

## BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 62, eerste lid, van de Mededingingswet.

Nummer 757/153

Betreft zaak: Chilly/Basilicum vs Secon Group/G-Star

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot gedeeltelijke gegrondverklaring en gedeeltelijke ongegrondverklaring van de bezwaren, gericht tegen zijn besluit van 12 januari 2000, nummer 757/82.

### I. Het verloop van de procedure

1. Bij [besluit van 12 januari 2000](#) met nummer 757/82 (hierna ook: het bestreden besluit) heeft de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (hierna ook: d-g NMa) met toepassing van artikel 6, eerste lid, juncto artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) een boete opgelegd aan Secon Group B.V. (hierna: Secon Group) ter zake van het hanteren van een doorleveringsverbod, minimumadviesprijzen en adviesprijzen, in combinatie met een boeteclausule, zoals neergelegd in haar Algemene Voorwaarden die in drie verschillende versies zijn afgedrukt op haar orderformulieren, orderbevestigingen en facturen gedurende de periode 1 januari 1998[1] tot en met 30 december 1998[2].
2. Secon Group opereert door middel van een aantal dochterondernemingen [3] op de Nederlandse kledingmarkt. De dochterondernemingen van de Secon Group kunnen worden aangemerkt als modemerken-ondernemingen. Zij brengen bovenkleding van hoogwaardige merken op de markt. De Secon Group exploiteert zowel eigen merken als merken onder licentie.[4] De Secon Group levert haar producten aan honderden verschillende afnemers/distributeurs, waaronder detaillisten, winkelketens, grootwinkelbedrijven en inkoopcombinaties. De Algemene Voorwaarden werden gebruikt in de handelsrelaties tussen de dochterondernemingen van Secon Group en hun afnemers/distributeurs.
3. De d-g NMa kwam tot het bestreden besluit naar aanleiding van een klacht van Chilly B.V. (hierna: Chilly) en Basilicum B.V. (hierna: Basilicum), beide (voormalige) afnemers/distributeurs van Secon Group. Basilicum exploiteert The Sting-winkels en Chilly The Store-winkels. In The Sting- en The Store-winkels worden jeans en seizoengebonden collecties van verschillende kledingmerken verkocht.
4. Op 9 februari 2000 heeft Secon Group formeel bezwaar gemaakt tegen opgemeld besluit. Na daartoe door de d-g NMa in de gelegenheid te zijn gesteld heeft Secon Group op 1 mei 2000 schriftelijk de gronden van haar bezwaar aangevoerd.
5. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 92, eerste lid, juncto artikel 62,

eerste lid, Mw heeft de d-g NMa het bezwaar tegen voornoemd besluit voor Advies voorgelegd aan de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie).

6. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) zijn op 12 januari 2001 zowel Secon Group, Chilly en Basilicum( hierna gezamenlijk: partijen) als de d-g NMa naar aanleiding van de ingediende bezwaren ten kantore van de NMa door de Adviescommissie gehoord. Van het horen is een verslag gemaakt. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld opmerkingen over het verslag te maken. De gemaakte opmerkingen zijn bij het verslag gevoegd.

## II. Het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

7. Op 10 juli 2001 heeft de Adviescommissie haar Advies vastgesteld en bij brief van dezelfde datum aan de d-g NMa uitgebracht.

8. De Adviescommissie komt tot de volgende conclusies[5]:

- De overeenkomsten die Secon Groep met haar afnemers heeft gesloten voor de voorjaarscollectie van 1998 waren tot 1 april 1998 niet in strijd met het kartelverbod. De tussen april 1998 en juni 1998 ter zake van deze overeenkomsten gehanteerde bepalingen inzake de (minimum)adviesprijzen zijn wel in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. De bepalingen uit deze overeenkomsten inzake het absolute doorleveringsverbod zijn niet in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.
- De bepalingen inzake de adviesprijzen uit de distributieovereenkomsten voor de najaarscollectie van 1998 alsmede de bepalingen inzake de adviesprijzen uit de distributieovereenkomsten voor de voorjaarscollectie van 1999 zijn in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. De bepalingen inzake het absolute doorleveringsverbod uit de distributieovereenkomsten voor de najaarscollectie van 1998 zijn niet in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.
- De hoogte van de boete dient verlaagd te worden met 362.500,-.

9. Het Advies van de Adviescommissie luidt als volgt[6]:

a) Het bezwaar van Secon Groep dient, voor zover het betrekking heeft op de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw op het absolute doorleveringsverbod uit de versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden, op de toepassing van artikel 100, eerste lid, Mw en op de hoogte van de boete gegrond verklaard te worden. De boete dient daarom met 362.500,- verlaagd te worden.

b) Het bezwaar van Secon Groep dient voor het overige ongegrond verklaard te worden.

10. Na zich ervan te hebben vergewist dat het Advies zorgvuldig tot stand is gekomen en te hebben vastgesteld dat het Advies naar zijn oordeel inhoudelijk concludent is, heeft de d-g NMa besloten deels conform het Advies te beslissen en deels daarvan af te wijken.

11. De d-g NMa wijkt af van het Advies voor zover het betrekking heeft op:

- de gegrondverklaring van de bezwaren van Secon Group ten aanzien van de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw op het absolute doorleveringsverbod uit de versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden,

- de gegrondverklaring van de bezwaren van Secon Groep ten aanzien van de toepassing van artikel 100, eerste lid, Mw, en
- de gegrondverklaring van de bezwaren van Secon Groep ten aanzien van de hoogte van de boete.

12. De d-g NMa beslist conform het Advies voor zover het betrekking heeft op de ongegrondverklaring voor het overige van de bezwaren van Secon Group.

13. Gelet op vorenstaande en het bepaalde in artikel 3:49 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) kan de d-g NMa volstaan om ter motivering van de beslissing op het bezwaarschrift conform het Advies te verwijzen naar het met het oog daarop uitgebracht Advies. Ingevolge artikel 7:13, zevende lid, Awb wordt in geval van afwijking van het Advies in de beslissing de reden voor de afwijking gemeld en wordt het advies met de beslissing meegezonden.

14. Het Advies is aan dit besluit gehecht en maakt integraal deel ervan uit. Ter motivering van de afwijking van het Advies overweegt de d-g NMa het volgende.

### III. Motivering voor afwijking van het Advies

#### Het absolute doorleveringsverbod

15. De d-g NMa volgt de Adviescommissie niet in haar conclusie dat het absolute doorleveringsverbod uit de versies 1 en 2 van de Algemene voorwaarden van Secon Groep (anders dan de (minimum)adviesprijzen[7]) geen zogenaamde hard-core-restrictie[8] oplevert. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen alsmede de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie niet zonder meer toepasbaar in de context van de Nederlandse Mededingingswet, omdat de instelling van de Europese markt en de opheffing van de tussenstaatse handelsbelemmeringen binnen het kader van de Mededingingswet geen rol spelen. Een nationaal doorleveringsverbod is volgens de Adviescommissie iets anders dan een exportverbod dan wel verbod op parallelhandel, welke bepalingen naar hun aard een beperking van de mededinging opleveren.[9]

16. Volgens de d-g NMa heeft de Adviescommissie in haar advisering op dit punt een competentievraagstuk verward met een doelstellingenvraagstuk. De d-g NMa acht de invalshoek die de Adviescommissie kiest te beperkt. Anders dan de Adviescommissie lijkt te veronderstellen, vloeit een dergelijke benadering naar het oordeel van de d-g NMa ook niet uit de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie of de Europeesrechtelijke jurisprudentie voort. Ook de (Memorie van Toelichting bij de) Mededingingswet schrijft een dergelijke benadering niet voor. De d-g NMa is van oordeel dat hij bij zijn analyse van het absolute doorleveringsverbod in het bestreden besluit terecht aansluiting heeft gezocht bij de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de Europeesrechtelijke jurisprudentie op dit punt. De d-g NMa voert hiervoor de volgende redenen aan.

17. Ten eerste heeft de Europese Commissie altijd benadrukt dat bescherming van de mededinging ten algemene de primaire doelstelling van het mededingingsbeleid van de Gemeenschap is (en dus ook van de

Groepsvrijstellingsverordening 2790/1999[10] en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen[11]), aangezien dit leidt tot een efficiënte allocatie van middelen en bijdraagt tot het welzijn van de consument. Het wegnemen van handelsbelemmeringen, het bevorderen van de marktintegratie en de instelling van de interne markt is een bijkomende doelstelling van het communautaire mededingingsbeleid.[12]

18. Er is geen reden om aan te nemen dat de primaire doelstelling van bescherming van de mededinging niet voor alle hard-core-restricties, waaronder het verbod op (minimum)adviesprijzen en het doorleveringsverbod zoals neergelegd in artikel 4 van de Groepsvrijstellingsverordening[13], in gelijke mate geldt. Met het verbod op absolute doorleveringsverboden wordt (evenzeer als met het verbod op (minimum)adviesprijzen) beoogd de primaire doelstelling van bescherming van de mededinging te dienen. Het uitgangspunt van de Adviescommissie, dat de mededingingsrechtelijke beoordeling van een absoluut doorleveringsverbod in het kader van een nationale markt anders dient te zijn dan in Europees perspectief is onjuist. Een absoluut doorleveringsverbod dient ook in nationale context, om zelfde redenen als in Europees perspectief, te worden aangemerkt als een bepaling die naar haar aard de mededinging beperkt, aangezien de werking van markten (de mededinging) erdoor wordt verstoord.

19. Ten tweede blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet dat het verbod van artikel 6 Mw van toepassing is op verticale mededingingsafspraken en dat bij de interpretatie van het verbod op dit punt het mededingingsbeleid van de Europese Commissie mede richtinggevend is. Het algemeen deel van de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet zegt daar het volgende over:

Het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet is niet alleen van toepassing op horizontale maar ook op verticale mededingingsafspraken. Dat komt overeen met de reikwijdte van het verbod van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. ()

Naar aanleiding van de volgende overwegingen ben ik van mening dat ook verticale mededingingsafspraken onder het verbod van artikel 6 moeten vallen. In de eerste plaats hebben alle verticale mededingingsafspraken in zoverre een horizontaal effect, dat daardoor een onderneming in haar handelen wordt beperkt ten opzichte van andere ondernemingen die met haar in concurrentie staan. Dat effect wordt versterkt wanneer, zoals bij verticale mededingingsafspraken meestal het geval is, bijvoorbeeld een leverancier met een groot aantal distributeurs dezelfde afspraken sluit (waaierconstructies). Tussen die distributeurs vindt dan een beperking van de mededinging plaats. (..)

Voor de interpretatie van het verbod van artikel 6 van het voorstel van wet zullen de EG-bekendmakingen over het niet van toepassing zijn van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag mede richtinggevend zijn. ()

Ook de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk en jurisprudentie zullen mede richtinggevend zijn voor de reikwijdte van het verbod[14]

20. Zowel uit artikel 81, eerste lid, onder b en c, EG-verdrag als uit de Europeesrechtelijke jurisprudentie volgt dat juist bepalingen, zoals het doorleveringsverbod, die markten of voorzieningsbronnen verdelen dan wel de afzet beperken of controleren, naar hun aard de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen en derhalve verboden zijn. De artikelsgewijze toelichting

van de Memorie van Toelichting zegt bij artikel 6 Mw daarover het volgende:

In paragraaf 4 van het algemeen deel van deze toelichting is reeds uiteengezet dat de EG-mededingingsregels het oriëntatiepunt zijn bij de formulering van dit wetsvoorstel. Artikel 6 sluit dan ook zoveel mogelijk aan bij artikel 85, eerste lid, van het Verdrag. Het laatste deel van de betreffende verdragsbepaling, dat bestaat uit voorbeelden van overeenkomsten en gedragingen die in ieder geval onder het verbod van artikel 85, eerste lid, vallen, is niet overgenomen omdat het niet zinvol is voorbeelden in de wettekst te noemen. Als voorbeelden van verboden overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen zijn evenwel naar analogie van artikel 85, eerste lid, van het Verdrag te noemen:

- het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- en verkoopprijzen ();
- het beperken of controleren van de productie, de afzet, ();
- het verdelen van markten of voorzieningsbronnen;
- (),
- ()..

21. De d-g NMa hecht er ten derde aan te onderstrepen dat naar zijn oordeel mededingingsbeleid en marktintegratie feitelijk twee zijden van dezelfde medaille zijn en tevens beide noodzakelijk zijn voor het optimaal functioneren van iedere open markteconomie. Op dit punt is er geen principieel verschil van inzicht tussen de Europese Commissie en de d-g NMa.

Conclusie ten aanzien van het absolute doorleveringsverbod

22. De d-g NMa is van oordeel dat in het licht van vorenstaande het Advies, voor zover het betrekking heeft op de gegrondverklaring van de bezwaren van Secon Group ten aanzien van de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw op het absolute doorleveringsverbod uit de versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden, niet kan worden gevolgd en dat hetgeen daaromtrent in het bestreden besluit is overwogen onverkort in stand kan blijven.

De toepasselijkheid van het overgangsrecht

23. De Adviescommissie betoogt in haar Advies dat de levering en facturering gedurende de eerste drie maanden van 1998 geschieden op basis van reeds in 1997 gesloten overeenkomsten. De orders en orderbevestigingen voor de voorjaarscollectie 1998 deden immers reeds in 1997 wilsovereenstemming en daarmee de overeenkomst tot stand komen. Dit heeft volgens de Adviescommissie als consequentie dat artikel 100, eerste lid, Mw van toepassing is op alle overeenkomsten die werden gesloten in het kader van het orderproces najaar 1997/voorjaar 1998. De d-g NMa kan de Adviescommissie in haar analyse niet onverkort volgen.

24. Uit het dossier volgt dat, buiten het door de Adviescommissie geschetste orderproces om, er in de eerste drie maanden van 1998 ook (losse) orders plaatsvonden. Uit diverse facturen blijkt dat er in begin 1998 orders zijn geplaatst n gefactureerd[15]. Zowel de orderdatum als de factuurdatum van die facturen vallen in de eerste drie maanden van 1998. Een en ander impliceert dat het gehele orderproces in die maanden zijn beslag kreeg zodat de wilsovereenstemming en daarmee de overeenkomst buiten het toepassingsbereik van artikel 100 Mw en binnen die van artikel 6Mw komen.

25. Er bestaat derhalve geen aanleiding de gedragingen van Secon Group

gedurende de eerste drie maanden van 1998 niet als overtreding in aanmerking te nemen. Het regime van artikel 100 Mw is immers slechts van toepassing op geldende overeenkomsten en gedragingen, die reeds vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet een aanvang hadden genomen. Nu in casu, zoals door Secon Group ook zelf betoogd[16], er sprake is van telkens opnieuw en afzonderlijk aangegane overeenkomsten en handelsbetrekkingen tussen de Secon Groep en haar afnemers/distributeurs, die niet alleen hun beslag kregen binnen het door de Adviescommissie geschetste orderproces, maar eveneens in de eerste drie maanden van 1998, kan niet in zijn algemeenheid worden gesteld dat de gedragingen van Secon Group gedurende de eerste drie maanden van 1998, wegens toepasselijkheid van artikel 100, eerste lid, Mw, niet door het verbod van artikel 6 Mw worden getroffen.

De hoogte van de boete

26. Naar het oordeel van de Adviescommissie is de hoogte van de boete uit het bestreden besluit niet proportioneel. Volgens de Adviescommissie kunnen de volgende twee elementen de hoogte van de boete niet rechtvaardigen:

- De afspraken inzake het absolute doorleveringsverbod zijn niet in strijd met het kartelverbod en kunnen derhalve niet worden meegewogen in de hoogte van de boete;
- De economische schade van de overtredingen viel mee en de duur van de overtredingen was kort, zodat een verdere verlaging van de boete gerechtvaardigd is.

Hieromtrent overweegt de d-g NMa het volgende.

27. Zoals hiervoor reeds gemotiveerd is aangegeven, wijkt het oordeel van de d-g NMa ten aanzien van het absolute doorleveringsverbod af van het standpunt dat de Adviescommissie ter zake in haar Advies inneemt. Dientengevolge kan de d-g NMa ook het oordeel van de Adviescommissie, dat de boete verlaagd dient te worden omdat de afspraken inzake het absolute doorleveringsverbod niet in strijd waren met artikel 6, eerste lid, Mw, niet volgen. Er bestaat derhalve voor de d-g NMa op dit punt geen aanleiding om af te wijken van het bestreden besluit en de hoogte van de boete in dezen om die reden aan te passen.

28. Ook het oordeel van de Adviescommissie dat de boete verlaagd dient te worden, aangezien de economische schade van de overtredingen meeviel en de duur van de overtredingen korter was, dan de duur waarvan in het bestreden besluit wordt uitgegaan, kan niet worden gevolgd.

29. Vooropgesteld dient te worden dat de d-g NMa bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening heeft gehouden met de ernst en duur van de overtredingen. Hij heeft daarbij de korte duur van de overtredingen en de beperkte economische weerslag ervan op de markt uitdrukkelijk meegewogen. Zulks is met zo veel woorden door de Adviescommissie ook erkend. Nu de d-g NMa de beperkte economische weerslag reeds in het kader van de ernst van overtreding heeft meegewogen, kan dit element niet nog eens apart als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking worden genomen.

30. Voorts kan in dit verband omtrent de toepasselijkheid van het overgangsrecht (artikel 100 Mw) en de duur van de overtredingen nog het volgende worden overwogen. Er bestaat geen reden om, zoals door de

Adviescommissie is betoogd, bij de berekening van de duur van de overtreding de eerste drie maanden van 1998 niet in aanmerking te nemen. Het regime van artikel 100 Mw is slechts van toepassing op geldende overeenkomsten en gedragingen, die reeds vóór de inwerkingtreding van de Mededingingswet een aanvang hadden genomen. Nu er in casu in januari 1998 overeenkomsten zijn aangegaan tussen de Secon Group en haar afnemers, kan op bedoeld regime geen beroep worden gedaan, ook niet voor zover het de eerste drie maanden van 1998 betreft.

31. Tot slot en wellicht ten overvloede merkt de d-g NMa het volgende op. De d-g NMa kan, indien een rapport meerdere samenhangende gedragingen betreft, deze gedragingen als n geheel beschouwen en voor die gedragingen gezamenlijk een boete opleggen. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa de gedragingen en overeenkomsten als een complex van meerdere feiten gekwalificeerd waarvoor n boete is opgelegd, in plaats van alle overtredingen apart te beboeten. Het is dus niet zo dat een bepaald deel van de opgelegde boete toe te schrijven is aan n van de specifieke overtredingen zoals de Adviescommissie bij de berekening van de verlaging van de boete heeft gemeend te kunnen doen.

Conclusie ten aanzien van de hoogte van de boete

32. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa binnen zijn discretionaire bevoegdheid de hoogte van de boete overeenkomstig het bepaalde in de Mededingingswet gebaseerd op de ernst en duur van de overtredingen. In dit verband heeft hij meegewogen het gegeven dat de geconstateerde overtredingen van korte duur waren en een relatief geringe economische weerslag op de markt hadden. Meer in het bijzonder heeft hij daarnaast in aanmerking genomen de bereidheid van Secon Group zelfstandig een einde te maken aan de overtredingen. Een verdere bijstelling van de opgelegde boete in neerwaartse richting is naar het oordeel van de d-g NMa in dit geval niet gerechtvaardigd, zonder dat daardoor te kort wordt gedaan aan de algemene functie van de boete uit oogpunt van speciale en generale preventie. Alle omstandigheden zoals vastgesteld in het primaire besluit opnieuw in ogenschouw nemend tegen de achtergrond van het bovenstaande, acht de d-g NMa een reductie van het aanvankelijk opgelegde boetebedrag dan ook niet op haar plaats.

#### IV. Besluit

33. De directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit:

(a) Neemt het Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet van 10 juli 2001 gedeeltelijk over en wijkt daarvan op grond van vorenstaande gedeeltelijk af;

(b) Verklaart de bezwaren van Secon Group B.V. tegen zijn besluit van 12 januari 2000, nummer 757/82, ongegrond;

(c) Handhaaft de in voornoemd besluit neergelegde beslissing en de daarbij opgelegde boete en last onder dwangsom.

34. Dit besluit is gericht tot Secon Group B.V., statutair gevestigd te

Amsterdam.

Datum: 21 december 2001

w.g. A.W. Kist

Directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

-----  
[1] Datum van inwerkingtreding van de Mededingingswet.

[2] Datum van opmaken van het rapport als bedoeld in artikel 56, eerste lid, Mw.

[3] Turnover International B.V., Stylefair Modebedrijven B.V., Gentiluomo B.V., Ashbury for Men B.V., A-rticles International B.V., Performens International B.V., Anotherwoman International B.V. en Books Menswear B.V.

[4] Tot deze merken behoren, ondermeer, Turnover, Arrow, G-Star, Gentiluomo, Issue, Another Woman, Easy Comfort, A-rticles, Performens en Books.

[5] Zie randnummer 154 van het Advies.

[6] Zie randnummer 155 van het Advies.

[7] Verticale prijsbinding, dat wil zeggen overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die direct of indirect tot doel hebben een vaste of minimumwederkoop prijs of een vast of minimumprijsniveau aan de afnemer op te leggen.

[8] Ook wel per se-verbod of strekkingsbeding genoemd; het gaat om bepalingen in overeenkomsten of besluiten dan wel gedragingen die naar hun aard de mededinging beperken.

[9] Zie randnummers 100-101 van het Advies.

[10] Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 1999 L336/21.



[11] Bekendmaking van de Commissie Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, (Pb 220/C 291/01; 13 oktober 2000);

[12] Zie randnummers (7) en (46) van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen; zie ook randnummers 2 en 3 van de Inleiding XXIXe Verslag over het mededingingsbeleid 1999.

[13] Ook wel de zwarte lijst genoemd.

[14] Kamerstukken 24 707, nr.3; MvT Mw, blz. 13 en 61.

[15] Het betreft onder andere factuur 7097396 (ordernummer 374658) van 27 februari 1998 van Turnover International BV met als orderdatum 27 februari 1998; factuur 4097462 (ordernummer 357647) van 29 januari 1998 van Ashbury for Men B.V. met als orderdatum 28 januari 1998; factuur 4095166 (ordernummer 351644) van 8 januari 1998 van Ashbury for Men B.V. met als orderdatum 7 januari 1998; factuur 4107067 (ordernummer 386933) van 24 maart 1998 van Ashbury for Men B.V. met als orderdatum 23 maart 1998.

[16] Zie bijvoorbeeld ook de uitspraken in de civiele procedures tussen Chilly c.s. en G-Star en de producties van de gemachtigde van Secon Group ter zake (President Arrondissementsrechtbank Amsterdam, vonnis in kort geding van 14 mei 1998, rolnr. KG 98/1150 OdC; Arrondissementsrechtbank Amsterdam, vonnis van 3 mei 2000 in de zaak rolnr. 99.1494; Gerechtshof Amsterdam, arrest van 20 augustus 1998, rolnr. 651/98 SKG.).

-----  
Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet

Datum Uw kenmerk Ons kenmerk Bijlage(n)

10 juli 2001 757-150

Onderwerp

Advies in zaak 757, Chilly en Basilicum versus G-Star/Secon Groep

Subcommissie samengesteld uit de leden mevr. mr. M.C.M. van Dijk, prof.dr. E.E.C. van Damme en prof.mr. L. Timmerman (voorzitter)

Secretaris van de subcommissie: mr. J.W. van de Gronden

## 1 INLEIDING

1. Op 20 mei 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een verzoek tot toepassing van artikel 56, eerste lid, Mw ontvangen van Basilicum B.V. (hierna: Basilicum) en Chilly B.V. (hierna: Chilly, welke onderneming thans The Store B.V. heet), gericht tegen G-Star international B.V. (hierna: G-Star), een dochtermaatschappij van Secon Group B.V. (hierna: Secon Groep). Basilicum is de enige aandeelhouder van Chilly.

2. Naar aanleiding van het verzoek tot toepassing van artikel 56, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa een rapport doen opmaken op grond van artikel 59, eerste lid, Mw.

3. Op 12 januari 2000 heeft de d-g NMa het besluit (hierna: bestreden besluit) genomen, waarin aan Secon Groep een boete van 500.000,- alsmede een last onder dwangsom werd opgelegd. Tegen dit besluit heeft Secon Groep op 9 februari 2000 bezwaar aangetekend. Op 21 februari 2000 hebben Basilicum en Chilly ook een bezwaarschrift opgesteld. Bij brief van 9 mei 2000 hebben Basilicum en Chilly dit bezwaar echter ingetrokken.

4. Op grond van artikel 92, eerste lid, Mw adviseert de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie) over bezwaren tegen een beschikking als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Mw.

## 2 VERLOOP VAN DE PROCEDURE

5. Tegen het bestreden besluit is namens Secon Groep op 9 februari 2000 pro forma bezwaar aangetekend. De gronden van bezwaar zijn ontvangen op 1 mei 2000. Omdat Secon Groep in verband met een wisseling van gemachtigde de gelegenheid wilde hebben de namens haar ingediende gronden van bezwaar opnieuw op te zetten is de hoorzitting, die aanvankelijk op 15 september 2000 zou worden gehouden, verzet naar 24 januari 2001. Op 9 november 2000 is namens Secon Groep en G-Star een nadere schriftelijke toelichting opgesteld die het secretariaat van de Adviescommissie op 14 november 2000 heeft ontvangen. Op 15 augustus 2000 heeft de d-g NMa op de gronden van bezwaar gereageerd met een schriftelijke toelichting. Naar aanleiding van de nadere schriftelijke toelichting van Secon Groep heeft de d-g NMa op 11 januari 2001 eveneens een nadere schriftelijke toelichting opgesteld.

6. Op 24 januari 2001 heeft de Adviescommissie de vertegenwoordigers van Secon Groep, van Chilly en Basilicum en van de d-g NMa gehoord ten kantore van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Op 14 maart 2001 is aan de partijen het verslag toegestuurd en zijn zij in de gelegenheid gesteld daarover opmerkingen te maken.

7. Op de hoorzitting heeft Secon Groep naar aanleiding van vragen van de Adviescommissie aangegeven dat haar bezwaren zijn vastgelegd in de namens haar opgestelde nadere schriftelijke toelichting van 9 november 2000; daaraan dienen alleen nog de bezwaren te worden toegevoegd uit de op 1 mei 2000 ontvangen gronden van bezwaar, voor zover deze ontleend zijn aan het EVRM. Van de zijde van de d-g NMa is aangevoerd dat de gronden van bezwaar namens Secon Groep zijn ingediend en de nadere schriftelijke toelichting van 9 november 2000 namens Secon Groep en G-Star zijn opgesteld. Aangezien echter op de hoorzitting de heer Van Tilburg van G-Star namens Secon Groep sprak, gaat de Adviescommissie ervan uit dat G-star slechts als gemachtigde optreedt en dat de bezwaren uit de nadere schriftelijke toelichting van 9 november 2000 gelden als bezwaren ingediend door Secon Groep.

8. Voor het verloop van de procedure die voorafging aan de hoorzitting van 24 januari 2001 wordt verwezen naar het bestreden besluit.

### 3 BESTREDEN BESLUIT

9. De d-g NMa heeft in het bestreden besluit op grond van artikel 56, eerste lid, Mw, een boete opgelegd aan Secon Groep. De d-g NMa stelt vast:

a) dat het hanteren van algemene voorwaarden met daarin bepalingen resulterend in een doorleveringsverbod en/of vaste minimumprijzen zoals dat heeft plaatsgevonden door dochterondernemingen van Secon Groep gedurende een periode van 1 januari 1998 tot en met 16 juni 1998, een inbreuk vormt op artikel 6 Mw;

b) dat het hanteren van algemene voorwaarden met daarin een bepaling inzake adviesprijzen in combinatie met het gebruik van een tekst op het orderformulier waarin wordt geadviseerd niet zonder toestemming van de adviesprijzen af te wijken, zoals dat heeft plaatsgevonden door G-Star gedurende de periode van 1 januari 1998 tot en met 11 oktober 1998, een inbreuk vormt op artikel 6 Mw.

10. Aan Secon Groep is een boete opgelegd van 500.000 gulden. Daarnaast is een last onder dwangsom opgelegd. Ingevolge deze last dient de Secon Groep het gebruik van de tekst zoals aangetroffen op het orderformulier van G-Star te staken en dient zij haar afnemers schriftelijk op de hoogte te stellen van het feit dat het gebruik van het doorleveringsverbod en de (minimum) adviesprijzen in de algemene voorwaarden is beïndigd. Tegen de last onder dwangsom is geen bezwaar ingediend.

11. Uit het bestreden besluit blijkt dat Secon Groep sinds 1992 drie verschillende versies van algemene voorwaarden heeft gehanteerd. De d-g NMa heeft, zo blijkt uit randnummer 64 van het bestreden besluit, zijn oordeel gebaseerd op het volgende schema:

	<b>Versie 1</b>	<b>Versie 2</b>	<b>Versie 3</b>
Doorleveringsverbod	ja	ja	nee
Minimumadviesprijs	ja	nee	nee
Adviesprijs	nee	nee	ja

12. De verschillende versies zijn gedurende de hierna volgende perioden bij de volgende handelingen gehanteerd, zo blijkt uit randnummer 65 van het bestreden besluit.

<b>Periode</b>	<b>handeling</b>	<b>versie</b>
Tot en met 1997 (periode 97/2) januari/december:	gehele order/facturerings-procedure	1
Voorjaarscollectie 1998 (periode 98/1) juli/augustus 1997:	plaatsen orders	2
september/oktober 1997:	orderbevestiging	2
januari/juni 1998 :	levering & facturering	1
Najaarscollectie 1998 (periode 98/2) januari/maart 1998:	plaatsen orders	2
maart/juni 1998:	orderbevestiging	2
juli/december 1998:	levering & facturering	3

Voorjaarscollectie 1999 (periode 99/1)		3
juli/augustus 1998 :	plaatsen orders	3
september/oktober 1998 :	orderbevestiging	

13. Dit schema is door Secon Groep niet betwist, zodat ook de Adviescommissie hiervan zal uitgaan.

#### 4 BEZWAREN VAN PARTIJEN EN BEOORDELING

##### 4.1 Schending van de rechten van de verdediging tijdens de procedure

###### a) Hoorplicht met betrekking tot de hoogte van de boete

14. In algemene zin merkt Secon Groep op dat artikel 6 EVRM van toepassing is op de procedures die leiden tot een beschikking omtrent het opleggen van een boete als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Mw. Secon Groep betoogt dat de d-g NMa met het vaststellen van het bestreden besluit haar rechten van verdediging heeft geschonden.

15. Secon Groep stelt dat de d-g NMa in het rapport heeft verzuimd haar te informeren over de hoogte van de boete die hij voornemens was op te leggen of de factoren die hij voornemens was daarbij in aanmerking te nemen. Met name zou de d-g NMa zijn zienswijze met betrekking tot de concurrentieverhoudingen op de markt die naar zijn oordeel door de handelwijze van Secon Groep wezenlijk worden beïnvloed voor de vaststelling van het bestreden besluit aan de Secon Groep dienen voor te leggen.

16. Van de zijde van de d-g NMa is de opvatting dat artikel 6 EVRM van toepassing is op de onderhavige procedure niet betwist. Door de d-g NMa is evenwel gesteld dat hij aan zijn hoorplicht ingevolge artikel 60 Mw heeft voldaan. Secon Groep is in staat gesteld om zich op basis van het rapport uit te laten over de feiten die ten grondslag hebben gelegen aan de beoordeling door de d-g NMa, met inbegrip van de invloed van de betrokken regelingen op de mededinging. Er bestaat volgens de d-g NMa geen plicht voor hem om de Secon Groep te horen over de exacte hoogte van de boete. In het kader van de bezwaarprocedure heeft Secon Groep voldoende gelegenheid om zich te verweren tegen de overwegingen in het bestreden besluit die ten grondslag zijn gelegd aan de hoogte van de boete.

###### Beoordeling

17. De Adviescommissie is van oordeel dat de boete die bij het bestreden besluit is opgelegd aan de Secon Groep beschouwd moet worden als een punitieve sanctie en dat derhalve op deze boete artikel 6 EVRM van toepassing is.

18. Secon Groep kan echter niet gevolgd worden in de opvatting dat de d-g NMa de op hem rustende hoorplicht heeft geschonden. Gelijk terecht door de d-g NMa is betoogd, heeft Secon Groep in de bezwaarprocedure voldoende gelegenheid om zijn zienswijze ten aanzien van de hoogte van de boete kenbaar te maken.

19. Voorts bepaalt artikel 60, eerste lid, Mw, dat, in afwijking van afdeling 4.1.2

Algemene wet bestuursrecht, de belanghebbenden schriftelijk worden opgeroepen om naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze naar voren te brengen omtrent het in artikel 59, eerste lid, Mw, bedoelde rapport. In casu heeft de Secon Groep deze mogelijkheid gehad en daarvan gebruik gemaakt.

20. Tevens moet gewezen worden op artikel 59, tweede lid, Mw. Op grond van deze bepaling bevat het rapport slechts een feitelijke weergave van de overtreding, een aanduiding van de onderneming waaraan de overtreding kan worden toegerekend en een aanduiding van het overtreden wettelijk voorschrift. Er bestaat derhalve geen verplichting om in het rapport de hoogte van de boete aan te geven en inzicht te geven in de beoordeling van de d-g NMa van de invloed van de in het geding zijnde regeling op de markt.

#### b) Vermenging van functies

21. Volgens Secon Groep dient op grond van artikel 6 EVRM eenieder die het voorwerp is van vervolging te worden gehoord door een onafhankelijk en onpartijdig tribunaal. De d-g NMa spoort inbreuken op, hoort de betrokkenen daarover en legt vervolgens sancties op. Door deze vermenging van functies kan de d-g NMa niet als onafhankelijk en onpartijdig tribunaal in de zin van artikel 6 EVRM worden aangemerkt, waardoor de procedure onverenigbaar is met de eisen van een behoorlijke procesvoering in de zin van deze bepaling.

22. Volgens de d-g NMa vloeit uit artikel 6 EVRM niet voort dat er bij de voorbereiding van een sanctiebeschikking een scheiding moet bestaan tussen, enerzijds, toezicht en onderzoek en, anderzijds, het opleggen van sancties. Artikel 6 EVRM vereist dat in een procedure welke uiteindelijk kan leiden tot het opleggen van een sanctie eenieder het recht heeft gehoord te worden door een onafhankelijk en onpartijdig tribunaal. Deze norm van artikel 6 EVRM ziet op de rechterlijke fase. In de Mededingingswet is voorzien in dit recht. De rechtsbescherming is gegarandeerd in de vorm van beroep bij de rechtbank te Rotterdam en vervolgens een hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

23. Voorts garandeert artikel 3, tweede lid, Mw, aldus de d-g NMa, dat de werkzaamheden die na het opstellen van het in artikel 59, eerste lid, Mw bedoelde rapport moeten worden verricht, niet door dezelfde functionarissen geschieden als die welke eerder feitelijk bij het onderzoek naar de overtreding waren betrokken. Bij de totstandkoming van de bestreden beslissing is aan deze voorwaarde voldaan.

#### Beoordeling

24. Op grond van artikel 6 EVRM heeft eenieder tegen wie vervolging is ingesteld, het recht van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Deze waarborgen zijn door de Mededingingswet gegarandeerd door de beroepsprocedure bij de rechtbank te Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, gelijk door de d-g NMa terecht wordt gesteld. De stelling van de Secon Groep kan derhalve niet worden gevolgd.

#### c) Vaststelling van bestreden besluit binnen redelijke termijn

25. Secon Groep betoogt dat het bestreden besluit niet is vastgesteld binnen een redelijke termijn. Daardoor zou de d-g NMa artikel 6, lid 1, EVRM hebben

geschonden, althans het beginsel dat in administratieve procedures die voorafgaan aan de vaststelling van een sanctiebeschikking, een redelijke termijn in acht genomen moet worden.

26. De d-g NMa is van oordeel dat mede gezien het vereiste van een zorgvuldige belangenafweging welke in een sanctieprocedure nauwkeurig in acht dient te worden genomen de betrokken perioden kunnen worden aangemerkt als een redelijke termijn.

#### Beoordeling

27. Op 20 mei 1998 hebben Chilly en Basilicum bij de d-g NMa een verzoek ingediend om artikel 56, eerste lid, Mw toe te passen. Op 30 december 1998 is het rapport als bedoeld in artikel 59, eerste lid, Mw opgemaakt. Op 10 maart 1999 is naar aanleiding van het rapport een hoorzitting gehouden. Op 12 januari 2000 heeft de d-g NMa het bestreden besluit genomen. Ongeveer 7 maanden na de aanvraag is het rapport opgemaakt. Er zijn 10 maanden verstreken sinds de hoorzitting die gehouden is naar aanleiding van het rapport, voordat het bestreden besluit is vastgesteld. Tussen het opstellen van het rapport en het bestreden besluit, waarbij aan Secon Groep de boete is opgelegd, ligt een periode van ruim 12 maanden.

28. Naar het oordeel van de Adviescommissie zijn geen omstandigheden of feiten gebleken of naar voren gebracht door Secon Groep die de stelling rechtvaardigen dat deze periode van 12 maanden onredelijk lang is. Deze periode moet aangemerkt worden als een redelijke termijn, gezien het vereiste van het nauwkeurige onderzoek en de zorgvuldige belangenafweging. Op grond van artikel 59, eerste lid, Mw moet immers eerst een rapport worden opgesteld alvorens de d-g NMa beslist omtrent de oplegging van een boete. Op grond van artikel 60, eerste lid, Mw hebben belanghebbenden tevens het recht over dit rapport hun zienswijze kenbaar te maken, welke zienswijze de d-g NMa betreft in zijn besluitvorming omtrent de oplegging van een boete. In casu is aan al die wettelijke vereisten voldaan.

#### d) Verzuim mededeling voorwerp en doel toezicht en onderzoek

29. De Secon Groep betwist de rechtmatigheid van de wijze waarop de toezichthoudende ambtenaren tijdens het bedrijfsbezoek op 14 oktober 1998 materiaal hebben verkregen. De betrokken ambtenaren zouden voorafgaand aan hun bedrijfsbezoek niet aan G-Star schriftelijk hebben meegedeeld waarom zij voornemens waren van hun bevoegdheden betreffende toezicht en onderzoek gebruik te maken. De Secon Group verwijst hiervoor naar de artikelen 11, lid 3, en 14, lid 2 van Verordening 17/62,<sup>[1]</sup> waarin is bepaald dat de personeelsleden van de Europese Commissie hun bevoegdheden uitoefenen op vertoon van een schriftelijke opdracht. De Secon Group beroept zich eveneens op de legitimatievereisten van artikel 5:12 Awb.

30. De d-g NMa stelt dat artikel 5:12 Awb slechts nadere voorschriften stelt voor de legitimatie door een toezichthouder. Zo moet hij een door het bestuursorgaan uitgegeven legitimatiepas bij zich dragen, en deze desgevraagd tonen. De Secon Groep zou een eigen interpretatie geven aan dit artikel, door te betogen dat er slechts sprake is van een minimumvereiste. Het argument dat is ontleend aan Verordening 17/62 wordt door de d-g NMa weerlegd door erop te wijzen dat de nationale wetgever niet voor een systeem heeft gekozen als dat van de EG-verordening.

## Beoordeling

31. De Adviescommissie neemt aan dat een redelijke lezing van dit bezwaar van de Secon Groep moet inhouden dat zij zich er kennelijk op beoogt te beroepen dat de cautie niet tijdig is gegeven. Dit beroep moet verworpen worden. De cautie behoeft pas gegeven te worden bij een redelijk vermoeden van schuld. De door de d-g NMa aangewezen toezichthoudende ambtenaren bepalen in beginsel hoeveel onderzoek noodzakelijk is. Zelfs al zou de cautie gegeven moeten zijn, dan baat dit Secon Groep niet. Het schriftelijk bewijs, waarop het bestreden besluit is gebaseerd, is immers onafhankelijk van Secon Groep verkregen.

32. Naar het oordeel van de Adviescommissie worden voorts de legitimatievereisten van artikel 5:12 Awb door de Secon Groep te extensief uitgelegd. Lezing van deze bepaling maakt op geen enkele wijze duidelijk waar de verplichting vandaan moet komen om schriftelijk een bedrijfsbezoek aan te kondigen.

33. Secon Groep kan evenmin een beroep doen op de omstandigheid dat bij onderzoek in het kader van de artikelen 11 (inlichtingen) en 14 (verificatie) van Verordening 17/62 een beschikking met vermelding van voorwerp en onderzoek en een schriftelijke opdracht vereist is. Er is sprake van twee onderscheiden wettelijke regelingen en de voorrangsregel van het EG-recht doet zich niet voor. Hoewel bij de invulling van de materiele mededingingsregels in de Nederlandse Mededingingswet aansluiting is gezocht bij het EG-kartelrecht, is dit niet het geval bij een groot aantal procedurele regels van het EG-kartelrecht. Deze regels, zoals de procedurele bepalingen van de artikelen 11 en 14 van Verordening 17, werken derhalve niet rechtstreeks door in de Nederlandse Mededingingswet.

### 4.2 De overtreding van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw

a) Overeenkomst over de toepasselijkheid van versie 1 van de algemene voorwaarden en de adviesprijzen van versie 2 en 3 van de algemene voorwaarden als mededingingsbeperking

#### Bestreden besluit

34. In het bestreden Besluit stelt de d-g NMa dat de versies 1, 2 en 3 van de algemene voorwaarden van Secon Groep door de leden van de Secon Groep gedurende verschillende perioden gehanteerd zijn. In het bestreden besluit oordeelt de d-g NMa dat de voortdurende en systematische toezending en hantering door de ondernemingen van de Secon Groep van de verschillende versies van de algemene voorwaarden heeft geresulteerd in overeenkomsten, dan wel onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-verdrag, en dientengevolge in de zin van artikel 6 Mw. Dit geldt ook voor zover de mededingingsbeperkende bepalingen voorkomen in algemene voorwaarden afgedrukt op de facturen, die de ondernemingen van de Secon Groep bij de levering van hun producten hebben gehanteerd.

35. In versie 1 kwam een bepaling inzake minimumadviesprijzen voor, die niet opgenomen was in de versies 2 en 3. Op grond van deze bepaling mocht de wederverkoper, buiten de (opheffings)uitverkoop en de opruiming in de door de leverancier goed te keuren periode, niet afwijken van de minimumadviesprijzen behoudens schriftelijke goedkeuring van de leverancier. Aangezien het

prijnsbeleid van een onderneming behoort tot de voornaamste mededingingsinstrumenten, stelde de d-g NMa dat de bepaling inzake de minimumadviesprijzen naar zijn aard mededingingsbeperkend is en derhalve in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw.

36. Dat er geen wilsovereenstemming is bereikt over de op de facturen vermelde algemene voorwaarden, is door de d-g NMa in het bestreden besluit niet aanvaard. De d-g NMa hecht belang aan het feit dat Secon Groep versie 1 in haar orders heeft gehanteerd van 1992 tot en met het najaarsseizoen van 1997. Voor de voorjaarscollectie 1998 werd in het orderproces versie 1 vervangen door versie 2, maar bij de facturering werden de afnemers wederom geconfronteerd met versie 1, met daarin bepalingen inzake minimumadviesprijzen. De d-g NMa heeft bovendien verwezen naar de arresten Sandoz[2] en BASF Coatings[3]. In de zaak Sandoz heeft het Hof van Justitie, aldus de d-g NMa, uitdrukkelijk bepaald dat vermelding van een mededingingsbeperkend beding op een factuur kan resulteren in een inbreuk op artikel 81, eerste lid, EG-verdrag onafhankelijk van de vraag of er sprake is van een civielrechtelijke binding. Mededingingsbeperkende bepalingen, afgedrukt op een factuur, kunnen, ook al zijn zij (civielrechtelijk) niet bindend overeengekomen, de uitdrukking vormen van de wil van partijen en bijgevolg een overeenkomst vormen in de zin van artikel 81, eerste lid, EG-verdrag. Er is sprake van een dergelijke (stilzwijgende) wilsovereenstemming, indien afnemers na ontvangst van een dergelijke factuur nieuwe orders plaatsen. Uit de zaak BASF Coatings zou bovendien volgen dat het scheppen van een optisch en psychologisch klimaat aanzet tot onderlinge prijsafstemming. Alleen al door het bestaan van de in de facturen opgenomen algemene voorwaarden zou een sterke gedragsprikkel uitgaan tot naleving door de afnemers van Secon Groep van de daarin opgenomen bepalingen, inclusief de bepalingen inzake minimumadviesprijzen.

37. In het bestreden besluit wordt voorts gewezen op de adviesprijzen die voorkomen in de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden. Het gebruik van de adviesprijzen van de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden is gepaard gegaan met orderformulieren met de volgende tekst: Geadviseerd wordt dat de G-star basics verkocht zullen worden tegen de adviesverkooprijzen die aangegeven worden op dit orderformulier en niet worden afgeprijsd zonder toestemming van G-Star. Tevens wordt geadviseerd dat de G-Star collection spring/summer 99 verkocht zal worden tegen de adviesverkooprijzen die aangegeven worden op dit orderformulier en niet afgeprijsd zullen worden voor 17 juni 1999. Hieruit leidt de d-g NMa af dat de naleving van de adviesprijzen wordt gecontroleerd. Er is volgens hem sprake van een prijsafsprake die ertoe strekt de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw en derhalve verboden is.

Zienswijze Secon Groep

Overeenkomst/ afgestemde gedraging

38. Secon Groep bestrijdt de zienswijze dat na inwerkingtreding van de Mededingingswet (op 1 januari 1998) de prijsbinding van versie 1 van de algemene voorwaarden heeft gegolden. Het feit dat versie 1 per vergissing afgedrukt is op de facturen die zijn verzonden na 1 januari 1998, zou niet relevant zijn. De Secon Groep betoogt namelijk dat de betwiste bepalingen zijn opgenomen in versies van de algemene voorwaarden zoals deze (voornamelijk) op de facturen staan vermeld. Volgens de Secon Groep zijn deze algemene voorwaarden rechtens niet bindend. Onder verwijzing naar de



civiele rechtspraak van de Hoge Raad stelt zij dat slechts de algemene voorwaarden die tijdens het orderproces (plaatsen orders, orderbevestiging) zijn gehanteerd, in aanmerking dienen te worden genomen. Bij een discrepantie kan volgens de Secon Groep geen rechtskracht worden toegekend aan de algemene voorwaarden op de facturen. Laatstgenoemde voorwaarden kunnen om die reden dan ook niet resulteren in een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw.

39. Voorts wijst Secon Groep op het recente arrest van het Gerecht in zaak T-41/96, Bayer tegen de Commissie.[4] Uit dit arrest blijkt dat er alleen sprake is van een overeenkomst in de zin van het kartelverbod, indien een beding de uitdrukking vormt van de wil van de partijen. Er moet rechtstreeks of onrechtstreeks het subjectieve element worden vastgesteld dat de essentie van het begrip overeenkomst vormt. Nagegaan moet worden of wilsovereenstemming is bereikt over de ten uitvoerlegging van beleid, het nastreven van een doel of het vastleggen van een bepaalde gedragslijn. Afgezien van het feit dat de mededeling van verkeerde algemene voorwaarden op facturen door Secon Groep niet overeenstemde met de wil van deze onderneming (gezien de automatiseringsfouten), is er geen spoor van bewijs dat de ontvangers van deze facturen op enig moment met de daarop vermelde algemene voorwaarden hebben ingestemd. In het arrest Sandoz (reeds aangehaald) was sprake van een stilzwijgende instemming van de afnemers, omdat deze in het kader van hun vaste handelsbetrekkingen met Sandoz steeds dezelfde bepalingen van de algemene voorwaarden op de factuur ontvingen en daartegen geen bezwaar maakten.

40. Secon Groep bestrijdt de opvatting van de d-g NMa dat, mocht de aanwezigheid van een overeenkomst niet te bewijzen zijn, er in ieder geval sprake is van een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging. Secon Groep wijst erop dat er door de d-g NMa geen feiten en omstandigheden gesteld zijn, waaruit zou blijken dat er sprake is van coördinatie tussen Secon Groep en haar afnemers.

41. Secon Groep betwist voorts dat zij met de adviesprijzen van versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden hetzelfde beoogde te bereiken als de prijsbinding die was vervat in versie 1. Gedurende een beperkte periode heeft Secon Groep slechts het advies gegeven aan de afnemers om van tevoren op de hoogte te worden gesteld van enig voornemen van afnemers om af te wijken van de adviesprijzen. Dit verzoek om op de hoogte te worden gesteld was geen afdwingbare verplichting.

42. Secon Groep stelt dat door middel van de adviesprijzen de reputatie en het imago van het merk in stand worden gehouden, aangezien een bepaald prijsniveau een essentieel onderdeel is van deze reputatie en dit imago. Secon Groep zou in staat moeten zijn om, indien dit nodig is, bezwaar te maken tegen het voornemen van een afnemer om een drastische prijsverlaging door te voeren. Volgens Secon Groep is een op het merk, het imago en de marketing gebaseerde verplichting om een bij het imago en de marketing behorend prijsniveau te respecteren niet in strijd met het kartelverbod. Het prijsniveau is een niet onbelangrijk onderscheidend criterium en als zodanig behoeft het niet zonder enige rechterlijke toetsing te worden overgelaten aan de zelfstandige beoordeling van de wederverkoper.

De merkbaarheid

43. Secon Groep betoogt voorts dat, voor zover de bepalingen betreffende de

(minimum)adviesprijzen de mededinging al zouden beperken, in ieder geval de gevolgen van deze bepalingen voor de mededinging onderzocht hadden moeten worden. Ook als het hardcore restricties zouden betreffen. Dat heeft de d-g NMa ten onrechte nagelaten. Indien de betrokken ondernemingen door hun gedragingen niet meer dan in geringe mate afbreuk kunnen doen aan de mededinging, valt dit gedrag buiten de werkingssfeer van artikel 6, eerste lid, Mw, aldus Secon Groep.

44. In algemene zin heeft Secon Groep op nieuwe ontwikkelingen in het EG-mededingingsrecht gewezen. In dit recht is een economisch georiënteerde benadering in opkomst. Dit blijkt onder meer uit het nieuwe beleid ten aanzien van verticale mededingingsbeperkingen. Van groot belang voor de onderhavige zaak acht Secon Groep dan ook Verordening 2790/1999[5] en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen.[6] Secon Groep stelt dat de Commissie bij de toepassing van het kartelverbod, zeker ten aanzien van verticale overeenkomsten, zich meer dan vroeger richt op de economische gevolgen, behoudens contractuele beperkingen die voorkomen op een zwarte lijst. Met deze herijking van het EG-mededingingsrecht, die grote consequenties heeft voor de toepassing van de Nederlandse Mededingingswet, heeft de d-g NMa in de onderhavige zaak volgens Secon Groep ten onrechte geen rekening gehouden.

45. In de eerste plaats had de d-g NMa moeten ingegaan op de kwantitatieve merkbaarheid. Deze analyse is van belang in verband met de zogeheten Bagatel bekendmaking[7] van de Commissie, op grond waarvan verticale mededingingsbeperkingen met een marktaandeel onder de 10 % niet geacht worden mededingingsbeperkend te zijn. In de tweede plaats speelt de kwalitatieve merkbaarheid een belangrijke rol. De concrete situatie van de markt waarbinnen een regeling fungeert alsmede de economische en juridische context waarin de ondernemingen opereren, dienen daarbij in aanmerking te worden genomen. De d-g NMa is hierop niet ingegaan. Volgens de Secon Groep kan uit de zaak *European Night Services*[8] en eerdere rechtspraak worden afgeleid dat een beslissing over de toepasselijkheid van artikel 81, eerste lid, EG-verdrag mede dient te bevatten een correcte marktafbakening en een analyse van de positie van de betrokken ondernemingen op de relevante markt en de (potentile) concurrentie waaraan zij zijn onderworpen.

46. De d-g NMa heeft volgens Secon Groep ten onrechte afgezien van een afbakening van de verschillende markten voor bovenkleding; de d-g NMa heeft slechts gesteld dat de verkopen van de Secon Groep een niet onaanzienlijk deel van de te onderscheiden markten vormen, en dat zij zich op deze markten heeft toegelegd op het duurdere segment waar zij in ieder geval een aanzienlijke positie inneemt. Dit betoog faalt naar de mening van Secon Groep. Als uitgangspunt dient volgens Secon Groep de Nederlandse kledingmarkt als geheel te worden gezien. Op deze markt stelt Secon Groep een marktaandeel te hebben van circa [VERTROUWELIJK]%. Volgens Secon Groep is de totale kledingmarkt de relevante markt, aangezien nadere onderscheidingen niet mogelijk zijn vanwege de variatie in het aanbod en grote verschillen in de consumentenvoorkeuren. Het marktaandeel van Secon Groep is nog steeds klein, indien er een submarkt wordt afgebakend bestaande uit de eerste tien jeansmerken welke afbakening volgens Secon Groep mededingingsrechtelijk gezien onjuist is, namelijk ongeveer [VERTROUWELIJK] [VERTROUWELIJK]%. De d-g NMa heeft miskend dat er een zeer sterke interbrand-concurrentie plaatsvindt tussen de verschillende merken.

overgangsrecht

47. Daarnaast heeft Secon Groep erop gewezen dat ook de d-g NMa heeft erkend dat verticale prijsbinding voor 1 januari 1998 niet verboden was op grond van de Wet Economische Mededinging.

Zienswijze d-g Nma

Overeenkomst/afgestemde gedraging

48. Van de zijde van de d-g NMa is aangevoerd dat terecht in het bestreden besluit is geoordeeld dat prijsbinding ingevolge versie 1 van de algemene voorwaarden van Secon Groep ook na inwerkingtreding van de Mededingingswet nog heeft plaatsgevonden, nu versie 1 van de algemene voorwaarden tot in elk geval 16 juni 1998 is afgedrukt op facturen.

49. Volgens de d-g NMa legt Secon Groep ten onrechte veel nadruk op de eventuele civielrechtelijke binding van de algemene voorwaarden in kwestie. Zoals in het bestreden besluit is benadrukt, is in de mededingingsrechtelijke context niet zozeer de civielrechtelijke binding van belang als wel de totale economische en juridische context waarin de desbetreffende regeling wordt gehanteerd.

50. Daarnaast is van de zijde van de d-g NMa betoogd dat er twee belangrijke verschillen bestaan tussen het arrest Sandoz, waarnaar in het bestreden besluit is verwezen en het arrest Bayer, waarop Secon Groep een beroep doet. In de eerste plaats had de producent in de zaak Sandoz in al zijn facturen een mededingingsbeperkende clause opgenomen, die in alle documenten betreffende alle transacties werd herhaald en daarmee een gegreemd onderdeel was van de contractuele betrekkingen tussen producent en afnemers. In de zaak Bayer ontbrak een dergelijke mededingingsbeperkende clause. In de tweede plaats leefden in de zaak Sandoz de afnemers de mededingingsbeperkende clause na, hetgeen het bewijs van hun instemming met deze clause opleverde. In de zaak Bayer verzetten daarentegen de afnemers formeel noch in feite zich tegen het beleid van de producent. De onderhavige zaak ligt volgens de d-g NMa in lijn met de Sandoz-zaak en niet met het Bayer-zaak. Er is immers een formele clause met een doorleveringsverbod en een prijsclause en de afnemers hebben formeel dan wel in feite van verzet tegen het beleid van de producent afgezien of (stilzwijgend) met het beleid ingestemd.

51. Voorts is er namens de d-g NMa betoogd dat in het midden kan worden gelaten of er sprake is van een verboden onderling afgestemde gedraging of van een verboden overeenkomst. De feiten hebben immers zowel betrekking op verschillende mededingingsbeperkende bepalingen in de algemene voorwaarden zelf en overige clauses (overeenkomsten) als op het handelen ernaar (gedraging) door partijen. Overeenkomstig de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan in een geval dat uit verschillende onderling verbonden gedragingen bestaat, in het kader van de toepassing van het kartelverbod niet van de d-g NMa worden geïst dat hij elk van de elementen van de overtreding als overeenkomst dan wel als onderling afgestemde feitelijke gedraging kwalificeert.

52. Tevens merkt de d-g NMa op dat, zelfs indien Secon Groep in haar betoog zou slagen, de gevolgen hiervan voor de beoordeling in het onderhavige besluit

naar zijn mening beperkt zijn. Het bestreden besluit wordt immers slechts ten dele gedragen door feiten en gedragingen die verband houden met versie 1 van de algemene voorwaarden op facturen in de periode 1 januari 1998 tot en met in ieder geval 16 juni 1998. Ten aanzien van versie 2 en versie 3 geldt onweersproken dat deze voorwaarden na 1 januari 1998 zijn aangetroffen op orderformulieren, orderbevestigingen en facturen van de ondernemingen van de Secon Groep.

53. Ten aanzien van de adviesprijzen van de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden is namens de d-g NMa benadrukt dat het advies op het orderformulier om niet zonder toestemming van G-Star af te prijzen en niet voor een bepaalde datum over te gaan tot uitverkoop, uitdrukking geeft aan de wil van Secon Groep om bedoelde activiteiten van haar afnemers te controleren en/of te coördineren. Van een dergelijk advies gaat onmiskenbaar een druk uit richting afnemers om niet zonder voorafgaande toestemming van G-Star/Secon Groep over te gaan tot afwijking van de vermelde prijzen. Of er sprake is geweest van een daadwerkelijke controle is in deze niet beslissend. Ook hier geldt dat alleen al door het bestaan van bedoeld advies een optisch en psychologisch klimaat wordt geschapen dat bijdraagt aan de handhaving van een systeem van vaste prijzen.

54. Relevant is voorts volgens de d-g NMa dat de verandering die is doorgevoerd door Secon Groep subtiel is en dat deze voor het gedrag van de meeste afnemers geen feitelijke betekenis heeft gehad. Dit geldt te meer nu uit een citaat van een afnemer blijkt dat het zeer de vraag is in hoeverre de afnemers kennis droegen van het gewijzigde handelsbeleid, met name gezien de formulering van het advies, de gebruikte bewoordingen (toestemming) en het historisch gebruik van verticale prijsbinding.

55. Illustratief is tevens, aldus de d-g NMa, dat volgens een krantenartikel de afnemers van G-Star zich in feite nog steeds in hoge mate conformeren aan de door Secon Groep vastgestelde adviesperiode van uitverkoop. Indien Secon Groep daadwerkelijk de intentie zou hebben gehad te breken met het tot 1998 bestendige handelsbeleid, dan zou zij daaromtrent een ondubbelzinnige mededeling aan de afnemers hebben gedaan.

#### De merkbaarheid

56. Door de d-g NMa is benadrukt dat bepalingen inzake (minimum) adviesprijzen naar hun aard mededingingsbeperkend zijn. De afnemers worden immers rechtstreeks in hun vrijheid om wederverkooprijzen vast te stellen (en eventuele efficiencyvoordelen door te geven aan de consument in de vorm van lagere prijzen) beperkt.

57. Volgens de d-g NMa geeft Secon Groep een onjuiste voorstelling van het (nieuwe) beleid van de Commissie met betrekking tot verticale afspraken. Niet alleen wanneer er sprake is van een marktmacht (welke wordt verondersteld bij een marktaandeel van 30% of meer), maar ook wanneer er sprake is van een hard core-restrictie, geldt de vrijstelling van het kartelverbod van Verordening 2790/1999 niet. In de onderhavige zaak is sprake van een hard core-restrictie, namelijk verticale prijsbinding. Tevens betoogt de d-g NMa dat een rechtstreeks beroep op Verordening 2790/1999 faalt, daar het feitencomplex van de onderhavige zaak dateert van voor de inwerkingtreding van deze verordening. Daarnaast wijst de NMa erop dat ook in randnummer 46 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen ervan wordt uitgegaan dat hard core-restricties vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt ongeoorloofd

zijn.

58. De d-g NMa merkt op dat hij bij de beoordeling van de mededingingsbeperkende bepalingen in de onderhavige zaak, in tegenstelling tot hetgeen door Secon Groep wordt gesteld, wel de concrete situatie op de markt alsmede de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen functioneren, heeft betrokken. Secon Groep verzet zich volgens de d-g NMa met name tegen de waarde die de d-g NMa toekent aan het door haar zelf aangedragen marktaandeel. Tegen de andere elementen die in het bestreden besluit worden aangedragen om de merkbaarheid te onderbouwen, werpt Secon Groep feitelijk slechts op dat zonder analyse van de gevolgen geen oordeel kan worden gevormd van de merkbaarheid. Dit is niet juist. Zowel het door de Secon Groep gehanteerde doorleveringsverbod als de bepalingen inzake (minimum)adviesprijzen beperken naar hun aard de mededinging. Mede uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de bepalingen daarmee kunnen worden aangemerkt als strijdig met het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw. Een nader onderzoek naar de concrete gevolgen van de bepalingen is niet nodig. Wanneer de strekking mededingingsbeperkend is, moet bovendien worden aangenomen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Slechts indien de betrokken regelingen niet meer dan in geringe mate afbreuk doen aan de mededinging, kunnen zij van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw worden uitgesloten. Het ligt in beginsel op de weg van de betrokken partijen dit nader te onderbouwen. Secon Groep is hierin niet geslaagd.

59. Voor de vraag of een regeling de mededinging merkbaar beperkt is volgens de d-g NMa niet (alleen) de omvang van de betrokken onderneming bepalend. Andere relevante elementen zijn onder meer de concrete marktsituatie en de economische en juridische context waarin de ondernemingen opereren, waaronder het marktsegment en het feit dat de regeling deel uitmaakt van een reeks overeenkomsten, de branche, de merkgevoeligheid, de hoeveelheid afnemers en de (prijs)concurrentie tussen de afnemers (interbrand-concurrentie).

60. Tot slot bestrijdt de d-g NMa de visie van Secon Groep inzake de gebrekkige motivering. In het kader van de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw is afbakening van de relevante markt vereist voor zover dit nodig is teneinde te bepalen of de desbetreffende overeenkomst of gedraging een mededingingsbeperking tot doel of tot gevolg heeft. Dit is het geval wanneer sprake is van regelingen die niet naar hun aard, maar gezien hun gevolgen in strijd met het kartelverbod kunnen komen. In casu strekken de leveringsvoorwaarden ertoe de mededinging te beperken.

#### Overgangsrecht

61. Voorts betwist de d-g NMa niet dat de door Secon Groep gehanteerde individuele verticale prijsbinding onder het regime van de Wet Economische Mededinging toegestaan was. Aan de ene kant zijn de overeenkomsten voor de voorjaarscollectie 1998 in 1997 gesloten voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet en daarbij is gebruik gemaakt van de adviesprijzen van versie 2 van de algemene voorwaarden. Aan de andere kant, zo stelt de d-g NMa, is echter gedurende de eerste drie maanden van 1998 bij de levering van deze collectie versie 1 van de algemene voorwaarden afgedrukt. De verticale prijsbinding die voortvloeit uit versie 1 is daarom geen bestaande overeenkomst in de zin van artikel 100, eerste lid, Mw.

## Beoordeling

### Overeenkomst/afgestemde gedraging

62. Het geschil met betrekking tot de aanwezigheid van een overeenkomst dan wel een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw is beperkt tot de vraag of de prijsbinding die neergelegd is in versie 1 van de algemene voorwaarden ook na 1 januari 1998 is blijven gelden tussen Secon Groep en haar afnemers, hoewel versie 1 was vervangen door versie 2 en 3.[9]

63. De bepaling uit versie 1 van de algemene voorwaarden over de minimumadviesprijzen heeft een andere redactie dan de bepalingen over de adviesprijzen uit de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden. Naar het oordeel van de Adviescommissie moet nagegaan worden of de d-g NMa terecht tot het oordeel is gekomen dat Secon Groep van januari 1998 tot en met 11 oktober 1998[10] verticale prijsbinding heeft toegepast. Uit onderdeel b van het dictum van het bestreden besluit blijkt immers dat volgens de d-g NMa het hanteren van algemene voorwaarden met daarin een bepaling inzake adviesprijzen in combinatie met het gebruik van een tekst op het orderformulier waarin wordt geadviseerd niet zonder toestemming van de adviesprijzen af te wijken, zoals dat heeft plaatsgevonden door G-Star gedurende de periode van 1 januari 1998 tot en met 11 oktober 1998 een inbreuk vormt op artikel 6, eerste lid Mw.

64. Vaststaat dat de minimumadviesprijzen van versie 1 van de algemene voorwaarden een systeem van verticale prijsbinding bevatte. Op grond van deze versie mochten de detailhandelaren buiten de (opheffings-)uitverkoop en opruiming immers niet afwijken van de door Secon Groep vastgestelde minimumprijzen (behoudens schriftelijke goedkeuring van Secon Groep).

65. Ten aanzien van de adviesprijzen uit de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden merkt de Adviescommissie het volgende op. Aangezien de Mededingingswet nauw aansluit bij het EG-mededingingsrecht,[11] moeten bij de interpretatie en de toepassing van deze wet de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in acht worden genomen. In het arrest in de zaak Pronuptia,[12] die betrekking had op een franchiseovereenkomst, besliste het Hof dat mededelingen van adviesprijzen door een leverancier aan een afnemer geen beperking van de mededinging vormen, mits er tussen beide ondernemingen geen afspraken bestaan om die prijzen daadwerkelijk toe te passen. Dit uitgangspunt is vastgelegd in artikel 4 onder a van Verordening 2790/1999 inzake verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen[13] en wordt door de Commissie aangehaald in randnummer 47 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen.[14]

66. Naar het oordeel van de Adviescommissie moet nagegaan worden of er van de adviesprijzen die Secon Groep hanteerde in versies 2 en 3 zoveel druk uitging dat deze prijzen hetzelfde effect hadden als de oplegging van vaste prijzen. Uit de beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Hof blijkt dat het aan leveranciers niet toegestaan is dergelijke druk uit te oefenen op hun afnemers. In de zaak Unipart beschouwde de Commissie als mededingingsbeperkend de verplichting die een fabrikant van bepaalde onderdelen van een auto aan een leverancier oplegde, op grond waarvan deze niet-bindende detailverkooprijzen diende door te geven aan erkende dealers.

Op deze wijze werd volgens de Commissie de aankoop- en verkooppolitiek van de dealers beïnvloed.[15] In zijn arrest in de zaak Hasselblad[16] besliste het Hof dat een clause in een standaardcontract van een onderneming die een selectief distributiestelsel hanteert, op grond waarvan die onderneming de redactie van advertenties van de dealers kon controleren op het punt van de verkoopprijzen en dergelijke advertenties kon verbieden, in strijd was met het kartelverbod. In randnummer 47 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (reeds aangehaald) wordt aangegeven dat, wanneer directe of indirecte maatregelen worden gebruikt om ervoor te zorgen dat adviesprijzen hetzelfde effect hebben als vaste prijzen, dit ongeoorloofd is. Als voorbeeld van dergelijke maatregelen worden genoemd maatregelen die erop gericht zijn om distributeurs die onder de adviesprijzen verkopen op het spoor te komen.

67. Voor de beoordeling van de adviesprijzen van versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden moeten twee factoren in aanmerking worden genomen. De eerste relevante factor is dat de adviesprijzen gecombineerd werden met de mededeling van Secon Groep op het orderformulier om niet af te prijzen zonder toestemming van Secon Groep. Van een dergelijke mededeling gaat een zekere stimulans uit richting afnemers om niet zonder voorafgaande toestemming van G-Star/Secon Groep over te gaan tot afwijking van de vermelde prijzen. Op zichzelf is dit evenwel nog onvoldoende om te concluderen dat Secon Groep haar afnemers onder druk heeft gezet om de adviesprijzen na te leven in de praktijk. Van een dergelijke druk is wel sprake volgens de Adviescommissie, wanneer de tweede factor in aanmerking wordt genomen: Secon Groep is in het verleden reeds met haar afnemers een duidelijke vorm van verticale prijsbinding overeengekomen. Onweersproken is immers dat de afnemers op grond van versie 1 van de algemene voorwaarden, die vanaf 1992 en in ieder geval tot en met 1997 heeft gegolden, verplicht waren om de door Secon Groep vastgestelde minimumprijzen in acht te nemen.

68. Door slechts een relatief kleine wijziging aan te brengen in de redactie van de bepaling inzake de adviesprijzen in de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden, heeft Secon Groep een optisch en psychologisch klimaat gecreëerd dat bijdraagt aan de handhaving van een stelsel van verticale prijsbinding. Volgens de Adviescommissie was voor 1998 de verticale prijsbinding een geventureerd onderdeel van de vaste handelsbetrekkingen tussen Secon Groep en haar afnemers. Door Secon Groep is aan de afnemers niet voldoende duidelijk gemaakt dat haar beleid ten aanzien van de prijsbinding sinds 1998 substantieel is gewijzigd. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat Secon Groep zelfs voor de voorjaarscollectie 1998 versie 1 (onmiskenbaar een stelsel van verticale prijsbinding) en versie 2 (adviesprijzen) van de algemene voorwaarden door elkaar heen heeft gebruikt: bij het plaatsen van de orders en de orderbevestiging werd versie 2 gevoegd en bij de levering en facturering werd versie 1 gevoegd. Terecht heeft de d-g NMa hieruit opgemaakt dat op deze wijze door Secon Groep de indruk is gewekt dat het nog steeds de bedoeling was om niet van de adviesprijzen in de praktijk af te wijken. Door zich vervolgens niet te verzetten tegen het systeem van verticale prijsbinding, hebben de afnemers er stilzwijgend mee ingestemd om deze adviesprijzen na te leven.

69. Beide factoren tezamen de adviesprijzen werden gecombineerd met de mededeling om niet af te prijzen zonder toestemming van Secon Groep en vanaf 1992 tot en met 1997 heeft Secon Groep onmiskenbaar een systeem van verticale prijsbinding toegepast rechtvaardigen naar het oordeel van de Adviescommissie de conclusie dat van de adviesprijzen uit versies 2 en 3 van

de algemene voorwaarden zoveel druk uitging dat Secon Groep in feite met haar afnemers overeengekomen was deze prijzen daadwerkelijk toe te passen in de praktijk. Daar komt nog bij de opmerking van Secon Groep dat in haar visie het prijsniveau een niet onbelangrijk onderdeel van het imago en de reputatie van het product is, dat de bepaling van de hoogte van het prijsniveau niet zonder enige rechterlijke toetsing behoeft te worden overgelaten aan de zelfstandige beoordeling van de wederverkoper en dat G-Star indien nodig bezwaar moet kunnen maken tegen drastische prijsverlagingen. Uit deze opmerkingen blijkt dat de bepalingen inzake de adviesprijzen uit de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden in de ogen van Secon Groep niet vrijblijvend waren; zij beoogde met deze bepalingen blijkbaar druk naar de wederverkopers uit te oefenen om de adviesprijzen na te leven. Voorts wijst de Adviescommissie erop dat in het arrest Hasselblad (reeds aangehaald) het Hof ook niet het in de onderhavige zaak door Secon Groep aangehaalde argument van de reputatie van het product van de leverancier heeft geaccepteerd als rechtvaardiging voor de controle door deze leverancier van de verkoopprijzen van de afnemers.

70. De Adviescommissie wijst er voorts op dat het niet van belang is of er tussen Secon Groep en haar afnemers een geldige overeenkomst in de zin van het burgerlijk recht bestaat over de verticale prijsbinding. Uit de rechtspraak van het Hof en het Gerecht van Eerste Aanleg blijkt dat ook overeenkomsten die geen privaatrechtelijk effect ressorteren, overeenkomsten in de zin van het artikel 81, eerste lid, EG-verdrag (voorheen artikel 85, eerste lid, EG-verdrag) kunnen zijn.[17] In het arrest Bayer tegen Commissie (reeds aangehaald) stelde het Gerecht dat het wezenlijk element van het begrip overeenkomst in de zin van het kartelverbod is het bestaan van een wilsovereenstemming van tenminste twee partijen, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven, voor zover hij de getrouwe weergave van die wilsovereenstemming is. Er moet volgens het Gerecht onderscheid gemaakt worden tussen eenzijdige maatregelen dat zijn maatregelen die zonder de uitdrukkelijke of stilzwijgende medewerking van een andere onderneming tot stand zijn gekomen en maatregelen die slechts schijnbaar eenzijdig zijn. Het Gerecht stelde in de zaak Bayer tegen Commissie dat er geen sprake was van een overeenkomst, indien de Commissie niet het bewijs kon leveren dat de andere partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend met de handelwijze van de producent hadden ingestemd. In de zaak Bayer tegen Commissie legde het Gerecht[18] de zaak Sandoz als volgt uit. Het concurrentiebeperkende beding dat aan de orde was in de zaak Sandoz, maakte integrerend deel uit van de vaste handelsbetrekkingen tussen Sandoz en haar afnemers. Het Gerecht wijst er hierbij op dat bij elke transactie systematisch dezelfde methode werd toegepast. In de onderhavige zaak heeft Secon Groep tot en met 1997 systematisch gebruik gemaakt van een onmiskenbaar stelsel van verticale prijsbinding, zoals vastgelegd in versie 1 van de algemene voorwaarden; vervolgens heeft zij de redactie van de bepalingen inzake de minimum(advies)prijzen enigszins aangepast en vastgelegd in de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden die zij daarna op systematische wijze heeft gehanteerd in de handelsbetrekkingen met haar afnemers.

71. Nu vaststaat dat er sprake is van een overeenkomst in de zin van artikel 6, eerste lid Mw, over verticale prijsbinding, kan in het midden gelaten worden of, zoals door Secon Groep is betoogd, de d-g NMa ten onrechte uitgegaan is van de aanwezigheid van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Secon Groep en haar afnemers. Overigens wijst de Adviescommissie erop dat het voor de toepasselijkheid van het kartelverbod niet vereist is, zoals terecht van de zijde van de d-g NMa is opgemerkt, dat elk element van de overtreding als overeenkomst dan wel als onderling afgestemde gedraging wordt



gekwalificeerd.[19]

De [J.W.1] merkbaarheid

72. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat het kartelverbod in beginsel alleen is geschonden, indien de in het geding zijnde afspraken de concurrentie merkbaar beperken.[20] Bij afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken behoeven niet de concrete effecten te worden onderzocht, [21] terwijl dit wel vereist is voor afspraken die een mededingingsbeperkend effect tot gevolg[22] hebben.[23]

73. In zijn arrest *European Night Services* stelde het Gerecht van Eerste Aanleg evenwel dat voor de toepasselijkheid van het kartelverbod nagegaan moet worden of de in het geding zijnde afspraak een merkbare beperking van de mededinging bevat, tenzij het een overeenkomst betreft die duidelijke mededingingsbeperkingen, zoals het bepalen van prijzen, het verdelen van de markt of het controleren van de afzet, meebrengt.[24] Onder meer ten aanzien van afspraken over het bepalen van prijzen neemt het Gerecht van Eerste Aanleg blijkbaar het standpunt in dat deze in principe onder het kartelverbod vallen.

74. Over de verhouding tussen afspraken over verticale prijsbinding en artikel 81, eerste lid, EG-verdrag (voorheen artikel 85, eerste lid, EG-verdrag) moet het volgende worden opgemerkt. Uit de rechtspraak van het Hof en de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat (minimum)prijsafspraken tussen leveranciers en afnemers in casu in het kader van een stelsel van selectieve distributie naar hun aard de mededinging beperken en daarom snel onder het kartelverbod vallen.[25] In de zaak *Binon*[26] honoreerde het Hof bijvoorbeeld niet het argument van een leverancier van persuitgaven dat verticale prijsbinding noodzakelijk was in het door hem opgezette stelsel van selectieve distributie vanwege de bijzondere kenmerken van de persdistributie. Bedingen betreffende de vaste prijzen die in overeenkomsten met derden in acht moeten worden genomen, leiden als zodanig tot beperking van de mededinging volgens het Hof. Wanneer verticale prijsbinding noodzakelijk is, dan kon dit, zo betoogde het Hof in de zaak *Binon*, alleen toegestaan worden met toepassing van de ontheffingsbevoegdheid van artikel 85 lid 3 (thans artikel 81 lid 3) EG-verdrag. In dit arrest ging het Hof niet in op de merkbaarheid van de mededingingsbeperking.[27]

75. De Adviescommissie wijst er voorts op dat in artikel 4 sub a van de door Secon Groep veelvuldig aangehaalde Verordening 2790/1999,[28] verticale prijsafspraken uitgezonderd worden van de vrijstelling van het kartelverbod, met uitzondering van afspraken over maximumprijzen en echte adviesprijzen. Tevens herinnert de Adviescommissie eraan dat artikel 81, eerste lid, EG-verdrag tevens het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen als voorbeeld van een mededingingsbeperking noemt.

76. De door Secon Groep aangehaalde *Bagatellen* bekendmaking bepaalt in punt II.11 dat met betrekking tot verticale overeenkomsten die strekken tot het bepalen van de wederverkoopprijzen (of het verzekeren aan ondernemingen van een gebiedsbescherming), de toepasselijkheid van het kartelverbod niet kan worden uitgesloten, ook niet wanneer de marktaandelen van alle betrokken ondernemingen tezamen onder de aangegeven drempel van 10% vallen.

77. Op grond van bovenstaande komt de Adviescommissie tot de conclusie

dat, aangezien Secon Groep afspraken inzake verticale prijsbinding voor haar producten hanteerde, deze afspraken als zodanig leidden tot beperking van de mededinging en daarom in strijd waren met het kartelverbod. In principe mocht de d-g NMa ervan uitgaan dat de mededinging merkbaar werd beperkt. Het is derhalve aan Secon Groep om het vermoeden dat haar afspraken inzake de verticale prijsbinding een merkbaar effect hebben op de mededinging, te weerleggen.

78. Naar het oordeel van de Adviescommissie is Secon Groep hierin niet geslaagd. Secon Groep is vooral ingegaan op de verschillende marktaandelen die zij inneemt. Daarbij heeft zij niet aannemelijk kunnen maken dat de relevante markt de totale kledingmarkt is en niet verder zou kunnen worden onderscheiden in deelmarkten. De Secon Groep heeft niet concreet omschreven welke verschillende marktsegmenten kunnen worden onderscheiden, hoe groot de concurrentiedruk is tussen deze segmenten en welke de mogelijkheden zijn van substitutie. Nu zij dit heeft nagelaten, terwijl dit wel op haar weg had gelegen, komt de Adviescommissie tot de conclusies dat niet voldoende aannemelijk gemaakt is door Secon Groep dat de totale kledingmarkt dan wel de totale markt voor spijkerbroeken de relevante markt is, zodat evenmin voldoende aannemelijk is geworden dat haar afspraken inzake de prijzen geen merkbaar effect hebben gehad op de mededinging.

79. Nu Secon Groep in onvoldoende mate heeft aangetoond dat de bepalingen uit de algemene voorwaarden betreffende verticale prijsbinding de mededinging niet merkbaar beïnvloeden, komt de Adviescommissie tot de conclusie dat de adviesprijzen uit de versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden in strijd zijn met het kartelverbod.

#### Overgangsrecht

80. Voor de beoordeling van het door Secon Groep gehanteerde stelsel van verticale prijsbinding is voorts relevant het bezwaar van Secon Groep dat verband houdt met de omstandigheid dat de door deze onderneming gehanteerde verticale prijsbinding voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet geoorloofd was. De Adviescommissie wijst erop dat individuele verticale prijsbinding op grond van de Wet Economische Mededinging,<sup>[29]</sup> behoudens een aantal bij algemene maatregel van bestuur<sup>[30]</sup> aangewezen producten, niet verboden was. Aangezien kleding niet in deze algemene maatregel van bestuur is vermeld, was het systeem van individuele verticale prijsbinding van Secon Groep tot 1 januari 1998 geoorloofd. Op grond van artikel 100, eerste lid, Mw waren overeenkomsten die voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 tot stand waren gekomen en niet verboden waren op grond van het bepaalde bij of krachtens de Wet Economische Mededinging, geldig tot 1 april 1998. Indien dergelijke overeenkomsten ter ontheffing waren aangemeld kon de voorlopige geldigheid verlengd worden met maximaal 22 maanden. Voor de onderhavige zaak is dit evenwel niet van belang, aangezien Secon Groep voor zijn overeenkomsten geen ontheffingsaanvraag bij de d-g NMa heeft ingediend.

81. Zoals uit randnummers 69-71 reeds bleek, moet mede in het perspectief van de verticale prijsbinding van versie 1 van de algemene voorwaarden naar het oordeel van de Adviescommissie geconcludeerd worden dat ook de adviesprijzen van versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden in wezen verticale prijsbinding bevatten. Dit heeft volgens de Adviescommissie consequenties voor de toepassing van het overgangsrecht van artikel 100, eerste lid, Mw. Van belang is dat in de maanden juli en augustus van 1997 de

afnemers hun orders plaatsten die Secon Groep in de maanden september en oktober van 1997 bevestigde. Bij het plaatsen van de orders en de bevestiging ervan is gebruik gemaakt van versie 2 van de algemene voorwaarden. In het najaar van 1997 bestond er derhalve reeds feitelijke wilsovereenstemming tussen Secon Groep en haar afnemers over verticale prijsbinding, daar versie 2 tegen de achtergrond van versie 1 en van het advies om niet zonder toestemming van Secon Groep af te prijzen, dient te worden genterpreteerd. De overeenkomsten voor de voorjaarscollectie 1998 worden in de maanden januari tot en met juni 1998 uitgevoerd door levering van de producten door Secon Groep. Op de factuur wordt dan versie 1 van de algemene voorwaarden vermeld. De overeengekomen verticale prijsbinding tussen producent en afnemer wordt in de duidelijke bewoordingen van versie 1 bevestigd, maar dit doet naar het oordeel van de Adviescommissie niets af aan de omstandigheid dat het hier een van voor 1 januari 1998 daterende overeenkomst betreft. De d-g NMa kan dan ook niet gevolgd worden in zijn opvatting dat de verticale prijsbinding die ter zake van de voorjaarscollectie van 1998 naar zijn mening voortvloeide uit versie 1 niet onder het overgangsrecht valt, omdat over het hanteren van verticale prijsbinding immers reeds in het najaar van 1997 overeenstemming tussen Secon Groep en haar afnemers bestond. De levering, de facturering en de daarbij gehanteerde verticale prijsbinding door Secon Groep voor de voorjaarscollectie van 1998 waren derhalve tot 1 april 1998 niet in strijd met het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

82. Vanaf 1 april 1998 dient echter de verticale prijsbinding uit de in 1997 gesloten distributieovereenkomsten wel getoetst te worden aan artikel 6, eerste lid, Mw, omdat vanaf deze datum op (niet ter ontheffing aangemelde) overeenkomsten die gesloten zijn voor 1 januari 1998, artikel 6, eerste lid, Mw van toepassing werd. Hetzelfde geldt voor de verticale prijsbinding uit de overeenkomsten tussen Secon Groep en haar afnemers die vanaf 1 januari 1998 zijn gesloten. Het betreft hier de overeenkomsten voor de najaarscollectie van 1998, die tot stand zijn gekomen nadat de afnemers in de maanden van januari tot en met maart van 1998 orders hebben geplaatst en Secon Groep deze orders vervolgens heeft bevestigd in de maanden maart tot en met juni 1998, alsmede de distributieovereenkomsten voor de voorjaarscollectie van 1999, die tot stand zijn gekomen nadat de afnemers in de maanden van juli tot en met augustus van 1998 orders hebben geplaatst en Secon Groep deze orders vervolgens heeft bevestigd in de maanden september tot en met oktober 1998.

#### b) Doorleveringsverbod als mededingingsbeperking

##### Bestreden Besluit

83. Op gespannen voet met het kartelverbod staat volgens de d-g NMa in het bestreden besluit het verbod uit de versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden, op grond waarvan het de afnemer van de producten van Secon Groep verboden werd zonder schriftelijke toestemming van Secon Groep de producten in andere vestigingen of filialen te verkopen, dan wel aan andere detaillisten of groothandelaren door te verkopen. Op overtreding van deze bepaling stond een boete van 200 procent van het desbetreffende factuurbedrag, onverminderd het recht van de verkoper op vergoeding van zijn schade.

84. Zowel uit artikel 81, eerste lid onder b, EG-verdrag als uit de EG-rechtelijke jurisprudentie volgt dat bepalingen, zoals het doorleveringsverbod, die markten verdelen of de afzet controleren naar hun aard de mededinging beperken, zo

stelde de d-g NMa in het bestreden besluit. Daarnaast had volgens de d-g NMa het doorleveringsverbod als effect dat de markt tussen de afnemers van Secon Groep verdeeld werd en daarom reeds op grond van het op de Wet Economische Mededinging gebaseerde Besluit marktverdelingen onverbindend was.

#### Zienswijze Secon Groep

#### Ratio

85. Secon Groep stelt zich op het standpunt dat de d-g NMa ten onrechte heeft geoordeeld dat een doorleveringsverbod in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw. De ratio van het doorleveringsverbod is die van selectieve distributie en franchising: de producten worden alleen te koop aangeboden in winkels die aan bepaalde kwalitatieve criteria voldoen op het terrein van inrichting, ligging e.d. Een doorleveringsverbod, op grond waarvan een wederverkoper alleen mag doorverkopen en leveren aan eindgebruikers of andere erkende wederverkopers is alleszins gebruikelijk in het kader van selectieve distributie. In het kader van selectieve distributie en franchising is het de leveranciers tevens toegestaan volgens Secon Groep om de erkende wederverkoper te verbieden de contractsproducten door te leveren aan niet toegelaten verkooppunten van deze erkende wederverkoper.

86. Secon Groep betoogt dat haar dochterondernemingen de verkooppunten voor hun producten selecteren op basis van criteria als de aard van het product in kwestie, de distributiestrategie, consumentenprofiel, en marketing. De merken van de producten van deze dochterondernemingen genieten een bijzondere reputatie en hebben een herkenbaar imago, welke gehandhaafd worden door aanzienlijke investering door de Secon Groep.

87. Volgens Secon Groep is het doorleveringsverbod geen bepaling die naar zijn aard de mededinging beperkt. In het EG-mededingingsrecht wordt absolute gebiedsbescherming, het uitsluiten van parallele import (en verticale prijsbinding) als een zogenoemde hard core-restrictie gezien. Dit kan echter niet zonder meer worden overgenomen in het nationale mededingingsrecht, zo stelt Secon Groep, omdat in het EG-mededingingsrecht in tegenstelling tot de Nederlandse Mededingingswet de opheffing van de beperking van het handelsverkeer tussen de lidstaten en van de nadelige gevolgen voor de marktintegratie centraal staat. In het EG-mededingingsrecht wordt bij andere verticale beperkingen dan absolute gebiedsbescherming, het beperken van de parallele import (en verticale prijsbinding), gekeken naar de gevolgen van deze beperkingen voor de mededinging en wordt niet meteen verondersteld dat zij naar hun aard mededingingsbeperkend zijn.

#### De merkbaarheid

88. Zoals in de randnummers 45-48 reeds aan de orde is geweest, heeft Secon Groep bezwaren aangevoerd die verband houden met de merkbaarheid van een mededingingsbeperking.

89. In verband met het doorleveringsverbod heeft Secon Groep nog aan deze bezwaren toegevoegd dat het doorleveringsverbod de mededinging niet merkbaar beperkte, aangezien zij nooit actie heeft ondernomen ter zake van de naleving van dit verbod.

## Overgangsrecht

90. Voorts bestrijdt Secon Groep dat het doorleveringsverbod in strijd was met het Besluit marktverdelingsregelingen, dat gebaseerd was op de Wet Economische Mededinging. Gelet op de tekst van dit besluit en de Nota van Toelichting erop richtte de algemeen verbindend verklaring zich op horizontale marktverdeling tussen concurrenten; daaronder vallen bijvoorbeeld niet selectieve distributieovereenkomsten. Ten onrechte beschouwt de d-g NMa het doorleveringsverbod uit de algemene voorwaarden als een waaierconstructie in de zin van artikel 2 van het Besluit marktverdelingsregeling en acht zij het niet van belang dat dit verbod alleen de belangen van Secon Groep dient. Uit de toelichting bij artikel 2 van dit besluit blijkt immers, zo wordt betoogd in de Nadere schriftelijke toelichting, dat alleen constructies in het leven geroepen door ondernemers aan de onderkant van de waaier onder het besluit vielen. Uit paragraaf 3.1 van de Toelichting blijkt dat het wezen van de marktverdelingsregeling onder de oude Wet Economische Mededinging was het wederzijds respecteren van elkaars positie op de markt. Van een wederzijds respecteren van elkaars positie kan alleen sprake zijn volgens Secon Groep bij ondernemingen aan de onderkant van de waaier.

## Zienswijze d-g NMa

### De ratio

91. De d-g NMa stelt dat formeel juridisch tussen Secon Groep en haar afnemers geen selectieve distributie- of franchiseovereenkomsten bestaan. Er zijn immers geen bijzondere contractuele voorwaarden bekend, waaraan distributeurs binnen het netwerk zouden moeten voldoen en waarin is vastgelegd welke verplichtingen Secon Groep op zich neemt ten behoeve van haar selectieve distributeurs of franchisenemers.

92. Voorts betoogt de d-g NMa dat ook al zouden dergelijke overeenkomsten wel bestaan tussen Secon Groep en haar afnemers, dan nog is een doorleveringsverbod tussen erkende distributeurs mededingingsrechtelijk gezien verboden. Dit geldt zowel voor als na de inwerkingtreding van Verordening 2790/1999 inzake verticale overeenkomsten (reeds aangehaald). Artikel 4, aanhef en onder b en d, van deze verordening die vrijstellingen voor verticale overeenkomsten en onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen van het kartelverbod bevat, zondert uitdrukkelijk een absoluut doorleveringsverbod niet uit van het kartelverbod. In zijn beoordeling van selectieve distributiestelsels hecht de d-g NMa er veel belang aan dat erkende distributeurs wel aan elkaar mogen leveren. Het absolute doorleveringsverbod van Secon Groep gaat echter veel verder: levering door erkende distributeurs aan elkaar is op grond van dit verbod uitgesloten.

93. Tevens is selectieve distributie, zo stelt de d-g NMa, in beginsel alleen toegestaan, wanneer er voldoende intrabrand-(prijs)concurrentie bestaat. Tegen de achtergrond van de door Secon Groep gehanteerde verticale prijsbinding is het niet aannemelijk dat dit het geval is.

94. Van de zijde van de d-g NMa is benadrukt dat het doorleveringsverbod naar zijn aard de mededinging beperkt. Aan de ene kant kan beperking van het aantal afzetkanalen een met het kartelverbod verenigbare strategie zijn van (selectieve) distributie. Aan de andere kant beperkt het absolute doorleveringsverbod de mededingingspositie van de afnemer ten opzichte van

Secon Groep en voorkomt het tevens dat afnemers onderling voordelen kunnen behalen door (onder betere voorwaarden) aan elkaar (door) te leveren en deze efficiencywinst door te berekenen aan de consument.

De merkbaarheid

95. De reactie van de d-g NMa op het verwijt van Secon Groep dat ten onrechte niet op de merkbaarheid van de mededingingsbeperkingen is ingegaan, is in randnummers 58-62 weergegeven. Deze reactie heeft niet alleen betrekking op de afspraken inzake verticale prijsbinding maar ook op die betreffende het doorleveringsverbod.

Overgangsrecht

96. Volgens de d-g NMa kan het doorleveringsverbod van de Secon Groep niet profiteren van het overgangsrecht van artikel 100, eerste lid, Mw. Dit volgt uit de artikelen 1, aanhef onder d, en 2 van het Besluit marktverdelingsregelingen en de Toelichting bij het besluit. Het bestaan van een zogeheten waaiersconstructie kan evenzeer een mededingingsbeperking opleveren. Het betreft een stelsel van bilaterale, verticale althans niet strikt horizontale mededingingsregelingen die tezamen ertoe strekken of ten gevolge hebben dat een marktverdeling tussen eigenaren van ondernemingen met een gelijke of verwante functie in het economisch verkeer tot stand wordt gebracht. Selectieve distributiestelsels vielen volgens de toelichting in beginsel niet onder de reikwijdte van het Besluit; dit was echter wel het geval indien aan een dergelijk stelsel aanvullende bepalingen waren toegevoegd, op grond waarvan een marktverdeling tot stand kwam. Een voorbeeld van een dergelijke aanvullende bepaling is het absolute doorleveringsverbod van Secon Groep. Dit verbod leidt, als gevolg van een waaiereffect, tot marktverdeling (ofwel afzetcontrole) tussen de verschillende afnemers. Alle afnemers van Secon Groep worden beperkt in de keuze van hun afnemers. Zonder toestemming is het immers verboden aan andere vestigingen, dan wel aan andere detaillisten door te verkopen.

97. Secon Groep suggereert, aldus de d-g NMa, ten onrecht dat alleen bij een gemeenschappelijk kartelbureau er sprake kan zijn van verticale overeenkomsten die als gevolg van hun waaiereffect in strijd waren met het verbod van marktverdeling. In de toelichting bij artikel 2 van het Besluit staat uitdrukkelijk dat ook constructies die naar de letter niet onder de onverbindend verklaring van artikel 1 van dit Besluit vielen maar hetzelfde effect hadden als mededingingsregelingen genoemd in dat artikel, ook onverbindend waren. Het effect van het doorleveringsverbod is dat tussen de afzonderlijke ondernemers die producten van Secon Groep betrekken een marktverdeling tot stand komt.

Beoordeling

De ratio

98. Uit de jurisprudentie van het Hof en het Gerecht van Eerste Aanleg alsmede uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat exportverbodclausules naar hun aard een beperking van de mededinging opleveren.[31] Tevens wordt er in het EG-mededingingsrecht vanuit gegaan dat een op papier legitiem selectief distributiestelsel niet misbruikt mag worden om parallelhandel te verhinderen.[32]

99. Naar het oordeel van de Adviescommissie is evenwel deze rechtspraak niet zonder meer toepasbaar in de context van de Nederlandse Mededingingswet. De in de vorige randnummer aangehaalde Europese mededingingspraktijk heeft betrekking op een producent die bij de afzet van zijn producten wil discrimineren tussen de verschillende lidstaten van de EG en die door parallelhandel tussen wederverkopers in die verschillende lidstaten daarin gehinderd wordt. Terecht heeft Secon Groep opgemerkt dat, in de Nederlandse Mededingingswet, in tegenstelling tot het Europese kartelrecht, de instelling van een Europese markt en de opheffing van de tussenstaatse handelsbelemmeringen geen rol spelen. De Adviescommissie volgt daarom de d-g NMa niet in zijn stelling dat het absolute doorleveringsverbod uit de versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden van Secon Groep een zogenoemde hard core-restrictie oplevert.

100. Nagegaan moet evenwel worden of het doorleveringsverbod uit versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden van Secon Groep, hoewel dit verbod geen nadelige gevolgen had voor de Europese marktintegratie en de tussenstaatse handel, een beperking van de mededinging bevat in de zin van artikel 6, eerste lid 1, Mw.

101. De Adviescommissie wijst in dit verband op het EG-mededingingsrechtelijk beleid ten aanzien van verticale beperkingen dat vastgelegd is in Verordening 2790/1999 en de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (beide reeds aangehaald). Op grond van dit beleid rijzen bij verticale beperkingen alleen mededingingsproblemen, indien er onvoldoende interbrand-concurrentie is;[33] de interbrand-concurrentie is onvoldoende wanneer op het niveau van de leverancier, de afnemer of beide een bepaalde mate van marktmacht bestaat;[34] op grond van artikel 3, eerste lid van Verordening 2790/1999 beschikt een leverancier over marktmacht, indien zijn marktaandeel op de relevante markt 30% of meer is. In beginsel worden overeenkomsten tussen leveranciers en afnemers zonder marktmacht geacht geen mededingingsproblemen op te leveren. In geval van onvoldoende interbrand-concurrentie evenwel wordt de bescherming van de intrabrand-concurrentie belangrijk.

102. Secon Groep hanteerde in zijn algemene voorwaarden een absoluut doorleveringsverbod, op grond waarvan zowel levering tussen een door Secon Groep toegelaten detailhandelaar en een niet door Secon Groep toegelaten detailhandelaar was verboden, als levering tussen door Secon Groep toegelaten detailhandelaren onderling ongeoorloofd was. Het absolute doorleveringsverbod uit de algemene voorwaarden bevat beperkingen op de intrabrand-concurrentie.

103. Het doorleveringsverbod had echter geen betrekking op de interbrand-concurrentie. Dit verbod bevatte geen restricties op de concurrentie tussen bijvoorbeeld de spijkerbroeken van Secon Groep en spijkerbroeken van andere producenten. Naar het oordeel van de Adviescommissie strekte het absolute doorleveringsverbod er derhalve niet toe om de mededinging te beperken in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw. Nagegaan dient evenwel te worden of dit verbod tot gevolg had dat de mededinging op de Nederlandse markt werd beperkt. Onderzocht dient derhalve te worden of er sprake was voldoende interbrand-concurrentie tussen de producten van Secon Groep en van andere producenten.

De merkbaarheid

104. Om de interbrand-concurrentie te kunnen beoordelen, moet de relevante markt afgebakend worden, zodat nagegaan kan worden hoe groot de marktmacht van Secon Groep is. Terecht is door Secon Groep gesteld dat onderzocht dient te worden of het absolute doorleveringsverbod merkbaar de mededinging beperkte.

105. In randnummers 92 e.v. van het bestreden besluit heeft de d-g NMa in algemene termen de situatie van de markt(en) waarop Secon Groep opereert, beschreven. De d-g NMa heeft onder meer gesteld dat honderden afnemers geraakt werden door het absolute doorleveringsverbod en opmerkingen gemaakt over de belastende boeteclausule van 200 procent van het factuurbedrag.

106. De Adviescommissie constateert echter dat de d-g NMa niet de relevante markt heeft afgebakend. Uit het bestreden besluit volgt niet hoe groot de marktmacht van Secon Groep is. Ook het dossier bevat geen gegevens hieromtrent.

107. Niet onderbouwd is de stelling van de d-g NMa dat Secon Groep in de marktsegmenten van de duurdere bovenkleding een zekere aanzienlijke positie inneemt en dat in deze marktsegmenten het belang van de intrabrand-concurrentie toeneemt gezien de hoge mate van merkgevoeligheid en de daarmee corresponderende afname van substitueerbaarheid. De d-g NMa heeft niet gemotiveerd aangegeven hoe de relevante markten, waarop Secon Groep actief is, omschreven dienen te worden. Tevens zijn er geen concrete (cijfermatige) gegevens of andere aanwijzingen voorhanden waaruit blijkt dat de consument merkgevoelig is en waaruit volgt dat er slechts een geringe mate van substitueerbaarheid is.

108. Nu de d-g NMa niet heeft aangetoond dat er onvoldoende interbrand-concurrentie is op de markten waarop Secon Groep opereert, is tevens niet bewezen dat het absolute doorleveringsverbod merkbaar de mededinging beperkt. De Adviescommissie komt daarom tot de conclusie dat geen schending van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, Mw is vast te stellen.

#### Het overgangsrecht

109. Aangezien, wat het absolute doorleveringsverbod betreft, geen schending van artikel 6, eerste lid, Mw is vast te stellen, is de vraag naar de toepasselijkheid van het overgangsrecht op dit verbod niet relevant. Echter, voor het geval dat de d-g NMa niet de conclusie van Adviescommissie, zoals die is vastgelegd in het vorige randnummer, deelt, wordt met het oog op de zorgvuldige besluitvorming, desalniettemin ingegaan op het overgangsrecht.

110. Zoals in randnummer 83 is opgemerkt, dateren de overeenkomsten die Secon Groep met haar afnemers voor de voorjaarscollectie van 1998 heeft gesloten uit het najaar van 1997. Op grond van artikel 100, eerste lid, Mw geldt voor de mededingingsbeperkende bepalingen uit deze overeenkomsten tot 1 april 1998 artikel 6, eerste lid, Mw niet, tenzij deze bepalingen reeds verboden waren onder de regime van de Wet Economische Mededinging. Nagegaan moet derhalve worden of het absolute doorleveringsverbod reeds algemeen onverbindend was op grond van het Besluit marktverdelingsregelingen.

111. Op grond van artikel 2 van het toenmalige Besluit



marktverdelingsregelingen vielen ook zogenoemde waaiersconstructies onder de algemeen verbindendverklaring van marktverdelingsregelingen. Volgens paragraaf 5.1 van de toelichting vallen stelsels van overeenkomsten die tezamen een marktverdeling tussen ondernemingen kunnen bewerkstelligen onder artikel 2. Deze bepaling is van toepassing op mededingingsregelingen waarbij slechts aan een partij een verplichting is opgelegd, terwijl door twee of meer overeenkomsten twee of meer partijen ten opzichte van dezelfde wederpartij gebonden zijn. Uit de toelichting bij artikel 2 blijkt dat verticale, althans niet strikt horizontale, overeenkomsten onder de algemeen verbindendverklaring kunnen vallen. Regelingen als selectieve distributie vallen in beginsel echter niet onder artikel 2, tenzij er aanvullende bepalingen in waren opgenomen, bijvoorbeeld met betrekking tot een geografische gebiedsafbakening, die een marktverdeling opleveren.

112. Naar het oordeel van de Adviescommissie was het absolute doorleveringsverbod niet in strijd met het Besluit Marktverdelingsregeling. Zowel artikel 1 als artikel 2 van dit besluit formuleert als eis dat tussen de eigenaren van ondernemingen van gelijke of verwante functie in het economisch verkeer een marktverdeling tot stand komt of in stand wordt gehouden. Naar het oordeel van de Adviescommissie heeft het absolute doorleveringsverbod niet als effect dat de afnemers elkaars positie op de markt respecteren, zoals bedoeld in paragraaf 3.1 van de toelichting bij het Besluit marktverdelingsregelingen. Indien immers Secon Groep bijvoorbeeld aan drie wederverkopers in een (grote) plaats zijn producten levert, kunnen deze drie wederverkopers met elkaar concurreren en dienen zij op geen enkele wijze rekening te houden met de concurrentiepositie van de andere wederverkopers. Het in de toelichting genoemde voorbeeld van een bepaling inzake geografische gebiedsafbakening heeft dit effect wel, daar concurrentie binnen een bepaald gebied tussen verschillende ondernemingen met een gelijke of verwante functie in het economisch verkeer door een dergelijke bepaling uitgesloten of beperkt is. Het doorleveringsverbod op zichzelf belet evenwel niet dat de wederverkopers onderling concurreren. Het doorleveringsverbod uit de algemene voorwaarden van Secon Groep bevat een verticale beperking (van de intrabrand-concurrentie): voorkomen wordt dat Secon Groep concurrentie ondervindt van wederverkopers die de producten van Secon Groep willen doorleveren aan andere wederverkopers. Vaststaat dat Secon Groep geen gelijke of verwante functie in het economisch verkeer heeft als zijn afnemers, zodat het Besluit marktverdelingsregelingen geen toepassing kon vinden op het in het geding zijnde doorleveringsverbod.

113. Naar het oordeel van de Adviescommissie viel het doorleveringsverbod onder artikel 100, eerste lid, Mw. Zoals reeds in randnummers 82-84 is opgemerkt, konden de in najaar 1997 aangegaan overeenkomsten tussen Secon Groep en zijn afnemers voor de voorjaarscollectie van 1998 op grond van deze bepaling tot 1 april 1998 niet getroffen worden door het kartelverbod.

#### 4.3 Toerekening

114. Secon Groep stelt dat de d-g NMa ten onrechte het hanteren van het doorleveringsverbod en van de adviesprijzen door dochtervennootschappen van Secon Groep heeft toegerekend aan Secon Groep zelf. Betoogd wordt dat in het EG-mededingingsrecht voor toerekening tenminste moet vaststaan dat de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar markgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt. In het Nederlandse vennootschapsrecht bestaat voorts een afkeer van vereenzelviging van moeder- en dochtervennootschappen. Van groot belang is

dat in de praktijk de dochterondernemingen van Secon Groep zelfstandig hun marktgedrag bepalen en daarbij geen instructies krijgen van de moedermaatschappij, aangezien de dochtermaatschappijen verschillende soorten kleding op de markt brengen met een daarbij behorend prijs- en marketingbeleid.

115. Van de zijde van de d-g NMa is betoogd dat voor de vraag of het gedrag van de dochtermaatschappijen aan Secon Groep kan worden toegerekend, niet de civielrechtelijke invalshoek doorslaggevend is. Er bestaat derhalve geen noodzaak om op de kwestie van de vereenzelviging in te gaan. De d-g NMa ontkent overigens Secon Groep met haar dochtervennootschappen te hebben vereenzelvigd, aangezien Secon Groep tezamen met een of meer van haar dochterondernemingen is aangemerkt als eenheid die de overtredingen heeft begaan en op deze wijze aansprakelijk wordt gehouden voor haar eigen gedrag. Voorts wijst de d-g NMa erop dat Secon Groep met hem in contact is getreden teneinde de modaliteiten voor de uitvoering van de last onder dwangsom te bespreken en Secon Groep aan haar dochters uitgelegd heeft welke consequenties het bestreden besluit heeft. Hiermee is feitelijk de stelling van Secon weerlegd dat zij geen beslissende zeggenschap heeft over haar dochtervennootschappen en dat deze dochtervennootschappen grotendeels zelf het commercieel beleid bepalen. De d-g NMa wijst in dit verband er ook op dat Secon Groep heeft aangegeven dat haar dochtermaatschappijen niet konden nagaan welke versies van de algemene voorwaarden stonden afgedrukt op de orderbevestigingen en facturen.

#### Beoordeling

116. Terecht is namens de d-g NMa opgemerkt dat voor de vraag aan wie de overtreding kan worden toegerekend niet het civiele recht maar de Mededingingswet doorslaggevend is. Of er naar maatstaven van burgerlijk recht al dan niet terecht sprake is van vereenzelviging in het bestreden besluit, kan derhalve in het midden blijven.

117. In de Toelichting bij het voorstel voor de Mededingingswet stelde de Minister van Economische Zaken in het kader van de vraag van de toerekening dat een boete alleen opgelegd kan worden aan een natuurlijke persoon of rechtspersoon; vervolgens verwees de Minister voor overtredingen begaan door ondernemingen binnen een concern naar de boetepraktijk van de Commissie.[35] Naar aanleiding van deze boetepraktijk constateerde de Minister van Economische Zaken dat veelal ingeval van een groot industrieel concern de boetebesikking wordt gericht aan de houdstermaatschappij vanwege de algemene verantwoordelijkheid die zon maatschappij pleegt te hebben voor het reilen en zeilen van een concern. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen voor de beantwoording van de vraag aan wie de overtredingen moeten worden toegerekend, argumenten ontleend worden aan het EG-mededingingsrecht.

118. Uit vaste rechtspraak van het Hof blijkt dat de omstandigheid dat een dochtermaatschappij juridisch formeel eigen verantwoordelijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten haar gedrag toe te rekenen aan de moedermaatschappij, met name wanneer de dochtermaatschappij niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt.[36] In zijn arrest in de zaak Stora[37] stelde het Hof dat, wanneer een moedermaatschappij 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij bezit, ervan uitgegaan mag worden dat de moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed had op het

gedrag van haar dochter, vooral wanneer de moedermaatschappij zich als enige onderhandelingspartner heeft opgesteld tegenover de Commissie ten aanzien van de in het geding zijnde inbreuken. Onder deze omstandigheden moet de moedermaatschappij een dergelijk vermoeden met voldoende bewijzen weerleggen.

119. Onweersproken is dat Secon Groep als moedermaatschappij op grond van de verhoudingen binnen het concern ten aanzien van haar dochterondernemingen over beslissende zeggenschap kan beschikken. Door Secon Groep is evenwel naar voren gebracht dat haar dochterondernemingen in de praktijk zelfstandig hun marktgedrag zonder instructies van de moedermaatschappij bepalen. Naar het oordeel van de Adviescommissie vindt deze stelling onvoldoende weerslag in de feiten. Allereerst is onweersproken door de d-g NMa naar voren gebracht dat hij in de onderhandelingen in het kader van de (vermeende) overtredingen van de Mededingingswet steeds contact heeft gehad met de moedermaatschappij, Secon Groep. Uit deze omstandigheid kan, gelijk het Hof ook deed in zijn arrest in de zaak Stora, worden afgeleid dat de moedermaatschappij in de praktijk een beslissende invloed heeft gehad op het met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige gedrag van haar dochtermaatschappijen, te meer nu, zoals Secon Groep zelf heeft aangegeven, zij zelf de algemene voorwaarden opstelde en haar dochtermaatschappijen niet konden nagaan welke versies van de algemene voorwaarden stonden afgedrukt op de orderbevestigingen en facturen. De enkele opmerking van Secon Groep dat dochterondernemingen allemaal verschillende soorten kleding op de markt brengen met een individueel prijs- en marketingbeleid, leidt niet tot een ander oordeel. Deze opmerking geeft immers geen antwoord op de vraag of de dochterondernemingen zelfstandig besloten hebben een bepaalde type kleding op de markt te brengen en daarbij een bepaald prijs- en marketingbeleid te hanteren of dat zulks gebeurd is op instigatie van de moedermaatschappij.

120. Op grond van het bovenstaande komt de Adviescommissie tot het oordeel dat de d-g NMa terecht de met artikel 6, eerste lid, Mw strijdige gedragingen van de dochtermaatschappijen heeft toegerekend aan Secon Groep.

#### 4.4 Verwijtbaarheid

121. Door Secon Groep is aangevoerd dat het door elkaar gebruiken van verschillende versies van de algemene voorwaarden begin 1998 vanwege automatiseringsproblemen niet verwijtbaar is in de zin van artikel 56, derde lid, Mw. De orderbevestigingen en facturen worden door een aparte vennootschap binnen de holding opgemaakt en verzonden. Aan de andere ondernemingen binnen de holding was het aanvankelijk niet bekend dat deze vennootschap administratieve fouten maakte. Toen dit aan het daglicht kwam door het onderzoek van de NMa is er adequaat gereageerd met de circulaire van 30 oktober 1998 gericht aan de afnemers.

122. De d-g NMa wijst erop dat volgens de toelichting bij het voorstel voor de Mededingingswet het nauwelijks voorstelbaar is dat er sprake is van niet-verwijtbaarheid. De d-g NMa stelt zich op het standpunt dat automatiseringsproblemen onderdeel zijn van de reguliere interne bedrijfsvoering en de daarbij behorende risico's voor rekening komen van Secon Groep. Voorts wordt van de zijde van NMa betoogd dat het gebruik van versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden geen verband hield met automatiseringsproblemen en deze versies ook concurrentiebeperkende

bepalingen bevatten.

#### Beoordeling

123. De Adviescommissie wijst erop dat het bezwaar van Secon Groep van het ontbreken van de verwijtbaarheid dat samenhangt met het door elkaar halen van de verschillende versies van de algemene voorwaarden vanwege automatiseringsproblemen, alleen betrekking kan hebben op het afdrucken van versie 1 op de facturen in het voorjaar van 1998. Van de zijde van Secon Groep is immers betoogd dat versie 1 vervangen is door versie 2 (en later door versie 3) met het oog op de inwerkingtreding van de Mededingingswet en het niet de bedoeling zou zijn geweest om versie 1 af te drukken op in 1998 verzonden facturen.

124. Naar het oordeel van de Adviescommissie kan in het midden blijven of het afdrucken van versie 1 op de facturen van Secon Groep in 1998 verwijtbaar is in de zin van artikel 56, derde lid, Mw. Zoals immers in randnummers 64-81 is aangegeven, vormen de bepalingen inzake de adviesprijzen van versie 2 van de algemene voorwaarden een inbreuk op artikel 6, eerste lid, Mw en wordt deze conclusie mede gebaseerd op het onmiskenbaar stelsel van verticale prijsbinding van versie 1 van de algemene voorwaarden dat tussen 1992 en 1997 door Secon Groep werd gehanteerd. Nu de algemene voorwaarden van versie 2 dezelfde mededingingsbeperkingen bevatten als die van versie 1 en het uitdrukkelijk de bedoeling van Secon Groep is geweest om versie 2 van de algemene voorwaarden te hanteren, moet zelfs als het betoog van Secon Groep dat de automatiseringsproblemen haar niet tegengeworpen kunnen worden, juist is Secon Groep verweten worden in 1998 met zijn afnemers afspraken over verticale prijsbinding te hebben gemaakt. Van een niet verwijtbare vergissing kan dan ook naar het oordeel van de Adviescommissie geen sprake zijn.

#### 4.5 De hoogte van de boete

125. Secon Groep voert aan dat de hoogte van de door de d-g NMa opgelegde boete onevenredig is en niet anders verklaard kan worden dan als een ongepaste demonstratie van besluitvaardigheid. Evenals bij de kwestie van de merkbaarheid betoogt Secon Groep dat de d-g NMa bij de bepaling van de hoogte van de boete te weinig rekening gehouden heeft met de recente ontwikkelingen op het terrein van het EG-mededingingsrecht en de daarin centraal staande aandacht voor de economische realiteit.

126. Volgens Secon Groep geven de volgende argumenten aanleiding tot verlaging van de boete.

- De inbreuk is niet opzettelijk gepleegd, (deels) vanwege automatiseringsproblemen
- De mededingingsbepalende bepalingen uit de algemene voorwaarden waren op 1 januari 1998 rechtsgeldig en konden tot 1 april worden aangemeld.
- Secon Groep besloot nog voor 1 januari 1998 deze bepalingen te wijzigen met het oog op de inwerkingtreding van de Mededingingswet en heeft deze verder aangepast, toen de bezwaren van de d-g NMa bleken en de automatiseringsproblemen zich openbaarden.
- De clausules hebben geen merkbaar gevolg gehad.
- De (vermeende) inbreuken zijn van zeer korte duur geweest zonder aanwezigheid van verzwarende omstandigheden.
- De desbetreffende bepalingen zijn geen ernstige inbreuken.

127. Voorts betoogt Secon Groep dat boetes die de Commissie oplegt ter zake van overtredingen van het EG-mededingingsrecht aanzienlijk lager zijn. Van belang voor het boetebeleid van de Commissie zijn de ernst van de inbreuk en de opzet van de overtreder. De Commissie maakt bij de bepaling van de hoogte van de boete onderscheid tussen opzet en onachtzaamheid. Ook de duur van de overtreding is van belang.

128. Boeteverlagende elementen in de beschikkingenpraktijk van de Commissie zijn de medewerking van de betrokken onderneming aan het onderzoek, de bereidheid om snel een einde te maken aan de inbreuk en de omstandigheid dat de inbreukmakende overeenkomst nooit is afgedwongen door de onderneming in kwestie. Tevens is het effect van de overeenkomst in kwestie op de markt relevant. In dit verband betoogt Secon Groep dat zij volledig heeft meegewerkt en dat zij opereert op een markt met een sterke concurrentiele structuur.

129. Voorts wijst Secon Groep erop dat de Commissie in de zaak Fenex<sup>[38]</sup> ter zake van een hard core-restrictie (een horizontale prijsafspraken) die ruim 20 jaar had bestaan een symbolische boete oplegde, aangezien Fenex, nadat de Commissie een ambtshalve onderzoek had gestart, vrijwillig een einde maakte aan de overtreding. Tevens acht Secon Groep een persbericht van de Commissie van 15 september 2000 van belang over de zaak Triumph,<sup>[39]</sup> die, ondanks de aanwezigheid van een van de ernstigste mededingingsbeperkingen, een exportverbod, zonder oplegging van een boete werd afgedaan, omdat deze beperking slechts een geringe periode van kracht was geweest en Triumph alle passende maatregelen ter beëindiging van de overtreding had genomen.

130. Hiertegenover stelt de d-g NMa het volgende. De d-g NMa heeft, binnen de grenzen van de hem toekomende (wettelijke) discretionaire bevoegdheid, in casu een boete van 500.000 gulden passend geacht.

131. Wat de ernst van de overtreding betreft, merkt de d-g NMa op dat Secon Groep de inbreukmakende clausules van de algemene voorwaarden wel degelijk heeft toegepast. Secon Groep hanteerde immers het doorleveringsverbod om het aantal verkooppunten beperkt te houden, terwijl op overtreding ervan een boete stond ter hoogte van 200% van het factuurbedrag. Voorts blijkt uit de bij de d-g NMa ingediende klacht van Chilly en Basilicum dat Secon Groep/G-Star niet meer bereid waren orders te accepteren, indien de betrokken afnemer het doorleveringsverbod niet meer wilde naleven. Bovendien zijn de gevolgen van de fouten in het administratieve systeem voor rekening en risico van de betreffende onderneming.

132. Ter motivering van de hoogte van de boete is voorts namens de d-g NMa opgemerkt dat er veel waarde aan wordt gehecht om ernstige mededingingsbeperkende afspraken als verticale prijsbinding en het doorleveringsverbod zo veel mogelijk te voorkomen.

133. De d-g NMa betoogt dat hij wel degelijk rekening gehouden heeft met het feit dat de algemene voorwaarden inmiddels zijn aangepast, zo blijkt uit randnummer 147 van het bestreden besluit. Een verdere matiging is niet op zijn plaats, aangezien de aangepaste voorwaarden (versie 2) nog steeds mededingingsbeperkingen bevatten.

134. De gedragingen en overeenkomsten zijn als een complex van meerdere feiten gekwalificeerd waarvoor aan Secon Groep als beleidsbepalende moederonderneming een boete is opgelegd zonder onderscheid naar de onderscheiden bijdragen van de diverse dochterondernemingen.

135. Ten aanzien van de duur verweert de d-g NMa zich door te stellen dat het doorleveringsverbod reeds krachtens de Wet Economische Mededinging was verboden. Artikel 100, eerste lid, Mw kan derhalve niet van toepassing zijn op het doorleveringsverbod. Voorts verwijst de d-g NMa naar de in randnummer 63 aangehaalde opvatting dat de verticale prijsbinding die voor de voorjaarscollectie van 1998 voortvloeide uit versie 1 van de algemene voorwaarden, geen overeenkomst is in de zin van artikel 100, eerste lid, Mw.

#### Beoordeling

136. Artikel 56, eerste lid, Mw luidt als volgt.

Ingeval van overtreding van artikel 6, eerste lid, of van artikel 24, eerste lid, kan de directeur-generaal de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend:

- a. een boete opleggen;
- b. een last onder dwangsom opleggen.

137. In de onderhavige zaak is zowel een boete als een last onder dwangsom opgelegd. In de onderhavige zaak zijn alleen bezwaren ingediend tegen de boete en niet tegen de last onder dwangsom.

138. De hoogte van de op grond van deze bepaling op te leggen boete bedraagt maximaal 1 miljoen, of indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming, zo blijkt uit artikel 57, eerste lid, Mw. Bij de vaststelling van de uiteindelijke hoogte van de boete in het concrete geval moet de d-g NMa, zo bepaalt artikel 57, tweede lid Mw, in ieder geval rekening houden met de ernst en de duur van de overtreding. Daarnaast blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet dat mogelijke recidive, bereidheid van de betrokken ondernemingen om mee te werken aan het beïndigen van de overtreding en behaald voordeel eveneens relevante criteria kunnen zijn voor het bepalen van de hoogte van een op te leggen boete in een concreet geval.[40] Bij de vaststelling van de hoogte van de op te leggen boete beschikt de d-g NMa derhalve over een ruime discretionaire bevoegdheid.

139. In de onderhavige zaak heeft de d-g NMa wat de ernst van de inbreuk betreft een verzwarend element en twee verlichtende elementen onderscheiden.

140. Als verzwarend element geldt dat de overtredingen als niet gering worden beschouwd. De Adviescommissie deelt deze opvatting met de d-g NMa wat de afspraken inzake verticale prijsbinding betreft. Zoals immers in de randnummers 74-79 reeds gesteld is, moet verticale prijsbinding als een hard core-restrictie worden beschouwd.

141. Zoals echter in randnummers 100-110 reeds naar voren kwam, kan naar het oordeel van de Adviescommissie niet worden vastgesteld dat de afspraken inzake het absolute doorleveringsverbod in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, Mw. Deze afspraken zijn niet als overtreding van het kartelverbod te beschouwen en kunnen derhalve niet worden meegewogen in de hoogte van

de boete.

142. De volgende overwegingen gelden voor de d-g NMa in het bestreden besluit als verlichtend elementen. De economische schade viel mee, omdat de mededingingsbeperkingen zich voordeden op bepaalde segmenten van de markt. Aangezien de overtredingen liepen van 1 januari 1998 tot in ieder geval 16 juni 1998, wordt de duur van deze overtredingen als kort beschouwd. Niet is betwist dat deze elementen terecht als verlichtend zijn gekwalificeerd.

143. Voorts heeft de d-g NMa er rekening mee gehouden dat Secon Groep zijn beleid met betrekking tot het doorleveringsverbod en de verticale prijsbinding heeft aangepast. Aan Secon Groep wordt echter verweten dat zij de verticale prijsbinding van versie 1 in de vorm van minimumadviesprijzen heeft vervangen door de verticale prijsbinding van de versies 2 en 3 in de vorm van adviesprijzen met voorafgaande controle. Naar het oordeel van de Adviescommissie is dit verwijt terecht omdat, zo bleek reeds uit randnummers 66-71, de adviesprijzen van versies 2 en 3 van de algemene voorwaarden mede in het licht van versie 1 van de algemene voorwaarden als verticale prijsbinding moeten worden beschouwd.

144. De Adviescommissie vat de namens de d-g NMa gedane opmerking dat ernstige overtredingen van het kartelverbod zoveel mogelijk moet worden voorkomen, als volgt op. Door de oplegging van de boete is gestreefd naar een afschrikwekkend effect en daarmee naar generale preventie.

145. Hoewel door middel van een boetebeleid generale preventie mag worden nagestreefd, mag hierbij het proportionaliteitsvereiste niet uit het oog worden verloren. Op grond van de volgende overwegingen komt de Adviescommissie tot de conclusie dat dit beginsel in de onderhavige zaak is geschonden.

146. De Adviescommissie acht bij de bepaling van de hoogte van de boete in de onderhavige zaak van belang dat volgens de d-g NMa zelf de door Secon Groep begane overtredingen niet geleid hebben tot grote economische schade. De Adviescommissie heeft niet kunnen vaststellen dat dit anders zou zijn. Het belang van de mededinging is blijkbaar door Secon Groep niet in ernstige mate geschaad. Daarbij neemt de Adviescommissie in aanmerking dat de duur van de overtredingen van Secon Groep kort was.

147. Naar het oordeel van de Adviescommissie kunnen derhalve de volgende twee elementen een hoge boete van 500.000 niet rechtvaardigen:

1 De afspraken inzake het absolute doorleveringsverbod zijn niet in strijd met het kartelverbod.

2 De economische schade van de overtredingen viel mee en de duur van de overtreding was kort.

148. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient derhalve de boete verlaagd te worden met 250.000, - omdat de afspraken inzake het absolute doorleveringsverbod niet in strijd waren met artikel 6, eerste lid, Mw. Hierbij gaat de Adviescommissie ervan uit dat de helft van de boete uit het bestreden besluit verband houdt met het absolute doorleveringsverbod en de andere helft met de verticale prijsbinding.

149. De boete dient voorts verlaagd te worden, aangezien de duur van de overtredingen volgens de Adviescommissie korter was, dan de duur waarvan in het bestreden besluit wordt uitgegaan. De Adviescommissie heeft immers

over de toepasselijkheid van het overgangsrecht een ander oordeel dan de d-g NMa. In randnummers 82-84 is overwogen dat de verticale prijsbinding die gehanteerd werd voor overeenkomsten voor de voorjaarscollectie van 1998 gedurende de maanden januari 1998 tot en met maart 1998 op grond van artikel 100, eerste lid, Mw niet in strijd waren met artikel 6, eerste lid, Mw. Bij de bepaling van de hoogte van de boete kunnen naar het oordeel van de Adviescommissie alleen de volgende drie overwegingen een rol spelen: 1) wat de verticale prijsbinding uit de overeenkomsten voor de voorjaarscollectie van 1998 betreft heeft Secon Groep gedurende april 1998 tot en met juni 1998 in strijd met het kartelverbod gehandeld, 2) door bepalingen inzake verticale prijsbinding in de overeenkomsten voor de najaarscollectie 1998 (die tussen maart 1998 en juni 1998 tot stand kwamen) op te nemen heeft Secon Groep het kartelverbod geschonden, 3) door bepalingen inzake verticale prijsbinding in de overeenkomsten voor de voorjaarscollectie 1999 (die tussen september en oktober 1998 tot stand kwamen) op te nemen heeft Secon Groep het kartelverbod geschonden. Ten onrecht heeft de d-g NMa bij de bepaling van de hoogte van de boete rekening gehouden met een vierde overweging: de verticale prijsbinding uit de overeenkomsten voor de voorjaarscollectie 1998 waren reeds gedurende de maanden januari, februari en maart van 1998 in strijd met het kartelverbod. Naar het oordeel van de Adviescommissie dient derhalve de boete verlaagd te worden met 62.500,- (een vierde van 250.000,-).

150. De boete dient daarnaast nog een keer verlaagd te worden met 50.000,-, omdat de overtredingen geringe economische schade te weeg hebben gebracht en niet lang geduurd hebben. De hoogte van de boete uit het bestreden besluit is niet proportioneel naar het oordeel van de Adviescommissie

151. In totaal dient de boete naar het oordeel van de Commissie met 362.500,- verlaagd te worden.

## 5 CONCLUSIE

152. De adviescommissie komt tot de volgende conclusies.

1. De overeenkomsten die Secon Groep met haar afnemers heeft gesloten voor de voorjaarscollectie van 1998 waren tot 1 april 1998 niet in strijd met het kartelverbod. De tussen april 1998 en juni 1998 ter zake van deze overeenkomsten gehanteerde bepalingen inzake de (minimum)adviesprijzen zijn wel in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. De bepalingen uit deze overeenkomsten inzake het absolute doorleveringsverbod zijn niet in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

2. De bepalingen inzake de adviesprijzen uit de distributieovereenkomsten voor de najaarscollectie van 1998 alsmede de bepalingen inzake de adviesprijzen uit de distributieovereenkomsten voor de voorjaarscollectie van 1999 zijn in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw. De bepalingen inzake het absolute doorleveringsverbod uit de distributieovereenkomsten voor de najaarscollectie van 1998 zijn niet in strijd met artikel 6, eerste lid, Mw.

3. De hoogte van de boete dient verlaagd te worden met 362.500,-.



## 6 ADVIES

153. Het advies van de Adviescommissie luidt als volgt.

1. Het bezwaar van Secon Groep dient, voorzover het betrekking heeft op de toepassing van artikel 6, eerste lid, Mw op het absolute doorleveringsverbod uit de versies 1 en 2 van de algemene voorwaarden, op de toepassing van artikel 100, eerste lid, Mw en op de hoogte van de boete gegrond verklaard te worden. De boete dient daarom met 362.500,- verlaagd te worden.

2. Het bezwaar van Secon Groep dient voor het overige ongegrond verklaard te worden.

Den Haag, 10 juli 2001

w.g. Prof.mr. L. Timmerman

Voorzitter Subcommissie voor zaak 757 van de Adviescommissie  
bezwaarschriften Mededingingswet

w.g. mr. J.W. van de Gronden

Secretaris Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet

-----  
[1] Verordening 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, Pb. 1962, L13/204.

[2] Zaak 277/87, Sandoz t. Commissie, Jur. 1990, I-45.

[3] Zaak T-175/95, BASF Coatings AG t. Commissie, 19 mei 1999, nog niet gepubliceerd.

[4] Zaak T-41/96, Bayer tegen Commissie, 26 oktober 2000, n.n.g.

[5] Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 1999 L336/21.

[6] Pb. 2000 C291/1.

[7] Pb. 1997 C372/13.

[8] Gevoegde zaken T-373, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, European Night Services. Jur. 1998, p. II-3141.

- [9] Niet is betwist dat tussen Secon Groep en haar afnemers een doorleveringsverbod heeft gegolden, aangezien een dergelijk verbod in dezelfde bewoordingen voorkwam in zowel versie 1 als versie 2 van de algemene voorwaarden.
- [10] Versie 3 is tot en met 11 oktober 1998 aangetroffen op de orderformulieren van G-Star.
- [11] Kamerstuk II 1995-1996, nr. 3, p. 10.
- [12] Zaak 161/84, Pronuptia, Jur. 1986, p. 353.
- [13] Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 1999 L336/21.
- [14] Pb. 2000 C291/1.
- [15] Pb. 1998, L45/34.
- [16] Zaak 86/82, Hasselblad, Jur. 1984, p. 883.
- [17] Zie bijvoorbeeld de reeds aangehaalde zaak Sandoz en gevoegde zaken 209/78 tot 215/78 en 218/78, Van Landewyck, Jur. 1980, p. 3125. Zie ook W. van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau en J. Stuyck, Kartelrecht II, Zwolle, 1997, p. 127 e.v.
- [18] Zie rechtsoverwegingen 161 en 162 van het arrest Bayer.
- [19] Zie zaak C-49/92P, Anic, Jur. 1999, p. I-4125.
- [20] Zie zaak C-234/89, Delimitis, Jur. 1991, p. I-935.
- [21] Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jur. 1966, p. 449; zaak C-277/87, Sandoz prodotti farmaceutici, Jur. 1990, p. I-45; rechtsoverwegingen 12 t/m 15 van zaak C-219/95P, Ferriere Nord, Jur. 1997, p. I-4411 en rechtsoverweging 99 van zaak C-49/92P, Anic Partecipazioni, Jur. 1999, p. I-4125.
- [22] Zie bijvoorbeeld zaak 56/65, Technique Minire, Jur. 1966, p. 337.
- [23] Zie hierover bijvoorbeeld L. Ritter, W.D. Braun en F. Rawlinson, EC Competition Law. A Practitioners Guide, Den Haag, 2000, tweede druk, p. 93 en J.K. de Pree, Het merkbaarheidsbegrip, Nederlands Tijdschrift voor Europees recht 1999, p. 308.
- [24] Zie rechtsoverweging 136 van het arrest European Night Services (reeds aangehaald).
- [25] Zie bijvoorbeeld gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Fedetab, Jur. 1980, p. 3125; zaak 107/82, AEG, Jur. 1983, 3151 en beschikking van de Commissie van 22 december 1976, Gero-Fabriek, Pb. 1977 L16/8. Zie ook L. Ritter, W.D. Braun en F. Rawlinson, a.w., p. 309 e.v.

[26] Zaak 243/83, Binon, Jur. 1985, p. 2015.

[27] Zie in dit verband ook zaak 19/77, Miller, Jur. 1978, p. 131; zaak 27/87, Erauw-Jacquery, Jur. 1988, p. 1919 en zaak T-77/92, Parker Pen, Jur. 1994, p. II-549. Zie voorts Faull&Nikpay, The EC Law of Competition, Oxford, 1999, p. 448-463.

[28] Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. 1999 L336/21.

[29] Op grond van de artikelen 9e tot en met 9g van de Wet Economische Mededinging was collectieve verticale prijsbinding wel verboden.

[30] Stb. 1991, 713.

[31] Zie bijvoorbeeld zaak 19/77, Miller, Jur. 1978, p. 131; gevoegde zaken C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-166/85, C-117/85, C-125/85 t/m C-129/85, Ahlstroem Osakeyhtioe, Jur. 1993, p. I-1307 en zaak T-66/92, Herlitz, Jur. 1994, p. II-531.

[32] Zie gevoegde zaken 25 en 26/84, Ford, Jur. 1985, p. 2725 en zaak 86/82, Hasselblad, Jur. 1984, p. 883.

[33] Dit is echter anders bij hard core-restricties, zoals verticale prijsbinding. Overeenkomsten tussen leveranciers en afnemers zonder marktmacht, waarin dergelijke restricties zijn opgenomen, worden wel geacht mededingingsproblemen op te leveren. Hierboven is echter reeds aangegeven dat een absoluut doorleveringsverbod in de context van de Nederlandse Mededingingswet niet aan te merken is als een hard core-restrictie.

[34] Zie bijvoorbeeld randnummers 6 en 119 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen.

[35] Zie Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 86 en 87.

[36] Zie bijvoorbeeld zaak 48/69, ICI, Jur. 1972, p. 619 en zaak 6/72, Continental Can, Jur. 1973, p. 215.

[37] Zaak C-286/98 P, Stora, 16 november 2000, n.n.g.

[38] Beschikking van de Commissie in de zaak Fenex, Pb. 1996 L181/28.

[39] IP/00/1014.

[40] Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88.

-----  
[J.W.1]

*Aan de inhoud van deze pagina's kunt u geen rechten ontlenen.*