

51. Food for thought: onderscheid tussen verticale en horizontale overeenkomsten vervaagt

MR. R. ELKERBOUT LL.M.

In het licht van recente kartelbesluiten in België en Duitsland in de levensmiddelensector wordt in dit artikel stilgestaan bij de grens tussen verticale prijsbinding en een overkoepelend *hub-and-spoke* prijskartel. Daarbij wordt aandacht besteed aan de definities, het raamwerk en het onderscheid tussen horizontale en verticale overeenkomsten. Ook worden de mededingingspraktijken zoals beschreven in de besluiten van de Duitse en Belgische mededingingsautoriteit samengevat. Tot slot wordt stilgestaan bij de gelijkenissen en verschillen tussen de Duitse verticale prijsbindingszaken en de Belgische *hub-and-spoke* zaak en de lessen die daaruit volgen voor de mededingingspraktijk.

Alsof het een gecoördineerde actie was, werden in juni 2015 vlak na elkaar door twee verschillende nationale mededingingsautoriteiten nieuwsberichten gepubliceerd over de beboeting van kartelpraktijken in de levensmiddelensector. Op 18 juni 2015 meldde het *Bundeskartellamt* (de Duitse mededingingsautoriteit) dat het de meeste van de door haar gestarte kartelprocedures tegen fabrikanten en retailers in de foodsector had afgerond.¹ Het betrof zoetwaren, koffie, diervoeding, bier en huidverzorgingsproducten. In die procedures stond verticale prijsbinding centraal als *theory of harm*. De boetes zijn al opgelopen tot in totaal EUR 151,6 miljoen. Vier dagen later meldde het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit (de 'BMA') dat het in totaal 18 fabrikanten en retailers van levensmiddelen, in het bijzonder drogisterij-, parfumerie- en hygiëneproducten ('DPH-producten'), had beboet voor in totaal EUR 174 miljoen vanwege hun rol in het herhaald organiseren van gecoördineerde prijsverhogingen van de consumentenprijzen van DPH-producten.² De gelijkenissen tussen de Duitse zaken en de Belgische zaak zijn frappant. Het gaat om vergelijkbare boetes in dezelfde sector, opgelegd aan dezelfde type spelers (leveranciers en wederverkopers) in verband met vergelijkbare mededingingspraktijken.

Bovendien zijn de boetes in zowel Duitsland en België het gevolg van schikkingsprocedures. Het grote verschil zit hem in het feit dat het *Bundeskartellamt* boetes heeft opgelegd voor verticale prijsbinding, terwijl de BMA de onrechtmatige praktijken heeft gekwalificeerd als één overkoepelend zogenoemd '*hub-and-spoke*' prijskartel met verticale én horizontale elementen. Dit opmerkelijke verschil in benadering verdient een nadere beschouwing. In het licht van de supermarktzaken in België en Duitsland staat daarbij de vraag wanneer verticale prijsbinding transformeert in een *hub-and-spoke* prijskartel (of overkoepelend hybride consumentenverkooprijkskartel) centraal. De actualiteit in België en Duitsland biedt in dat verband een goede opportuniteit om in te zoomen op de definities, het raamwerk en het onderscheid tussen horizontale en verticale overeenkomsten. Daarna worden de besluiten, waarvan (vooralsnog) alleen Duitstalige samenvattingen respectievelijk een Franstalig verkort besluit, zijn gepubliceerd, samengevat. Tot slot wordt stilgestaan bij de gelijkenissen en verschillen tussen de Duitse zaken en de Belgische zaak en de lessen die daaruit volgen voor de mededingingspraktijk.

1. Het onderscheid tussen horizontale en verticale overeenkomsten

Het kartelverbod heeft een brede reikwijdte. Het verbiedt alle soorten overeenkomsten en gedragingen die de

¹ Zie www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/18_06_2015_Vertikalfall.html.

² Zie http://statbel.fgov.be/nl/binaries/20150622_Persbericht_9_BMA_tcm325-268759.pdf.

strekking hebben de mededinging te beperken of die mededingingsbeperkende gevolgen hebben. In het kartelverbod zelf wordt geen onderscheid gemaakt tussen horizontale overeenkomsten (tussen concurrenten) en verticale overeenkomsten (een tussen leverancier en een afnemer). Wanneer sec naar het kartelverbod wordt gekeken, maakt het dus niet uit of sprake is van een verboden horizontale of een verboden verticale overeenkomst. In de mededingingspraktijk is het onderscheid tussen horizontale

Het juridische raamwerk bevat op het punt van verticale gedragingen met een horizontaal randje (of andersom) nog een aantal onzekerheden, bijvoorbeeld over de grens tussen het verzamelen van *market intelligence* in een verticale relatie en de (onvermoede) deelname aan een *hub-and-spoke* kartel.

overeenkomsten en verticale overeenkomsten echter uitermate relevant, omdat andere mededingingsrechtelijke spelregels gelden voor beide typen overeenkomsten.

Definities en raamwerk

Horizontale overeenkomsten zijn afspraken tussen ondernemingen die daadwerkelijke en/of potentiële concurrenten zijn. Twee ondernemingen worden door de Europese Commissie (de 'Commissie') als daadwerkelijke concurrenten beschouwd, wanneer zij actief zijn op dezelfde relevante markt.³ Een onderneming wordt als een potentiële concurrent van een andere onderneming beschouwd indien deze onderneming zonder de overeenkomst bij een geringe maar duurzame verhoging van de relatieve prijzen, wellicht op korte termijn in staat zou zijn de vereiste extra investeringen te doen of andere noodzakelijke overschakelingskosten te maken om de relevante markt waarop de andere onderneming actief is, te kunnen betreden.⁴ Anders dan vaak wordt aangenomen, kunnen horizontale overeenkomsten ook betrekking hebben op de mededinging tussen ondernemingen, bijvoorbeeld retailers, die dezelfde merken verkopen.⁵

Verticale overeenkomsten daarentegen zijn afspraken tussen ondernemingen die actief zijn op verschillende niveaus in de productie- en distributieketen. Verticale overeenkomsten vormen de schakels in de productie- en distributieketen van de ruwe grondstof tot en met de levering van het eindproduct aan de consument.⁶ Verticale overeenkomsten en gedragingen zijn derhalve strikt noodzakelijk om een product bij de consument te krijgen en

normaal gesproken dus volkomen legitiem. De Commissie hanteert een wettelijk vastgelegd vermoeden dat verticale overeenkomsten tussen ondernemingen met marktaandeelpercentages beneden de grens van 30% over het algemeen tot efficiëntiewinsten leiden die de gebruikers ten goede komen, althans wanneer die verticale overeenkomsten niet bepaalde soorten ernstige beperkingen van de mededinging bevatten.⁷

Achtergrond van het onderscheid

Het onderscheid tussen horizontale en verticale overeenkomsten vindt zijn oorsprong in de *mainstream* economische theorie dat horizontale overeenkomsten die een weerslag hebben op de *interbrand* concurrentie (concurrentie tussen verschillende merken) een schadelijker potentieel hebben voor de mededinging dan verticale overeenkomsten in de distributieketen die hun weerslag hebben op de *intra-brand* concurrentie (concurrentie tussen distributeurs van hetzelfde merk).⁸ Hoewel horizontale overeenkomsten zonder meer economische voordelen kunnen opleveren, zoals kostenbesparingen en de bundeling van knowhow, zullen met name geheime mededingingsafspraken tussen concurrenten (ofwel traditionele kartels) al snel tot (grote) mededingingsproblemen leiden, zeker wanneer de concurrerende ondernemingen prijzen of productiehoeveelheden vaststellen of daarover informatie uitwisselen.⁹ Dit gaat ten koste van de (consumenten) welvaart van eindgebruikers. Om die reden worden dergelijke overeenkomsten (nog los van de vraag wanneer sprake is van een kartel) gezien als het grootste kwaad in het mededingingsrecht.¹⁰ Dit basale economische uitgangspunt heeft in de Europese Unie eigenlijk nooit ter discussie gestaan. Sinds de jaren '90 van de vorige eeuw is er in Europa echter wat betreft de handhaving van het kartelverbod nadrukkelijk meer focus op de opsporing en bestraffing van traditionele kartels. De boetes zijn enorm toegenomen.¹¹

3 Zie onder meer de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (de 'Richtsnoeren'), punt 27.

4 Ibid.

5 Zie Prof. mr. F. Wijckmans, 'Toezicht ACM op verticale overeenkomsten', *MP* 2015/237.

6 Zie de Richtsnoeren, paragraaf 2.1.

7 De bekende Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (de 'Groepsvrijstelling').

8 Sinds het iconische arrest van het Hof van Justitie van de EU (het 'Hof') van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56-64 en 58-64, *Consten en Grundig/Commissie*, *Jur.* 1966, p. 00429 woedt er een discussie over de reikwijdte van het kartelverbod met betrekking tot verticale restricties. Zie hierover bijvoorbeeld de zeer leeswaardige redactionele bijdrage van Prof. mr. T. Ottervanger, 'Bespiegelingen over mededinging toen en nu (3)', *M&M* 2014/3.

9 Zie het laatste mijlpaalarrest over de reikwijdte van het kartelverbod van het Hof van 11 september 2014, C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires*, punten 50-52.

10 Zie Prof. mr. R. Wesseling, 'De Kartelhel', *M&M* 2014/4.

11 Een snelle blik op de nauwkeurig bijgehouden boetestatistieken van de Commissie vormt bewijs van deze stelling: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>. Ter verdere illustratie: zeer recent is het Wetsvoorstel verhoging boetemaxima aangenomen door de Eerste Kamer. Dankzij dit overigens vergaande en controversiële wetsvoorstel gaat het boetemaximum voor kartels die door de ACM worden beboet naar 40% van de groepsomzet van een onderneming.

Over de rol van het mededingingsrecht ten aanzien van de verticale afspraken tussen ondernemingen is er echter meer discussie.¹² Dit komt voort uit de gedachte dat partijen in een verticale relatie complementaire activiteiten uitoefenen en verticale beperkingen, zoals exclusieve distributiegeregelden en exclusieve levering aan bepaalde distributeurs, nodig kunnen zijn om ketenproblemen als *free riding* te voorkomen. Zonder de mogelijkheid bijvoorbeeld om voor een bepaald gebied een exclusieve distributeur aan te wijzen, zouden distributeurs bijvoorbeeld niet meer bereid kunnen zijn om te investeren in voor de leverancier belangrijke zaken als service en promotie, omdat andere distributeurs op deze investeringen kunnen meeliften. Daarnaast kunnen beperkingen in *intra-brand* concurrentie gunstige effecten hebben op de *inter-brand* concurrentie. Zo zal een distributeur die de zekerheid heeft dat hij voor een bepaald product of merk in zijn gebied exclusief wordt aangewezen, sneller geneigd zijn om dit product of merk te verhandelen. Zo wordt het voor producenten makkelijker om nieuwe markten te betreden en daar de concurrentie aan te gaan met de reeds aanwezige producenten. Verticale beperkingen kunnen dus, anders dan de meeste horizontale mededingingsbeperkingen, resulteren in voordeel voor consumenten in de vorm van betere service of meer keuze tussen verschillende producten.¹³ Verticale restricties kunnen echter ook negatieve mededingingseffecten hebben. Die negatieve effecten zijn uitvoerig beschreven in de Richtsnoeren. Er is binnen de groep van verticale beperkingen een aparte categorie van hardcore restricties (niet te verwarren met strekkingsbeperkingen).¹⁴ Verticale prijsbinding is zo'n hardcore restrictie.¹⁵

Handhaving van verticale (kartel)zaken

Ondanks het feit dat verticale beperkingen duidelijk voordelen met zich mee kunnen brengen en een evenwichtige analyse eisen, trad de Commissie aanvankelijk hard op tegen dit soort afspraken.¹⁶ Dit had meer een politieke dan een juridische achtergrond. De Commissie wilde de vrije handel tussen de lidstaten waarborgen en zag in de exclusieve toekenning van bepaalde gebieden aan distributeurs een belemmering van deze vrije handel. Uiteindelijk heeft de Commissie haar harde koers ten aanzien van verticale beperkingen losgelaten.¹⁷ In de Richtsnoeren merkt de Commissie thans op dat de meeste verticale beperkingen alleen tot mededingingsproblemen

kunnen leiden wanneer er op één of meer handelsniveaus onvoldoende concurrentie is, dat wil zeggen wanneer er op leveranciers- en/of afnemersniveau sprake is van een zekere mate van marktmacht.¹⁸

De laatste jaren hebben de Commissie en ook de Autoriteit Consument en Markt ('ACM') nagenoeg niets gedaan op het gebied van de handhaving van verticale beperkingen. Bijna alle (zo niet alle) restrictieve praktijken die zij op grond van het kartelverbod hebben bestraft, zijn (traditionele) horizontale kartels.

Verticale overeenkomsten zijn, gedreven door de snelle en disruptieve opmars van *online* verkoop, de laatste jaren wel duidelijker zichtbaar geworden in het toezicht van enkele nationale mededingingsautoriteiten, bijvoorbeeld het *Bundeskartellamt*.¹⁹ Die ontwikkelingen gaven ACM aanleiding om in april 2015 een visiedocument op haar website te plaatsen, waarin zij inzicht geeft in de strategie en de prioritering bij het toezicht op verticale overeenkomsten.²⁰ Hieruit volgt dat ACM een evenwichtige en economische benadering prefereert boven een formalistische handhaving.

2. Het onderscheid vervaagt

In de praktijk lukt het regelmatig om een mogelijke mededingingsbeperking tussen twee (of meer) ondernemingen te kwalificeren als horizontale dan wel als verticale overeenkomst. Het onderscheid is dikwijls evident. Het gaat dan bijvoorbeeld om een klassiek kartel tussen duidelijke concurrerende ondernemingen of juist om een specifieke exclusieve distributierelatie tussen een leverancier en een distributeur. Soms is het onderscheid echter moeilijker te maken, doordat ondernemingen uit meerdere schakels in de productie- en distributieketen betrokken zijn bij de bewezen restrictieve praktijken of omdat een bepaalde verticale praktijk, neem bijvoorbeeld verticale prijscommunicatie, horizontale *intra-brand* effecten heeft. Met dat laatste bedoel ik bijvoorbeeld een leverancier die in zijn consumentenadviesprijscommunicatie richting een retailer refereert aan het verkoopprijsbeleid van een andere, concurrerende retailer.

Door verticale integratie, duale distributie, de ontwikkeling van het mededingingsrecht, de opkomst van *online* sales en *online* platforms en de toegenomen kennis en zorgen over zogenoemde *hub-and-spoke* collusie en andersoortige hybride afspraken in met name de retail sector is het bijna klassieke onderscheid tussen horizontaal en verticaal de laatste jaren aan vervaging onderhevig.²¹ Een pakkend

12 Zie wederom voor een goede samenvatting Prof. mr. T. Ottervanger, 'Bespiegelingen over mededinging toen en nu (3)', *M&M* 2014/3. Zie ook J. Goyder, 'Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements', *Journal of European Competition Law & Practice* 2011 (2), p. 327-339.

13 Zie de Richtsnoeren, punten 106-109.

14 Opgenomen in artikel 4 van de Groepsvrijstelling. Zie over het verschil tussen strekkingsbeperkingen en hardcore restricties ook J. Goyder, 'Cet Obscur Objet: Object Restrictions in Vertical Agreements', *Journal of European Competition Law & Practice* 2011 (2), p. 327-339.

15 Zie hierover de Richtsnoeren, punten 48,49 en 223-225.

16 Zie bijvoorbeeld Prof. mr. T. Ottervanger, 'Bespiegelingen over mededinging toen en nu (3)', *M&M* 2014/3.

17 Zie J. Goyder en A. Albors-Llorens, 'Goyder's EC Competition law', Oxford University Press, hoofdstuk 10.

18 Zie onder meer de Richtsnoeren, punt 6, 23, 97-99.

19 Zie bijv. H.C.E.P.J. Janssen, S. van der Heul, 'Beperking van onlinedistributie van merkproducenten, waar liggen de grenzen?', *MP* 2014/7, nr. 274, p. 18 en Y. de Vries, N. Rutges-Al-Ani, S. Vollerling, 'Verticale prijsbinding geen prioriteit?: elders wel', *MP* 2014/1, nr. 44, p. 15.

20 Op 20 april 2015 heeft ACM haar langverwachte inzicht en strategie paper over het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten gepubliceerd op haar website: zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14164/Toezicht-van-ACM-op-verticale-overeenkomsten>.

21 Zie R. Elkerbout, 'Hub-and-spoke: terra incognita tussen zakelijke interactie en een ménage à trois', *MP* 2013/2.

voorbeeld op dit punt vind ik het arrest van de Hoge Raad in de zaak Mantje/Rab waarin de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat een exclusieve afnameclausule als strekkingsbeperking kon worden gekwalificeerd, juist vanwege de vermeende horizontale verhouding tussen de leverancier van brandstoffen Rab en afnemer Mantje.²²

Het juridische raamwerk bevat op het punt van verticale

Het lijkt geen twijfel dat het taxeren van de risico's van discutabele verticale overeenkomsten en gedragingen een meer uitdagende klus is geworden, waarbij meer nadruk moet worden gelegd op mogelijke horizontale *intra-brand* elementen.

gedragingen met een horizontaal randje (of andersom) nog een aantal onzekerheden, bijvoorbeeld over de grens tussen het verzamelen van *market intelligence* in een verticale relatie en de (onvermoede) deelname aan een *hub-and-spoke* kartel. De richtsnoeren van de Commissie geven helaas geen uitsluitsel over de juridische toets en de omstandigheden waarin *indirecte* informatie-uitwisselingen tussen concurrenten (via een gemeenschappelijke derde in de distributieketen) over prijzen onder het kartelverbod vallen. In de praktijk kan dat gebrek aan duidelijke spelregels voor verwarring zorgen bij beoefenaars van het mededingingsrecht en mededingingsautoriteiten, want wanneer is in het licht van de eerder beschreven veranderde marktomstandigheden nog sprake van een pure verticale overeenkomst die vanuit de klassieke economische opvatting minder schadelijk is voor de mededinging en die mogelijk kan genieten van de Groepsvrijstelling? *In-the-box*-denken (bijvoorbeeld het miskennen van de rol van een leverancier als tussenpersoon) kan snel leiden tot een verkeerde risico-inschatting. In dat verband is niet onbelangrijk te vermelden dat het *European Competition Network* in november 2012 het zogeheten Model Clementieprogramma heeft aangepast om onder meer duidelijk te maken dat onder de term 'geheim kartel' ook *hub-and-spoke* kartels kunnen vallen. Als gevolg daarvan kunnen bij mededingingsautoriteiten, waaronder bij ACM na de aanpassing van de clementiebeidsregels in 2014, ook hybride kartels met horizontale én verticale elementen binnen het bereik van de clementiebeidsregels vallen.²³ Ook in de hierna te bespreken Duitse en Belgische besluiten zijn clementieverzoeken ingediend.

3. De Duitse en Belgische besluiten

Haribo zoetwaren

Het *Bundeskartellamt* heeft in besluiten van 19 december 2014, 2 juni 2015 en 16 juni 2015 vastgesteld dat de producent van Haribo zoetwaren ('Haribo') en verschillende supermarkten (Aldi, Edeka, Rewe, Kaufland en Metro) tussen 2004 en 2009 het kartelverbod hebben overtreden. De inbreuk tijdens deze periode bestond uit het vaststellen van een minimumverkoopprijs voor Haribo-producten.²⁴ In tegenstelling tot andere merkfabrikanten leverde Haribo haar producten al sinds de jaren '80 van de vorige eeuw aan zogenoemde '*discounters*', zoals Aldi. Het feit dat Haribo haar producten ook aan *discounters* verkocht, zorgde ervoor dat de overige retailers weinig speelruimte hadden met betrekking tot de consumentenprijs die zij voor Haribo-producten konden vragen.²⁵ Aldi kon dankzij haar gunstige kostenstructuur een degelijke winstmarge op de Haribo producten creëren. Voor de overige retailers bleek dit, door de aanwezigheid van Aldi op de markt, echter vrijwel onmogelijk.

Toen Haribo zich in 2004 genoodzaakt zag de prijs van haar producten wegens gestegen grondstoffenprijzen te verhogen, hebben de supermarktketens Edeka, Rewe, Kaufland en Metro er bij Haribo op aangedrongen, dat Haribo ervoor zou zorgen dat Aldi haar verkoopprijzen eveneens zou verhogen. Aldi weigerde dit in eerste instantie echter te doen. Omdat Haribo zich toch genoodzaakt zag de prijsverhoging door te voeren, heeft zij tegen eind 2004 nogmaals contact gezocht met Aldi. Na enig aandringen heeft Aldi toegezegd de verkoopprijzen te verhogen. Twee weken nadat Aldi haar prijzen had aangepast volgden de overige retailers.²⁶ In het jaar 2007 zag Haribo zich wederom genoodzaakt de prijzen van haar producten te verhogen, vanwege gestegen grondstofprijzen. Edeka, Rewe, Kaufland en Metro gaven ook hier weer te kennen dat zij alleen dan de verkoopprijs zouden verhogen wanneer Aldi haar verkoopprijzen zou verhogen. Aldi verhoogde ook in 2007, pas na aandringen van Haribo haar verkoopprijzen. De overige retailers volgden kort daarop.²⁷

Na iedere prijsverhoging bewaakte Haribo de minimumprijzen van haar producten intensief. Wanneer een retailer de prijs van een Haribo-product naar beneden bijstelde, nam Haribo contact op met de desbetreffende retailer. Haribo probeerde de retailer met verschillende argumenten van de prijsverlaging af te houden. Zo betoogde Haribo bijvoorbeeld dat iedere retailer belang had bij een hogere prijs. Daarnaast stelde Haribo dat een prijsdaling een zogenoemde '*Flächenbrandes*' (prijzenoorlog) kon veroorzaken. In veel gevallen zorgden deze argumenten ervoor dat de retailers hun prijzen op niveau hielden. In een enkel geval waren de argumenten aan dovemansoren

22 HR 25 oktober 2013, NJ 2014, 101, m.nt. Mok. Zie ook het zeer lezenswaardige artikel van S. Tuinenga, 'Gas terug bij exclusiviteitsbedingen in de brandstofsector - Exclusieve afnamebepalingen in toenemende mate onder druk door het mededingingsrecht?', *M&M* 2014/4.

23 Recent heeft het Hof bepaald in de zaak DHL dat het ECN Model Clementieprogramma niet bindend is voor nationale mededingingsautoriteiten; zie het arrest van 20 januari 2016, C-428/14, *ECLI:EU:C:2016:27*.

24 Fallbericht van het *Bundeskartellamt* van 18 juni 2015, met zaaknummer B 10 – 040/14.

25 *Idem*, p. 2.

26 *Idem*, p. 2.

27 *Idem*, p. 3.

gericht. In deze gevallen dreigde Haribo de retailer de producten niet of niet volledig te leveren.

De retailers waren volgens het *Bundeskartellamt* echter niet slechts ‘*Objekt und Opfer*’, lijdend voorwerp. Zij namen actief deel aan de gedraging, door Haribo op de hoogte te stellen van te lage verkoopprijzen bij andere retailers. De retailer die Haribo attendeerde op de te lage verkoopprijzen eiste vaak dat Haribo intervenieerde bij de retailer die de lage prijzen hanteerde. Dit om de prijs op het gewenste niveau te houden.²⁸

Bovenstaande gedragingen waren voor het *Bundeskartellamt* meer dan genoeg reden om vast te stellen dat er sprake was van een inbreuk op het kartelverbod. Zij legde boetes op van in totaal 48,5 miljoen euro.²⁹

Ritterchocolade

In haar besluit van 19 december 2014 heeft het *Bundeskartellamt* vastgesteld dat de fabrikant van Ritter chocolade (‘*Ritter*’) en twee retailers, te weten Edeka en Rewe, in de periode van medio 2005 tot en met eind 2008 het kartelverbod hebben overtreden.³⁰ De overtreding bestond uit het gezamenlijk vaststellen van een minimumprijs voor chocoladeproducten van Ritter Sport.

Ritter probeerde een prijsverhoging door te voeren in de periode tussen 2005 en 2008. Om Edeka en Rewe ertoe te bewegen de nagestreefde prijsverhoging door te voeren, bood Ritter een financiële vergoeding aan in de vorm van stukpremies, kortingen en teruggave van de aankooprijzen van haar producten. De vergoedingen werden jaarlijks schriftelijk door Ritter vastgesteld. Edeka en Rewe kregen deze vergoedingen betaald, wanneer zij de prijsverhoging binnen de afgesproken termijn en op de afgesproken schaal hadden doorgevoerd. Daadwerkelijke uitbetaling aan Edeka en Rewe volgde meestal enkele weken na doorvoering van de prijsverhoging van Ritter producten.³¹ De hierboven genoemde vergoeding, zoals aan Edeka en Rewe betaald, diende ter compensatie van de verhoogde inkooprijzen die gelijktijdig met de verkoopprijs werd verhoogd. Ritter verlangde na betaling echter wel dat de nieuwe verkoopprijs zou gelden als minimumverkoopprijs voor de jaren 2006 en 2007. Edeka en Rewe mochten de Ritterproducten dan ook niet onder deze prijs verkopen.³² Het *Bundeskartellamt* stelde vast dat er sprake was van een inbreuk en heeft een boete opgelegd van in totaal 34,3 miljoen euro.³³

Gebrende koffie

In het derde en laatste besluit van het *Bundeskartellamt* draait het wederom om verticale *intrabrand* prijsafspraken met een horizontaal element. In haar besluiten van 19

december 2014, 10 juni 2015 en 16 juni 2015 heeft het *Bundeskartellamt* vastgesteld dat Melitta Europa GmbH & Co. KG (‘*Melitta*’), fabrikant van koffieproducten, en de retailers Edeka, Kaufland, Metro en Rewe het kartelverbod hebben overtreden.³⁴

Dit kartel kwam in januari 2010 aan het licht dankzij clementieverzoeker Melitta. Uit het onderzoek van het *Bundeskartellamt* bleek dat Melitta de initiator van de inbreuk was, omdat zij tegen het einde van 2004 een overeenkomst heeft gesloten met de retailers om een minimumverkoopprijs voor haar koffieproducten te bewerkstelligen. De minimumverkoopprijs bestond uit een door Melitta gecommuniceerde adviesverkoopprijs met een daaraan gekoppelde prijsrange van 0,10 tot 0,15 eurocent waarbinnen haar producten verkocht dienden te worden. Het was met andere woorden niet toegestaan om Melitta producten te verkopen voor zogenoemde ‘*Kampfpreise*’, prijzen die 10 tot 15 eurocent onder de actuele adviesprijs lagen.³⁵

Melitta faciliteerde het vaststellen van de minimumverkoopprijs op verschillende manieren. Allereerst had Melitta contact met de verantwoordelijke medewerkers van de retailers, om af te spreken in welke kalenderweken de verkoopprijs omhoog zou gaan. Om de retailer te bewegen de prijs te verhogen hield Melitta hem bepaalde financiële prikkels voor, zoals een eenmalige vergoeding.³⁶ Ten tweede werd de ‘juiste’ verkoopprijs besproken. Deze afspraken kwamen met name voor bij zogenoemde kritische momenten, bijvoorbeeld feestdagen zoals Pasen, Pinksteren en Kerst.³⁷ Ten derde liet Melitta haar medewerkers in buitendienst op maandagen controleren of de afgesproken prijsveranderingen waren doorgevoerd. De medewerkers gaven hun bevindingen dezelfde dag voor 15:00 uur door aan de centrale, waar de bevindingen in een Excel-bestand werden verwerkt. Wanneer bleek dat een retailer Melitta producten verkocht voor een prijs die 10 tot 15 eurocent lager lag dan de adviesprijs, dan intervenieerde Melitta. Melitta belde de retailer in dergelijke gevallen op en wees de retailer erop dat de consequenties van haar handelingen ertoe zouden kunnen leiden dat er een prijzenoorlog zou kunnen ontstaan. Meestal paste de retailers hierop de prijs aan. In bepaalde gevallen boden retailers aan Melitta aan om een brief te schrijven waarin stond dat de prijs een drukfout of verrekening betrof. Deze brief werd vervolgens aan de overige retailers gezonden, om ervoor te zorgen dat zij de verkoopprijs niet verlaagden.³⁸ Tot slot greep Melitta ook in wanneer zij wist dat een retailer voornemens was een erg lage actieprijs te hanteren. In dergelijke gevallen belde Melitta de verantwoordelijke retailer op en verzocht hem om de producten binnen de besproken prijsrange van 10 tot 15 eurocent van de adviesprijs te verkopen.³⁹

28 Idem, p. 3.

29 Idem, p. 1.

30 Fallbericht van het *Bundeskartellamt* van 18 juni 2015, met zaaknummer B 10 – 041/14, p. 1.

31 Idem, p. 2.

32 Idem, p. 2.

33 Idem, p. 2.

34 Fallbericht van het *Bundeskartellamt* van 18 juni 2015, met zaaknummer B 10 – 050/14

35 Idem, p. 2.

36 Idem, p. 3.

37 Idem, p. 3.

38 Idem, p. 4.

39 Idem, p. 5.

Niet alleen Melitta bewaakte de minimumverkoop prijs. Ook de deelnemende retailers wezen Melitta erop dat verschillende Melitta-producten door een deelnemende retailer verkocht werden voor een prijs die meer dan 10 tot 15 eurocent lager lag dan de afgesproken adviesprijs. De

In de mededingingspraktijk is het onderscheid tussen horizontale overeenkomsten en verticale overeenkomsten echter uitermate relevant, omdat andere mededingingsrechtelijke spelregels gelden voor beide typen overeenkomsten.

retailers die zich aan de prijsafsprake hielden, verwachtten in dergelijke gevallen dat Melitta intervenieerde. Deed Melitta dat niet, dan dreigden zij tijdens de volgende actieperiode de producten voor een nog lagere prijs te verkopen.

Het *Bundeskartellamt* heeft op basis van bovenstaande gedragingen besloten dat er sprake was van een inbreuk en heeft geldboetes met een totale hoogte van 44,7 miljoen euro opgelegd aan de retailers Edeka, Kaufland, Metro en Rewe. Melitta kreeg als clementieverzoeker geen boete opgelegd.

DPH-producten

In België was sprake van één inbreuk die gelijk was voor alle 18 ondernemingen die tussen 2002 en 2007 het kartelverbod hebben overtreden. Ieder van deze ondernemingen overtrad het kartelverbod door het bewerkstelligen van een gecoördineerde stijging van de consumentenprijzen voor DPH-producten.⁴⁰

Colgate-Palmolive bracht het kartel aan het licht.⁴¹ Uit het onderzoek dat hierop volgde bleek dat de leveranciers een cruciale rol hadden, omdat zij de rol van tussenpersoon en *facilitator* op zich had genomen. De leveranciers hadden als enige contact met de retailers; er was geen sprake van rechtstreeks contact tussen de retailers onderling. Het contact dat de leveranciers met de retailers hadden en dat tot doel had de prijzen te coördineren, bestond uit vier fasen, te weten de initiële fase, de onderhandelingsfase, de implementatiefase en de controlefase.⁴²

Tijdens de initiële fase nam een leverancier contact op met de retailers om hen op de hoogte te stellen van de voorgenomen prijsverhoging. De prijsverhoging werd altijd door de leverancier gecoördineerd ongeacht of het initiatief voor de voorgenomen prijsverhoging van de leverancier of van de distributeur kwam. Deze fase diende dan ook om alle partijen op de hoogte te brengen van de voornemens

om de prijs te verhogen.⁴³

Aansluitend op de initiële fase volgde de onderhandelingsfase. De leverancier coördineerde de onderhandelingen betreffende de prijs van zijn producten. Hij vervulde de rol van tussenpersoon en trad in onderhandeling met de retailers over de prijsverhoging en de vereisten waaronder de verhoging zou worden doorgevoerd. Na de onderhandelingen stuurde de leverancier de volgende informatie naar de deelnemende retailers: de identiteit van de deelnemende retailers, de voorwaarden die de retailers hadden geaccepteerd, de geselecteerde producten, de datum waarop de prijs zou worden verhoogd en de toekomstige verkoopprijzen van de overige deelnemende retailers.⁴⁴

Tijdens de implementatiefase draaide het om de invoering van de prijsverhoging. In de praktijk zorgden de retailers ervoor dat zij de prijsverhoging een week voor de afgesproken datum aanpasten. Sommige retailers voerden de prijsverhoging pas door nadat zij bonnetjes van de leverancier hadden ontvangen waaruit bleek dat de overige retailers hun prijzen al hadden aangepast.⁴⁵ Tijdens de controlefase controleerde de leverancier of de afgesproken prijsverhogingen ook daadwerkelijk door de deelnemende retailers waren doorgevoerd. De leverancier controleerde de prijsverhoging door middel van steekproeven in de winkels van de retailers.⁴⁶ In bepaalde gevallen werd een retailer, op basis van aanwijzingen van andere retailers, meer uitvoerig gecontroleerd. De leverancier communiceerde haar bevindingen met alle retailers. Verschillende retailers voerden ook zelf controles uit. De resultaten van deze controles werden bij de resultaten van de leverancier gevoegd om een compleet beeld te vormen van de doorvoering van de prijsverhogingen. Bleek uit de controles van een distributeur dat een andere distributeur zich niet aan de gemaakte afspraken hield, dan informeerde hij de leverancier en eiste dat de leverancier intervenieerde om de prijsverhoging alsnog doorgevoerd te krijgen.

Bovenstaande praktijken zorgde ervoor dat de consumentenprijs van DPH-producten stegen. Met uitzondering van de clementieverzoekers Colgate-Palmolive, GSK en Reckitt Benckiser, die respectievelijk een vermindering van 100, 50 en 25 procent op de boete kregen, heeft de BMA een schikking met de overige ondernemingen getroffen. Dit betekende dat de overige ondernemingen een vermindering van 10 procent op het boetebedrag kregen. Het totaal opgelegde boetebedrag bedroeg, zoals aangegeven, 174 miljoen euro.

4. Wat leren deze besluiten?

Hoewel enige voorzichtigheid gepast is, omdat er (vooralsnog) slechts samenvattingen respectievelijk een verkort besluit zijn gepubliceerd, kunnen er wel al een aantal zinvolle lessen uit worden getrokken wanneer wordt

40 Besluit van de BMA van 22 juni 2015 met zaaknummer ABC-2015-I/O-190-AUD. Zie hierover recent P.J.M.M. van Cleynenbreugel, 'De transactiebeslissing van het auditoraat van de Belgische mededingingsautoriteit in het supermarktdossier: een 'hub & spoke' compromis à la belge?', *M&M* 2015/6.

41 Idem, punt 1.

42 Idem, punt 30.

43 Idem, punt 31.

44 Idem, punt 32.

45 Idem, punt 33.

46 Idem, punt 34.

gekeken naar de overeenkomstigheden en verschillen tussen de Duitse zaken en de Belgische zaak.

De overeenkomstigheden zijn in de introductie al kort aan bod gekomen. Het gaat in de eerste plaats om bekende *fast moving consumer goods*. De boetes zijn van vergelijkbare hoogte en zijn opgelegd aan zowel fabrikanten als aan retailers. Dat laatste is overigens nieuw. In verticale prijsbindingszaken wordt doorgaans alleen aan de fabrikanten/leveranciers, en niet ook aan retailers, een boete opgelegd.⁴⁷ De onrechtmatige mededingingspraktijken zijn ook goed vergelijkbaar. Het betrof steeds het gezamenlijk vaststellen van een (minimum)consumentenverkoopprijs voor de verschillende merkproducten, waarbij de coördinatie en interventie hoofdzakelijk werd verricht door de betreffende fabrikanten. De retailers waren niet alleen lijdend voorwerp. Zij hadden een actieve rol door de afspraken te controleren en door te rapporteren over de al dan niet waargenomen verhogingen van consumentenprijzen. Het uiteindelijke doel van deze praktijken was een margeverbetering voor de retailers en/of het voorkomen van sterke prijsconcurrentie tussen hen.

Dan de verschillen. In Duitsland is sprake van drie besluiten, één per *brand* (i.e. Haribo, Ritter en Melitta). In die besluiten worden telkens één merkfabrikant en meerdere retailers beboet. Retailers Edeka en Rewe krijgen in alle drie de besluiten boetes in verband met hun deelname aan de restrictieve praktijken. De ketens Kaufland en Metro zijn bij twee van de drie zaken betrokken. En Aldi is tot slot alleen bij de Haribo zaak betrokken.

De BMa oordeelt dat sprake is van een één enkele inbreuk en beboet 7 retailers/wederverkopers en 11 met elkaar concurrerende fabrikanten in één kartelbesluit.⁴⁸ In deze zaak hadden de fabrikanten de rol van tussenpersoon en *facilitator* van de prijsverhogingen, maar dan enkel voor hun eigen producten. In het kader van die gecoördineerde prijsverhogingen werden geen directe horizontale contacten tussen de wederverkopers, noch tussen de verschillende betrokken fabrikanten, aan het licht gebracht, maar enkel verticale contacten tussen een fabrikant als tussenpersoon en de wederverkopers (supermarkten en groothandels) die zijn producten verkochten. Ik ben niet bekend met vergelijkbare kartelbesluiten waarin een mededingingsautoriteit een dergelijke één enkele inbreuk heeft geconcipeerd. In die zin heeft deze zaak een belangrijke precedentwaarde voor de kartelpraktijk in Europa, dan met name voor de *fast moving consumer goods* sector. Het is immers gelet op de Europese rechtspraak, geen sinecure (althans dat zou het niet moeten zijn) om een één enkele inbreuk op het kartelverbod te concipiëren op basis van een veelvoud aan

diverse directe en indirecte contacten tussen fabrikanten en wederverkopers die misschien ook nog eens ten dele een verklaarbare en rechtmatige rationale hebben. Er moet sprake zijn van gedragingen met een gemeenschappelijk mededingingsbeperkend doel (een overkoepelend plan) en de voor een onderneming kenmerkende gedragingen moeten een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beogen te leveren.⁴⁹ Daarnaast moeten de betrokken ondernemingen de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kennen of redelijkerwijs hebben kunnen voorzien en desalniettemin bereid zijn geweest het risico te aanvaarden dat zij onderdeel uitmaakt van een geheel kartel.⁵⁰ In dit geval bestond een marktbrede toepassing van vergelijkbare *intra-brand* verticale prijsbindingspraktijken. Dat kan wijzen op het bestaan van horizontale collusie tussen fabrikanten of tussen retailers, maar dit is daar in beginsel geen direct bewijs voor.⁵¹ De praktijken werden eind 2006 ter kennis gebracht van de BMa door een clementieverzoeker, te weten Colgate-Palmolive. Het ligt voor de hand dat de informatie in dit verzoek alsook de informatie van de twee andere clementieverzoekers, GSK en Reckitt Bensick, een belangrijke rol heeft gespeeld in deze zaak. Die verklaringen zullen waarschijnlijk behoorlijk met elkaar overeenstemmen wat betreft de handelwijze van de verschillende partijen alsook de kennis van elkaars gedrag. Het is althans moeilijk voorstelbaar dat de BMa bij gebrek aan bewijs van directe horizontale informatie-uitwisseling de één enkele inbreuk had kunnen concipiëren zonder overeenstemmende, elkaar versterkende clementieverklaringen.

Verder valt op dat de organisatie van het kartel in de Belgische zaak iets systematischer verliep, althans zo wordt beschreven in de samenvatting van het besluit. De BMa beschrijft vier fasen van coördinatie met een duidelijke rolverdeling. Het BMa heeft haar *theory of harm* klaar-

Dit besluit zorgt zodoende voor een nieuw
fenomeen in de kartelpraktijk dat ik hierbij doop
tot het overkoepelende hybride minimumverkoop-
prijskartel vormgegeven door uitsluitend *intra-brand*
communicatie.

blijkelijk kunnen baseren op het hele (*interbrand* en *intra-brand*) communicatieschema tussen de fabrikanten en de wederverkopers, en niet slechts op de verticale *intra-brand* delen daarvan, zoals het *Bundeskartellamt* heeft gedaan.

Het besluit van de BMa leert ons dus dat mededingings-

47 Zie bijvoorbeeld recent de boete die alleen aan LEGO is opgelegd door het *Bundeskartellamt* voor verticale prijsbindingspraktijken: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2016/12_01_2016_LEGO.html.

48 Het begrip 'één enkele inbreuk' is de juridische verzamelnaam voor een (complex) kartel dat bestaat uit een groot geheel van onrechtmatige gedragingen begaan door verschillende ondernemingen. Zie hierover R. Elkerbout, 'Eén enkele inbreuk: bezint eer ge begint', *NtEr* 2010/8 alsook de daarin vermelde literatuur en jurisprudentie.

49 Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 6 december 2012, C-441/11, *Commissie/Verhuizingen Coppens*, ECLI:EU:C:2012:778, punten 41-44.

50 Ibid.

51 Zie het arrest van het Hof van 20 januari 1994, in zaak C-89/85 e.a., A. *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, Jur. 1994 p. I-00099. Zie bijvoorbeeld ook het inzicht en strategie paper over het toezicht van ACM op verticale overeenkomsten, p. 19.

autoriteiten, geholpen door overeenstemmende clementieverzoeken en het instrument van de één enkele inbreuk, in één besluit zware boetes kunnen opleggen aan zowel fabrikanten als retailers voor complexe sectorbrede verticale minimumprijsstellingspraktijken, zelfs als er geen bewijs is van directe informatie-uitwisseling tussen concurrenten. Dit besluit zorgt zodoende voor een nieuw fenomeen in de kartelpraktijk dat ik hierbij doop tot het overkoepelende hybride minimumverkoopprijskartel vormgegeven door uitsluitend *intra-brand* communicatie.

In de gebrande koffie-zaak was overigens ook een clementieverzoek ingediend door de gemeenschappelijke fabrikant van de retailers (Melitta). Dat clementieverzoek heeft geleid tot boete-immuniteit voor Melitta en hoge boetes voor retailers, zodat ook hier de vraag kan worden gesteld of eigenlijk niet sprake was van een horizontaal of ten minste een hybride *intra-brand* prijskartel.

5. Afsluiting

Het onderscheid tussen verticale en horizontale overeenkomsten speelt een belangrijke rol in het me-

dedingsrecht. Het geeft ondernemingen houvast en rechtszekerheid over de beoordeling van afspraken en de inschatting van de risico's. De vervaging van dit onderscheid en het gebrek aan een helder juridisch raamwerk maken *self-assessment* door ondernemingen en de kartelhandhavingspraktijk van toezichthouders weerbarstiger. Het lijkt geen twijfel dat het taxeren van de risico's van discutabele verticale overeenkomsten en gedragingen een meer uitdagende klus is geworden, waarbij meer nadruk moet worden gelegd op mogelijke horizontale *intra-brand* elementen. De besluiten het Bundeskartellamt en de BMA voegen daar een nieuwe dimensie aan toe.

Over de auteur

Ruben Elkerbout is Advocaat bij Stek en vaste medewerker van dit tijdschrift