

Kroniek

Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2014

Bas Braeken en Charlotte Eijberts*

Inleiding

58

In deze kroniek worden de belangrijkste civiele uitspraken uit 2014 waarin het mededingingsrecht een rol speelde thematisch behandeld. Net zoals in 2013 hebben ook in 2014 procespartijen zich veelvuldig op het mededingingsrecht beroepen en heeft dit doorgaans niet tot de gewenste uitkomst geleid. Slechts in een enkele zaak, zoals *Voorne Koi/Oase*¹ en *Koelhuis Dronten/The Greenery*,² is een beroep op het mededingingsrecht succesvol gebleken. In geen enkele zaak is een beroep op het verbod van misbruik van machtspositie geslaagd. Zaken over kartelschadeclaims daargelaten, kan al met al over 2014 worden gezegd dat dit geen best jaar was voor de civiele handhaving van het mededingingsrecht. Veel (met name lagere) rechters worstelen met de uitleg van (Europese) jurisprudentie en de toepassing van de Mededingingswet op concrete situaties.

Een andere observatie is dat het nog steeds vaak gebeurt dat partijen die zich beroepen op het mededingingsrecht hun argumenten onvoldoende uitwerken en derhalve niet voldoen aan hun stelplicht en bewijslast.³ Daarbij moet wel worden opgemerkt dat civiele rechters soms erg hoge eisen stellen aan de onderbouwing van mededingingsrechtelijke argumenten.

* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat bij Maverick Advocaten NV. Mr. C.A. Eijberts is advocaat bij Maverick Advocaten NV.

1. Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6156 (*Voorne Koi/Oase*).
2. Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3194 (*Koelhuis Dronten/The Greenery*).
3. Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1579 (*ANVR/de luchtvaartmaatschappijen*), r.o. 3.21.

Zeker daar waar het mededingingsrecht er als laatste redmiddel met de haren is bijgesleept valt te begrijpen dat civiele rechters (hoge) eisen stellen aan de stelplicht en bewijslast. De hoge eisen die de civiele rechter stelt ten aanzien van op het mededingingsrecht gebaseerde argumenten heeft echter niet onaanzienlijke consequenties voor de handhaving van het mededingingsrecht in Nederland. Sinds de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003⁴ heeft de civiele rechter een centrale rol gekregen bij de handhaving van het mededingingsrecht in individuele lidstaten. Door de hoge lat die civiele rechters in Nederland hanteren, dreigt er echter een handhavingshiaat te ontstaan waardoor het voor een rechtzoekende lastig of in elk geval zeer kostbaar (bijvoorbeeld vanwege de noodzaak tot het opstellen van rapporten e.d.) kan zijn om zijn (mededingingsrechtelijk) gelijk te halen. Emeritus hoogleraar Mok waarschuwde hier, in voorzichtige termen, al voor in zijn annotatie bij het *Batavus*-arrest.⁵ In het kader van de vraag of het begrip merkbaarheid een bestanddeel vormt van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (of juist een exceptie is) – welke vraag nog niet definitief is beantwoord in de rechtspraak – constateerde Mok dat bij een bevestigende beantwoording van deze vraag dit voor een private klager vaak onoverkomelijk kan zijn. Mok wees daarbij op het gevaar dat private handhaving beperkt zal blijven tot zware kartels die juist doorgaans al door de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit worden aangepakt.

Dit door de auteurs gepercipieerde handhavingshiaat is temeer zorgelijk nu ACM in de praktijk zeer terughoudend is met het onderzoeken van klachten. Gebrek aan

4. Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

5. HR 16 september 2011, NJ 2011/572, m.nt. M.R. Mok (*Batavus/Vriend*).

capaciteit en onvoldoende consumentenbelang worden vaak als excuus gehanteerd om klachten weg te prioriteren. Mogelijke gedupeerden van inbreuken op het mededingingsrecht dreigen daardoor regelmatig met lege handen te staan. Dat geldt al helemaal waar het gaat om de handhaving van het verbod op misbruik van machtspositie. Inbreuken op dit verbod zijn doorgaans moeilijker vast te stellen aangezien hiervoor in veel situaties economisch onderzoek is vereist. Dit geldt met name ten aanzien van klachten over kortingen, rooftprijzen en prijsstijgingen enzovoort. Het trackrecord van ACM op dit punt is ronduit schraal en ook civiele procedures zijn hier doorgaans niet de geëigende weg voor. Beter gaat het met de afhandeling van kartelschadevergoedingsprocedures. Diverse procedures zijn momenteel in volle gang en langzaam komen gedupeerden een stap dichterbij het mogelijk toekennen van een schadevergoeding. Verschillende elementen spelen hier een rol, zoals de bevoegdheid van de nationale rechter, de uiteindelijke berekening van de omvang van de kartelschade, waaronder het *passing-on* verweer. De in deze kroniek te bespreken zaken bevatten geen wezenlijk nieuwe elementen ten opzichte van de al bestaande jurisprudentie omtrent kartelschadeclaims maar bevestigen de (al eerder opgemerkte) pragmatische en voortvarende aanpak door Nederlandse civiele rechters en de ruimhartige interpretatie van hun eigen bevoegdheid.

Kartelzaken

Toetsing merkbaarheid

Uit het in 2012 door het Hof van Justitie gewezen *Expedia*-arrest⁶ volgt dat indien een overeenkomst of gedraging ertoe strekt de concurrentie te beperken en de handel tussen lidstaten beïnvloedt een merkbare beperking van de mededinging (en derhalve ook een overtreding van art. 101 lid 1 VWEU) is gegeven. Een van de lezingen van dit arrest, zoals die ook door auteurs wordt onderschreven, is dat bij doelbeperkingen die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden niet meer separaat hoeft te worden getoetst of is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste. Naar aanleiding van dit arrest is in de (Nederlandse) literatuur⁷ meermaals de vraag gesteld wat hiervan de consequenties zijn voor de toepassing van artikel 6 Mededingingswet (Mw).

In het bijzonder bestond (en wellicht: bestaat nog steeds) daarbij onduidelijkheid of bij de toepassing van het Nederlands kartelverbod op doelbeperkingen nog afzonderlijk moet worden getoetst aan het merkbaar-

heidsvereiste. Uit de zaken *Voorne Koi/Oase*,⁸ *FHI/VGZ c.s.*⁹ en *Koelhuis Dronten/The Greenery*¹⁰ kan vooralsnog worden opgemaakt dat de civiele rechter (toch) afzonderlijk toetst of een afspraak de mededinging merkbaar beperkt. In de meeste gevallen is het daarbij aan de partij die aanvoert dat artikel 6 Mw is overtreden om te bewijzen dat ook is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste.

Koelhuis Dronten/The Greenery: merkbaarheid als bevrijdend verweer

Aanleiding voor de zaak *Koelhuis Dronten/The Greenery*¹¹ was de koop door Koelhuis Dronten in 2006 van een aantal koelhuizen van The Greenery. Partijen spraken bij de koop naast een exclusieve afnameverplichting af dat The Greenery zich voor een periode van tien jaar zou onthouden van het ontplooiën van concurrerende activiteiten in, onder meer, de Flevopolders. Volgens Koelhuis Dronten handelt The Greenery in strijd met deze afspraak doordat zij nauw betrokken is bij de bouw van een aantal koelhuizen. Ook de exclusieve afnameverplichting (non-concurrentiebeding) kwam The Greenery volgens Koelhuis Dronten niet na. Hierop startte Koelhuis Dronten een bodemprocedure wegens niet-nakoming van de overeenkomst.

The Greenery verweert zich door te stellen dat het non-concurrentiebeding in strijd is met artikel 6 Mw. Het beding is volgens The Greenery een strekkingsbeding waardoor zonder nader onderzoek een merkbare beperking van de mededinging is gegeven. Het non-concurrentiebeding is dan ook nietig, aldus The Greenery. Koelhuis Dronten brengt daar onder verwijzing naar, onder meer, het *Allianz*-arrest¹² tegenin dat voor de toepassing van artikel 6 Mw wel degelijk is vereist dat het beding de mededinging merkbaar beperkt. Volgens haar is geen sprake van een merkbare beperking en is het non-concurrentiebeding geldig. The Greenery dient zich hieraan te houden, aldus Koelhuis Dronten.

De Rechtbank Rotterdam bepaalt dat onderzocht moet worden of het non-concurrentiebeding een toegelaten strekkingsbeding is. Daarbij verwijst de rechtbank naar het *Allianz*-arrest en concludeert vervolgens dat een merkbaarheidstoets moet worden uitgevoerd. De rechtbank overweegt dat dit geen effectenbeoordeling behelst, maar dat moet worden onderzocht of het non-concurrentiebeding 'geschikt is om de mededinging merkbaar te beperken'.¹³ Ten aanzien van de bewijslast overweegt de rechtbank dat de bewijslast dat het beding nietig is op The Greenery rust:

6. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.
7. Zie bijvoorbeeld B.J.H. Braeken en S. Tuinenga, 'Hof van Justitie zaait verwarring in *Expedia* over merkbaarheidsvereiste bij doelbeperkingen', *MP* 2013/3, p. 111 e.v., E.F. van Hasselt en H. Urlus, 'HvJ EU *Expedia* en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid', *M&M* 2013/4, p. 119 e.v. Zie anders: H.M. Cornelissen, 'Het *Expedia*-arrest: een merkbare koerswijziging?', *NTER* 2013/5, p. 171 e.v.

8. Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6156 (*Voorne Koi/Oase*).
9. Rb. Gelderland 19 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8165 (*FHI/VGZ e.a.*).
10. Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3194 (*Koelhuis Dronten/The Greenery*).
11. Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3194 (*Koelhuis Dronten/The Greenery*).
12. HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-32/11, *Allianz*, ECLI:EU:C:2013:160.
13. Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3194 (*Koelhuis Dronten/The Greenery*), r.o. 4.8.

‘maar [dat het] is (...) aan Koelhuis Dronten om ter onderbouwing van haar standpunt dat geen sprake is van een merkbare beperking voldoende feiten en omstandigheden naar voren te brengen omtrent de zwakke positie van Koelhuis Dronten én The Greenery’.¹⁴

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat moeilijk voorstelbaar is dat The Greenery een zwakke positie op de markt heeft. De rechtbank beschouwt het beding dan ook als merkbare beperking van de mededinging en bepaalt dat het beding nietig is.

Vermeldenswaardig is nog dat de rechtbank, naar aanleiding van de stelling van Koelhuis Dronten dat het concurrentiebeding op grond van artikel 7 lid 2 Mw is uitgezonderd van de werking van artikel 6 Mw, oordeelt dat een toetsing aan de bagatelbepaling achterwege kan blijven nu het nationale mededingingsrecht ‘niet strenger of soepeler mag worden uitgelegd dan het Europese mededingingsrecht en hiervoor is geoordeeld dat het non-concurrentiebeding een strekkingsbeding is’.¹⁵ Deze overweging staat haaks op de bedoeling van de Nederlandse wetgever om ondernemingen binnen Nederland meer vrijheid te geven om onderling samen te werken. De auteurs menen dan ook dat de overweging van de rechtbank juridisch onjuist is (hoewel dit voor de uiteindelijke uitkomst niet zou uitmaken nu onwaarschijnlijk lijkt dat aan de voorwaarden van art. 7 Mw is voldaan).

De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam is om twee redenen interessant. In de eerste plaats bevestigt de uitspraak de lijn die de meeste Nederlandse rechters (vooralsnog) lijken te hanteren dat voor de toepassing van artikel 6 Mw bij doelbeperkingen nog steeds moet worden getoetst of is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste. In de tweede plaats is voor de praktijk zeer relevant dat volgens de Rechtbank Rotterdam merkbaarheid niet een constitutief vereiste is voor de toepassing van artikel 6 Mw maar ‘*slechts*’ functioneert als een soort exceptief verweer (ontsnappingsgrond). Met andere woorden: het is aan de partij die meent dat het beding niet in strijd is met artikel 6 Mw om aannemelijk te maken dat *geen* merkbare beperking van de mededinging heeft plaatsgevonden.

Daro/Vehedo: bagatelbepaling biedt uitkomst

De zaak *Daro/Vehedo*¹⁶ heeft betrekking op een non-concurrentiebeding in een aandelenovereenkomst. Daro en Vehedo zijn samen met Stichting Administratiekantoor Vehedo aandeelhouder van Beheer B.V. (hierna: Beheer BV) die op haar beurt weer enig aandeelhouder is van Mode B.V. (hierna: Mode BV). Mode BV is actief op het gebied van de verkoop van seniorenkleding in onder andere zorgcentra en seniorenflats in Nederland

en in beperkte mate in België. Onderdeel van de aandeelhoudersovereenkomst tussen Daro en Vehedo is een non-concurrentiebeding. Dit beding bepaalt kort gezegd dat partijen nadat zij aandeelhouder waren van Beheer BV niet betrokken mogen zijn bij een bedrijf vergelijkbaar met Beheer BV of Mode BV. Na enkele jaren draagt Vehedo haar aandelen over aan Daro. Hierna is een geschil ontstaan omdat Vehedo volgens Daro het non-concurrentiebeding heeft geschonden. Vehedo verweert zich door te stellen dat het beding nietig is wegens strijd met artikel 6 Mw en/of artikel 101 VWEU.

De Rechtbank Oost-Brabant overweegt allereerst dat vanwege de zeer beperkte activiteiten in België alleen artikel 6 Mw aan de orde is. Dit niet nader onderbouwde oordeel heeft, zoals hierna zal blijken, vergaande consequenties voor de afdoening van deze zaak. Vervolgens overweegt de rechtbank dat beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van de concentratie in beginsel toegestaan zijn. De Rechtbank Oost-Brabant vervolgt evenwel – in lijn met de Commissie inzake *Nevenrestricties*¹⁷ – dat ‘[h]et onderhavige non-concurrentiebeding (...) echter niet onder deze vrijstelling [valt], omdat het uitsluitend betrekking heeft op goodwill en niet tevens op know how, zodat het beding maximaal een looptijd mocht hebben van twee jaar’.¹⁸

De rechtbank concludeert evenwel dat de afspraak onder de bagatelbepaling valt van artikel 7 Mw en derhalve buiten het bereik van artikel 6 Mw valt zodat de afspraak toch is toegestaan. De rechtbank kon uitsluitend tot dit oordeel komen omdat – naar haar mening – artikel 101 VWEU niet van toepassing was.

Partijen hadden zich overigens subsidiair ook nog op het standpunt gesteld dat analoge toepassing van het mededingingsrecht met zich brengt dat het non-concurrentiebeding ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is’. In dat kader verwijst de rechtbank opnieuw naar de Mededeling van de Commissie inzake *Nevenrestricties*.¹⁹ De rechtbank stelt evenwel vast dat er ook kennisoverdracht heeft plaatsgevonden zodat om die reden hoe dan ook een periode van drie jaar is toegestaan.

FHI/VGZ c.s.: ook toetsing merkbaarheid bij artikel 101 VWEU

In de zaak *FHI/VGZ c.s.*²⁰ speelt het begrip merkbaarheid eveneens een belangrijke rol. FHI is een branchevereniging die onder meer de belangen van aflevereers van dieetpreparaten behartigt. Deze aflevereers bezor-

14. Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3194 (*Koelhuis Dronten/The Greenery*), r.o. 4.8.

15. Rb. Rotterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3194 (*Koelhuis Dronten/The Greenery*), r.o. 4.12.

16. Rb. Oost-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4147 (*Daro/Vehedo*).

17. Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties Europese Commissie, *PbEU* 2005, C 56/24 (2005/C 56/03).

18. Rb. Oost-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4147 (*Daro/Vehedo*), r.o. 4.2.

19. Rb. Oost-Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4147 (*Daro/Vehedo*), r.o. 4.6. / Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties Europese Commissie, *PbEU* 2005, C 56/24 (2005/C 56/03).

20. Rb. Gelderland 19 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8165 (*FHI/VGZ e.a.*).

gen dieetpreparaten bij verzekerden van zorgverzekeraars, waaronder VGZ. De afleveraars krijgen hiervoor een vergoeding van VGZ, indien zij met haar een zorginkoopovereenkomst hebben gesloten. Fresenis Kabi Nederland is een producent van dieetpreparaten en heeft met VGZ een overkomst gesloten voor de levering van dieetpreparaten.

Een van de bepalingen in de overeenkomst tussen de afleveraars en VGZ verplicht afleveraars om dieetproducten van Fresenius Kabi Nederland rechtstreeks bij de Nederlandse vestiging van deze producent af te nemen. Hierdoor kunnen de afleveraars deze specifieke producten niet via parallelimport uit het buitenland betrekken. Volgens FHI is dit in strijd met zowel artikel 6 Mw als artikel 101 VWEU.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het weinig twijfel lijdt dat het samenstel van afspraken tussen Fresenius Kabi Nederland en VGZ enerzijds en de afleveraars en VGZ anderzijds ertoe strekt de mededinging te beperken aangezien zij de parallelimport beoogt te verbieden.²¹ De voorzieningenrechter overweegt bovendien dat gesteld noch gebleken is dat sprake is van een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6 lid 3 Mw dan wel artikel 101 lid 3 VWEU. In zijn uitspraak gaat de voorzieningenrechter vervolgens expliciet in op de consequenties van het *Expedia*-arrest²² en overweegt dat er geen eenstemmigheid bestaat over het antwoord op de vraag of apart moet worden onderzocht of de mededinging merkbaar is beperkt. Uit de uitspraak blijkt dat geen van beide partijen zich hierover heeft uitgelaten. De voorzieningenrechter overweegt vervolgens dat bij gebrek aan bepaalde feitelijke gegevens 'niet [kan] worden vastgesteld dat de (...) vastgestelde beperking van de mededinging geschikt is om de mededinging concreet en in voldoende mate te beperken'.²³ Uiteindelijk overweegt de voorzieningenrechter dat het op de weg van FHI (als eisende partij) had gelegen haar vordering op dit punt te onderbouwen. Nu FHI dit achterwege heeft gelaten, wijst de voorzieningenrechter de vorderingen af.

Hier gaat de voorzieningenrechter, naar de mening van de auteurs, de fout in. Volgens de voorzieningenrechter leidde het namelijk geen twijfel dat er sprake was van een doelbeperking en was tevens voldaan aan het interstatelijkheids criterium van artikel 101 VWEU. Naar de mening van auteurs laat het *Expedia*-arrest voor dit soort situaties weinig twijfel bestaan dat dan ook is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste. Het door de voorzieningenrechter genoemde gebrek aan eenstemmigheid over het *Expedia*-arrest ziet volgens de auteurs met name op de consequenties van het *Expedia*-arrest voor de toepassing van artikel 6 Mw.

Sparq/Brand: geen oordeel over merkbaarheid zonder marktafbakening

De zaak *Sparq/Brand*²⁴ betreft een geschil over een relatiebeding dat was afgesproken tussen Brand en een van haar bestuurders (hierna: de Bestuurder) die na een geschil de onderneming had verlaten. Op grond van dat relatiebeding is het de Bestuurder voor een periode van twee jaar verboden om diensten aan te bieden aan of werkzaam te zijn bij een aantal relaties van Brand. Na zijn vertrek richt de Bestuurder een onderneming op, te weten Trade Guard, waarvan hij medeaandeelhouder en (indirect) medebestuurder is. Tegelijkertijd wordt de onderneming Sparq opgericht. De bestuurders van Sparq zijn tevens bestuurders van Trade Guard. Trade Guard en Sparq richten zich op dezelfde markt als Brand, te weten het ontwikkelen en distribueren van levensmiddelen (en dan met name van chocola en zoetwaren). Hoewel de Bestuurder slechts indirect betrokken is bij de bedrijfsvoering van Trade Guard en Sparq, is Sparq volgens Brand afhankelijk van de Bestuurder om succesvol actief te kunnen zijn op de markt.

Brand betoogt dan ook bij de civiele rechter dat Sparq onrechtmatig jegens Brand handelt omdat zij (met behulp van de Bestuurder) zaken doet met de door het relatiebeding (tussen de Bestuurder en Brand) bestreken zakenrelaties. In eerste instantie had de voorzieningenrechter de vorderingen van Brand grotendeels toegewezen.²⁵ In hoger beroep bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch voert Sparq onder meer aan dat het relatiebeding in strijd is met 'het kartelverbod'. Het hof overweegt allereerst, in navolging van het *IATA*-arrest van de Hoge Raad van 21 december 2012, dat '[d]egene die zich op het standpunt stelt dat een ander in strijd handelt met het mededingingsrecht, [dit] dient te onderbouwen met de relevante feiten en omstandigheden (...)'.²⁶ Een partij kan derhalve niet volstaan met een algemene aanduiding van mededingingsrechtelijke verboden, gepaard met de stelling dat deze verboden in het desbetreffende geval zijn geschonden. Dat is, aldus het hof, 'niet anders wanneer daarbij summier aanduidingen van relevante geografische en productmarkten worden gegeven en niet nader toegespitste stellingen worden betrokken omtrent percentages van respectieve marktaandeelen op de desbetreffende markten'.²⁷

Onder verwijzing naar zowel het *Expedia*- als het *Allianz*-arrest, overweegt het hof vervolgens dat zowel bij de vraag of sprake is van een merkbare beperking van de mededinging als bij de vraag of sprake is van een strekkingsbeperking een marktafbakening niet achterwege kan blijven. Het hof concludeert daaruit dat Sparq niet aan de op haar rustende stelplicht heeft voldaan ten

21. Rb. Gelderland 19 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8165 (*FHI/VGZ e.a.*), r.o. 4.6.

22. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.

23. Rb. Gelderland 19 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8165 (*FHI/VGZ e.a.*), r.o. 4.8.

24. Hof 's-Hertogenbosch 30 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5675 (*Sparq/Brand*).

25. Rb. Zeeland-West-Brabant 19 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1205 (*Brand/Sparq*).

26. Hof 's-Hertogenbosch 30 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5675 (*Sparq/Brand*), r.o. 3.5.7.

27. Hof 's-Hertogenbosch 30 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5675 (*Sparq/Brand*), r.o. 3.5.7.

aanzien van het beroep op de nietigheidssanctie van het kartelverbod.

Kartelzaken: overig

Berkhof & Partners/geïntimeerde: niet in tijd of geografische reikwijdte beperkt relatiebeding niet in strijd met artikel 6 Mw

In de zaak *Berkhof & Partners/geïntimeerde*²⁸ buigt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich over de (mededingingsrechtelijke) houdbaarheid van de concurrentiebedingen die Berkhof & Partners en een niet in de uitspraak bij naam genoemde derde partij (een natuurlijk persoon, hierna: Derde Partij) zijn overeengekomen.

Berkhof & Partners is een assurantiebureau dat in 2008 van een vennootschap onder firma een assurantieportefeuille had gekocht, waar betrokken partijen een relatiebeding voor onbepaalde tijd waren overeengekomen. De Derde Partij was de bestuurder van een besloten vennootschap die op haar beurt één van de vennoten was van de vennootschap onder firma. Kort na het sluiten van de koopovereenkomst gingen Berkhof & Partners en de Derde Partij een arbeidsovereenkomst aan voor de duur van zes maanden. In deze overeenkomst wordt verwezen naar de afspraken uit de koopovereenkomst met de vennootschap onder firma en spreken partijen af dat de Derde Partij geen zaken mag doen met relaties van de vennootschap onder firma en Berkhof & Partners na een eventueel einde van de arbeidsovereenkomst. Centraal in de zaak stond aldus het relatiebeding in de koopovereenkomst en het daaraan gekoppelde non-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst.

Berkhof & Partners heeft zich op het standpunt gesteld dat de Derde Partij in strijd heeft gehandeld met het relatiebeding uit de koopovereenkomst en het non-concurrentiebeding uit de arbeidsovereenkomst. De Derde Partij verweerde zich met, onder meer, de stelling dat het relatiebeding uit de koopovereenkomst nietig is wegens strijd met artikel 6 lid 1 Mw aangezien het beding noch geografisch noch in tijdsduur is beperkt, zodat naar analogie met de Mededeling nevenrestricties van de Europese Commissie²⁹ aangenomen moet worden dat het beding in strijd is met het mededingingsrecht. Het gerechtshof ging daarin niet mee en overwoog onder verwijzing naar het *IATA*-arrest van de Hoge Raad³⁰ dat een partij die zich op de mededingingsrechtelijke nietigheid beroept in beginsel niet kan volstaan met een algemene aanduiding van het verweer. Volgens het gerechtshof was in casu niet voldaan aan de stelplicht en bewijslast.

Het hof oordeelt ten aanzien van het non-concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst dat het niet aanvaardbaar acht dat dit beding in de bodemprocedure standhoudt. Het neemt hierbij in overweging dat de

arbeidsovereenkomst slechts voor de duur van zes maanden was gesloten en reeds vijf jaar was verstreken. Het hof overweegt dat voor een dergelijk beding een duur van drie jaar gebruikelijk is. Het hof schorst het beding.

Het arrest illustreert eens te meer dat de lat voor het doen slagen van mededingingsrechtelijke argumenten hoog ligt. Zelfs bij bedingen die evident veel verder gaan dan wat volgens de Europese Commissie is toegestaan, zal een partij met stevig onderbouwde stellingen moeten aankomen wil zij een goede kans van slagen hebben.

HDT-Oost/eiser: toetsing aan kwaliteitscriteria geen economische activiteit

In de zaak *HDT-Oost/eiser*³¹ beklaagt eiser, een huisarts, zich bij de voorzieningenrechter over het feit dat hij niet toegelaten wordt tot HDT-Oost, een coöperatieve vereniging van huisartsen. HDT-Oost heeft besloten eiser niet toe te laten als waarnemend arts voor het verrichten van avond-, nacht- en weekenddiensten vanwege een tuchtrechtelijke maatregel die eerder aan eiser is opgelegd. Eiser stelt dat deze weigering in strijd is met het verbod op misbruik van een machtspositie dan wel met het kartelverbod.

De voorzieningenrechter toetst allereerst of het mededingingsrecht van toepassing is op de kwestie. Dat blijkt niet het geval:

‘HDT-Oost gedraagt zich feitelijk niet als een onderneming, noch als een ondernemersvereniging, maar heeft toelating van [eiser] als waarnemer geweigerd op grond van de voor haar uit de Kwaliteitswet zorginstellingen voortvloeiende verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de door haar als zorgaanbieder beschikbaar gestelde patiëntenzorg. De door HDT-Oost toegepaste norm (...) is een objectief kwaliteitsinstrument (...).’³²

HDT-Oost kwalificeert dus voor wat betreft de toelating niet als onderneming en ontplooit geen economische activiteit. De voorzieningenrechter bepaalt dus dat het gedrag van HDT-Oost in casu niet onder het toepassingsbereik van het mededingingsrecht valt. Dit oordeel is mededingingsrechtelijk goed verdedigbaar: het staat een ondernemersvereniging in beginsel vrij om bepaalde kwalitatieve minimumeisen te stellen aan haar leden zolang die eisen maar objectief worden toegepast.

NVOS/CZ: gezamenlijk procederen soms in strijd met kartelverbod

Streng is het oordeel van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant naar aanleiding van een geschil tussen NVOS en CZ.³³ NVOS is een brancheorganisatie van leveranciers van orthopedische schoenen. CZ heeft een zorg(inkoop)overeenkomst gesloten met aanbieders van orthopedische schoenen

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2612 (*Berkhof & Partners/geïntimeerde*).

29. Mededeling nevenrestricties Europese Commissie, *PbEG* 2005, C 56/24.

30. HR 12 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*IATA*).

31. Rb. Overijssel 11 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3875 (*HDT-Oost*).

32. Rb. Overijssel 11 juli 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3875 (*HDT-Oost*), r.o. 5.10.

33. Rb. Zeeland-West-Brabant 20 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7296 (*NVOS/OWM*).

waarin tarieven zijn afgesproken ter vergoeding van deze schoenen. NVOS meent dat de tarieven van CZ te laag zijn en heeft daarom een kort geding aangespannen waarin zij onder meer vordert dat het CZ wordt verboden om uitvoering te geven aan de in de zorginkoopovereenkomsten afgesproken tarieven. NVOS beroept zich daartoe op onder meer artikel 24 Mw. CZ stelt onder meer dat NVOS niet-ontvankelijk is omdat haar statuten geen antwoord geven op de vraag of zij namens haar leden in rechte mag optreden. Voorts stelt CZ dat NVOS geen spoedeisend belang heeft bij haar vorderingen. Bovendien stelt CZ dat het collectief onderhandelen door NVOS in strijd is met artikel 6 Mw.

De voorzieningenrechter bepaalt dat er geen reden is om aan te nemen dat NVOS niet-ontvankelijk is: de statuten bieden voldoende grondslag en de individuele leden kunnen zich verzetten tegen de gevolgen van een rechterlijke uitspraak. De voorzieningenrechter ziet hier aanleiding om tevens in te gaan op het collectief onderhandelen door NVOS en verwijst naar de Richtsnoeren voor de zorgsector van ACM.³⁴ Op grond van deze Richtsnoeren is het (volgens ACM) concurrerende zorgaanbieders verboden collectief te onderhandelen. De voorzieningenrechter oordeelt tevens dat de overige vorderingen onvoldoende spoedeisend belang hebben. Op deze grond wijst de voorzieningenrechter de vordering van NVOS om geen uitvoering te geven aan de afgesproken tarieven af. Ten overvloede ziet de voorzieningenrechter reden om in te gaan op het geschil dat partijen verdeeld houdt. Uit de stukken die CZ heeft overgelegd in de procedure maakt de voorzieningenrechter op dat de vergoedingen op zorgvuldige wijze en met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid tot stand zijn gekomen. Hoewel CZ geen contact lijkt te hebben gehad met de NVOS heeft zij wel met de branche gesproken over de clusterprijzen en die naar aanleiding daarvan ook in hoogte aangepast. De omstandigheid dat 59 procent van de orthopedische zorgaanbieders de zorginkoopovereenkomst 2015 heeft ondertekend, maakt het volgens de voorzieningenrechter aannemelijk dat de tarieven niet als onredelijk moeten worden aangemerkt.

Voorne Koi/Oase: verbod internetverkoop en reclame voor erg lage prijzen

De zaak *Voorne Koi/Oase*³⁵ betreft een geschil naar aanleiding van een overeenkomst op grond waarvan Voorne Koi vijverproducten van Oase afnam. Oase levert haar producten (indirect) aan distributeurs die zich committeren aan haar selectieve distributiestelsel. Eind 2009 ontbond Oase de overeenkomst wegens overtreding van enkele bepalingen, waaronder de verplichting om geen Oase-producten te verkopen via het internet. Deze ontbinding leidde tot een kort geding (niet gepubliceerd) en daaropvolgend een bodemprocedure bij de Rechtbank Midden-Nederland. Voorne Koi stelt in de bodempro-

cedure dat de desbetreffende bepalingen nietig zijn wegens strijd met het mededingingsrecht.

De twee contractuele bepalingen die Voorne Koi volgens Oase heeft overtreden zijn (1) het verbod om de vijverproducten van Oase zonder toestemming van Oase online te verkopen (zonder dat duidelijk is aan welke concrete voorwaarden Voorne Koi zou moeten voldoen om deze toestemming te verkrijgen) en (2) het verbod om reclameacties te voeren op haar website met erg lage prijzen voor de producten van Oase. Voorne Koi stelt dat deze bepalingen *hardcore* restricties zijn in de zin van de Groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten³⁶ waardoor de ontbinding niet rechtsgeldig is. Voorne Koi vraagt de rechtbank dan ook te verklaren dat de overeenkomst, met uitzondering uiteraard van de gewraakte bepalingen, nog steeds van kracht is.

De Rechtbank Midden-Nederland stelt in haar zorgvuldig opgebouwde uitspraak allereerst vast dat het distributiestelsel dat Oase heeft uitgerold kwalificeert als een selectief distributiestelsel. De rechtbank toetst de bepalingen aan de Groepsvrijstellingen Verticale Overeenkomsten en concludeert dat genoemde bepalingen kwalificeren als *hardcore* restricties. De rechtbank oordeelt dat deze bepalingen 'niet op grond van de Groepsvrijstelling [zijn] vrijgesteld van toepassing van het kartelverbod'.³⁷ In een korte overweging komt de rechtbank vervolgens tot het oordeel dat de betreffende bepalingen ertoe strekken de mededinging te beperken en derhalve nietig zijn. De ontbinding door Oase van de overeenkomst die gebaseerd is op overtreding van deze bepalingen deelt dit lot.

Interessant is dat Oase de overeenkomst niet alleen had ontbonden maar ook (voor zover nodig, aldus Oase) had opgezegd met onmiddellijke ingang om dringende redenen. De dringende redenen die Oase daarvoor aanvoerde, betroffen de overtredingen van de bovengenoemde (nietige) bepalingen. De rechtbank converteert deze opzegging in een andere contractuele opzeggingsmogelijkheid: de opzegging zonder dringende redenen met een opzegtermijn van drie maanden. De rechtbank concludeert dat deze opzegging op deze manier wel rechtsgeldig is en dat de overeenkomst toch is beëindigd. Voorne Koi had kennelijk geanticipeerd op dit scenario en had om die reden (subsidiar) gevorderd dat het Oase wordt verboden aan haar afnemers een leveringsverbod op te leggen voor de verkoop van Oase-producten aan Voorne Koi (als indirecte distributeur). Oase had gesteld dat zo een specifiek doorleveringsverbod gerechtvaardigd was vanwege de ontstane vertrouwensbreuk. Daardoor kon, aldus Oase, niet van haar worden gevergd dat zij (indirect) Voorne Koi in staat zou stellen haar producten te verkopen. De rechtbank oordeelt dat het feit dat Oase geen vertrouwen meer heeft in Voorne

34. ACM, Richtsnoeren voor de zorgsector, 12 maart 2010.

35. Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6156 (*Voorne Koi/Oase*).

36. 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. Destijds gold de Verordening die hieraan voorafging (Verordening (EG) nr. 2790/1999).

37. Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6156 (*Voorne Koi/Oase*), r.o. 4.14.

Koi op zichzelf geen reden vormt om geen Oase-producten aan Voorne Koi te leveren en de wederverkoop van haar producten door haar afnemers aan Voorne Koi te blokkeren. Vast stond in deze procedure dat het distributeurs van Oase normaal gezien was toegestaan producten te leveren aan derde partijen indien zij een bepaald blad met voorwaarden en criteria voor de verkoop van Oase-producten ondertekenen en zodoende aan de voorwaarden van het selectieve distributiestelsel voldoen. Dit blad is gelijk aan de voorwaarden waaraan de distributeurs moeten voldoen. Zolang Voorne Koi deze voorwaarden niet overtreedt, heeft Oase geen gerechtvaardigd belang om haar distributeurs te verbieden aan Voorne Koi te leveren.

Misbruik economische machtspositie

Uit de eerdere kronieken is reeds gebleken dat een beroep op misbruik van een machtspositie zelden slaagt. In 2014 is dat niet anders. Civiele rechters zijn zeer – en misschien soms zelfs té – terughoudend waar het gaat om vorderingen gebaseerd op het verbod op misbruik van machtspositie. Dat de lat hoog ligt, blijkt bijvoorbeeld uit de zaak *Niigata*³⁸ waarin de Rechtbank Rotterdam overwoog dat het een onderneming met een machtspositie vrijstaat pogingen te ondernemen om haar klanten te behouden (bijvoorbeeld door haar klanten scherpe aanbiedingen te doen). Ook voor ondernemingen met een machtspositie geldt immers in beginsel het recht te handelen zoals zij ter verdediging van hun belangen wenselijk achten.

In veel gevallen voldoet de eisende partij bovendien niet aan haar stelplicht.³⁹ Ook dat volgt uit de *Niigata*-zaak,⁴⁰ maar evenzeer uit de zaak *ECT/HbR*.⁴¹

NVM/HPC

In 2014 wees de Hoge Raad arrest in de langlopende zaak tussen de curator van het gefailleerde softwarebedrijf HPC tegen de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM).⁴² Aanleiding voor deze procedure was een verplichting van NVM, die 80 procent van de beëdigde makelaars verenigt, aan haar leden om bepaalde door haarzelf ontwikkelde software te gebruiken waarmee (onder meer) objectgegevens kunnen worden uitgewisseld. HPC had *office management software* ontwikkeld voor makelaarskantoren. Voor de commerciële exploitatie hiervan was het noodzakelijk dat deze software kon communiceren met de software van NVM. NVM had bij HPC in 2000 ook de indruk gewekt dat zij de daartoe noodzakelijke gegevens beschikbaar zou stellen, namelijk uiterlijk vanaf maart 2004. HPC heeft dit moment

niet meer meegemaakt: zij werd in januari 2004 failliet verklaard.

De curator van HPC vorderde in een civiele procedure schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad wegens overtreding van artikel 6 en 24 Mw. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde⁴³ in 2012 al dat NVM in strijd met het kartelverbod had gehandeld. Misbruik van economische machtspositie stelde het hof niet vast. Het gerechtshof heeft de zaak naar de schade-staatprocedure verwezen. In de kroniek van 2012 kwam deze zaak ook reeds aan bod.⁴⁴

Het door NVM ingestelde cassatieberoep dat zich richt tegen de vaststelling door het hof dat NVM in strijd met het artikel 6 Mw heeft gehandeld, wordt door de Hoge Raad verworpen. Daartoe overweegt de Hoge Raad dat een besluit van een ondernemingsvereniging ook in strijd kan zijn met het mededingingsrecht indien haar gedrag effecten heeft op een andere markt dan waarop deze vereniging zelf (en haar leden) actief is (zijn).⁴⁵ De Hoge Raad volgt hierin het Hof van Justitie in het arrest *OTOC*.⁴⁶ Hierin oordeelde het Hof van Justitie dat het kartelverbod ook ziet op besluiten van de Portugese orde van boekhouders (OTOC) die een stelsel van permanente educatie had ontwikkeld waarin zij haar eigen cursussen bevoordeelde. Volgens het Hof van Justitie was dit in strijd met artikel 101 VWEU.

Voor deze kroniek is bovendien interessant de beoordeling van het incidenteel cassatiemiddel van HPC tegen het oordeel van het gerechtshof dat NVM geen misbruik had gemaakt van haar machtspositie. De Hoge Raad toetste daarbij of het gerechtshof artikel 24 Mw op een juiste wijze had toegepast door te verlangen dat voor de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie het gedrag van NVM leidde tot een *volledige* uitschakeling van de mededinging. De Hoge Raad meent dat dit het geval is en maakt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie op dat een leveringsweigering pas kwalificeert als misbruik indien de mededinging wordt uitgeschakeld. Omdat niet de gehele concurrentie wordt uitgeschakeld door NVM, maar (slechts) een deel (namelijk het deel van de markt dat door haar leden wordt vertegenwoordigd (80 procent)), kan volgens de Hoge Raad niet worden gesproken van misbruik van een machtspositie.

EVT/Ministerie I&M

In de (evenzeer) langlopende procedure tussen de veerpontdienst Eigen Veer Terschelling (EVT) en de Nederlandse Staat (Ministerie van Infrastructuur en Milieu, hierna: Ministerie) stond de vraag centraal of het Ministerie de overeenkomst van 2007 tot medegebruik van en toegang tot de aanleginrichtingen op de haventerreinen van Harlingen en Terschelling had

38. Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8245 (*Niigata*).

39. Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8245 (*Niigata*).

40. Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8245 (*Niigata*).

41. Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:7824 (*ECT/HbR*).

42. HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:149 (*NVM/HPC*).

43. Hof Amsterdam 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BM1240 (*Veerman q.q./NVM*).

44. Zie S. Tuinenga en J.S. Kortmann, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2012', *M&M* 2013/5, p. 56.

45. E.e.a. in lijn met jurisprudentie ten aanzien van het verbod tot misbruik machtspositie, zie bijvoorbeeld HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-1/12, *OTOC*, ECLI:EU:C:2013:127.

46. HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-1/12, *OTOC*, ECLI:EU:C:2013:127.

mogen opzeggen. Doeksen voert sinds jaar en dag veerdiensten uit tussen Harlingen en Terschelling en Harlingen en Vlieland. Haar diensten werden al in 1985 door het Ministerie aangemerkt ‘als “schakels in wegverbindingen” met zowel een vervoersfunctie als een brugfunctie’.⁴⁷ In 1987 heeft Doeksen een convenant gesloten met het Ministerie en de gemeenten Terschelling en Vlieland. Dit convenant is vervangen door een openbaar dienstcontract (ODC) per eiland tussen het Ministerie en Doeksen. In het ODC is vastgelegd dat Doeksen het gehele jaar de boottendiensten onderhoudt volgens een bepaalde dienstregeling, waarbij zij zal voldoen aan de overeengekomen voorwaarden en eisen.

EVT is op deze route een relatief nieuwe aanbieder van veerdiensten die concurreert met Doeksen. EVT heeft met het Ministerie eind 2007 de overeenkomst tot medegebruik gesloten, die EVT in staat stelt veerdiensten aan te bieden en te concurreren met Doeksen. EVT is hierbij niet aan dezelfde voorwaarden gebonden als Doeksen.

Sinds het voorjaar van 2012 vaart EVT met een grotere boot (met meer capaciteit). Doeksen is hierdoor in de financiële problemen geraakt. Doeksen, die immers – anders dan EVT – ook de onrendabele lijnen moet verzorgen, zou daardoor niet langer in staat zijn de eerder overeengekomen dienstregeling uit te voeren. Daardoor zou een betrouwbare, het gehele jaar dekkende, veververbinding tussen Vlieland en Terschelling in het gedrang komen.

Vervolgens ontstond een discussie tussen Doeksen, de betrokken gemeenten en het Ministerie over de wijze waarop de veververbinding kon worden gewaarborgd. Uiteindelijk heeft het Ministerie het publieke belang aangegepen en bij brief van 15 oktober 2013 besloten de overeenkomst tot medegebruik met EVT met ingang van 1 februari 2014 op te zeggen. Hierdoor zou het bestaansrecht van Doeksen worden gewaarborgd. ACM heeft op 13 november 2013 haar visie hierop schriftelijk kenbaar gemaakt en daarbij gewezen op het risico van overtreding van het verbod op misbruik van machtspositie door het Ministerie.

Tegen de opzegging spande EVT een kort geding aan. Haar vorderingen werden evenwel afgewezen.⁴⁸ In hoger beroep was EVT echter meer succesvol. In het (spoedappèl) arrest van 30 januari 2014⁴⁹ overweegt het hof dat het Ministerie de alternatieven voor opzegging onvoldoende heeft onderzocht. Het hof wijst er daarbij op dat EVT bij herhaling heeft laten weten een bijdrage te willen leveren aan de instandhouding van onrendabele lijnen. Ook wijst het hof op de (informele) adviesbrief die ACM⁵⁰ eerder aan het Ministerie van I&M stuurde. Strekking van de brief is dat het Ministerie bij het slui-

ten van de overeenkomst onder de werking van het mededingingsrecht zou kunnen vallen omdat het Ministerie in het onderhavige geval als onderneming opereert die een economische activiteit ontplooit. De gedraging van het Ministerie zou dan met name in strijd kunnen zijn met het verbod op misbruik van een machtspositie. Gezien deze brief acht het hof het ‘bovendien (...)’ voorschans niet uitgesloten, dat in een eventuele bodemzaak zal worden vastgesteld dat de opzegging van de huurovereenkomsten in strijd is met artikel 24 Mededingingswet.⁵¹ Het arrest maakt duidelijk dat ook overheidsinstellingen de nodige zorgvuldigheid dienen te betrachten wanneer zij zich in het economisch verkeer begeven.

ECT/HbR

In de zaak *ECT/HbR*⁵² beschuldigt het containeroverslagbedrijf Europe Container Terminals (ECT) het Havenbedrijf Rotterdam (HbR) er onder andere van misbruik te maken van zijn economische machtspositie. Volgens ECT heeft HbR ECT ten onrechte geweerd uit de laatste ronde van de tender voor de exploitatie van twee containerterminals op de Tweede Maasvlakte. ECT beklagt zich er bovendien over dat HbR op de Tweede Maasvlakte grond heeft uitgegeven aan concurrenten van ECT door met hen een bonus-malusregeling af te spreken, waarmee HbR deze concurrenten ten opzichte van ECT zou bevoordelen. Ter onderbouwing van deze stellingen wijst ECT op een NMa-rapportage uit 2005 en het daarbij horende economische rapport. Aanleiding voor dit rapport van NMa was het voornemen van de Rijksoverheid om te participeren in HbR en tegen die achtergrond heeft NMa onderzocht of HbR ‘beschikt over een economische machtspositie op het gebied van de terbeschikkingstelling van haveninfrastructuur en de uitgifte van bedrijfsterreinen en zo ja, of een gereede kans bestaat dat HbR hiervan misbruik kan maken’.⁵³ HbR kan zich volgens ECT in vergaande mate onafhankelijk gedragen en heeft dus een machtspositie. Uit een aantal gedragingen die ECT noemt zou volgens hem blijken dat HbR misbruik maakt van zijn machtspositie.

De rechtbank wijst de vorderingen van HbR af en overweegt daartoe allereerst dat uit de rapportage van de NMa uit 2005 waarop ECT zich beroept niet voortvloeit dat HbR een machtspositie heeft. De NMa heeft in haar rapport immers juist geconcludeerd dat HbR zich om diverse redenen niet in belangrijke mate onafhankelijk van huurders kan gedragen. Ook de door ECT genoemde gedragingen en contractvoorwaarden die onderwerp zijn van het geschil kunnen volgens de rechtbank niet tot de conclusie leiden dat HbR een machtspositie heeft. De rechtbank wijst daarbij onder andere op de eigen sterke positie van ECT en de afnemersmacht die ECT

47. HvJ EU 28 februari 2013, zaak C-1/12, *OTOC*, ECLI:EU:C:2013:127, r.o. 2.

48. Rb. Den Haag 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18370 (*EVT/Staat*).

49. Hof Den Haag 30 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:149 (*EVT/Staat*).

50. Hof Den Haag 30 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:149 (*EVT/Staat*), r.o. 2.28.

51. Hof Den Haag 30 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:149 (*EVT/Staat*), r.o. 12.

52. Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:7824 (*ECT/HbR*).

53. Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:7824 (*ECT/HbR*), r.o. 2.8.

kan uitoefenen. De rechtbank gaat vervolgens in op het verloop van de onderhandelingen tussen ECT en HbR en concludeert dat daaruit eveneens blijkt dat HbR zich niet onafhankelijk van ECT kan gedragen. De rechtbank concludeert dan ook dat ECT niet voldoende heeft aangevoerd om aan te nemen dat HbR een economische machtspositie heeft.

Follow-on procedures

Vastgesteld kan worden dat in 2014 geen baanbrekende uitspraken zijn geweest met betrekking tot kartelschadeprocedures. De hierna te bespreken uitspraken betreffen het vervolg op doorgaans al geruime tijd lopende procedures waarbij in veel zaken werd verwezen naar eerdere uitspraken. Zo werd de lijn uit de zaak *Equilib/KLM c.s.*⁵⁴ uit 2013 bevestigd, namelijk dat het feit dat een kartelbeschikking nog onderwerp is van een procedure bij de Unierechter niet (direct) aanhouding van een nationale follow-on procedure meebrengt. In de *CDC/Shell-zaak*⁵⁵ herhaalt de Rechtbank Den Haag dat een follow-on procedure kan worden beheerst door het recht van het land waar de onrechtmatige daad heeft plaatsgevonden of het recht van het land waar de afnemers de schade als uitvloeisel van de onrechtmatige daad hebben ondervonden. De rechtbank staat daarbij uitvoerig stil bij de mogelijk toepasselijke rechtsstelsels bij een follow-on procedure. Ook het arrest van het hof in de zaak tussen TenneT en ABB bevat geen wezenlijk nieuwe inzichten.⁵⁶

KLM c.s./Lufthansa c.s.

In zijn arrest van 4 februari 2014 boog het Gerechtshof Amsterdam zich over het hoger beroep van Lufthansa in de procedure waarin KLM Lufthansa in vrijwaring had opgeroepen (de vrijwaringszaak).⁵⁷ Deze procedure loopt parallel aan de procedure die Equilib heeft aangespannen tegen KLM tot verkrijging van schadevergoeding (de hoofdzaak). De hoofdzaak en de vrijwaringszaak zijn eerder door de rechtbank gevoegd,⁵⁸ waarbij de hoofdzaak is aangehouden totdat het besluit van de Europese Commissie of de uitspraak naar aanleiding van de beroepsprocedure definitief zijn geworden. In hoger beroep vernietigde het Gerechtshof Amsterdam het vonnis in de hoofdzaak en verwees de zaak terug naar de rechtbank om voort te procederen.

In het onderhavige beroep in de vrijwaringszaak overweegt het gerechtshof onder verwijzing naar het voorgaande arrest in de hoofdzaak, dat de hoofdzaak en de

vrijwaringszaak gelijktijdig moeten worden behandeld. Om die reden wordt de zaak terugverwezen naar de rechtbank om door te procederen. De rechtbank overweegt daarbij dat KLM, die hoofdelijk is aangesproken voor de totale schade van het (vermeende) luchtvrachtkartel, er een zwaarwegend belang bij heeft tijdig kennis te kunnen nemen van de argumenten van Lufthansa zodat zij die in de hoofdzaak kan inbrengen. Om die reden beslist het hof dat Lufthansa een conclusie van antwoord zal moeten nemen die onder meer bestaat uit (1) een toelichting op grond waarvan kan worden beoordeeld of zij zich in de procedure ten overstaan van de Unierechter in redelijkheid verzet tegen het besluit van de Europese Commissie en (2) haar verweren die zij in de vrijwaringszaak wil voeren zodat de rechtbank kan beoordelen of en in hoeverre de beoordeling van die verweren afhangt van de geldigheid van het besluit van Europese Commissie.⁵⁹

SCC/KLM: verzoek voorlopig getuigenverhoor in follow-on procedure afgewezen wegens gebrek belang

In de zaak *SCC/KLM*⁶⁰ stelt het claimvehikel de Stichting Cartel Compensation (SCC) schade te hebben geleden als gevolg van het (vermeende) luchtvrachtkartel. Bij de Rechtbank Amsterdam verzoekt SCC om een voorlopig getuigenverhoor om zo meer duidelijkheid te krijgen over onder meer het bestaan van het kartel, de omvang ervan en de werkwijze van de deelnemers aan het kartel. De Rechtbank Amsterdam wijst op de beschikking van de Europese Commissie waarin deze onderwerpen reeds aan bod komen. Volgens de rechtbank heeft SCC dan ook geen belang bij de getuigenverhooren. Onder verwijzing naar de hierboven reeds aangehaalde uitspraak van het Hof Amsterdam (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*) oordeelt de rechtbank dat zij dient uit te gaan van de geldigheid van de beschikking en dat een getuigenverhoor geen nieuwe relevante feiten zal opleveren. Dit kan anders zijn indien in redelijkheid twijfel bestaat over de juistheid van de beschikking. SCC heeft echter niet gesteld dat daarvan sprake is.

Bevoegdheid nationale rechter

- *CDC/Akzo (natriumchloraatkartel): arbitragebeding geen invloed op follow-on procedures*

In de follow-on procedure tussen CDC en Akzo, Eka Chemicals en Kemira Chemicals (hierna tezamen ook aangeduid als 'Akzo')⁶¹ naar aanleiding van het natriumchloraatkartel lag de vraag voor bij de Rechtbank Amsterdam of uit een arbitragebeding volgt dat de

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

55. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*).

56. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*TenneT/ABB*).

57. Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:244 (*KLM/Lufthansa*).

58. Rb. Amsterdam 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8444 (*Equilib/KLM c.s.*).

59. Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:244 (*KLM/Lufthansa*), r.o. 2.12. Zie ook Hof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:27 (*EWD/KLM*), waar het hof tot eenzelfde oordeel is gekomen.

60. Rb. Amsterdam 25 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6258 (*SCC/KLM*). Hof Amsterdam 7 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:27 (*EWD/KLM c.s.*).

61. Rb. Amsterdam 4 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3190 (*CDC/Akzo c.s.*).

Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft. Akzo is een van de (vermeende) deelnemers aan het (vermeende) natriumchloraatkartel, die bij beschikking van 11 juni 2008⁶² van de Europese Commissie is beboet. Een groep van grote afnemers stelt schade te hebben geleden als gevolg van het natriumchloraatkartel en zij hebben hun vorderingen tot schadevergoeding op de deelnemers aan het kartel aan CDC gecedeerd. In een civiele procedure bij de Rechtbank Amsterdam vordert CDC dan ook schade van Akzo.

De rechtbank toetst allereerst of zij op grond van artikel 6 lid 1 EEX-Verordening⁶³ bevoegd is kennis te nemen van de tegen Eka Chemicals en Kemira Chemicals gerichte vorderingen. De rechtbank meent dat dit het geval is aangezien de vorderingen een nauwe band hebben, en voor de toepassing van artikel 6 lid 1 EEX-Verordening niet is vereist dat de (gedaagde) partijen een nauwe band met Nederland of de Nederlandse rechtssfeer hebben.⁶⁴

Vervolgens gaat de rechtbank in op Akzo's verweer dat de Rechtbank Amsterdam niet bevoegd is op grond van de EEX-Verordening gelet op de talrijke forumkeuzen en arbitragebedingen uit de verschillende overeenkomsten met haar afnemers. Volgens Akzo zijn deze bedingen ruim geformuleerd. De rechtbank oordeelt evenwel dat de 'reikwijdte van de forumkeuze- en arbitragebedingen niet zo ruim [zijn] dat deze ook (vorderingen uit hoofde van) mededingingsrechtelijke inbreuken (...) bestrijken'.⁶⁵

Tot slot wijst de rechtbank, in lijn met eerdere rechtspraak, het verweer af dat de nationale civiele procedure moet worden aangehouden of geschorst totdat het boetebesluit van de Commissie onherroepelijk is geworden.⁶⁶ De rechtbank oordeelt dat de beroepsprocedure niet noodzakelijk is voor haar beslissing in het bevoegdheidsincident. Ook overweegt de rechtbank dat de uitkomst in de beroepsprocedure niet op korte termijn is te verwachten.

- *CDC/Shell (paraffinewaskartel): follow-on procedure beheerst door recht van de plaats waar schade is geleden?*

In het tussenvonnissen in de zaak *CDC/Shell e.a.*⁶⁷ naar aanleiding van het (vermeende) paraffinewaskartel stelden gedaagden onder andere de cessies van de afnemers van paraffinewas aan CDC ter discussie. Volgens gedaagden zijn deze cessies nietig onder Duits recht en bovendien in strijd met de goede zeden. De Rechtbank

Den Haag komt tot de slotsom dat de cessies rechtsgeldig zijn.

De rechtbank overweegt allereerst dat de geldigheid van de cessie wordt beheerst door het in de cessie-overeenkomsten gekozen Duitse recht. Shell stelt dat de cessies in strijd zijn met de goede zeden vanwege het aan de Duitse grondwet ontleende beginsel van een gelijkwaardige verdeling van het kostenrisico over beide partijen. De reden hiervoor is, aldus de gedaagden, dat CDC onvoldoende financiële middelen had om de procedure te bekostigen, inclusief middelen om bij verlies van de procedure zowel de griffierechten als de proceskostenveroordelingen aan wederpartijen te voldoen. Daartoe verwezen gedaagden naar de jaarstukken van CDC waaruit blijkt dat CDC in 2009 en 2010 een beperkt eigen vermogen en in 2011 zelfs een negatief eigen vermogen had. Waar het volgens de rechtbank evenwel om gaat, is dat 'ten tijde van de cessies – objectief gezien – duidelijk was dat CDC niet in staat zou zijn om te zijner tijd eventuele proceskostenveroordelingen te voldoen'.⁶⁸ De Rechtbank Den Haag oordeelt uiteindelijk dat gedaagden onvoldoende hebben toegelicht op grond waarvan het ten tijde van de cessies duidelijk was dat CDC eventuele proceskostenveroordelingen niet zou kunnen voldoen.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vraag welke conflictregel(s) en welk recht van toepassing is op de vorderingen van CDC. De rechtbank brengt allereerst in herinnering dat de nationale rechter gehouden is de volle werking van artikel 101 VWEU te garanderen en daarmee de toegekende werking van het artikel aan particulieren. Daarbij wordt verwezen naar het doeltreffendheids-, effectiviteits- en gelijkwaardigheidsbeginsel.⁶⁹ Dat betekent dat het door CDC gestelde onrechtmatig handelen moet worden beoordeeld aan de hand van het toepasselijk nationaal recht, in dit geval de conflictregels van het Nederlands internationaal privaatrecht.

Hierbij wordt onder de (ten tijde van de werking van het kartel geldende) Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD) als uitgangspunt genomen. De hoofdregel hierbij is dat verbintenissen uit onrechtmatige daad worden beheerst door ofwel het nationale recht van de plaats van het onrechtmatig handelen ofwel de plaats waar de schade is geleden.⁷⁰

Omdat CDC de gedaagden het kartel in volle omvang tegenwerpt, ongeacht de vraag of de gedaagde in kwestie paraffinewas heeft geleverd aan één of meer afnemers, ziet de rechtbank allereerst grond om in dit geval aan te knopen bij de productielocaties. Dit leidt tot toepasselijkheid van de rechtsstelsels van Italië, Zweden, Finland, Duitsland en Noorwegen. De rechtbank overweegt vervolgens dat dit een ongewenste versnippering van het recht tot gevolg heeft. De rechtbank tracht dit op te los-

62. Europese Commissie 11 juni 2008, COMP/38.695 (*Natriumchloraat-kartel*).

63. 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).

64. Zie de kroniek van 2013 voor een uitgebreide bespreking van de toepassing van de EEX-Verordening.

65. Rb. Amsterdam 4 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3190 (*CDC/Akzo c.s.*), r.o. 2.22.

66. Zie ook HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689.

67. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*).

68. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*), r.o. 4.25.

69. Zoals volgt uit HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465 en HvJ EG 14 juli 2006, zaak C-295/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461.

70. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*), r.o. 4.52.

sen door partijen te vragen een rechtskeuze te maken in door hen te nemen aktes.⁷¹ De memorie van toelichting van de WCOD biedt hiervoor volgens de Rechtbank Rotterdam ook de ruimte.⁷²

Total verzoekt tot slot nog, onder verwijzing naar het *Masterfoods*-arrest,⁷³ om aanhouding van de zaak. Zij wijst erop dat de beschikking van de Commissie onderwerp is van beroepsprocedures en dat van haar niet kan worden verwacht dat zij rekening houdt met alle mogelijke uitkomsten hiervan. De rechtbank gaat hier – in lijn met het arrest van het gerechtshof in de zaak *Equilib/KLM*⁷⁴ – niet in mee en stelt dat zij uitgaat van de inhoud van de beschikking als uitvloeisel van het beginsel van de loyale samenwerking.

Kartelschadeclaims: passing-on verweer

ABB c.s./TenneT c.s.: passing-on verweer geaccepteerd

De zaak *ABB c.s./TenneT c.s.*⁷⁵ betreft het hoger beroep van ABB bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden tegen de uitspraak van de rechtbank van (1) 26 oktober 2011 waarin de rechtbank zich bevoegd acht kennis te nemen van het geschil (het bevoegdheidsvonniss)⁷⁶ en (2) 16 januari 2013 waarin de rechtbank ABB hoofdelijk veroordeelde tot betaling van schadevergoeding aan TenneT (het eindvonnis⁷⁷). In een incidenteel tussenarrest van 10 september 2013 had het gerechtshof de uitspraak van 16 januari 2013 al gedeeltelijk geschorst. Het hof oordeelde in dat arrest dat de rechtbank terughoudender had moeten zijn bij de verwerping van het passing-on verweer.

In de appèlprocedure⁷⁸ van 2014 gaat het hof onder meer in op hoe de omvang van de schade moet worden bepaald. Dit kan volgens het hof door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke toestand waarin TenneT heeft verkeerend en de toestand waarin TenneT zou hebben verkeerend bij afwezigheid van het kartel (dat wil zeggen indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden).

ABB verweert zich door te stellen dat de door TenneT geleden schade in mindering moet worden gebracht

voor zover TenneT deze schade heeft verlegd naar haar klanten (het passing-on verweer). Het gerechtshof buigt zich dan ook over de vraag hoe het doorberekenningsverweer moet worden toegepast. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat de aanspraak van TenneT ‘tegen die achtergrond in redelijkheid wordt gevormd door de in de schadestaatprocedure vast te stellen prijsopslag (...), minus het deel van die schade dat TenneT c.s. (eventueel) aan hun afnemers hebben doorberekend, (...) naast gedeelde winst en rente.’⁷⁹

Het hof brengt daarbij in herinnering dat het bij de schadevergoeding draait om compensatie van TenneT voor het nadeel dat zij heeft geleden doordat ABB zich onrechtmatig heeft gedragen door het mededingingsrecht te overtreden. De insteek is niet (indirect) om ABB alles te ontnemen van wat zij als uitvloeisel van het kartel extra heeft verdiend. Het gerechtshof overweegt

‘indien en voor zover van doorberekening door TenneT c.s. van de prijsopslag in de schadestaatprocedure sprake zal blijken te zijn geweest, is van schade van TenneT c.s. in zoverre geen sprake meer en is zij door verhoging van haar prijzen in plaats van door toekenning van schadevergoeding schadeloos gesteld.’⁸⁰

Het gerechtshof voegt daaraan toe dat door deze toepassing van het doorberekenningsverweer niet alleen wordt voorkomen dat aan TenneT een vergoeding wordt toegekend voor schade die is verlegd, maar dat hiermee ook wordt tegengegaan dat ABB meermaals tot vergoeding van dezelfde schade kan worden veroordeeld.⁸¹

Het gerechtshof accepteert dan ook het passing-on verweer van ABB, maar laat zich daarbij niet uit over de bewijslastverdeling van het verweer. Dit laat het hof over aan de schadestaatrechter. Daarbij merkt het hof wel op dat de nationale bewijsregels het niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken om het rechtsherstel te verkrijgen. Het gerechtshof richt zich vervolgens tot de schadestaatrechter en

‘vraagt daarom de aandacht (...) voor de eisen van redelijkheid en billijkheid bij de verdeling van de verdeling van de bewijslast (...) en voor de wijze waarop daaraan in de (ontwerp Richtlijn betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten van de Europese Unie) thans in artikel 13 is vorm gegeven.’⁸²

Hoewel de grief van ABB slaagt, leidt dit volgens het gerechtshof niet tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank. Het neemt daarbij in aanmerking dat ABB

71. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*), r.o. 4.56.

72. Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*), r.o. 4.55.

73. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, ECLI:EU:C:2000:689.

74. Hof Amsterdam 24 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands B.V./KLM c.s.*).

75. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*).

76. Rb. Arnhem 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU3546 (*TenneT/ABB*).

77. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2012, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*TenneT/ABB*).

78. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.32.

79. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.32.

80. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.32.

81. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.33.

82. Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*), r.o. 3.33.

zich niet heeft verzet tegen de schadestaatprocedure, zodat het eindvonnis van de rechtbank overeind blijft. De schade zal in deze aparte procedure worden vastgesteld.

TenneT c.s./Alstom c.s.: vaststellen omvang kartelschade

De zaak *TenneT c.s./Alstom c.s.*⁸³ betreft dezelfde aanleiding als de zaak tussen TenneT en ABB maar is nog in een minder ver stadium. Voor zover in de procedure tegen Alstom dezelfde vragen aan de orde zijn, verwijst de rechtbank in zijn uitspraak van 24 september 2014 dan ook naar de zaak *ABB c.s./TenneT c.s.*

Zo overweegt de rechtbank onder meer dat TenneT in beginsel de omvang van de ‘overcharge’ zal moeten bewijzen. De vaststelling van schadevergoeding geschiedt volgens de criteria van nationaal recht. Deze criteria mogen – net als in *TenneT c.s./ABB c.s.* overwogen – volgens vaste Europese jurisprudentie de vergoeding van schade in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

De rechtbank wijst voorts op het doeltreffendheidsbeginsel⁸⁴ en oordeelt dat van TenneT in alle redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij weet wat – in de omstandigheid van een wereldwijd kartel – een reële prijs zou zijn geweest voor de betrokken producten. Het doeltreffendheidsbeginsel kan voorts meebrengen dat Alstom inzicht dient te geven in de prijsberekening voor de producten en dat zij moet onderbouwen wat destijds de kosten waren en met welke opslagen was gerekend.⁸⁵

Ook wijst de rechtbank op artikel 6:97 BW en oordeelt dat TenneT – behoudens tegenbewijs van Alstom – kan volstaan met een op passende wijze gemaakte inschatting van de schade. Daarbij kan een passend meetinstrument zijn een vergelijking van een offerte die tijdens het kartel is uitgebracht met een offerte die is uitgebracht na de kartelafspraken. De rechtbank beslist uiteindelijk dat partijen een akte moeten nemen waarin zij moeten ingaan op, onder meer, de wettelijke rente, het doorberekeningsverweer en enkele andere door partijen aangevoerde (maar niet altijd voldoende uitgewerkte) argumenten.

83. Rb. Gelderland 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*).

84. HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

85. Rb. Gelderland 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*), r.o. 4.31.