



Ministerie van Economische Zaken
T.a.v. mevrouw mr. drs. A.J.I. van den Ende
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Den Haag, - 7 JUN 2013

Aantal bijlage(n): 1

Uw kenmerk:

Ons kenmerk: 6308-15/34

Onderwerp: Analyse ACM horeca biermarkt

Geachte mevrouw Van den Ende,

Graag informeer ik u over de uitkomsten van de analyse die de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) heeft gemaakt van de horeca-biermarkt naar aanleiding van berichtgeving, rapporten en signalen over deze markt. Ik hecht er aan de analyse aan u te sturen met het oog op de (aangehouden) Tweede Kamer motie van D'66, waarin een oproep wordt gedaan aan de regering om de biermarkt weer gezond te maken.

Aanleiding voor deze motie was een analyse van het onderzoeksbureau SEO waarin zij stelt dat er geen effectieve concurrentie is op de biermarkt vanwege de afnameverplichtingen die zijn opgenomen in de overeenkomsten tussen brouwers en horecaondernemers. Koninklijke Horeca Nederland (hierna: KHN) stelt bovendien in een position paper dat de huidige situatie in strijd is met de mededingingsregels. KHN vraagt daarom aan ACM om het Heineken-besluit uit 2002 te herzien en de groepsvrijstelling op verticale overeenkomsten voor Grolsch, Bavaria en AB Inbev in te trekken.

ACM heeft geanalyseerd welke invloed de overeenkomsten tussen brouwers en horecaondernemers hebben op de markt en of deze overeenkomsten aanleiding geven voor ACM om op te treden op grond van de mededingingswet. Voor haar analyse heeft ACM eerst in kaart gebracht welke invloed de afspraken hebben op de belangrijke concurrentieparameters, zoals de inkooprijzen, dynamiek in de markt (overstapgedrag) en toetreding. Hiervoor heeft ACM gebruik gemaakt van de onderzoeksrapportages van EIM¹² en SEO³. Daarnaast heeft ACM uitgebreide informatie verzoeken

¹ EIM, "Rendement en Relatie, Een onderzoek naar rendementsverklarende factoren voor drankversterkende bedrijven in de horeca", 25 oktober 2011.



gestuurd aan brouwers en leveranciers en is gesproken met een groot aantal stakeholders met een verschillende achtergrond (grote en kleine brouwerijen, leveranciers, financiers en horeca ondernemers).

In deze brief zijn de belangrijkste conclusies uit de analyse van ACM op een rij gezet. Voor een nadere toelichting op deze conclusies verwijs ik u naar de bijlage van de brief.

Marktanalyse

Brouwers en horecaondernemers sluiten diverse soorten overeenkomsten af over de levering van pils en/of andere dranken en aanvullende diensten. Die aanvullende diensten zijn bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van bruikleenapparatuur, financiële afspraken (leningen, borgstelling, kortingen) of huurovereenkomsten. Het is gebruikelijk dat tegenover die aanvullende dienstverlening een exclusieve afname verplichting staat. Een op de vijf ondernemingen (21,5%) heeft alleen een leveringsovereenkomst met de brouwer en neemt geen aanvullende diensten af.

De meest voorkomende overeenkomst is de bruikleenovereenkomst. Meer dan de helft (57%) van de horecaondernemingen heeft zo'n overeenkomst. Deze bruikleenovereenkomsten zijn doorgaans op korte termijn opzegbaar en worden in de praktijk niet als belemmering ervaren om over te stappen naar een andere leverancier. Uit het onderzoek van EIM blijkt zelfs dat ondernemers die apparatuur in bruikleen hebben gemiddeld een hogere hectoliterkorting krijgen dan ongebonden ondernemers.

Het aantal ondernemers dat een lening heeft afgesloten bij de brouwer, of waarbij de brouwer borg staat voor een lening van de bank, is beperkt (zo'n 10%). Omdat het om een relatieve kleine groep ondernemingen gaat, is ook het effect van deze overeenkomsten op de mededinging beperkt.

Brouwers hebben bovendien aan ACM laten weten dat zij hun rol als financier van horecaondernemingen aan het afbouwen zijn. Uit de analyse van ACM is overigens niet gebleken dat de financiering door brouwers een negatief effect heeft op de inkooprijzen en het overstapgedrag van ondernemingen.

Voor de ondernemers die een pand huren van de brouwer is het beeld anders. Deze ondernemers kunnen (vanzelfsprekend) niet wisselen van brouwer en ervaren daarom dat ze minder onderhandelingsruimte hebben. Dit heeft tot gevolg dat zij relatief hoge inkooprijzen betalen. Het is echter niet aannemelijk dat pandbinding een groot effect heeft op de gehele markt omdat het aantal pandgebonden ondernemingen relatief beperkt is (16,9%).

Samenvattend laat de analyse van ACM zien dat er in de biermarkt voldoende dynamiek is waarbij brouwerijen strijden om verkooppunten en horecaondernemingen onderling concurreren.

² EIM, "Overstapgedrag in de horecabiermarkt en motieven om dat wel of niet te doen, Onderzoek naar feitelijk overstapgedrag door cafés met kelder- of fustbier en de verschillende brouwerijen in de periode 2006-2012", 26 juni 2012.

³ SEO Economisch Onderzoek, "Naar concurrentie op de tap, Mededingingseconomische analyse van verticale afspraken in de tapbiermarkt", januari 2013.



Mogelijkheden om op basis van de Mededingingswet op te treden

In 2002 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit geoordeeld dat de (standaard)-overeenkomsten van Heineken met betrekking tot borgstelling, geldlening en bruikleen van kelderinstallaties geen beperking van de mededinging vormden. Een herziening van dit besluit, zoals door KHN wordt gesuggereerd, zou aan de orde kunnen zijn als de marktomstandigheden of de standaardcontracten substantieel zouden zijn gewijzigd ten opzichte van 2002. De analyse van ACM heeft dit echter niet uitgewezen. Heineken hanteert momenteel dezelfde standaardovereenkomsten als in 2002 en er zijn geen aanwijzingen dat de huidige marktomstandigheden sterk afwijken. Bovendien blijkt uit de overstapcijfers die ACM heeft opgevraagd bij brouwers dat er stevig wordt geconcentreerd om verkooppunten en dat Heineken als marktleider marktaandeel heeft verloren. Deze concurrentie is sinds 2002 eerder toe- dan afgenomen.

Grolsch, Bavaria, Inbev en de overige kleine brouwers hebben ieder een marktaandeel van minder dan 30% en kunnen daarom beroep doen op de zogenaamde groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.⁴ Deze vrijstelling geeft deze brouwers een grotere vrijheid om non-concurrentiebedingen op te nemen in hun overeenkomsten. ACM kan ten aanzien van de overeenkomsten van deze brouwers alleen ingrijpen indien de combinatie van al deze non-concurrentiebedingen leidt tot een aanzienlijke beperking van de mededinging. Uit de analyse van ACM blijkt echter niet dat daarvan sprake is.

ACM concludeert daarom op basis van haar analyse dat er geen mededingingsrechtelijke beperkingen zijn waartegen ACM op basis van haar bevoegdheden zou kunnen of moeten optreden. De conclusie van KHN dat er vanwege de binding tussen brouwers en horecabedrijven sprake is van onvoldoende concurrentie op de horecabiermarkt kan ACM op basis van haar eigen analyse van de biermarkt niet onderschrijven.

Mogelijkheden om positie ondernemers te verstevigen

Wel ziet ACM mogelijkheden die de dynamiek in de markt zouden kunnen versterken. Zo kan een verdere professionalisering van het ondernemerschap bij horeca ondernemers resulteren in het vergroten en benutten van de onderhandelingsruimte van horecaondernemers met brouwers. Het is daarbij van belang dat horecaondernemers vooraf goed kennis kunnen nemen van de condities van (langlopende) verplichtingen die zij met bierbrouwers aangaan.

ACM is van mening dat de mogelijkheden voor en consequenties van tussentijdse opzegging van de overeenkomsten door brouwers duidelijker gemaakt kunnen worden. Zo staat bijvoorbeeld de opzegtermijn niet altijd in de overeenkomsten vermeld. Ook is niet altijd duidelijk of tussentijdse aflossing van de lening mogelijk is en wat daarvan de consequenties zijn. Tenslotte is meer

⁴ Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie 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.

Autoriteit Consument & Markt



transparantie vooraf over de condities voor overname van bruikleenapparatuur van brouwers gewenst. Dat kan worden gerealiseerd door aanpassing en openbaarmaking van het Model Overname Bruikleengoederen dat een aantal brouwers hanteert.

Ik vertrouw erop u hiermee van dienst te zijn geweest.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

mr. G.J.C.M. Bakker
Directeur Mededinging

Toelichting op analyse ACM horeca biermarkt

Proces

Onderzoeksbureau EIM heeft op initiatief van Koninklijke Horeca Nederland (hierna: KHN) in 2011 onderzoek verricht naar factoren die het rendement van drankverstrekkende horecabedrijven bepalen, met daarbij een focus op de relatie die horecabedrijven hebben met de grootste leveranciers van bier (Heineken, Inbev, Grolsch en Bavaria)¹. Naar aanleiding van dit rapport is er enkele malen door ACM met KHN gesproken. De uitkomst van die gesprekken was dat ACM in het EIM onderzoek geen aanwijzingen aantrof van een beperking van de mededinging en dan ook geen aanleiding had om nader onderzoek te verrichten naar deze markt.

Vervolgens heeft EIM op initiatief van KHN in 2012 aanvullend onderzoek verricht naar het feitelijke overstappedrag van horecabedrijven naar een andere leverancier van pils.² Daaraan werd door KHN de conclusie verbonden dat de markt op slot zou zitten en werd ACM door KHN en een brouwer gevraagd naar deze markt te kijken. Begin 2013 heeft onderzoeksbureau SEO, eveneens op initiatief van KHN een rapport uitgebracht met de conclusie dat de horecabiermarkt alleen effectief kan werken als er concurrentie op de tap ontstaat³. SEO meent daartoe dat het noodzakelijk is dat exclusiviteitsverplichtingen in de overeenkomsten tussen brouwers en horecabedrijven verdwijnen. Ook dit rapport is in analyse van ACM meegenomen.

Aan de hand van deze uitkomsten is ACM gestart met een eigen analyse van de horecabiermarkt met als doel inzichtelijk te maken of er aanleiding is voor een mededingingsrechtelijk onderzoek en eventueel ingrijpen in de markt. Voor deze analyse zijn uitgebreide informatieverzoeken gestuurd aan brouwers en is gesproken met een groot aantal stakeholders met een verschillende achtergrond (grote en kleine brouwerijen, leveranciers, financiers en horeca ondernemers). Er is onder meer gevraagd naar marktontwikkelingen sinds 2006, zoals de aantallen gewonnen en verloren verkooppunten van brouwers. Tevens is in meer detail in kaart gebracht welke contractvormen de brouwers en horeca ondernemers in de praktijk hanteren.

¹ EIM, "Rendement en Relatie, Een onderzoek naar rendementsverklarende factoren voor drankversterkende bedrijven in de horeca", 25 oktober 2011.

² EIM, "Overstappedrag in de horecabiermarkt en motieven om dat wel of niet te doen, Onderzoek naar feitelijk overstappedrag door cafés met kelder- of fustbier en de verschillende brouwerijen in de periode 2006-2012", 26 juni 2012.

³ SEO Economisch Onderzoek, "Naar concurrentie op de tap, Mededingingseconomische analyse van verticale afspraken in de tapbiermarkt", januari 2013.

Bevindingen analyse ACM

Centraal in deze analyse staat de vraag welke gevolgen (exclusieve-) overeenkomsten (veelal binding genoemd) tussen brouwers en horecabedrijven hebben voor de concurrentie op de markt voor de productie en verkoop van bier, waaronder pilsener, aan de horeca. Daarnaast heeft ACM een aantal juridische suggesties die door marktpartijen zijn gedaan nader onderzocht.

Binding brouwers met horecabedrijven

Brouwers en horecabedrijven kunnen zich in meer of mindere mate aan elkaar binden. Zo geven brouwers (tap-)apparatuur in bruikleen aan horecabedrijven, treden ze op als financier en/of als verhuurder van horecapanden waarmee horecaondernemers de exploitatie van hun zaak kunnen uitoefenen. In ruil daarvoor wordt vaak afgesproken om tapbier (en in sommige gevallen andere dranken) exclusief van de brouwer af te nemen. Beide partijen kunnen voordelen bereiken met het aangaan van zo'n overeenkomst. In beginsel zijn ondernemers vrij in hun keuze of zij met elkaar overeenkomsten aangaan waarin afspraken worden gemaakt over de exclusieve afname van tapbier of andere dranken. Dergelijke *verticale* overeenkomsten zijn toegestaan voor zover deze niet tot gevolg hebben dat de mededinging op de markt op aanzienlijk wordt beperkt.

In de meeste gevallen gaat de relatie van een brouwer met een horecaondernemer verder dan het afsluiten van een leveringsovereenkomst. In het onderzoek van EIM zijn vier situaties onderscheiden:

- Ongebonden: geen eigendommen van en geen overeenkomsten met een brouwerij anders dan een koop-/leveringscontract (brouwer is alleen leverancier).
- Tapinstallatie van de brouwerij⁴: alleen tapinstallatie van de brouwerij en/of een bruikleenovereenkomst;
- Geldlening of borgstelling van de brouwerij: een geldlening of borgstelling van de brouwerij, al dan niet in combinatie met een tapinstallatie van de brouwerij en/of een bruikleenovereenkomst;
- Pand van de brouwerij: een pand gehuurd van de brouwerij, al dan niet in combinatie met geldlening, borgstelling, tapinstallatie van de brouwerij en/of een bruikleenovereenkomst.

Op basis van onderzoek onder café ondernemers komt EIM tot het volgende overzicht:

Ongebonden	Tapinstallatie	Geldlening of borgstelling	Pand (huurovereenkomst)
21,5%	51,8%	9,8%	16,9%

Bron: EIM (2012, p. 21)

⁴ Hierbij is geen nader onderscheid gemaakt tussen tapinstallaties voor fustbier en kelderbier.

Uit bovenstaande tabel blijkt dat bij **51,8%** van de caféondernemers wel de (tap-)apparatuur in eigendom is van de brouwerij, maar geen geldlening of borgstelling van een brouwerij heeft. Het percentage café-ondernemers dat via een geldlening, borgstelling of via een huurovereenkomst is gebonden aan de brouwer ligt met **9,8%** respectievelijk **16,9%** een stuk lager. Als naar de gehele horeca inclusief hotel en restaurant wordt gekeken liggen de percentages voor installaties, lening, borgstelling en huurovereenkomst lager. Uit de antwoorden van marktpartijen op de informatieverzoeken van ACM blijkt dat de EIM cijfers in het algemeen worden onderschreven.

In alle door EIM onderscheiden categorieën komen exclusieve afnameverplichtingen voor. Uit het EIM onderzoek blijkt dat met 43% van de café ondernemers die via de tapinstallatie, financiering of het pand zijn gebonden aan de brouwer, een afnameverplichting is overeengekomen. In de praktijk zal dit percentage ondernemers dat een exclusieve afnameverplichting is overeengekomen iets hoger liggen omdat ook onder de 21,5% ongebonden horecaondernemers exclusieve afnameverplichtingen voorkomen, bijvoorbeeld als er extra kortingen in ruil voor exclusiviteit worden overeengekomen. Hieronder wordt ingegaan op de mededingingseffecten van deze overeenkomsten.

Of er van exclusieve afnameverplichtingen mededingingseffecten uitgaan is afhankelijk van een aantal factoren, zoals:

- De duur van de overeenkomst: de duur van de overeenkomst bepaalt op welke moment de ondernemer kan overstappen naar een andere brouwer;
- Opzegbaarheid: kan de ondernemer het contract (tussentijds) opzeggen en overstappen naar een andere brouwer, zo ja met welke opzegtermijn en zijn er eventuele boete clausules;
- De reikwijdte van de exclusieve afnameverplichting: de reikwijdte van de afnameverplichting (alleen tapbier of het gehele drankassortiment) bepaalt de mogelijkheden voor de ondernemer om binnen het contract dranken bij andere leveranciers te betrekken.

Voor marktleider Heineken geldt dat zij vanwege haar grote marktaandeel op basis van het Heineken Besluit uit 2002⁵ alleen overeenkomsten mag afsluiten met een opzegtermijn van twee maanden. Bovendien dient de reikwijdte van de exclusieve afnameverplichting zich te beperken tot pils op de tap. Dit betekent dat in de praktijk van de overeenkomsten met exclusieve afnameverplichtingen van Heineken een beperkt effect op de mededinging uitgaat.

De overige brouwers hebben op basis van de zogenaamde groepsvrijstelling de mogelijkheid om overeenkomsten af te sluiten voor een periode van maximaal 5 jaar⁶. Uit de analyse van ACM blijkt dat bij deze brouwers de duur van de overeenkomsten en de gehanteerde opzegtermijn sterk varieert en binnen de grenzen van de groepsvrijstelling blijft. Ook deze contracten zijn echter veelal (zoals bij Heineken) tussentijds opzegbaar. Het is daarom niet aannemelijk dat alleen van deze

⁵ Besluit 2036/84 d.d. 28 mei 2002 en Besluit op bezwaar 2036/121 d.d. 1 april 2003 inzake standaardovereenkomsten over huur-, lening-, borgstelling- en kelderbierovereenkomsten.

⁶ Zie verder onder 'Mogelijkheden om op basis van de Mededingingswet op te treden'.

leveringsovereenkomsten met een exclusieve afnameverplichting een aanzienlijke beperking van de mededinging uit gaat. Hieronder gaan we nader in op de mededingingseffecten van de situaties waarbij de relatie tussen de ondernemer en brouwer verder gaat dan alleen de leveringsovereenkomst.

Effect bruikleenovereenkomsten op mededinging is beperkt

In de sector is het gebruikelijk dat een bruikleenovereenkomst wordt afgesloten voor de apparatuur die in bruikleen is gegeven. Uit het EIM onderzoek blijkt dat 57,7% van de café-ondernemers een bruikleenovereenkomst heeft afgesloten.

ACM heeft de standaard bruikleenovereenkomsten bij brouwers opgevraagd en geanalyseerd. Uit deze analyse blijkt dat de voorwaarden voor de bruikleen verschillen. Bij alle brouwers geldt dat de in bruikleen gegeven apparatuur alleen mag worden gebruikt voor de dranken die door de brouwer worden geleverd. In deze situaties geldt dat ondernemers alleen dranken van andere leveranciers kunnen verkopen indien hiervoor andere apparatuur wordt gebruikt. Niet in alle gevallen is uit de overeenkomsten echter eenduidig op te maken in hoeverre dit daadwerkelijk is toegestaan.

In sommige gevallen geldt een volledige exclusiviteit indien apparatuur in bruikleen is gegeven. Ondernemers die een dergelijke overeenkomst hebben afgesloten mogen geen dranken verkopen van andere leveranciers.

Brouwers beargumenteren dat een gedeeltelijke (alleen apparatuur) of volledige exclusiviteit noodzakelijk is om 'free rider' gedrag van andere leveranciers te voorkomen. Zij geven aan dat zij alleen bereid zijn om te investeren in de apparatuur indien zij de garantie hebben dat de ondernemer ook daadwerkelijk de dranken gaat afnemen van de brouwer. Incidenteel staat een brouwer, al dan niet tegen vergoeding, wel toe dat de installatie wordt gebruikt voor andere (speciaal)bieren, hierbij gaat het bijvoorbeeld om een regionaal populair speciaalbier. Brouwerijen en horeca ondernemers geven aan dat bruikleen overeenkomsten maatwerk zijn.

Voor voldoende concurrentie tussen brouwers is het van belang dat deze bruikleenovereenkomsten een overstap naar een andere brouwer niet in de weg staan. Dit zou immers de concurrentie tussen brouwers beperken en toetreding tot de markt moeilijk maken.

Om meer zicht te krijgen of het in de praktijk mogelijk is om over te stappen naar een andere brouwer heeft ACM informatie over gewonnen en verloren verkooppunten opgevraagd. Uit deze aantallen blijkt dat brouwerijen actief proberen verkooppunten te winnen door ondernemers te benaderen. Alle brouwers hebben over de periode 2006 t/m 2011 verkooppunten gewonnen en verloren. De vier grootste brouwers hebben in totaal ca. 13.500 verkooppunten gewonnen en ca. 20.500 verkooppunten verloren op een totaal van ca. 28.000 verkooppunten in 2011. Uit deze aantallen volgt dat er aanzienlijke verschuivingen hebben plaatsgevonden tussen brouwers. Vooral Heineken heeft de afgelopen jaren marktaandeel verloren. Dit duidt er op dat de concurrentie tussen brouwers in de afgelopen jaren eerder is toegenomen dan afgenomen.

Naast het feit dat in de praktijk brouwers veel verkooppunten winnen en verliezen, blijkt ook uit het EIM rapport dat ondernemers die een tapinstallatie in bruikleen hebben geen hogere inkooprijzen voor pils betalen in vergelijking met ongebonden ondernemers. In de praktijk blijkt juist dat deze ondernemers gemiddeld een hogere hectoliterkorting krijgen dan ongebonden ondernemers. Ook ervaren deze ondernemers in de praktijk geen contractuele belemmering om over te stappen naar een andere brouwer. Veelzeggend is dat slechts 3% van deze ondernemers aangeeft dat het contract met de brouwer een overstap niet toestaat. De tevredenheid met de huidige brouwer is de belangrijkste reden dat er in de praktijk niet vaker wordt overgestapt. Deze tevredenheid ligt bij ondernemers die een tapinstallatie in bruikleen hebben (76% tevreden) zelfs iets hoger dan bij ongebonden ondernemers (71% tevreden)⁷. Op geen enkele wijze ontstaat het beeld dat ondernemers die een tapinstallatie in bruikleen hebben (veel) slechter af zijn dan ongebonden ondernemers die geen apparatuur in bruikleen hebben van de brouwer. ACM heeft dan ook geen aanwijzingen dat de effecten van de bruikleenovereenkomsten op de mededinging groot zijn.

Brouwers willen hun rol als financier afbouwen

Het aantal ondernemers dat een lening heeft afgesloten met een brouwer, of waarbij de brouwer borg staat voor een lening aan de bank, is een stuk geringer (9,8%). In de gesprekken met ACM hebben brouwers aangegeven dat ze minder leningen willen verstrekken aan horeca ondernemers. Zij wijzen er echter op dat de behoefte aan financiering bij ondernemers onverminderd groot is en dat banken veelal niet bereid zijn die financiering te verstrekken.

Omdat het percentage ondernemers met een lening- of borgstellingsovereenkomst met de brouwer beperkt is, is ook het totale effect van deze overeenkomsten op de mededinging beperkt. Overigens is niet gebleken dat de financiering door brouwers van negatieve invloed is op de inkooprijzen en het overstapedrag van horeca ondernemers⁸. Hier zijn geen grote verschillen met tapgebonden ondernemers.

Pandgebonden ondernemers hebben minder vrijheid

Uit de analyse blijkt dat er grote verschillen zijn tussen ondernemers die een pand huren van de brouwer en overige ondernemers. De meeste pandgebonden ondernemers zijn ontevreden over hun relatie met de brouwer. Zij ervaren dat ze minder onderhandelingsruimte hebben. Dit heeft tot gevolg dat zij relatief hoge inkooprijzen betalen. Bovendien kunnen ze niet wisselen van brouwer omdat zij het pand huren van de brouwer. Dit verklaart ook waarom er zelden of nooit (0,3%) een overstap plaatsvindt naar een andere brouwer. Overigens staat daar vaak een lager risicoprofiel voor de ondernemer tegenover, die bijvoorbeeld geen financieringsrisico voor het pand draagt of op een gunstige locatie zit en daardoor een goede omzet kan genereren.

⁷ Bron: EIM 2011

⁸ In veel gevallen is de lening bijvoorbeeld boete vrij aflosbaar, hoewel daarmee niet altijd de afname verplichting vervalt.

Conclusie

Uit de bovenstaande analyse komen geen aanwijzingen naar voren dat de overeenkomsten tussen horecabedrijven en brouwerijen de mogelijkheden en wensen van horecaondernemers om over te stappen in grote mate beperken.. Brouwerijen die in de markt om outlets strijden kunnen daarbij, de een meer dan de ander, onder elkaars duiven schieten. De analyse wijst uit dat dit ook gebeurt en dat ondernemers hun voordeel kunnen doen met die concurrentiestrijd. Alleen bij pandgebonden ondernemers is deze concurrentiestrijd minder, maar het is niet aannemelijk dat pandbinding een groot effect heeft op de mededinging tussen brouwers, onder meer omdat het aantal pandgebonden ondernemers relatief beperkt is (16,9%).

De analyse van de markt geeft daarom geen aanleiding te veronderstellen dat de verschillende overeenkomsten die horecaondernemers en brouwers overeenkomen een aanzienlijk negatief effect hebben op de mededinging.

Mogelijkheden om op basis van de Mededingingswet op te treden

Hiervoor is geconstateerd dat er geen reden is aan te nemen dat de verschillende overeenkomsten die horecaondernemers en brouwers overeenkomen een aanzienlijk negatief effect hebben op de mededinging. Niettemin heeft ACM onderzocht of een nieuwe beoordeling van het Heineken-besluit uit 2002 gewenst zou kunnen zijn en welke mogelijkheden de Europese regelgeving biedt om de Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten in te trekken dan wel buiten toepassing te verklaren.

NMa besluit Heineken 2002

ACM is als onderdeel van haar analyse nagegaan of er aanleiding is om het Heineken-besluit uit 2002 op grond van de huidige omstandigheden te herzien.⁹ In 2002 heeft de NMa geoordeeld dat de (standaard-)overeenkomsten van Heineken met betrekking tot borgstelling, geldlening en bruikleen van kelderbierinstallatie geen beperking van de mededinging vormden gelet op het feit dat:

- horecabedrijven de mogelijkheid hebben om deze overeenkomsten te allen tijde op te zeggen, (opzegtermijn van twee maanden) terwijl Heineken deze mogelijkheid niet heeft;
- Heineken de verplichting heeft om de horecabedrijven die een overeenkomst hebben gesloten met Heineken jaarlijks te benaderen en te wijzen op de mogelijkheid om de overeenkomst te allen tijde op te zeggen;
- geen sprake is van overige drempels voor het horecabedrijf om de overeenkomst op te zeggen;
- de reikwijdte van de exclusiviteit (verplichting uitsluitend betrekking op tappils);
- er geen beperking is van in-store-concurrentie.

De NMa heeft ten aanzien van de (standaard-)overeenkomst van Heineken voor huur geconcludeerd dat geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Hierbij was van belang dat het non-concurrentiebeding, dat uitsluitend betrekking had op tappils, niet verder ging dan noodzakelijk voor het doel van de overeenkomst. Daarnaast was van belang dat slechts een gering aantal van het totale aantal horecabedrijven door middel van een huurovereenkomst met Heineken is gehouden aan een non-concurrentiebeding.

De NMa sprak in 2002 de verwachting uit dat als gevolg van de opzegbaarheid van de Heineken contracten de concurrentie om de verkooppunten zou toe kunnen nemen.

Een herziening van dit besluit zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn als de marktomstandigheden thans zouden zijn veranderd of als verwachtingen die in 2002 zijn uitgesproken niet zijn uitgekomen. De voorliggende analyse heeft dat niet uitgewezen. Heineken hanteert thans dezelfde overeenkomsten als in 2002. Brouwers concurreren zoals aangegeven stevig om verkooppunten en Heineken heeft als marktleider marktaandeel verloren. De concurrentie om de verkooppunten lijkt eerder te zijn toe- dan afgenomen. ACM ziet dan ook geen grond om de bevindingen van dit besluit te herzien.

⁹ Besluit 2036/84 d.d. 28 mei 2002 en Besluit op bezwaar 2036/121 d.d. 1 april 2003

Mogelijkheden om de groepsvrijstelling in te trekken dan wel buiten toepassing te verklaren.

Grolsch, Bavaria, Inbev en de overige kleine brouwers hebben een beperkte positie op de markt (de individuele marktaandelen blijven onder de 30%) als gevolg waarvan zij een beroep kunnen doen op de zogenaamde groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.¹⁰ Op grond van deze groepsvrijstelling kunnen deze brouwers non-concurrentiebedingen opnemen in overeenkomsten voor zover deze overeenkomsten aan een aantal voorwaarden voldoen. Zo mag een non-concurrentiebeding niet worden aangegaan voor een periode langer dan 5 jaar. Mits voldaan is aan de voorwaarden in de groepsvrijstelling, worden deze overeenkomsten geacht in overeenstemming te zijn met art. 101, lid 3 VWEU dan wel art. 6, lid 3 Mw.

Onder bepaalde voorwaarden is het mogelijk om de groepsvrijstelling in te trekken dan wel buiten toepassing te verklaren. In beide gevallen dient aangetoond te worden dat als cumulatief gevolg van de exclusiviteitsverplichtingen die de brouwers overeenkomen met horecabedrijven sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Hierbij dient er rekening mee gehouden te worden dat volgens het besluit Heineken 2002 het overgrote deel van de contracten die Heineken sluit met horecaondernemers, niet leidt tot een beperking van de mededinging.

Intrekking van de groepsvrijstelling voor een overeenkomst: ACM heeft op grond van artikel 29, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 de bevoegdheid om de groepsvrijstelling voor de Nederlandse markt of een deel daarvan in te trekken voor zover de gevolgen van de overeenkomst op de Nederlandse markt of een deel daarvan onverenigbaar zijn met artikel 101, lid 3 VWEU en de Nederlandse markt alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont.

Het gevolg van de intrekking is dat een overtreding van art. 101 VWEU dan wel art. 6 Mw wordt vastgesteld. Een intrekking heeft altijd betrekking op een individuele overeenkomst.

Intrekking kan met name aan de orde zijn wanneer de toegang tot de relevante markt of de mededinging op die markt aanmerkelijk wordt beperkt door de cumulatieve werking van naast elkaar bestaande netwerken van soortgelijke, door concurrerende leveranciers of afnemers toegepaste overeenkomsten.

ACM heeft hierboven reeds aangegeven dat de overeenkomsten van Grolsch, Inbev en Bavaria en de overige kleine brouwers met horecaondernemingen niet leiden tot een aanmerkelijke beperking van de mededinging. ACM ziet dan ook geen mogelijkheden om tot intrekking van de groepsvrijstelling voor de individuele overeenkomsten tussen deze brouwers en horecaondernemers, over te gaan. De overeenkomsten van Heineken vallen niet binnen de werking van de groepsvrijstelling.

¹⁰ Verordening (EU) Nr. 330/2010 van de Commissie 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.

Buiten toepassing verklaring: Naast de individuele intrekingsmogelijkheid biedt Artikel 6 van de groepsvrijstelling de mogelijkheid om te bepalen dat, in de situatie waarin naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige verticale beperkingen meer dan 50 % van een relevante markt bestrijken, deze verordening niet van toepassing is op verticale overeenkomsten die bepaalde beperkingen omvatten die op deze markt betrekking hebben. Als sprake is van dergelijke netwerken met een dekking van meer dan 50% kan ACM dus optreden. Na buiten toepassing verklaring dienen de overeenkomsten dan individueel aan art. 101 VWEU dan wel art. 6 Mw. te worden getoetst.

Een optreden van ACM ligt in de rede in het geval de naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige beperkingen meer dan 50% van de relevante markt bestrijken, en deze naast elkaar bestaande netwerken leiden tot een merkbare beperking van de mededinging. Uit de analyse van ACM en het eerdere besluit inzake Heineken volgt van een merkbare beperking van de mededinging.

Daarenboven is het onaannemelijk dat aan het criterium wordt voldaan dat de naast elkaar bestaande netwerken van gelijksoortige verticale beperkingen meer dan 50 % van een relevante markt bestrijken. Voor de berekening van dit percentage dient enkel te worden gekeken naar de overeenkomsten die beperkingen inhouden. Nu gebleken is dat niet alle overeenkomsten tussen brouwers en horecaondernemers (in dezelfde mate) leiden tot beperking van de mededinging zal het dekkingspercentage van de netwerken van beperkende overeenkomsten vermoedelijk (ver) onder de 50% blijven. Overigens, los van de vraag of wordt voldaan aan de voorwaarden om in te kunnen grijpen op de markt, is het zeer de vraag of dergelijke maatregelen geschikt zijn om de markt verder in beweging te brengen. Veel partijen geven bijvoorbeeld aan dat het hun concurrentiepositie ten opzichte van marktleider Heineken juist zou verzwakken en daarmee averechts zou werken. Dit effect zou niet alleen onwenselijk zijn, maar zou ook niet het beoogde effect teweeg brengen waar KHN voor pleit.

Mogelijkheden om positie ondernemers te verstevigen

Hoewel de analyse van ACM geen aanleiding geeft te veronderstellen dat de verschillende afspraken die horecaondernemers en brouwers overeenkomen een aanzienlijk negatief effect hebben op de concurrentie tussen brouwers, signaleert ACM op basis van haar analyse wel mogelijkheden om de positie van ondernemers ten opzichte van brouwers te verstevigen. ACM geeft daarmee invulling aan signalen van marktpartijen. Hiermee zullen ondernemers in de praktijk eenvoudiger een overstap kunnen maken naar een andere brouwer, dit zal naar de mening van ACM een positief effect hebben op de concurrentie tussen brouwers.

Professionalisering ondernemerschap

Brouwers geven aan dat een verdere professionalisering van het ondernemerschap bij horeca ondernemingen noodzakelijk is. Ook KHN ondersteunt haar leden daarin met bijvoorbeeld adviezen voor onderhandelingen met leveranciers. Deze professionalisering kan horeca ondernemers helpen in het vergroten en benutten van hun onderhandelingsruimte richting brouwers. Het is daarbij van belang dat horecaondernemers vooraf goed kennis kunnen nemen van de condities van (langlopende) verplichtingen die zij in de contracten met de bierbrouwers aangaan.

Goede voorlichting en training van horeca ondernemers is hierbij belangrijk, zodat ondernemers weten waar ze op moeten letten bij het aangaan van een overeenkomst met een brouwer en over welke zaken het belangrijk is om te onderhandelen met een brouwer.

Vergroten transparantie overeenkomsten

Voor een professionalisering van het ondernemerschap is het echter van belang dat de voorwaarden voor levering van dranken door de brouwer bij de verschillende typen overeenkomsten transparanter worden. Uit de analyse van deze overeenkomsten door ACM blijkt dat het niet altijd even duidelijk is wat de voorwaarden zijn ten aanzien van:

- De mogelijkheden voor tussentijdse opzegging van de overeenkomst, de opzegtermijn is niet altijd duidelijk vermeld;
- De reikwijdte van de verplichting om dranken af te nemen van de brouwer; in de bruikleenovereenkomsten blijkt niet altijd duidelijk of de ondernemer ook bieren en/of andere dranken van een andere leverancier mag verkopen;
- De condities voor overname van de bruikleengoederen; op basis van de overeenkomsten is het niet altijd duidelijk tegen welke waarde een ondernemer de bruikleengoederen kan overnemen.
- De mogelijkheden voor boetevrij aflossen van een lening. Niet altijd is duidelijk of tussentijdse aflossing van de lening mogelijk is en wat daarvan de consequenties zijn.

Verbetering op deze punten stelt de horeca ondernemer in staat zich vooraf een goed beeld te vormen van de rechten en verplichtingen die met de overeenkomst samenhangen.

Stimuleer eigen bezit tapinstallaties horeca ondernemers

Uit het onderzoek van EIM blijkt dat relatief weinig ondernemers zelf eigenaar zijn van de installaties. Voor kelderbier heeft slechts 15,8% van de ondernemers de installaties in eigendom, dit percentage is voor fustbier 27,8%. In de gesprekken van ACM met brouwers en ondernemers is dit beeld bevestigd. In de sector is het gebruikelijk dat brouwers apparatuur in bruikleen geven.

Voor een startende ondernemer kan het interessant zijn om de apparatuur in bruikleen te nemen van een brouwer. Deze ondernemer kan immers een zaak starten met een laag startkapitaal. Dit is ook de reden dat in het verleden de meeste ondernemers de apparatuur in bruikleen hebben genomen en dat slechts een beperkt percentage van de ondernemers over eigen apparatuur beschikt. Het komt volgens brouwers dan in de praktijk ook zelden voor dat ondernemers zelf het initiatief nemen om de apparatuur van de brouwer over te nemen, ook in gevallen waarbij de restwaarde van de apparatuur gering is (de economische levensduur van de apparatuur is bereikt) terwijl de apparatuur nog goed functioneert.

ACM signaleert een aantal ontwikkelingen in de markt waar horeca ondernemers van kunnen profiteren indien zij zelf eigenaar worden van (een deel van) de tapinstallatie. Een ondernemer die beschikt over eigen apparatuur kan bijvoorbeeld kiezen voor een white label bierleverancier, wat een inkoopvoordeel kan opleveren. Ook zijn de speciaalbieren in opkomst. Marktpartijen geven aan dat de consument keuzevrijheid tussen verschillende soorten bieren (en dat met name speciaalbieren) steeds belangrijk vindt.

Indien een ondernemer zelf eigenaar wordt van de tapinstallatie dan kan hij makkelijker overstappen op een white label bier, of indien de ondernemer zelf een eigen vrije tapkraan koopt (een deel van de installatie die in eigendom van de ondernemer) dan is deze ondernemer vrij in haar keuze van welke leverancier zij de (speciaal-)bieren betreft. In de gesprekken die ACM heeft gevoerd met brouwers blijkt dat zij positief staan tegenover het stimuleren van het eigen bezit van tapinstallaties.

Een van de genoemde maatregelen is dat bij bruikleenovereenkomsten de ondernemer het recht krijgt de apparatuur tegen de restwaarde (op basis van een transparante en realistische afschrijvingsmethodiek) over te nemen. Een andere oplossing is dat er alternatieven komen voor de bruikleenovereenkomsten, zoals leaseovereenkomsten.

Aanpassingen Model overname bruikleengoederen

Wanneer een horeca ondernemer wisselt van bierleverancier kan het aantrekkelijk zijn de bestaande technische installaties die hij in bruikleen heeft (bijvoorbeeld tap- en kelderbierinstallaties) door de nieuwe leverancier te laten overnemen. Daarmee wordt kapitaalvernietiging als gevolg van verbouwing voorkomen. Een aantal brouwerijen, aangesloten bij de Vereniging Nederlandse Brouwers, hanteert in deze situaties vrijwillig het zogenaamde 'Model overname Bruikleengoederen' om het onderlinge claimverkeer te regelen.

Openbaarmaking van dit model zou de dynamiek in de markt kunnen versterken omdat dan ook horecaondernemers en andere brouwerijen bij het aangaan van een bruikleenovereenkomst

rekening kunnen houden met de mogelijkheden op langere termijn. Meer transparantie over de in dit model gehanteerde prijsstelling van bruikleen apparatuur en afschrijvingsmethodiek kan er toe bijdragen dat horeca ondernemers bij het aangaan van een overeenkomst beter kunnen inschatten wat hun mogelijkheden op langere termijn zijn om installaties over te nemen. Dat kan mogelijk de drempels voor nieuwe toetreding verlagen. Van belang daarbij is dat de afschrijvingsmethodiek en waardebeoordeling een realistische grondslag hebben zodat er geen onnodige toetredings- en overstapdrempels worden opgeworpen.

Door Nederlandse Brouwers is toegezegd dat op korte termijn een conform het bovenstaande herzien model openbaar zal worden gemaakt