

Visiedocument
Inkoopmacht

Den Haag, december 2004

December 2004
Nederlandse Mededingingsautoriteit
Postbus 16326
2500 BH Den Haag

In juni 2004 publiceerde de NMa een consultatiedocument over het thema 'Inkoopmacht'. De consultatie was erop gericht te vernemen in hoeverre het bedrijfsleven te maken heeft met inkoopmacht en hoe inkoopmacht in de praktijk uitwerkt. Daarnaast verschaft de NMa in het document informatie over de mededingingsrechtelijke aspecten van inkoopmacht.

Na de consultatie heeft de NMa op 5 oktober 2004 een hoorzitting georganiseerd waarin standpunten nader konden worden toegelicht en besproken.

Op grond van de consultatie en de hoorzitting publiceert de NMa dit visiedocument. Hierin beschrijft de NMa hoe zij de beschreven en besproken problemen van inkoopmacht beziet vanuit het mededingingsrecht: wetgeving, jurisprudentie en beleidspraktijk.

Visiedocument *Inkoopmacht*

1. Introductie	5
1.1 De consultatie	5
1.1.1 <i>Achtergronden</i>	5
1.1.2 <i>Consultatieprocedure</i>	5
1.1.3 <i>Beknopt standpunt van de NMa op de reacties van partijen</i>	7
1.2 Visiedocument	8
1.3 Hoofdstukindeling	9
2. Het mededingingsrecht in kort bestek	10
2.1 Inleiding	10
2.2 Concentraties (artikelen 37 en 41 Mw)	11
2.3 Misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw)	12
2.4 Mededingingsafspraken (artikelen 6 en 7 Mw)	12
2.5 Het begrip onderneming en de rol van de overheid als inkoper	13
2.6 Samenvatting en conclusies	15
3. Inkoopmacht	16
3.1 Inleiding	16
3.2 Concentraties aan de inkoopzijde	16
3.2.1 <i>Reacties over concentraties in de consultatie</i>	19
3.2.2 <i>Conclusie</i>	20
3.3 Misbruik van een economische machtspositie	20
3.3.1 <i>Economische machtspositie</i>	20
3.3.2 <i>Misbruik</i>	22
3.3.3 <i>Reacties over misbruik in de consultatie</i>	24
3.3.4 <i>Conclusie</i>	25
3.4 Mededingingsbeperkende afspraken	26
3.4.1 <i>Inleiding</i>	26
3.4.2 <i>Horizontale inkoop samenwerking</i>	26
3.4.3 <i>Verticale overeenkomsten</i>	29
3.4.4 <i>Reacties over samenwerking in de consultatie</i>	31
3.4.5 <i>Conclusie</i>	32
3.5 Samenvatting en conclusies	32
4. Tegenwicht tegen inkoopmacht	34
4.1 Inleiding	34
4.2 Concentraties aan de verkoopzijde	34
4.2.1 <i>Reacties over concentraties als tegenwicht in de consultatie</i>	36
4.2.2 <i>Conclusie</i>	36
4.3 Mededingingsbeperkende afspraken	37
4.3.1 <i>Inleiding</i>	37
4.3.2 <i>Horizontale verkoopsamenwerking</i>	37
4.3.3 <i>Reacties over samenwerking als tegenwicht in de consultatie</i>	40
4.3.4 <i>Conclusie</i>	41

4.4	Samenvatting en conclusies.....	41
5.	Samenvatting van de conclusies.....	42
Appendix	Beknopte weergave beoordeling van inkoopmacht.....	43

1. Introductie

1.1 De consultatie

1.1.1 Achtergronden

1. Inkoopmacht is marktmacht aan de inkoopzijde van een markt en betreft derhalve de positie van een afnemer of inkoper ten opzichte van leveranciers. Als een afnemer over een zekere mate van marktmacht beschikt, is deze mogelijkwerijs in staat om, bijvoorbeeld door schaalvoordelen, tot kortingen bij leveranciers te komen die tot lagere prijzen voor de consument leiden. Ook kan een dergelijke afnemer leveranciers brengen tot kostenefficiëntie, innovatie en productdifferentiatie. In het algemeen zal de consument hiervan uiteindelijk profiteren.
2. Maar een dergelijke afnemer is mogelijk ook in staat om zodanige inkoopvoorwaarden af te dwingen, dat de mededinging en uiteindelijk de consument hier schade van ondervinden. Zo zou een inkoper met inkoopmacht voorwaarden bij leveranciers kunnen afdwingen die de inkoper in staat stelt om zijn concurrenten uit te schakelen. Hij zou bijvoorbeeld kunnen eisen dat leveranciers niet aan zijn concurrenten leveren, waardoor deze concurrenten van de markt zouden kunnen verdwijnen. Maar ook het opleggen of afdwingen van onredelijke handelsvoorwaarden kan misbruikelijk zijn. Zoals door verschillende organisaties is opgemerkt, is het bestrijden van misbruik van inkoopmacht van groot belang.
3. Het hebben van een machtspositie is niet verboden. Maar het misbruik dat van de machtspositie kan worden gemaakt is wel verboden. De NMa kan dergelijk misbruik aanpakken. Daarnaast kan de NMa soms ook verhinderen dat er machtsposities ontstaan die de mededinging beperken. Een machtspositie die de mededinging beperkt kan bijvoorbeeld ontstaan door een concentratie tussen inkopende partijen. Tegen concentraties die leiden tot een machtspositie aan de inkoopzijde en tegen samenwerking tussen inkopende partijen die de mededinging schaadt, kan de NMa optreden.
4. Van verschillende kanten is naar voren gebracht dat inkoopmacht soms problemen oplevert en dat de NMa een actieve rol zou moeten spelen bij het bestrijden daarvan. Ook is naar voren gebracht dat een verdere verduidelijking van de normen op dit punt gewenst is. De NMa onderkent dat inkoopmacht een probleem kan zijn. Uit de beleidspraktijk van de NMa blijkt ook dat zij oog heeft voor de mogelijke problemen die inkoopmacht kan veroorzaken en dat zij dan ook ingrijpt, maar een verduidelijking op een aantal punten was, en is, gewenst.

1.1.2 Consultatieprocedure

5. De beschikkingenpraktijk van de NMa en de Europese Commissie geeft op een aantal punten houvast ten aanzien van wat toelaatbaar is en wat niet. Het zou echter te ver gaan om te beweren dat de jurisprudentie de problematiek volledig dekt en over alle mogelijke vraagstukken duidelijkheid verschaft.
6. De NMa wil informatie verschaffen over de bestaande besluiten en jurisprudentie op het gebied van inkoopmacht. Om daarnaast nog beter zicht te krijgen op dit vraagstuk heeft de NMa een consultatiedocument uitgebracht en iedereen de gelegenheid gegeven om tot half september 2004

te reageren op het document. Het consultatiedocument kan daarom worden gezien als een vaststelling van en het informeren over de huidige stand van zaken van het mededingingsrecht. Maar ook vormde het document een uitnodiging aan marktpartijen om op grond van die inventarisatie nieuwe informatie te verstrekken.

7. Naast schriftelijke reacties op het consultatiedocument bood de NMa de gelegenheid om standpunten toe te lichten en te bediscussiëren in een bijeenkomst bij de NMa die werd gehouden op 5 oktober 2004.
8. Op het consultatiedocument zijn 24 reacties binnengekomen. Daarvan zijn er 15 van (overkoepelende) brancheorganisaties of ondernemersverenigingen afkomstig, 4 van individuele marktpartijen en 5 van overheidsgerelateerde partijen en wetenschappelijke instellingen. Tijdens de hoorzitting waren 26 partijen aanwezig, waarvan het merendeel ook op het consultatiedocument had gereageerd.
9. Eén van de doelen van het consultatiedocument was het verkrijgen van concrete, onderbouwde informatie en voorbeelden. Met name om het inzicht van de NMa te vergroten op het gebied van (mogelijk misbruik) van een economische machtspositie aan de inkoopzijde.
10. Daarnaast heeft een aantal partijen aan de NMa ook om meer 'advisering' over diverse onderwerpen gevraagd. Dit geldt bijvoorbeeld voor de vraag naar de criteria voor marktafbakening en voor misbruik. Verder bleek dat er met name problemen zijn met de overheid als inkoper en aanbesteder. In het verlengde daarvan wordt gevraagd wanneer de overheid als inkoper en aanbesteder door het mededingingsrecht kan worden getroffen.¹
11. Met betrekking tot de voorbeelden van misbruik waarnaar de NMa heeft gevraagd, blijkt dat vooral wordt gewezen op aspecten als 'slikken of stikken' bij het aangaan van contracten, het plotseling en zonder overleg wijzigen van contractvoorwaarden (soms zelfs gedurende een contractperiode), het niet volgen van (soms zelfs verplichte) procedures of het naar de hand zetten daarvan, of het afdwingen van (extra) kortingen onder dreiging van omzetvermindering. Maar soms wordt ook gewezen op voor individuele partijen ongewenste gevolgen van marktwerking, zoals omzetverlies, verlies aan werkgelegenheid, toetreding van nieuwe, scherp concurrerende (buitenlandse) ondernemingen, mogelijk verlies aan kwaliteit, of het onder druk zetten van publieke belangen door het vrijgemaakt zijn van bepaalde, voorheen, beschermde sectoren. Daarbij wordt incidenteel gepleit voor het met rust laten van prijsoverleg tussen leveranciers.
12. Ook is tijdens de consultatie gewezen op de wenselijkheid, volgens partijen, van een verbod op verkopen onder de inkoopprijs of van de mogelijkheid om speciale wetgeving te creëren die is gebaseerd op het begrip 'economische afhankelijkheid'. Deze suggesties hebben betrekking op dergelijke constructies in een aantal andere Europese landen.
13. Wat de laatste twee suggesties betreft is duidelijk dat de Mededingingswet deze mogelijkheden niet biedt. Dit is een politieke afweging. Aangezien zij echter wel betrekking hebben op de werking van

¹ Het voert te ver om in dit document uitgebreid in te gaan op deze onderwerpen. Voor zover relevant voor het onderwerp inkoopmacht, komen deze onderwerpen natuurlijk aan bod. Zie ook de appendix.

markten, zal de NMa de Minister van Economische Zaken van deze suggesties op de hoogte stellen.

14. De meeste van de genoemde argumenten voor het bieden van tegenwicht tegen inkoopmacht zijn gebaseerd op bepaalde belangen. Deze belangen zijn globaal gericht op het instandhouden van de ondernemers aan leverancierszijde, waarbij alle ondernemers een bepaald eerlijk deel van het werk krijgen en op het verhinderen van de mogelijkheid om leveranciers tegen elkaar uit te spelen.
15. De NMa acht het van belang een helder beeld te schetsen van haar rol van de NMa bij het oplossen van de genoemde problemen. Daartoe bespreekt de NMa hieronder eerst welke problemen zij met de Mededingingswet niet kan oplossen. Hiermee wil de NMa bij voorbaat helderheid geven alvorens in de rest van het document in te gaan op de mogelijkheden die het mededingingsrecht wel biedt.

1.1.3 Beknopt standpunt van de NMa op de reacties van partijen

16. Ruwweg is de volgende karakterisering van de reacties te geven: de rol van overheden als inkoper(s) en aanbesteder(s) en hoe die rol wordt vervuld; voorbeelden van mogelijk misbruikelijke gedragingen van eventuele machtige inkopers; in een aantal gevallen een roep voor oplossingen voor problemen met inkoopmacht die neerkomen op het toestaan van prijsoverleg tussen leveranciers; tot slot is ook een aantal andere oplossingen gesuggereerd voor het bieden van tegenwicht tegen inkoopmacht.
17. Het standpunt van de NMa over de rol van de overheid is dat deze zonder enige twijfel van groot belang is voor de marktwerking en heel wel kan leiden tot problemen voor leveranciers. De overheid zal echter lang niet altijd onder de Mededingingswet vallen, ook niet wanneer zij invloed heeft op de marktwerking en op de werkzaamheden van individuele leveranciers. Op deze rol van de overheid zal hieronder, in paragraaf 2.5, nader worden ingegaan.
18. Om tegenwicht te bieden tegen die mogelijk zeer grote invloed van de overheid, is het heel wel denkbaar dat met name kleinere leveranciers samenwerken. Een goed voorbeeld kan zijn dat deze leveranciers gezamenlijk trachten projecten binnen te halen, die zij individueel onmogelijk zouden kunnen uitvoeren.
19. Het standpunt van de NMa over oplossingen die neerkomen op het toestaan van prijsoverleg of vaststelling is eenvoudig: dit is op basis van de Mededingingswet verboden. Ook wanneer het gaat om het aldus bieden van tegenwicht tegen de overheid als machtige inkoper.
20. Het standpunt van de NMa over oplossingen die anderszins van aard zijn, hangt vooral af van de aard van de samenwerking. Zo speelt de NMa eenvoudigweg geen rol wanneer die oplossingen geen mededingingsbeperkingen inhouden. Dat kan bijvoorbeeld spelen bij het samenwerken om tot nieuwe producten te komen, of om door samenwerking nieuwe markten te betreden. Een voorbeeld van dit laatste kan zijn het samenwerken van kleine leveranciers om grote overheidsprojecten binnen te kunnen halen.
21. Maar ook indien wel sprake is van (mogelijk) mededingingsbeperkende samenwerking, is dit lang niet altijd verboden. Indien is voldaan aan bepaalde voorwaarden, waar onderstaand dieper op wordt ingegaan, is dergelijke samenwerking mededingingsrechtelijk niet verboden. Het is niet eenvoudig

om een classificering van dergelijke samenwerkingsvormen te geven. In het visiedocument komen verschillende vormen van samenwerking ter sprake.

22. Hiervoor is al aangegeven dat een aantal problemen met inkoopmacht is gerelateerd aan klachten over marktwerking. Zo is in de consultatie gewezen op toetreding van (buitenlandse) ondernemers die scherp concurreren. Maar ook op de gevolgen van marktwerking voor geliberaliseerde, voorheen beschermde sectoren. Ook hierop zal de NMa verder niet ingaan. Marktwerking kan leiden tot problemen voor individuele marktpartijen. Zolang daar geen mededingingsrechtelijk probleem achter schuil gaat, maar die gevolgen de uitkomst(en) zijn van marktwerking, is ingrijpen door de NMa niet aan de orde.
23. Er zijn vele voorbeelden gegeven van gedragingen die als misbruik zouden kunnen worden gekarakteriseerd. Het is echter niet zo dat een gedraging als zodanig inherent misbruikelijk is (in de zin van het mededingingsrecht). Hieronder zal daar verder op in worden gegaan. Het is wel van belang om op te merken dat geen van aangereikte gedragingen vanuit een mededingingsrechtelijk perspectief is beschreven. De NMa is hierdoor niet in staat om op basis van die beschrijvingen alleen tot een oordeel over misbruik te komen. Er kan namelijk ook gewoon sprake zijn van zeer scherpe concurrentie. Vooralsnog ziet de NMa derhalve geen aanleiding om een onderzoek naar misbruik van inkoopmacht te starten in de genoemde sectoren.
24. Het is denkbaar dat bepaalde, misbruikelijk geachte, gedragingen civielrechtelijk van aard zijn, zoals bijvoorbeeld contractbreuk. In het algemeen geldt dat hiervoor de rechter kan worden ingeschakeld. Zo voorziet het burgerlijk recht in geschillen over standaardvoorwaarden en “kennelijk onredelijke bedingen”. Daarin bevindt zich ook het leerstuk “eerlijke mededinging”, waarover omvangrijke jurisprudentie bestaat (waaronder over onrechtmatige daad). In een aantal gevallen die bij de NMa zijn gemeld, zou een gang naar de rechter eerder in de rede liggen.
25. Er is wel gezegd dat leveranciers bepaalde problemen niet durven aankaarten bij de rechter, juist omdat zij bang zijn dat de machtige inkoper ze daarvoor zal afstraffen. De NMa kan hier alleen over opmerken dat zij slechts zal kunnen optreden indien zij over die praktijken relevante en concrete gegevens beschikt of kan beschikken.
26. Tot slot is nog van belang te wijzen op het feit dat de NMa bezig is om haar Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven² te herzien. Hierin zal meer duidelijkheid worden verschaft over de vraag hoe de NMa tegen bepaalde vormen van samenwerking en de rol van brancheorganisaties aankijkt. Dit zal dan ook in dit document niet aan de orde komen.

1.2 *Visiedocument*

27. Op basis van het consultatiedocument en de consultatie publiceert de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) thans een visiedocument over inkoopmacht. Voor een deel komt het visiedocument overeen met het consultatiedocument. Dit is met name het geval voor de inventarisatie en beschrijving van de huidige stand van zaken van het mededingingsrecht: wetgeving, jurisprudentie en beleidspraktijk van mededingingsautoriteiten.

² Zie hierover verder paragraaf 3.4.2.

Daarnaast geeft de d-g NMa in dit document ook zijn visie op wat er tijdens de consultatie naar voren is gebracht en, zoals hiervoor beschreven, mededingingsrechtelijk relevant is of kan zijn.

28. De NMa gaat als volgt met de verkregen informatie om in dit visiedocument. Zoveel mogelijk zal zij aangeven wat het mededingingsrechtelijke kader is van waaruit zij de aangedragen problemen met inkoopmacht beschouwt. Daar waar om verduidelijking is gevraagd, zal die verduidelijking waar mogelijk worden gegeven. Door partijen is naar voren gebracht dat zij het wenselijk achten om soms gezamenlijk afspraken te maken om zich teweer te stellen tegen problemen van inkoopmacht. Ook hierover zal de NMa een standpunt formuleren vanuit het mededingingsrechtelijke perspectief.
29. De NMa zal derhalve niet verder in (kunnen) gaan op problemen die naar voren zijn gebracht en die niet mededingingsrechtelijk zijn op te lossen. Dit neemt niet weg dat de NMa begrip heeft voor de aard van sommige van die problemen en deze problemen zal doorgeven aan de Minister van Economische Zaken.

1.3 *Hoofdstukindeling*

30. Dit document is als volgt opgebouwd. In hoofdstuk 2 komt het juridische kader van het mededingingsrecht beknopt aan bod. In hoofdstuk 3 komen de mogelijkheden die het mededingingsrecht biedt voor ingrijpen bij inkoopmacht aan de orde. Hoofdstuk 4 gaat in op oplossingen binnen het mededingingsrechtelijke kader. In hoofdstuk 5 volgt een samenvatting van de conclusies. Waar mogelijk zal de NMa in elk hoofdstuk ook ingaan op wat de consultatie heeft betekend voor de wijze waarop de NMa met problemen van inkoopmacht denkt om te zullen gaan. In de appendix tot slot is een geanonimiseerde versie van de schriftelijke reacties op het consultatiedocument opgenomen. Hierin zal de NMa ook (samengevat) haar standpunt over die reacties verwoorden.

2. Het mededingingsrecht in kort bestek

2.1 Inleiding

31. In dit hoofdstuk wordt een beknopt overzicht gegeven van het algemene mededingingrechtelijke kader met betrekking tot:
- concentraties;
 - misbruik van economische machtspositie;
 - mededingingsbeperkende afspraken.
32. In de Mededingingswet (hierna: Mw) is zoveel mogelijk de formulering van de Europese mededingingsregels overgenomen. De toepassing van de Mededingingswet wordt in belangrijke mate beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie (hierna: Commissie) en door de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie en Gerecht van Eerste Aanleg. De groepsvrijstellingen van de Commissie gelden ook voor Nederland.³ Groepsvrijstellingen zijn algemeen geldende vrijstellingen voor afspraken tussen concurrenten onderling en/of afspraken tussen leveranciers en afnemers. Afspraken tussen concurrenten heten ook wel 'horizontale' afspraken. Afspraken tussen leverancier en afnemer heten ook wel 'verticale' afspraken. Door de Europese groepsvrijstellingen geldt voor bepaalde soorten afspraken ook een vrijstelling van het Nederlandse verbod op mededingingsbeperkende afspraken. Bekendmakingen van de Commissie, zoals de Richtsnoeren voor horizontale en verticale overeenkomsten⁴, hebben deze status niet. Op grond van het uitgangspunt dat de Mededingingswet niet strenger of soepeler zal zijn dan de Europese mededingingsregels, zal de NMa in beginsel conform de door de Commissie opgestelde Richtsnoeren opereren. In dit consultatiedocument zal de NMa dan ook wijzen op zowel groepsvrijstellingen als richtsnoeren die voor het onderwerp relevant zijn.
33. Per 1 mei 2004 zijn de Lidstaten van de Europese Gemeenschap (hierna: EG) gehouden om ook de artikelen 81 en 82 EG toe te passen.⁵ Artikel 81, eerste lid, EG-verdrag (hierna: art. 81(1) EG) behelst het Europese kartelverbod, artikel 81, derde lid, EG-verdrag (hierna: art. 81(3) EG) de gronden waarop per 1 mei 2004 een wettelijke uitzondering van het kartelverbod geldt. Artikel 82 EG behelst het Europese verbod op misbruik van een economische machtspositie. Met het oog hierop dient hieronder voor artikel 6, eerste lid Mw tevens artikel 81(1) EG te worden gelezen, voor artikel 6, derde lid Mw ook artikel 81(3) EG en voor artikel 24 Mw ook artikel 82 EG, voor zover aan de voorwaarden van het Europese én het nationale kartelverbod respectievelijk het verbod op misbruik van economische machtsposities is voldaan.

³ Krachtens de artikelen 12 en 13 Mw. Met name voor onderhavig onderwerp zijn relevant Verordening 2658/2000 (betreft specialisatieovereenkomsten), Verordening 2659/2000 (betreft onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten) en Verordening 2790/1999 (betreft verticale overeenkomsten).

⁴ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Mededeling van de Commissie van 6 januari 2001, Pb 2001, C 3/2 (hierna: Richtsnoeren Horizontalen) en Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Mededeling van de Commissie van 13 oktober 2000, Pb 2000, C 291/1 (hierna: Richtsnoeren Verticalen).

⁵ 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 nr. L001 blz. 1, 2003/01/04 (hierna: Verordening 1/2003).

2.2 Concentraties (artikelen 37 en 41 Mw)

34. De Mededingingswet verplicht ondernemingen om een voorgenomen concentratie van een zekere omvang bij de NMa te melden. Deze concentraties kunnen naar hun aard horizontaal (tussen concurrenten), verticaal (tussen een leverancier en een afnemer) of conglomeraat (anderszins) van aard zijn. De NMa onderzoekt na een melding of voor deze concentratie een vergunning is vereist. Dit is het geval indien er reden is om aan te nemen dat als gevolg van die concentratie een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.⁶ Een vergunning wordt geweigerd als na nader onderzoek blijkt dat de voorgenomen concentratie inderdaad een dergelijk gevolg heeft. De NMa beziet hierbij de effecten van de concentratie op de relevante verkoop- én inkoopmarkten. Een economische machtspositie is gedefinieerd als: *“positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen”*.⁷
35. Met het begrip ‘markt’ in het mededingingsrecht wordt de ‘relevante markt’ bedoeld.⁸ De voornaamste doelstelling van de marktbevestiging is de vaststelling van de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd.⁹ Kort gezegd komt het er op neer te onderzoeken in hoeverre ondernemingen en consumenten over alternatieven beschikken. Specifiek voor de leveranciers op een inkoopmarkt zijn hier twee factoren met name van belang. In de eerste plaats in hoeverre leveranciers over alternatieve afzetkanalen beschikken, bijvoorbeeld in de vorm van het aantal afnemers waar zij aan kunnen leveren. In de tweede plaats hoe gemakkelijk het is om de inkoopmarkt te betreden aan de afnemerszijde. Dit laatste zal vaak samenhangen met de toetredingsmogelijkheden op verkoopmarkten, immers inkoop heeft alleen zin indien er (uiteindelijk) een te verkopen product of dienst mee wordt geproduceerd.
36. Met betrekking tot deze mogelijkheden voor een leverancier om producten af te zetten, gaat het er niet om dat elke individuele leverancier over allerlei afzetmogelijkheden beschikt. Zo kan er sprake zijn van veel inkopers bijvoorbeeld, maar kan de leverancier zich voor een belangrijk deel van zijn afzet voor een bepaalde periode hebben verbonden aan een specifieke inkoper. Voor de betrokken individuele leverancier is er dan gedurende die bepaalde periode weliswaar geen andere afzetmogelijkheid meer, maar op de markt als geheel heeft de betrokken inkoper geen inkoopmacht. In het volgende hoofdstuk zal hier nog nader op worden ingegaan.

⁶ Artikel 37, tweede lid, Mw.

⁷ Artikel 1, aanhef en onder i, Mw

⁸ Hiervoor is behulpzaam de Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht van de Commissie, Mededeling van de Commissie van 9 december 1997, Pb 1997, C 372/5 (hierna: Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt).

⁹ Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, randnummer 2.

2.3 *Misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 Mw)*

37. Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.¹⁰ Misbruik van een economische machtspositie kan zich zowel aan de aanbod- als aan de vraagzijde voordoen. De definitie van een economische machtspositie is hiervoor, bij het juridisch kader voor concentratiecontrole, aangegeven.¹¹ Ook hier begint de analyse met het vaststellen van de relevante markt.
38. Misbruik van een economische machtspositie kan zich op verschillende wijzen voordoen. Een eerste vorm is die waarbij sprake is van uitbuiting van de economische machtspositie om voordelen te behalen die in een situatie van voldoende concurrentie niet mogelijk zijn. Een tweede vorm is die waarbij een onderneming die een economische machtspositie heeft, haar eigen positie tracht te versterken ten opzichte van haar concurrenten op een andere wijze dan door eerlijke concurrentie. Overigens is in de praktijk veelal sprake van een combinatie van deze vormen van misbruik.¹² In het volgende hoofdstuk zal hier verder op in worden gegaan.
39. Voor het van toepassing zijn van het verbod van artikel 24 Mw is niet vereist dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de economische machtspositie en het misbruik. De economische machtspositie en het misbruik hoeven ook niet op dezelfde markt betrekking te hebben. Evenmin is vereist dat de economische machtspositie het middel is voor het misbruik. Gewone commerciële gedragingen, die ook bij ondernemingen zonder economische machtspositie voorkomen, kunnen strijd met het verbod opleveren als zij zich voordoen bij een onderneming met een economische machtspositie. Immers, ondernemingen met een economische machtspositie hebben een bijzondere verantwoordelijkheid.

2.4 *Mededingingsafspraken (artikelen 6 en 7 Mw)*

40. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst (hierna ook: kartelverbod).¹³
41. Het kartelverbod maakt geen onderscheid tussen samenwerking aan de verkoop- dan wel inkoopzijde, noch tussen horizontale en verticale overeenkomsten. Het kartelverbod kan op al deze

¹⁰ Artikel 24 Mw.

¹¹ Zie randnummer 17.

¹² Als voorbeelden van misbruik in de zin van het verbod van artikel 24 Mw zijn, naar analogie van artikel 82 EG, te beschouwen: a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden, b. het beperken van de productie de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers, c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging, d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten. Doordat hier duidelijk sprake is van een opsomming van voorbeelden, kunnen ook andere vormen van misbruik, zoals het nadeel toebrengen aan andere marktdeelnemers, onder het begrip misbruik vallen.

¹³ Artikel 6, eerste lid, Mw.

situaties van toepassing zijn. Indien echter sprake is van overeenkomsten tussen een beperkt aantal ondernemingen met een geringe gezamenlijke omzet, dan geldt het kartelverbod niet.¹⁴ Om onder het kartelverbod te vallen, moet sprake zijn van een merkbare mededingingsbeperking. Slechts indien de betrokken gedragingen, wegens de zwakke positie van de betrokken partijen op de markt, de markt slechts in zeer geringe mate kunnen beïnvloeden, is geen sprake van een merkbare mededingingsbeperking. Een mededingingsbeperking die niet-merkbaar is, is dus op grond van artikel 6 Mw niet verboden. Bepaalde merkbare mededingingsbeperkende overeenkomsten genieten een groepsvrijstelling.

42. Ook een merkbaar mededingingsbeperkende overeenkomst die niet onder een groepsvrijstelling valt, valt onder bepaalde voorwaarden onder de wettelijke uitzondering op het kartelverbod.¹⁵ Dit is het geval wanneer de overeenkomst bijdraagt tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Wel moet ook een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komen en mogen aan de betrokken ondernemingen geen beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn of die de mogelijkheid geven de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten uit te schakelen. Ondernemingen zullen zélf moeten toetsen of hun mededingingsbeperkende afspraken aan de criteria voor de wettelijke uitzondering voldoen.¹⁶

2.5 *Het begrip onderneming en de rol van de overheid als inkoper*

43. De Mededingingswet heeft alleen betrekking op ondernemingen. Een onderneming is elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd. Onder een economische activiteit is te verstaan het aanbieden van goederen of diensten op een markt.¹⁷ Consumenten zijn bijvoorbeeld geen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet. Zij bieden immers geen goederen of diensten op een markt aan, maar zijn eindgebruikers van de aangeboden goederen en diensten.
44. Het begrip onderneming is vooral van belang in verband met overheidsorganen. Als een overheidsorgaan een economische activiteit uitoefent (goederen of diensten op een markt aanbiedt), is zij een onderneming in de zin van de Mededingingswet en is de Mededingingswet op deze gedragingen van toepassing. De Mededingingswet is dan ook van toepassing voor zover dit overheidsorgaan ten behoeve van deze economische activiteit zelf goederen of diensten inkoopt. Wanneer een overheidsorgaan echter een zogeheten overheidsprerogatief uitoefent, is zij geen

¹⁴ Artikel 7 Mw, ook wel 'bagatelvrijstelling' genoemd.

¹⁵ Artikel 6, derde lid, Mw.

¹⁶ Tot 1 augustus 2004 bestond het regime van ontheffingen: indien een merkbaar mededingingsbeperkende overeenkomst niet onder een groepsvrijstelling valt, was onder bepaalde voorwaarden een ontheffing van het kartelverbod mogelijk. Deze voorwaarden van, toen, art. 17 Mw zijn gelijk aan die van het huidige art. 6, derde lid Mw. De ontheffing werd verleend door de d-g NMa.

Conform het Europese regime is met ingang van 1 augustus 2004 deze ontheffingsmogelijkheid afgeschaft en is de tekst van artikel 17 Mw als derde lid toegevoegd aan artikel 6 Mw, waarmee dit een wettelijke uitzondering is geworden en geen ontheffing meer wordt verleend.

In onderstaande zal, vanwege de verwijzing naar stukken die dateren van vóór 1 augustus 2004, soms nog worden gesproken over ontheffingen.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 1 augustus 2001 van de Rechtbank Rotterdam, MEDED 99/1874-SIMO, *Amsterdamse bloemenmarkt*

onderneming in de zin van de Mededingingswet, en daarom ook niet voor inkoopactiviteiten.¹⁸

45. Uit de consultatie is gebleken dat in de ogen van marktpartijen met name de overheid als machtige inkoper veel problemen oplevert. Partijen vragen onder meer aan de NMa om meer helderheid te verschaffen over de rol van de overheid als machtige inkoper.
46. Het hoeft geen betoog dat de overheid als inkoper en aanbesteder een grote invloed op markten en marktpartijen heeft. Deze invloed kan positief en negatief zijn. Dit wordt ook bevestigd en geanalyseerd in de rapportage van september 2004 van de Britse Office of Fair Trading, getiteld *Assessing the impact of public sector procurement on competition*.¹⁹
47. Dat de overheid vaak als grote inkopende partij ook een grote, wellicht soms negatieve invloed uitoefent betekent echter niet dat de Mededingingswet van toepassing is. Zoals al gesteld is sprake van een onderneming indien deze goederen en diensten op de markt aanbiedt. Uit hoofde van die activiteit kopen ondernemingen ook in. Maar de overheid koopt in het algemeen in ten behoeve van het publieke belang. In die hoedanigheid is de overheid dan geen onderneming.
48. Natuurlijk is in bepaalde gevallen denkbaar dat de overheid wel degelijk ook goederen en diensten op de markt aanbiedt. In dat geval is de overheid voor die activiteit een onderneming. Aangezien de overheid als onderneming dan ook zal inkopen, is de Mededingingswet van toepassing. Als sprake zou zijn van een economische machtspositie aan de inkoopzijde van de markt voor de betrokken overheid als onderneming, dan is in het bijzonder sprake van de mogelijkheid van misbruik van inkoopmacht.
49. In de consultatie is gevraagd om concrete, feitelijke en onderbouwde voorbeelden. Deze zijn voor de soms geuite stelling dat de overheid wel als onderneming zou moeten worden gezien echter niet gegeven. De voorbeelden waarbij de gedragingen van de overheid misbruikelijk zijn genoemd, hadden geen betrekking op het handelen van de overheid als onderneming. Het is dan ook op grond van de consultatie niet gebleken dat de overheid als onderneming is opgetreden.
50. Eén van de problemen die is gesignaleerd, is dat overheden soms tot bundeling van kleinere projecten tot één groot aan te besteden project zijn overgegaan. Hiervan zijn kleinere ondernemingen de dupe: zij komen wel voor één of enkele van de kleinere projecten in aanmerking, maar niet voor het grote project. Het mag echter duidelijk zijn dat door bundeling van hun krachten deze kleinere leveranciers in staat geacht mogen worden om ook voor de grotere projecten in aanmerking te komen. Mededingingsrechtelijk is hier in principe niets op tegen.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld het arrest van 4 maart 2003 van het Gerecht van Eerste Aanleg, zaak T-319/99, *FENIN vs Commissie*, m.n. randnummers 35-40. In dit arrest heeft het Gerecht van Eerste Aanleg gesteld dat inkoop van de overheid enkel als ondernemingactiviteit moet worden gezien indien de activiteit ten behoeve waarvan wordt ingekocht als economische activiteit kan worden gekwalificeerd. Met andere woorden, de kwalificatie van inkoop volgt die van de hoofdactiviteit. Hogere voorziening bij het Hof loopt.

¹⁹ Rapportage nummer OFT 742. Voor de samenvatting van deze rapportage, zie <http://www.offt.gov.uk/NR/rdonlyres/5DE3FFD9-88C6-4A6E-9A36-7DBEBB1B20A8/0/off742a.pdf>.

51. Sommige partijen hebben (echter ook) ingezien dat de overheid als inkoper beter direct zelf kan worden benaderd om eventuele problemen te bespreken en zo mogelijk op te lossen. De Mededingingswet kan hierin geen rol spelen.

2.6 *Samenvatting en conclusies*

52. In dit hoofdstuk is het mededingingsrechtelijke kader behandeld van:

- concentraties;
- misbruik van economische machtspositie;
- mededingingsbeperkende afspraken.

Dit mededingingsrechtelijke kader bestaat uit de Mededingingswet, de Nederlandse en Europese jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk van de NMa en de Commissie.

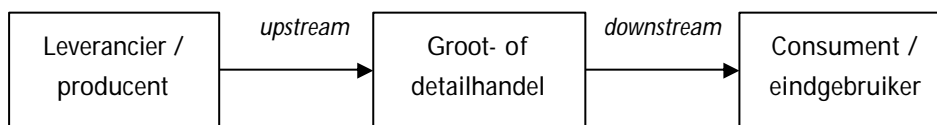
53. Het mededingingsrecht staat het ontstaan of versterken van een machtspositie door het aangaan van een concentratie tussen ondernemingen in de weg. Het mededingingsrecht verbiedt daarnaast misbruik van een economische machtspositie. Het mededingingsrecht verbiedt tot slot mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen, waaronder zowel afspraken tussen concurrenten als afspraken tussen leveranciers en afnemers/inkopers vallen. Deze afspraken kunnen echter onder een groepsvrijstelling vallen of in het verleden voor een ontheffing in aanmerking zijn gekomen die thans nog voortduurt. Ook kunnen merkbaar mededingingsbeperkende afspraken voldoen aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering op het kartelverbod. Of, en zo ja, hoe de NMa het mededingingsrechtelijke kader kan inzetten in gevallen waarin sprake is van inkoopmacht, komt in het vervolg van dit consultatiedocument aan de orde.
54. Daarbij zullen de jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk op het gebied van inkoopmacht een prominente rol spelen. Hierin verschaffen de betreffende instanties duidelijkheid over welke afwegingen in concrete situaties een rol spelen.
55. Hoewel de overheid vaak een belangrijke inkoper is op markten, koopt zij in het algemeen goederen en diensten in ten behoeve van haar functioneren als overheid. De overheid treedt dan niet op als een onderneming. In dat geval is de Mededingingswet niet van toepassing.

3. Inkoopmacht

3.1 Inleiding

56. Zoals in het eerste hoofdstuk is gezegd, kan inkoopmacht voordelen voor de consument opleveren en ertoe leiden dat leveranciers efficiënter en innovatiever gaan werken. Maar het kan ook leiden tot mededingingsrechtelijke problemen zoals met name het misbruiken van een economische machtspositie.
57. In dit hoofdstuk komen de specifieke mededingingsrechtelijke aspecten van inkoopmacht aan de orde. Tevens wordt besproken wat de NMa kan doen om eventuele problemen vóór te zijn of op te lossen. De nadruk ligt in dit hoofdstuk op het oplossen van de problemen aan de inkoopzijde. De volgorde van de te behandelen onderwerpen is: concentraties (paragraaf 3.2), misbruik van een economische machtspositie (paragraaf 3.3) en mededingingsbeperkende afspraken (paragraaf 3.4).
58. In dit consultatiedocument gaat de NMa uit van de volgende vereenvoudigde schematische weergave van de productiekolom:

Schematische weergave van de productiekolom



59. Een productiekolom wordt vaak gekenmerkt door meerdere gerelateerde markten. Bijvoorbeeld een markt voor grondstoffen, een markt voor tussenproducten of halffabrikaten, een groothandelsmarkt en een markt voor het eindproduct. In bovenstaande figuur is sprake van een eenvoudige weergave van zo'n kolom met een markt voor het eindproduct (de *downstream*-markt) en een *upstream*-markt met de handel in een centrale positie op beide markten.²⁰ Op de *downstream*-markt opereren handelaren of distributeurs als aanbieders en consumenten als vragers. De aanbieders op die *downstream*-markt zijn zelf weer inkopers (vragers) op de *upstream*-markt en staan daar tegenover leveranciers (of producenten) die de aanbieders vormen op die markt. Een vrager op een *upstream*-markt is derhalve ook een aanbieder op een *downstream*-markt. Het hoeft echter niet zo te zijn dat de vragers op een *upstream*-markt ook de aanbieders zijn op dezelfde *downstream*-markt.

3.2 Concentraties aan de inkoopzijde

60. Een concentratie die marktmacht van een afnemer in het leven roept of versterkt kan de daadwerkelijke mededinging op significante wijze belemmeren. Bij het onderzoeken van de gevolgen van een concentratie wordt in de regel eerst de relevante markt bepaald. Vervolgens analyseert de

²⁰ In een algemener weergave van de productiekolom zouden er meerdere *upstream*-markten (en daarmee ook *downstream*-markten) bestaan. Inkoop- en verkoopmacht kunnen op elk van die markten bestaan.

NMa of sprake is van het tot stand brengen of versterken van een economische machtspositie op de relevante markt. Centraal staan de ondernemingen die een concentratie willen aangaan. Voor het afbakenen van de relevante markt is vooral van belang vast te stellen over welke alternatieve afzetkanalen leveranciers beschikken. Immers, naarmate een relevante markt ruimer is, is over het algemeen de kans geringer dat een afnemer over een economische machtspositie beschikt of gaat beschikken.²¹ Het marktaandeel speelt hierbij vaak een belangrijke rol. De relevante markt is ruimer naarmate de leveranciers gemakkelijker naar meer (andere) afnemers kunnen overstappen of wanneer de leveranciers hun productie kunnen aanpassen richting andere toepassingen, zonder significante additionele kosten.

61. In zes zaken heeft (het ontstaan of versterken van) inkoopmacht van de concentrerende partijen er (mede) toe geleid dat door de d-g NMa mededingingsrechtelijke problemen zijn gesignaleerd. Daarvan heeft de NMa in drie zaken geconcludeerd dat de concentratie alleen onder voorwaarden is toegestaan.²² In de drie andere zaken concludeerde de NMa dat de concentratie (mede) vanwege inkoopmacht op problemen zou stuiten, en derhalve een vergunning was vereist, waarna de betrokken ondernemingen de concentratie niet hebben doorgezet.²³ Een voorbeeld van de overwegingen die bij de beoordeling een rol spelen is te vinden in het besluit van de d-g NMa in de zaak *Vendex Food – De Boer Unigro*.²⁴

Voorbeeld 1:

In de zaak *Vendex Food – De Boer Unigro*, waar het ging om een fusie tussen de Vendex Food Groep en De Boer Unigro, heeft de NMa de gevolgen van deze concentratie op onder andere de markt voor inkoop van levensmiddelen onderzocht. De d-g NMa concludeerde dat indien de gefuseerde onderneming zich zou aansluiten bij een bepaalde inkoopcombinatie waar één van de fuserende partijen voor de fusie reeds bij was aangesloten (Superunie), er sprake zou zijn van een aanzienlijke vergroting van het inkooptaandeel van deze inkoopcombinatie.

62. Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat het ook van belang is om de invloed vast te stellen van macht van de betrokken ondernemingen aan de vraagzijde op hun positie op *downstream*-markten. Dit blijkt onder meer uit de beschikking van de Commissie inzake *Rewe/Meinl*.²⁵

Voorbeeld 2:

De zaak *Rewe/Meinl* betrof (oorspronkelijk) de overname door Rewe van Julius Meinl AG. Uit het onderzoek van de Commissie is gebleken dat de concentratie zou leiden tot het ontstaan van een overheersende positie op de Oostenrijkse

²¹ Echter, ook indien een onderneming een groot marktaandeel zou hebben op de inkoopzijde van zijn relevante markt, hoeft hij nog niet over een economische machtspositie te beschikken. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat de concurrentiedruk van potentiële concurrenten heel groot is of dat sprake is van een vorm van tegenmacht aan de zijde van de leveranciers. Daarom dient ook naar deze vormen van concurrentiedruk te worden gekeken.

²² Besluit van de d-g NMa van 15 juli 1998, zaak 811, *Vendex Food – De Boer Unigro*; besluit van de d-g NMa van 7 juli 1999, zaak 1132, *FCDF/De Kievit*; besluit van de d-g NMa van 13 maart 2000, zaak 1528, *Wegener Arcade – VNU Dagbladen*.

²³ Besluit van de d-g NMa van 1 februari 1999 in zaak 1173, *Campina Melkunie – Zuiver Zuivel/De Vereeniging*; besluit van de d-g NMa van 3 januari 2001, zaak 2198, *Schuitema – Sperwer*; besluit van de d-g NMa van 6 november 2002, zaak 3052, *LibertyMedia-Casema*.

²⁴ Besluit van de d-g NMa van 15 juli 1998, zaak 811, *Vendex Food – De Boer Unigro*, randnummers 48, 49, 55 en 56.

²⁵ Beschikking van de Commissie van 3 februari 1999, zaak IV/M.1221, *Rewe – Meinl*, randnummers 71-74.

markt van de distributie van voornamelijk levensmiddelen, alsmede tot het ontstaan of versterken van een overheersende positie op negen markten van gebruikelijke consumptiegoederen.

De Commissie hanteerde in dit verband overwegingen die ertoe strekten dat het uitoefenen van macht aan de vraagzijde van de markt niet per definitie nadelig was voor de economie als geheel (zelfs welvaartsverhogend kan werken), maar dat dit pas het geval kon zijn wanneer een machtige inkoper ook een sterke positie heeft op zijn verkoopmarkt. Omdat volgens de Commissie in deze zaak een grote onderlinge afhankelijkheid bestaat tussen de distributie- en de inkoopmarkt, kan een partij met een sterke positie op één van beide markten deze positie gebruiken om zijn positie op de andere markt te vergroten. Op de korte termijn zal de consument hier volgens de Commissie van profiteren, omdat de afnemer zijn inkoopvoordelen zal inzetten om concurrenten van de markt te drukken. Op de langere termijn zal de consument echter slechter af zijn, omdat de afnemer geen rekening meer hoeft te houden met de consument, en de machtige inkoper bovendien in staat is te bepalen welk nieuw product een leverancier succesvol op de markt kan brengen.

63. De mededinging op de *downstream*-markten kan met name ongunstig worden beïnvloed wanneer de kans groot is dat de geconcentreerde onderneming haar inkoopmacht zal gebruiken om zo de markt tegen haar concurrenten af te schermen.²⁶ Dit blijkt uit een ander voorbeeld uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie, de zaak *Kesko/Tuko*.²⁷

Voorbeeld 3:

In de zaak *Kesko/Tuko* zou Kesko, een Fins concern dat actief is in de distributie van dagelijkse consumptiegoederen, na de overname van Tuko, een eveneens Finse onderneming die in dezelfde sector actief is, over veel macht als afnemer gaan beschikken. Producenten zouden zich voor ten minste 55% van de Finse markt noodgedwongen tot Kesko moeten richten om hun producten via de detailhandel te kunnen afzetten. Deze macht zou ook nog toenemen door de combinatie van de succesvolle huiskamerproducten van Kesko en Tuko, die zij zouden kunnen gebruiken als een bijkomend wapen in de onderhandelingen met de producenten, om extra concessies, zoals lagere prijzen of meer marketingondersteuning, af te dwingen.

64. Dezelfde analyse van de positie van de concentrerende ondernemingen op de *downstream*-markt speelt een rol in het NMa-besluit *Schuitema - A&P*.²⁸

Voorbeeld 4:

In de zaak *Schuitema - A&P* concludeerde de NMa dat de supermarktcombinatie met een marktaandeel van minimaal 38% een belangrijke positie heeft tegenover de leveranciers, maar dat er voldoende relativerende factoren waren die ertoe strekken dat de supermarktcombinatie op de *downstream*-markt geen machtspositie heeft.

65. Om te kunnen beoordelen of een concentratie de daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou belemmeren door het in het leven roepen of versterken van een machtspositie aan de inkoopzijde, moet ook een analyse plaatsvinden van de mogelijke positieve en negatieve effecten van

²⁶ Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op de grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, Mededeling van de Commissie, Pb 2004, L 24/1 (hierna: Richtsnoeren Horizontale concentraties), randnummer 61.

²⁷ Beschikking van de Commissie van 20 november 1996, zaak IV/M.784, *Kesko/Tuko*, Pb 1997, L 110/ 53, randnummers 133, 144 en 151-153.

²⁸ Besluit van de d-g NMa van 17 juli 2000, zaak 1710, *Schuitema - A&P*.

een concentratie op de concurrentieomstandigheden op de stroomopwaartse markten.²⁹

66. Inkoopmacht kan gunstig uitwerken voor de consument. Wanneer inkoopmacht tot verlaging van de productiekosten leidt zonder dat de mededinging of de totale productie wordt beperkt, zal een aandeel in die kostenbesparingen waarschijnlijk aan de gebruikers worden doorgegeven in de vorm van lagere prijzen.³⁰
67. Negatieve effecten van inkoopmacht kunnen zich voordoen wanneer een geconcentreerde onderneming aanbieders aan zich bindt op zodanige wijze dat deze worden ontmoedigd aan concurrenten van de geconcentreerde onderneming te leveren. Voorts kan inkoopmacht tot gevolg hebben dat een onderneming een "poortwachtersfunctie" verwerft. Deze onderneming heeft dan een zodanig krachtige greep op de distributiemogelijkheden van een bepaald product dat zij de concurrentieverhoudingen op de *upstream*-markt kan bepalen. Dit kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat deze onderneming kan beslissen welke ondernemingen op die *upstream*-markt actief kunnen zijn en welke niet, en of een nieuw product wel of niet succesvol kan worden geïntroduceerd. In dergelijke gevallen bestaat de mogelijkheid dat de concentratie wordt verboden of dat er door de concentrerende ondernemingen maatregelen moeten worden genomen om bedoelde gevolgen te voorkomen.

3.2.1 Reacties over concentraties in de consultatie

68. In sommige reacties op het consultatiedocument wordt gewezen op het negatieve karakter van concentraties. Zo worden concentraties als ongewenst beschouwd, omdat zij de onderlinge concurrentie uitschakelen. Daarnaast is gewezen op het punt dat de NMa slechts kijkt naar de gevolgen voor de Nederlandse markt en geen rekening houdt met het feit dat sommige ondernemingen juist op een grotere dan de Nederlandse markt opereren.
69. De NMa heeft over de eerste reactie het volgende standpunt. Concentraties worden juist onder de loep genomen met het oog op de (ongewenste) uitschakeling van de concurrentie. Maar concentraties zijn niet per se ongewenst. Er zijn bij concentraties die geen marktmacht van een afnemer in het leven roepen of versterken geen problemen te verwachten.
70. De NMa heeft over de tweede reactie het volgende standpunt. De NMa zal waar nodig steeds per geval onderzoeken in hoeverre er sprake is van internationale concurrentie. Is deze voldoende sterk, dan wordt in de analyse uitgegaan van een ruimere dan nationale markt. Anderzijds is het uitgangspunt van de Mededingingswet dat het door fusies en overnames ontstaan van machtsposities op markten die (mede) Nederland omvatten, moet worden voorkomen. Het ontstaan van een machtspositie in Nederland kan niet worden toegestaan op grond van de overweging dat daarmee de concurrentiepositie van de desbetreffende bedrijven in het buitenland wordt verbeterd.

²⁹ Richtsnoeren Horizontale concentraties, randnummer 63.

³⁰ Richtsnoeren Horizontale concentraties, randnummer 62.

3.2.2 Conclusie

71. De NMa neemt in het concentratietoezicht in elk geval de volgende elementen ten aanzien van een concentratie aan de inkoopzijde in ogenschouw: de marktpositie van de te concentreren ondernemingen, de positie van deze ondernemingen op hun eigen *downstream*-markten, de positie van de leveranciers en de mogelijkheden die de concentratie biedt om concurrenten uit te sluiten of leveranciers of producten van de markt te weren.
72. Concentraties aan de inkoopzijde waarbij het om grote marktaandelen gaat en waarbij sprake is van veel, kleine, toeleveranciers, alsmede van een machtige positie op de eigen *downstream*-markten voor de geconcentreerde ondernemingen, kunnen op mededingingsrechtelijke bezwaren stuiten. Het is dan namelijk denkbaar dat door de machtige inkooppositie de toeleveranciers tegen elkaar worden uitgespeeld. Bijvoorbeeld doordat de inkoper bij leveranciers minder gaat inkopen om aldus lagere tarieven af te dwingen. De kans is vervolgens groot dat de lagere tarieven niet aan de consument ten goede komen of zelfs tot een verslechtering leiden. Door de mogelijke machtige positie op de *downstream*-markt is er namelijk voor de betrokken geconcentreerde onderneming geen prikkel om de lagere tarieven ten behoeve van de concurrentie in te zetten. Zeker als de onderneming de lagere tarieven heeft afgedwongen door minder af te nemen, kan de consument zelfs slechter af zijn omdat er minder te kiezen valt of omdat de prijzen van de betrokken producten zelfs stijgen. Minder inkoop zal immers ook minder verkoop op de *downstream*-markt betekenen.

3.3 Misbruik van een economische machtspositie

3.3.1 Economische machtspositie

73. Om een economische machtspositie vast te stellen is het nodig de relevante markt af te bakenen, net zoals dat het geval is bij concentratiezaken. Voor het bepalen van de relevante markt met het oog op de vaststelling van een economische machtspositie aan de inkoopzijde, zijn de alternatieve afzetkanalen die toeleveranciers hebben van belang. Vervolgens is het noodzakelijk de positie van de onderneming met de veronderstelde inkoopmacht op de relevante markt vast te stellen. Overwegingen over de afzetkanalen voor toeleveranciers bij het bepalen van de inkoopmachtspositie van een onderneming zijn opgenomen in het NMa-besluit in de zaak *Amicon*.³¹

Voorbeeld 5:

Zorgverzekeraar *Amicon* zou als inkoper van incontinentiemateriaal misbruik maken van haar inkoopmacht. Om te kunnen beoordelen of er sprake was van inkoopmacht, was het noodzakelijk om de relevante markt af te bakenen waarop *Amicon* als inkoper actief was. De inkoop van incontinentiemateriaal door *Amicon* vond plaats door directe inkoop bij met name producenten, importeurs en groothandelaren.

Uitgaande van de meest enge definitie van de relevante productmarkt, te weten de markt voor incontinentiemateriaal, staan aan de vraagzijde van de markt voor het inkopen van incontinentiemateriaal niet alleen ziekenfondsen, maar ook andere zorginstellingen, zoals verpleegtehuizen. *Amicon* vergoedde maximaal 4,0% van de totale uitgaven voor incontinentiemateriaal. *Amicon* was derhalve niet in staat zich onafhankelijk te gedragen ten opzichte van de producenten van incontinentiemateriaal en nam dan ook geen economische machtspositie in. Het feit dat *Amicon* een

³¹ Besluit van de d-g NMa van 18 juni 1999, zaak 882, *Oostnederland-Leverancier hulpmiddelen m.b.t. diabetes/incontinentie/stomamiddelen*. Zie ook het besluit op bezwaar van 13 december 2000 in dezelfde zaak, zaaknummer 882.

bepaalde vraag vertegenwoordigde van verzekerden die voor het merendeel in een bepaald gebied woonachtig zijn, doet niets af aan het feit dat de markt waarop zij inkoop landelijk was en dat zij daarop niet over inkoopmacht beschikte.

74. Een voorbeeld van zowel een beoordeling van een economische machtspositie aan de inkoopzijde als van het veronderstelde misbruik is te vinden in de door de Commissie behandelde klacht van *Filtrona* tegen *Tabacalera*.³²

Voorbeeld 6:

De Commissie verwierp de klacht van *Filtrona Espanola*, een Spaanse producent van sigarettenfilters, tegen *Tabacalera*, die houder was van het monopolie voor de productie van verwerkte tabak in Spanje. *Filtrona* beschuldigde *Tabacalera* ervan misbruik te maken van een machtspositie als koper van sigarettenfilters door haar productie van gewone filters te verhogen van 44 tot 100% van haar eigen behoeften. Na een onderzoek concludeerde de Commissie enerzijds dat *Filtrona* voor de verkoop van deze sigarettenfilters niet afhankelijk was van *Tabacalera*, aangezien de onderneming de mogelijkheid heeft naar andere markten uit te voeren en haar productie van gewone filters te verleggen naar speciale filters, en anderzijds dat het door *Tabacalera* produceren van 100% van haar behoeften aan gewone filters geen misbruik vormde, aangezien het voor eigen behoeften produceren geen abnormale mededinging inhoudt.

75. De Commissie oordeelde dat *Filtrona* de mogelijkheid had om zowel naar andere markten uit te voeren als om haar productie te verleggen. Het hoeft echter niet zo te zijn dat voor elke individuele leverancier alternatieve afzetkanalen openstaan. Immers, het kan zijn dat een onderneming zichzelf, onder keuzevrijheid ten aanzien van levering, heeft gebonden aan een specifieke afnemer. Een voorbeeld hiervan uit de NMA-praktijk is de zaak *Avebe*.³³

Voorbeeld 7:

EDON en NUON (hierna: EDON/NUON) betaalden aan de exploitanten van decentraal opgewekte elektriciteit, waaronder *Avebe*, een tarief dat is gebaseerd op vermeden (inkoop)kosten. Met de door EDON/NUON te vermijden inkoopkosten bedoelen partijen de inkoopkosten die elektriciteitsdistributiebedrijven, zoals EDON/NUON, uitsparen doordat zij van decentrale opwekkers stroom afnemen in plaats van stroom af te nemen van een van de (toenmalige) vier producenten EPON, EPZ, EZH of UNA. *Avebe* meende dat EDON/NUON beschikten over een economische machtspositie, aangezien klagers gehouden waren onder langlopende contracten elektriciteit te blijven leveren aan EDON/NUON.

Klagers hebben op grond van hen moverende redenen EDON/NUON als contractspartners gekozen, waar zij niet toe gehouden waren, en zijn met elk van hen voor een langjarige periode samenwerkingsverbanden aangegaan. In de overeenkomsten met EDON/NUON zijn klagers zelf de prijsclausule over de vermeden (inkoop)kosten overeengekomen. In de overeenkomsten waarbij *Avebe* partij is, was voorts overeengekomen dat EDON/NUON te allen tijde bevoegd waren het betalingstarief te wijzigen, zolang het tarief maar op 'vermeden kosten' gebaseerd zou blijven. Er was dan ook geen sprake van misbruik door het blijven hanteren van de contractueel overeengekomen betalingsformule.

76. Naast de alternatieve afzetkanalen is een belangrijke overweging of er tegenover een mogelijke groot marktaandeel aan de inkoopzijde een sterke verkoopmachtpositie als tegenwicht staat, waardoor het

³² W. van Gerven e.a., *Kartelrecht II*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, randnummer 426.

³³ Besluit van de d-g NMA van 30 december 1999, zaak 1150, *Avebe vs SEP*. Bezwaar, beroep en hoger beroep zijn ongegrond verklaard: zie de uitspraak van 27 juni 2003 van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, AWB 02/867.

kunnen uitoefenen van inkoopmacht niet aannemelijk is. Dit kan een factor vormen op grond waarvan de NMa concludeert dat er geen inkoopmacht is. Een voorbeeld hiervan is de zaak *ONT*.³⁴

Voorbeeld 8:

In de zaak *ONT* klaagden tandprothetici over misbruik van een economische machtspositie door ziekenfondsen.

Ziekenfondsen hanteerden verschillende tarieven en overige voorwaarden tussen tandprothetici enerzijds en tandartsen anderzijds bij de inkoop van gebitsprotheses ten behoeve van verzekerden.

Als productmarkt onderscheidde de NMa de markt voor gebitsprotheses, met ziekenfondsen als vragers en tandartsen en tandprothetici als aanbieders.

Inkoopmacht treedt op wanneer de afnemer zich onafhankelijk kan gedragen van zijn leveranciers. Het was derhalve van belang om na te gaan welke positie de betrokken onderneming dan wel vrager had op de markt voor inkoop van het betrokken product. Maar ook andere factoren waren van belang. In dit geval oordeelde de NMa dat van inkoopmacht geen sprake was. Redenen daarvoor waren: de onder de toenmalige omstandigheden aanwezige *countervailing power* door onderlinge samenwerking van zowel tandprothetici als tandartsen, de zeer beperkte substitutiemogelijkheden voor ziekenfondsen, zowel wat betreft het product van de dienstverlening als wat betreft de plaats van de dienstverlening en het feit dat de tarieven niet lager waren dan de maximumtarieven.

77. Het tegenwicht-argument hoeft als zodanig niet doorslaggevend te zijn. Zo is in de hierboven beschreven zaak *ONT* ook de rol die het ziekenfonds speelt van belang. Het ziekenfonds is verplicht om een bepaalde hoeveelheid zorg in te kopen ten behoeve van haar verzekerden. Zij kan daarom niet om de in een bepaald gebied gevestigde en georganiseerde zorgaanbieders heen.
78. De conclusie is dat de NMa, in overeenstemming met de praktijk van de Commissie, bij het vaststellen van een economische machtspositie aan de inkoopzijde met name kijkt naar de alternatieve afzetkanalen die leveranciers hebben. Daarnaast vormt het bestaan van mogelijke tegenmacht aan de verkoopzijde een overweging alsmede de positie en de rol die de onderneming met mogelijke inkoopmacht inneemt op zijn *downstream*-markt.

3.3.2 Misbruik

79. Voor het vaststellen van misbruik van een economische machtspositie aan de vraagzijde gelden in beginsel dezelfde criteria als voor het vaststellen van misbruik van een economische machtspositie aan de aanbodzijde. Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, kunnen gewone commerciële gedragingen, zoals het opleggen of afdwingen van bepaalde handelsvoorwaarden, misbruik opleveren als zij zich voordoen bij een onderneming met een economische machtspositie.
80. Er is mogelijk sprake van onredelijke handelsvoorwaarden indien de onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend aan leveranciers oplegt, met als gevolg uitbuiting of uitsluiting. Het gaat hierbij om bijvoorbeeld betalingsvoorwaarden, leveringsvoorwaarden en garantiebepalingen. De weigering als zodanig om te onderhandelen over een voorgelegd contract is niet op voorhand misbruik van inkoopmacht. Dit

³⁴ Besluit van de d-g NMa van 20 april 2000, zaak 995, *ONT*.

blijkt uit het NMa-besluit in de zaak *Kingma*.³⁵

Voorbeeld 9:

Kingma klaagde dat CZ Tilburg niet met hem wil onderhandelen over een zorgovereenkomst met seniorenvoorwaarden. De d-g NMa heeft de Mededingingswet van toepassing geacht op het contracteerbeleid tussen zorgverzekeraars dan wel ziekenfondsen en vrijeberoepsbeoefenaren. Dit betekent evenwel niet dat een ziekenfonds met iedere vrije beroepsbeoefenaar moet onderhandelen danwel dat een ziekenfonds zonder meer de voorwaarden van een vrijeberoepsbeoefenaar moet accepteren. Een ziekenfonds is in beginsel vrij om te kiezen met wie hij een contract wil aangaan. Dit is niet anders indien het ziekenfonds een economische machtspositie heeft. De contracteereisen moeten dan wel objectief en transparant zijn, hetgeen betekent dat de zorgaanbieder van tevoren moet kunnen weten aan welke eisen hij moet voldoen. Verder mag het ziekenfonds de eisen niet op discriminatoire wijze toepassen.

81. Het gaat erom of in het aangeboden contract sprake is van voorwaarden die uitbuiting of uitsluiting tot gevolg hebben. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de overwegingen in het besluit in de zaak *Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*³⁶ aangaande een machtspositie die tot stand dreigde te komen door een samenwerkingsovereenkomst.

Voorbeeld 10:

In de zaak *Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ* stelde de NMa vast dat de inkoopsamenwerking (hierna: het samenwerkingsverband) zou leiden tot een economische machtspositie op de regionale markten voor inkoop van extramurale zorg in de zuidelijke regio's. Het samenwerkingsverband heeft gemiddeld een marktaandeel van ongeveer 94,3%. Op deze regionale markten zijn geen alternatieve dan wel gelijkwaardige afnemers actief. De betrokken partijen werken binnen het samenwerkingsverband op structurele basis samen. Tevens is sprake van een aanbodstructuur die bestaat uit vele aanbieders en die om die reden in beginsel competitief is. De sterke marktpositie van het samenwerkingsverband kan mede ten gevolge hebben dat het samenwerkingsverband bij machte is om de zorginkoop door (potentiële) concurrenten te belemmeren of zelfs in het geheel te verhinderen door middel van uitbuiting van de sterke marktpositie. De sterke marktpositie aan de inkoopzijde kan dus de marktpositie aan de verkoopzijde van de samenwerkende partijen tegen effectieve concurrentie beschermen.

82. Het afdwingen van exclusieve contracten kan derhalve misbruikelijk zijn. Dit blijkt ook uit het volgende voorbeeld uit de praktijk van de Commissie:³⁷

Voorbeeld 11:

In de zaak *IRI/Nielsen* concludeerde de Commissie dat Nielsen zijn dominante positie op de Europese markt voor detaillistenpanelonderzoek heeft misbruikt door het aangaan van exclusieve contracten met de leveranciers van data, in casu detaillisten. De contracten hadden volgens de Commissie een uitsluitend effect, doordat Nielsen de detaillisten had verboden om bepaalde data aan haar (potentiële) concurrenten te leveren. Deze data waren onmisbaar voor de productie van detaillistenpanelonderzoek.

83. Het verschil tussen misbruik in de vorm van uitbuiting of uitsluiting en normale, scherpe concurrentie is niet altijd helder. Zeker niet in de praktijk. Zo is uit de consultatie gebleken dat

³⁵ Besluit van de d-g NMa van 19 juni 2003, zaak 3119, *Kingma*.

³⁶ Besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000, gevoegde zaken 145 en 652, *Inkoopsamenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.

³⁷ Commissie, 26e Mededingingsverslag 1996, p. 164-169.

leveranciers grote druk van afnemers ervaren om hun prijzen te verlagen met bijvoorbeeld als gevolg dat men het hoofd niet boven water kan houden of dat de kwaliteit van of diversiteit aan producten verloren gaat.

84. Het is heel wel denkbaar dat de machtige inkoper juist door de grotere hoeveelheden die hij inkoop lagere tarieven kan bedingen. Het zal dan vaak zo zijn dat de consument hiervan profiteert. De inkoper zal immers de ingekochte hoeveelheden ook verder willen verwerken en afzetten. Maar dit hoeft niet te betekenen dat elke individuele leverancier ook profiteert. Het is in principe niet verboden dat de inkoper inkoop bij specifieke leveranciers die aan zijn eisen kunnen en willen voldoen. De mededingingsrechtelijke toets is of er voor de consument een voordeel resulteert.
85. Afhankelijk van de marktomstandigheden kunnen de verkregen voordelen eventueel ook worden ingezet om een machtige positie op de *downstream*-markt te verwerven. Deze positie zou legitiem verworven zijn en hoeft daarom als zodanig geen reden voor ingrijpen op te leveren.
86. Zoals bij concentraties is betoogd, is wel relevant wat de positie van de (machtige) inkoper op de *downstream*-markt is. Gesteld is dat een machtige inkoper ook als machtige verkoper eventuele afgedwongen voordelen niet ten behoeve van de consument hoeft in te zetten. Dit zal vooral het geval zijn als de onderneming zijn positie op de *downstream*-markt tracht te beschermen door eventuele toetreders toegang tot leveranciers te verhinderen. In het algemeen gesproken zal een dergelijke onderneming dus vooral misbruik plegen door 'uitsluiting' van potentiële concurrenten op de *downstream*-markt via de *upstream*-markt.
87. Veronderstelde uitbuiting van afnemers die bestaat uit het afdwingen van gunstiger voorwaarden is niet per definitie misbruik van een inkoopmachtpositie. Met name indien toegang tot *upstream*- of *downstream*-markten mogelijk blijft is sprake van een dynamisch marktproces dat sommige afnemers zal treffen, maar niet als zodanig misbruikelijk is. Indien echter de toegang tot *upstream*- of *downstream*-markten wordt verhinderd, kan het afdwingen van gunstiger voorwaarden wel misbruikelijk zijn.

3.3.3 Reacties over misbruik in de consultatie

88. Uit de consultatie is gebleken dat vrijwel alle genoemde vormen van misbruik betrekking hadden op ondernemingen die zich 'uitgebuit' achten. Een enkele keer is gewezen op de lange termijn gevolgen die er uit zouden bestaan dat leveranciers van de markt zouden moeten verdwijnen als ze niet aan de onredelijke voorwaarden van de machtige inkoper zouden voldoen. Dit zou verschraving van het aanbod tot gevolg hebben, verlies aan kwaliteit of andere negatieve gevolgen voor de samenleving, zoals bijvoorbeeld werkloosheid.
89. Voor de NMa is niet per se relevant of voorwaarden eventueel onredelijk zijn. Evenmin is relevant of partijen de markt (zouden moeten) verlaten. Een contractperiode van 10 jaar kan na een aantal jaren onredelijk blijken te zijn in die zin dat de leverancier onder de afgesproken voorwaarden niet meer kan leveren. Maar dat is in principe een kwestie van contractsvrijheid, ook als bijvoorbeeld de betrokken inkopende onderneming over een economische machtspositie beschikt. Het is daarnaast inherent aan marktwerking dat ondernemingen de markt verlaten. Soms kan dat

mededingingsrechtelijk wel een probleem zijn.

90. De voorwaarden kunnen met name een negatief gevolg voor de *downstream*-markt hebben. Zo kunnen ze er inderdaad toe leiden dat de inkopen verminderen, de tarieven of de kwaliteit afnemen, zonder dat de consument daar voordelen tegenover ziet. Dit zal echter sterk afhangen van de positie van de onderneming op zijn *downstream*-markt. Zonder een machtige positie aldaar is niet aannemelijk dat de consument geen voordelen zou krijgen.
91. Het is ook aannemelijk dat er negatieve gevolgen voor de *downstream*-markt zijn indien de machtige inkoper voorwaarden afdwingt die ertoe leiden dat de leveranciers niet of nauwelijks in staat zijn om (potentiële) concurrenten van de machtige inkoper te belevaren. Door deze uit te sluiten zullen consumenten in het algemeen ook niet van de gedraging van de machtige inkoper profiteren.
92. Daarnaast is het denkbaar dat sprake is van misbruik van een inkoopmachtpositie in de vorm van uitbuiting. Onder specifieke omstandigheden zou daar sprake van kunnen zijn. De machtige inkoper kan dreigen en waarmaken dat hij minder inkoopt om gunstiger voorwaarden af te dwingen. Deze verkregen voordelen hoeft hij niet in te zetten op zijn eigen *downstream*-markt(en). Met name zal hij dat niet doen wanneer hij over een machtspositie op een *downstream*-markt beschikt en de marktomstandigheden daar hem ook niet dwingen tot een lagere inkoop. Van dit laatste is bijvoorbeeld sprake indien de vraag op de *downstream*-markt afneemt.

3.3.4 Conclusie

93. Misbruik van een economische machtspositie aan de inkoopzijde vereist enerzijds het vaststellen van een economische machtspositie op de relevante markt en anderzijds van misbruik. Een analyse van de inkoopmachtpositie gaat uit van de afzetmogelijkheden van toeleveranciers, de marktpositie van de inkoper op de inkoopzijde van die markt en factoren die van invloed kunnen zijn op de vraag of een eventueel groot marktaandeel betekent dat sprake is van een economische machtspositie. Belangrijke factoren daarbij zijn het bestaan van tegenmacht en de rol en de positie die de onderneming op zijn eigen *downstream*-markt(en) heeft. Misbruik kan bestaan indien de onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend aan leveranciers oplegt, in de vorm van uitbuiting van de leveranciers of in de vorm van uitsluiting. Echter, ook een onderneming met een economische machtspositie heeft contractsvrijheid: het weigeren om te onderhandelen hoeft daarom geen misbruik op te leveren.
94. Misbruik van een inkoopmachtpositie is aannemelijk indien afgedwongen, eenzijdig opgelegde, voorwaarden tot voordelen voor de onderneming met inkoopmacht leiden die niet aan consumenten worden doorgegeven. Dit zal met name het geval zijn als toegang tot de leveranciers of tot de *downstream*-markt van de machtige inkoper is belemmerd. Misbruik in de vorm van uitsluiting kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de machtige inkoper die belemmeringen opwerpt door middel van de afgedwongen voorwaarden. Maar ook indien de afgedwongen voorwaarden uitsluitend tot voordeel van de machtige inkoper strekken zonder dat een (potentiële) concurrent van diezelfde voorwaarden kan profiteren en zonder dat de consument er van mee profiteert, kan van misbruik in de vorm van uitbuiting sprake zijn. Deze vorm van misbruik is aannemelijk indien de voorwaarden worden afgedwongen door de feitelijke uitvoering van de dreiging om minder in te kopen, zonder dat de marktomstandigheden op de *downstream*-markt hier aanleiding toe geven. Van dit laatste is

bijvoorbeeld sprake indien de vraag op de *downstream*-markt afneemt.

3.4 Mededingingsbeperkende afspraken

3.4.1 Inleiding

95. Inkoopmacht en de mogelijke problemen daarmee kunnen ook ontstaan door samenwerking op horizontaal of verticaal vlak. Zo kunnen inkopers gezamenlijk bijvoorbeeld een *hard core*-kartel sluiten (prijsafspraken of marktverdeling), maar ook samenwerkingsvormen waardoor ze voordelen op inkoopvlak vertalen naar voordelen voor de consument (lagere prijzen, grotere afzet, betere kwaliteit en dergelijke). Mededingingsbeperkende afspraken kunnen soms een vrijstelling of een wettelijke uitzondering genieten.

3.4.2 Horizontale inkoopsamenwerking

96. Kopers kunnen samenwerken in een inkoopcombinatie om zo inkoopmacht uit te oefenen en tegenwicht te bieden ten opzichte van de onderhandelingsmacht van leveranciers. De NMa gaat bij de beoordeling van horizontale inkoopsamenwerking uit van de Richtsnoeren Horizontalen, onderdeel Inkoopovereenkomsten³⁸, van de Commissie en van de Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven van de NMa.³⁹

97. Inkoopovereenkomsten worden dikwijls door kleine en middelgrote ondernemingen gesloten om tot soortgelijke hoeveelheden en kortingen te komen als hun grotere concurrenten. Deze overeenkomsten zijn derhalve doorgaans mededingingsbevorderend.⁴⁰ Een voorbeeld uit de praktijk van de NMa betreft de reisorganisaties *TUI en Thomas Cook*.⁴¹

Voorbeeld 12:

De NMa heeft naar aanleiding van berichten in de media over de gezamenlijke inkoop van vliegtuigstoelen door reisorganisaties *TUI en Thomas Cook* onderzocht wat de gevolgen hiervan zijn voor de concurrentie. De NMa concludeert dat de concurrentie niet significant wordt beperkt en dat de consument profiteert van een nieuw reisaanbod naar verre bestemmingen tegen gunstige prijzen. De NMa ziet dan ook geen aanleiding tot verder onderzoek.

Bij de verkoop van reizen zullen de reisorganisaties volop blijven concurreren. De NMa zal hier op toezien.

98. Bij de beoordeling van inkoopsamenwerking neemt de NMa standaard de positie van de inkopers op de eigen *downstream*-markt in ogenschouw,⁴² naast de mogelijke gevolgen op de *upstream*-markt. Dit blijkt onder meer uit het besluit in de zaak *Schadegarant*.⁴³

³⁸ Richtsnoeren Horizontalen, onderdeel Inkoopovereenkomsten, randnummers 115-138.

³⁹ Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, Regeling van 29 mei 2001, Stcrt 108, 2001, p.28. Deze Richtsnoeren worden momenteel door de NMa herzien.

⁴⁰ Richtsnoeren Horizontalen, onderdeel Inkoopovereenkomsten, randnummer 116.

⁴¹ Nieuwsbericht van 1 december 2003 op de website van de NMa, www.nmanet.nl.

⁴² Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 21 september 2000, zaak 197, *ADMES*; het besluit van de d-g NMa van 3 december 1999, zaak 167, *HIC*; het besluit van de d-g NMa van 25 oktober 1999, zaak 224, *Multizorg*.

Voorbeeld 13:

Stichting *Schadegarant* wenste ontheffing van het kartelverbod voor een aantal standaardovereenkomsten tussen de Schadegarant enerzijds en dealerbedrijven en autoschadeherstelbedrijven anderzijds. De aangemelde overeenkomsten hadden betrekking op gezamenlijke inkoop van autoschadehersteldiensten (de *upstream*-markt) ten behoeve van verzekerden door een aantal verzekeraars. De *downstream*-markt was in deze de markt voor motorrijtuigenverzekeringen.

- Op de markt voor autoschadehersteldiensten zou een merkbare beperking van de mededinging optreden, indien de aanbieders van schadehersteldiensten in sterke mate in hun afzetmogelijkheden werden beperkt of de concurrentie tussen hen zou worden vervalst. Het was echter onwaarschijnlijk dat er marktmacht bestond, aangezien het gezamenlijke marktaandeel onder de 15% lag. Ook vond de gezamenlijke inkoop door betrokken verzekeraars niet op exclusieve basis plaats. Op de markt voor schadehersteldiensten waren bovendien nog andere samenwerkingsverbanden actief, zoals Topherstel,⁴⁴ Achmea en SLA.
- De gezamenlijke inkoop of sturing door betrokken verzekeraars kon een beperking van de mededinging ten gevolge hebben op de markt voor motorrijtuigenverzekeringen, indien zou worden aangetoond dat de samenwerking tussen betrokken partijen aan de inkoopzijde zou leiden tot een beperking van de concurrentieruimte tussen de verzekeraars aan de verkoopzijde. Deze beperking van de onderlinge concurrentieruimte kon worden vergemakkelijkt door een relatief hoge mate van uniformering van de kosten en de kwaliteit van de gezamenlijke inkoop van autoschadehersteldiensten door de verzekeraars. Verder bezag de NMa of deze beperking van de onderlinge concurrentieruimte, gelet op met name de marktpositie van betrokken partijen, alsmede de marktstructuur, een merkbare beperking van de mededinging op de markt voor motorrijtuigenverzekeringen ten gevolge zou hebben. Gelet op de gezamenlijke marktpositie van de betrokken verzekeraars en de uniformering van een aanzienlijk gedeelte van de kosten en ondanks de competitieve marktstructuur, was het aannemelijk dat de samenwerkingsovereenkomst op de markt voor het aanbieden van motorrijtuigenverzekeringen een beperking van de concurrentieruimte tussen de betrokken verzekeraars ten gevolge zou hebben.

99. Inkoopovereenkomsten vallen in ieder geval onder het kartelverbod wanneer de samenwerking niet werkelijk betrekking heeft op gemeenschappelijke inkoop, maar wordt gebruikt als middel om een verkapt kartel op te zetten en een aldus verboden prijsvaststelling, productiebeperking of toewijzing van markten door te zetten.⁴⁵ In ieder geval moet het gevaar onder ogen worden gezien dat samenwerking bij de inkoop ook tot verdergaande samenwerking leidt.

100. Uit het voorbeeld van *Schadegarant* blijkt dat indien partijen op de afzetmarkten meer gezamenlijke macht hebben door inkoop samenwerking, het gevaar groter wordt dat zij ook hun gedrag als verkopers onderling zullen gaan afstemmen op hun eigen gemeenschappelijke afzetmarkten. Deze afstemming op hun eigen afzetmarkt kan worden vergemakkelijkt als zij door de gezamenlijke inkoop een hoge mate van gemeenschappelijke kosten bereiken.⁴⁶

⁴³ Besluit op bezwaar van de d-g NMa van 1 november 2001, zaak 597, *Schadegarant*. Zie ook besluit van de d-g NMa van 3 december 1999, zaak 169, *HIC*; besluit van de d-g NMa van 18 augustus 2000, zaak 346, *Intrakoop*.

⁴⁴ Zie het besluit van de d-g NMa van 15 november 2001, zaak 469, *Royal Nederland Schadeverzekering*. Hierin concludeerde de d-g NMa dat geen sprake was van een merkbare mededingingsbeperking.

⁴⁵ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 124; Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, randnummers 24 e.v.

⁴⁶ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 128; Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, randnummer 59.

101. Een marktaandeel van 15% of meer⁴⁷ op de *upstream*-markt wijst er niet automatisch op dat de samenwerking negatieve gevolgen voor de markt heeft, maar vereist een diepgaandere studie, met inbegrip van factoren als de marktconcentratie en een mogelijke tegenmacht van sterke aanbieders.⁴⁸ Gemeenschappelijke inkoop door partijen met een gecombineerd marktaandeel dat aanzienlijk meer dan 15% bedraagt in een geconcentreerde markt zal waarschijnlijk onder het kartelverbod vallen. Derhalve moeten de partijen aantonen dat de efficiëntieverbetering meer gewicht heeft dan het beperkende effect op de markt.⁴⁹
102. Inkoopovereenkomsten kunnen economische voordelen met zich meebrengen die tegen de mededingingsbeperkende gevolgen opwegen. Voor de beoordeling of dit tot een wettelijke uitzondering op het kartelverbod leidt, geldt dat geen rekening kan worden gehouden met kostenbesparingen die uitsluitend door de uitoefening van macht worden veroorzaakt en waarbij de klanten geen voordeel hebben. Inkoopovereenkomsten komen niet voor de wettelijke uitzondering in aanmerking wanneer zij (mededingings)beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn om de bovengenoemde voordelen te behalen. Ook indien partijen in de gelegenheid worden gesteld de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken producten uit te schakelen komt hun samenwerking in beginsel niet voor een dergelijke uitzondering in aanmerking. De gemeenschappelijke marktaandelen kunnen als uitgangspunt worden genomen. Ook moet worden nagegaan of er verzachtende factoren zijn, zoals tegenmacht van aanbieders op de inkoopmarkt of een potentieel voor markttoegang op de afzetmarkt.⁵⁰ In de reeds aangehaalde zaak *Schadegarant*⁵¹ werd ontheffing gegeven voor de beperking van de mededinging op de markt voor motorrijtuigenverzekeringen.⁵²

Voorbeeld 14:

Schadegarant verhoogde de kwaliteit van de aangeboden dienstverlening. Verder konden schaalvoordelen leiden tot lagere kosten voor autoschadehersteldiensten. Tot slot viel aan te nemen dat *Schadegarant* bij zou dragen aan een efficiëntere schadeafhandeling, met als resultaat het bereiken van kostenbesparingen. Door de werkwijze in het schadeherstelproces op elkaar af te stemmen, konden de verzekeraars en de *Schadegarant*-bedrijven dit proces eenvoudiger en sneller laten verlopen. Op de markt voor het aanbieden van motorrijtuigenverzekeringen was voldoende restconcurrentie. Immers, de markt voor het aanbieden van motorrijtuigenverzekeringen was competitief, betrokken verzekeraars hadden te maken met zowel actuele als potentiële concurrentie. Voorts ontbrak in de overeenkomsten met de *Schadegarant*-bedrijven exclusiviteit, waardoor de mogelijkheid voor concurrenten op de markt voor het aanbieden van motorrijtuigenverzekeringen, om via sturingssystemen vergelijkbare voordelen te behalen, voldoende open was. Ook bestonden er soortgelijke samenwerkingsverbanden. Gelet op de aanwezigheid van restconcurrentie was het aannemelijk

⁴⁷ Bij een marktaandeel van 15% of minder is er geen sprake van een merkbare mededingingsbeperking, mits er geen *hard core*-restricties gelden.

⁴⁸ Bij een marktaandeel van 15% of minder is er geen sprake van een merkbare mededingingsbeperking, mits er geen *hard core*-restricties gelden.

⁴⁹ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 131.

⁵⁰ Richtsnoeren Horizontalen, randnummers 132-134.

⁵¹ Besluit van de d-g NMa van 15 november 2001, zaak 597, *Schadegarant*. Zie ook randnummer 58 hierboven.

⁵² Tot 1 mei 2004 bestond het regime van ontheffingen: indien een merkbaar mededingingsbeperkende overeenkomst niet onder een groepsvrijstelling viel, was onder bepaalde voorwaarden een ontheffing van het kartelverbod mogelijk. Deze voorwaarden van, toen, art. iikel 17 Mw zijn gelijk aan die van het huidige artikel 6, derde lid Mw. De ontheffing werd verleend door de d-g NMa. Zie ook noot 14.

dat de economische voordelen ten goede komen aan de eindgebruikers. Het was voldoende gebleken dat de beperking van de concurrentie tussen de betrokken verzekeraars niet verder zou gaan dan nodig was om de beschreven economische voordelen te behalen. In de tijd vóórdat het samenwerkingsverband werd aangegaan, moest over de kostprijs van iedere reparatie afzonderlijk in overleg tussen de reparateur en de verzekeraar plaatshebben en moest de verzekerde de kosten van de reparatie zelf voorschieten. De samenwerking voorzag in een klantvriendelijker en efficiëntere werkwijze voor alle betrokkenen.

103. Een voorbeeld van inkoop samenwerking die vanwege inkoopmacht niet voor ontheffing in aanmerking kwam betreft de reeds aangehaalde zaak *Inkoop samenwerkingsovereenkomst Ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*.⁵³

Voorbeeld 15:

Hoewel samenwerkingsverbanden op het gebied van gezamenlijke inkoop in het algemeen economische voordelen ten gevolge kunnen hebben, omdat gezamenlijke inkoop doorgaans tot een verlaging van de tarieven c.q. inkooprijzen kan leiden door verhoogde onderhandelingskracht, was door betrokken partijen in de zaak *Inkoop samenwerkingsovereenkomst Ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ* evenwel niet voldoende aangetoond dat deze mogelijke voordelen aantoonbaar aanwezig waren. Daarnaast werd vastgesteld dat van voldoende restconcurrentie geen sprake was.

De betrokken partijen verkregen op de regionale markten voor inkoop van extramurale zorg en hulpmiddelen met aanpassing inkoopmacht en daarmee de mogelijkheid om voor een wezenlijk deel van de betrokken diensten de mededinging uit te schakelen. Er was geen (effectieve) restconcurrentie, aangezien zij over marktaandeelen van gemiddeld meer dan 90% beschikten, zonder dat de negatieve effecten hiervan verminderen door de aanwezigheid van andere gelijkwaardige afnemers en aanbieders. Feitelijk ontstond er op deze regionale markten een marktstructuur waarbij slechts één vrager actief zou zijn.

104. In de zaak *Inkoop samenwerkingsovereenkomst Ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ* achtte de NMa een samenwerkingsverband mededingingsbeperkend, omdat een te sterke machtspositie aan de inkoopzijde zou ontstaan, waardoor de mogelijkheid bestond om daarvan misbruik te maken. Dezelfde machtspositie was vervolgens medebepalend voor het vaststellen dat niet aan de voorwaarde van voldoende restconcurrentie was voldaan.

3.4.3 Verticale overeenkomsten

105. Samenwerking op het verticale vlak kan efficiëntievoordelen opleveren, maar ook de mededinging beperken, bijvoorbeeld door marktafsluiting.⁵⁴ Een verticale beperking die merkbare concurrentiebeperkende effecten heeft valt in beginsel onder het kartelverbod. De verticale overeenkomst kan echter buiten het toepassingsgebied van artikel 6, eerste lid Mw vallen, indien daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, bijvoorbeeld indien zij noodzakelijk is voor de bescherming van relatiegebonden investeringen of voor de overdracht van wezenlijke knowhow, zonder welke de levering of koop van bepaalde goederen of diensten niet zou plaatsvinden.⁵⁵

⁵³ Besluit van de d-g NMa van 13 oktober 2000, gevoegde zaken 145 en 652, *Inkoop samenwerkingsovereenkomst ziekenfondsen VGZ, OZ en CZ*, randnummer 94. Zie ook randnummer 52 hierboven.

⁵⁴ Voor de analyse van verticale relaties zij verwezen naar de Richtsnoeren Verticalen.

⁵⁵ Richtsnoeren Verticalen, randnummers 134-136.

106. De beoordeling van een verticale afspraak geschiedt in de regel in de volgende vier stappen:
- (1) Eerst moeten de betrokken ondernemingen de relevante markt bepalen om het marktaandeel van, naargelang de verticale beperking, de leverancier of de afnemer te bepalen.
 - (2) Indien het relevante marktaandeel de limiet van 30% niet overschrijdt, valt de verticale overeenkomst onder de Groepsvrijstellingsverordening voor zover zij geen *hard core*-restricties omvat en anderszins aan de in deze verordening vastgestelde voorwaarden voldoet.
 - (3) Indien het relevante marktaandeel boven de limiet van 30% ligt, moet worden beoordeeld of de verticale overeenkomst onder artikel 6, eerste lid Mw valt.
 - (4) Indien de verticale overeenkomst onder artikel 6 Mw valt, moet worden onderzocht of zij aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid Mw voldoet.⁵⁶
107. Wanneer het marktaandeel groter is dan 30% geldt de groepsvrijstelling niet en zal, om te beoordelen of de verticale overeenkomst onder het kartelverbod valt, moeten worden onderzocht of sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. De marktpositie van de afnemer is één van de factoren om te bepalen of een verticale overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging teweegbrengt.⁵⁷
108. Inkoopmacht vloeit voort uit de marktpositie van de afnemer. De belangrijkste indicator van inkoopmacht is het marktaandeel van de afnemer op de inkoopmarkt. In dit marktaandeel komt tot uiting hoe belangrijk de vraag van de afnemer voor zijn potentiële leveranciers is. Andere indicatoren gaan over de marktpositie van de afnemer op zijn *downstream*-markt, waarbij factoren zoals een brede geografische spreiding van zijn verkooppunten, huismarkten van de afnemer/distributeur en zijn imago in de ogen van de consumenten een rol spelen. De invloed van inkoopmacht op de waarschijnlijkheid dat concurrentiebeperkende effecten optreden is niet bij alle verticale beperkingen dezelfde. Inkoopmacht kan met name de negatieve effecten versterken bij beperkingen uit de categorieën “beperkte distributie” en “marktverdeling”, zoals “alleenverkoop” (levering alleen aan een afnemer in een bepaald gebied) en “selectieve distributie” (levering alleen aan afnemers die aan bepaalde criteria voldoen).⁵⁸ Het kan dus blijken dat bepaalde verticale overeenkomsten (indien de groepsvrijstellingen niet van toepassing zijn) niet zijn toegestaan op grond van artikel 6, eerste lid Mw. De mogelijkheid bestaat echter ook dat de overeenkomsten in kwestie voldoen aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering op het kartelverbod.
109. In geval van alleenverkoopovereenkomsten verbindt de leverancier zich ertoe zijn producten slechts aan één distributeur in een bepaald gebied te verkopen. Vermindering van de (intra-brand)concurrentie en marktverdeling zijn in dit geval de mededingingsrisico's. In geval van inkoopmacht kan ook het risico van kartelvorming groter zijn, met name wanneer de alleenverkoopregelingen door mogelijkterwijs in verschillende gebieden gevestigde afnemers aan een of meer leveranciers worden opgelegd.
110. Selectieve distributie vindt vaak plaats bij het distribueren van merkproducten. Het verschil met alleenverkoop is dat de restrictie niet afhangt van het aantal gebieden, maar van selectiecriteria die verband houden met de aard van het product. Ook hier is vermindering van intra-brandconcurrentie

⁵⁶ Richtsnoeren Verticalen, randnummer 120.

⁵⁷ Richtsnoeren Verticalen, randnummer 121.

⁵⁸ Richtsnoeren Verticalen, randnummer 125.

een gevaar. Afnemersmacht kan zich met name uiten doordat selectiecriteria kunnen worden gehanteerd die erop gericht zijn om beperkingen aan de distributie op te leggen die in het voordeel zijn van de afnemers met inkoopmacht.

111. Exclusieve levering is gebaseerd op een directe of indirecte verplichting die de leverancier ertoe brengt om slechts aan één afnemer te verkopen.⁵⁹ De Commissie geeft een voorbeeld van exclusieve levering die voor een ontheffing in aanmerking zou komen:⁶⁰

Voorbeeld 16:

Een leverancier van een bepaald intermediair product komt met een afnemer overeen dat hij speciaal voor de afnemer een andere versie van het product zal ontwikkelen. De leverancier bindt zich om gedurende 5 jaar alleen aan de desbetreffende afnemer te leveren. De afnemer zal uitsluitend het nieuwe product afnemen.

Andere versies dan de nieuw ontwikkelde versie mogen vrij worden verkocht en ingekocht door beide ondernemingen. De afnemer heeft een marktaandeel op zowel de *upstream*- als de *downstream*-markt van 40%. Het marktaandeel van de leverancier bedraagt 35%. Er zijn twee andere leveranciers van componenten met een marktaandeel van 20 tot 25% en nog een aantal kleine leveranciers.

Gezien de investeringen die nodig zijn voor het nieuwe product, de verbetering in de efficiëntie die het oplevert en het waarschijnlijk geringe marktafslermende effect voldoet de overeenkomst waarschijnlijk aan de voorwaarden voor een ontheffing. Andere afnemers hebben geen toegang meer tot (het nieuwe product van) de leverancier met een marktaandeel van 35%. Andere leveranciers kunnen soortgelijke nieuwe producten gaan ontwikkelen. Voor andere leveranciers wordt voor ten hoogste 40% van de markt de toegang tot de vraag van de afnemer in kwestie afgesneden.

112. De Commissie geeft in dit voorbeeld aan dat de prikkel tot het ontwikkelen van nieuwe producten door leveranciers een overweging is in haar analyse van een mogelijk mededingingsbeperkende, verticale afspraak tussen ondernemingen.

3.4.4 Reacties over samenwerking in de consultatie

113. In het consultatiedocument is over samenwerking aan de inkoopzijde van de *upstream*-markt weinig gezegd. Twee opmerkingen van marktpartijen hebben hierop betrekking. Eén organisatie merkt op juist bang te zijn voor het ten onrechte verbieden van inkoopcombinaties en concentraties. Deze organisatie wijst er ook op dat de toetssteen vooral is of de consument (uiteindelijk) profijt heeft van de inkoopcombinatie of concentratie. Dit zal vooral afhangen van de positie van de betrokken onderneming(en) op hun *downstream*-markt(en). Indien daar concurrentie zou ontbreken, is dat op zichzelf reden tot zorg en zou met name daaraan iets gedaan moeten worden. Een andere organisatie merkt op dat geen rekening wordt gehouden met het ontstaan van inkoopmacht.

114. De NMa is van mening juist oog te hebben voor het ontstaan van inkoopmacht. Voor zover echter deze inkoopmacht is verkregen met legitieme middelen, zou de onderneming in kwestie niet (direct) moeten worden bestraft voor haar handelen. Pas als dit misbruikelijk handelen zou zijn, is er reden voor ingrijpen. De NMa kan zich inderdaad vinden in de opmerking dat de toetssteen voor een mededingingsrechtelijke beoordeling gericht dient te zijn op het consumentenbelang.

⁵⁹ Richtsnoeren Verticalen, randnummer 214.

⁶⁰ Richtsnoeren Verticalen, randnummer 213.

3.4.5 Conclusie

115. De NMa kijkt bij de beoordeling van samenwerking op het gebied van inkoop altijd naar het eventueel ontstaan van een (verboden) kartel en naar mogelijke uitsluitingseffecten. De positie op de inkoopmarkt speelt bij deze analyse een rol, evenals de doorwerking daarvan op de *downstream*-markt. Naast uitsluitingseffecten is onderdeel van het NMa-onderzoek of een hoge mate van kostenharmonisatie tot prijsafstemming leidt. Ook kan de mogelijkheid dat er prikkels zijn of ontstaan voor het ontwikkelen van nieuwe producten een rol spelen in de beoordeling van afspraken tussen ondernemingen. Indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan, kunnen eventuele mededingingsbeperkingen onder de wettelijke uitzondering op het kartelverbod vallen.

3.5 Samenvatting en conclusies

116. In dit hoofdstuk werden de mededingingsrechtelijke problemen besproken die kunnen ontstaan aan de inkoopzijde van de *upstream*-markt. Deze problemen kunnen bestaan uit het creëren of versterken van een economische machtspositie aan de inkoopzijde door middel van een concentratie. Ook kan een onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde van de *upstream*-markt misbruik maken van die machtspositie. Tot slot kan sprake zijn van afspraken over gezamenlijke inkoop die mogelijk mededingingsbeperkend zijn.

117. Het mededingingsrecht biedt diverse instrumenten om problemen van inkoopmacht tegen te gaan. Het creëren of versterken van inkoopmacht door concentraties waarbij een economische machtspositie kan ontstaan of worden versterkt, kan door toepassing van de Mededingingswet worden verhinderd. Het uitoefenen van misbruik van een bestaande economische machtspositie is verboden. Mededingingsbeperkende afspraken die niet voor een groepsvrijstelling in aanmerking komen, noch waar een in het verleden verleende ontheffing voor is verstrekt die thans nog voortduurt, zijn ook verboden. Het is mogelijk dat dergelijke afspraken desondanks aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering op het kartelverbod voldoen.

118. Een concentratie die inkoopmacht creëert of versterkt aan de inkoopzijde wordt in elk geval aan de volgende aspecten getoetst: de marktpositie van de te concentreren ondernemingen, de positie van deze ondernemingen op hun eigen *downstream*-markten, de positie van de leveranciers en de mogelijkheden die de concentratie biedt om concurrenten uit te sluiten of leveranciers of producten van de markt te weren, een en ander ten nadele van de consument.

119. Misbruik van een machtspositie aan de inkoopzijde kan bestaan indien de onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend aan leveranciers oplegt, met als gevolg uitbuiting of uitsluiting. De NMa kan dergelijke gedragingen beboeten en/of een last onder dwangsom opleggen.

120. De NMa kijkt bij de beoordeling van samenwerking op het gebied van inkoop altijd naar het eventueel ontstaan van een (verboden) kartel en naar mogelijke uitsluitingseffecten. Daarnaast kijkt de NMa of een hoge mate van kostenharmonisatie door inkoopsamenwerking tot prijsafstemming op de *downstream*-markt leidt. Indien de samenwerking niet voor een groepsvrijstelling in aanmerking komt, noch hiervoor in het verleden een ontheffing is verstrekt die thans nog voortduurt én de samenwerking niet voldoet aan de voorwaarden voor een wettelijke uitzondering op het

kartelverbod, is zij verboden. De NMa kan ook in dergelijke gevallen boetes en/of een last onder dwangsom opleggen.

4. Tegenwicht tegen inkoopmacht

4.1 Inleiding

121. Samenwerking en concentraties kunnen, uiteraard ook aan de verkoopzijde, aanzienlijke economische voordelen opleveren. Zo kan bijvoorbeeld samenwerking een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, knowhow gezamenlijk te benutten en sneller te innoveren. In het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen is samenwerking een belangrijk middel om zich aan de veranderende marktomstandigheden aan te passen. De Commissie en de NMa moeten er echter wel op toe zien dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd. De artikelen 81 EG en 6 Mw vormen het rechtskader voor een evenwichtige beoordeling, waarbij zowel met (mogelijk) concurrentieverstorende effecten als met de economische voordelen rekening wordt gehouden.⁶¹ Voor het concentratietoezicht is vooral van belang om te beoordelen of concentraties een economische machtspositie tot stand brengen of versterken die tot gevolg hebben dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd.
122. In het algemeen geldt voor concentraties, bestaande machtsposities en samenwerking aan de verkoopzijde hetgeen in hoofdstuk 2 is vermeld. Zo zijn concentraties die een economische machtspositie tot stand brengen of versterken die tot gevolg hebben dat een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd. Verboden. Eveneens is misbruik van een economische machtspositie aan de verkoopzijde verboden. Tot slot geldt hetzelfde voor het aangaan van mededingingsbeperkende overeenkomsten, indien zij niet voor de wettelijke uitzondering in aanmerking komen. De vraag hoe de NMa concentraties en samenwerkingsvormen aan de verkoopzijde beoordeelt, is voor dit consultatiedocument relevant vanuit het perspectief dat concentraties en samenwerkingsvormen mogelijk oplossingen bieden voor een probleem van inkoopmacht, dat zich niet direct (te weten: aan de inkoopzijde) laat oplossen.
123. In het verleden is door de NMa in een groot aantal zaken het argument inkoopmacht gebruikt om een eventuele sterke positie aan de verkoopkant door concentraties te relativeren (inkoopmacht als relativerend argument).⁶²
124. Dit hoofdstuk behandelt de vraag naar de mededingingsrechtelijk relevante oplossingen voor de categorie problemen van inkoopmacht die niet op grond van de Mededingingswet verboden zijn. In het navolgende wordt ingegaan op concentraties aan de verkoopzijde (paragraaf 4.2) en mededingingsbeperkende afspraken (paragraaf 4.3).

4.2 Concentraties aan de verkoopzijde

125. Concurrentiedruk op een leverancier wordt niet alleen uitgeoefend door concurrenten, maar kan ook van afnemers uitgaan. Wanneer deze afnemers over inkoopmacht beschikken, zijn leveranciers

⁶¹ Richtsnoeren Horizontalen, randnummers 3 en 4.

⁶² De drie meest recente zaken zijn het besluit van de d-g NMa van 22 september 2003, zaak 3624, *Zwanenberg Food Group - Cebeco Meat Products*; het besluit van de d-g NMa van 8 augustus 2003, zaak 3578, *Johnson Controls Group – Sicar*; en het besluit van de d-g NMa van 17 september 2002, zaak 3108, *Gilde - RTD*.

minder snel in staat om de concurrentie te beperken en zich, met name ten opzichte van deze afnemers, onafhankelijk op te stellen.⁶³ Een concentratie tussen leveranciers kan in dat geval soms worden toegestaan.⁶⁴

126. Naast het goedkeuren van een concentratie aan de verkopkant als gevolg van inkoopmacht van de afnemers, kan de situatie zich voordoen dat (mede) als gevolg van het ontbreken van inkoopmacht van de afnemers een concentratie geen goedkeuring verkrijgt. In één zaak⁶⁵ is door de d-g NMa geconcludeerd dat mede door het ontbreken van inkoopmacht op een bepaalde deel(markt) de concentratie alleen onder voorwaarden is toegestaan en in één zaak⁶⁶ is een concentratie mede om deze reden niet toegestaan.

Voorbeeld 17:

In de zaak *De Telegraaf – De Limburger*, die een overname van De Limburger door De Telegraaf betrof, heeft de NMa onder andere de gevolgen van deze overname op de markt voor advertentieruimte met een regionaal of lokaal bereik in regionale dagbladen en huis-aan-huisbladen onderzocht. De d-g NMa concludeerde dat mede door het ontbreken van een disciplinerende werking van inkoopmacht op deze markt door de voorgenomen concentratie een economische machtspositie ontstaat.

127. Van belang voor het toestaan van een concentratie tussen leveranciers is derhalve mede de positie van de afnemer(s). Het gaat bij de beoordeling van de concentratie tussen leveranciers om de vraag of afnemers over inkoopmacht beschikken. In deze context moet hieronder worden begrepen de sterke onderhandelingspositie van de afnemer in commerciële onderhandelingen met de verkoper, welke de afnemer heeft te danken aan zijn omvang, zijn commerciële betekenis voor de verkoper en zijn vermogen om over te schakelen op andere leveranciers. Een voorbeeld hiervan uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie is de zaak *Nestlé/Perrier*.⁶⁷

Voorbeeld 18:

In de zaak *Nestlé/Perrier* heeft de Commissie de gevolgen van de overname van Perrier door Nestlé op de markt voor mineraalwater onderzocht. Nestlé heeft hierbij aangevoerd dat de sterke inkooppositie van de grote detailhandelaren van gebotteld water aan de drie nationale producenten (waaronder Nestlé) beperkingen oplegt. De Commissie concludeert dat de tien grootste afnemers een belangrijk deel van de omzet van de drie nationale producenten afnemen en daarom als afnemers een zeker overwicht hebben. De gevolgen van de concentratie voor deze afnemers zijn echter van veel minder betekenis dan die van de concentratie aan de aanbodzijde.

128. Eén vorm van inkoopmacht is dat een afnemer op geloofwaardige wijze kan dreigen om binnen een redelijke termijn zijn toevlucht te nemen tot andere bevoorradingsbronnen indien de aanbieder zou besluiten de prijzen te verhogen dan wel de kwaliteit of de leveringsvoorwaarden anderszins te verslechteren. Dat afnemers dit soort compenserende inkoopmacht bezitten, valt eerder te verwachten van grote en geavanceerde afnemers dan van kleinere ondernemingen in een gefragmenteerde bedrijfstak. Een afnemer kan deze inkoopmacht ook uitoefenen door te weigeren

⁶³ Richtsnoeren Horizontale concentraties, randnummer 64.

⁶⁴ Er is dan sprake van tegenwicht tegen een bestaande machtspositie.

⁶⁵ Besluit van de d-g NMa van 15 mei 2000, zaak 1538, *De Telegraaf – De Limburger*.

⁶⁶ Besluit van de d-g NMa van 31 juli 1998, zaak 47, *RAI – Jaarbeurs*.

⁶⁷ Beschikking van de Commissie van 22 juli 1992, zaak IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, Pb 1992, L 356/1, randnummers 77-80.

andere producten van de leverancier te kopen of, met name in het geval van duurzame producten, aankopen uit te stellen.⁶⁸ Een voorbeeld van een concentratie aan de verkooptant die werd toegestaan (mede) door de aanwezigheid van inkoopmacht betreft de zaak *Valeo/ITT*.⁶⁹

Voorbeeld 19:

In zaak *Valeo/ITT*, waarbij het een overname door het Franse Valeo van de divisie autosystemen en -onderdelen van het Amerikaanse ITT Industries Inc. betrof, heeft de overname vooral invloed op de markten voor ruitenwisserproducten en lampen, waar Valeo de belangrijkste leverancier zal zijn van automobielproducenten in de EG. De nieuwe onderneming zal in een aantal lidstaten ook belangrijke aandelen hebben op de zelfstandige markt van de naverkoop van wisserbladen. Gelet echter op het bestaan van belangrijke concurrenten en de inkoopmacht van automobielproducenten, is de Commissie tot de slotsom gekomen dat de overname niet zou leiden tot het ontstaan of het versterken van een machtspositie.

129. In sommige gevallen kan het van belang zijn bijzondere aandacht te besteden aan de prikkels voor afnemers om hun inkoopmacht te gebruiken. In geen geval kan worden vastgesteld dat de inkoopmacht in voldoende mate opweegt tegen de mogelijke ongunstige gevolgen van een concentratie, indien ze er alleen voor zorgt dat een specifiek segment van de afnemers, met een bijzonder sterke onderhandelingspositie, na de concentratie niet te maken krijgt met aanzienlijk hogere prijzen of verslechterde voorwaarden. Bovendien moet ook na de concentratie inkoopmacht blijven bestaan.⁷⁰

4.2.1 Reacties over concentraties als tegenwicht in de consultatie

130. De reacties op de vraag in hoeverre concentraties een oplossing voor problemen met inkoopmacht kunnen bieden, variëren. Men reageert bijvoorbeeld met “concentraties bieden geen oplossing” of “concentraties leiden tot verlies aan ondernemerschap en vermindering van concurrentie”. En: “concentraties kunnen een oplossing in de vorm van tegenwicht zijn, maar zijn geen oplossing voor vershraling” en “nadeel is dat het alleen maar om tegenwicht bieden gaat en een concentratie tot verlies aan zelfstandigheid leidt”.

131. Globaal concludeert de NMa dat betrokken marktpartijen zelf weinig zien in concentraties die uitsluitend gericht zijn op het bieden van tegenmacht tegen inkoopmacht.

4.2.2 Conclusie

132. Inkoopmacht kan wel degelijk een factor zijn waardoor aan de verkoopzijde minder snel een economische machtspositie zal kunnen ontstaan door middel van een concentratie. Een machtige vrager kan bijvoorbeeld toetreding uitlokken of vergemakkelijken. Daarom zal de NMa in de desbetreffende gevallen, maar afhankelijk van de concrete omstandigheden, minder snel tot de conclusie komen dat een concentratie tot een machtspositie leidt.

⁶⁸ Richtsnoeren Horizontale concentraties, randnummer 65.

⁶⁹ Beschikking van de Commissie van 30 juli 1998, zaak IV/M.1245, *Valeo/ITT Industries*, Pb 1998, C 288/5, randnummers 54 en 65.

⁷⁰ Richtsnoeren Horizontale concentraties, randnummer 67.

4.3 *Mededingingsbeperkende afspraken*

4.3.1 **Inleiding**

133. Er zijn vele vormen van samenwerking denkbaar en mededingingsrechtelijk toegestaan. Samenwerkingsvormen kunnen productief zijn en tot innovatie en vergroting van de efficiëntie leiden. Ook wanneer er specifiek samenwerking wordt gezocht om tegenwicht te bieden tegen inkoopmacht en deze vorm van samenwerking geen mededingingsbeperking inhoudt, of wanneer een eventuele mededingingsbeperkende afspraak wettelijke uitzondering geniet, is er geen mededingingsrechtelijk probleem.
134. Bij het beoordelen van samenwerkingsvormen geldt het gangbare mededingingsrechtelijke kader zoals dat hiervoor is geschetst. Het is daarom voor het beoordelen van samenwerkingsvormen aan de verkoopzijde in de context van inkoopmacht alleen nog van belang om de aandacht te richten op samenwerkingsvormen die uitsluitend of met name zijn gericht op het bieden van tegenwicht tegen veronderstelde inkoopmacht.

Voorbeeld 20:

In het Langman Rapport staat onder meer het volgende te lezen over de overheid, die bij aanbestedingsprojecten steeds meer overgaat tot het clusteren van projecten: *De vormgeving van de aanbesteding is zodoende van invloed op de economische structuur. Door clustering van projecten die openbaar worden aanbesteed, creëert de overheid een zekere inkoopmacht. Die inkoopmacht roept aan de aanbodzijde een "countervailing power" op in de vorm van concentratie tussen ondernemingen die in staat zijn om dergelijke grootschalige projecten uit te voeren. [...] Bij aanbestedingen die zo groot zijn dat er slechts een beperkt aantal aanbieders voor in aanmerking komen, is de verleiding voor deze aanbieders wel erg groot om tegenwicht te bieden tegen de inkoopmacht van de overheid [...] door het voeren van onderling overleg.*

135. Aan het bovenstaande ontleent de NMa geen aanknopingspunten voor het bestaan van misbruik van een economische machtspositie, hetgeen op grond van de Mededingingswet is verboden.⁷¹ Dat de structuur van de markt partijen mogelijk in verleiding brengt om onderling overleg te voeren, vormt geen rechtvaardiging voor een te vergaande mededingingsbeperking.
136. Het gegeven voorbeeld geeft overigens een goede en zeer reële suggestie die in het algemeen mededingingsrechtelijk niet problematisch zal zijn. Ervan uitgaande dat er sprake is van een relevante markt voor (geclusterde) projecten en dat deze markt door kleinere aannemers niet valt te betreden, kan een samenwerking tussen deze aannemers de marktwerking bevorderen door ze de mogelijkheid te bieden de desbetreffende markt van grote geclusterde projecten wél te betreden.⁷²

4.3.2 **Horizontale verkoopsamenwerking**

137. Samenwerking aan de zijde van de leveranciers kan een uitstekende manier zijn om tegenwicht te bieden tegen inkoopmacht. Dit zal bijvoorbeeld zo zijn als kleine leveranciers hun krachten bundelen om tot productinnovatie te komen of om door de samenwerking in staat te zijn op een grotere en goedkopere schaal te opereren. Maar samenwerking kan ook neerkomen op het andere uiterste,

⁷¹ Dit nog los van de vraag of de overheden in kwestie zijn te beschouwen als onderneming in de zin van de Mededingingswet.

⁷² Zie bijvoorbeeld het besluit van de d-g NMa van 1 juli 1999 in zaak 427, *Kobus*.

namelijk van een *hard-core* kartel en natuurlijk ook op allerlei andere, soms ook mededingingsbeperkende, vormen van samenwerking.

138. De NMa gaat bij de beoordeling van horizontale verkoopsamenwerking, ofwel commercialiseringovereenkomsten, uit van de Richtsnoeren Horizontalen.⁷³
139. De werkingssfeer van commercialiseringovereenkomsten kan sterk verschillen. Zo kan sprake zijn van gezamenlijke afzet inclusief de gezamenlijke vaststelling van alle met de verkoop van een product verbonden commerciële aspecten, met inbegrip van de prijs. Maar ook van meer beperkte overeenkomsten die alleen betrekking hebben op een bepaalde functie in verband met de afzet, zoals distributie, service of reclame.⁷⁴
140. Een commercialiseringovereenkomst tussen concurrenten heeft als belangrijkste bezwaar de onderlinge prijsvaststelling. Een dergelijke overeenkomst valt onder het kartelverbod ongeacht de marktmacht van partijen.⁷⁵ Wel blijft de mogelijkheid van wettelijke uitzondering bestaan.
141. Commercialiseringovereenkomsten tussen concurrenten die geen vaststelling van prijzen omvatten, vallen alleen onder het kartelverbod wanneer de partijen bij de overeenkomst een zekere mate van marktmacht hebben. In de meeste gevallen is het onwaarschijnlijk dat er marktmacht bestaat wanneer de partijen bij de overeenkomst een gezamenlijk marktaandeel van minder dan 15% hebben. Bij marktaandelen van een dergelijke omvang is het vaak zo dat de betrokken overeenkomst aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering voldoet.⁷⁶ Wanneer het gezamenlijke marktaandeel van de partijen meer dan 15% bedraagt, moet worden nagegaan wat de waarschijnlijke gevolgen van de gezamenlijke commercialiseringovereenkomst voor de markt zullen zijn. Hierbij zijn de marktconcentratie en de marktaandelen belangrijke factoren.⁷⁷
142. De efficiëntieverbetering die in aanmerking moet worden genomen bij het nagaan of een gemeenschappelijke commercialiseringovereenkomst onder het kartelverbod valt, is afhankelijk van de aard van de activiteit. Vaststelling van de prijzen kan over het algemeen niet worden gerechtvaardigd, tenzij deze onmisbaar is voor de integratie van andere marketingfuncties en deze integratie een aanzienlijke efficiëntieverbetering tot stand zal brengen.⁷⁸ Daarenboven moet het bij de beweerde efficiëntieverbeteringen niet gaan om besparingen die alleen het gevolg zijn van het wegvallen van kosten die inherent deel uitmaken van de concurrentie, maar moeten zij het resultaat zijn van het bijeenbrengen van economische activiteiten.⁷⁹ De inbreng door partijen van voldoende kapitaal, technologie of andere activa kan in dit opzicht een belangrijke factor zijn. Kostenbesparingen dankzij minder duplicatie van middelen en faciliteiten zouden eveneens kunnen worden aanvaard. Wanneer daarentegen de gemeenschappelijke commercialisering niet meer is dan

⁷³ Richtsnoeren Horizontalen, onderdeel Commercialiseringsovereenkomsten, randnummers 139-158.

⁷⁴ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 139.

⁷⁵ Richtsnoeren Horizontalen, randnummers 144 en 148; Richtsnoeren Samenwerking Bedrijven, randnummers 24 en verder.

⁷⁶ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 149.

⁷⁷ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 150.

⁷⁸ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 151.

⁷⁹ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 152.

een verkoopbureau en er geen investeringen worden gedaan, gaat het waarschijnlijk om een verkapt kartel en kan deze als zodanig niet aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid Mw voldoen.⁸⁰

143. Een voorbeeld van een samenwerkingsvorm waarbij tegenwicht tegen inkoopcombinaties aan de orde kwam, is de zaak *Modint*.⁸¹

Voorbeeld 21:

De Nederlandse Kleding Conventie, thans *Modint*, heeft in haar bezwaar tot afwijzing van een ontheffing gesteld dat de d-g NMa de afspraken over kortingen en omzetstimuleringspremies ten onrechte aanmerkt als horizontale prijsafspraken. De NMa volgde *Modint* hierin niet. Ook voerde *Modint* aan dat de leveranciers slechts door in *Modint*-verband samen te werken over de contractvoorwaarden kunnen onderhandelen en daarmee tegenwicht bieden aan de macht van grote afnemers en inkoopcombinaties. De d-g NMa stelde hierover: *"De stelling van Modint dat slechts door het gezamenlijk onderhandelen de mogelijkheid wordt geboden om tegenwicht te bieden aan de macht van de inkoopcombinaties is, ongeacht of de inkoopcombinaties daadwerkelijk de macht bezitten zoals door Modint wordt gesteld, in het kader van de beoordeling van de kortingen onder artikel 6 Mw niet aan de orde. De mogelijkheid om tegenwicht te bieden aan de macht van grote afnemers en inkoopcombinaties door gezamenlijk te onderhandelen, kan evenmin als een verbetering of bevordering in de zin van artikel 17 Mw worden aangemerkt welke voldoende objectief is en opweegt tegen de nadelen in de concurrentie die aan de mededingingsafpraak zijn verbonden. De lagere korting als gevolg van het hanteren van de uniforme kerncondities werkt voornamelijk in het voordeel van de leverancier. Op grond hiervan kan niet worden gesteld dat het mogelijke transparantievoordeel opweegt tegen de mogelijke mededingingsbeperking en uiteindelijk aan de afnemers ten goede komt."*

144. De Commissie geeft een voorbeeld van samenwerking die wel zou worden getroffen door het kartelverbod, maar voor een ontheffing in aanmerking zou kunnen komen:⁸²

Voorbeeld 22:

Vijf kleine levensmiddelenproducenten met elk een marktaandeel van 2% komen overeen om hun distributiefaciliteiten samen te voegen, hun producten onder gemeenschappelijke merknaam op de markt te brengen en hun producten tegen een gemeenschappelijke prijs te verkopen. Hiervoor zijn grote investeringen in opslagruimte, vervoer, reclame, marketing en verkoop personeel noodzakelijk. Hierdoor wordt hun kostenbasis aanzienlijk lager en krijgen zij een sneller en efficiënter distributiesysteem. Hun klanten zijn grote detailhandelsketens. De markt wordt door drie grote multinationale levensmiddelengroepen beheerst, die elk een marktaandeel van 20% hebben. De ondernemingen die de samenwerking aangaan hebben op geen enkele productmarkt een gecombineerd marktaandeel van meer dan 15%.

Aangezien ook de prijzen worden vastgesteld, wordt de samenwerking getroffen door het kartelverbod. Maar nagegaan moet worden of er ontheffing mogelijk is. Daartoe dient te worden vastgesteld of de vaststelling van de prijzen noodzakelijk is voor de samenwerking. Dat is hier het geval. Vaak willen de klanten (detailhandelsketens) niet met een veelheid van prijzen van doen hebben. Daarnaast is de prijsvaststelling nodig om met een gemeenschappelijk merk te komen. Partijen hebben ook geen marktmacht en de overeenkomst levert aanzienlijke efficiëntieverbeteringen op.

⁸⁰ Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 153.

⁸¹ Besluit op bezwaar van de d-g NMa van 18 maart 2002, zaak 2333, *Modint en MCF*, punt 105. *Modint* heeft tegen dit besluit beroep aangetekend. De Rechtbank Rotterdam heeft op 17 augustus 2004 uitspraak gedaan. In deze uitspraak komt het onderwerp inkoopmacht echter niet terug. Wel komt dit, gezien de gronden van het door *Modint* inmiddels aangetekende hoger beroep, naar verwachting aan de orde in de uitspraak (mogelijk in de eerste helft van 2005) van het College van Beroep voor het bedrijfsleven

⁸² Richtsnoeren Horizontalen, randnummer 156.

145. Onder meer in het besluit in de zaak *LHV*⁸³ is door de NMa aangegeven dat collectieve onderhandelingen die effectief tot onderlinge afstemming van diverse concurrentieparameters leiden ook niet op grond van het tegenwichtargument voor ontheffing in aanmerking kwamen.

Voorbeeld 23:

De NMa weigerde de *LHV* (Landelijke Huisartsen Vereniging) een ontheffing van het kartelverbod te verlenen voor onder meer collectief onderhandelen met zorgverzekeraars. De *LHV* stelde dat zij (alleen) door collectief onderhandelen een tegenwicht kan bieden aan de machtspositie van de zorgverzekeraars.

Door de zeer beperkte substitutiemogelijkheden van ziekenfondsen om bij huisartsenzorg van aanbieder te veranderen, zowel wat betreft de dienstverlening zelf als voor de plaats waar deze dienstverlening wordt aangeboden, werd de marktpositie, en dientengevolge de onderhandelingspositie, van de huisartsen versterkt. Daarnaast werd de marktpositie van de aanbieders versterkt vanwege de zorgplicht van de zorgverzekeraars, die daarom voldoende contracten moesten sluiten. Voorzover er op enige markt een machtspositie bestaat kan dit het vormen van een tegenmacht in de vorm van één enkel blok dat collectief onderhandelt niet zonder meer rechtvaardigen. Bovendien was in het geval van *LHV* niet aangetoond dat de zorgverzekeraars van een eventuele machtspositie misbruik maakten. Als dat het geval zou zijn geweest, voorzag de Mededingingswet in de mogelijkheid op te treden op grond van overtreding van artikel 24 Mw. Afzonderlijke contractsonderhandelingen met iedere individuele beroepsbeoefenaar zijn niet het meest waarschijnlijke, laat staan het enige alternatief voor collectieve contractsafspraken. Zo kan gebruik worden gemaakt van een onafhankelijke derde partij of tussenpersoon om informatie uit te wisselen over de wederzijdse contractseisen. Voorts vormt openbare aanbesteding een alternatief waarvan de transactiekosten lager zijn dan van individuele contractsonderhandelingen. Ten slotte kunnen belangrijke besparingen op transactiekosten worden gerealiseerd door horizontale vormen van samenwerking, zolang voldoende concurrentie overblijft op de relevante markten. De betrokkenen bij de overeenkomst zullen lage transactie- en uitvoeringskosten beschouwen als een voordeel van collectieve onderhandelingen en uniformering ten opzichte van afzonderlijke contractsonderhandelingen. De NMa moet beoordelen of deze effecten een economisch voordeel in de zin van artikel 17 Mw opleveren.

146. Hieruit blijkt dat, zoals met elke andere vorm van afspraken, het eventuele merkbaar mededingingsbeperkende karakter van onderhandelingsvormen dient te worden afgewogen tegen de voordelen die de afspraak met zich mee brengt, de mate waarin gebruikers van die voordelen profiteren, de noodzaak van de afspraak om de voordelen te kunnen realiseren en de mate van restconcurrentie. Dat er mogelijk sprake is van inkoopmacht speelt in deze beoordeling mede een rol. Het mogelijke bestaan van inkoopmacht alleen is echter geen reden om te veronderstellen dat een mededingingsbeperkende afspraak voor de wettelijke uitzondering op het kartelverbod in aanmerking komt.

4.3.3 Reacties over samenwerking als tegenwicht in de consultatie

147. Een enkele organisatie merkt op dat prijsafspraken aan de verkoopzijde ongewenst zijn. De meeste organisaties pleiten voor het toestaan van mogelijk mededingingsbeperkende vormen van samenwerking. Hieronder kan ook worden verstaan de mogelijkheid om collectief te onderhandelen, bijvoorbeeld door de branche-organisatie. Argumenten daarvoor zijn, in een aantal gevallen, dat op die manier onder meer kwaliteit, aantal leveranciers en diversiteit aan producten in stand kunnen worden gehouden. Andere argumenten zijn dat desbetreffende samenwerking aan de zijde van de leveranciers een beter alternatief kan zijn dan alternatieven, zoals het aangaan van concentraties of

⁸³ Besluit op bezwaar van de d-g NMa van 21 december 2001, zaak 2513, *LHV*.

door te trachten problemen op te lossen door ingrijpen van de NMa op grond van artikel 24 Mw. Dit laatste zou geen soelaas bieden, omdat men bang is bij de NMa een klacht in te dienen over gedragingen die mogelijk in strijd zijn met artikel 24 Mw waardoor de NMa niet zal ingrijpen. Ook wordt gesteld dat ingrijpen op grond van artikel 24 Mw zo lastig is, dat het daardoor niet mogelijk is om een evenwichtig samenspel bij de totstandkoming van overeenkomsten te waarborgen.

148. Kort samengevat is het standpunt van de NMa dat verkoopsamenwerking als tegenwicht tegen veronderstelde inkoopmacht dient te worden getoetst op grond van artikel 6, eerste en derde lid Mw. Als geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking, mag de samenwerking natuurlijk altijd. Is er echter wel sprake van een merkbare mededingingsbeperking, dan nog kan de samenwerking op grond van artikel 6, derde lid Mw een wettelijke uitzondering genieten.

149. Dit vereist een direct aantoonbaar verband tussen de gedragingen van een onderneming met inkoopmacht en de (mededingingsrechtelijke) gewenstheid van desbetreffende vorm van samenwerking. Het is echter eerst de vraag of problemen kunnen worden aangepakt waar zij ontstaan. Zo is er soms de mogelijkheid om in te grijpen op grond van artikel 24 Mw of kan gerichte, additionele, regelgeving worden gecreëerd.

4.3.4 Conclusie

150. Samenwerking aan de verkoopzijde, ook indien mogelijk sprake is van inkoopmacht, mag wanneer er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking of wanneer de wettelijke uitzondering geldt. Toetsing van samenwerking aan de verkoopzijde met het oog op het bieden van tegenwicht tegen veronderstelde inkoopmacht vindt plaats volgens het mededingingsrechtelijke kader van artikel 6, eerste en derde lid Mw.

4.4 Samenvatting en conclusies

151. In dit hoofdstuk kwamen oplossingen voor problemen met inkoopmacht aan bod in de vorm van het bieden van tegenwicht. Mededingingsrechtelijk relevante oplossingen kunnen bestaan uit het aangaan van een concentratie of uit samenwerking.

152. Concentraties en samenwerkingsverbanden die zich richten op het tegengaan van inkoopmacht zijn niet per definitie verboden. Net als bij andere vormen van concentraties en samenwerking is er een mededingingsrechtelijk kader ter beoordeling.

5. Samenvatting van de conclusies

153. Het mededingingsrecht biedt de mogelijkheid om het ontstaan of versterken van machtsposities door het aangaan van een concentratie te verbieden. Het mededingingsrecht verbiedt misbruik van bestaande economische machtsposities en mededingingsbeperkende afspraken, waaronder zowel afspraken tussen concurrenten als afspraken tussen leveranciers en afnemers/inkopers vallen. Deze afspraken kunnen echter onder een groepsvrijstelling vallen, in het verleden voor een ontheffing in aanmerking zijn gekomen die thans nog voortduurt of voldoen aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering op het kartelverbod. De vraag is of, en zo ja, hoe de NMa deze instrumenten kan inzetten in gevallen waarin sprake is van inkoopmacht.
154. De NMa neemt bij het concentratietoezicht in elk geval de volgende elementen ten aanzien van een concentratie aan de inkoopzijde in ogenschouw: de marktpositie van de te concentreren ondernemingen, de positie van deze ondernemingen op hun eigen *downstream*-markten, de positie van de leveranciers en de mogelijkheden die de concentratie biedt om concurrenten en leveranciers uit te sluiten. Concentraties aan de inkoopzijde waarbij de te concentreren ondernemingen grote marktaandelen alsmede een machtige positie op hun eigen *downstream*-markten bezitten en waarbij sprake is van veel, kleine, toeleveranciers, kunnen mededingingsbeperkend zijn. Immers, de te concentreren ondernemingen zullen daardoor in staat zijn om deze toeleveranciers aan zich te binden of de toegang tot de markt te beperken.
155. Indien sprake is van compenserende inkoopmacht, zou een concentratie tussen leveranciers waarbij het gaat om grote marktaandelen in bepaalde gevallen kunnen worden toegestaan. In een dergelijk geval kan de conclusie zijn dat er geen economische machtspositie ontstaat of wordt versterkt.
156. Misbruik van een economische machtspositie aan de inkoopzijde vereist het vaststellen van een economische machtspositie op de relevante markt en van misbruik. Een analyse van de inkoopmachtspositie gaat uit van de afzetmogelijkheden van toeleveranciers, de marktpositie van de inkoper aan de inkoopzijde van die markt en die factoren die van invloed kunnen zijn op de vraag of een eventueel groot marktaandeel ook betekent dat sprake is van een economische machtspositie. Belangrijke factoren daarbij zijn het bestaan van tegenmacht en de rol en de positie die de onderneming op zijn eigen *downstream*-markt heeft. Misbruik kan bestaan indien de onderneming met een economische machtspositie aan de inkoopzijde bepaalde voorwaarden dwingend aan leveranciers oplegt, met als gevolg uitbuiting of uitsluiting. Echter, ook een onderneming met een economische machtspositie heeft contractsvrijheid: het weigeren om te onderhandelen bijvoorbeeld hoeft daarom geen misbruik op te leveren.
157. Samenwerking aan de verkoopzijde, ook indien mogelijk sprake is van inkoopmacht, mag wanneer er geen sprake is van een merkbare mededingingsbeperking of wanneer de wettelijke uitzondering geldt. Toetsing van samenwerking aan de verkoopzijde met het oog op het bieden van tegenwicht tegen veronderstelde inkoopmacht vindt plaats volgens het mededingingsrechtelijke kader van artikel 6, eerste en derde lid Mw.

Appendix Beknopte weergave beoordeling van inkoopmacht

Inleiding

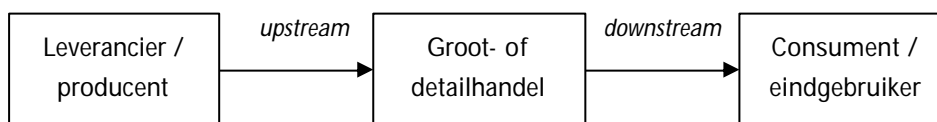
Tijdens de consultatie heeft een aantal partijen gevraagd om een weergave van de criteria aan de hand waarvan de NMa beoordeelt of sprake is van misbruik van inkoopmacht. Met onderstaande uitleg beoogt de NMa aan deze vraag tegemoet te komen. Uiteraard zal elk geval op zijn eigen merites beoordeeld moeten worden. De beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en van de NMa, welke in het visiedocument is samengevat, vormen mede het beleid van de Europese Commissie en van de mededingingsautoriteiten tot op heden.

Aan de hand van een eenvoudig schema van de productiekolom en een aantal vragen met toelichting tracht de NMa hieronder de criteria voor haar beoordeling beknopt samengevat weer te geven.

De productiekolom

De NMa gaat uit van de volgende vereenvoudigde schematische weergave van de productiekolom:

Schematische weergave van de productiekolom



Een productiekolom wordt vaak gekenmerkt door meerdere gerelateerde markten. Bijvoorbeeld een markt voor grondstoffen, een markt voor tussenproducten of halfabrikaten, een groothandelsmarkt en een markt voor het eindproduct. In bovenstaande figuur is sprake van een eenvoudige weergave van zo'n kolom met een markt voor het eindproduct (de *downstream*-markt) en een *upstream*-markt met de handel in een centrale positie op beide markten.⁸⁴ Op de *downstream*-markt opereren handelaren of distributeurs als aanbieders en consumenten als vragers. De aanbieders op die *downstream*-markt zijn zelf weer inkopers (vragers) op de *upstream*-markt en staan daar tegenover leveranciers (of producenten) die de aanbieders vormen op die markt. Een vrager op een *upstream*-markt kan derhalve ook een aanbieder zijn op een *downstream*-markt.

Marktafbakening

Indien sprake is van inkoop samenwerking of een concentratie, dan is de vraag of daardoor een inkoopmachtpositie zou kunnen ontstaan. Een inkoopmachtpositie neemt men in op een "relevante (inkoop)markt". Deze markt moet worden bepaald, oftewel de markt moet worden afgebakend. De voornaamste doelstelling van de marktafbakening is de vaststelling van de concurrentiedruk. Ten aanzien van de leveranciers op een inkoopmarkt zijn met name twee factoren van belang. In de eerste plaats is van belang in hoeverre leveranciers over alternatieve afzetkanalen beschikken, met andere woorden het aantal afnemers waaraan zij kunnen leveren. In de tweede plaats is van belang of het gemakkelijk is om tot de inkoopmarkt toe te treden aan de afnemerszijde. Dit laatste kan samenhangen met de

⁸⁴ In een algemener weergave van de productiekolom zouden er meerdere *upstream*-markten (en daarmee ook *downstream*-markten) bestaan. Inkoop- en verkoopmacht kunnen op elk van die markten bestaan.

toetredingsmogelijkheden op verkoopmarkten.⁸⁵

De eerste vragen die voor een analyse van (misbruik) van inkoopmacht beantwoord moeten worden, zijn:

- Welke onderneming of inkoopcombinatie wordt verondersteld over inkoopmacht te beschikken?
- Op welke *upstream*- en *downstream*markten is deze onderneming of inkoopcombinatie actief?

Machtspositie

Vervolgens is het van belang om vast te stellen of er sprake is van een economische machtspositie (hierna: machtspositie). Een machtspositie is gedefinieerd als: *“positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen”*.

Voor een antwoord op de vraag of sprake is van een machtspositie zijn veel factoren relevant, waaronder:

- Wat is het marktaandeel van de veronderstelde machtige inkoper op elk van de betrokken relevante markten?
- Wie zijn de andere spelers op elk van de betrokken markten? Wat is hun marktaandeel?
- Is er sprake van grote, machtige leveranciers aan de verkoopzijde van een *upstream*-markt ('countervailing power')?
- Wat zijn de mogelijkheden voor toetreding? En wat zijn de mogelijke toetredingsbelemmeringen? Op welke termijn kunnen die worden overwonnen en tegen welke kosten?
- Hoe gemakkelijk kan de veronderstelde machtige inkoper switchen van leverancier(s) of overschakelen op eigen productie van een product?
- Welke contracten heeft de veronderstelde machtige inkoper met zijn leveranciers gesloten?

Voorbeeld 1:

Gegevens

Ondernemingen A en B kopen grondstof X in ten behoeve van de productie van product Y. A en B hebben beide een marktaandeel van 1% op de markt voor product Y.

De leveranciers van grondstof X kunnen ook aan C, D en E leveren.

Contracten zijn kortlopend en alle inkopers van grondstof X zijn even groot: ieder heeft een marktaandeel van 20%.

A en B willen fuseren. De betrokken markten zijn die voor product Y en voor grondstof X.

Door de concentratie is er op de markt voor grondstof X sprake van de nieuwe onderneming A/B en van C, D en E.

De leveranciers van grondstof X hebben nu met de grotere combinatie A/B te maken en drie verder even grote spelers.

Er zijn veel kleine leveranciers van grondstof X.

Analyse:

Het marktaandeel voor A/B op de markt van product Y is van 1 naar 2 % gestegen.

Op de inkoopmarkt is het marktaandeel gestegen van 20 naar 40%. Er is geen "countervailing power" aan de zijde van de leveranciers.

⁸⁵ Zie ook de hoofdstukken 2 en 3 van het document.

A en B hadden ieder contracten gesloten met een specifieke groep leveranciers. Door de concentratie leveren deze leveranciers 80% van hun productie aan A/B, maar de contracten zijn kortlopend en de leveranciers kunnen dan overstappen naar C, D en E.

Ook zullen de leveranciers in staat zijn om nieuwe inkopers aan te trekken: de markt voor deze grondstof is (aan de inkoopzijde) eenvoudig te betreden. De grondstof is voor veel producten een noodzaak of een goed substituuut voor een aantal andere grondstoffen.

Conclusie:

Het is niet aannemelijk dat A/B een inkoopmachtpositie inneemt.

Voorbeeld 2:

Gegevens:

Een "machtige inkoper" O zou na een fusie ontstaan uit twee even grote ondernemingen die uitsluitend opereren op twee betrokken markten: een *upstream*- en een *downstream*markt. O heeft met heel veel kleine leveranciers van een intermediair goed te maken. O maakt van het intermediaire goed een eindproduct dat hij op een consumentenmarkt afzet.

O heeft op de consumentenmarkt met weinig, kleine, concurrenten te maken. O heeft een marktaandeel van 80% op die consumentenmarkt. O neemt in die verhouding ook het intermediaire product af bij elk der leveranciers met langlopende contracten: elke leverancier levert derhalve 80% van zijn productie aan O. Toetreding tot de consumentenmarkt is op termijn van een paar jaar niet mogelijk.

O schroeft zijn afname bij de afloop van de contracten terug en dwingt de leveranciers aldus om voor de nieuwe (kleinere) contracten te vechten door prijsdalingen.

Analyse:

Op de consumentenmarkt neemt het aanbod ook af, waardoor de prijzen stijgen. Toetreding zal nog veel tijd kosten. Vanwege de langlopende contracten en een gebrek aan alternatieve afnemers zullen de kleine leveranciers voor een belangrijk deel van de omzet afhankelijk van O zijn.

Door het gedrag van O worden de leveranciers gedwongen om ten behoeve van het marktaandeel hun tarieven te laten dalen. Zowel O als de overige kleine afnemers profiteren hiervan, maar de leveranciers en de consument ondervinden hiervan nadeel.

Conclusie:

O beschikt naar alle waarschijnlijkheid over een machtspositie op beide markten en maakt daar misbruik van.

Inkoopmacht en positie op de downstream-markten

Veronderstel dat de inkoper inderdaad over een inkoopmachtpositie beschikt (hierna: machtige inkoper). Van belang is echter ook wat zijn positie op de *downstream*-markt is. Indien de inkoper op die markt stevig moet concurreren, is het aannemelijk dat hij zal proberen om de voordelen die hij verkrijgt door zijn machtige inkooppositie ten goede te laten komen aan de consument.

De volgende vraag is dan ook:

-Wat is de positie van de machtige inkoper op de *downstream*-markten?

Als een eerste benadering kan hiervoor worden gekeken naar het marktaandeel op de *downstream*-markt. Bij marktaandelen van 50% of meer zal al snel sprake zijn van een machtspositie. Maar ook andere overwegingen kunnen een rol spelen.⁸⁶

⁸⁶ Zie hiervoor ook de hoofdstukken 2 en 3 van het visiedocument

In het eerste voorbeeld hierboven is geen sprake van een machtspositie op de *downstream*-markt, in voorbeeld 2 naar alle waarschijnlijkheid wel.

Misbruik

Uitbuiting

Met name is van belang of de machtige inkoper in staat is om lagere tarieven te verkrijgen door bijvoorbeeld op grotere schaal in te kopen (efficiëntievoordelen). Als dit het geval is, zal de machtige inkoper de verkregen voordelen en de grotere ingekochte hoeveelheden waarschijnlijk ook doorgeven op zijn *downstream*-markten. Dit is zeer aannemelijk indien de machtige inkoper op zijn *downstream*-markten geen machtspositie inneemt.

Mogelijk kan de machtige inkoper tevens lagere tarieven afdwingen, door bijvoorbeeld, leveranciers tegen elkaar uit te spelen. Zolang deze voordelen ook aan de consument ten goede komen, is er geen reden tot mededingingsrechtelijke zorg.

Dit zou anders kunnen zijn wanneer de voordelen worden verkregen door minder in te kopen. In dat geval is het aannemelijk dat de machtige inkoper zijn positie misbruikt om lagere tarieven af te dwingen die niet aan de consument ten goede komen. Doordat de machtige inkoper minder inkoopt, zal hij ook op zijn eigen *downstream*-markten minder kunnen afzetten. Indien hij op die markten ook over een machtspositie beschikt, zal van die gedraging ook nog eens een prijsopdrijvend effect op de *downstream*-markten uitgaan.

Het is wel van belang om na te gaan of de prikkel om minder in te kopen niet van de consumenten zelf afkomstig is. Immers in dat geval reageert de machtige inkoper op vraagontwikkelingen.

In voornoemd voorbeeld 2 verkrijgt O voordelen die hij niet doorgeeft aan de consument. Er zijn geen aanwijzingen dat hij reageert op vraagontwikkelingen, immers in het voorbeeld dwingt hij juist een hogere prijs af door minder producten af te zetten.

Belangrijke vragen voor het vaststellen van misbruik zijn:

- Verkrijgt de machtige inkoper voordelen van zijn leveranciers?
- Hoe worden deze verkregen?
- Worden de voordelen doorgegeven aan de consument?

Uitsluiting

Van belang is, naast eventuele financiële voordelen, of de machtige inkoper belemmeringen opwerpt voor (potentiële) concurrenten. De machtige inkoper kan, bijvoorbeeld, voor een belangrijk deel van de leveranciers de grootste inkoper zijn en deze leveranciers door (exclusieve) contractuele voorwaarden binden en verhinderen dat de leveranciers aan (potentiële) concurrenten van de machtige inkoper leveren. Een gevolg daarvan kan zijn dat de (potentiële) concurrenten van de machtige inkoper niet (meer) in staat zijn om te concurreren en de markt moeten verlaten, hetgeen per saldo een prijsopdrijvend effect voor de consument kan betekenen.

Daarnaast bestaat, bijvoorbeeld, de mogelijkheid dat de leveranciers geen prikkel meer hebben om te investeren of om te innoveren.

Deze twee voorbeelden zouden concrete gevolgen kunnen zijn van uitsluiting, waardoor de marktwerking wordt belemmerd en het aanbod verschaalt of vermindert.

- Wat voor soort contracten sluit de machtige inkoper af?

- Welke concrete gevolgen brengen die contracten met zich mee voor de leveranciers en voor de consument?

Samenwerkingsvormen

De machtige inkoper kan ook ontstaan uit een samenwerkingsverband. Voor de beoordeling van dat samenwerkingsverband is onder meer van belang of het samenwerkingsverband een inkoopmachtpositie inneemt en of de deelnemers daaraan op hun *downstream*-markten onderling concurreren. Als de ondernemingen gezamenlijk een inkoopmachtpositie hebben en zij niet onderling concurreren op hun *downstream*-markten, bestaat het risico dat het samenwerkingsverband tot coördinatie leidt van niet alleen de inkoop, maar ook de verkoop.