



Vereniging Modint en Modint Credit & Finance B.V./Raad van Bestuur NMa

Vereniging Modint en Modint Credit & Finance B.V./Raad van Bestuur NMa, College van Beroep voor het Bedrijfsleven, 28 oktober 2005. AWB 04/794 en 04/829. Rechterlijke toetsing van afwijzing ontheffingsaanvraag. (m.nt. mr J.J.A. Coumans)¹

Feiten

Vereniging Modint is de rechtsoptvolger van de Vereniging Nederlandse Kleding Conventie (NKC) en van de Vereniging Nederlandse Textiel Conventie (NTC). Deze twee brancheorganisaties hebben op 27 maart 1998 ieder een ontheffing aangevraagd voor de zogenoemde NTKC-voorwaarden, met daarin uniforme verkoop-, leverings- en betalingsvoorwaarden. De ontheffingsaanvragen hebben eveneens betrekking op de overeenkomsten die Nederlandse Kleding Conventie B.V., thans opgegaan in Modint Credit & Finance B.V. (hierna MCF), met de Modint- en NTC-leden en met grote afnemers sluit inzake het gebruik van de NTKC-voorwaarden. MCF is een dochteronderneming van Vereniging Modint, belast met dienstverlening aan leveranciers van kleding.

Eveneens betrokken in de verschillende procedures is RPN, de Vereniging Retail Partners Nederland, voorheen de Vereniging van In- en Verkoopcombinaties. In deze organisatie is een aantal inkooporganisaties verenigd die kleding afnemen van de Modint-leden. RPN heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat de bepalingen die het voorwerp zijn van de ontheffingsaanvragen nietig zijn op grond van art. 6, lid 2, Mw, en niet voor een ontheffing in aanmerking komen.

De primaire besluiten van de d-g NMa

In de beoordeling van de ontheffingsaanvragen spitst de analyse van de d-g NMa zich toe op drie zogenoemde kerncondities:

1 een maximale betalingskorting;

- 2 een delcrederevergoeding voor afnemers die hun betalingen centraal laten afhandelen en/of betaling laten garanderen door hun inkoopcombinatie; en
- 3 een omzetstimuleringspremie, zijnde een vergoeding die de leverancier aan de inkoopcombinatie betaalt als beloning voor extra inspanningen van de inkoopcombinatie die leiden tot een vergroting van de omzet van de leverancier.

In het besluit op de ontheffingsaanvragen² beschouwt de d-g NMa de NTKC-voorwaarden als aanbevelingen van Modint aan haar leden, welke aanbevelingen kunnen worden gevolgd bij het sluiten van een overeenkomst tussen MCF en een individueel Modint-lid. Leden die kiezen voor een dergelijke overeenkomst zijn vervolgens gebonden aan de maximumkortingspercentages. Daarom kan – aldus de d-g NMa – gesteld worden dat dat deel van de overeenkomst de mogelijkheid van de leden beperkt om op individuele basis, rechtstreeks of zijdelings, de verkoopprijzen te bepalen. In samenhang met de aanbeveling van Modint moet dat deel van de overeenkomst dan ook worden gezien als een horizontale prijsafpraak.

De d-g NMa oordeelt vervolgens – onder verwijzing naar een reeks precedenten in Commissiebeschikkingen – dat:

‘aangezien de in de kerncondities vastgelegde maxima ertoe strekken de mededinging te beperken kunnen deze, zonder nader onderzoek naar de concrete gevolgen, worden aangemerkt als strijdig met het verbod van art. 6 Mw [...]. Aangezien er sprake is van een mededingingsbeperking naar zijn aard, kan worden aangenomen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt in de zin van art. 6 Mw.’

¹ Jacqueline Coumans is advocaat bij Simmons & Simmons te Brussel en Rotterdam.

² Besluiten van de d-g NMa van 20 december 2000 in zaak 272, Nederlandse Kleding Conventie, http://www.nmanet.nl/nederlands/home/besluiten/besluiten_2000/bma0272_0012.asp, en in zaak 203, Nederlandse Textiel Conventie, http://www.nmanet.nl/Images/bma0203-0102_tcm16-45522.pdf.

Na vervolgens de (blijkens het besluit summier) argumenten van Modint voor het verlenen van een ontheffing te hebben afgewezen, weigert de d-g NMa de ontheffingen.

De besluiten op bezwaar

In hun bezwaarschriften tegen de afwijzing van de ontheffingsaanvragen voeren Modint en MCF aan dat de d-g NMa ten onrechte (al) de kerncondities heeft aangemerkt als een horizontale prijsafspraken en dat, als de d-g NMa de kerncondities wel mocht aanmerken als afspraken, de d-g NMa dan ten onrechte niet heeft onderzocht of bedoelde afspraken de mededinging wel merkbaar beperkten. Ook menen Modint en MCF dat de d-g NMa ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen de aanbeveling ter zake van maximumbetalingskorting, welke – indien opgevolgd – leidt tot afspraken tussen de leverancier en de afnemer/detaillist, en de aanbevelingen ter zake van de delcrederevergoedingen en omzetstimuleringspremies, welke leiden tot afspraken tussen de leveranciers en de inkoopcombinaties. Zij betogen vervolgens dat – anders dan afspraken inzake betalingskortingen – afspraken inzake delcrederevergoedingen en omzetstimuleringspremies te beschouwen zijn als vergoedingen voor diensten die de inkoopcombinatie verricht en dus nauwer aansluiten bij gezamenlijke inkoop dan bij een horizontaal prijskartel.

In de besluiten op bezwaar³ handhaaft de d-g NMa zijn analyse dat de aanbevelingen ten aanzien van de maximumbetalingskortingen zijn te beschouwen als horizontale overeenkomsten c.q. besluiten van een ondernemersvereniging over onderdelen van de prijs. Voor een beoordeling van dergelijke horizontale prijsafspraken is een onderzoek naar de concrete gevolgen van de afspraak niet vereist, aldus de d-g NMa. Ook de delcrederekortingen en omzetstimuleringspremies beschouwt de d-g NMa als horizontale afspraken over een deel van de prijs, aangezien zij niet los kunnen worden gezien van de verkoop van kleding. De korting of premie komt immers in het kader van de verkoop althans leveringstransactie aan de inkoopcombinaties toe en vormt als zodanig – aldus de d-g NMa – een aspect van de prijsvorming. Het is volgens de d-g NMa vervolgens aannemelijk dat de kortingen – nu deze alle aan bod komen in het kader van onderhandelingen over de verkoop en levering van goederen tegen een bepaalde prijs – door de afnemers in de beoordeling van de eindprijs worden betrokken. De NTKC-voorwaarden hebben aldus tot gevolg dat voor centrale betalingen en omzetstimuleringspremies maximumkortingen gelden, hetgeen weer impliceert dat bepaalde aspecten van de verkoopprijs worden ingekaderd en niet vrij tussen partijen kunnen worden onderhandeld. Het is volgens de d-g NMa aannemelijk dat dit zijn weerslag heeft op de totale prijsvorming en tot een opwaartse druk op de prijzen leidt.

De d-g NMa volgt dus niet de redenering dat de delcrederevergoedingen c.q. -kortingen en de omzetstimuleringspremies vergoedingen voor verrichte diensten aan de inkoopcombinaties waren. Volgens de d-g NMa zou dit

mededingingsrechtelijk tot onjuiste resultaten leiden omdat met een dergelijke redenering uiteenlopende aspecten van een hoofdtransactie als diensten (en derhalve afzonderlijke transacties) zouden kunnen worden aangemerkt.

Ten aanzien van de merkbaarheid van de beperking van de mededinging blijft de d-g NMa bij de stelling dat de concrete effecten van een overeenkomst niet behoeven te worden onderzocht in het geval van een overeenkomst die de strekking heeft om de mededinging te beperken. De d-g NMa oordeelt in dat verband dat Modint en MCF niet hebben aangetoond dat slechts sprake is van een geringe afbreuk aan de mededinging. Uit de door Modint en MCF – op vraag van de d-g NMa – overgelegde gegevens was immers niet duidelijk geworden in hoeveel transacties de NTKC-voorwaarden werden toegepast en hoe vaak van de bandbreedtes in de kerncondities werd afgeweken.

Na nog enkele overwegingen over waarom de afspraken niet voor een ontheffing in aanmerking komen, verklaart de d-g NMa de bezwaren ongegrond.

Beoordeling door de Rechtbank Rotterdam

De Rechtbank Rotterdam stelt de d-g NMa in de daarop volgende beroepen in het gelijk.⁴

De rechtbank is het met de d-g NMa eens dat de betalingskorting een vorm van horizontale prijsbinding inhoudt, die de prijsconcurrentie vermindert. Het verweer van niet-merkbaarheid kenmerkt de rechtbank als een beroep op de *rule-of-reason* doctrine. De rechtbank legt dit verweer naast zich neer, onder verwijzing naar de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak Métropole Télévision, waarin het bestaan van een dergelijke doctrine bij de toepassing van art. 81, lid 1, EG is ontkend.⁵

Ook ten aanzien van de delcrederevergoeding en de omzetstimuleringspremie stelt de rechtbank vast dat, ongeacht of het nu gaat om een vergoeding voor diensten dan wel om een korting, deze zodanig verweven zijn met de primaire prijsvaststelling dat niet anders kan worden geoordeeld dan dat het een prijsafspraken betreft die strekt tot beperking van de mededinging. Onder verwijzing naar het feit dat horizontale prijsafspraken *hardcore* inbreuken zijn, waarvan de concrete effecten niet behoeven te worden onderzocht, althans waarvan onvoldoende is weersproken dat de effecten merkbaar zijn, bevestigt de rechtbank de besluiten van de d-g NMa.

3 Besluit op bezwaar van de d-g NMa van 18 maart 2002 in zaak 2333, Modint (voorheen Nederlandse Kleding Conventie, http://www.nmanet.nl/Images/2333bob%2Eob_tcm16-47046.pdf) en besluit op bezwaar van de d-g NMa van 26 april 2002 in zaak 2374, Nederlandse Textiel Conventie, http://www.nmanet.nl/Images/2374bob_tcm16-47105.pdf.

4 Rechtbank Rotterdam 17 augustus 2004, gevoegd behandelde zaken 02/1087 RIP en 02/1468 RIP, gepubliceerd op <http://www.rechtspraak.nl>.

5 GvEA zaak T-112/99, Métropole Télévision, M6 en anderen tegen Commissie, Jur. 2001, p. II-2459.

Beoordeling door het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Het CbB onderzoekt eerst of er – gelet op de Wet modernisering EG-mededingingsrecht – nog wel ruimte is voor het geven van een oordeel. De wetgever heeft in die wet immers de wettelijke mogelijkheid van individuele ontheffingen geschrapt. Beroepsprocedures over ontheffingsbesluiten, die op de dag van inwerkingtreding nog hangende waren, mochten nog wel onder het oude recht worden afgehandeld. De minister van Economische Zaken had daarbij wel de toelichting gegeven dat met de procedures niet mocht worden bereikt dat er *de facto* alsnog een ‘ontheffing’ zou gelden.

Volgens het CbB was de bedoeling van de wetgever om de belangen, die de betrokkenen hadden bij de hangende beroepsprocedures, te beschermen. Een van de belangen die in de zaak Modint in het geding was, betrof dat van RPN, dat zich op de nietigheid van de kerncondities beroepen had. RPN had dus belang bij het in rechte komen vaststaan van de wettigheid van het oordeel van de d-g NMa over de kerncondities.

Bij de beoordeling ten gronde brengt het CbB eerst nog in herinnering dat het reeds heeft overwogen dat – gelet op de oriëntatie van het Nederlandse mededingingsrecht op het Europese – de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie de leidraad dient te zijn bij de toepassing van het Nederlandse recht.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet de beoordeling of een overeenkomst of een deel daarvan al dan niet strekt tot beperking van de mededinging of die ten gevolge heeft, plaatsvinden binnen de economische context waarbinnen zij toepassing vindt, rekening houdend met de doelstellingen van partijen en de wijze waarop zij daadwerkelijk op de markt opereren, de producten en diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt, en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.⁶

Onder toepassing van deze jurisprudentie stelt het CbB vast dat de afspraken over de delcrederevergoeding en de omzetstimuleringspremie zijn neergelegd in overeenkomsten tussen de leveranciers en de retail-serviceorganisaties, maar dat de hoogte van de vergoedingen wordt onderhandeld tussen Modint en RPN namens hun respectieve leden. Tevens blijkt volgens het CbB uit de stukken dat de hoogte van de verkoopprijs van de te leveren goederen wordt vastgesteld in de onderhandelingen tussen de individuele leverancier en de afnemers/detailisten en dat door de leveranciers dus onderling op verkoopprijs wordt geconcurrereerd. Hieruit kan niet anders worden afgeleid dan dat de delcrederevergoeding en omzetstimuleringspremie wel degelijk zien op diensten die door retail-serviceorganisaties worden geboden. Deze diensten zijn weliswaar gelieerd aan de centrale transactie, maar zijn daarvan te onderscheiden. De vergoedingen die de leveranciers betalen voor de door de retail-servicesorganisaties verleende diensten moeten, binnen de context van de afgebakende markt, worden aangemerkt als kosten die de leveranciers maken voor het afdekken van betalingsrisico en een

goede debiteurenadministratie dan wel voor maatregelen om te proberen de afzet te vergroten. Aan dit oordeel doet niet af dat de vergoedingen waren uitgedrukt als een percentage van de verkoopprijs of dat zij in het verleden door Modint zelf ook waren bestempeld als ‘kortingen’.

Bijgevolg concludeert het CbB dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de d-g NMa zich op het standpunt had kunnen stellen dat de kerncondities inzake delcredere en omzetstimulering de strekking hadden om (een deel van) de verkoopprijs vast te stellen en daarmee om de mededinging te beperken.

Ook de subsidiaire argumenten van de NMa worden door het CbB afgewezen. De NMa had subsidiair betoogd dat het geen verschil maakt of het om een afspraak gaat over de vaststelling van aankooprijzen of verkoopprijzen, aangezien elk gemeenschappelijk vaststellen van prijzen tot doel heeft om de mededinging te beperken. Het CbB meent echter dat bij de vaststelling van inkooprijzen pas na een economische en juridische analyse van die afspraken kan worden beoordeeld of de strekking of het gevolg daarvan is om de mededinging te beperken. In een dergelijke analyse had de NMa rekening moeten houden met onder meer de aard van de betrokken producten en diensten, de marktpositie en het gedrag van partijen, afnemers en concurrenten op de markt, de vrijheid van de leden om de kerncondities niet toe te passen, de hoogte van de gemeenschappelijke kosten en de gevolgen van de afspraken voor de afnemers en de concurrenten. Een dergelijk onderzoek had de d-g NMa in deze zaak onvoldoende verricht.

Het CbB verklaart de beroepen dan ook gegrond en vernietigt de besluiten op bezwaar. Onder verwijzing naar de terugwerkende kracht van de vernietiging van de besluiten op bezwaar en de overgangsregeling van de Wet Modernisering EG-mededingingsrecht, die inhoudt dat lopende beroepszaken nog wel konden worden afgewerkt, maar bezwaarprocedures niet meer, bepaalt het CbB voorts dat de bezwaarprocedures buiten verdere behandeling moeten blijven.

Commentaar

Opnieuw vernietigt de rechter een besluit van de d-g NMa wegens motiveringsgebreken en gebrekkige voorbereiding.⁷ De track record, waar de d-g NMa zo buitengewoon trots op was,⁸ toont dus niet alleen successen.

6 HvJ EG zaak 56/65, Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm, Jur. 1966, p. 392 en zaak C-399/93, Oude Luttikhuis, Jur. 1995, p. I-4515, alsmede Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag, *Pb. C* 101/97 van 27 april 2004, punten 17, 21 en 22.

7 De rechter vernietigde recent bijvoorbeeld ook de besluiten inzake Stichting CZ groep Zorgverzekeringen Beheer, O.W.M. aanvullingsfonds OZ zorgverzekeringen U.A. en OZ Zorgverzekeringen N.V. (Rechtbank Rotterdam 7 december 2005, zaak MEDED 05/3047 HRK, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl), Secon Group B.V. en G-Star International B.V. (CbB 7 december 2005, gevoegde zaken AWB 04/237 en 04/249, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl) en Vereniging Vrije Vogel en Vereniging van Reizigers, MEDED 04/1244 BRO1, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl).

8 Zie o.m. de verklaring van de heer Kalbfleisch tijdens de hoorzitting van 22 januari 2004 over de Evaluatie en wijziging van de Mededingingswet, Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 29272 en 29276, nr. 2, p. 22.

De NMa heeft in deze zaak inderdaad niet in de besluiten in primo, maar ook niet in de besluiten op bezwaar, een gedetailleerde analyse van de bepalingen gemaakt. De NMa heeft voor de gemakkelijke weg gekozen en alle bepalingen die onder het kopje 'kortingen' waren opgenomen, onder de kwalificatie horizontale prijsafspraken geveegd. De NMa beperkte zich daarna, weliswaar onder verwijzing naar preceden ten van horizontale prijsafspraken, tot het standpunt dat horizontale prijsafspraken ongeacht hun concrete effecten verboden zijn. De discussie verzandde daardoor ten onrechte in een discussie of de NMa al of niet de merkbaarheid van de beperking moest onderzoeken.

Voordat de NMa aan een dergelijke gevolgtrekking c.q. onderzoek had kunnen toekomen, had zij zorgvuldiger moeten nagaan of er wel een horizontale prijsafpraak met een mededingingsbeperkende strekking, dus van het *hardcore* type, in het geding was. Het is immers duidelijk dat niet elke afstemming over prijzen of een deel daarvan, zonder nadere analyse, onder het verbod van art. 81, lid 1, EG c.q. art. 6, lid 1, Mw kan worden gebracht.⁹

In haar recente Richtsnoeren over de toepassing van art. 81, lid 3, EG, omschrijft de Europese Commissie afspraken met een mededingingsbeperkende strekking als volgt:¹⁰

'Dit zijn beperkingen die, in het licht van de met de communautaire mededingingsregels nagestreefde doelstellingen, een zodanig groot potentieel hebben om negatief uit te werken op de mededinging dat het niet noodzakelijk is, met het oog op de toepassing van art. 81, lid 1, eventuele daadwerkelijke gevolgen voor de markt aan te tonen.'

De Commissie reikt vervolgens een aantal factoren aan, aan de hand waarvan kan worden getoetst of een overeenkomst de strekking heeft om de mededinging te beperken: de inhoud van de overeenkomst en de daarmee objectief nagestreefde doelen, de context waarin zij toepassing moet vinden, en de wijze waarop partijen zich daadwerkelijk op de markt gedragen en er optreden.¹¹ Uit de wijze waarop de overeenkomst daadwerkelijk ten uitvoer wordt gelegd, kan blijken of er sprake is van een restrictie met een mededingingsbeperkende strekking.

Deze aanwijzingen van de Commissie zijn niet nieuw. Zij zijn gebaseerd op rechtspraak die het Hof en Gerecht al sinds het arrest *Société Technique Minière*¹² ontwikkelen.

De NMa had zich dus niet mogen onttrekken aan een (nauwgezette) analyse van de wijze waarop met name de bepalingen inzake de delcrederevergoedingen en de omzetstimuleringspremie in de praktijk werden toegepast alvorens te concluderen tot een horizontale prijsafpraak van het *hardcore* type. Zoals het CBb ook al aangeeft, had de NMa dan moeten constateren dat het doel en de impact van de bepalingen over deze twee onderwerpen van een andere orde waren dan afspraken over een maximumbetalingskorting. Bij de delcrederevergoeding en omzetstimuleringspremie was – anders dan bij de maximumbetalingskorting – niet duide-

lijk hoe vaak in de praktijk en in welke omstandigheden de vergoeding c.q. premie zijn invloed had op de prijsvorming, met name niet omdat deze vergoeding en premie de inkoopcombinaties ten goede kwamen en niet rechtstreeks de detailisten in kleding.

Het is tekenend dat de NMa de analyse van de daadwerkelijke context, waarin de delcrederevergoeding en de omzetstimuleringspremie werden toegepast, uit de weg gaat met de redenering dat er wel een invloed op de eindprijs moet zijn; het gaat immers om vergoedingen die in het kader van de verkoop van kleding worden uitgekeerd.

Het is in die omstandigheden naar mijn mening dan ook terecht dat het CBb de NMa houdt aan verdergaande motiveerings- en onderzoeksplichten en de besluiten vernietigt.

In deze zaak valt voorts de lange duur van de procedure op. Weliswaar betreft het een van de vele honderden overgangszaken die de NMa te verwerken heeft gekregen kort na de inwerkingtreding van de Mw, maar niettemin moet worden geconstateerd dat de procedure meer dan zeseneenhalf jaar heeft bestreken: de ontheffingsverzoeken dateren van maart 1998, de besluiten in primo zijn in december 2000 genomen en de besluiten op bezwaar in maart 2002, de uitspraak van de rechtbank kwam in augustus 2004 en de uitspraak van het CBb in oktober 2005. Voor een partij als RPN is het natuurlijk nog zuurder dat de procedure is doorkruist door de Wet Modernisering EG-mededingingsrecht, waardoor de zaak niet kon worden terugverwezen naar de NMa voor een hernieuwde behandeling in bezwaar na de CBb-uitspraak. RPN rest nu slechts de keuze om al of niet een geheel nieuwe rechtsgang te starten om de eventuele nietigheid van de desbetreffende NTKC-voorwaarden te laten vaststellen. Men kan zich afvragen of de wetgever dit gevolg van de overgangsregeling wel heeft beoogd.

9 Zie bijvoorbeeld de Beschikking van de Commissie van 9 augustus 2001, zaak COMP/29.373, *Visa International – Multilaterale afwikkelingsvergoeding*, Pb. L 318 van 22 november 2002, p. 17.

10 Mededeling van de Commissie: Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, Pb. C101 van 27 april 2004, p. 1, randnummer 21.

11 *Ibid.*, randnummer 22.

12 *Supra*, voetnoot 6.