

De civiele rechter

HR 16 september 2011, zaaknummer 10/00372, LJN BQ2213

m.nt. MvdH en Kim van Haastrecht

Trefwoorden: onderling afgestemde feitelijke gedraging, opzegging/beëindiging overeenkomst, toetreding selectief distributiesysteem

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

BATAVUS B.V.,
gevestigd te Heerenveen,
EISERES tot cassatie,
advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. A.M. van Aerde,

tegen

[Verweerster],
gevestigd te [vestigingsplaats],
VERWEERSTER in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Batavus en [verweerster].

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- het vonnis in de zaak 68134/HA ZA 05-64 van de rechtbank Leeuwarden van 4 oktober 2006;
- het arrest in de zaak 107.001.584/01 van het gerechtshof te Leeuwarden van 6 oktober 2009.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Batavus beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerster] is verstek verleend.

De zaak is voor Batavus toegelicht door haar advocaten. De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van Batavus heeft bij brief van 29 april 2011 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Batavus is een producent van tweewielers. [Verweerster] houdt zich bezig met de detailhandel in en reparatie van fietsen en accessoires, maar verkoopt voornamelijk fietsen via internet met behulp van haar website www.[A].nl. In de periode van 1990 tot en met 2001 bestond tussen partijen een handelsrelatie. [verweerster] verkocht de fietsen via internet tegen aanzienlijk lagere prijzen dan andere handelaren in Batavus-fietsen.

(ii) Batavus heeft de handelsrelatie met [verweerster] zonder opgave van redenen bij brief van 27 april 2001 met ingang van 1 september 2001 opgezegd met een uitlooperperiode tot en met 31 december 2001. Batavus is hiertoe overgegaan onder druk van concurrenten van [verweerster], onder wie met name de in Euretco Tweewielers B.V. (hierna: Euretco) verenigde fietshandelaren. Euretco (later Biretco) was een inkoopcombinatie, die destijds ongeveer 20.000 fietsen per jaar van Batavus afnam, dat wil zeggen 10% van de totale omzet van Batavus. In het weekbulletin van Euretco (de Weekinfo), nr. 18, van april 2001, staat het volgende te lezen:

“Hoe lang houdt de vakhandel nog boter op zijn hoofd? Dat is toch wel de belangrijkste vraag die u uzelf, als ondernemer in de rijwielbranche, nu moet stellen. Hebben we het gedonder van de vliegende winkels achter de rug: nu is het de beurt aan Internet.

Ga vanavond gerust eens even de Internetpagina www.[A].nl bekijken. U zult net als wij constateren dat daar de mooie merkproducten die wij allemaal in onze dure winkels hebben staan, worden aangeboden voor nagenoeg inkooprijzen. Overjarige modellen??? Welnee, de nieuwste modellen van de zogenaamde A-merken: (...) Uw consument zal de weg naar Internet ook gaan vinden. Daar wordt over gesproken op verjaardagsfeestjes. De vakhandel kan straks als showroom fungeren. U mag de fietsen uitleggen, aanmeten enzovoorts. Men denkt er nog even over na..., maar bestelt de fiets dan via Internet. De fabrikant aanspreken, Tsja, u weet dan ook welke prachtige verhalen we dan krijgen.

WORDT HET DAN GEWOON NIET EENS TIJD DAT WIJ DEZE FIETSEN NIET MEER OPNEMEN IN ONS ASSORTIMENT? DE FABRIKANT MOET DAN MAAR EIEREN VOOR ZIJN GELD KIEZEN: OF DE VAKHANDEL OF DE DISCOUNTERS! Beide gaat niet! (...)”

(iii) Batavus had geen bezwaar tegen de wijze waarop [verweerster] haar fietsen verkocht, maar zij heeft toch onder druk van een belangrijk deel van haar afnemers, waaronder in het bijzonder Euretco, besloten om de handelsrelatie met [verweerster] op te zeggen om te voorkomen dat zij die andere afnemers zou verliezen.

(iv) [verweerster] heeft tegen de opzegging door Batavus geprotesteerd.

(v) Tussen partijen zijn vervolgens, in meerdere instanties, diverse procedures in kort geding gevoerd.

Rechtspraak

(vi) In 2004 heeft Batavus besloten om een selectief distributiestelsel in te voeren ten behoeve van de verkoop van haar fietsen. [verweerster] heeft tegen de invoering van dit selectieve distributiestelsel geprotesteerd, maar ook Batavus gesommeerd om te bevestigen dat [verweerster] tot dat stelsel zou worden toegelaten, hetgeen Batavus heeft geweigerd. Op grond van een door de rechter opgelegd verbod aan Batavus om haar dealers een doorleververbod jegens [verweerster] op te leggen, heeft [verweerster] tot op heden nog steeds Batavus-fietsen kunnen afnemen van Batavus-dealers.

3.2 De rechtbank heeft in de onderhavige procedure voor recht verklaard dat de duurovereenkomst betreffende de dealerrelatie tussen [verweerster] en Batavus niet door opzegging op 1 september dan wel 31 december 2001 is geëindigd, Batavus geboden het dealercontract ter onder-tekening aan [verweerster] voor te leggen binnen veertien dagen na de betekening van het vonnis en Batavus veroordeeld om de door [verweerster] geleden schade te vergoeden.

In hoger beroep heeft het hof - onder bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank - geoordeeld dat de beëindiging door Batavus in 2001 van haar leveranties aan [verweerster] door de opzegging van de duurovereenkomst tussen partijen, in samenhang bezien met de door Euretco en andere dealers op Batavus uitgeoefende druk, een door art. 6 lid 1 Mw verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging vormt. De opzegging dient op grond van art. 6 lid 2 Mw als nietig te worden beschouwd, zodat Batavus de leveranties aan [verweerster] niet had mogen stopzetten en aansprakelijk is voor de door [verweerster] als gevolg van de stopzetting van de leveranties geleden schade. Het hof heeft daartoe onder meer het volgende overwogen.

De opzegging onder de hiervoor geschetste omstandigheden is niet een vrije en autonome keuze van Batavus geweest, maar één die uitsluitend onder druk van genoemde distributeurs is genomen en die beoogde een eind te maken aan de prijsconcurrentie die de andere Batavusdistributeurs van [verweerster] ondervonden. Daarmee is die opzegging onderdeel en sluitstuk van een onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in art. 6 lid 1 Mw. Om aan deze kwalificatie te voldoen is het naar het oordeel van het hof, in het bijzonder als gevolg van de term 'feitelijk', niet noodzakelijk dat partijen over en weer duidelijk maken wat zij van plan zijn te gaan doen, zoals Batavus lijkt te menen. Het kan voldoende zijn dat één der partijen duidelijk maakt wat zij van de andere partij verwacht en dat die andere partij vervolgens naar die uitgesproken verwachting handelt, zonder dat vooraf nog aan zijn wederpartij bekend te hebben gemaakt. In het onderhavige geval is het voor het aannemen van een onderlinge afstemming van het marktgedrag dan ook voldoende dat Batavus zich onder druk van Euretco en andere distributeurs heeft laten bewegen om de handelsrelatie met [verweerster] op te zeggen, terwijl zij daartoe zonder die druk geen enkele aanleiding zou hebben gevonden. Aldus is geen sprake van een ondernemersbeslissing waarmee in vrijheid en op alerte wijze

op de marktomstandigheden wordt gereageerd. Dat Batavus en niemand anders dan Batavus deze beslissing heeft genomen, dat Batavus daarover zorgvuldig heeft nagedacht, dat Euretco zich niets van de belangen van Batavus heeft aangetrokken, dat er contracteervrijheid is, het zijn allemaal door Batavus aangevoerde omstandigheden, die niets kunnen afdoen aan de constatering dat Batavus uitsluitend heeft opgezegd onder druk van Euretco en/of andere distributeurs en aldus juist niet in vrijheid en zelfstandigheid heeft gehandeld. (rov. 22)

De hiervoor bedoelde onderling afgestemde feitelijke gedraging had de strekking de concurrentie te beperken, nu de werkelijke reden voor de opzegging was gelegen in de onvrede van Euretco en andere distributeurs over de hoge kortingen die [verweerster] gaf. Daarmee is gegeven dat het de handhaving van de gebruikelijke marges van de distributeurs en daarmee een verticale prijsbinding is geweest die het oogmerk vormde van de opzegging door Batavus. Hierdoor werd de prijsconcurrentie tussen de distributeurs beperkt, omdat [verweerster] niet meer kon profiteren van de voordeliger inkooprijzen bij Batavus, waar andere distributeurs dat voordeel bleven behouden. In par. 47 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Commissie (Pb. 2000, C 291/1) wordt als vorm van indirecte verticale prijsbinding het opschorten of beëindigen van overeenkomsten genoemd, wanneer dit verband houdt met de inachtneming van een bepaald prijsniveau. (rov. 25)

Nu het in dit geval gaat om een onderling afgestemde feitelijke gedraging die de strekking had om de concurrentie te beperken, is volgens vaste rechtspraak een onderzoek naar de effecten daarvan niet noodzakelijk. Wel zal dienen te worden onderzocht of de concurrentiebeperking merkbaar is en voorts of de art. 7 en 12 resp. 13 Mw in dit geval van toepassing zijn. (rov. 26)

Een concurrentiebeperking moet merkbaar zijn om binnen het toepassingsbereik van art. 6 lid 1 Mw te vallen. Indien dat vanwege de zwakke positie van de betrokken partijen op de betrokken relevante markt niet het geval is, valt de gedraging niet onder art. 6 lid 1 Mw. Een concurrentiebeperking moet als merkbaar worden gekwalificeerd wanneer sprake is van zogenaamde hardcorerrestricties. Daaronder worden blijkens punt 11, sub 2, aanhef en onder a, Bagatelbekendmaking van de Europese Commissie de restricties verstaan die op zich of in combinatie met andere factoren waarover partijen controle hebben direct of indirect tot doel hebben de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs te beperken, waarvan - zoals reeds geoordeeld - in het onderhavige geval sprake is. (rov. 27)

De in dit geding aan de orde zijnde onderling afgestemde feitelijke gedraging kan niet profiteren van de in art. 7 Mw geboden mogelijkheid om aan het verbod van art. 6 lid 1 Mw te ontsnappen, aangezien de in art. 7 Mw genoemde kwantitatieve grenzen worden overschreden, zowel ten aanzien van het aantal deelnemende ondernemingen als ten aanzien van de omzet, hetgeen door Batavus ook niet is betwist. (rov. 28)

Ingevolge art. 13 in verbinding met 12 Mw geldt art. 6 lid 1 Mw niet voor - onder meer - onderling afgestemde

feitelijke gedragingen die niet in strijd zijn met art. 81 lid 1 EG, maar die, als dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld krachtens een EG-groepsvrijstelling, zodat in dit geding de vraag rijst of de aan de orde zijnde onderling afgestemde feitelijke gedraging onder de reikwijdte van de groepsvrijstelling van Vo. 2790/1999 zou vallen, indien zij in strijd zou zijn geweest met art. 81 lid 1 EG. Deze vraag moet ontkennend worden beantwoord, aangezien in art. 4, aanhef en onder a, van Vo. 2790/1999 wordt bepaald dat de in art. 2 van deze verordening voorziene vrijstelling niet geldt voor verticale overeenkomsten die op zich of in combinatie met andere factoren waarover partijen controle hebben, direct of indirect tot doel hebben de beperking van de mogelijkheden van de afnemer tot het vaststellen van zijn verkoopprijs. Zoals al overwogen in rov. 27, is het hof van oordeel dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging waarvan in deze zaak sprake is, een dergelijke hardcorerestrictie vormt, zodat zij niet langs deze weg kan ontsnappen aan de toepassing van art. 6 lid 1 Mw. (rov. 29)

In dit verband heeft Batavus nog aangevoerd dat het haar op grond van deze groepsvrijstelling zou hebben vrijgestaan om met Euretco een alleenverkoopovereenkomst te sluiten, zodat zij op die grond de leveranties aan [verweerster] en alle overige distributeurs had mogen staken. Dit gaat volgens Batavus aanzienlijk verder dan het stopzetten van de leveranties aan alleen [verweerster], zodat dat laatste al helemaal toelaatbaar moet worden geacht. Het hof kan deze opvatting niet onderschrijven. Batavus verliest hier namelijk uit het oog dat het in het onderhavige geval niet gaat om het weigeren van leveranties aan een distributeur op grond van een, met het mededingingsrecht verenigbare, alleenverkoopovereenkomst, maar om de stopzetting van de leveranties aan [verweerster] als onderdeel van een onderling afgestemde feitelijke gedraging die ten doel had om de door Euretco en andere distributeurs van [verweerster] ondervonden prijsconcurrentie te beperken. (rov. 30)

3.3.1 Onderdeel 1 komt op tegen hetgeen het hof in rov. 9 heeft overwogen over de relatie tussen Batavus en [verweerster]. Volgens Batavus bestond die relatie uit een reeks opvolgende verkooptransacties, dus niet uit een als duurovereenkomst te kwalificeren relatie. Hierover oordeelde het hof als volgt:

"9. Het hof deelt deze zienswijze van Batavus niet. Tussen partijen bestond al vanaf 1990 een handelsrelatie waarbij jaarlijks door [verweerster] een bepaalde (en niet onaanzienlijke) hoeveelheid fietsen van Batavus werd afgenomen. Dat alleen al is voldoende voor de conclusie dat tussen partijen een langdurige handelsrelatie bestond ten tijde van de opzegging door Batavus, nog daargelaten de omstandigheid dat deze handelsrelatie een voortzetting was van de handelsrelatie die Batavus bijna 20 jaren had onderhouden met de vader van één van de vennoten van [verweerster], gedurende welke periode ook steeds fietsen van Batavus werden afgenomen. Het hof is dan ook van oordeel dat [verweerster] ten tijde van de opzegging door Batavus als distributeur of dealer van Batavus kan worden beschouwd, waar-

bij het niet relevant is dat Batavus vóór 2003 niet al te veel eisen stelde aan haar distributeurs, zoals Batavus heeft aangevoerd. Ook Batavus zelf heeft in de verschillende procedures overigens meermalen betoogd dat zij [verweerster] tot en met 2001 als één van haar dealers beschouwde. Het hof verwijst bijvoorbeeld naar par. 64 van het appelschrift in het spoedappiel dat Batavus heeft ingesteld tegen het kortgedingvonnis van 25 november 2004 (prod. 11 bij de conclusie van eis). Een dergelijke relatie van leverancierdistributeur beschouwt het hof als een duurovereenkomst, maar dan in de zin van een raamovereenkomst waarbinnen steeds aflopende overeenkomsten worden gesloten. Zo'n raamovereenkomst kan, ook zonder expliciete regeling daarvan, in beginsel worden opgezegd, maar die opzegging zal aan de eisen van redelijkheid en billijkheid moeten voldoen en mag niet in strijd zijn met de wet. Die laatste mogelijkheid kan zich voordoen wanneer de opzegging in strijd moet worden geacht met artikel 6 van de Mededingingswet (hierna verder Mw), waarover hierna meer."

3.3.2 Het onderdeel voert tegen deze overweging de volgende klachten aan. (i) Het hof heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven indien het ervan is uitgegaan dat voor de totstandkoming van een duurovereenkomst niet is vereist dat sprake is van aanbod en aanvaarding. (ii) Indien het hof dit niet heeft miskend, maar heeft geoordeeld dat een duurovereenkomst tot stand is gekomen, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. De door het hof vastgestelde feiten dat tussen partijen een langdurige handelsrelatie bestond en dat [verweerster] als distributeur of dealer van Batavus moet worden gekwalificeerd, kunnen immers niet de conclusie dragen dat van aanbod en aanvaarding sprake is geweest, zulks temeer nu onduidelijk blijft waartoe partijen zich volgens het hof zouden hebben verbonden. (iii) Batavus heeft gemotiveerd weersproken dat tussen partijen een duurovereenkomst bestond. Daartoe heeft zij onder meer aangevoerd dat tussen partijen slechts verplichtingen bestonden op grond van jaarlijks tussen partijen gesloten overeenkomsten ter zake van afname van fietsen door [verweerster] van Batavus. Het hof is niet (kenbaar) op dit essentiële betoog van Batavus ingegaan; althans heeft het miskend dat het hetzij aan [verweerster] bewijs van de duurovereenkomst had moeten opdragen, hetzij Batavus had moeten toelaten tot het door haar aangeboden tegenbewijs.

3.4 De onder (i) weergegeven rechtsklacht faalt omdat zij op een onjuiste rechtsopvatting berust. Inderdaad is het hof ervan uitgegaan dat voor de totstandkoming van een duurovereenkomst niet steeds is vereist dat sprake is van aanbod en aanvaarding; anders dan het onderdeel betoogt, is dit oordeel echter juist. Weliswaar komt een overeenkomst in het algemeen tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan (art. 6:217 lid 1 BW), maar dit behoeft niet steeds het geval te zijn:

"Het artikel geeft slechts de normale wijze van totstandkoming weer. In enkele bijzondere gevallen kan men wegens de gelijktijdigheid der wederzijds afgelegde verklaringen of om andere redenen niet zeggen, dat de ene

Rechtspraak

verklaring een aanbod, de andere een aanvaarding is. (...)” (T.M. op art. 6:217 lid, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 879).

In zijn arrest van 21 december 2001, LJN AD5352, NJ 2002/60, overwoog de Hoge Raad dan ook dat het antwoord op de vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen, afhankelijk is van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden. Aanbod en aanvaarding hoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden; zij kunnen in elke vorm geschieden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen (zie de artikelen 3:33, 3:35 en 3:37 lid 1 BW).

3.5 De onder (ii) weergegeven motiveringsklacht treft evenmin doel. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk, in aanmerking genomen de op zichzelf onbetwiste, langdurige handelsrelatie tussen partijen in samenhang met de omstandigheid dat [verweerster], ook volgens Batavus zelf, ten tijde van de opzegging als haar distributeur of dealer kon worden beschouwd. Voor zover de klacht voortbouwt op de hiervoor in 3.4 besproken klacht onder (i), moet deze in het lot daarvan delen.

Ten slotte mist het onderdeel feitelijke grondslag voor zover het aanvoert dat onduidelijk blijft waartoe partijen zich volgens het hof zouden hebben verbonden. Het hof heeft immers overwogen dat tussen partijen een raamovereenkomst gold waarbinnen steeds aflopende overeenkomsten worden gesloten; daarmee bedoelde het hof kennelijk, en geenszins onbegrijpelijk, dat de duurovereenkomst tussen partijen deze inhoud had dat, telkens wanneer [verweerster] een bestelling bij Batavus deed met betrekking tot een bepaald aantal fietsen, [verweerster] aanspraak had op levering daarvan tegen de periodiek tussen partijen overeengekomen prijzen, tot welke levering Batavus zich tegenover haar had verbonden.

3.6 Ook de onder (iii) aangevoerde klachten treffen geen doel. Zij missen feitelijke grondslag voor zover zij aanvoeren dat het hof niet is ingegaan op het betoog van Batavus dat tussen partijen slechts afzonderlijke overeenkomsten zijn gesloten waaraan geen duurovereenkomst ten grondslag lag; dit betoog is immers door het hof uitdrukkelijk verworpen. Voor zover aan de klachten mede ten grondslag ligt dat [verweerster] niet was gehouden fietsen te bestellen bij Batavus, berust het op een onjuiste rechtsopvatting omdat het bestaan van een zodanige verplichting geen voorwaarde is om te kunnen spreken van een duurovereenkomst als door het hof bedoeld. Voor zover de klachten mede een beroep doen op de omstandigheden dat Batavus en haar dealers tijdens jaarlijkse bijeenkomsten kortingen plachten overeen te komen aan de hand van de geschatte afname en aldus de relatie in het daarop volgende seizoen bestendigde, valt niet in te zien dat deze het oordeel van het hof, dat van een duurovereenkomst in de door het hof gespecificeerde zin sprake was, onbegrijpelijk maken; veeleer is het tegendeel het geval.

Onder de gegeven omstandigheden behoefde het hof

[verweerster] niet op te dragen de door haar gestelde duurovereenkomst te bewijzen, aangezien het hof dit bewijs kennelijk en alleszins begrijpelijk reeds voldoende geleverd achtte. Het hof behoefde Batavus ook niet toe te laten tot tegenbewijs aangezien de door Batavus in dit verband verdedigde, voormelde, stellingen, naar het kennelijke oordeel van het hof geen afbreuk deden aan de door [verweerster] gestelde, en door het hof aanvaarde, duurovereenkomst.

3.7 Onderdeel 3 bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 22 dat gelet op de omstandigheden van het geval de opzegging van de overeenkomst met [verweerster] niet een vrije en autonome keuze van Batavus is geweest, maar één die uitsluitend onder druk van genoemde distributeurs is gedaan en die beoogde een einde te maken aan de prijsconcurrentie die de andere Batavusdistributeurs ondervonden van [verweerster] en daarmee het sluitstuk vormt van een onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in art. 6 lid 1 Mw. Het onderdeel voert daartoe aan dat het hof aldus heeft miskend dat het bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging dient te gaan om een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die de risico's van de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking. De rechtsklacht mist feitelijke grondslag omdat het hof dit niet heeft miskend. Ook de motiveringsklachten falen. Onbegrijpelijk is het oordeel niet en evenmin ondeugdelijk gemotiveerd.

3.8 Onderdeel 4 komt op tegen het oordeel in rov. 25 dat de als opzegging onder druk aan te merken onderling afgestemde feitelijke gedraging de strekking had om de concurrentie te beperken, nu de werkelijke reden voor die opzegging was gelegen in de onvrede van Euretco en andere distributeurs over de hoge kortingen die [verweerster] gaf.

Het strekt ten betoge dat het hof met dit oordeel heeft miskend dat bij de beantwoording van de vraag of een onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking heeft, rekening moet worden gehouden met haar inhoud en doel, alsmede haar juridische en economische context. De rechtsklacht mist feitelijke grondslag omdat het hof dit niet heeft miskend. Ook de motiveringsklachten falen. Onbegrijpelijk is het oordeel niet en evenmin ondeugdelijk gemotiveerd. Onderdeel 4.3 zal gezamenlijk met onderdeel 8 worden behandeld.

3.9.1 Onderdeel 5.1 werpt op dat het hof in rov. 26 en 27 ten onrechte een onderzoek naar de merkbaarheid van de door het hof vastgestelde mededingingsbeperking achterwege heeft gelaten op grond van het feit dat sprake was van een zogenoemde hardcorerestrictie of van een zogenoemde doelbeperking (hierna gezamenlijk: doelbeperking).

3.9.2 Bij de beoordeling van onderdeel 5.1 dient te worden vooropgesteld dat art. 6 Mw niet met zoveel woorden de eis stelt dat er sprake moet zijn van een merkbare beperking van de mededinging. Aangenomen

moet echter worden dat art. 6 Mw dit vereiste wel dege-lijk bevat. Dit volgt uit de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 14, en nr. 6, blz. 38*) (vgl. HR 18 december 2009, LJN BJ9439, NJ 2010/140).

3.9.3 Dat bij een doelbeperking de gevolgen daarvan op de relevante markt niet meer of niet meer volledig behoeven te worden onderzocht, rechtvaardigt in zijn algemeenheid niet de conclusie dat het merkbaarheidsvereiste dan in het geheel niet meer zou gelden (vgl. HR 16 januari 2009, LJN BG3582, NJ 2009/54 en CBB 7 december 2005, LJN AU8309). Het hof heeft in rov. 27 van het bestreden arrest, anders dan onderdeel 5.4 tot uitgangspunt neemt, op begrijpelijke en deugdelijk gemotiveerde wijze geoordeeld dat in het onderhavige geval sprake was van een doelbeperking, doch heeft vervolgens ten onrechte zonder enig kenbaar nader onderzoek geoordeeld dat een concurrentiebeperking altijd reeds als merkbaar dient te worden gekwalificeerd wanneer sprake is van een doelbeperking, zodat het onderdeel slaagt. De overige klachten van onderdeel 5 behoeven geen behandeling.

3.10.1 Onderdeel 6.1 klaagt dat het hof zijn oordeel in rov. 29-30 dat sprake is van een doelbeperking onvoldoende heeft gemotiveerd, nu de opzegging door Batavus van de handelsrelatie met [verweerster] direct, noch indirect tot doel had [verweerster] te beperken in de mogelijkheden haar verkoopprijs vast te stellen.

3.10.2 Het hof heeft aan de omstandigheden van het geval ontleend en kunnen ontlenen dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging, die in de beëindiging van de overeenkomst met [verweerster] uitmondde, met de inachtneming van een bepaald prijsniveau door [verweerster] verband hield. Daaraan doet niet af dat de opzegging, die tot gevolg had dat [verweerster] niet langer van de voor andere distributeurs geldende inkooprijzen kon profiteren en haar de mogelijkheid werd ontnomen met prijzen, niet veel hoger dan die inkooprijzen, te concurreren, [verweerster] vrij liet haar eigen verkoopprijs vast te stellen. Evenmin doet daaraan af dat Batavus, toen zij toegaf aan de door andere distributeurs op haar uitgeoefende druk, zelf wellicht niet zozeer tot doel had [verweerster] in haar mogelijkheden van prijsconcurrentie te beperken, als wel omzetverlies zoveel mogelijk te voorkomen. De klacht faalt derhalve. Onderdeel 6.2 zal gezamenlijk met onderdeel 8 worden behandeld.

3.11 Onderdeel 7.1 klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blij gegeven met zijn in rov. 9 en 17 besloten liggende oordeel dat een opzegging die, als onderling afgestemde feitelijke gedraging, in strijd is met art. 6 lid 1 Mw op grond van art. 6 lid 2 Mw, nietig is. De nietigheidssanctie van art. 6 lid 2 Mw treft alleen de in art. 6 lid 1 Mw genoemde mededingings-beperkende overeenkomsten en besluiten van ondernemersverenigingen, maar niet de in art. 6 lid 1 Mw genoemde onderling afgestemde feitelijke gedragingen, aldus het onderdeel.

3.12 De klachten van het onderdeel falen. Er bestaat geen reden om eenzijdige rechtshandelingen als opzeggingen uit te zonderen van de nietigheidssanctie van art. 6 lid 2 Mw, indien zij voortvloeien uit, deel uitmaken van of in voldoende mate samenhangen met een onder art. 6 lid 1 Mw verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging.

De klachten van onderdeel 7.2 nemen tot uitgangspunt dat het hof in rov. 32 ten onrechte de opzegging heeft gekwalificeerd als een overeenkomst in de zin van art. 6 lid 1 Mw. De klachten missen feitelijke grondslag, omdat het hof dit niet heeft aangenomen, en kunnen om die reden niet tot cassatie leiden.

3.13 Onderdeel 8 hangt samen met onderdeel 4.3 en onderdeel 6.2 en deze onderdelen zullen derhalve gezamenlijk worden behandeld. In de kern strekken zij ten betoge dat het hof in rov. 29, 30 en 39 ten onrechte, althans onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd, heeft aangenomen dat Batavus (in het kader van haar selectief distributiestelsel) verplicht was om met [verweerster] te contracteren. Deze klachten missen feitelijke grondslag omdat het hof slechts - en met juistheid - heeft aangenomen dat het Batavus niet vrijstond om met een enkel beroep op de contractsvrijheid te weigeren met [verweerster] te contracteren. De klachten kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

3.14 De klachten van onderdeel 9 kunnen eveneens niet tot cassatie leiden op de gronden genoemd onder 2.59-2.63 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Leeuwarden van 6 oktober 2009;
verwijst het geding naar het gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Batavus begroot op € 468,07 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

Commentaar

Inleiding

De Hoge Raad heeft arrest gewezen in het slepende geschil tussen Batavus en haar voormalige dealer Vriend's Tweewielercentrum Blokker v.o.f. ('Vriend's'). Aanleiding was de opzegging door Batavus in 2001 van de langdurige handelsrelatie met Vriend's vanwege - zo bleek later - de onlineverkoop van Batavus-fietsen tegen lage prijzen. Vriend's heeft in een reeks van kort gedingen en een bodemprocedure de opzegging aangevochten. Het mededingingsrecht heeft in deze procedures een prominente rol gespeeld. Batavus was overgegaan tot opzegging onder grote druk van een belangrijke inkoopcombinatie Euretco Tweewielers B.V. ('Euretco') die destijds 10% van de omzet van Batavus vertegenwoordigde. Euretco had aanhoudend gedreigd onder deze omstandigheden geen Batavus-fietsen meer te verko-

Rechtspraak

pen. Vervolgens heeft Batavus de handelsrelatie met Vriend's beëindigd. Vriend's stelde zich op het standpunt dat de handelwijze van Batavus en Euretco een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormde waardoor de opzegging op grond van art. 6, lid 2 Mw nietig zou zijn. De voorzieningenrechter heeft in eerste instantie in het voordeel van Batavus besloten, omdat het feit dat een belangrijke afnemer van Batavus had bedreigd geen fietsen meer af te nemen een voldoende zwaarwegend commercieel belang voor Batavus was om Vriend's op te zeggen. Vervolgens heeft Vriend's in de bodemprocedure haar vorderingen uitgebreid en toelating gevorderd tot het nieuw ingerichte selectieve distributiesysteem van Batavus. Batavus had Vriend's geweigerd toe te laten als erkende dealer, waardoor Vriend's als niet-erkende dealer buiten het systeem zou komen te staan en niet meer beleverd zou worden. Rechtbank Leeuwarden heeft Vriend's in de bodemprocedure op beide punten in het gelijkgesteld. Voor een volledig overzicht van het verloop van de procedure tot aan de uitspraak van de rechtbank wordt verwezen naar de noot van Wiarda Geelhoed in dit tijdschrift.¹ Hof Leeuwarden heeft het oordeel van de rechtbank in 2009 bekrachtigd.² Tegen dit arrest heeft Batavus cassatie ingesteld.

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof grotendeels bevestigd. Het hof is volgens de Hoge Raad alleen ten onrechte tot de conclusie gekomen dat een gedraging als merkbaar moet worden gekwalificeerd indien het tot doel heeft de concurrentie te beperken. Het arrest van de Hoge Raad roept een aantal interessante vragen op. Hierna zal worden ingegaan op de kwalificatie van het gedrag van Batavus en Euretco als onderling afgestemde feitelijke gedraging en de nietigheid van de opzegging die daarvan het gevolg is. Daarnaast wordt stilgestaan bij de verplichting van Batavus om Vriend's tot het selectieve distributienetwerk toe te laten. Tot slot wordt een voorschot genomen op de merkbaarheid van de gedraging waarover het hof een oordeel zal moeten geven.

Onderling afgestemde feitelijke gedraging

Batavus heeft in cassatie aangevoerd dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat er sprake is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging en dat deze de strekking zou hebben de mededinging te beperken. De Hoge Raad gaat hier echter niet in mee en bekrachtigt met enkele woorden het oordeel van het hof op dit punt. De Hoge Raad schenkt hierbij geen aandacht aan de bijzondere omstandigheden van dit geschil. De reden dat Batavus de overeenkomst met Vriend's had opgezegd was - zoals gezegd - immers gelegen in de dreiging dat Euretco geen fietsen meer van Batavus zou afnemen, hetgeen voor Batavus een groot omzetverlies zou betekenen.

Een onderling afgestemde feitelijke gedraging is door het Hof van Justitie gedefinieerd als een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die zonder dat het tot

een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking.³ Er dient derhalve coördinatie tussen ondernemingen plaats te vinden in de zin dat sprake is van een feitelijke samenwerking.⁴ Ondernemingen moeten wederzijds contact met elkaar maken. Daarbij kan het voldoende zijn dat een van de betrokken ondernemingen duidelijk maakt wat zij van de andere partij verwacht en dat die andere partij vervolgens naar die uitgesproken verwachting handelt, zonder dat vooraf nog aan zijn wederpartij bekend te hebben gemaakt.⁵ Hieraan ligt ten grondslag dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid zij wenst te voeren. Deze eis van zelfstandigheid sluit niet uit dat een onderneming haar beleid op intelligente wijze aan de marktomstandigheden aanpast, maar staat in de weg aan contact tussen ondernemingen dat erop is gericht elkaars marktgedrag te beïnvloeden en te bewerkstelligen dat concurrentievoorwaarden ontstaan die niet met normale marktvoorwaarden overeenkomen.⁶

Op het eerste gezicht lijkt de definitie van een onderling afgestemde feitelijke gedraging uitsluitend betrekking te kunnen hebben op een samenwerking tussen concurrenten. Tussen ondernemingen die in een verticale (leverancier/distributeur) verhouding tot elkaar staan bestaat immers geen concurrentie, zodat zij de concurrentie ook niet kunnen vervangen door een feitelijke samenwerking. Daarbij bestaat er tussen een leverancier en zijn distributeur een handelsrelatie hetgeen per definitie een zekere feitelijke samenwerking en coördinatie van het commerciële gedrag impliceert. Afspraken tussen een leverancier en een distributeur worden over het algemeen juist als pro-competitief beschouwd.

Daar staat tegenover dat het kartelverbod in beginsel geen onderscheid maakt naar gelang partijen in hetzelfde stadium dan wel in verschillende stadia van het productie- of distributieproces werkzaam zijn. Het kartelverbod is in principe zowel op horizontale als op verticale concurrentiebeperkende afspraken van toepassing.⁷ Ook uit de Europese rechtspraak blijkt dat ondernemingen die in een verticale relatie tot elkaar staan een onderling afgestemde feitelijke gedraging kunnen vormen.⁸ Deze rechtspraak heeft vooral betrekking op

3 Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 4 juni 2009, zaak C-8/08, T-mobile e.a., punt 26; AM 2009, nr. 6, p. 122-127 m.nt. M. van de Hel en College van Beroep voor het bedrijfsleven 4 oktober 2010, Fietsfabrikanten, LJV BT6521, punt 4.6.

4 Er moet sprake zijn van een vorm van contact tussen ondernemingen waarbij marktgedrag wordt afgestemd. Als gevolg van de afstemming dient een bepaald marktgedrag te worden vertoond waarbij er een causaal verband dient te bestaan tussen de afstemming en het marktgedrag.

5 Hof van Justitie 16 december 1975, zaak C-40/73, Suiker Unie e.a./Commissie, punt 173.

6 Idem, punt 174.

7 Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 12 en Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, overwegingen onder 1.

8 Zie bijvoorbeeld Hof van Justitie 7 juni 1983, gevoegde zaken C-100-103/80, SA Musique Diffusion Française e.a./Commissie, punten 72-80, Hof van Justitie 21 februari 1984, zaak C-86/82, Hasselblad (GB) Limited/Commissie, punten 24-29.

1 Rechtbank Leeuwarden 4 oktober 2006, LJV AY9814; AM 2007, nr. 4, p. 70 m.nt. W.S. Geelhoed.

2 Hof Leeuwarden 6 oktober 2009, LJV BJ9567.

collectieve gedragingen van leveranciers en hun distributeurs ter voorkoming van parallelhandel of de situatie waarin een leverancier een coördinerende rol speelde bij het mededingingsbeperkende gedrag van zijn distributeurs. De situatie waarin een leverancier onder druk van distributeurs de handelsrelatie met een specifieke distributeur heeft beëindigd heeft zich - voor zover wij hebben kunnen nagaan - in de Europese rechtspraak nog niet voorgedaan.⁹ De vraag of deze situatie als een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden aangemerkt, is dan ook niet eerder beantwoord.

Strikt genomen voldoet het contact tussen Euretco en Batavus ons inziens aan de hiervoor beschreven definitie van een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het dreigement van Euretco kan immers worden opgevat als een verzoek aan Batavus om de handelsrelatie met Vriend's te beëindigen. Euretco heeft dit dreigement niet alleen in een publicatie geuit maar heeft hierover ook contact opgenomen met Batavus. Direct daarna heeft Batavus de handelsrelatie met Vriend's beëindigd en Euretco hiervan op de hoogte gesteld. Batavus heeft in zoverre niet volledig autonoom haar beleid bepaald. Aan het criterium dat sprake moet zijn van coördinatie en een feitelijke samenwerking tussen ondernemingen is naar de letter van de wet dan ook voldaan.

Ons inziens kan echter de vraag worden gesteld of dit criterium in een verticale verhouding dermate strikt dient te worden geïnterpreteerd. Zoals gezegd is aan deze verhouding inherent dat een leverancier en een distributeur met elkaar contact hebben, samenwerken en hun gedrag tot op zekere hoogte coördineren.¹⁰ Het dreigement van Euretco kan naar ons oordeel ook als een marktomstandigheid worden beschouwd waarmee Batavus zichzelf zag geconfronteerd. Het dreigement verplichtte Batavus ook niet om de handelsrelatie met Vriend's te beëindigen. Batavus had verschillende mogelijkheden om op het dreigement te reageren en koos uit eigen beweging voor deze optie.

Wij hopen niet dat dit arrest van de Hoge Raad impliceert dat een leverancier zich in zijn marktgedrag überhaupt niet meer mag laten leiden door mededelingen of andere signalen van zijn afnemers. Dat lijkt ons in de praktijk niet realistisch. Naar ons oordeel moet dit arrest eerder worden gezien in het licht van deze specifieke situatie. Euretco had het wel erg bont gemaakt door een

publieke actie tegen Vriend's te beginnen en hierover contact met Batavus op te nemen. Feitelijk had Euretco Batavus hiermee volledig klem gezet. Een rechtsgeldige beëindiging van de handelsrelatie met Vriend's was hierdoor niet meer mogelijk. Het had ons inziens zowel Euretco als Batavus geholpen als Euretco haar bezwaren op meer gesofisticeerde wijze kenbaar had gemaakt of zich louter had beperkt tot het doen van meer algemene uitlatingen over internetverkoop. Achteraf gezien was het van Batavus ook niet handig om zo openlijk te erkennen dat de reden voor beëindiging van de handelsrelatie met Vriend's was gelegen in het dreigement van Euretco. De eerlijkheid van Batavus is hard bestraft.

De conclusie van de Hoge Raad dat de beëindiging van de handelsrelatie met Vriend's het sluitstuk en daarmee een onderdeel van de onderling afgestemde feitelijke gedraging uitmaakte, komt ons logisch voor. De Hoge Raad verbindt hieraan - net als het hof - de conclusie dat de opzegging door Batavus nietig is op grond van art. 6, lid 2 Mw. Volgens de Hoge Raad is er geen reden om eenzijdige rechtshandelingen als opzeggingen uit te zonderen van de nietigheidssanctie van art. 6, lid 2 Mw indien deze deel uitmaken van een verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging. Dit oordeel is opmerkelijk. In art. 6, lid 2 Mw staat dat de krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten van rechtswege nietig zijn. Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging wordt hierbij niet genoemd. De reden hiervoor lijkt ons te zijn dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen - anders dan overeenkomsten en besluiten - doorgaans feitelijke handelingen en geen rechtshandelingen zijn, zodat deze ook niet onder de toepassing van deze nietigheidssanctie kunnen vallen. Ons inziens ligt het eerder voor de hand dat de opzegging van Batavus nietig is op grond van art. 3:40, lid 2 BW wegens strijd met een wettelijke bepaling of op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. A-G Keus heeft in zijn conclusie bij dit arrest in dit verband echter opgemerkt dat het naar zijn oordeel problematisch is of de opzegging in strijd met art. 3:40, lid 2 BW kan zijn, omdat art. 3:40, lid 3 BW vereist dat de betreffende wettelijke bepaling tot doel moet hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.¹¹ A-G Keus heeft echter in zijn conclusie bij dit arrest in dit verband opgemerkt dat het naar zijn oordeel problematisch is of de opzegging in strijd met art. 3:40, lid 2 BW kan zijn. Art. 3:40, lid 3 BW vereist immers dat de betreffende wettelijke bepaling tot doel moet hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Het is jammer dat de Hoge Raad niet zijn licht hierover heeft laten schijnen. Dit had tot een andere uitkomst kunnen leiden.

Merkbaarheidsvereiste

De Hoge Raad fluit het hof terug op het punt van de merkbaarheid. Het hof was tot het oordeel gekomen dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging tus-

⁹ Er is wel een andere uitspraak hierover in Nederland geweest, namelijk van Hof Arnhem in MF Design B.V./Eastborn Slaapsystemen B.V. (18 december 2007, LJN BC5311). In deze zaak werd eveneens geoordeeld dat het opzeggen van een distributeur onder druk van andere distributeurs een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormt. Er is geen onderzoek gedaan naar vergelijkbare rechtspraak in andere lidstaten.

¹⁰ Een leverancier en distributeur dienen immers te onderhandelen over de prijs waarvoor de producten worden afgenomen. Een aspect hierbij is veelal de - theoretische - wederverkoopprijs die de distributeur voor de producten of diensten kan realiseren en de marge die hij hierdoor kan behalen. Indien deze marge te klein is, dan zal de distributeur immers geen producten meer afnemen. Bij de selectie van een distributeur ontkomt een leverancier er dan ook niet aan om rekening te houden met het mogelijke prijsbeleid van deze distributeur vanwege het mogelijke effect op de wederverkoopprijs en de marges van andere distributeurs en daarmee op zijn eigen onderhandelingspositie.

¹¹ Conclusie A-G Keus, punt 2.48.

Rechtspraak

sen Euretco en Batavus tot doel had de concurrentie te beperken en dat het daarom niet noodzakelijk was te onderzoeken of deze gedraging de concurrentie ook merkbaar kon beperken.

Dat in dit geval sprake is van een doelbeperking lijkt ons juist. De beëindiging van de handelsrelatie was erop gericht om Vriend's als (online) discounter uit te schakelen, ten faveure van Euretco (en andere distributeurs). Dat Batavus daarnaast ook een eigen (ander) belang had, namelijk het behoud van Euretco als afnemer, is ons inziens irrelevant. Het hof maakte echter de vergissing door vervolgens te concluderen dat een dergelijke doelbeperking geacht wordt de concurrentie merkbaar te beperken. Het hof baseerde zich hiervoor op de *De Minimis Bekendmaking* van de Europese Commissie ('Bekendmaking').¹² Hierin heeft de Europese Commissie aan de hand van marktaandeelgrenzen aangegeven welke gedragingen de concurrentie niet merkbaar beperken. Hierbij is een uitzondering gemaakt voor enkele gedragingen (de zogenoemde hardcore-restricties) die - volgens de Europese Commissie - tot doel hebben de concurrentie te beperken, zoals het opleggen van een wederverkoop prijs door een leverancier aan een afnemer (verticale prijsbinding). Deze Bekendmaking doet hier niet ter zake. De Bekendmaking ziet namelijk alleen op het Europese en niet op het Nederlandse kartelverbod. Daarnaast betreffen het slechts beleidsregels die de Europese en Nederlandse rechter niet binden. Nog belangrijker is dat de Bekendmaking niet bepaalt dat de gedragingen die tot doel hebben de concurrentie te beperken de concurrentie wel merkbaar beperken. Een individuele toets blijft dus noodzakelijk.¹³

Het oordeel van de Hoge Raad is dan ook terecht en in lijn met de jurisprudentie van het CBB op dit punt. Het CBB overwoog in de zaak *Secon en G-Star/NMa* dat een overeenkomst die tot doel heeft de concurrentie te beperken veelal de concurrentie op de markt in meer dan geringe mate beïnvloedt, tenzij dat vanwege de zwakke positie van de betrokken partijen niet merkbaar is.¹⁴ Het hof zal hierbij rekening moeten houden met de concrete situatie waarin deze gedraging effect sorteert en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze gedraging betrekking heeft en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert. De bewijslast van de merkbaarheid rust op Vriend's. Gelet op de marktpositie van Batavus en Euretco en de doelstelling om Vriend's als (online) discounter uit te schakelen en de prijsstelling in de markt te bewaken, zal deze last niet al te zwaar moeten zijn.

Toelating selectief distributiesysteem

Batavus heeft in cassatie verder aangevoerd dat het

hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de weigering van Batavus om Vriend's toe te laten tot het nieuwe selectieve distributiesysteem onrechtmatig was. Batavus heeft hierbij met name een beroep gedaan op haar contractsvrijheid. De Hoge Raad wijst ook dit cassatiemiddel af en bevestigt dat het Batavus niet vrijstond om met een enkel beroep op de contractsvrijheid te weigeren met Vriend's te contracteren. Dit is een belangrijke beslissing. De civiele rechter heeft zich de afgelopen tijd verschillende malen over dit onderwerp uitgelaten, maar een bestendige lijn was hierin vooralsnog niet te ontdekken.¹⁵

Een selectief distributiesysteem kenmerkt zich door de toelating van een beperkt aantal distributeurs die worden geselecteerd aan de hand van objectieve criteria. Een dergelijk systeem is op grond van Verordening 330/2010 onder voorwaarden van het kartelverbod vrijgesteld. Een van de voorwaarden is dat de selectiecriteria uniform zijn en op niet discriminerende wijze worden toegepast.¹⁶ Het hof heeft hieraan de conclusie verbonden dat de toegang tot het selectieve netwerk dus niet op willekeurige of discriminerende wijze mag plaatsvinden, omdat dit in strijd is met de grondslag voor het vrijstellen van een dergelijk verkoopstelsel van het kartelverbod. Volgens het hof is een (onterechte) weigering daarmee in strijd met het verbod van willekeur en daarmee onrechtmatig.

Ons inziens lijkt het hof hiermee te miskennen dat een selectief distributiesysteem dat niet aan de eisen van Verordening 330/2010 voldoet niet per definitie verboden is. Indien een leverancier ervoor kiest om niet aan de hand van objectieve criteria zijn distributeurs te selecteren kan hij geen gebruikmaken van de automatische vrijstelling van Verordening 330/2010 en dient een individuele beoordeling te worden gemaakt of deze keuze onder het kartelverbod valt (waarbij onder meer moet worden beoordeeld of dit tot een merkbare beperking van de concurrentie kan leiden).¹⁷

Overigens rijst de vraag of deze weigering van Batavus tot toelating überhaupt onder het kartelverbod kan vallen. Strikt genomen betreft dit namelijk een eenzijdige gedraging waarop het kartelverbod in beginsel niet van toepassing is. Uit de Europese rechtspraak blijkt dat alleen bij een stelselmatige weigering tot toelating wordt aangenomen dat sprake is van een wederkerige gedraging.¹⁸ In dat geval valt de weigering tot toelating binnen de sfeer van de contractuele betrekkingen tussen de leverancier en zijn distributeurs omdat zij de naleving van concurrentiebeperkende afspraken beogen te waarborgen. Aangezien Vriend's de enige distributeur

¹² Bekendmaking van de Commissie van 22 december 2001, PbEG C 368, inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van art. 81, lid 1 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis).

¹³ Zie ook Verordening 330/2010, par. 10.

¹⁴ CBB 7 december 2006, *Secon en G-Star/NMa*, LJV AU8309, punt 6.5.

¹⁵ Vzng. Rechtbank Utrecht 30 september 2009, *De Bilt auto's v.o.f./KIA Motors Nederland B.V.*, LJV BJ9050 en Vzng. Rechtbank Amsterdam 3 december 2009, *Eiseressen/KIA Motors Nederland B.V.*, LJV BK6496.

¹⁶ Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, par. 175.

¹⁷ Vzng. Rechtbank Amsterdam 3 december 2009, *Eiseressen/KIA Motors Nederland B.V.*, LJV BK6496, punt 12.

¹⁸ Hof van Justitie 25 oktober 1983, zaak 107/82, *AEG-Telefunken/Commissie*, punt 39.

is die - althans voor zover ons bekend - door Batavus tot het selectieve distributiestelsel is geweigerd, kan naar onze mening niet van een stelselmatige gedraging worden gesproken.

Relevant is in dit verband dat het hof voorop heeft gesteld dat de vraag of het door Batavus beoogde selectieve distributiestelsel zich verdraagt met het kartelverbod "in het kader van de primaire vordering niet aan de orde is". Het is ons niet duidelijk wat het hof hier precies mee bedoelt. Als het hof hiermee de primaire vordering van Vriend's in eerste aanleg heeft bedoeld, dan wekt dat verbazing omdat deze vordering betrekking had op de opzegging van de handelsrelatie en Vriend's daarbij juist een beroep op het kartelverbod had gedaan. Het ligt eerder voor de hand dat het hof hiermee de *subsidiäre* vordering van Vriend's in eerste aanleg heeft bedoeld, waarmee Vriend's om toelating tot het selectieve distributiestelsel had verzocht. Hierbij heeft Vriend's geen beroep op het kartelverbod gedaan. De rechtbank heeft vervolgens op grond van de redelijkheid en billijkheid bepaald dat Vriend's moest worden toegelaten. In dat geval is het uitgangspunt van het hof in beginsel te volgen.¹⁹ Echter, het hof toetst vervolgens - anders dan de rechtbank - onder welke omstandigheden een distributiestelsel met de mededingingsregels in overeenstemming wordt geacht. In zekere zin beoordeelt het hof hiermee dus wel of de weigering tot toelating in strijd met het kartelverbod kan zijn, maar maakt die beoordeling ons inziens niet volledig af. Het hof komt tot het oordeel dat de weigering in strijd met het 'verbod op willekeur' zou zijn. Dit 'verbod' is - althans voor zover wij weten - geen mededingingsrechtelijk of civielrechtelijk begrip. Een weigering kan weliswaar in strijd zijn met de grondslag voor de vrijstelling van een selectief distributiesysteem, maar daaruit kan ons inziens geen wettelijk verbod of gebod worden afgeleid.

Het oordeel van de Hoge Raad en het hof kunnen wij niet goed rijmen met Europese rechtspraak waaruit blijkt dat uit een schending van het mededingingsrecht geen contracteerplicht voortvloeit. In de zaak *Automec II*, waarin een handelaar een klacht bij de Europese

Commissie had ingediend over het feit dat BMW hem niet had toegelaten tot haar selectieve distributiestelsel, is uitgemaakt dat een leverancier op grond van het mededingingsrecht niet verplicht is contracten af te sluiten.²⁰ Wij zien niet in waarom en op grond waarvan een dergelijke verplichting wel op grond van het civiele recht zou gelden, met name indien van een schending van het mededingingsrecht (mogelijk) geen sprake is.

Wat hier van zij, zowel het arrest van de Hoge Raad als het arrest van het hof stemt ons inziens op dit punt wel degelijk tot tevredenheid gelet op de eerdere afstemming tussen Batavus en Euretco over de opzegging van Vriend's. Het selectieve distributiesysteem diende vermoedelijk geen ander doel dan Vriend's buiten de deur te houden. Dat de rechters hier doorheen hebben geprikt komt ons - los van de juridische haken en ogen die daaraan kleven - alleszins redelijk voor.

Conclusie

Op grond van dit arrest zijn wij van oordeel dat een distributeur die moeite heeft met de prijsstelling van individuele concurrenten er verstandig aan doet zich hier niet publiekelijk over uit te laten en zeker niet om zijn leverancier hierop aan te spreken. Wel lijkt het ons toegestaan indien een distributeur in de pers of ten overstaan van zijn leverancier in het algemeen zijn zorgen uit over de prijsstelling in de markt. Een leverancier doet er op zijn beurt goed aan om het contact met een distributeur over het marktgedrag van andere distributeurs af te houden en zich hiervan te distantiëren. Een opzegging van een handelsrelatie onder druk van andere distributeurs is niet toegestaan, tenzij deze opzegging geen merkbaar effect op de concurrentie heeft. Daarnaast volgt uit dit arrest dat een leverancier die een selectief distributiestelsel hanteert, iedere distributeur die aan de gestelde criteria voldoet moet toelaten. Vooral dit laatste zal door Vriend's als een overwinning worden beschouwd. Wat het hof ook besluit ten aanzien van de merkbaarheid, Vriend's zal Batavus-fietsen blijven aanbieden.

Kim van Haastrecht²¹ en MvdH

¹⁹ Hoewel ons inziens ook de rechtbank had moeten beoordelen in hoeverre van een overtreding van het kartelverbod sprake had kunnen zijn en dit - strikt juridisch gezien - niet met een verwijzing naar de redelijkheid en billijkheid had kunnen afdoen.

²⁰ Hof van Justitie 18 september 1992, zaak T-24/90, *Automec II*, punten 50-53.

²¹ Kim van Haastrecht is advocaat bij Boekel De Nerée te Amsterdam.