

# Mededingingsrecht en private labels: een verlengde arm bij inkoopmacht van de retailer?

MR. D.W.L.A. SCHRIJVERSHOF

*Ah, gaan we vergelijken? Dat zet Unilever in 2008 boven paginagrote advertenties in dagbladen waarin Robijn wasverzachter is afgebeeld naast een huiskamer wasverzachter van Albert Heijn (AH). Daaronder meldt Unilever: "Want: 'Wij hebben een heel team van experts in dienst, die dag in dag uit, bezig zijn om onze tabletten te verbeteren. Natuurlijk vinden wij het goed dat er een alternatief is. Maar beter? Die vergelijking durven wij best aan.'" Met deze advertentie reageert Unilever op de strijd die AH met de A-merken aanbindt door te stellen dat de AH-huiskamer 'minstens zo goed, stukken goedkoper zijn'. Unilever staat niet alleen, ook Friesland Foods plaatste vergelijkbare advertenties. Eerder, in 2005, is de opmars van 'me too' producten in de schappen van AH ook al inzet van een kort geding tussen Unilever en AH.<sup>1</sup> Deze acties hebben de opmars van private labels in Nederland niet kunnen stuiten.<sup>2</sup> Rabobank signaleert dat voor private labels in Nederland in 2015 een marktaandeel van 42% wordt verwacht.<sup>3</sup> Daarbij wordt aangetekend dat economisch zware tijden de opmars van private labels sterk faciliteert. De eerste tekenen van deze opmars tekenen zich al af.<sup>4</sup>*

**B**ij private label producten beperkt de producent zich tot het voor rekening en risico van een retailer of groothandel fabriceren van de producten die de retailer of groothandel onder eigen merk verkoopt. De retailer of groothandel bepaalt voor de private label producten de positionering in de markt en neemt de marketing voor zijn rekening. Terwijl de retailers afnemer zijn (van de in hun opdracht te produceren private label producten), zijn zij tevens concurrent (de private label producten concurreren met andere producten om ruimte in het schap). De concurrentie die retailers met hun private labels met de producenten van industriële merkproducten aangaan, is allang niet meer beperkt tot één (prijs)segment. Multi-tier private labels, waarmee in meerdere segmenten (*discount, value for money en premium*) van het schap producten onder private label worden verkocht, winnen terrein. De opmars van

private labels maakt dat retailers alsmaar sterker de dubbelrol van afnemer én concurrent vervullen. Een bijzondere rol, omdat het de retailer is die bepaalt wat de positie en de prijs in het schap is van zowel het industriële merk als het private label product.<sup>5</sup> Daar komt bij dat schapruimte schaars is. Dat volgt alleen al uit het feit dat retailers in voorkomende gevallen van producenten verlangen dat zij de retailer een vergoeding betalen om een (prominente) plek in het schap te krijgen of te behouden.<sup>6</sup> Gegeven deze ontwikkelingen rijst de vraag hoe mededingingsrechtelijk gezien om te gaan met de positie van private labels.

## Hoe gaan de mededingingsautoriteiten om met private labels?

Bij de productie en verkoop van industriële merk en private label producten onderscheiden de Commissie en de NMa (per 1 april 2013 de ACM) stevast het up- en het downstreamniveau. Het upstreamniveau ziet op de productie

1 LJN AT4808, Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem.

2 'Top 100-merken houden marktgroei niet bij', *DistriFood*, 20 februari 2013.

3 'Forse groei huiskamer vraagt om strategische herpositionering', *Rabobank Cijfers & Trends Thema-update: Food*, juni 2012, p. 1.

4 'Jumbo verstuurt 3% brief aan leveranciers', *DistriFood*, 18 maart 2013: 'Jumbo heeft zijn huiskamer uitbesteed aan de Amerikaanse specialist Daymon. [...] Daymon belooft Jumbo om het huiskamerkaandeel in houdbaar op te krikken naar 40 procent'.

5 'NMa: verticale prijsbinding niet toegestaan', 28 februari 2005, zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl).

6 'Over tevreden consumenten, de rol van supermarkten', *CBL*, februari 2010, p. 20 en Commissie Richtsnoeren Verticalen, rndnr. 203 t.a.v. 'slotting allowances' en 'pay to stay fees'.

en verkoop van producten aan afnemers in het retail- en het out of home (OOH) kanaal, terwijl het downstreamniveau de verkoop van de producten aan de (eind)consument betreft. De manier waarop de mededingingsautoriteiten binnen de twee niveaus omgaan met de positie van private label en merkproducten is door de jaren heen veranderd. Zo rekent de NMa in twee zaken uit 2000 en 2002 op het gebied van de productie van levensmiddelen de afzet die wordt behaald met de productie van het private label toe aan de detailhandelaar.<sup>7</sup> De Commissie gaat ondertussen in diverse zaken uit van één upstreamproductmarkt voor

## De opkomst van private labels kan zowel positieve als negatieve welvaartseffecten opleveren.

merk- en private label producten.<sup>8</sup> Daarmee is niet gezegd dat de Commissie die lijn steeds heeft gevolgd. In 2007 gaat de Commissie in de zaak SCA/P&G uit van afzonderlijke markten voor de productie van industriële merk- en private label producten.<sup>9</sup> Volgens de Commissie bestaat er op dat moment op het upstreamniveau onvoldoende competitieve interactie tussen de productie van industriële merk- en private label producten. Dit onder meer omdat er slechts enkele ondernemingen actief waren met de productie van zowel merk- als private label producten. In 2008 concludeert de Commissie bij de beoordeling van de fusie van Friesland Foods en Campina ten aanzien van tal van private label en merk- zuivelproducten dat sprake is van één upstreammarkt.<sup>10</sup> Dit nu de producenten bij het verkopen aan retailers rekening houden met de substitueerbaarheid van private label en merken bij eindgebruikers. Gelet op het relatieve grote belang van de verkoop van private label producten, kunnen producenten van merkproducten niet om de concurrentiedruk heen die private label uitoefent op hun merken. Volgens de Commissie is hierbij ook van belang dat de winstgevendheid voor de retailer afhankelijk is van het patroon van substitutie tussen merk- en private label producten op het niveau van de consument.<sup>11</sup> De aanpak die de Commissie in de zaak Friesland Foods/Campina volgt, speelt bij de beoordeling die de NMa maakt van concentraties van producenten van levensmiddelen een grote rol. In 2012 stellen de fusierende producenten van diepvriessnacks bij de NMa dat er op het upstreamniveau drie relevante productmarkten zijn. De eerste twee betreffen de markten voor de productie en verkoop van snacks in respectievelijk het retail en het OOH-kanaal. Hierbij maken partijen geen onderscheid

tussen merk- en private label snacks. Daarnaast zou er een derde aparte productmarkt zijn voor de productie van snacks onder private label in opdracht van retailers en OOH-groothandels.<sup>12</sup> De NMa wijst deze productmarktindeling in september 2012 van de hand.<sup>13</sup> Volgens de NMa behoren upstream de merk- en private label diepvriessnacks tot dezelfde relevante productmarkt.<sup>14</sup> In december 2012 trekt de NMa die lijn door bij de beoordeling van een fusie van producten van koek en beschuit. Hierbij geeft de NMa aan: “Gelet op (i) de substitutie tussen private label beschuit en merkbeschuit downstream, en (ii) het feit dat producenten van private label beschuit en/of merkbeschuit alsmede retailers in hun onderhandeling upstream rekening houden met concurrentie tussen private label beschuit en merkbeschuit downstream, gaat de Raad in onderhavige concentratie ervan uit dat upstream private label beschuit en merkbeschuit tot dezelfde relevante productmarkt behoren.”<sup>15</sup> Dezelfde benadering volgt bij private label ontbijtkoek en merkontbijtkoek. Deze afbakening van de upstreamproductmarkt heeft grote gevolgen voor de betrokken partijen. Wanneer de productie onder private label in opdracht van retailers en OOH-groothandels als aparte productmarkt zou kwalificeren, zou er meer mogelijk zijn geweest bij deze fusies. Nu blijft op het gebied van de productie van diepvriessnacks en de productie van koek en beschuit de beoogde krachtenbundeling uit.<sup>16</sup> De NMa stelt in beide zaken met haar oordeel de consument te beschermen.<sup>17</sup> Het gaat de opzet van deze bijdrage te buiten om de vraag te beantwoorden of die stelling hout snijdt. Wel wordt hierna, met het oog op de bescherming van de consument, ingegaan op de dubbelrol die retailers met hun private labels vervullen.

## Wanneer kan de dubbelrol van de retailers ten nadele van de consument gaan wringen?

De opkomst van private labels kan zowel positieve als negatieve welvaartseffecten opleveren. Het voorkomen van dubbele margevorming en het vergroten van de keuze voor

7 NMa zaak 2434/Wessanen-Zonnatura, 2 mei 2002, punten 13 en 23 en NMa zaak 2033/Van Dijk-Brinkers, 13 september 2000, punten 16 en 33.  
8 Bijvoorbeeld de beschikking van de Commissie in zaak M.1892, Sara Lee/Courtaulds, 8 mei 2000, punten 19 t/m 24 en de beschikking in zaak M.623, Kimberly-Clark/Scott Paper, 16 januari 1996, punt 48.  
9 Commissie beschikking in zaak COMP/M.4533 – SCA / P&G, 5 september 2007, punt 51.  
10 Commissie beschikking in zaak COMP/M.5046 - Friesland Foods/Campina, 17 december 2008.  
11 Ibid.

12 NMa zaak 7313/NPM Capital – Lion Capital – Buitenfood – Ad van Geloven, 14 september 2012, punt 46 e.v.  
13 Dat terwijl de NMa eerder in zaak 5499 Ad van Geloven – Mora, 17 februari 2006, aangeeft dat er een mogelijke markt voor de productie van diepvriessnacks in opdracht van derden (private label) is. Bij de markt voor productie- en verkoopssnacks ten behoeve van het retailkanaal is de private label productie niet aan de producent, maar aan retailers toegerekend, aangezien deze laatste het commerciële risico dragen voor het product.  
14 NMa zaak 7313/NPM Capital – Lion Capital – Buitenfood – Ad van Geloven, 14 september 2012, punt 65.  
15 NMa zaak 7321/Continental Bakeries – A.A. ter Beek, 14 december 2012, punt 63.  
16 Krokettfusie definitief van de baan, *Distribufood* 15 oktober 2012 en ‘NMa weigert vergunning voor overname Bolletje’, 14 december 2012, zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl).  
17 ‘NMa weigert vergunning voor overname Bolletje’, 14 december 2012 en ‘NMa ziet mogelijke problemen bij bakkerijfusie’, 17 april 2012 en ‘NMa onder voorwaarden akkoord met fusie snackproducenten’, 14 september 2012 en ‘NMa ziet problemen bij fusie tussen snackproducenten’, 13 februari 2012, zie [www.acm.nl](http://www.acm.nl)

de consument worden tot de positieve effecten gerekend.<sup>18</sup> De inzet van private label kan ook de producenten van industriële merkproducten stimuleren om te blijven innoveren en superieure producten te ontwikkelen. Producenten ervaren die prikkels vooral wanneer zij verwachten hun onderzoeksinspanningen terug te kunnen verdienen. Een te stevige positie op de inkoopmarkt van retailers kan die prikkels verminderen.<sup>19</sup> Gezien de aanwas van private label producten in het schap is een actuele vraag daarbij welke rol de inzet van private label bij dat proces speelt. De uitoefening van inkoopmacht wordt vaak alleen gelijkgesteld aan het afdwingen van lagere inkooprijzen. Dat past bij een 'traditionele marktstructuur', waarbij de afnemers uitsluitend wederverkopers zijn. Door de inzet van hun private labels hebben de retailers een wezenlijk andere rol verworven en is er meer aan de hand.

### Innovatievertraging en productvershraling

Voor de producenten van industriële merkproducten is de terugverdientijd voor productontwikkelingen en innovaties relevant. Hoe sneller retailers innovaties van producenten van industriële merkproducten opvolgen met 'me too' producten die onder private label worden verkocht, hoe lastiger het wordt de onderzoeks- en ontwikkelingskosten terug te verdienen. Uiteraard kan een producent met een beroep op intellectuele eigendomsrechten proberen op te komen tegen slaafse nabootsing door retailers, maar de praktijk wijst uit dat dit niet altijd soelaas biedt.<sup>20</sup> Het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (CBL) geeft bij monde van Dick Boer over de rol van de retailers aan: *"Meer in het algemeen is kopiëren van innovaties om deze vervolgens verder te ontwikkelen een belangrijke motor van vooruitgang in een vrije markteconomie. Daarbij moeten uiteraard intellectuele eigendomsrechten worden gerespecteerd. Maar dergelijke rechten vertragen soms alleen de vooruitgang, deze wordt er geenszins door onmogelijk gemaakt. Zo bracht Toyota als eerste in Nederland een populaire versie op de markt van een hybride auto, die de voordelen van een elektromotor met een benzinemotor combineert. Nu bijna tien jaar later hebben vele fabrikanten een eigen versie van zo'n auto ontwikkeld, met als grote winnaar de consument en het milieu omdat een hybride auto aanzienlijk minder brandstof verbruikt en CO2 uitstoot. Dat heet vooruitgang."*<sup>21</sup> Daargelaten of de

vergelijking tussen de (gesubsidieerde) ontwikkeling van hybride auto's en dagelijkse levensmiddelen passend is, staat één punt buiten kijf. Anders dan de autoproducent (waarbij afnemers niet tevens concurrent zijn en niet al tijdens het ontwikkelingsproces onder de motorkap meekijken), kunnen veel producenten van industriële merkproducten in de levensmiddelensector er niet omheen de retailers tijdig bij de lancering van een nieuw product te betrekken.<sup>22</sup> De producent heeft de (grootste) retailer, die voor veel producten een poortwachtersrol naar de consument vervult, simpelweg nodig om met succes nieuwe producten op de markt te brengen.<sup>23</sup> De retailers nemen als afnemers voortdurend vroegtijdig kennis van vertrouwelijke en strategische informatie van diverse nieuwe (of vernieuwde) producten. Dit geeft de retailer als concurrent met private label producten een informatievoorsprong ten opzichte van de (andere) producenten van industriële merken.<sup>24</sup> Dat retailers op deze manier steeds dicht op het vuur zitten, lijkt op de korte termijn gunstig voor de consumentenwelvaart. De consument treft al snel in het schap onder private label een veelal goedkoper alternatief voor een industrieel

The Commission will examine, in particular, whether increased concentration and the use of own brand (private label) products have hampered choice and innovation in the European food sector.

merkproduct aan. Maar dit is ook waar de dubbelrol van de retailers de innovatiekracht op kan breken. De innovatiekracht van producenten kan worden verzwakt, wanneer innovatieve producten van deze producenten door retailers te snel in het schap met 'me too' producten onder private label worden opgevolgd.<sup>25</sup> Op de (middel)lange termijn zou daarmee het beeld kunnen kantelen in het nadeel van de consument. Als de prikkels om te blijven investeren in innovaties bij de producenten te sterk worden verminderd, ligt vershraling van het aanbod op de loer ligt. Denkbaar is dat productinnovaties niet of veel minder snel worden doorgevoerd en, of een minder breed assortiment in de

---

well established in almost all consumer product markets that product innovation is pioneered by branded producers and that private labels products follow. In general, private labels products are rarely innovative products that generate new users and new occasions of consumption. Instead they tend to be price followers and product imitators'.

18 Bijvoorbeeld de ontwikkeling van kant-en-klaarmaaltijden onder private label in de Nederlandse supermarkten.  
 19 Uiteraard wordt als sprake is van de overname van meerdere winkels tegelijk ook een krachtenbundelingen op retailniveau door de NMa getoetst. Daarmee is niet gezegd dat alle overnames worden getoetst, zie bijvoorbeeld 'Consumenten klagen bij NMa over overvloed Albert Heijn', *Trouw*, 24 januari 2009 en <http://nos.nl/audio/18269-klachten-over-dominante-positie-albert-heijn.html>.  
 20 Supra noot 1.  
 21 'Over tevreden consumenten, de rol van supermarkten', CBL, februari 2010, p. 20. Vergelijk de Commissie in de zaak M.623, Kimberly-Clark/Scott Paper, rdnr. 91: 'branded, and not private labels, products promote innovation and product quality improvement' en rdnr. 92: 'Product innovation is a key competitive tool in consumer product markets. It is

22 NMa zaak 5586/ Ahold – Konmar Superstores, 26 oktober 2006, p. 19 waaruit bijvoorbeeld voor zuivelproducenten volgt dat: 'Melk en karnemelk worden voor 98,2% afgezet via de supermarkt'.

23 Ibid., rdnr., 86.

24 Commissie beschikking zaak nr. IV/M.784 – Kesko/Tuko, 20 november 1996, par. 152 waarin de Commissie al signaleert: '[PL development] enables retailers, who are inevitably privy to commercially sensitive details regarding the branded goods producers' product launches and promotional strategies, to act as competitors as well as key customers of the producers'.

25 Ariel Ezrachi, 'Unchallenged Market Power? The Tale of Supermarkets, Private Labels, and Competition Law', *World Competition* 2010, vol. 33, nr. 2, p. 257-274.

schappen is te vinden. In dat geval pakt de inzet van private labels nadelig uit voor de consumentenwelvaart.

### Private labels in het vizier van de Europese Commissie

Het CBL signaleert in 2010 dat producenten de retailers ten onrechte in Brussel in het verdachtenbankje proberen te plaatsen.<sup>26</sup> Wat ook zij van die opvatting in december 2012 geeft de Commissie aan: *“The European Commission is launching a study to assess the impact of recent developments in the European retail sector on consumers. Following calls by stakeholders, the Commission will examine, in particular, whether increased concentration and the use of own brand (private label) products have hampered choice and innovation in the European food sector.”* Het onderzoek van de Commissie richt zich zowel op de keuze als op de innovatie in de voedselsector.<sup>27</sup> Commissaris Almunia tekent daarbij aan: *“The retail sector has become more concentrated over the last years. In parallel, retailers have introduced their own brands, which*

### De huidige minister van EL&I gaf onlangs aan heil te zien in zelfregulering door brancheorganisaties van leveranciers en afnemers en rekent er op dat de producenten en afnemers zelf tot een ‘vrijwillige’ gedragscode komen.

*are increasingly successful. This has given retailers growing bargaining power vis-à-vis suppliers and may result in unfair trading practices, where individual suppliers are forced to accept unfavourable conditions for fear of losing a big – or sometimes even only – client.”*<sup>28</sup> Het onderzoeksrapport van de Commissie wordt eind 2013 verwacht. Daarna zal de Commissie de resultaten eerst evalueren en kan zij voorstellen doen om de werking van de Europese voedselmarkten te verbeteren.<sup>29</sup> Conclusies en eventuele voorstellen vanuit Brussel laten voorlopig dus nog op zich wachten.

### En ondertussen in Nederland?

Lidstaten mogen zelf besluiten eerder op te kunnen

26 ‘Over tevreden consumenten, de rol van supermarkten’, CBL, februari 2010, p. 19 e.v.

27 IP/12/1356, 11 december 2012: ‘Regarding choice, the study will measure, for example, the variety of products available to consumer on supermarkets’ shelves in their shopping area. To determine the level of innovation, the study will measure, for example, the offer of entirely new products (e.g. coffee capsules or allergen-free products in recent years) or of products with new ingredients or characteristics which allow a different use (e.g. instant-made products). Moreover, the study will verify whether the significant levels of retail concentration reached in some local areas have led to a reduction of choice and innovation for consumers in those areas.’

28 IP/12/1356, 11 december 2012.

29 Ibid.

treden tegen unilateraal gedrag in een bepaalde sector.<sup>30</sup> Frankrijk, Duitsland, Italië en Portugal hebben die ruimte al ingevuld door een extra artikel in hun mededingingswet op te nemen dat het misbruik van een economische afhankelijkheid verbiedt. In Finland buigt men zich over een wetsvoorstel om op de markt voor dagelijkse consumptiegoederen een retailer dominant te verklaren bij een marktaandeel van meer dan 30 procent.<sup>31</sup> Hoewel het langs deze lijn aanscherpen van de Mededingingswet mogelijk is, liggen dergelijke plannen (nog) niet op stapel.<sup>32</sup> Producenten hebben het in Nederland, mededingingsrechtelijk gezien, te stellen met de bescherming die art. 24 Mw en art. 102 VWEU biedt. Met een beroep daarop bij de ACM aankloppen, lijkt evenwel geen aantrekkelijk route. Zo rapporteert de vorige minister van EL&I in oktober 2010 bij de evaluatie van de werkzaamheden van de NMA: *“In misbruikzaken blijft de doeltreffendheid achter. In de evaluatieperiode zijn geen sancties opgelegd; wel vond in een zaak alternatieve handhaving plaats.”*<sup>33</sup>

De huidige minister van EL&I gaf onlangs aan heil te zien in zelfregulering door brancheorganisaties van leveranciers en afnemers en rekent er op dat de producenten en afnemers zelf tot een ‘vrijwillige’ gedragscode komen.<sup>34</sup> Het uitwerken van die plannen en (wettelijk) verankeren gaat niet over één nacht ijs. Daarbij bestaat ook het risico dat dit proces een compromis oplevert, waarmee knelpunten niet steeds effectief zijn te adresseren. Komt aan art. 24 Mw en art. 102 VWEU dan toch een rol toe? Er zijn producenten voor wie een plek in het schap van de (grootste) retailer van groot belang, zo niet van levensbelang, is. In het NMA-visiedocument inkoopmacht wijst de toezichthouder eerder zelf ook op de poortwachterfunctie die de retailer kan hebben.<sup>35</sup> Bovendien krijgt de ACM van de Europese gerechten ook alle ruimte om handhavend op te treden ter bescherming van de structuur van de markt.<sup>36</sup> Met die punten rekening houden, betekent dat de kansen voor een producent die een beroep op de ACM doet niet steeds op voorhand zijn verkeken.<sup>37</sup> Daarnaast geldt dat de bestuursvoorzitter van de ACM, Chris Fonteijn, eerder aangeeft:

30 Lidstaten mogen op grond van art. 3 Vo. 1/2003 maatregelen treffen om strenger op te treden tegen misbruik van machtspositie dan volgt uit de Europese mededingingsregels zoals opgenomen in het VWEU.

31 K. Puolakainen, ‘Finland: 30% Limit Proposed In The Finnish Retail Sector To Determine Dominant Position’, 15 november 2012.

32 Voor de zorgsector is per 2006 met art. 48 en 49 Wmg wel al gebruikgemaakt van de ruimte die art. 3 Vo. 1/2003 biedt om (snel) op te kunnen treden tegen unilateraal gedrag van een partij met aanmerkelijke marktmacht in de zorg.

33 *Kamerstukken II* 2010/11, 24 036, nr. 377, p. 2.

34 Brief aan Tweede Kamer, 30 januari 2013, DGETM-MC/13011773.

35 NMA Visiedocument inkoopmacht 2004, punt 67.

36 Bijvoorbeeld HvJ 17 februari 2011, zaak C-52/09 (*TeliaSonera*) r.o. 24: ‘Artikel 102 VWEU moet dus in die zin worden uitgelegd dat deze bepaling niet alleen ziet op handelwijzen die de consument rechtstreeks kunnen benadelen, [...] maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door de mededinging te verstoren.’

37 Zie ook J.W. Van de Gronden & J.A. den Hartog, ‘Inkoopmacht: economische en juridische inzichten’, *M&M* 2008, nr. 4, p. 135.

“Ik zou ook vaker de informele weg willen bewandelen; meer met de bedrijven om tafel gaan zitten. Het handhaven is geen doel op zich, maar een middel om markten te laten werken.”<sup>38</sup> Ook wendt de toezichhouder in toenemende mate per sector naar eigen goeddunken verschillende middelen aan om ‘markten te laten werken’. Zo worden zorginstellingen in februari 2012 opgeroepen signalen en klachten over mededingingsbeperkingen bij de inkoop van medische hulpmiddelen bij de NMa te melden.<sup>39</sup> In oktober 2012 rekent de NMa de consument voor welke besparingen bij acht veelvoorkomende financiële producten te behalen zijn door van aanbieder te wisselen.<sup>40</sup> Chris Fonteijn geeft daarover aan: “We hebben daar zelfs een online-overstapcoach voor ontwikkeld, die de consument daarbij kan helpen. RTL Nieuws noemde dit een ‘ongebruikelijke actie’ van de NMa. Maar ik zeg; wen er maar vast aan. Want dit zijn nou typisch de gecombineerde, maatwerk oplossingen die we onder de vlag van de ACM vaker zullen toepassen.”<sup>41</sup> Welke gecombineerde, maatwerkoplossing zal de ACM vinden als de opmars van private labels tot mededingingsproblemen leidt? Waar het aankomt op de handhaving van het verbod op misbruik van een machtspositie geeft het Hof van Justitie eind 2011 aan: “Gelet op de [...] doelstelling van de mededingingsregels mag hun toepassing bovendien niet afhangen van de omstandigheid dat de betrokken markt reeds in zekere

mate ontwikkeld is. Artikel 102 VWEU verlangt immers dat juist bij een sterk groeiende markt zo vroeg mogelijk wordt opgetreden, teneinde te vermijden dat op die markt een mededingingsstructuur ontstaat en wordt bestendigd die is verstoord als gevolg van de als misbruik aan te merken strategie van een onderneming met een machtspositie op die markt of op een daarmee nauw verbonden verwante markt, dus dat er wordt opgetreden voordat de mededingingsbeperkende effecten van die strategie zich voordoen.”<sup>42</sup> Ik ben benieuwd, kiest de ACM er voor zelf te (laten) onderzoeken of en in welke mate private label een verlengde arm bij inkoopmacht van de retailer vormt?<sup>43</sup> De start van de ACM lijkt een uitgelezen moment om dat proces te combineren met het opruimen van het inmiddels bijna tien jaar oude ‘NMa visiedocument inkoopmacht’.<sup>44</sup> Of durft de ACM het aan om geduldig af te wachten met welke conclusies en eventuele voorstellen de Commissie op zijn vroegst in 2014 komt om eerst daarna een ‘me too’ product te creëren?

#### Over de auteur

Diederik Schrijvershof is advocaat bij Van Doorne N.V. en vaste medewerker van dit tijdschrift. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

38 P. Amador Sanchez, W.W. Geursen & B.A. Nijs, ‘Zin in de fusie! Over keuzes en kansen’, *AM* nr. 7, november 2011. Zie ook *Financieele Dagblad*, ‘NMa wil meer in overleg en minder vaak beboeten’, 29 mei 2012, p. 3.

39 ‘NMa: efficiënt inkopen leidt tot kostenbeheersing medische hulpmiddelen’, 12 februari 2012.

40 ‘NMa: shoppen voor financiële producten loont’, 18 oktober 2012 waarbij de NMa verwijst naar de speciale internetpagina met een besparingsoverzicht, zie <http://www.consuwijzer.nl/financieel-besparingsoverzicht>.

41 Speech Chris Fonteijn, ‘Jaarcongres ‘Ontwikkelingen Mededingingsrecht’, 4 oktober 2012, p. 7.

42 HvJ 17 februari 2011, zaak C-52/09 (*TeliaSonera*), r.o. 108.

43 De Finse mededingingsautoriteit nam al in 2011 dit initiatief, zie: ‘Finnish Competition and Consumer Authority, study on Trade in Groceries’, *FCA reports* 1/2102, en ‘FCA study shows that daily consumer goods trade uses its buying power in several ways that are questionable for competition’, 10 januari 2012.

44 *Supra* noot 35.