

Aandachtsgebied: Prijsregelingen

Instantie: College van Beroep voor het bedrijfsleven (nrs. 95/0232-4/063/019)

Rechtspartijen: 1 American Express International Inc., 2 VSB International BV en 3 Diners Club Benelux NV; **Gemachtigden:** mr. G.N.H. Kemperink en mr. J.M.V. Stuyk / de minister van Economische Zaken, mede namens de minister van Financiën; **gemachtigden:** mr. J.N.A. Schuurs en mr. H. van der Wielen

Uitspraak: 15 mei 1997

Trefwoorden: Samenloop nationale en Europese procedures

Feitelijke achtergrond

Enkele dagen vóór 1 juli 1993 – de dag waarop het Besluit Horizontale Prijsbinding¹ ('BHP') in werking trad – dienden de vier grootste in Nederland werkzame credit-cardmaatschappijen (American Express, Eurocard, Dinersclubs en Visa) een voorwaardelijk ontheffingsverzoek in voor hun overeenkomsten met zogenoemde acceptanten, waarin deze verplicht worden kaarthouders toe te staan met een creditcard te betalen. In de betrokken overeenkomsten verplichten acceptanten zich bovendien gebruikers van een creditcard niet meer in rekening te brengen voor dezelfde goederen of diensten dan andere cliënten. Deze bepalingen strekken ertoe te voorkomen dat afwikkelingskosten, die de credit-cardmaatschappijen in rekening brengen, worden afgewenteld op kaarthouders. Indien betaling met een creditcard extra kosten met zich brengt voor een kaarthouder zou dit het gebruik van creditcards vanzelfsprekend niet bevorderen.

Drie van de vier credit-cardmaatschappijen gaven aan hun verzoek om een ontheffing een voorwaardelijk karakter. Zij stelden zich primair op het standpunt dat de betrokken bedingen – die door Mok wel als 'non-differentiatiebepalingen' zijn aangeduid² – niet worden getroffen door artikel 1 van het BHP. Het BHP verklaart bepalingen in overeenkomsten onverbindend die ertoe strekken ondernemers te beperken in hun vrijheid prijzen vast te stellen bij het leveren van goederen of het verrichten van diensten. Aangevoerd werd dat de acceptanten door de betrokken bepalingen in deze vrijheid niet worden beperkt. Ingevolge artikel 6 van het BHP kan een ontheffing worden verleend indien het algemeen belang dit vereist. Blijkens de nota van toelichting³ dient in dit verband te worden gedacht aan de in artikel 85, lid 3 genoemde voorwaarden. De credit-cardmaatschappijen onderbouwden daarom hun verzoek tot ontheffing – voorzover de aangemelde overeenkomsten wel door het BHP getroffen zouden worden – met een argumentatie volgens het sjabloon van artikel 85 lid 3 van het EG-Verdrag.

Procedure

De ontheffingsverzoeken zijn in maart 1994 afgewezen. De staatssecretaris – die toen nog verantwoordelijk was voor de toepassing van het mededingingsrecht – oor-

deelde dat niet overtuigend was aangetoond dat het algemeen belang het bestaan van de non-differentiatiebepaling vereist. De credit-cardmaatschappijen hebben tegen deze beslissing in april 1994 bezwaarschriften ingediend.⁴ De maatschappijen stelden zich daarbij primair op het standpunt dat de staatssecretaris niet bevoegd was een beslissing te nemen op grond van het BHP, omdat dit de bevoegdheden van de Europese Commissie terzake zou doorkruisen. Subsidiair werd gesteld dat artikel 1 van het BHP niet van toepassing is, nu de betrokken acceptanten volledig vrij zijn het prijsniveau van hun goederen of diensten te bepalen. Meer subsidiair werd aangevoerd dat ten onrechte was geweigerd de gevraagde ontheffing te verlenen.

In februari 1995 zijn de bezwaren van de credit-cardmaatschappijen door de minister in een ten aanzien van ieder van hen genomen gelijkkluidend besluit ongegrond verklaard. Daarop hebben de betrokken ondernemingen beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ingesteld.

Oordeel van het College

Het College heeft Eurocard Nederland BV niet-ontvankelijk verklaard wegens het niet tijdig voldoen van het verschuldigde griffierecht.⁵ De drie overige beroepen heeft het CBB in één uitspraak afgewezen.⁶

Het College verwierp allereerst het standpunt van appellanten dat de betrokken bewindspersonen niet bevoegd waren een beslissing te nemen. Het College overwoog daartoe: 'het staat vast dat in de onderhavige zaak verweerders (uitsluitend) gebruik hebben gemaakt van hun op grond van het nationale recht toekomstige bevoegdheden. Toepassing van art. 85 van het EG-Verdrag, als bedoeld in art. 9, derde lid van Verordening 17 is dan ook in casu niet aan de orde. Dat verweerders bij de uitoefening van die nationale bevoegdheid de criteria van art. 85, lid 3 van het EG-Verdrag als referentiekader hebben gehanteerd maakt dat in beginsel niet anders. (...) Naar het oordeel van het College is aldus sprake van twee parallel lopende procedures als door het Hof in het arrest Walt Wilhelm bestaanbaar geacht.'

Overigens had de President van het College op basis van artikel 8:45 van de Awb op 12 december 1995 schriftelijk aan DGIV verzocht nadere inlichtingen over de zaak te

1 Stbl. 1993, 436

2 TVVS 1994, pag. 102

3 Nota van toelichting, pag. 23

4 De Staatscourant van 20 april 1994, nr. 76, pag. 3 maakt er ten onrechte melding van dat Eurocard tegen de beschikking in beroep zou zijn gegaan. Aan deze onjuiste mededeling werd daarop de onjuiste conclusie verbonden dat beroep was ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (TVVS 1994, pag. 127). Ingevolge artikel 7:1

Awb diende alvorens beroep in te stellen eerst de bezwaarschriftprocedure te worden doorlopen.

5 Jaarverslag Mededinging 1996/1997 pag. 29

6 NJB 1997 pag. 94-491

verstrekken. Een jaar later berichtte de directeur-generaal van DGIV de President onder meer dat de Commissie de procedure bedoeld in artikel 9, derde lid van Verordening 17 nog niet had ingeleid.

Het College kwam daarop tot de slotsom dat de betrokken bewindslieden 'als nationale mededingingsautoriteiten krachtens het nationale recht' bevoegd waren op te treden. Daarmee was volgens het College ook zijn bevoegdheid, die eveneens door appellanten ter discussie was gesteld, gegeven.

Het College verwierp eveneens het standpunt van appellanten dat het BHP op de non-differentiatiebepaling niet van toepassing is. In de woorden van het College: 'Naar aan de toelichting bij artikel 1 van het BHP valt te ontlenen, heeft de besluitgever met dit artikel de onverbindendverklaring van alle verkoopprijsregelingen, ook verticale, beoogd. De non-discriminatiebepaling, hier in geding, is onmiskenbaar een verkoopprijsregeling. Zij verplicht immers de acceptant om aan degenen die met een creditcard willen betalen, dezelfde prijs in rekening te brengen als anderen.' Het College oordeelde ten slotte dat artikel 6 van het BHP aan de betrokken bewindslieden een grote mate van beleidsvrijheid toekent. Daarbij plaatste het College de kanttekening 'dat de nationale mededingingsautoriteiten – zo blijkt uit de rechtspraak van het Hof – geen beslissingen mogen nemen die afbreuk kunnen doen aan een volledige en uniforme toepassing van de communautaire rechtsvoorschriften betreffende de ondernemingsafspraken.' Uit de correspondentie met de Commissie leidde het College af dat de betrokken bepalingen uiteindelijk waarschijnlijk in strijd zullen worden geacht met artikel 85 (1) van het EG-Verdrag en niet in aanmerking zullen komen voor een ontheffing. Onder deze omstandigheden – aldus het College – 'zou het voor serieuze kritiek vatbaar zijn, indien verweerders zouden zijn overgegaan tot het verlenen van de door appellanten gevraagde ontheffing' (...).

Commentaar

Het door de credit-cardmaatschappijen verwoorde standpunt dat de betrokken bewindslieden niet bevoegd zouden zijn een beslissing te nemen op het door hen ingediende ontheffingsverzoek – omdat de Europese Commissie een procedure zou hebben ingeleid – doet nogal merkwaardig aan. De betrokken ondernemingen hadden dit argument onderbouwd met een verwijzing naar artikel 9, lid 1 van Verordening 17.⁷ Ingevolge deze bepaling zijn de mededingingsautoriteiten van de lidstaten niet langer bevoegd artikel 85, lid 1 van het EG-Verdrag toe te passen indien de Commissie de formele procedure heeft geopend die kan leiden tot een negatieve verklaring, een inbreukbeschikking of een ontheffing. Deze procedurele stap wordt de betrokken ondernemingen altijd bij brief medegedeeld en gaat in het geval van een voorgenomen negatieve verklaring of ontheffing doorgaans vergezeld van een bekendmaking in het publicatieblad op basis van artikel 19, lid 3 van Verordening 17.

In het onderhavige geval stond vast dat de Commissie geen formele stappen in de zin van artikel 9 van Verordening 17 had gezet. Wel had de Commissie naar aanleiding van ontvangen klachten haar dossier heropend. Op 15 december 1996 had de Commissie aan VSB bericht dat de non-differentiatiebepaling in haar ogen een mededingingsbeperking in de zin van artikel 85, lid 1 van het EG-Verdrag was en niet in aanmerking kwam voor een ontheffing. Recentelijk werd door Eurocommerce, een brancheorganisatie voor de internationale groot- en detailhandel nog eens een klacht tegen de non-differentiatiebepalingen ingediend.⁸

Hoe dit zij, initiatieven van de Commissie op grond van Verordening 17 vormen geen beletsel voor de nationale mededingingsautoriteiten hun eigen mededingingsrecht toe te passen. Wel wordt algemeen aangenomen dat nationaal mededingingsrecht niet uitdrukkelijk kan worden toegestaan, hetgeen de Commissie op grond van het Europese mededingingsrecht heeft verboden.⁹ Dubbele sancties zijn wel denkbaar.¹⁰ Het is niet duidelijk of een overeenkomst die kan profiteren van een groepsvrijstelling of een individuele ontheffing door het nationale recht verboden kan worden. De Commissie stelt zich op het standpunt dat de nationale autoriteiten vrijgestelde overeenkomsten niet kunnen verbieden.¹¹ De aanhangers van de zogenoemde 'Zweisch-rankentheorie' denken daar anders over.¹² Hoe dat zij, blijkens de artikelen 12 en 14 van de nieuwe Mededingingswet heeft Nederland de keuze gemaakt mededingingsafspraken waarvoor EG-groepsvrijstellingen gelden of individuele ontheffingen door de Europese Commissie zijn verleend, vrij te stellen van het nationale mededingingsrecht.

In haar recente samenwerkingsbekendmaking¹³ onderscheidt de Commissie drie soorten administratieve brieven:

- 1 die waarin het standpunt wordt ingenomen dat een mededingingsafpraak onverenigbaar is met artikel 85 van het Verdrag, maar waarin tevens wordt verklaard dat de Commissie wegens administratieve prioriteiten geen besluit zal nemen;
- 2 die waarin de Commissie het standpunt inneemt dat een mededingingsafpraak een beperking vormt in de zin van artikel 85 lid 1 maar in aanmerking komt voor een

7 Pb 1962, 13/204

8 Agence Europe, 30 mei 1997, pag. 14

9 Zie bijv. Zaak 66/86 SAEED, Jurispr. 1989, 803

10 Vgl. Zaak 14/68 Walt Wilhelm, noot 7, 1 en de Commissie beschikking Steel Rolls Pb 1983 L317/1

11 Zie punt 19 van de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten Pb 1997

C313/3 en de daarin genoemde zaak VAG C-266/93, Jurispr. 1995, I-3477

12 Vgl. C.S. Kerse, E.C. Antitrust Procedure London 1994, pag. 385 en B. Doherty, European Competition Law Review 1994, pag. 315-321

13 Zie noot 11

onthefing op grond van artikel 85 lid 3 van het EG-Verdrag en

3 ten slotte de brieven waarin de Commissie aangeeft geen aanleiding te zien op te treden.

In het eerste geval geeft de Commissie aan nationale autoriteiten de vrije hand, ofschoon het mijns inziens vragen zou oproepen indien in dat geval een ontheffing wordt verleend. In het tweede geval nodigt de Commissie de nationale autoriteiten uit haar te raadplegen voordat een besluit wordt genomen 'dat in een andere richting gaat'. Brieven uit Brussel waarin wordt gesteld dat een mededingingsafpraak in aanmerking komt voor een ontheffing zullen Nederlandse rechters die geconfronteerd worden met een vordering die gebaseerd is op artikel 6 van de nieuwe Mededingingswet de nodige hoofdbreken kosten. Dergelijke brieven ecarteren het in de Mededingingswet vervatte verbod immers niet. Het derde geval was aan de orde in de zaak *Guerlain*.¹⁴ Het Hof oordeelde in deze zaak dat nationale autoriteiten op grond van nationaal recht kunnen optreden tegen dergelijke mededingingsafspraken. In Nederland lijkt een zogenoemde 'comfort letter' veel gewicht in de schaal te leggen. Blijkens een recente adviesaanvraag wordt als motivering om in een zaak een ontheffing van het BHP te verlenen volstaan met de verwijzing naar een dergelijke brief.¹⁵

De oorspronkelijke ontheffingsverzoeken in deze zaak zijn al in maart 1994 afgewezen. Omdat deze verzoeken vóór de inwerkingtreding van het BHP waren ingediend, leidde het bezwaar en het instellen van beroep tegen de afwijzingen ertoe dat het in het BHP vervatte verbod niet in werking trad.¹⁶ De wat gezochte argumenten over de verhouding tussen Europees en nationaal mededingingsrecht in deze procedure laten zich wellicht hierdoor eveneens verklaren. Voor ontheffingsverzoeken die na 1 september 1995 zijn afgewezen geldt geen schorsende werking van bezwaar en beroep meer.¹⁷

Voor de non-differentiatiebepalingen was in het verleden eveneens een ontheffingsverzoek in Brussel ingediend. Het indienen van parallelle ontheffingsverzoeken in Nederland en bij de Europese Commissie kan tot aanzienlijke vertraging in de afdoening leiden. Zo hebben de vier ontheffingsverzoeken van het BHP van de Bankgirocentrale¹⁸ nog steeds niet tot een adviesaanvraag geleid, omdat de verzoeken eveneens bij de Europese Commissie zijn ingediend. De Commissie van Uitvoering Privaatrechtelijk Overleg is het bij haar parallel verzoek om een ontheffing voor de beloning van tussenpersonen in het schadeverzekeringsbedrijf slechter vergaan. De minister baseerde zijn afwijzing van het ontheffingsverzoek onder meer op de mededeling van de Europese Commissie dat ontheffing vrijwel uitgesloten was.¹⁹

Het ging in dit geval niet om verticale prijsbinding. Krachtens artikel 3 sub a van het BHP geldt het in artikel 1 vervatte verbod op prijsregelingen niet voor verticale prijsbinding in verband met de levering van goederen. Verticale

prijsbinding was op grond van artikel 9 van de WEM uitsluitend verboden met betrekking tot bepaalde goederen.²⁰

Ingevolge artikel 6 van de nieuwe Mededingingswet is verticale prijsbinding voor alle goederen en diensten verboden.

Als gevolg van de niet-ontvankelijkverklaring en het verwerpen door het College van het verzet daartegen, waren acceptanten in ieder geval al eerder in staat cliënten die met EuroCard betalen meer te berekenen dan andere cliënten. De niet-ontvankelijkverklaring wegens niet-betaling van griffierechten is wel bijzonder onfortuinlijk als men bedenkt hoeveel goederen en diensten er dagelijks geleverd worden in de verwachting dat EuroCard zijn financiële verplichtingen uiteindelijk nakomt. Het overdreven formalisme dat het College op dit punt tentoonspreidt is niet in het belang van een goede rechtsbedeling.

Mr.drs. W. Knibbeler

14 Zaak 253/78, *Jurispr.* 1980, pag. 2327

15 Adviesaanvraag over het ontheffingsverzoek Invaliditeitsverzekeringcentrale BV. Zie voor kritiek op deze wijze van motiveren het advies van de CEM, *Staatscourant* 19 november 1997. Vgl. ook de ontheffing van het besluit Marktverdelingsregelingen op basis van een "comfort letter" in de zaak *Benetton/Jonghens/TMX*, beschikking van 23 november 1995 (*Staatscourant* 1995, 231).

16 Zie artikel 12 lid 2 van de WEM zoals deze tot 1 september 1995 gold.

17 Zie evenwel de uitspraak van de President van het College van 21 mei 1996 (nr. 96/0422/062/019) (*Cupo*), waarin de President op grond van een belangenafweging bij wijze van voorlopige voorziening bepaalde dat ook bezwaar en beroep tegen een afwijzende beslissing van na 1 september 1995 in de concrete omstandigheden van dat geval schorsende werking had.

18 Zie mededingingsverslag 1996/1997, pag. 45

19 *Staatscourant* 22 maart 1996, nr. 59, pag. 16

20 Zie het besluit van 21 augustus 1996, *Staatsblad* 1996, 436