

Actualia

contractspraktijk

LEERSTUKKEN

Twee Hoge Raad-arresten over mededingingsrecht en contracten. (HR 3 december 2004, C03/213 en HR 17 december 2004, C03/224).

Of – en zo ja in hoeverre – bepaalde contractuele afspraken mededingingsbeperkend zijn, is niet altijd gemakkelijk vast te stellen. Dit zelfde geldt voor de gevolgen daarvan. Het mededingingsrecht is namelijk een weerbarstig rechtsgebied dat echter door contractenmakers of beoordelaars niet genegeerd kan worden. Hier signaleren wij twee gevallen uit de recente rechtspraak van de Hoge Raad waarin de nodige ‘noten’ worden gekraakt. Het eerste arrest betreft het Hoge Raad-arrest van 3 december 2004.

Coöperatieve Bloemenveiling Floraholland U.A. (‘BVH’), althans haar rechtsvoorgangster, heeft (in het kort) met haar wederpartij schriftelijk afgesproken dat deze wederpartij – gedurende de looptijd van de desbetreffende overeenkomsten – anjers verwerkt vanuit Spanje, bestemd voor veilencentrum Naaldwijk (dit stond met zoveel woorden in art. 1 van de desbetreffende overeenkomsten).

Een aantal jaren betreft dat alle uit Spanje (en soms ook uit Turkije) geleverde anjers, maar klaarblijkelijk komt daar tussen 1 oktober 1997 en 26 maart 1998 verandering in – althans dat valt af te leiden uit een brief die de wederpartij aan BVH schrijft. Deze brief heeft als strekking dat de wederpartij uit de overeenkomst had mogen begrijpen dat BVH haar het exclusieve recht had gegeven om *alle* uit Spanje afkomstige anjers te verwerken en dat BVH in haar verplichtingen tekort was geschoten nu ook andere bedrijven uit Spanje afkomstige anjers verwerkten. Door de terugloop van het aantal te verwerken anjers zou er *de facto* (bijna) sprake zijn van een beëindiging van de overeenkomst met de wederpartij op een wijze zoals deze niet in de overeenkomst tussen partijen was voorzien. BVH had er volgens haar wederpartij dan ook voor moeten zorgen dat BVH exclusieve contracten had gesloten met de Spaanse kwekers die op de veiling bloemen aanleverden, ten einde op die manier te bewerkstelligen dat de wederpartij van BVH voldoende anjers ter verwerking kreeg aangeboden. BVH

daarentegen vond dat haar geen verwijt kon worden gemaakt, omdat haar was gebleken dat een aantal Spaanse kwekers zelf voor de verwerking van de anjers zorgdroeg of de opdracht tot verwerking van de anjers aan andere partijen gaven, en dat zij – BVH – daar geen invloed op kon uitoefenen. Evenmin verplichtte de overeenkomst BVH om ervoor zorg te dragen dat het bedrijf alle uit Spanje afkomstige anjers zou krijgen te verwerken, althans dat vond BVH.

De wederpartij van BVH vordert in de procedure onder meer dat de rechter vaststelt dat BVH ten opzichte van haar toerekenbaar is tekortgeschoten en dat BVH gehouden is tot schadevergoeding. De rechtbank wijst de vorderingen af, omdat de door de wederpartij van BVH gestelde verplichtingen volgens de rechtbank niet in het contract konden worden gelezen. In appèl wijst het Hof de vorderingen eveneens af, maar op andere gronden, die er kort gezegd op neerkomen dat art. 1 van de overeenkomst – wanneer dit artikel de door de wederpartij van BVH gestelde strekking zou hebben – in het licht van art. 6 van de Mededingingswet en art. 85 (thans 81) van het EG-Verdrag nietig en dus verboden zou zijn. Deze nietigheid van het desbetreffende art. 1 zou dan op grond van art. 3:40 BW en in het licht van de art. 3:41 en 3:42 BW partiel zijn, en dienen te worden geconverteerd in een bepaling die wel zou zijn toegestaan. Deze tournure brengt dan mee dat aan art. 1 van de overeenkomst een beperktere uitleg wordt gegeven dan welke door de wederpartij van BVH in de procedure werd voorgestaan. BVH zou dan niet gehouden (kunnen) zijn een exclusiviteit te hebben vergeven. Dit oordeel van het hof hield in cassatie geen stand.

De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.7.2) dat ingevolge art. 85 EG-Verdrag (thans art. 81 EG) en art. 6 Mededingingswet overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt (art. 81 lid 1 EG) dan wel op de Nederlandse markt of een deel daarvan (art. 6 lid 1 Mededingingswet) wordt verhinderd, beperkt of vervalst, van rechtswege nietig zijn. De Hoge Raad vervolgt door erop te wijzen dat het vaste rechtspraak van het HvJ EG is dat wanneer de overeenkomst een mededingingsversturende *strekking* heeft, de gevolgen daarvan niet behoeven te worden vastgesteld, maar dat de vaststelling dat een overeenkomst mededingingsversturende *gevolgen* heeft, een feitelijk onderzoek vergt – in de vorm van een marktanalyse – waaraan hoge eisen worden gesteld.

Zowel voor het communautaire als het nationale mededingingsrecht geldt voorts het in de rechtspraak van het HvJ EG ontwik-

kelde criterium dat de handel tussen de lidstaten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt onderscheidenlijk de Nederlandse markt merkbaar worden beperkt (het merkbaarheidsvereiste). Ook het merkbaarheidsvereiste is in beginsel te beschouwen als een positief vereiste, zij het dat de – in de praktijk belangrijke – kwantitatieve criteria deels in negatieve vorm – als drempelvrijstelling – zijn uitgewerkt en vastgelegd.

De Hoge Raad geeft in het licht van het vorenstaande aan dat er in cassatie terecht over wordt geklaagd dat het hof had behoren aan te geven of naar zijn oordeel de overeenkomsten reeds naar hun strekking dan wel in hun gevolgen de mededinging schaden en waarom het een dan wel het ander zich zou voordoen: tot mededingingsbeperkende gevolgen kan immers slechts worden geconcludeerd op grond van een uitvoerig feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse, waarvan uit het bestreden arrest niet blijkt. Dit is van belang, omdat voorzover het hof zou hebben miskend dat mededingingsbeperkende gevolgen niet zonder marktanalyse kunnen worden vastgesteld, het van een onjuiste rechtsopvatting zou hebben blijk gegeven.

De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat voorzover in de overweging van het hof besloten zou liggen dat de overeenkomsten reeds naar hun strekking de mededinging beperken, het hof onvoldoende inzicht zou hebben geboden in de gedachtegang die tot dit oordeel heeft geleid. Immers, de enkele omstandigheid dat de overeenkomsten BVH zouden verplichten om de Spaanse kwekers voor te schrijven om de verwerking van hun anjers te laten uitvoeren door BVH en in feite door de eiser, die op zijn beurt in opdracht van BVH werkt, brengt nog niet mee dat de overeenkomsten een mededingingsbeperkende strekking hebben.

Evenmin had het hof kenbaar aandacht besteed aan de door art. 81 EG bedoelde mogelijkheid van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, aan het merkbaarheidsvereiste noch aan de mogelijkheid dat sprake is van een bagatel in de zin van art. 7 Mededingingswet en daardoor ofwel van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven, ofwel onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang. Het arrest van het hof werd derhalve vernietigd.

Weerbarstig

De toepassing van regels van het mededingingsrecht op contractuele verhoudingen, luistert zeer nauw. Het hof oordeelde dat de *gevolgen* van de overeenkomst mededingingsbeperkend waren en dat daardoor art. 1 van die overeenkomst (partieel) nietig was. De Hoge Raad geeft aan dat het hof dat niet zonder nader feitelijk onderzoek had kunnen beslissen en dat – mocht het hof hebben gemeend dat overeenkomsten qua strekking in strijd waren met het mededingingsrecht – het hof dat aspect onvoldoende inzichtelijk heeft gemaakt.

De feitenrechter dient derhalve in het licht van zijn oordeel inzake schending van het mededingingsrecht een duidelijk onderscheid te maken tussen afspraken die naar hun *strekking* mededingingsbeperkend zijn en afspraken die (slechts) mededingingsbeperkende *gevolgen* sorteren. Een interessant aspect is dat het hof ambtshalve de vermeende strijd met het mededingingsrecht heeft onderzocht, een aspect waaraan de A.-G. Keus ruime aandacht besteedt, omdat *de omvang* van de ambtshalve toetsing in het licht van het mededingingsrecht bepaald onduidelijk is.

Naar algemeen wordt aangenomen kan – en moet – de rechter de dwingende bepalingen van het mededingingsrecht toepassen op de wijze als bedoeld in art. 25 Rv: door middel van het zonodig ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. In dat geval gelden – aldus de advocaat-generaal – de normale begrenzingen zoals het verbod op het aanvullen van de feitelijke gronden, alsmede de regel dat de rechter de door partijen bepaalde omvang van de rechtsstrijd heeft te respecteren. In verband met de voorrang van het gemeenschapsrecht kan echter de vraag rijzen of deze bedoelde begrenzingen toelaatbaar zijn als zij aan verwerkelijking van het communautaire mededingingsrecht in de weg staan. Met name de vraag of de nationale rechter die over een contractenrechtelijk geschil moet oordelen, het beginsel van partijautonomie met een beroep op art. 81 EG (of art. 6 Mededingingswet) opzij moet zetten, door zonodig ook buiten de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd nietigheid van de betrokken overeenkomst aan zijn uitspraak ten grondslag te leggen, is in dezen van groot belang. De advocaat-generaal meent dat dit niet het geval is. Wij onderschrijven dat standpunt. De rechtspraak van het HvJ EG op dit punt wordt in de literatuur overigens verschillend uitgelegd (HvJ EG 14 december 1995, zaak C-430 en 431/93 (Van Schijndel en Van Veen), Jur. 1995, p. I-4705, NJ 1997, 116, en HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (Eco Swiss/Benetton), Jur. 1999, p. I-3055, NJ 2000, 339).

Keus wijst voorts op het feit dat de regeling van art. 81 EG en art. 6 Mededingingswet is gegoten in de vorm van een verbod met daarop een aantal mogelijke uitzonderingen. Als de genoemde bepalingen geheel buiten het partijdebat zijn gebleven, maar de rechter haar niettemin ambtshalve wil toepassen, spreekt voor zich dat de rechter in dat geval volledig moet toetsen aan alle criteria, waaronder mogelijke uitzonderingen op het kartelverbod. De vraag is dan echter hoe de rechter zich inzicht verschaft in de daarvoor relevante feiten, zeker in een geding waarin geen van beide partijen belang bij een beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken overeenkomst met het mededingingsrecht heeft. Aan ambtshalve toepassing is ten slotte volgens Keus het gevaar verbonden dat de daardoor benadeelde partij onvoldoende gelegenheid wordt geboden op de nieuwe wending te reageren, wat als gevolg kan hebben dat het oordeel kan uitmonden in een ontoelaatbare verrassingsbeslissing.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad met dit arrest ambtshalve toetsing door rechters in het kader van het mededingingsrecht – wanneer het partijdebat zich niet tot schending van het mededingingsrecht heeft uitgestrekt – praktisch onmogelijk maakt in de gevallen waarbij de *gevolgen* van de overeenkomst op hun mededingingsrechtelijke effect worden beoordeeld. Hieraan dient immers ruim en feitelijk marktonderzoek vooraf te zijn gegaan. Dit betekent dat de rechter er niet aan zal ontkomen om in zo'n geval aan de partijen daarover nadere vragen te stellen en eventueel extra aktes te laten nemen, teneinde daarmee een verrassingsbeslissing te voorkomen.

Onduidelijk is of dit ook zal gelden wanneer een overeenkomst qua *strekking* in strijd wordt geacht met het mededingingsrecht. Daarover is dit arrest niet duidelijk, omdat het wel zeer zou bevreemden dat *deze* overeenkomst qua strekking in strijd met het mededingingsrecht zou kunnen worden geacht. Wij gaan er voorshands vanuit dat deze strekkingsperikelen zich met name (slechts?) zullen voordoen wanneer de overeenkomsten zoge-

noemde ‘hardcore’ bepalingen zullen bevatten. De Europese Commissie heeft in haar groepsvrijstellingsverordeningen – en haar toelichtingen daarop – reeds expliciet een aantal bepalingen aangegeven waarvan zij meent dat die op voorhand niet door de beugel kunnen. Overigens heeft de Commissie op dit punt niet het laatste woord; doorslaggevend is de opvatting van het Hof van Justitie van de EG.

Een ander punt van aandacht betreft het moeilijke punt van de gevolgen van een eventuele geconstateerde nietigheid. Welk rechtsgevolg dient daaraan te worden verbonden? Aan de nietigheid wegens strijd met het mededingingsrecht komt naar Europees en Nederlands recht terugwerkende kracht toe. Maar wat is nu rechtens wanneer de schending (in gevolgen) zich eerst na verloop van tijd voordoet? Geldt dan de nietigheid vanaf het moment van het aangaan van de rechtshandeling of vanaf het moment dat de schending van het mededingingsrecht is ingetreden. Verschillende standpunten worden in de literatuur verdeeld. Sommige auteurs bepleiten terugwerkende kracht vanaf het begin van de rechtshandelingen, andere vanaf het moment van schending. Relatief nieuw is de stelling van een zogenoemde tijdelijke ‘floating’ nietigheid, een nietigheid over de periode dat het mededingingsrecht geschonden wordt. Deze gedachte wordt ontleend aan een uitspraak van de Engelse *Court of Appeal* uit 1998 (*Passmore vs Morland*, CH 1998 P. No. 419, 1 CMLR, 1999, 1129). Deze constructie wordt bekritiseerd door Appeldoorn die in zijn Groningse proefschrift (Eenheid in verscheidenheid: de gespreide toepassing van artikel 81 EG, Groningen diss., 2004, p. 232 e.v.) een systeem bepleit waarbij sprake is van een tijdelijke onmogelijkheid om de overeenkomst te effectueren voor de periode dat de overeenkomst in strijd is met de bepalingen van het mededingingsrecht. Uiteindelijk zal de rechter in dezen het laatste woord hebben.

Nevenrestricties?

In zijn arrest van 17 december 2004 (in kort geding) diende de Hoge Raad te oordelen over de situatie waarbij aan een huurder (bloemist) een shop in een shop was verhuurd, waarbij de afspraak was gemaakt dat het (groot)winkelbedrijf dat de ruimte aan de huurder had verhuurd, in beginsel niet zelf bloemen aan het publiek ter verkoop zou aanbieden. Dit was slechts in bepaalde uitzonderingsgevallen anders. De rechtsopvolger van de verhuurder wilde die afspraken met zijn huurder aanscherpen en ook zelf de mogelijkheid voorbehouden om bloemen aan het publiek aan te bieden.

In hoger beroep oordeelde het hof (onder andere) dat de huurder zich niet op het – ten opzichte van de eerste verhuurder bedongen – recht op alleenverkoop mocht beroepen, omdat dat – mede vanwege het gegeven dat er in de regio maar zeer weinig bloemisten waren – in het licht van art. 6 Mededingingswet niet was toegestaan. Door de gestelde afspraken wordt het grootwinkelbedrijf als (potentiële) concurrent van de huurder uitgeschakeld, hetgeen verhindert dat klanten kunnen profiteren van een concurrerend assortiment en van concurrerende prijzen, aldus het hof.

De Hoge Raad denkt hier anders over. In het cassatiemiddel was namelijk aangevoerd dat de mededingingsbeperkende werking van de onderhavige overeenkomst heeft te gelden als, kort gezegd, een geoorloofde nevenrestrictie.

In het communautaire mededingingsrecht omvat het begrip ‘nevenrestrictie’ elke beweerde mededingingsbeperking die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en die daaraan evenredig is, met dien verstande dat de hoofdtransactie zelf de mededinging niet mag beperken. Indien op grond van objectieve factoren kan worden geconcludeerd dat, binnen de specifieke context van de hoofdtransactie, een bepaalde mededingingsbeperkende restrictie noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van die transactie en daaraan evenredig is, valt de restrictie buiten het toepassingsgebied van art. 81 lid 1 EG. Gelet op het feit dat de Mededingingswet is geënt op het EG-Verdrag (vgl. de MvT bij art. 6 Mw, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 61: ‘Artikel 6 sluit (...) zoveel mogelijk aan bij art. 85 [thans 81], eerste lid, van het verdrag’), moet ook voor de toepassing van art. 6 lid 1 Mw worden aanvaard dat nevenrestricties als zojuist omschreven, buiten het toepassingsgebied van deze bepaling vallen.

De Hoge Raad verwijt het hof dat het klaarblijkelijk heeft miskend dat de litigieuze afspraak tot alleenverkoop van bloemen in de huurovereenkomst slechts een nevenrestrictie was en daarom van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven. Het arrest van het hof kon dus niet in stand blijven.

Weerbarstig II

Allereerst wijzen wij erop dat art. 81 EG en art. 6 Mw niet iedere mededingingsbeperkende verplichting treffen; dat met name verplichtingen die nodig en evenredig zijn in het kader van een overigens geoorloofde overeenkomst, buiten het bereik van die bepalingen vallen. Van zulke verplichtingen – verplichtingen die weliswaar de vrijheid van handelen van een ondernemer beperken, maar die noodzakelijk zijn om aan een overigens geoorloofde transactie effect te geven, en proportioneel aan dat doel – wordt aangenomen dat die er niet toe strekken, de mededinging te beperken, en dat ze ook overigens geen ontoelaatbaar mededingingsbeperkend effect hebben.

De Hoge Raad stelt in dit arrest buiten twijfel dat de gedachtevorming rond nevenrestricties zoals deze zich in het kader van art. 81 EG heeft ontwikkeld ook onverkort op art. 6 Mw kunnen worden toegepast; een voor de hand liggende ‘doorsteek’ nu de wetgever al bij de totstandkoming van de Mededingingswet heeft aangegeven dat met de Mededingingswet bedoeld is nauw aansluiting te zoeken bij het EG mededingingsrecht. De woordkeuze van de Hoge Raad dat nevenrestricties buiten de toepassing van de art. 81 EG-verdrag en art. 6 Mw vallen is daarbij op zichzelf genomen juist. In het kader van het Nederlandse concentratietoezicht staat dat dan ook met zoveel woorden in art. 10 van de Mw. De toepassing van art. 6 Mw wordt door de leer van de nevenrestricties ingeperkt. Met deze leer wordt geconstateerd dat een bepaling per saldo niet in strijd komt met het kartelverbod. In beginsel hetzelfde eindresultaat wordt bereikt als een bepaling in beginsel wel in strijd wordt geacht met het kartelverbod, maar op grond van art. 81 lid 3 EG c.q. 17 Mw toch toelaatbaar wordt geacht. Restricties, die voor ontheffing in aanmerking komen, vallen namelijk wel binnen het toepassingsgebied van het art. 81 EG en art. 6 Mw (het kartelverbod), maar worden van dat verbod vervolgens vrijgesteld, omdat – kort gezegd – de voordelen van de afspraak opwegen tegen de nadelen van de restrictie en de restrictie bovendien onmisbaar is voor het welslagen van de afspraak. Deze tweede

route kan door de nationale rechter echter pas gevolgd worden per 1 mei 2004, toen verordening 1/2003 in werking trad. De uitspraak dat de restrictie buiten het toepassingsgebied van art. 81 EG-verdrag en art. 6 Mw valt, is hier niet geclausuleerd. Bij vrijstellingen is dat anders; zo is de duur van een vrijstelling in principe namelijk beperkt. Ditzelfde geldt ook weer voor nevenrestricties in het kader van het concentratietoezicht, deze worden doorgaans ook in duur beperkt.

Wat hier ook van moge zijn, het lijkt erop dat de Hoge Raad in dit geval het gezonde verstand laat prevaleren boven een te rigide toe-

passing van de regels van het mededingingsrecht. Het begrip ‘rule of reason’ komt bij ons op, maar gezien de beladenheid van dit begrip in het mededingingsrecht spreken wij dit niet hardop uit. Overigens verwijzen wij de lezer die snel en kordaat zijn kennis inzake de toepassing van het mededingingsrecht op contracten wil ophalen, graag naar de mooie conclusies voor de hiervoor omschreven arresten.

Mr. T.H.M. van Wechem en prof. mr. W.H. Wissink