

Artikel

Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2013

Mr. Bas Braeken*

Inleiding

Deze kroniek behandelt de belangrijkste uitspraken van Nederlandse civiele rechters in 2013 waarin het Nederlands en/of Europees mededingingsrecht aan de orde kwam. Deze kroniek beperkt zich tot een bespreking van de meest spraakmakende zaken van het afgelopen jaar,¹ waarbij zowel *standalone* mededingingsrechtelijke procedures als *follow-on* procedures zullen worden behandeld. Bij de opzet van deze kroniek is gekozen om de uitspraken op basis van thematische gelijkenissen (in plaats van chronologische volgorde) zo veel mogelijk gezamenlijk te bespreken.

Onbekend maakt onbemind. Deze kroniek illustreert dat civiele rechters nog steeds regelmatig worstelen met de uitleg en toepassing van mededingingsrechtelijke begrippen. In sommige gevallen leidt dit tot opmerkelijke en niet zelden zelfs onbevredigende resultaten. Mededingingsrecht en civiele (*standalone*) procedures vormen dan ook lang niet altijd een gelukkige combinatie. Ook advocaten kunnen zich dit overigens aanreke-

nen. Meer dan ooit maakt deze kroniek duidelijk dat de bulk van de op het mededingingsrecht gestoelde vorderingen wordt afgewezen omdat door de eisende partij onvoldoende feitelijke en economische context was gegeven waarbinnen het gewraakte gedrag moest worden geduid. Geheel los hiervan geldt overigens ook dat het mededingingsrecht er af en toe ook met de haren wordt bijgeslept.

Exclusieve afnameverplichtingen

In 2013 is in meerdere civiele zaken geprocedeerd over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van exclusieve afnameverplichtingen, en in het bijzonder over de geldigheid van dergelijke afspraken. De hierover gewezen uitspraken maken alle duidelijk dat eisers die zich beroepen op de nietigheid van exclusieve afnameverplichtingen hun vorderingen deugdelijk moeten onderbouwen, met adequate gegevens over marktafbakening en de positie van partijen op de relevante markt.² De meeste eisers slagen daar niet in. Hun vorderingen zijn doorgaans onvoldoende voorzien van een feitelijke en economische context waarin de beweerde beperking van de mededinging moet worden geduid. Ook wordt veelal te weinig informatie gegeven over de positie van marktpartijen. Daar staat tegenover dat de civiele rechter de lat vaak hoog legt. In één enkele zaak is er zelfs een verzwaarde stelplicht voor de eisende partij aangenomen. Uit de hierna te bespreken zaken blijkt voorts dat bij exclusieve afnameverplichtingen de civiele rechter een

47

* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat bij Maverick Advocaten N.V. De auteur is Michael Loomeyer, Renske Sinke, Mariëtte Hiemstra en Marlies Koppenol (allen paralegal bij Maverick Advocaten N.V.) erkentelijk voor hun voorbereidend werk ten behoeve van deze kroniek. De auteur is bij een enkele in deze kroniek genoemde zaak betrokken of betrokken geweest.

1. In de voorgaande kroniek over 2012 zijn twee zaken besproken waarin nog *nét* in 2013 een uitspraak was geweest. Naast de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in de zaak *TenneT/ABB e.a.* betreft het de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 6 februari 2013 in de zaak *KIA Motors Nederland B.V./dealers*. Op deze laatste zaak zal in deze kroniek niet worden ingegaan. Het vervolg op de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in *TenneT/ABB e.a.* zal hierna wel aan bod komen.

2. Vgl. hierover ook S. Tuinenga en J.S. Kortmann, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2012', *M&M* 2013/5, p. 53-54. Tuinenga en Kortmann bespreken in dit kader onder meer HR 21 december 2012, *NJB* 2013, 143, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*ANVR c.s./IATA-NL*).

onderscheid maakt tussen enerzijds situaties waarin uitsluitend exclusieve afnamebedingen in verticale overeenkomsten centraal staan en anderzijds situaties waarin daarenboven ook nog een horizontale relatie aanwezig is. Indien partijen op een aanverwante markt met elkaar concurreren is de kans op nietigheid van het exclusieve afnamebeding logischerwijs groter.

Top 1 Toys/Vedes

De zaak *Top 1 Toys/Vedes*³ betrof een geschil tussen de Duitse speelgoedhandelaar Vedes en de Nederlandse speelgoedgroothandelaar Otto Simon – tevens exploitant van de franchiseformule Top 1 Toys. Vedes klaagde bij de civiele rechter dat Otto Simon in de overeenkomsten die hij had gesloten met bij hem aangesloten winkeliers niet-concurrentiebedingen had opgenomen. Als gevolg van deze niet-concurrentiebedingen konden de bij Otto Simon aangesloten speelgoedwinkels geen speelgoed meer inkopen bij Vedes. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat deze bedingen niet onder het toepassingsbereik van de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten⁴ vielen aangezien (1) de winkeliers door het afnamebeding meer dan 80 procent van hun totale inkopen bij Otto Simon of een door Otto Simon aangewezen onderneming moesten betrekken en (2) het afnamebeding de duur van vijf jaar overschreed. Verder overwoog het gerechtshof dat (ook) verticale beperkingen ertoe kunnen strekken de mededinging te beperken.⁵ Toch leidde deze vaststelling niet tot de conclusie dat het afnamebeding in strijd was met het mededingingsrecht. Onder verwijzing naar het in voetnoot 2 reeds genoemde arrest van de Hoge Raad inzake *ANVR c.s./IATA-NL* oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat Vedes onvoldoende heeft gesteld

‘omtrent de economische en juridische context in verband met de aard van de betrokken goederen en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt om de conclusie te kunnen voeren dat hier sprake was van een beding dat naar zijn strekking de mededinging beperkt.’⁶

Het gerechtshof overwoog voorts dat Vedes

‘onvoldoende inzicht [heeft] gegeven in de voor de beoordeling essentiële feiten en omstandigheden, zoals een zorgvuldige marktafbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante

markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken.’⁷

In het licht hiervan concludeerde het gerechtshof dat de Rechtbank Almelo de vorderingen van Vedes terecht had afgewezen.

FC Twente/Grolsch

Datzelfde lot was ook de voetbalclub FC Twente beschoren. Zij beriep zich in een kort geding bij de Rechtbank Overijssel op de nietigheid van een exclusief afnamebeding dat zij met bierproducent Grolsch had afgesproken.⁸ Op grond van contractuele afspraken was FC Twente gehouden om voor de duur van twaalf jaar uitsluitend bij Grolsch bier af te nemen. FC Twente meende dat de prijs die hiervoor was overeengekomen niet (meer) ‘marktconform en gebruikelijk is binnen de bedrijfstak betaald voetbal’. Subsidiair stelde FC Twente zich op het standpunt dat het exclusieve afnamebeding in strijd was met het kartelverbod. Grolsch betwistte dit gemotiveerd en stelde bovendien dat FC Twente haar vordering onvoldoende had onderbouwd. De rechtbank was het hiermee eens en overwoog dat partijen die zich beroepen op het kartelverbod een ‘verzwaarde stelplicht’⁹ hebben. Een eiser kan daarbij niet volstaan met summier aanduidingen van relevante product- en geografische markten en niet nader toegespitste stellingen omtrent marktaandeel. De rechtbank overwoog dat FC Twente onvoldoende onderbouwing had gegeven voor haar stelling dat er een aparte productmarkt bestaat voor (bier)consumptie tijdens grote sportevenementen, die moet worden onderscheiden van de horecamarkt. Ook had FC Twente haar stelling dat sprake is van een regionale markt die beperkt is tot het gebied waarin FC Twente en Grolsch zijn gevestigd, onvoldoende onderbouwd. De voorzieningenrechter oordeelde dat voor de beoordeling of in het onderhavige geval sprake is van een nietig beding nader feitenonderzoek nodig is en dat deze kortgedingprocedure zich daarvoor niet leent.

Ofschoon uit de uitspraak inderdaad blijkt dat Grolsch haar stellingen wel erg summierlijk had onderbouwd, rijst toch de vraag of de voorzieningenrechter hier terecht is uitgegaan van een ‘verzwaarde stelplicht’. Zo een verzwaarde stelplicht wordt onder omstandigheden aangenomen als tegemoetkoming aan de partij op wie de bewijslast rust. Deze uitwerking van de algemene bewijsregel ‘wie stelt, bewijst’¹⁰ vindt onder meer toepassing in zaken op het gebied van medische aansprakelijkheid. In die zaken rust de bewijslast op de patiënt, maar wordt van de arts die aansprakelijk wordt gesteld verlangd dat hij tegenover de stellingen van eiser voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van

3. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7702 (*Top 1 Toys/Vedes*).

4. Verordening (EU) nr. 330/2010 van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Verordening 2010/330/EU).

5. Vergelijk HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz e.a./Gazdasági*, n.n.g.

6. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7702 (*Top 1 Toys/Vedes*), r.o. 4.22.

7. Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7702 (*Top 1 Toys/Vedes*), r.o. 4.27.

8. Rb. Overijssel 19 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2780 (*FC Twente/Grolsch*).

9. Rb. Overijssel 19 november 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2780 (*FC Twente/Grolsch*), r.o. 4.15.

10. Art. 150 Rv.

zijn betwisting.¹¹ Deze zaken moeten echter worden onderscheiden van de zaak *FC Twente/Grolsch* in die zin dat de voorzieningenrechter juist uitging van een verzwaarde stelplicht voor de *eisende* partij (FC Twente).

BP/Benschop: boemerangeffect maakt partiële nietigheid mogelijk

De langlopende procedure¹² tussen BP Nederland en pomphouder Benschop vond zijn voorlopig hoogtepunt in het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2013.¹³ De vraag die bij de Hoge Raad voorlag was of het Gerechtshof Amsterdam in zijn arrest van 26 juni 2012¹⁴ op goede gronden tot de conclusie was gekomen dat het tussen BP Nederland en Benschop overeengekomen exclusieve afnamebeding in strijd is met artikel 6 Mededingingswet. Het gerechtshof kwam tot die conclusie op basis van de volgende factoren: de duur van de overeenkomst (twintig jaar zonder mogelijkheid van tussentijdse beëindiging), het marktaandeel van BP (11 à 12 procent) en het feit dat sprake is van een netwerk van exclusieve afnameovereenkomsten waardoor de brandstoffenmarkt in Nederland grotendeels wordt afgeschermd. Het exclusieve afnamebeding in de onderhavige zaak maakt deel uit van dit netwerk. De Hoge Raad wees de tegen deze onderdelen van het arrest van het gerechtshof gerichte klachten af en overwoog dat uit het *Neste*-arrest¹⁵ volgt dat ‘vanwege het specifieke karakter van een afnameovereenkomst voor motorbrandstoffen, de duur van de afnameverplichting van doorslaggevende betekenis is voor de marktafsluitende werking’.¹⁶ Onder verwijzing naar zijn *Prisma*-arrest¹⁷ oordeelde de Hoge Raad verder dat ook bij gevolgbeperkingen ‘conversie van het exclusief afnamebeding op grond van art. 3:42 BW onverenigbaar [is] met de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid’.¹⁸ BP Nederland had in cassatie tevens geklaagd over de beslissing van het gerechtshof om uitsluitend het exclusief afnamebeding nietig te verklaren. In cassatie stelt BP Nederland zich op het (subsidiäre) standpunt dat het gerechtshof de integrale overeenkomst nietig had moeten verklaren. Ook dit vindt geen gehoor bij de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad zou

nietigheid van de gehele overeenkomst ertoe leiden dat de partij die zich beroept op het mededingingsrecht al haar contractuele rechten verliest. Zo een ‘boemerangeffect’ zou afbreuk doen aan de bestrijding van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten. Huurders en exploitanten zouden zich in dit geval – uit angst voor het verlies van bepaalde contractuele rechten – namelijk niet snel meer beroepen op de strijdigheid van bepalingen met het mededingingsrecht.¹⁹ Het arrest illustreert dat de Hoge Raad bij het vaststellen van de rechtsgevolgen van vanwege strijd met het mededingingsrecht nietige overeenkomsten de effectieve handhaving van het mededingingsrecht vooropstelt. Waar volgens de Hoge Raad (wettelijke) conversie van met het mededingingsrecht strijdige overeenkomst de prikkel tot naleving van het mededingingsrecht wegneemt, zou algehele nietigheid van dergelijke overeenkomsten er eveneens toe leiden dat partijen in sommige situaties geen beroep meer zullen doen op het mededingingsrecht.

Mantje/Rab: exclusieve afname medededingingsbeperkend vanwege horizontale relatie

De zaak *Mantje B.V./Rab*²⁰ betrof een geschil over een bepaling in een koopovereenkomst voor twee percelen grond op Texel die geschikt waren voor de exploitatie van een tankstation. De overeenkomst bepaalde dat de koper die percelen alleen mocht gebruiken voor een tankstation als de brandstoffen werden gekocht van de verkoper (Rab). Rab exploiteerde zelf ook benzinstations op Texel. Een goed jaar later wilde koper, Mantje, van de afnameverplichting af. De Hoge Raad bevestigde het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 27 maart 2012²¹ dat het afnamebeding ertoe strekte de mededinging te beperken. Het gerechtshof had daartoe mede overwogen dat voor de koper de mogelijkheid ontbreekt om elders op Texel een concurrerend tankstation te exploiteren. De Hoge Raad is het hiermee eens en wijkt daarmee af van de conclusie van advocaat-generaal Keus.²² De Hoge Raad expliciteerde in dat kader dat het beding niet vergelijkbaar was met een zuiver exclusieve afnameverplichting, aangezien de twee partijen in dit geval met elkaar concurreerden op een verwante markt. In zijn arrest bevestigde de Hoge Raad tevens het oordeel van het gerechtshof dat Texel als aparte geografische markt moet worden beschouwd, aangezien het niet voor de hand ligt dat op het eiland verblijvende automobilisten voor het tanken de reis naar het vasteland ondernemen, gelet alleen al op de daarmee gepaard gaande kosten en/of gemoeide tijd.²³ Op dit – intuïtief bezien: logische – argument valt vanuit economisch oogpunt overigens nog wel wat af te dingen. Bij de bepaling

11. Zie conclusie A-G Verkade van 15 december 2006 (ECLI:NL:PHR:2006:AZ1083) alsmede aldaar aangehaalde jurisprudentie.
12. Al eerder was de Hoge Raad er in deze zaak aan te pas gekomen. In het arrest van 8 juli 2011 gaf de Hoge Raad uitleg aan de uitzonderingsgrond van art. 5 onder a Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten. Op grond van deze uitzonderingsgrond mogen niet-concurrentiebedingen tussen leverancier en distributeur langer dan vijf jaar duren indien de betreffende producten (in dit geval benzine) worden verkocht vanaf een locatie die het eigendom is van de leverancier. Zie o.m. S. Tuinenga en J.S. Kortmann, ‘Kroniek civiele rechtspraak 2011’, *M&M* 2012/2, p. 62-63.
13. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123.
14. Hof Amsterdam (zittingsplaats Arnhem) 26 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0258.
15. HvJ EG 7 december 2000, zaak C-214/99, *Neste/Yötuuli Ky*, *Jur.* 2000, p. I-11121.
16. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.5.4.
17. HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ9439, *NJ* 2010/140 (*Prisma*).
18. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.6.2.

19. HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.7.1.
20. HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745 (*Mantje/Rab*).
21. Gerechtshof Amsterdam 26 maart 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:4023 (*Mantje/Rab*).
22. Conclusie A-G Keus van 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745.
23. Conclusie A-G Keus van 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:CA3745, r.o. 3.6.2.

van de relevante (geografische) markt gaat het om de vraag of een hypothetische monopolist in staat is op winstgevende wijze zijn tarieven met 5 tot 10 procent te verhogen. Die vraag wordt niet beantwoord met de enkele aanname dat het niet waarschijnlijk is dat op Texel verkerende automobilisten uitsluitend voor het tanken de oversteek naar het vasteland overwegen. Niet op voorhand kan worden uitgesloten dat bij een prijsverhoging van 5 tot 10 procent een voldoende groot aantal automobilisten op Texel dat toch al de oversteek maakt naar het vasteland voortaan het verblijf op het vasteland zal aangrijpen om daar meteen ook benzine te tanken. Denkbaar is dat deze mogelijke reactie van consumenten maakt dat een eventuele prijsverhoging door een monopolistische pomphouder op Texel onrendabel wordt.

Broadcast Partners/Wild FM

Broadcast Partners is een exploitant van omroepzender-netwerken en levert diensten aan radiozenders zoals Wild FM. Tussen Broadcast Partners en Wild FM heeft zich een aantal betalingsgeschillen voorgedaan. Nadat Wild FM haar uitstaande schulden aan Broadcast Partners heeft voldaan, besluit Wild FM de overeenkomst met Broadcast Partners – die in principe loopt tot en met 31 december 2020 – te beëindigen. Hiertegen verzet Broadcast Partners zich waarna opnieuw enkele betalingsgeschillen ontstaan. Op 30 november 2012 heeft Wild FM vervolgens haar zendvergunning overgedragen aan Creative Radio Concepts (CRC). In de daaropvolgende civiele kortgedingprocedure bij de Rechtbank Amsterdam²⁴ beroept Wild FM zich onder meer op de nietigheid van de overeenkomst wegens strijd met het mededingingsrecht. Volgens Wild FM zou namelijk sprake zijn van een exclusieve afnameverplichting. De voorzieningenrechter wijst dit af en overweegt dat de afspraak tot en met 2020 ‘niet als onredelijk [kan] worden aangemerkt, mede gelet op de inhoud en strekking van de overeenkomst.’ Volgens de voorzieningenrechter beoogt artikel 6 Mw niet ‘om een overeenkomst tussen een aanbieder en een afnemer die op basis van vrije concurrentie tot stand is gekomen te verbieden’. De voorzieningenrechter veroordeelt Wild FM tot betaling van een geldbedrag en betaling van de maandelijks verschuldigde vergoeding totdat de overeenkomst rechtsgeldig is beëindigd.

Merkbaarheidsvereiste

In de vorige kroniek is al aandacht besteed aan het *Expedia*-arrest.²⁵ In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat indien een overeenkomst die de interstatelijke handel beïnvloedt de strekking heeft de mededinging te beperken in de zin van artikel 101 VWEU, de toepasselijkheid van artikel 101 lid 1 VWEU is gegeven. Onder

mededingingsrechtjuristen is vervolgens een discussie ontstaan of het *Expedia*-arrest ook gevolgen heeft voor de toepassing van artikel 6 Mw. Aangezien voor de toepassing van artikel 6 Mw niet vereist is dat de handel tussen lidstaten wordt beïnvloed, rijst de vraag of bij deze nationale norm nog wel afzonderlijk moet worden getoetst of in het geval van doelbeperkingen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. In de hierna te bespreken uitspraken is nog geen verandering zichtbaar in de vaste lijn van Nederlandse civiele jurisprudentie dat voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 6 Mw ook bij strekkingsbeperkingen moet worden getoetst of sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Daarbij rust de bewijslast dat voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste op de partij die meent dat een overeenkomst in strijd is met het mededingingsrecht. De civiele rechter legt de lat overigens erg hoog en in een enkel geval wellicht zelfs te hoog. In één uitspraak (*Batavus/Vriend*) gaat het gerechtshof bewust voorbij aan de consequenties van *Expedia* voor de toepassing van artikel 6 Mw aangezien volgens het gerechtshof hoe dan ook voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste.

Batavus/Vriend: subjectivering van het merkbaarheidsvereiste

Het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in *Batavus/Vriend*²⁶ betreft het vervolg op het arrest van de Hoge Raad²⁷ dat nog vóór het *Expedia*-arrest werd gewezen. Deze langlopende procedure betrof de opzegging door Batavus van een dealerovereenkomst met rijwielhandelaar Vriend. Aanleiding voor deze opzegging waren klachten van andere dealers over de (te) scherpe prijzen van Vriend. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden laat in zijn arrest de consequenties van het *Expedia*-arrest voor de toepassing van artikel 6 Mw buiten beschouwing, aangezien ‘het hof die uitleg niet noodzakelijk [acht] voor het wijzen van zijn arrest, omdat het hof op basis van de feiten en omstandigheden kan vaststellen dat in dit geval aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan’.²⁸ Het gerechtshof komt tot die conclusie op basis van de posities van alle betrokken partijen. Allereerst overweegt het gerechtshof dat de marktposities van Batavus (marktaandeel van 20 procent in 2001) en Euretco (de retailorganisatie waarbij ongeveer 200 fietshandelaren zijn aangesloten en onder wiens druk Batavus is overgegaan tot opzegging van de overeenkomst) niet onbetekenend zijn. Ten aanzien van de positie van Vriend overweegt het gerechtshof dat het voor de beoordeling van de merkbaarheid met name relevant is dat haar positie ‘voor haar concurrenten, althans in ieder geval voor de concurrenten die waren verenigd in Euretco, een duidelijke en betekenisvolle

24. Rb. Amsterdam (vzr.) 19 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0036 (*Broadcast B.V./Wild FM B.V.*).

25. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, n.n.g.

26. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188 (*Batavus/Vriend*).

27. HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213 (*Batavus/Vriend*).

28. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188 (*Batavus/Vriend*), r.o. 3.3.

bedreiging van de concurrentie vormde'.²⁹ Volgens het gerechtshof blijkt hieruit dat Vriend geen onbetekende rol speelde op de relevante markt. Het gerechtshof acht het marktaandeel daarom 'niet van doorslaggevend belang'. Overigens was het marktaandeel van Vriend ook niet vast komen te staan in deze procedure. Volgens het gerechtshof is derhalve voldaan aan het merkbaarheidsvereiste zodat daarmee de inbreuk op artikel 6 Mw een gegeven is. Opvallend is dat het gerechtshof het merkbaarheidsvereiste op subjectieve wijze toepast. De marktpositie van Vriend wordt niet op basis van objectieve marktgegevens beoordeeld maar veeleer op basis van de door concurrenten gepercipieerde dreiging die er van Vriend uitgaat.

IVM/BVN: gedeeltelijke toetsing aan bagatelbepaling

Opmerkelijk is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland van 15 november 2013.³⁰ Aanleiding voor deze procedure is een koopovereenkomst van 3 november 2008 tussen het Instituut voor Veiligheid en Milieu (IVM) en Bedrijfsveiligheid Noord B.V. (BVN). BVN is een onderdeel van Bon Holding B.V. (Bon Holding) en houdt zich bezig met trainingen en cursussen op het gebied van bedrijfshulpverlening. Op grond van deze overeenkomst heeft IVM bepaalde activa overgenomen van BVN. Onderdeel van de koopovereenkomst is een non-concurrentiebeding dat BVN en Bon Holding verbiedt om op straffe van een boete 'een onderneming van gelijke of soortgelijke aard als die van verkoper te exploiteren of hierbij op andere wijze rechtstreeks of zijdelings betrokken te zijn'. In mei 2012 gaat Bon Holding toch activiteiten ontplooiën op het gebied van bedrijfshulpverlening. In een kortgedingprocedure vordert IVM dat deze activiteiten worden gestaakt op straffe van een dwangsom. Daarnaast vordert IVM als voorschot op de verschuldigde boetes over 2012 een bedrag van 20.000 euro. Bon Holding verweert zich tegen deze vorderingen en voert daartoe onder meer aan dat het non-concurrentiebeding nietig is wegens strijd met het mededingingsrecht. Hoewel het non-concurrentiebeding qua duur noch qua geografische reikwijdte begrensd is, oordeelt de voorzieningenrechter toch dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat partijen een zodanig omvangrijk segment van de bedrijfshulpverleningsmarkt bedienen dat kan worden geoordeeld dat voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste. Volgens de voorzieningenrechter is bovendien voldaan aan de bagatelbepaling aangezien bij de betrokken overeenkomst niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn (vgl. art. 7 lid 1 onder a Mw). De voorzieningenrechter beoordeelt echter niet, althans niet expliciet, of aan de tweede voorwaarde voor toepassing van artikel 7 lid 1 Mw is voldaan, namelijk of de omzet van IVM en BVN/Bon Holding onder bepaalde omzetcgrenzen blijft (vgl. art. 7 lid 1 onder b Mw).

29. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188 (*Batavus/Vriend*), r.o. 3.9.

30. Rb. Noord-Nederland (vzr.) 15 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:6991 (*Bedrijfsveiligheid Noord/IVM*).

Drachten Storage/City Box

Ook uit de zaak *Drachten Storage/City Box*³¹ blijkt dat het merkbaarheidsvereiste (nog steeds) een te grote horde kan zijn om een inbreuk op het mededingingsrecht aannemelijk te maken. City Box houdt zich bezig met de verhuur van opslagruimtes verspreid over geheel Nederland. Voor drie locaties heeft zij een franchiseovereenkomst gesloten met Drachten Storage. Die overeenkomst bepaalt onder meer dat het prijspeil van de te verhuren units van Drachten Storage niet meer dan 15 procent van de nettoprijs van City Box in Heerenveen mag verschillen. Het doel hiervan is 'oneerlijke concurrentie tussen de twee vestigingen te voorkomen.' In een civiele procedure bij de Rechtbank Amsterdam vordert Drachten Storage onder meer een verklaring voor recht dat de met City Box gesloten overeenkomsten in strijd zijn met het mededingingsrecht en derhalve nietig zijn. City Box meent om die reden recht op een schadevergoeding te hebben. In de procedure staat niet ter geschil dat genoemde prijsbepaling uit de franchiseovereenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken.³² Toch kan volgens de Rechtbank Amsterdam niet worden aangenomen dat sprake is van een overtreding van artikel 6 Mw. City Box had immers weersproken de stelling van Drachten Storage dat het marktaandeel van City Box 20 procent bedraagt. Bovendien had City Box erop gewezen dat de afspraak slechts zag op twee vestigingen van City Box. De rechtbank concludeert vervolgens dat Drachten Storage niet heeft bewezen dat sprake is van een merkbare verstoring van de mededinging.

X/Wessem Port Services Group: relatiebeding geen merkbaar effect

In *X/Wessem Port Services Group*³³ speelde de vraag of een relatiebeding in een arbeidsovereenkomst in strijd is met artikel 6 Mw. X was sinds 2000 directeur van WPS. In 2004 richt X een eigen onderneming op. In 2010 zet WPS X op non-actief. Dit na een geschil van mening over (het inwerken) van zijn opvolger. De arbeidsovereenkomst wordt vervolgens ontbonden. X is echter gebonden aan een relatiebeding op grond waarvan hij uitsluitend na overleg opdrachten van relaties van zijn voormalig werkgever mag aanvaarden. X voert aan dat het relatiebeding in strijd is met artikel 6 lid 1 Mw. Het gerechtshof is het met X eens dat het relatiebeding inmiddels kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst tussen ondernemingen en dus op zichzelf genomen getoetst kan worden aan het kartelverbod. Het gerechtshof is het, mede bij gebrek aan betwisting door X, eens met de stelling van WPS dat het relatiebeding niet disproportioneel is en geen merkbaar effect heeft op de concurrentie. Volgens het gerechtshof dient het relatiebeding een legitiem doel.³⁴

31. Rb. Amsterdam 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6591 (*DBK/City Box*).

32. Rb. Amsterdam 21 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6591 (*DBK/City Box*), r.o. 4.10.

33. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1968 (*Wessem Port Services Group B.V./X*).

34. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1968 (*Wessem Port Services Group B.V./X*), r.o. 4.15.

Nestlé/Mars: toetsing merkbaarheid bij category management overeenkomst

De worsteling van de civiele rechter met de toepassing van het merkbaarheidsvereiste komt treffend tot uitdrukking in de zaak *Nestlé/Mars*.³⁵ In de kroniek over 2011 is de uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch in deze zaak reeds besproken. De voorzieningenrechter oordeelde dat Mars in afwachting van de bodemprocedure haar promotiecampagne, het Mars Ondernemersprogramma (MOP), niet mocht uitbreiden naar andere tankstations. Het MOP voorziet in vergoedingen en bonussen voor tankstations die hun beschikbare (bestaande) schapruimte inrichten volgens de voorwaarden van Mars en daarbij een prominente plaats inruimen voor de producten van Mars. Daarnaast worden op grond van het MOP ook vergoedingen en bonussen uitgekeerd voor het plaatsen van extra displays waarin uitsluitend producten van Mars worden gestald.

In 2013 volgde de uitspraak van de (inmiddels) Rechtbank Oost-Brabant in de bodemprocedure.³⁶ Ook in deze procedure boekt Nestlé enkele opvallende successen en daarom is het des te opvallender dat de zaak – vooralsnog – strandt op het merkbaarheidsvereiste.

In haar uitspraak gaat de rechtbank allereerst in op de afbakening van de relevante markt. De rechtbank overweegt in dat kader dat de markt voor chocoladeproducten via het *out-of-home* verkoopkanaal moet worden onderscheiden van de markt voor deze producten via het *at-home* verkoopkanaal. De rechtbank komt tot deze conclusie op basis van enkele kwalitatieve verschillen tussen het *out-of-home* en het *at-home* verkoopkanaal: verschillende consumentenbehoeften, andere verpakkingseenheden en prijsverschillen. De rechtbank past dus niet de hypothetische monopolist- of SSNIP-test toe. Ten aanzien van de productdimensie laat de rechtbank in het midden of de markt voor chocoladeproducten nader moet worden onderscheiden in een markt voor *candybars* en *bite-sizes* en/of er binnen de *out-of-home* markt nog een afzonderlijke markt is voor de verkoop via tankstations. De rechtbank overweegt in dat kader dat als moet worden aangenomen dat het MOP reeds merkbare marktafscherpende effecten heeft op de mededinging op de volledige *out-of-home* markt voor chocoladeproducten, daarmee tevens zou komen vast te staan dat dit programma een dergelijke invloed heeft op nauwere markten.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de kwalificatie van het MOP. De rechtbank concludeert dat het MOP een 'sterke gelijkenis vertoont met een category management overeenkomst'.³⁷ Dergelijke overeenkomsten hebben volgens de rechtbank niet de strekking de mededinging te beperken. Maar indien een *category captain* door zijn invloed op de marketingbeslissingen van de detaillist (in dit geval: de tankstationhouder) in staat is de distributie

van producten van concurrerende distributeurs te beperken of te benadelen, kan een *category management* overeenkomst wel tot gevolg hebben dat de concurrentie tussen leveranciers wordt vervalst.³⁸ In een niet altijd even goed te volgen uitspraak (de rechtbank begint onder r.o. 4.21 met het verbod op misbruik van machtspositie om vervolgens geruisloos over te gaan op het verbod op mededingingsbeperkende afspraken) komt de rechtbank allereerst tot de conclusie dat het MOP 'in dit specifieke geval tot gevolg kan hebben dat de mededinging wordt beperkt'. De rechtbank stelt meteen daarna de vraag of een concurrent die even efficiënt is als Mars het MOP kan beconcurreren met een eigen ondernemingsprogramma.³⁹ De rechtbank lijkt hierbij een aantal zaken door elkaar te halen. De vraag of een even efficiënte concurrent als Mars het MOP kan repliceren is met name relevant voor het leerstuk van misbruik van machtspositie. Of Mars een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw heeft, wordt niet expliciet beantwoord in de uitspraak. Voor de vraag of de afspraken tussen Mars en de pomphouders onder het toepassingsbereik van artikel 6 Mw vallen, is de repliceerbaarheid van het MOP niet per definitie van doorslaggevende betekenis. Niettemin komt de rechtbank tot de conclusie dat het voor Nestlé economisch gezien niet mogelijk is een alternatief *category management* programma aan te bieden dat gelijkwaardig is aan het MOP. De korting die Nestlé moet aanbieden moet immers dusdanig hoog zijn dat zij haar variabele kosten niet zal kunnen terugverdienen.⁴⁰ Bij de berekening van de kosten die Nestlé zou moeten maken om een aan het MOP vergelijkbaar programma aan te bieden gaat de rechtbank overigens uit van de verkoopwaarde van de aan de pomphouders gratis verstrekte *candybars* en *bite-sizes* van Mars en niet – zoals Mars had bepleit – van de voor Mars veel lagere kostprijs.⁴¹ Die benadering is enigszins opvallend gelet op de door de rechtbank centraal gestelde vraag of Nestlé het MOP kan repliceren. Voor de vraag of het MOP voor een efficiënte concurrent replicerbaar is, lijkt de kostprijs feitelijk bezien relevanter dan de verkoopwaarde.

Uiteindelijk komt de rechtbank niet toe aan een definitief oordeel over de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van het MOP. Daarvoor is, aldus de rechtbank, meer informatie nodig over de eventuele merkbaarheid van het MOP. De rechtbank draagt Nestlé op om door middel van een deskundigenbericht bewijs te leveren voor de stelling dat het MOP merkbare gevolgen heeft voor de mededinging. De rechtbank oordeelt, kort gezegd, dat deze deskundige een vergelijking zal moeten maken met de verkoop van *candybars* en *bite-sizes* en de

35. Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 29 juli 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BR3488.

36. Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356.

37. Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356, r.o. 4.18.

38. De rechtbank verwijst in dit kader naar punt 209 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Europese Commissie van 19 mei 2010 (2010/C 130/01).

39. Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356, r.o. 4.25.

40. Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356, r.o. 4.32.

41. Rb. Oost-Brabant 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4356, r.o. 4.25.

ontwikkeling van de marktaandeelen van Nestlé en Mars bij zowel tankstations die wél als tankstations die niet hebben deelgenomen aan het MOP.

Kartelverbod: overige zaken

VOC/NGF: erkenningsregeling

De Nederlandse Golf Federatie (NGF) is een overkoepelende organisatie van golfclubs in Nederland. Golfclubs leiden golfers op voor het golfvaardigheidsbewijs (GVB). Een golfer kan lid worden van een golfclub door zijn GVB bij die golfclub te laten registreren. Golfclubs kunnen worden onderscheiden in golfclubs met een golfbaan (A-, B- en C-clubs) en in golfclubs zonder golfbaan, de D-clubs. In 2000 heeft NGF SBG opgericht, een D-club die het doel heeft om inactieve golfers aan zich te binden. Het is tegen deze oprichting (en het voortbestaan van deze club) dat twee andere D-clubs, VOC en NOVVG, hun pijlen richten.

VOC en NOVVG stellen zich onder meer op het standpunt dat de statutaire toetredingsvoorwaarden van NGF als een erkenningsregeling moeten worden gezien. Volgens VOC en NOVVG heeft NGF deze erkenningsregeling niet non-discriminatoir toegepast nu zij SBG als D-club heeft erkend terwijl deze club niet voldoet aan bepaalde voorwaarden die wel voor andere clubs gelden. In zijn uitspraak wijst de Rechtbank Amsterdam⁴² deze klacht af omdat VOC en NOVVG niet (voldoende) hebben gemotiveerd dat het besluit van NGF om SBG als D-club te accepteren kwalificeert als een besluit in de zin van artikel 6 Mw. Volgens de rechtbank is een besluit van een ondernemersvereniging immers pas een besluit in de zin van artikel 6 Mw als de leden worden aangezet tot gelijkgestemd gedrag dat de mededinging verhindert, beperkt of vervalst. VOC en NOVVG hadden volgens de rechtbank (niet) voldoende aangetoond dat hiervan sprake was. Op basis van een vergelijkbare redenering verwerpt de rechtbank ook het beroep op artikel 24 Mw.

De Staat/Difotrust: reikwijdte medewerkingsplicht voor derden

Een buitenbeentje in deze kroniek maar daarom niet minder vermeldenswaardig betreft de zaak *Nederlandse Staat/Difotrust*. Difotrust is leverancier van diensten op het gebied van forensisch digitaal onderzoek. Deze onderzoeken strekken onder meer tot vaststelling van eventuele inbreuken op het mededingingsrecht. In 2012 vorderde de NMa van Difotrust een overzicht van de namen van de ondernemingen voor wie Difotrust in de daaraan voorafgaande vijf jaar mededingingsrechtelijke onderzoeken had verricht. Difotrust weigerde deze namen te verstrekken en spande daarop een civiel kort geding aan. In de appèlprocedure bij het Gerechtshof

Den Haag⁴³ lag de vraag voor of de NMa bevoegd was om op grond van artikel 5:16 en artikel 5:20 Awb inlichtingen te vragen aan een derde (in casu: Difotrust) die een partij heeft bijgestaan die wordt verdacht van het plegen van een inbreuk op het mededingingsrecht.

Artikel 5:16 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen. Artikel 5:20 Awb bepaalt dat eenieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Deze bevoegdheden worden begrensd door het evenredigheidsbeginsel (art. 5:13 Awb) alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Het gerechtshof overweegt 'allereerst dat er geen rechtsregel aan in de weg staat dat een toezichthouder als de NMa bij een derde gegevens opvraagt op basis waarvan beoordeeld kan worden of er (verdere) toezichthoudende bevoegdheden (...) zullen worden ingezet.' Volgens de voorzieningenrechter is van het willekeurig opvragen van gegevens geen sprake. Het enkele feit dat de NMa de bedoelde gegevens ook had kunnen achterhalen bij de van een overtreding op het mededingingsrecht verdachte ondernemingen maakt niet dat de NMa willekeurig handelt door deze gegevens van Difotrust te vorderen.⁴⁴ Wel kan de omstandigheid dat de gevraagde gegevens ook op een andere manier te achterhalen zijn in zo een concreet geval meebrengen dat het vragen van deze gegevens bij een derde partij onevenredig is.

In de onderhavige zaak oordeelt het gerechtshof dat de NMa er een gerechtvaardigd belang bij heeft om van Difotrust te vernemen voor welke ondernemingen binnen een sector waarvan concrete aanwijzingen bestaan dat daar kartelafspraken zijn gemaakt, zij haar werkzaamheden heeft verricht. Uit het arrest kan worden opgemaakt dat het gerechtshof bij deze afweging belang toekende aan het feit dat Difotrust 'in ieder geval voor een deel haar waarde voor haar klanten ontleent aan de mogelijkheid om zo sporen van mededingingsrechtelijke overtredingen aan de naspeuringen van de NMa te onttrekken.'⁴⁵ Bovendien wees het gerechtshof er in het kader van de proportionaliteit op dat de NMa niet de onderzoeksresultaten van Difotrust vorderde maar alleen de identiteit van de opdrachtgevers.

Confectie CV/Setpoint: verticale prijsbinding en franchise

In het arrest van Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak *Confectie CV/Setpoint B.V.*⁴⁶ ging het over vermeende verticale prijsbinding in het kader van de franchiseformule voor de exploitatie van herenmodezaken die Setpoint had ontwikkeld. De in 2004 tussen Confec-

42. Rb. Midden-Nederland 27 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ5780 (VOC/NGF).

43. Gerechtshof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041 (*De Staat/Difotrust B.V.*).

44. Gerechtshof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041 (*De Staat/Difotrust B.V.*), r.o. 2.5.

45. Gerechtshof Den Haag 23 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA3041 (*De Staat/Difotrust B.V.*), r.o. 2.7.

46. Gerechtshof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1827 (*Confectie CV c.s./Setpoint B.V.*).

tie CV en Setpoint gesloten franchiseovereenkomst bevat onder meer de volgende bepaling:

‘In het belang van een uniform franchisesysteem zal franchisenemer bij de vaststelling van zijn verkoopprijzen streven zich daarnaar [bedoeld is: naar de door de franchisegever gesuggereerde prijzen; BJHB] te richten. Met betrekking tot artikelen of diensten, die Setpoint in reclame- en promotie-activiteiten in een bepaalde periode aanbiedt, heeft franchisenemer de plicht zich te houden aan de in de advertentie- en/of promotie-activiteiten genoemde prijzen.’

Confectie CV stelde zich op het standpunt dat primair de franchiseovereenkomst nietig is en, subsidiair, dat de hier geciteerde bepaling nietig is. Volgens het gerechtshof kan in de eerste volzin van de bepaling niet worden gelezen dat franchisenemer verplicht is om de tarieven van de franchisegever te volgen. Om die reden is er volgens het gerechtshof geen sprake van een afspraak die ertoe strekt de mededinging te beperken.⁴⁷ Confectie CV had echter ook aangevoerd dat zij in de praktijk wel degelijk gehouden was de door Setpoint vastgestelde prijzen te volgen. Het gerechtshof draagt Confectie CV op om deze stelling met stukken en dergelijke te bewijzen.

Ten aanzien van de verplichting van franchisenemer om gedurende advertentie- en/of promotieactiviteiten de prijzen van Setpoint te volgen oordeelt het gerechtshof dat voorshands aannemelijk is dat deze bepaling voldeed aan de toepassingsvoorwaarden voor het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel van 12 december 1997.⁴⁸ Op grond van dat artikel zijn vaste prijzen gedurende een promotie toegestaan op voorwaarde dat de promotie (1) wordt gehouden in het kader van een samenwerkingsverband, (2) niet langer duurt dan acht weken en (3) betrekking heeft op niet meer dan 5 procent van het assortiment dat (in dit geval) door de franchisegever wordt aangeboden. Op dit punt wordt Confectie CV echter toegelaten om tegenbewijs te leveren. Maar zelfs indien Confectie CV zou slagen in het (tegen)bewijs van beide punten, dan nog is daarmee volgens het gerechtshof niet gesteld dat ook sprake is van een *merkbare* mededingingsbeperking.⁴⁹

In het kader hiervan verzoekt het gerechtshof partijen tevens om de vertrouwelijke versie van het concentratiecontrolebesluit van de NMa van 7 augustus 2005 (besluit 5715 inzake de overname van Setpoint door WE International B.V.) over te leggen. Het gerechtshof nuanceert echter al meteen op voorhand het belang van

dit besluit (in het arrest wordt abusievelijk gesproken over ‘rapport’) door te overwegen dat dit besluit voor andere doeleinden is geschreven. Volgens het gerechtshof is het besluit voor de vraag of de afspraak tussen Setpoint en haar franchisenemers een merkbare mededingingsbeperking inhoudt dan ook niet zonder meer beslissend.⁵⁰

Misbruik economische machtspositie

Evenals in voorgaande jaren is het ook in 2013 lastig gebleken om met succes te betogen dat een onderneming misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. Er is in 2013 niettemin één civiele procedure geweest waarin misbruik van machtspositie is aangenomen.

Van X Veevoeders/Suiker Unie: leveringsweigering vormt geen misbruik

In de zaak *Van X Veevoeders/Suiker Unie*⁵¹ stelde X Veevoeders dat Suiker Unie, althans een van haar dochterondernemingen, haar machtspositie had misbruikt doordat zij niet langer persulp aan X Veevoeders levert. Persulp is een restproduct van de verwerking van suikerbieten en wordt gebruikt als rundveevoeder. Suiker Unie had per brief aan X Veevoeders meegedeeld dat zij vanwege efficiëntieverbeteringen in haar afzetstructuur van persulp niet opnieuw een jaarovereenkomst met X wilde afsluiten. X Veevoeders kon zich hiermee niet verenigen en vorderde bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam dat Suiker Unie tot en met de datum van de uitspraak in de bodemprocedure wordt verplicht tot levering van minimaal 70.000 ton persulp per jaar. Ter onderbouwing van haar vordering heeft X Veevoeders een economisch rapport laten opstellen waarin werd bevestigd dat Suiker Unie beschikt over een machtspositie op de markt voor persulp (alsmede het alternatief daarvoor, Cigarant). Zelfs indien de markt ruimer zou worden afgebakend en ook aardappelpersvezel omvat, dan nog zou volgens het rapport het marktaandeel van Suiker Unie ongeveer 67 procent bedragen.

De voorzieningenrechter oordeelt allereerst dat de contractuele relatie tussen partijen niet kwalificeert als duurovereenkomst. Volgens de voorzieningenrechter werden sinds 2007 enkel jaarcontracten gesloten tussen partijen. Er is dan ook geen sprake van de opzegging van een contractuele relatie maar slechts van een mededeling dat geen nieuwe jaarcontracten zullen worden gesloten.⁵²

Onder verwijzing naar zowel beschikkingen van de Europese Commissie en de (toen nog) NMa oordeelt de

47. Gerechtshof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1827 (*Confectie CV c.s./Setpoint B.V.*), r.o. 4.13.

48. Besluit van 12 december 1997, houdende enige vrijstellingen voor samenwerkingsovereenkomsten in de detailhandel van het verbod van mededingingsafspraken (*Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel*), zoals voor onbepaalde tijd verlengd bij Besluit van 10 december 2008, tot verlenging van het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel en van het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten.

49. Gerechtshof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1827 (*Confectie CV c.s./Setpoint B.V.*), r.o. 4.16.

50. Gerechtshof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1827 (*Confectie CV c.s./Setpoint B.V.*), r.o. 4.16.

51. Rb. Rotterdam (vzr.) 17 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0372 (*Van X Veevoeders/Suiker Unie*).

52. Rb. Rotterdam (vzr.) 17 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0372 (*Van X Veevoeders/Suiker Unie*), r.o. 4.6.

voorzieningenrechter vervolgens dat er adequate alternatieven zijn voor persulp als veevoer. Volgens de voorzieningenrechter kan dan ook niet worden geconcludeerd dat Suiker Unie beschikt over een economische machtspositie.⁵³

Veiligheidshalve maakt de voorzieningenrechter ook een afweging voor het geval moet worden geoordeeld dat Suiker Unie wél beschikt over een economische machtspositie. Volgens de voorzieningenrechter zou er in dat geval geen sprake zijn van ‘misbruik’ aangezien niet is voldaan aan de drie cumulatieve criteria daarvoor zoals die door het Gerechtshof Amsterdam in het arrest *HPC/NVM*⁵⁴ zijn geformuleerd. Allereerst leidt de leveringsweigerings niet tot volledige uitsluiting van de mededinging waarop X Veevoerders actief is. In de tweede plaats is persulp volgens de voorzieningenrechter niet onontbeerlijk of essentieel om op de markt actief te zijn. Het meest opzienbarend is echter het oordeel van de voorzieningenrechter ten aanzien van de (in elk geval volgens het Gerechtshof Amsterdam vereiste) voorwaarde dat er voor de leveringsweigerings ook geen objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig mag zijn. Volgens de voorzieningenrechter bestaat er namelijk wél zo een grond. Het komt hem namelijk aannemelijk voor dat ‘Suiker Unie efficiënter kan werken als zij de persulp aan minder handelaren hoeft te verkopen’. Al dan niet gepercipieerde efficiëntievoordelen die voortvloeien uit de beperking van het aantal afnemers kunnen volgens de voorzieningenrechter derhalve maken dat gedrag dat anders als misbruik in de zin van artikel 24 Mw kwalificeert tóch toelaatbaar is.

UPC/T-Mobile en UPC/KPN: geen excessieve tarieven

Van een geheel andere orde – maar evenmin succesvol – zijn de vorderingen van UPC Nederland tegen zowel T-Mobile als KPN vanwege het in rekening brengen van vermeend excessieve tarieven.⁵⁵ Het gaat om tarieven die T-Mobile en KPN in de periode 2005-2010 aan UPC in rekening hebben gebracht voor het afwickelen van telefoonverkeer op hun respectievelijke mobiele netwerken. Als gevolg van verschillende uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven zijn OPTA's besluiten op grond waarvan de tarieven voor deze dienstverlening werden gereguleerd vernietigd. Daardoor is er, in de visie van UPC, een reguleringshiaat ontstaan en heeft zij meer betaald dan zij had moeten betalen op grond van de besluiten van OPTA. Deze besluiten gingen uit van tariefregulering op basis van een BULRIC-kostentoe-rekeningssysteem. Kenmerkend voor zo een systeem is dat niet wordt uitgegaan van de kosten van een daadwerkelijk bestaande (in dit geval: mobiele) aanbieder maar van de kosten van een hypothetisch efficiënte aanbieder. Zogenoemde inefficiënties,

die eigen zijn aan iedere onderneming, worden er op deze manier zorgvuldig ‘uitgesneden’.

De rechtbank gaat allereerst uit van de premisse dat T-Mobile en KPN in de periode 2005-2010 beschikten over een economische machtspositie. Volgens de rechtbank beschikten partijen echter niet over een monopolie aangezien er in de litigieuze periode meer aanbieders actief waren op deze markt, hetgeen ook zou blijken uit de door partijen overgelegde bestuursrechtelijke uitspraken.⁵⁶ De vraag is overigens of de rechtbank zich hier het verschil realiseert tussen de afgiftemarkten (die in elk geval volgens OPTA/ACM beperkt zijn tot het afwickelen van verkeer op één netwerk) en de retailmarkten (waar inderdaad meerdere partijen met elkaar wedijveren om de gunst van de eindgebruiker).

De centrale stelling in UPC's vorderingen is dat de tarieven van T-Mobile en KPN hoger lagen dan de tarieven zoals die destijds door OPTA op basis van een BULRIC-model waren vastgesteld en om die reden excessief waren. De rechtbank verworpt die stelling en oordeelt dat het BULRIC-model was ontwikkeld door OPTA vanwege haar taken en bevoegdheden om regulerend op te treden. Volgens de rechtbank bepaalt dat systeem

‘het minimale tarief waarvoor de dienst nog bedrijfs-economisch verantwoord kan worden aangeboden, maar is [het] niet geschikt, en ook niet bedoeld om achteraf te bepalen of daadwerkelijk toegepaste tarieven zo hoog zijn dat het gerealiseerde rendement duurzaam hoger ligt dan de vermogenskostenvoet (en dus misbruikelijk hoog is).⁵⁷

De rechtbank concludeert vervolgens dat er ‘prima facie geen grond lijkt voor de gedachte, dat de tarieven van T-Mobile en KPN misbruikelijk hoog waren.’⁵⁸ Volgens de rechtbank heeft UPC haar stelling onvoldoende onderbouwd en bestaat er dan ook geen grond om UPC tot bewijslevering toe te laten, ook niet in de vorm van een deskundigenonderzoek.⁵⁹

EMS/Equens: misbruik van gatekeeper-positie

Een wel (voor de eiser) succesvolle procedure op het gebied van misbruik van machtspositie betreft de zaak *EMS/Equens*. EMS is een zogeheten *acquirer* en verwerkt gegevens van betalingen met creditcards. Zij sluit in dat kader overeenkomsten met *merchants* (ondernemingen die creditcards als betaalmiddel accepteren, bijvoorbeeld winkeliers). Creditcardbetalingen bij *merchants* vinden plaats met behulp van betaalterminals die zijn verbonden met een netwerk waarmee betalingsgegevens worden getransporteerd.

53. Rb. Rotterdam (vzr.) 17 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA0372 (*Van X Veevoerders/Suiker Unie*), r.o. 4.16.

54. Gerechtshof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0460.

55. Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992 (*UPC Nederland B.V./T-Mobile/KPN*).

56. Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992 (*UPC Nederland B.V./T-Mobile/KPN*), r.o. 5.9.

57. Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992 (*UPC Nederland B.V./T-Mobile/KPN*), r.o. 5.11.

58. Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992 (*UPC Nederland B.V./T-Mobile/KPN*), r.o. 5.12.

59. Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992 (*UPC Nederland B.V./T-Mobile/KPN*), r.o. 5.13.

Equens beschikt over zo een netwerk en levert transportdiensten aan *acquirers*. Zij sluit daarvoor contracten met *acquirers* (zoals EMS) voor het transport van betalingsgegevens via haar netwerk. Daarnaast is Equens, via haar dochteronderneming PaySquare B.V., zelf ook actief op de markt van *acquirers*.

In 2007 introduceerde Equens een wachtrijprocedure waardoor een verzoek voor het realiseren van een (nieuwe) koppeling tussen de betaalterminal van een *merchant* met een andere *acquirer* voor 42 dagen in de wachtrij werd geplaatst totdat de *merchant* het contract met de eerdere *acquirer* had opgezegd en een verzoek tot ont koppeling had ingediend. Indien geen ont koppeling plaatsvond, werd de nieuwe koppeling uit de wachtrij verwijderd. EMS stelde zich op het standpunt dat Equens door invoering van de wachtrijprocedure misbruik maakte van haar machtspositie op de Nederlandse markt voor netwerkdiensten voor creditcardtransacties. Volgens Equens had de wachtrijprocedure negatieve gevolgen voor de mededingingsstructuur op de (*downstream*)markt voor *creditcardacquiring*. EMS wees er in dat kader op dat indien een *merchant* die tot dan toe gebruikmaakte van de *acquiring* diensten van PaySquare wilde overstappen naar EMS hierin werd belemmerd doordat Equens/PaySquare in veel gevallen niet of met vertraging de ont koppeling realiseerde.

In haar uitspraak⁶⁰ oordeelt de Rechtbank Midden-Nederland allereerst dat Equens in de litigieuze periode beschikte over een machtspositie op de Nederlandse markt voor (transport)netwerkdiensten voor creditcardtransacties. Zij wijst er in dat kader op dat gedurende de relevante periode 70 procent van de betaalterminals op het Equens-netwerk was aangesloten en dat Equens om die reden in ieder geval ‘veruit het grootste aandeel moet hebben gehad in de relevante markt’. Volgens de rechtbank mag er immers een zeer sterk evenredig verband tussen het percentage gekoppelde betaalterminals en getransporteerde betaalterminals worden verondersteld.⁶¹

Ten aanzien van het gestelde misbruik wijst de rechtbank allereerst op een getuigenverklaring waaruit blijkt dat PaySquare – indien een verzoek voor een nieuwe koppeling met EMS in de wachtrij was geplaatst – de wachperiode gebruikte om de *merchant* te bellen en deze een tegenbod te doen. Daardoor werd de overstap van PaySquare naar EMS tegengehouden of in elk geval aanzienlijk vertraagd.⁶² Daarmee was volgens de rechtbank het misbruik een gegeven.

De rechtbank verwerpt vervolgens het beroep van Equens dat sprake was van een objectieve rechtvaardiging. Volgens de rechtbank waren er wel degelijk alternatieven voor de op 3 september 2007 ingevoerde wachperiode, hetgeen zou blijken uit het feit dat op 25 februari 2008 Equens besloot terug te keren naar de

procedure zoals die vóór 3 september 2007 van toepassing was.⁶³

EMS vordert tevens vergoeding voor de schade die zij heeft geleden wegens het toerekenbaar onrechtmatig handelen van Equens. De vordering tot schadevergoeding wegens gederfde omzet wordt afgewezen omdat volgens de rechtbank EMS deze schadepost onvoldoende heeft onderbouwd. Het enkele feit dat er in de periode september 2007 tot en met januari gemiddeld minder *merchants* zijn geworven dan daarvoor en daarna betekent volgens de rechtbank nog niet dat dit het gevolg moet zijn geweest van de wachtrijprocedure en de handelswijze van PaySquare.⁶⁴

De schadevergoeding wegens omzetzijdering vanwege een extra korting die EMS heeft moeten geven aan *merchants* die van PaySquare naar EMS overstapten wordt wel toegewezen door de rechtbank.⁶⁵ De derde post ziet op de kosten die zijn gemaakt vanwege de extra werken die medewerkers van EMS hebben gemaakt als gevolg van de wachtrijprocedure. Ten aanzien hiervan houdt de rechtbank de zaak aan om EMS de gelegenheid te geven deze post nader te specificeren.

Follow-on kartelschadeclaims

2013 was ook het jaar waarin Nederlandse civiele rechters enkele belangwekkende uitspraken wezen op het gebied van kartelschadeclaims. De uitspraken illustreren dat Nederlandse civiele rechters enerzijds een pragmatische koers varen die partijen in staat stelt relatief voortvarend te procederen (*Equilib/KLM*) maar anderzijds voldoende oog hebben voor processuele waarborgen zoals hoor en wederhoor (*TenneT/ABB e.a.*). Ook bij het vaststellen van hun eigen bevoegdheid in multinationale kartelschadezaken hebben civiele rechters voldoende oog voor de specifieke karakteristieken van de individuele zaak. Zo acht de Rechtbank Den Haag zich bevoegd kennis te nemen van de claims tegen alle gedaagden in het paraffinewaskartel (*CDC/Shell e.a.*) aangezien er tussen de verschillende claims een voldoende nauwe band bestond. In het liftenkartel (*Stichting Elevator Claim/Kone*) daarentegen achtte de Rechtbank Rotterdam zo een nauwe band niet aanwezig. Doorslaggevend daarvoor was dat, anders dan in het paraffinewaskartel, sprake was van *nationale* kartels.

TenneT/ABB e.a.: passing-on verweer nog niet afgedaan

De uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 16 januari 2013 in de zaak *TenneT/ABB e.a.*⁶⁶ is in de kroniek van vorig jaar besproken en zal niet opnieuw worden behan-

60. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*).

61. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*), r.o. 4.2.15.

62. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*), r.o. 4.2.18.

63. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*), r.o. 4.2.19.

64. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*), r.o. 4.2.30.

65. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*), r.o. 4.2.32.

66. Rb. Arnhem 16 januari 2013, ECLI:NL:RBON:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB e.a.*).

deld. Wel nieuw ten opzichte van de voorgaande kroniek is dat de tenuitvoerlegging van de uitspraak van 16 januari 2013 inmiddels reeds gedeeltelijk is geschorst als gevolg van het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 10 september 2013.⁶⁷ Het gerechtshof overweegt dat de Rechtbank Arnhem terughoudender had moeten zijn bij de verwerping van het *passing-on* verweer aangezien ABB c.s. nog niet had kunnen reageren op een economisch rapport waarop de afwijzing van het *passing-on* verweer in belangrijke mate is gebaseerd. Volgens het gerechtshof heeft er dan ook nog niet een ‘behoorlijk uitgekristalliseerd debat over het *passing-on* verweer’ plaats gehad.⁶⁸ Het gerechtshof concludeert om die reden dat ABB c.s. een zwaarwegend belang heeft om eerst een oordeel te verkrijgen over het *passing-on* verweer

‘voordat zij in de schadestaatprocedure worden gedwongen tot inbreng van uitvoerige en kostbare deskundigenrapporten, die minder zinvol kunnen blijken en tot nieuwe kosten aanleiding kunnen geven indien in hoger beroep anders over het *passing-on* verweer zou worden beslist.’⁶⁹

VvE/Otis: causaal verband kartel en schade

Evenals in de hierboven behandelde zaak *EMS/Equens*⁷⁰ stond ook in de procedure *VvE/Otis*⁷¹ het causaal verband tussen de inbreuk op het mededingingsrecht en de gestelde schade centraal. Bij beschikking van 21 februari heeft de Europese Commissie vastgesteld dat drie leveranciers van liften, waaronder Otis, in de periode van 15 april 1988 tot 5 mei 2004 in Nederland het kartelverbod hebben overtreden. In een procedure bij de Rechtbank Midden-Nederland vorderen twee verenigingen van eigenaars alsmede de Gemeente Raalte primair een verklaring voor recht dat Otis onrechtmatig jegens hen heeft gehandeld en dat Otis gehouden is de daardoor geleden schade te vergoeden.

De rechtbank wijst erop dat uit de beschikking van de Europese Commissie niets anders blijkt dan dat Otis (en twee andere leveranciers van liften) bij een aantal projecten mededingingsbeperkende afspraken met elkaar hebben gemaakt. De rechtbank wijst erop dat eisers niet hebben onderbouwd dat die verboden afspraken ook zagen op de tussen hen en Otis gesloten onderhoudscontracten. Van een causaal verband tussen enerzijds de door de Europese Commissie vastgestelde overtreding en anderzijds de betreffende onderhoudscontracten (met daarin vermeend te hoge tarieven) kan dan ook niet

worden uitgegaan. De rechtbank wijst de vorderingen af.

CDC/Shell e.a. (paraffinewaskartel): gebruik van ‘anker-gedaagde’ voor bevoegdheid Nederlandse rechter

In zijn uitspraak van 1 mei 2013 in de zaak *CDC / Shell e.a.*⁷² boog de Rechtbank Den Haag zich over enkele preliminaire verweren van de gedaagden. Aanleiding voor deze procedure vormt de beschikking van de Europese Commissie van 1 oktober 2008 in het paraffinewaskartel. In deze beschikking is aan verschillende ondernemingen (hierna kortheidshalve aan te duiden als: Shell, Sasol, Esso en Total) een boete opgelegd van in totaal 676.011.400 euro. Sasol, Esso en Total hebben tegen deze beschikking beroep aangetekend bij het Gerecht.

De rechtbank diende allereerst te oordelen of zij bevoegd was kennis te nemen van de schadevergoedingsacties. Deze beoordeling dient plaats te vinden aan de hand van Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (de EEX-Verordening). De rechtbank overweegt in dit kader allereerst dat zij op grond van artikel 2 EEX-Verordening bevoegd is kennis te nemen van de tegen Shell Petroleum N.V. aanhangig gemaakte procedure, aangezien deze rechtspersoon in Nederland is gevestigd. De andere partijen zijn in deze procedure gedagvaard op grond van artikel 6 EEX-Verordening. Dat artikel bevat een bijzondere bevoegdheidsgrondslag. Indien er meer dan één verweerder is, mag een eiser de procedure aanhangig maken voor de rechtbank van de vestigingsplaats van een van de gedaagden, ‘op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting’. Artikel 6 EEX-Verordening beoogt derhalve te voorkomen dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.

Volgens de rechtbank is aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 6 EEX-Verordening voldaan aangezien de vorderingen tegen alle gedaagden in de hoofdzaak de vraag betreffen naar de civielrechtelijke consequenties van de in de beschikking door de Commissie vastgestelde communautaire mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid voor het in de beschikking aangeduide kartel. Ook wijst de rechtbank erop dat voor gedragingen in kartelverband in zijn algemeenheid geldt dat deze naar hun aard tezamen worden begaan door de bij het kartel betrokken deelnemers. Volgens de rechtbank is er dan ook sprake van een voldoende nauwe band tussen de tegen alle gedaagden in de hoofdzaak ingestelde vorderingen.⁷³ Hieraan doet volgens de rechtbank niet af dat Shell Petroleum N.V. in de beschikking

67. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653 (*ABB e.a./TenneT*).

68. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653 (*ABB e.a./TenneT*), r.o. 3.16.

69. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653 (*ABB e.a./TenneT*), r.o. 3.17.

70. Rb. Midden-Nederland 10 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3245 (*EMS/Equens*). Deze zaak betrof geen *follow-on* schadevergoedingsactie aangezien er geen besluit van een mededingingsautoriteit lag dat diende als basis voor de vordering.

71. Rb. Midden-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1922 (*VvE/Otis*).

72. Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870 (*CDC/Shell e.a.*).

73. Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870 (*CDC/Shell e.a.*), r.o. 4.17.

slechts voor een relatief korte periode aansprakelijk is gehouden voor de kartelinbreuk.

Vervolgens buigt de rechtbank zich over het zogeheten *Masterfoods*-verweer.⁷⁴ Het *Masterfoods*-arrest van 14 december 2000 strekt ertoe te voorkomen dat een nationale rechter een beslissing neemt die in strijd is met een nog niet onherroepelijke beslissing van de Europese Commissie. Alle gedaagden in de onderhavige procedure beroepen zich hierop en vragen om die reden aanhouding van de zaak totdat de beschikking van de Europese Commissie in de kartelprocedure onherroepelijk is geworden.

Volgens de rechtbank brengt het *Masterfoods*-arrest mee dat

‘wanneer de beslechting van het geschil voor de nationale rechter afhangt van de geldigheid van de beschikking van de Commissie, de nationale rechter die wegens twijfel aan genoemde geldigheid overweegt een beslissing te nemen die indruist tegen deze beschikking, zijn beslissing aanhoudt tot een definitieve beslissing van de communautaire rechterlijke instanties op het beroep op nietigverklaring van de beschikking is gegeven (...)’.⁷⁵

De rechtbank verwierpt echter het beroep op het *Masterfoods*-verweer aangezien er – mede gelet op de stand van de procedure – (nog) geen sprake is van een situatie waarin de rechtbank overweegt een beslissing te nemen die tegen de beschikking van de Commissie indruist. De communautaire verplichting tot loyale samenwerking verplicht dan ook (nog) niet tot aanhouding van de hoofdzaak. De rechtbank verwijst in dit kader tevens op het door het Hof van Justitie in de zaak *Courage/Crehan* benadrukte beginsel van doeltreffendheid. Volgens de rechtbank zou dit beginsel op onaanvaardbare wijze worden doorkruist als de enkele omstandigheid dat beroep is ingesteld tegen de beschikking ertoe leidt dat pas voor antwoord dient te worden geconcludeerd nadat de beschikking onherroepelijk is geworden.⁷⁶

Esso en Shell verzochten de rechtbank gebruik te maken van de in artikel 28 EEX-Verordening gelegen discretionaire bevoegdheid om een zaak aan te houden indien samenhangende vorderingen aanhangig zijn voor gerechten van verschillende lidstaten. Het betreft hier zaken die op 29 juli 2009 en op 30 september 2011 door andere afnemers van paraffinewas aanhangig zijn gemaakt voor de Chancery Division of the High Court of Justice in Londen in het Verenigd Koninkrijk. Ook dit verwierpt de Rechtbank Den Haag gelet op het vroege stadium van de behandeling van beide zaken waarin nog geen inhoudelijk verweer is gevoerd.

Equilib/KLM e.a. (luchtvaartkartel): gerechtshof formuleert strengere eisen voor toepassing Masterfoods-doctrine

Ook in de zaak *Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*⁷⁷ speelde de vraag of de nationale rechter bevoegd is om een civiele *follow-on* schadeprocedure alvast te behandelen indien de kartelbeschikking van de Europese Commissie nog voorwerp is van een procedure bij de Unierechter. Equilib vorderde namens een aantal gedupeerden van het (vermeende) luchtvaartkartel compensatie voor de geleden schade. In eerste instantie vorderde een van de (vermeende) participanten van het luchtvaartkartel, KLM, om aanhouding van de zaak bij de nationale rechter totdat het betreffende kartelbesluit van de Commissie onherroepelijk is geworden. De Rechtbank Amsterdam besloot bij uitspraak van 7 maart 2012 inderdaad tot aanhouding van de civiele schadevergoedingsprocedure. Bij het Gerechtshof Amsterdam vorderde Equilib vernietiging van het vonnis van 7 maart 2012. Equilib voerde daartoe, kort gezegd aan, dat het *Masterfoods*-arrest niet tot aanhouding dwingt. Het Gerechtshof Amsterdam gaat hierin mee. In zijn arrest van 24 september 2013 oordeelt het gerechtshof dat uit het *Masterfoods*-arrest volgt dat de nationale rechter de ruimte heeft om te beoordelen of hij bij de behandeling van de zaak zal schorsen om een definitieve beslissing op het beroep tot nietigverklaring af te wachten of om het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.⁷⁸ Het gerechtshof interpreteert dit zo dat aanhouding van de nationale procedure alleen is voorgeschreven voor zover in de nationale procedure feitelijke of juridische vragen aan de orde zijn waarvan de beantwoording afhangt van de geldigheid van het besluit van de Commissie. Voor aanhouding van de zaak is bovendien vereist dat er redelijke twijfel bestaat aan de geldigheid van het besluit van de Commissie.⁷⁹

Op basis hiervan concludeert het gerechtshof dat wanneer de ene partij zich ter ondersteuning van haar vorderingen beroept op een besluit van de Commissie, het aan de ander – die verzoekt om aanhouding – is om de geldigheid van dat besluit te betwisten door: (1) aan te tonen dat zij tijdig beroep heeft ingesteld, (2) toe te lichten dat zij zich in redelijkheid verzet tegen het Commissiebesluit en (3) de verweren die zij in het geding wil aanvoeren, toe te lichten opdat de nationale rechter op basis daarvan kan afwegen of – en, zo ja, in hoeverre – de beoordeling van die verweren afhangt van de geldigheid van het besluit van de Commissie.⁸⁰

Het gerechtshof bepaalt vervolgens dat KLM eerst een conclusie van antwoord zal moeten nemen om te voldoen aan de onder (1) tot en met (3) vermelde voorwaarden alvorens kan worden beoordeeld of en in hoeverre

74. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, Jur. 2000, p. I-11369.

75. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, Jur. 2000, p. I-11369, r.o. 4.25.

76. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, Jur. 2000, p. I-11369, r.o. 4.27.

77. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*).

78. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*), r.o. 3.13.

79. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*), r.o. 3.14.

80. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*), r.o. 3.15.

de behandeling van de zaak moet worden aangehouden.⁸¹ Het gerechtshof beslist dat het vonnis van de rechtbank dan ook niet in stand kan blijven.

Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a. (liftenkartel): Nederlandse rechter deels onbevoegd door ontbreken nauwe band tussen nationale kartels

In de *follow-on* procedure naar aanleiding van het liftenkartel stuitten gedupeerden, verenigd in de *Stichting Elevator Cartel Claim*, op de grenzen van de bevoegdheid van de Nederlandse rechters. Dit blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 17 juli 2013.⁸² Achtergrond voor de procedure betreft een beschikking van de Europese Commissie van 21 februari 2007 waarin de volgende partijen zijn beboet voor hun participatie aan een kartel: Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp. In de beschikking werden vier afzonderlijke overtredingen geconstateerd die betrekking hadden op de nationale markten voor liften in Nederland, België, Luxemburg en Duitsland. Stichting Elevator Cartel Claim stelde claims in tegen de uiteindelijke moederondernemingen van Kone en ThyssenKrupp alsook tegen de nationale dochterondernemingen die – aldus de Commissiebeschikking – rechtstreeks betrokken waren bij de overtredingen.

Onder verwijzing naar artikel 99 Rv en artikel 110 Rv beslist de rechtbank allereerst dat zij bevoegd is om te oordelen over de claims tegen de Nederlandse dochteronderneming van ThyssenKrupp (aangezien deze is gevestigd binnen het rechtsgebied van de Rechtbank Rotterdam) en tegen de Nederlandse dochteronderneming van Kone (aangezien Kone de bevoegdheid van de Rechtbank Rotterdam niet betwistte).

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag of zij op grond van artikel 6 EEX-Verordening bevoegd is in de procedures tegen de gedaagden die woonplaats hebben in een andere EU-lidstaat. Ten aanzien van de niet-Nederlandse dochterondernemingen van ThyssenKrupp en Kone beantwoordt de rechtbank die vraag ontkennend. Volgens de rechtbank is voor de inschatting van het risico op onverenigbare beslissingen in de zin van artikel 6 EEX-Verordening vereist dat sprake is van eenzelfde feitelijke situatie.⁸³ Maar daarvan is volgens de rechtbank geen sprake aangezien in de beschikking van de Commissie wordt uitgegaan van vier nationale kartels. Bovendien blijkt uit de beschikking van de Commissie dat de gedragingen van de (vermeende) deelnemers aan het kartel verschillen vertonen wat betreft (1) de wijze waarop de deelnemers de concurrentie hebben uitgeschakeld, (2) de periodes en de duur van de gemaakte afspraken en (3) de specifieke producten en diensten waaruit de betreffende markt bestaat waarop de

concurrentie is uitgeschakeld. Van eenzelfde feitelijke situatie is volgens de rechtbank dan ook geen sprake.⁸⁴

Volgens de rechtbank is evenmin sprake van eenzelfde juridische situatie als bedoeld in artikel 6 EEX-Verordening. Zo verwacht de rechtbank dat er in de betrokken EU-lidstaten verschillen kunnen bestaan op het gebied van de hoofdelijke aansprakelijkheid en de groepsaansprakelijkheid en verder ook bij kwesties rond schadevergoeding.⁸⁵ Er bestaat volgens de rechtbank dan ook geen zodanig gevaar voor onverenigbare beslissingen dat berechting van alle vorderingen, ook die tegen alle buiten Nederland gevestigde gedaagden, door dezelfde rechter gerechtvaardigd of nodig is.⁸⁶

81. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*), r.o. 3.16.

82. Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a.*).

83. Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a.*), r.o. 5.18.

84. Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a.*), r.o. 5.20.

85. Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a.*), r.o. 5.21.

86. Rb. Rotterdam 17 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone e.a.*), r.o. 5.22.