uitgelaten over internetplatforms²² waarop consumenten hotelkamers kunnen boeken, zoals Booking.com en HRS. Deze platforms lijken een sterke onderhandelingspositie te hebben ten opzichte van hotels, waardoor ze een laagste prijsgarantie kunnen bedingen. Dit betreft zogenoemde 'Across Platform Parity Agreements' (APPA). Het Bundeskartellamt (BKartA) verbood online hotelplatform HRS om een bepaling in haar contracten met hotels op te nemen die bepaalt dat hotels een bepaalde overnachting niet elders goedkoper mogen aanbieden.²³ Volgens het BKartA zou deze bepaling de

¹⁹ Zie het arrest van het Hof van Justitie d.d. 13 oktober 2011 in zaak C-439/09 (Pierre Fabre). Hierin oordeelde het Hof dat een algemeen verbod op online verkopen binnen een selectief distributiestelsel de strekking heeft de mededinging te beperken.

²⁰ Ook wel 'retail-MFN' genoemd.

²¹ Zie onder meer: <http://www.oecd.org/daf/competition/VerticalRestrainsForOnlineSales2013.pdf>.

²² Platforms zijn meestal tweezijdige markten. Tweezijdige markten kenmerken zich door het samenbrengen van verschillende soorten klanten. In het geval van bijvoorbeeld hotelboekingsplatforms betreft dit aan de ene kant hotels en aan de andere kant consumenten die een hotelkamer willen boeken.

²³ Zie: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Het Oberlandesgericht Düsseldorf bevestigde deze beslissing van het BKartA, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/VI_Kart_1_14_V_Beschluss_20150109.html. Op 2 april 2015 maakte het BKartA bekend dat ook tegen Booking.com rapport is opgemaakt voor het gebruik van APPA clausules. De Office of Fair Trading (OFT), nu de Competition and Markets Authority (CMA) genaamd, heeft in het Verenigd Koninkrijk



concurrentie tussen online platforms verminderen en de toegang van andere aanbieders van hotelkamers tot de online 'platformmarkt' belemmeren.

Voorbeeld 2: Het Kkv onderzocht in 2013, naar aanleiding van een klacht, een geval van verticale prijsbinding. De onderneming 'Protein Import AB' legde voor de verkoop van bepaalde voedingssupplementen (o.a. voor sporters) aan online detailhandelaren een minimum verkoopprijs op.²⁴ Dit deed Protein Import in reactie op een sterk concurrerende online detailhandelaar (een zogenoemde 'discounter') waarvan de andere detailhandelaren last hadden. Het Kkv onderzocht twee mogelijke schadelijke gevolgen. Allereerst de mogelijkheid dat deze vorm van verticale prijsbinding de concurrentie tussen de detailhandelaren zou beperken, met als mogelijk gevolg een hogere prijs voor consumenten. Daarnaast onderzocht het Kkv of deze verticale prijsbinding onderdeel kon zijn van een kartel tussen producenten onderling of tussen detailhandelaren onderling om de prijs in de markt te verhogen. Op basis van de feiten en omstandigheden van dit geval concludeerde het Kkv dat het niet aannemelijk was dat er voor de mededinging en voor consumenten aanzienlijke schade ontstond. Volgens het Kkv was het marktaandeel van Protein Import zeer laag en was er sprake van sterke concurrentie tussen sportvoedingsmiddelen. Verder achtte het Kkv het onwaarschijnlijk dat sprake was van horizontale afstemming, omdat er veel marktspelers actief zijn en er geen toetredingsbarrières lijken te zijn. Gelet op de kleine kans op schade achtte het Kkv dit geval niet belangrijk genoeg om prioriteit aan te geven en om nader onderzoek te doen naar een mogelijke overtreding van de mededingingswetgeving.

9/28

De EC heeft enkele keren onderzoek gedaan naar verticale overeenkomsten. Het meest recente voorbeeld is dat de EC in 2013 een onderzoek heeft gestart naar beperkingen van de verkoop van consumentenelektronica via internet. In het kader van dit onderzoek heeft de EC in december 2013 inspecties verricht bij enkele ondernemingen.²⁵

Sommige commentatoren stellen dat er verschillen zijn in de handhavingspraktijken van de autoriteiten in Europa.²⁶ ACM merkt in dit verband op dat er verschil zit in de prioriteiten die de verschillende autoriteiten geven aan verticale overeenkomsten. Maar ook verschillende marktomstandigheden kan een verklaring hiervoor zijn. Het netwerk waarin de EC en de nationale

na onderzoek in de markt voor hotelboekingen toezeggingen geaccepteerd van een hotelgroep en twee zogenaamde *Online Travel Agents (OTA's)*. In beroep, aangespannen door een derde partij, is het toezeggingsbesluit echter vernietigd. Zie: <https://www.gov.uk/cma-cases/hotel-online-booking-sector-investigation>. In reactie op onderzoeken van de Italiaanse, Franse en Zweedse Mededingingsautoriteiten heeft Booking.com toezeggingen aangeboden. Deze zijn eind 2014 ter consultatie aan de markt voorgelegd: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2661_en.htm?locale=en.

²⁴ Zie: <http://www.kkv.se/globalassets/english/news/559-2013-besluteng-20141216.pdf>.

²⁵ Zie: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-1106_en.htm.

²⁶ Zie bijvoorbeeld: Y. de Vries, N. Rutges - Al-Ani en S. Vollerling, "Verticale prijsbinding geen prioriteit? Elders wel", *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*, nummer 1, februari 2014, jaargang 14.



mededingingsautoriteiten van alle EU-lidstaten met elkaar samenwerken, het 'European Competition Network' (ECN-netwerk)²⁷, heeft een belangrijke rol bij de inhoudelijke coördinatie van de activiteiten op dit gebied.

Het opbouwen van één interne digitale markt in Europa is een prioriteit van de EC. In dat kader gaf Margrethe Vestager, EU-Commissaris voor Mededinging, tijdens een conferentie op 26 maart 2015 in Berlijn²⁸ aan dat er de komende jaren in het mededingingsbeleid bijzondere aandacht is voor internetverkopen (*e-commerce*). Daarbij noemde zij onder meer beperkingen voor *e-commerce* die het resultaat zijn van contractuele afspraken tussen producenten enerzijds en distributeurs anderzijds (verticale overeenkomsten). De ontwikkelingen in digitale markten gaan snel, en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen bieden volgens Vestager slechts een algemeen kader. Daarom is er volgens haar meer “vlees op de botten” nodig en dat kan bereikt worden door: (1) individuele gevallen te onderzoeken en (2) digitale markten, en de ontwikkelingen hierin, beter te begrijpen. Naar aanleiding hiervan kondigde Vestager een uitgebreid sectoraal onderzoek aan in de ‘*e-commerce* sector’. Hiermee verwacht zij onder meer het optreden van de EC en de nationale mededingingsautoriteiten tegen beperkingen op internetverkopen te kunnen versterken en meer te uniformeren. Daarnaast zullen de resultaten volgens haar leiden tot betere voorlichting aan ondernemingen. De eerste resultaten van het onderzoek verwacht de EC medio 2016 te kunnen presenteren.

ACM steunt dit initiatief van de EC en ziet de toegevoegde waarde van meer diepgaande kennis over de *e-commerce* sector voor het toezicht van de EC en de nationale mededingingsautoriteiten. ACM kijkt uit naar de resultaten van het onderzoek en zal deze te zijner tijd meenemen in haar toezicht op verticale overeenkomsten.

10/28

²⁷ Zie: http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

²⁸ Zie: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-15-4704_en.htm.



3 Het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten

Het belangrijkste uitgangspunt voor het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten is de 'ACM-strategie'.²⁹ Het effect op de consumentenwelvaart van gedragingen door ondernemingen in de markt is het uitgangspunt voor optreden door ACM.³⁰ ACM stelt prioriteiten en kiest hierbij bewust voor effect. 'Kiezen voor effect' betekent dat ACM zal kiezen voor gevallen waarbij de verwachte schade aan de consumentenwelvaart het grootst is.

Artikel 6, eerste lid, Mw maakt (het juridische) onderscheid tussen doel- en effectbeperkingen. Om een overtreding te kunnen vaststellen, moet ACM bewijzen dat een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging ertoe strekt (doelbeperking) of ten gevolge heeft (effectbeperking) de mededinging merkbaar te beperken. In dit document doelt ACM met de term 'effect' niet op de hiervoor genoemde effectbeperkingen, maar op een inschatting van het verwachte effect van een verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart.

Hierna volgt allereerst een nadere toelichting op de ACM-strategie en beschrijft ACM de belangrijkste economische inzichten die helpen bij het inschatten van het verwachte effect van een verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart. Daarna licht ACM toe hoe zij haar prioriteiten stelt.

3.1 ACM-strategie: effect op de consumentenwelvaart

ACM geeft haar toezicht op verticale overeenkomsten vorm op basis van de algemene ACM-strategie waarin de welvaart van consumenten centraal staat.³¹ Het beoogde resultaat van ACM is een duurzame groei van de welvaart, in brede zin. Dit omvat welvaartsgroei als gevolg van zowel financiële als kwalitatieve effecten voor de consument, op de korte en de langere termijn.

Het effect op de consumentenwelvaart van gedragingen door ondernemingen in een markt is daarom ook het uitgangspunt voor optreden door ACM. De bevoegdheden van ACM stellen haar in staat om gedragingen die schadelijk zijn voor de consumentenwelvaart te voorkomen of aan te pakken. ACM kijkt met een breed vizier en onderzoekt niet alleen wat de mogelijke overtreding is, maar tevens wat de aard van het markt- of consumentenprobleem is. Vervolgens kiest ACM het instrument dat, of een combinatie van instrumenten die, de grootste kans op een structurele oplossing van het probleem

²⁹ Zie de Strategienota van ACM: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11991/Strategie-Autoriteit-Consument-en-Markt/>.

³⁰ Dit effect kan zowel direct als indirect zijn. Gedragingen van ondernemingen kunnen consumenten direct benadelen bijvoorbeeld doordat bedrijven kartelafspraken maken en als gevolg daarvan te hoge prijzen vragen of de keuze voor consumenten beperken. Benadeling kan ook indirect plaatsvinden, bijvoorbeeld als bedrijven onderling afspraken maken over kosten voor producten of diensten die zij andere bedrijven in rekening brengen of wanneer bedrijven bij overheidsaanbestedingen werk onder elkaar verdelen.

³¹ Zie pagina 2 van de Strategienota van ACM, voetnoot 29.



geeft. Daarbij is het volledige palet aan formele en informele ACM-instrumenten van belang.

De algemene ACM-strategie waarin het effect van gedragingen op de consumentenwelvaart centraal staat, geldt ook voor het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten. Het resultaat van een eventueel optreden van ACM is dan immers voor de consument het grootst.

Bij het inschatten van het verwachte effect van een bepaalde verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart, gegeven de marktcontext waarin de (mogelijke) gedragingen plaatsvinden, helpen economische inzichten. Hierna geeft ACM daarom een overzicht van de, naar haar mening, belangrijkste economische inzichten ten aanzien van verticale overeenkomsten en de effecten hiervan op de consumentenwelvaart.³²

De effecten van verticale overeenkomsten vanuit economisch perspectief

Een verticale overeenkomst is een overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen die in verschillende fasen van een distributieketen actief zijn. Een distributieketen omvat één producent van een bepaald product, de detailhandelaren die dit product aan de consument verkopen en eventuele tussengroothandels. Als een detailhandelaar producten van verschillende producenten koopt, bijvoorbeeld een supermarkt, dan maakt hij onderdeel uit van meerdere distributieketens.

Ondernemingen binnen een distributieketen leveren goederen of diensten die complementair zijn aan elkaar. Dit wil zeggen dat iedere onderneming binnen een distributieketen bijdraagt aan de waarde van het eindproduct voor de consument. Zo bepalen de keuzes die een autofabrikant maakt (kwaliteit van de materialen, brandstofverbruik, etc.) en de keuzes die een autoverkoper maakt (al dan niet toestaan van testritten, uitstraling van de showroom, etc.) de waardering van de consument voor een bepaald automerk. Ondernemingen binnen een distributieketen zijn dus afhankelijk van elkaar.

Deze wederzijdse afhankelijkheid betekent echter niet dat ondernemingen altijd handelen in het belang van de distributieketen als geheel. De reden hiervoor is dat ondernemingen gericht zijn op hun eigen winstgevendheid en niet automatisch op de winstgevendheid van de distributieketen als geheel. Ondernemingen nemen daardoor soms beslissingen die voor henzelf optimaal zijn, maar negatieve effecten hebben op andere ondernemingen in de distributieketen. Een detailhandelaar kan bijvoorbeeld uit kostenoverwegingen besluiten weinig service te verlenen. Hierdoor daalt de waardering van de consument voor het eindproduct. Het gevolg is dat niet alleen voor de

³² ACM gaat hierbij niet in op specifieke theorieën over efficiëntievoordelen en schadelijke effecten van verticale overeenkomsten, uitgezonderd enkele voorbeelden. De Richtsnoeren van de EC geven in punten 100-109 een uitgebreid overzicht van de mogelijke effecten van verticale overeenkomsten. Zie ook Massimo Motta, "Vertical Restraints and Vertical Mergers", in *Competition Policy: Theory and Practice*, red. Massimo Motta (New York: Cambridge University Press, 2004), Patrick Rey en Thibaud Vergé, "Economics of Vertical Restraints", in *Handbook of Antitrust Economics*, red. Paolo Buccirossi (Cambridge, MA: The MIT Press, 2008), en Paolo Buccirossi, "Vertical Restraints for Online Sales", OECD Policy Roundtables Background Note, 2013.



detailhandelaar, maar voor alle ondernemingen binnen de distributieketen de vraag naar hun product omlaag gaat. Dit probleem kunnen ondernemingen oplossen door een verticale overeenkomst te sluiten waarin zij regelen dat de detailhandelaar meer service verleent.³³

Vaak zijn er meerdere verticale overeenkomsten denkbaar die in meer of mindere mate dezelfde efficiëntieverbetering kunnen realiseren. In het hiervoor gebruikte voorbeeld is een contractuele verplichting van de detailhandelaar om voldoende service te verlenen mogelijk effectief. Maar er zijn alternatieven denkbaar. Veel verticale overeenkomsten hebben gemeen dat ze de concurrentie tussen detailhandelaren beperken (de zogenoemde 'intra-brand concurrentie'), waardoor de marge van de detailhandelaar stijgt. Een hogere marge impliceert dat de detailhandelaar een groter belang krijgt bij de verkoop van het product. Doordat service de vraag naar het product doet stijgen, kunnen verticale overeenkomsten aan de detailhandelaar een prikkel geven om betere service te verlenen (in tegenstelling tot een verplichting). Bovendien beperken veel verticale overeenkomsten de mogelijkheden voor detailhandelaren om "mee te liften" op de verkoopinspanningen van andere detailhandelaren.³⁴

Afhankelijk van concrete omstandigheden kunnen ondernemingen een voorkeur hebben voor een specifieke verticale overeenkomst. In het algemeen geldt dat contractuele verplichtingen effectiever zijn als het makkelijker is om te verifiëren of de detailhandelaar zijn verplichtingen naleeft. Wanneer dit niet mogelijk of moeilijk is, kan een verticale overeenkomst die de marge van detailhandelaren beschermt een alternatief zijn. Hierdoor kunnen prikkels ontstaan om meer service te verlenen. Een hogere marge betekent echter niet noodzakelijk betere prikkels. Soms gebruiken detailhandelaren een hogere marge liever om korting te geven op accessoires, in plaats van de door de producent gewenste service te verlenen.³⁵ De mate waarin een bepaalde verticale overeenkomst efficiëntievoordelen realiseert verschilt daarom per situatie.³⁶

Efficiëntieverbeteringen van verticale overeenkomsten hoeven niet alleen ten goede te komen aan de betrokken ondernemingen, maar kunnen ook ten goede komen aan consumenten. In het voorbeeld hiervoor biedt een verticale overeenkomst het voordeel dat consumenten kunnen genieten van betere service. In het algemeen geldt dat hoe sterker de concurrentie tussen distributieketens (de zogenoemde 'inter-brand concurrentie'), des te sterker verticale overeenkomsten ten goede

³³ Andere mogelijke efficiëntieverbeteringen komen aan de orde in hoofdstuk 4.

³⁴ In het kader van een selectief distributiestelsel, bijvoorbeeld, kan een fabrikant de actieve verkopen van detailhandelaren binnen een gebied dat exclusief bestemd is voor een andere detailhandelaar beperken. Hierdoor stijgt de marge van de detailhandelaren en nemen de mogelijkheden voor 'meeliften' af. Een ander voorbeeld van een verticale overeenkomst die de marge beschermt en de mogelijkheden voor meeliften beperkt is verticale prijsbinding.

³⁵ Zie in dit verband bijvoorbeeld: Luc Peepkorn, "Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies", *European Competition Journal* 4 (2008): 201-212.

³⁶ In hoofdstuk 4, waarin scenario's van verticale overeenkomsten aan de orde komen, geeft ACM meer aandacht aan de relatieve voordelen van verschillende verticale overeenkomsten.



komen aan consumenten. De reden hiervoor is dat bij meer concurrentie tussen distributieketens ondernemingen een sterkere prikkel hebben om in het belang van de consument te handelen. Bij sterkere concurrentie tussen distributieketens hebben ondernemingen daarom ook een sterkere prikkel om verticale overeenkomsten te sluiten die het belang van consumenten dienen.

Verticale overeenkomsten, ook die hierboven beschreven zijn, kunnen echter ook schadelijk zijn voor de consumentenwelvaart. Zo kan een onderneming een verticale overeenkomst gebruiken om enkel en alleen de concurrentie binnen de distributieketen te beperken. Hoewel beperkingen van de concurrentie tussen detailhandelaren tot efficiëntieverbeteringen kunnen leiden, hebben ondernemingen belang bij minder concurrentie op hun eigen niveau van de distributieketen, ongeacht de vraag of dit tot efficiëntieverbeteringen leidt. Daarnaast kunnen verticale overeenkomsten bijdragen aan het beperken van concurrentie tussen distributieketens. Dit laatste is mogelijk doordat verticale overeenkomsten (stilzwijgende) collusie tussen producenten kunnen ondersteunen³⁷, en omdat verticale overeenkomsten de prikkels om te concurreren voor producenten kunnen verzwakken.³⁸ Verticale overeenkomsten zijn in dergelijke gevallen schadelijk voor consumenten. In hoofdstuk 4 geeft ACM hiervan enkele voorbeelden.

De theoretische economische literatuur naar verticale overeenkomsten is omvangrijk en draagt meerdere pro- en anti-competitieve verklaringen aan voor verticale overeenkomsten. Het beschikbare empirische onderzoek naar de praktische relevantie van de verschillende theorieën is aanzienlijk minder omvangrijk. Niettemin concluderen Lafontaine en Slade in hun overzichtsartikel uit 2008 dat verticale overeenkomsten meestal efficiëntievoordelen genereren die bovendien vaak worden doorgegeven aan de consument.³⁹ Een meer recente studie door MacKay en Smith

14/28

³⁷ Zie: Lester G. Telser, "Why Should Manufacturers Want Fair Trade?", *Journal of Law and Economics* 3 (1960): 86-105, en Bruno Jullien en Patrick Rey, "Resale Price Maintenance and Collusion", *RAND Journal of Economics* 38 (2007): 983-1001.

³⁸ Zie bijvoorbeeld de literatuur over strategische delegatie, samengevat door Andreas Irmen, "Precommitment in Competing Vertical Chains", *Journal of Economic Surveys* 12 (1998): 333-359. Zie ook Daniel P. O'Brien en Greg Shaffer, "Vertical Control with Bilateral Contracts", *RAND Journal of Economics* 23 (1992): 299-308, Paul W. Dobson en Michael Waterson "The Competition Effects of Industry-Wide Vertical Price Fixing in Bilateral Oligopoly", *International Journal of Industrial Organization* 25 (2007): 935-962, Patrick Rey en Thibaud Vergé, "Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships", *Journal of Industrial Economics* 58 (2010): 928-961, en Greg Shaffer, "Anti-Competitive Effects of RPM (Resale Price Maintenance) Agreements in Fragmented Markets", prepared for the Office of Fair Trading, 2013.

³⁹ In hun overzichtsartikel van de empirische literatuur concluderen Francine Lafontaine en Margaret Slade dat "[...] the empirical evidence concerning the effects of vertical restraints on consumer well-being is surprisingly consistent. Specifically, it appears that when manufacturers choose to impose such restraints, not only do they make themselves better off but they also typically allow consumers to benefit from higher quality products and better service provision." Francine Lafontaine en Margaret Slade, "Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public



onderzoekt de effecten van de *Leegin* beslissing⁴⁰, waarin het Amerikaanse Hooggerechtshof de per se illegaliteit van minimum verticale prijsbinding verving door een rule-of-reason standaard.⁴¹ De auteurs rapporteren dat de versoepeling van het juridisch kader in de Verenigde Staten bij meer van de onderzochte productgroepen leidt tot een significante prijsstijging dan een prijsdaling, en bij meer productgroepen leidt tot een significante daling van de verkochte hoeveelheid dan een significante stijging van de verkochte hoeveelheid. Bovendien laten MacKay en Smith zien dat bij de meeste productgroepen de combinatie van een prijsstijging en een hoeveelheidsdaling optreedt. Deze resultaten kunnen worden opgevat als bewijs dat een soepelere juridische standaard ten opzichte van verticale prijsbinding vaker negatieve dan positieve effecten heeft op de consumentenwelvaart. Commentatoren wijzen er echter op dat de combinatie van een significante prijsstijging met een significante hoeveelheidsdaling slechts bij zeer weinig productgroepen voorkomt. Een prijsstijging gecombineerd met een gelijkblijvende hoeveelheid is bovendien consistent met efficiency theorieën.⁴²

Op basis van het voorgaande constateert ACM dat: i) de effecten van verticale overeenkomsten op de consumentenwelvaart zowel positief als negatief kunnen zijn en van geval tot geval kunnen verschillen en ii) dat verticale overeenkomsten in zijn algemeenheid, en in het bijzonder bij afwezigheid van marktmacht, vaker wel dan niet ten goede komen aan de consumentenwelvaart. Verticale overeenkomsten onderscheiden zich dan ook van horizontale overeenkomsten. Deze inzichten vormen ook de basis voor het Europese en Nederlandse juridisch kader, wat met name blijkt uit het bestaan van de Groepsvrijstelling. De prioritering van verticale overeenkomsten door ACM, wat in het vervolg van dit document verder wordt toegelicht, betreft daarom alleen verticale overeenkomsten die niet onder de Groepsvrijstelling vallen.

15/28

Policy”, in *Handbook of Antitrust Economics*, red. Paolo Buccirossi (Cambridge, MA: The MIT Press, 2008), pp. 408 en 409.

⁴⁰ *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁴¹ Alexander MacKay en David Aron Smith, “The Empirical Effects of Minimum Resale Price Maintenance”, *Kilts Booth Marketing Series*, Paper No. 1-009, 2014.

⁴² Thomas Lambert en Michael Sykuta, “Why the New Evidence on Minimum Resale Price Maintenance Does Not Justify a Per Se or “Quick Look” Approach”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, November 2013 (1).



3.2 De prioriteiten van ACM

ACM moet gegeven de begrensde capaciteit altijd kiezen welke markt- en consumentenproblemen zij al dan niet aanpakt. Het effect op de consumentenwelvaart is één van de drie criteria op basis waarvan ACM haar prioriteiten stelt.⁴³ De andere criteria zijn maatschappelijk belang (bijvoorbeeld het wegnemen van onrust bij consumenten of scheppen van duidelijkheid over een wettelijke norm) en of ACM in staat is doeltreffend en doelmatig op te treden.

Bij de keuze om nader onderzoek te doen naar een verticale overeenkomst staat het effect op de consumentenwelvaart centraal. Dit betekent dat ACM bij signalen en klachten over verticale overeenkomsten een eerste inschatting maakt van de mogelijke schadelijke effecten op de consumentenwelvaart. Dit heeft het karakter van een 'initieel inhoudelijk onderzoek'. Op basis van economische inzichten kunnen de effecten van verticale overeenkomsten, gegeven de marktcontext waarin de (mogelijke) gedragingen plaatsvinden, zowel positief als negatief zijn. ACM zal daarom, per geval, nagaan of er sprake is van een aannemelijke schadetheorie (een zogenoemde '*theory of harm*') en op basis hiervan een signaal of klacht hoger of lager prioriteren. Als uit een initieel inhoudelijk onderzoek blijkt dat efficiëntieverbeteringen zeer waarschijnlijk zijn, kan dit voor ACM redenen vormen om geen nader onderzoek in te stellen.

In de praktijk wegen ook de andere prioriteringscriteria van ACM, te weten het maatschappelijk belang en de doeltreffendheid en doelmatigheid van een eventueel optreden van ACM, mee bij de beslissing om nader onderzoek te doen naar een verticale overeenkomst. Bovendien beziet ACM elk geval in relatie tot andere soorten gedragingen waarnaar ACM onderzoek kan instellen (zoals kartelvorming en misbruik van economische machtsposities).

16/28

Ter illustratie: Het meewegen van de twee andere prioriteringscriteria van ACM kan er bijvoorbeeld, in een uitzonderlijk geval, toe leiden dat ACM een verticale overeenkomst, waarvan de aannemelijkheid van schade niet al op basis van het initiële onderzoek duidelijk is, niettemin nader onderzoekt. Een hoog maatschappelijk belang, zoals 'normstellend effect', kan hiervoor een reden zijn. Een diepergaand vervolgonderzoek kan tot handhaving door ACM leiden, maar evengoed tot de uitkomst dat ACM vaststelt dat geen sprake is van een overtreding van de mededingingswetgeving. Ook daarmee bereikt ACM een resultaat, maar dan in de zin van een normstellend effect van het toezicht.

Wanneer ACM op basis van prioritering een nader onderzoek start naar een mogelijke overtreding van de mededingingswetgeving, bepaalt het in hoofdstuk 2 beschreven regelgevend kader de

⁴³ Zie pagina 11 van de Strategienota van ACM. Bij besluitaanvragen houdt ACM rekening met de uitgangspunten van het CBb in de VVR-zaak, waarbij de NMa een verzoek tot handhaving had afgewezen. Deze uitgangspunten zijn: (1) altijd een initieel inhoudelijk onderzoek doen; (2) ambtshalve en klachtgedreven onderzoek beoordelen volgens dezelfde maatstaven en (3) de individuele belangen van de klager meewegen. Zie: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/>, zoeken op: 'ECLI:NL:CBB:2010:BN4700'.



bewijsstandaard voor het aantonen van een overtreding en de mogelijkheden voor een efficiencyverweer, dat wil zeggen een beroep op de uitzonderingscriteria van artikel 6, derde lid, Mw respectievelijk artikel 101, derde lid, VWEU. Zoals eerder aangegeven zijn sommige verticale overeenkomsten in de Groepsvrijstelling van de EC aangemerkt als ‘hardcore beperkingen’. Voor deze gevallen geldt dat ACM vanwege de minder zware bewijsstandaard van doelbeperkingen eerder kan vaststellen dat sprake is van een overtreding van de mededingingswetgeving.⁴⁴

Het door ACM stellen van prioriteiten sluit ook aan bij een ander uitgangspunt van het regelgevend kader, namelijk dat van *self assessment*. Om daarbij te helpen publiceert ACM in aanvulling op dit document een Informatiekaart waarmee ondernemers kunnen inschatten of een verticale afspraak schadelijk is voor de consument en daarmee prioriteit bij ACM krijgt.

Het wettelijk kader bepaalt dat de bewijslast van een efficiencyverweer bij ondernemingen ligt. Ondernemingen zullen bij het gebruik van verticale overeenkomsten rekening moeten houden met de effecten van de overeenkomst en zich onder meer de vraag moeten stellen of de efficiëntieverbeteringen door de overeenkomst groter zijn dan de nadelen voor de consumentenwelvaart. Ingeval het tot een (juridische) procedure komt, zullen zij dit zelf moeten kunnen aantonen.

17/28

⁴⁴ Ook in deze gevallen kan ACM echter niet zomaar aannemen dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. ACM zal dit in elk geval, op basis van de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen functioneren, aannemelijk moeten maken.



4 Verticale overeenkomsten in de praktijk

ACM geeft hierna verder inzicht in hoe ze de verwachte effecten van verticale overeenkomsten op de consumentenwelvaart in de praktijk inschat. Allereerst komen enkele relevante factoren aan de orde die hierbij over het algemeen van belang zijn. Daarna beschrijft ACM enkele hypothetische scenario's waarin ACM zo concreet mogelijk toelicht hoe zij de effecten van een verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart in dat geval zou inschatten.

4.1 Relevante factoren bij het inschatten van effecten op de consumentenwelvaart

ACM kijkt in het initieel inhoudelijk onderzoek in ieder geval naar de volgende factoren bij het inschatten van de effecten van een verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart.⁴⁵

Mate van marktmacht bij verticale overeenkomst binnen een enkele distributieketen

Naarmate ondernemingen over meer marktmacht beschikken nemen hun mogelijkheden toe om ongunstige voorwaarden op te leggen aan consumenten of andere ondernemingen. Dit betekent dat ook een verticale overeenkomst schadelijk kan zijn zodra tenminste één van de betrokken ondernemingen beschikt over marktmacht. Marktmacht is in dit geval een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor schade.⁴⁶

Bij het bepalen van marktmacht is in dit verband de mate van concurrentie tussen distributieketens van belang (*interbrand* concurrentie). De reden is dat concurrentie van andere merken ondernemingen binnen een distributieketen prikkelt om verticale overeenkomsten te sluiten die het belang van de consument bevorderen of in ieder geval niet schaden. Bovendien hebben consumenten bij sterkere *interbrand* concurrentie doorgaans meer mogelijkheden om over te stappen naar producten die niet geraakt worden door eventueel nadelige verticale overeenkomsten. Relevante factoren bij het bepalen van de *interbrand* concurrentie zijn onder meer: het aantal distributieketens in de markt, de marktaandeelen van de individuele distributieketens, de aanwezigheid van onderscheidende productkenmerken, de bekendheid van het productmerk onder consumenten, de mate waarin ondernemingen in staat zijn om klanten aan zich te binden, eventuele overstapdrempels voor de consument, eventuele toetredingsdrempels voor nieuwe aanbieders en of de markt snel verandert door innovaties.

(Markt)brede toepassing van vergelijkbare verticale overeenkomsten

Het is ook van belang om na te gaan of de verticale overeenkomst, of een vergelijkbare

⁴⁵ De Richtsnoeren, in punten 111-127, noemen aanvullende relevante factoren die ACM ook kan gebruiken bij het inschatten van de effecten van een verticale overeenkomst in het kader van een initieel inhoudelijk onderzoek.

⁴⁶ Het begrip 'marktmacht' hanteert ACM in dit verband op economische wijze. ACM doelt hier niet op marktmacht in de zin van artikel 102 VWEU of artikel 24 Mw, noch op de 30% marktaandeeldrempel van de Groepsvrijstelling. Zie ook paragraaf 2.1.



overeenkomst, binnen meerdere distributieketens wordt toegepast. Hierdoor bestrijken de verticale overeenkomsten mogelijk een groot deel van de markt zonder dat de individuele distributieketens over marktmacht beschikken. Tezamen kunnen de betrokken distributieketens echter wel over marktmacht beschikken. In dat geval hebben consumenten minder mogelijkheden om producten aan te schaffen die niet worden geraakt door de eventuele schadelijke verticale overeenkomst ('cumulatieve effecten').⁴⁷ Daarnaast kan een brede toepassing van een verticale overeenkomst wijzen op het bestaan van collusie tussen producenten dan wel detailhandelaren.⁴⁸

Door detailhandelaren afgedwongen verticale overeenkomst

Als een verticale overeenkomst is afgedwongen door detailhandelaren, tegen de wens van de producent in, dan vormt dat een indicatie dat de verticale overeenkomst schadelijk is voor de consumentenwelvaart. De reden is dat detailhandelaren een prikkel hebben om de onderlinge concurrentie te beperken, ongeacht of deze concurrentiebeperking ook efficiëntieverbeteringen voor de producent of de consument oplevert. De producent heeft echter geen belang bij een verticale overeenkomst die enkel en alleen de concurrentie tussen detailhandelaren beperkt. De reden is dat beperkte concurrentie tussen detailhandelaren tot een hogere eindprijs van het product leidt, waardoor de vraag naar het product daalt. Bij een gelijkblijvende groothandelsprijs daalt daardoor de winst van de producent. Een verticale overeenkomst die door detailhandelaren is afgedwongen tegen de wens in van de producent, is daarom met een grotere kans schadelijk voor de consumentwelvaart.

Mogelijke efficiëntieverbeteringen

ACM kijkt op basis van onder meer marktomstandigheden en productkenmerken of efficiëntieverbeteringen in een concreet geval mogelijk van toepassing zijn. Tot mogelijke efficiëntieverbeteringen behoren onder andere: (a) het voorkomen of verminderen van een "meeliftprobleem" op service waardoor detailhandelaren geen prikkel zouden hebben om 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" probleem 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.⁴⁹

⁴⁷ Zie in dit verband punt 105 van de Richtsnoeren, waarin wordt vermeld dat de mogelijke negatieve effecten van verticale beperkingen worden versterkt wanneer meerdere producenten en hun detailhandelaren op dezelfde wijze zaken doen, waardoor zogenoemde cumulatieve effecten ontstaan.

⁴⁸ Dit is overigens niet direct daadwerkelijk bewijs voor het bestaan van collusie. Zie in dit verband ook scenario 5 in paragraaf 4.2.

⁴⁹ Voor een uitgebreid overzicht van mogelijke efficiëntieverbeteringen door verticale overeenkomsten verwijst ACM naar de Richtsnoeren van de EC, met name de punten 106 tot en met 109.



4.2 Scenario's van verticale overeenkomsten

Om meer inzicht te geven in feiten en omstandigheden die wijzen op de verwachte effecten van een verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart beschrijft ACM hierna enkele scenario's. Deze scenario's dienen alleen ter illustratie. ACM benadrukt hierbij dat ogenschijnlijk vergelijkbare situaties in de praktijk niet tot dezelfde resultaten hoeven te leiden. ACM toetst *per geval* in hoeverre er mogelijk schade voor de consument is of kan ontstaan als gevolg van de verticale overeenkomst.

In de beschrijving van de scenario's komen achtereenvolgens de gedraging, indien van toepassing de schadetheorie, mogelijke efficiëntieverbeteringen en de overwegingen van ACM aan de orde.⁵⁰ De overwegingen van ACM zien op het 'initieel inhoudelijk onderzoek' om te kunnen bepalen of ACM nader onderzoek in zou stellen naar een bepaalde verticale overeenkomst. Bij ieder scenario geeft ACM aan of ze een dergelijk nader onderzoek zou instellen naar de gedraging of onder welke omstandigheden ze dit zou doen.

Scenario 1. Fietsenhandelaren bewegen fietsenproducent om niet te leveren aan concurrerende handelaar⁵¹

Een fietsenproducent verkoopt haar fietsen via een netwerk van detailhandelaren aan consumenten. Eén van de handelaren verkoopt de fietsen voornamelijk via internet tegen een veel lagere prijs dan in de fysieke winkels van de andere handelaren. De offline handelaren weten de fietsenproducent er toe te brengen om de online handelaar uit te sluiten van haar distributienetwerk. Hierbij dreigen zij met een boycot als de fietsenproducent niet toegeeft. De online handelaar vormt volgens hen namelijk een bedreiging voor hun business model, waarvan service voorafgaand aan de verkoop een belangrijk onderdeel is. Volgens de fysieke handelaren is er sprake van een meelifprobleem: consumenten zoeken in hun showroom een fiets uit en laten deze aanmeten, maar vervolgens kopen ze de fiets tegen een veel lagere prijs bij de online handelaar.

Schadetheorieën: (1) door uitsluiting van de online handelaar kan de consument niet het voordeel van de lagere prijs genieten die deze handelaar hanteert; (2) uitsluiting van de online handelaar beperkt mogelijk innovatie op de retailmarkt voor fietsen ten aanzien van de wijze waarop online detailhandelaren waardevolle service verlenen aan de consument; (3) het uitsluiten van de online handelaar kan leiden tot minder prijstransparantie van fietsen, en daarmee de zoekkosten voor consumenten verhogen.

Mogelijke efficiëntieverbetering: Het beschermen van offline handelaren kan leiden tot een betere serviceverlening aan de consument voorafgaand aan de verkoop.

Overwegingen van ACM: Ten eerste maakt ACM een inschatting van de mogelijke schade voor de

20/28

⁵⁰ De weging op basis van andere prioriteringscriteria (als genoemd in paragraaf 3.2) blijft hierbij buiten beschouwing.

⁵¹ Deze casus is gebaseerd op de zaak 'Batavus vs Vriend's Tweewielercentrum Blokker', zoals beschreven in paragraaf 2.1.



consument. De mate van concurrentie tussen fietsenproducenten (interbrand concurrentie) is hierbij een relevante factor. Bij sterke concurrentie van alternatieve fietsenproducenten hebben consumenten de mogelijkheid om andere fietsmerken tegen een scherpe prijs aan te schaffen, offline of online.⁵² In dat geval zou het effect van uitsluiting van de online handelaar op de prijs die de consument voor zijn fiets betaalt gering zijn. Verder is in deze casus relevant in hoeverre deze fietsenproducent online fietsverkoop beperkt. Als deze fietsenproducent nog alternatieve online fietsenhandels belevt, dan zijn de mate van prijsverhoging en beperking van de prijs transparantie als gevolg van de uitsluiting kleiner. Er blijven immers online handelaren over die fietsen mogelijk tegen een scherpe prijs leveren. Bij voldoende interbrand concurrentie en beperkte uitsluiting van online retail is ook de kans gering dat innovatie in service door online handelaren wordt beperkt. Ten slotte schat ACM de waarde in van het argument dat bescherming van de fysieke handelaren leidt tot meer service voorafgaand aan de verkoop. In deze casus zijn er aanwijzingen dat het serviceargument niet valide is: (1) het is op voorhand niet ondenkbaar dat online handelaren ook een waardevol servicemodel kunnen ontwikkelen. Online handelaren zouden wellicht service kunnen bieden door de fiets bij de klant thuis te komen aanmeten. Het geheel uitsluiten van de online handelaar hindert de ontwikkeling van dergelijke initiatieven. En, (2) het dreigement van de boycot van de fietsenproducent vormt een indicatie dat de producent niet overtuigd was van het efficiëntieargument. Als de producent zelf van mening was dat het servicemodel van de offline handelaren een waardevol middel is in de concurrentiestrijd met andere fietsenproducenten, zou immers geen dwang nodig zijn om de producent te bewegen de offline handelaar te beschermen.⁵³

Conclusie: Op voorwaarde dat de fietsenproducent een niet-gering deel van de fietsenmarkt bestrijkt en dat er ook niet-geringe beperkingen zijn van online retail, zou ACM aan dit geval prioriteit geven.

21/28

⁵² Dit argument komt ook terug in de eerder aangehaalde Zweedse zaak over Protein Import. Zie paragraaf 2.2, voorbeeld 2.

⁵³ Zoals opgemerkt in hoofdstuk 3 zijn er vaak meerdere verticale overeenkomsten denkbaar die een vergelijkbaar effect sorteren. In dit scenario beschermt de fietsenproducent de offline handelaren tegen prijsconcurrentie van de online handelaar. Hiervoor zou ook het opleggen van een minimumverkoopprijs aan de online handelaar of het hanteren van een hogere groothandelsprijs voor de online handelaar (duale prijsstelling) geschikt zijn. Deze verticale overeenkomsten lijken bovendien minder schadelijk dan het uitsluiten van de online handelaar omdat dan de mogelijkheid open blijft dat de online handelaar innoveert in serviceverlening.



Scenario 2. Het stimuleren van service bij sterke interbrand concurrentie⁵⁴

Een producent van elektrisch gereedschap geeft haar dealers prijsadviezen. De dealers maken onderdeel uit van een selectief distributiestelsel en verkopen deze gereedschappen onder dezelfde naam. Dealers die zich niet houden aan de prijsadviezen krijgen minder gunstige leveringsvoorwaarden en hun leveringscontract wordt opgeschort. De gedraging komt daarom neer op verticale prijsbinding. In de markt voor elektrisch gereedschap zijn veel producenten actief. De producent die verticale prijsbinding toepast beschikt op de hele markt over een gering marktaandeel en ondervindt sterke concurrentie van andere producenten.

Mogelijke efficiëntieverbetering: Sommige positieve eigenschappen van gereedschappen, zoals minimale vibraties, zijn door consumenten niet zomaar te verifiëren. Detailhandelaren kunnen de consument van deze positieve eigenschappen overtuigen door het geven van demonstraties, het beschikbaar stellen van gereedschap voor 'try-before-you-buy' en door het personeel product-specifieke cursussen te laten volgen. De producent kan dergelijke serviceverlening stimuleren door de marge van handelaren te beschermen middels verticale prijsbinding. Het beschermen van marges is nodig omdat er anders een meeliftprobleem ontstaat: de consument geniet de service bij een detailhandelaar, maar koopt het product vervolgens voor minder geld bij een andere detailhandelaar die geen kosten heeft gemaakt voor service. Bovendien kan de beschermde marge de handelaar een prikkel geven om meer service te verlenen. De reden is dat een hogere marge het aantrekkelijker maakt om de verkoop van het product te stimuleren. De verticale prijsbinding kan dus de waardering van de consument voor het product verhogen, waardoor de gereedschapsproducent meer producten verkoopt.

Overwegingen van ACM: In dit scenario ondervindt de gereedschapsproducent sterke concurrentie van andere producenten. Daarom kan de producent de prijs niet zomaar verhogen. Consumenten zouden dan immers overstappen naar een alternatief product. Schadelijkheid van de verticale prijsbinding is daarom onaannemelijk. Sterker, vanwege de levendige interbrand concurrentie heeft de producent een prikkel om de consument zo goed mogelijk te bedienen en dus ook om verticale overeenkomsten te sluiten die het belang van de consument dienen. Dit betekent dat de producent alleen belang heeft bij de verticale prijsbinding als detailhandelaren hierdoor inderdaad extra service verlenen én als de consument deze service waardeert. Bij sterke interbrand concurrentie neemt

22/28

⁵⁴ Deze casus is gebaseerd op de beslissing van de Australische mededingingsautoriteit (ACCC) om verticale prijsbinding door Tooltechnic, een producent van hoogwaardig elektrisch gereedschap, uit te zonderen van het in Australië geldende per se verbod op verticale prijsbinding. Zie: <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-proposes-to-conditionally-authorise-minimum-retail-prices-on-festool-power-tools>. In Australië is het mogelijk om bij de ACCC een aanvraag te doen van ontheffing van het kartelverbod van de nationale mededingingswetgeving op basis van "public benefits".



ACM daarom aan dat verticale prijsbinding door een individuele producent positief is voor de consument.⁵⁵

Conclusie: ACM zou aan dit geval geen prioriteit geven.

Scenario 3. Het stimuleren van service bij beperkte interbrand concurrentie

In deze casus gaat ACM uit van dezelfde situatie als in het vorige scenario, namelijk dat een producent een verticale overeenkomst oplegt aan haar dealers om de serviceverlening te stimuleren. Meerdere verticale overeenkomsten zijn hierbij denkbaar (zie voetnoot 55). Daarnaast geldt, zoals in het voorgaande scenario, dat tenminste sommige consumenten de service voldoende waarderen om de hogere prijs als gevolg van de verticale overeenkomst te betalen. Deze consumenten hebben dus baat bij de verticale overeenkomst. Het verschil met het vorige scenario is dat de producent nu over marktmacht beschikt, bijvoorbeeld omdat er weinig concurrerende producenten zijn en er toetredingsbelemmeringen bestaan voor nieuwe aanbieders. In situaties met marktmacht kunnen consumenten die de service niet waarderen beperkt of helemaal niet overstappen naar een goedkoper product waarop minder service wordt verleend. De implicatie hiervan is dat het stimuleren van service door een producent met marktmacht voor sommige consumenten voordelig kan zijn terwijl het voor andere consumenten schadelijk is. In dit scenario zijn daarom twee gevolgen denkbaar: (1) de baten van de verticale overeenkomst die de ene groep consumenten geniet zijn kleiner dan de schade van de verticale overeenkomst die de andere groep consumenten ondervindt⁵⁶, en (2) de baten die de ene groep consumenten geniet zijn groter dan de schade die de andere groep consumenten ondervindt.

Schadetheorie: De producent met marktmacht legt een verticale overeenkomst op die service stimuleert. Echter, sommige consumenten waarderen de service onvoldoende zodat consumenten als groep slechter af zijn.

Overwegingen van ACM: Relevante factoren om de effecten van een verticale overeenkomst die service stimuleert op consumenten in te schatten zijn onder meer de mate van prijsopdriving door de verticale overeenkomst, het effect van de overeenkomst op de mate van serviceverlening,

23/28

⁵⁵ In deze (gestileerde) casus is het denkbaar dat de gereedschapsproducent een alternatieve verticale overeenkomst sluit om service te stimuleren, zoals een contractuele verplichting om service te verlenen, een verbod op online verkopen of het instellen van gebiedsexclusiviteit. In haar beslissing heeft de ACCC deze denkbare alternatieven beoordeeld. De ACCC oordeelde dat in de concrete casus het te moeilijk zou zijn voor Tooltechnic om de naleving door detailhandelaren van eventuele contractuele verplichtingen te monitoren, zodat contractuele verplichtingen geen goed alternatief vormden voor verticale prijsbinding. Ten aanzien van een verbod op online verkopen en gebiedsexclusiviteit oordeelde de ACCC dat dit de beschikbaarheid van de producten van Tooltechnic zou beperken waardoor deze verticale overeenkomsten niet voordelig waren voor de consument noch financieel haalbaar voor Tooltechnic.

⁵⁶ Zie bijvoorbeeld Motta (2004), pp. 321 en 322, waar in een eenvoudig theoretisch model het bestaan van deze mogelijkheid wordt aangetoond.



hoeveel waardering consumenten voor service hebben, en de verhouding tussen het aantal consumenten dat voordeel dan wel nadeel ondervindt van de verticale overeenkomst.

Conclusie: Een verticale overeenkomst die service stimuleert krijgt prioriteit als ACM sterke aanwijzingen heeft dat consumenten als groep nadeel ondervinden van deze verticale overeenkomst.

Scenario 4. Laagste prijsgarantie bij platforms (APPA)

Producenten bieden een vergelijkbaar product aan via verschillende (online) platforms. Eén platform stelt of meerdere platforms stelt/stellen daarbij de voorwaarde dat de producent het product niet via andere verkoopkanalen tegen een gunstiger prijs adverteert.⁵⁷ Dergelijke verticale overeenkomsten worden ook wel 'Most Favoured Nation-clausules' (MFN) genoemd, of meer specifiek voor platforms 'Across Platform Parity Agreements' (APPA's).⁵⁸ Een dergelijke bepaling garandeert dat de laagste prijs in de markt op het platform beschikbaar is. De implicatie hiervan is dat de APPA het platform in staat stelt om aan consumenten een 'laagste prijs garantie' te bieden. Een andere implicatie is dat APPA's producenten verhinderen om via hun eigen verkoopkanaal lagere prijzen te hanteren.

Schadetheorieën: (1) APPA's belemmeren de toetreding tot de platformmarkt omdat op een toetredend platform geen lagere productprijzen gehanteerd kunnen worden dan op bestaande platforms. Hierdoor kan het moeilijk zijn voor een toetredend platform om marktaandeel te verwerven; (2) APPA's kunnen de commissies verhogen die platforms berekenen aan producenten voor het gebruik van het platform. De gedachte is dat in aanwezigheid van een APPA een verhoging van de commissie voor producenten niet leidt tot hogere prijzen op het platform dan op andere platforms. De APPA verplicht producenten immers om op het platform de meest gunstige prijs te hanteren. APPA's kunnen daarom een prikkel geven aan platforms om hun commissies te verhogen.⁵⁹

Mogelijke efficiëntieverbeteringen: (1) APPA's beschermen platforms tegen het 'meeliften' van producenten op het platform. Zonder APPA kunnen producenten hun aanbod adverteren op het platform en zo afnemers bereiken, maar vervolgens transacties realiseren tegen een lagere prijs via het eigen verkoopkanaal. Producenten kunnen zo voorkomen dat ze commissies moeten afdragen aan het platform. Hierdoor loopt het platform echter inkomsten mis wat de kwaliteit, of zelfs het bestaan, van het platform zou kunnen bedreigen; (2) APPA's kunnen de prijsconcurrentie tussen

24/28

⁵⁷ Bekende voorbeelden van platforms zijn Booking.com en Marktplaats.nl. Zie ook voorbeeld 1, paragraaf 2.2.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Matthijs Visser en Jan Kees Winters, "Apple's APPA: Nieuwe wijn in oude zakken of oude wijn in nieuwe zakken? Een economisch commentaar", *Markt en Mededinging*, juni 2014, nr. 3.

⁵⁹ Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de mogelijke schadelijke effecten van APPA's bijvoorbeeld Amelia Fletcher en Morten Hviid, "Retail Price MFNs: Are they RPM 'at its worst'?", *CCP Working Paper* 14-5. Zie ook een rapport uitgebracht voor de OFT door *Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione* (Lear), "Can Fair Prices be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements", OFT1438, 2012.



producenten bevorderen. De reden is dat de consument vanwege een APPA op één platform de prijzen van veel producenten kan vergelijken en zoeken naar de laagste prijs. Dit geeft producenten een prikkel om een scherpere prijs te hanteren.

Overwegingen ACM: In een initieel inhoudelijk onderzoek naar een APPA zou ACM rekening houden met de concrete omstandigheden waarin de APPA wordt toegepast, zoals de productmarkt en het consumentengedrag. Een mogelijk aandachtspunt hierbij is ook of er wel of geen sprake is van marktbrede clausules, ook wel 'wide APPA's' genoemd. Een 'wide APPA' impliceert prijspariteit met alle andere platforms en verkoopkanalen. Hiervan zou de schade aan de consumentenwelvaart aannemelijker kunnen zijn dan van een zogenoemde 'narrow APPA' waarbij alleen prijspariteit wordt bedongen met het eigen verkoopkanaal van de producent. Bij een 'narrow APPA' kan de consument immers kiezen voor het verkoopkanaal of platform met de laagste prijs. Verder kan van belang zijn of platformen consumenten op een andere wijze dan lage productprijzen aan het platform kunnen verbinden, bijvoorbeeld door kortingsbonnen te verstrekken. Als dergelijke mogelijkheden bestaan kan er ondanks een APPA voldoende mogelijkheid voor toetreding overblijven. Ook kan meetellen of producenten van één of meerdere platforms gebruik maken. Als producenten slechts van één of enkele platforms gebruik maken concurreren platforms mogelijk met elkaar om zoveel mogelijk producenten aan het platform te verbinden. In dit geval kunnen platforms slechts in beperkte mate hun commissie verhogen, omdat producenten anders overstappen naar een alternatief platform. Ten slotte zou ACM een inschatting maken van de waarde van de efficiëntieargumenten. Hier is onder meer relevant of consumenten de moeite nemen om binnen meerdere verkoopkanalen producten te vergelijken. Wanneer consumenten actief producten vergelijken wint het meeliftargument aan kracht. Daarnaast moet worden ingeschat of en in hoeverre APPA's de concurrentie tussen producenten bevorderen.

Conclusie: Het is goed denkbaar dat APPA's in de praktijk zowel potentieel schadelijk zijn als efficiëntieverbeteringen teweeg brengen. Belangrijke aspecten die bij het inschatten van deze effecten meewegen zijn hiervoor beschreven. Naarmate het aannemelijker is dat een APPA de toetreding tot de platformmarkt duurzaam belemmert of de tarieven van platforms verhoogt en het minder aannemelijk is dat efficiëntieverbeteringen optreden, is er meer reden voor ACM om een nader onderzoek in te stellen. Maatschappelijke aandacht voor APPA's kan bij de afweging om wel of geen nader onderzoek in te stellen ook een rol spelen.



Scenario 5. Marktbrede toepassing van verticale prijsbinding

In deze casus passen meerdere producenten van een bepaald product verticale prijsbinding toe, zodanig dat deze gedraging een groot deel of de gehele relevante markt bestrijkt.

Schadetheorieën: (1) verticale prijsbinding kan een kartel of stilzwijgende collusie tussen producenten faciliteren omdat verticale prijsbinding het monitoren van prijzen eenvoudiger maakt⁶⁰; (2) verticale prijsbinding kan een kartel tussen detailhandelaren faciliteren doordat verticale prijsbinding de horizontale afstemming tussen detailhandelaren maskeert en afdwingt^{61, 62}.

Mogelijke efficiëntieverbeteringen: zelfs in dit scenario zijn meerdere efficiëntieverbeteringen denkbaar. Zie bijvoorbeeld de efficiëntieverbeteringen die genoemd zijn in paragraaf 4.1.

Overwegingen ACM: Allereerst schat ACM de mate in waarin de markt vatbaar is voor collusie, zowel op producenten- als op detailhandelniveau. De kans op effectieve collusie is in de regel groter als er minder betrokken ondernemingen zijn, er sprake is van grotere homogeniteit van de producten en van een lagere mate van onderhandelingsmacht van kopers. Wat betreft de tweede schadetheorie is, naast de hiervoor genoemde factoren, de mate waarin detailhandelaren verticale prijsbinding kunnen afdwingen bij de producenten relevant. De reden is dat het ondersteunen van een kartel tussen detailhandelaren niet zonder meer in het belang is van een individuele producent. Een kartel tussen detailhandelaren verhoogt de eindprijs van het product, waardoor de vraag naar het product daalt. Bij een gelijkblijvende groothandelsprijs daalt hierdoor ook de winst van de producent. Verder maakt ACM een inschatting van de mogelijke efficiëntieverbeteringen. Van belang is dat als verticale prijsbinding een efficiëntieverbetering genereert, het te verwachten is dat verticale prijsbinding marktbreed wordt toegepast. Bovendien kunnen deze efficiëntieverbeteringen worden doorgegeven aan de consument. Hieruit volgt dat de richting van het effect van marktbrede verticale prijsbinding (pro- of anti-competitief) even ambigu kan zijn als de richting van het effect van

26/28

⁶⁰ Zie Telser (1960) en Jullien en Rey (2007). Effectieve collusie is beter mogelijk wanneer ondernemingen elkaars prijzen kunnen monitoren. De reden is dat eventuele afwijkingen van de boven-competitieve prijs sneller kunnen worden geïdentificeerd om de afwijkende ondernemingen vervolgens te kunnen disciplineren. Verticale prijsbinding kan de mogelijkheden om te monitoren verbeteren wanneer retailprijzen eenvoudiger waar te nemen zijn dan groothandelsprijzen.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld Thomas R. Overstreet, "Resale Price Maintenance: Economic Theory and Empirical Evidence", Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission, 1983. Merk op dat de dealercollusie theorie ook consistent is met marktbrede toepassing van andere verticale overeenkomsten dan verticale prijsbinding.

⁶² Naast deze collusietheorieën bestaan er alternatieve theorieën die van toepassing kunnen zijn in dit scenario. Zie bijvoorbeeld O'Brien en Shaffer (1992), Dobson en Waterson (2007), Rey en Vergé (2010) en de niet-technische bespreking van deze theorieën en hun implicaties voor het mededingingstoezicht door Shaffer (2013) (voor volledige referenties zie voetnoot 38). De kern van deze theorieën is dat, onder specifieke omstandigheden, verticale prijsbinding de prikkel voor producenten om elkaar te beconcurreren kan verzwakken. Omwille van de leesbaarheid beperkt ACM zich in dit scenario tot een beschouwing van de collusietheorieën.



een enkele verticale prijsbinding. Niettemin geldt doorgaans dat als verticale prijsbinding in een concreet geval schadelijk werkt, marktbrede toepassing de schadelijkheid van de verticale prijsbinding vergroot.

Conclusie: ACM zal prioriteit geven aan marktbrede toepassing van verticale prijsbinding als een overtuigende efficiëntieverklaring ontbreekt of collusie een reële mogelijkheid is. Dit geldt ook voor de situatie waarin een alternatieve schadetheorie van toepassing is (zie voor alternatieve schadetheorieën de verwijzingen in voetnoot 62). ACM zal echter geen prioriteit geven aan marktbrede toepassing van verticale prijsbinding als collusie of een alternatief schademechanisme onwaarschijnlijk is en er tegelijkertijd een overtuigende efficiëntieverklaring bestaat.



5 Afsluitende opmerkingen

Uit de door ACM beschreven scenario's blijkt dat de inschatting van de verwachte effecten van verticale overeenkomsten sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het concrete geval. Er kunnen gevallen zijn waarin op basis van een initieel inhoudelijk onderzoek per saldo schade aan de consumentenwelvaart aannemelijk is, wat ACM aanleiding geeft om nader onderzoek te doen en eventueel handhavend op te treden. Maar er kunnen ook gevallen zijn waarin efficiëntieverbeteringen waarschijnlijk groter zijn dan de mogelijke nadelen voor de consumentenwelvaart. ACM zou in zo'n geval kunnen concluderen dat de verwachte schade aan de consumentenwelvaart te klein is om er prioriteit aan te geven.

Uit de scenario's komt ook naar voren dat ACM enkele factoren hanteert die over het algemeen behulpzaam zijn bij het inschatten van de effecten van een verticale overeenkomst op de consumentenwelvaart: i) de mate van marktmacht, (ii) de mate waarin de verticale overeenkomst marktbreed wordt toegepast, (iii) of de overeenkomst is afgedwongen door detailhandelaren en iv) de mogelijke efficiëntieverbeteringen. Informatie over deze vier factoren stelt ACM in staat om doelgericht initieel inhoudelijk onderzoek te doen naar de mogelijke effecten van de verticale overeenkomst.

Het is voor ACM zeer behulpzaam als degenen die bij ACM klachten, tips of signalen over verticale overeenkomsten indienen zo concreet mogelijk de feiten beschrijven die ten grondslag liggen aan het mogelijke probleem. Ook geldt dat ACM doelmatiger kan optreden naarmate klachten, tips en signalen meer onderbouwd zijn met bewijsmateriaal.

Voor het doorgeven van een klacht, tip of signaal, zie: <https://www.acm.nl/nl/contact/tips-en-meldingen/uw-tip-of-melding-doorgeven-aan-acm/>.