



Gedane zaken nemen geen keer: de beperkte werking van de nietigheid

G.W. van der Klis, S.A.C.M. Lavrijssen*

Als partijen of derden door overtreding van de Mededingingswet (Mw) in hun belang worden getroffen, is de rechter bevoegd te oordelen. Van overeenkomsten en besluiten die onverenigbaar zijn met het kartelverbod en van concentraties die in strijd met de meldings- of vergunningsplicht tot stand zijn gekomen, kan de nietigheid voor de civiele rechter worden ingeroepen.

Het oordeel van de rechter kan van groot belang zijn, omdat de nietigheidssanctie de civiele rechtsverhoudingen verstoort. Indien een partij of derde zich beroept op nietigheid is niet alleen onduidelijk of partijen gebonden zullen blijven aan hun contractuele verplichtingen, maar is ook onzeker of hetgeen reeds ter uitvoering van de pretense verboden overeenkomst is geschied, in stand kan blijven. Deze risico's gaan ten koste van de rechtszekerheid, die in het economisch leven van wezenlijk belang is.¹ In dit artikel staat de vraag centraal hoe de rechter omgaat met de nietigheidssanctie, gelet op, enerzijds, het belang van de rechtszekerheid in het economisch leven, en anderzijds, het belang van handhaving van de mededingingsregels.

Wat is nietigheid?

Van rechtswege nietig noemt men de rechtshandeling waaraan de wet zonder meer het beoogde rechtsgevolg ontzegt.² Van een rechtshandeling die van rechtswege nietig is, zal de rechter de nietigheid ambtshalve uitspreken, zelfs tegen de bedoeling van partijen in.³ Deze nietigheid

werkt erga omnes, ofwel tegenover iedereen, en heeft in beginsel werking ex tunc, dat is vanaf het aangaan van de rechtshandeling.⁴ Het zijn deze gevolgen waar adviseurs, al dan niet terecht, graag mee schermen om het belang van het mededingingsrecht te onderstrepen.

Europeesrechtelijke nietigheid

Bij het opstellen van het kartelverbod neergelegd in artikel 6 Mw is door de wetgever zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 85 van het EG-Verdrag (EG) en bij de Europeesrechtelijke beschikkingspraktijk en jurisprudentie. Op grond van artikel 85 lid 2 EG zijn mededingingsbeperkende gedragingen die in strijd zijn met artikel 85 lid 1 EG nietig.

In het Bosch-arrest⁵ is de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 85 van het toenmalige EEG-Verdrag (EEG) zowel vóór als na de inwerkingtreding van Verordening 17/62 aan de orde gesteld. Verordening 17/62 regelt onder meer de bevoegdheid van de Commissie om op grond van artikel 85 lid 3 EG ontheffingen te geven ten aanzien van het verbod van artikel 85 lid 1 EG. Volgens het Europese Hof van Justitie (HvJ) was het onverenigbaar met het rechtszekerheidsbeginsel om kartels op grond van artikel 85 lid 1 jo. artikel 85 lid 2 EEG nietig te achten voordat artikel 85 lid 3 EEG kon worden toegepast. Het HvJ concludeerde daarom dat tot aan de inwerkingtreding van Veror-

* G.W. van der Klis is advocaat te Amsterdam (Clifford Chance), S.A.C.M. Lavrijssen studeert aan de Katholieke Universiteit Brabant.

1 Geelkerken, *Nietigheid van concurrentiebeperkingen, handhaving van het kartelrecht der Europese Economische Gemeenschap*, Kluwer, Deventer, 1996, p. 249.

2 Asser-Hartkamp II, W.E.J. Tjeenk Willink B.V., Zwolle, 1993, p. 431.

3 Geelkerken, noot 1, p. 177.

4 Geelkerken, noot 1, p. 178.

5 HvJ EG zaak 13/61, Bosch, Jur. 1962, p. 93.

dening 17/62 de nietigheid ex artikel 85 lid 2 EEG niet kon intreden. Als gevolg van deze jurisprudentie worden bestaande kartels die naar behoren bij de Commissie zijn aangemeld vóór het in werking treden van Verordening 17/62, als ‘voorlopig geldig’ aangemerkt. Aan deze voorlopige geldigheid komt een einde, zodra de Commissie aangeeft dat zij weigert artikel 85 lid 3 EG toe te passen ten aanzien van de gemelde gedragingen. Als geen ontheffing wordt verleend, is sprake van nietigheid vanaf het tijdstip van inwerkingtreding van Verordening 17/62, tenzij de Commissie ex artikel 7 van Verordening 17/62 de nietigheid heeft beperkt tot een bepaalde periode.

Enkele jaren terug heeft het HvJ het Bosch-arrest bevestigd in de zaak KVB/Free Record Shop⁶. Het HvJ overweegt in deze zaak dat de ‘oude’ kartels, die voor 1 november 1962 zijn aangemeld, voorlopig geldig zijn, zolang de Commissie zich er niet over heeft uitgesproken. Deze voorlopige geldigheid wordt gerechtvaardigd door het belang van rechtszekerheid omtrent hun contractuele verhoudingen. De omstandigheid dat sinds de aanmelding van een oud kartel nogal lange tijd is verstreken zonder dat de Commissie zich heeft uitgesproken, kan niet ten gevolge hebben dat aan de voorlopige geldigheid van een kartel een einde komt.

In het Delimitis-arrest⁷ heeft het HvJ vastgesteld dat de nietigheid van overeenkomsten zich uitstrekt tot die bepalingen van de overeenkomst die rechtstreeks onder het verbod van artikel 85 lid 1 EG vallen. De gevolgen hiervan voor de overige onderdelen van de overeenkomst dienen volgens het HvJ in het Ciments et Bétons-arrest⁸ door de nationale rechter overeenkomstig het nationale recht te worden vastgesteld. In het Delimitis-arrest, onder verwijzing naar Société Technique Minière⁹, stelt het HvJ verder dat wanneer de overige onderdelen van de overeenkomst geen zelfstandige betekenis hebben, de gehele overeenkomst door artikel 85 lid 2 EEG wordt getroffen. Ook in dit geval zal de nietigheid evenwel overeenkomstig nationaal recht moeten worden vastgesteld.

Nietigheid onder Nederlands recht

Nietigheid concentraties

Vooreerst zij opgemerkt dat de nietigheid van rechtshandelingen die voortvloeien uit concentraties, die in strijd zijn met de meldings- of vergunningsvereisten van de Mw, niet op het gemeenschapsrecht is gebaseerd. De Europese concentratieverordening voorziet niet in een dergelijke nietigheid.

Overgangsrecht Mededingingswet

De Mw kent een overgangsregeling die het belang van de rechtszekerheid dient. Artikel 100 Mw bepaalt dat het kartelverbod gedurende drie maanden na de inwerkingtreding van de Mw niet geldt ten aanzien van de op het tijdstip van inwerkingtreding van artikel 6 Mw bestaande

overeenkomsten, besluiten en gedragingen. Indien betrokkenen binnen die drie maanden een ontheffing als bedoeld in artikel 17 Mw hebben aangevraagd, geldt het verbod van artikel 6 Mw niet vanaf het moment van de inwerkingtreding van artikel 6 Mw tot op het moment dat op de aanvraag voor de ontheffing is beslist. Deze voorlopige geldigheid is uitsluitend van toepassing op overeenkomsten, besluiten en gedragingen die niet verboden of onverbindend zijn verklaard op grond van de Wet Economische Mededinging (WEM).

Deze overgangsregeling is vergelijkbaar met het Europese overgangsrecht, zoals uiteengezet in het Bosch-arrest. Een bestaand kartel is geldig mits vóór 1 april 1998 een ontheffingsaanvraag is ingediend. Aan deze voorlopige geldigheid komt een einde indien de Commissie of de directeur-generaal van de NMa (D-G NMa) een positieve dan wel negatieve beslissing geeft op de aanvraag. De D-G NMa moet op grond van artikel 100 lid 2 Mw binnen 12 maanden, met een mogelijke verlenging van 6 maanden, op een aanvraag voor een ontheffing beslissen. Het is dus de bedoeling dat bestaande kartels onder het Nederlandse mededingingsrecht niet jarenlang van de voorlopige geldigheid kunnen profiteren. Het is evenwel onduidelijk wat er zal gebeuren met de ontheffingsaanvragen die de D-G NMa de komende 1,5 jaar niet zal hebben afgehandeld. Er zijn immers ruim 1000 aanvragen ingediend.

Civielrechtelijke gevolgen nietigheidssanctie

In de Memorie van Toelichting bij de Mw heeft de Minister weinig aandacht geschonken aan de civielrechtelijke aspecten van de nietigheidssanctie.¹⁰

Mededingingsbeperkende afspraken kunnen worden aangevochten op grond van artikel 3:40 BW.¹¹ Rechtshandelingen die strijden met artikel 3:40 BW worden geacht nietig te zijn. De President van de rechtbank Breda was de eerste om een (branchebeschermings) afspraak vanwege strijd met art. 6 Mw nietig te achten.¹²

Zoals hierna zal blijken, kan de rechter de gevolgen

6 zaak 39/96 Koninklijke Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels tegen Free Record Shop BV en Free Record Shop Holding BV, I.W. VerLoren van Themaat, NTER nr. 6, juni 1997, pp. 134-136.

7 HvJ EG zaak 234/89, Delimitis, Jur. 1991, p. I-953.

8 HvJ EG zaak 319/82, Société de Vente de Ciments et Bétons t. Kerpen & Kerpen, Jur. 1983, p. 4173.

9 HvJ EG zaak 56/65, Société Technique Minière, Jur. 1966, p. 235.

10 Tweede Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 24 707, nr. 3, zie met name p. 54 en p. 68.

11 Artikel 3:40 BW luidt:

1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of openbare orde, is nietig.
2. Strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling, doch, indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, slechts tot vernietigbaarheid, een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.
3. Het vorige lid heeft geen betrekking op wetbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmede strijdige rechtshandelingen aan te tasten.

van de nietigheidssanctie evenwel in belangrijke mate beperken.

Partiële nietigheid

Artikel 3:41 BW¹³ bevat een vrijwel gelijklopende regel als verwoord in het Delimitis-arrest. Het betreft de figuur van de partiële nietigheid. Het artikel voorkomt dat de nietigheid verder zou ingrijpen dan door haar doel gerechtvaardigd. De vereisten voor toepassing van partiële nietigheid zijn: (i) de nietigheidsgrond betreft slechts een deel van de rechtshandeling; en (ii) het restant staat niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel. Beslissend voor het overeind blijven van het niet nietige gedeelte is of het restgedeelte zelfstandige betekenis heeft en of moet worden aangenomen dat de partijen de rechtshandeling ook zonder het nietige gedeelte zouden zijn aangegaan. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in de uitspraak Cebulo/Van de Laak¹⁴ dat het prijsreglement van Cebulo onverbindend was wegens strijd met artikel 85 lid 1 EG. Het reglement bevatte diverse elementen die mededingingsbeperkend waren. Van gedeeltelijke nietigheid van het prijsreglement kon geen sprake zijn, omdat het reglement een dusdanig samenhangend geheel vormde dat het nietige deel daaruit niet kon worden afgezonderd met instandhouding van de rest.

Bij de beslissing over partiële of algehele nietigheid dient mede te worden gelet op de strekking van de overtreden wetsbepaling die tot nietigheid leidt.¹⁵ De rechtsgevolgen van de wetsovertreding zijn door de wetgever in de tekst en strekking van de wet neergelegd. De strekking van de Mw is, kort en eenvoudig gezegd, het tegengaan van oneerlijke concurrentie. In het geval een kartel in essentie een horizontale marktverdeling beoogt, is het duidelijk dat de bedoeling van partijen is gericht op concurrentievervalsing. Gelet op de bedoeling van partijen en het feit dat het restgedeelte van de overeenkomst geen zelfstandige betekenis heeft, zal de nietigheid de gehele overeenkomst treffen. Ingeval dat een franchiseovereenkomst een clause bevat waarbij de franchisegever de franchisenemer een prijs oplegt (verticale prijsbinding), is het evenwel denkbaar dat enkel deze clause nietig is en de rest van de overeenkomst in stand blijft. Het is dan aan partijen om aannemelijk te maken dat zij de overeenkomst ook zouden zijn aangegaan indien de franchisenemer de prijs zelf mocht bepalen.¹⁶

Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Op grond van artikelen 6:2 BW¹⁷ en 6:248 BW¹⁸ kan de nietigheid van onderdelen van een overeenkomst worden beperkt door de redelijkheid en billijkheid.

De President van de rechtbank Utrecht heeft in een geschil tussen Agfa Gevaert en Du Pont Printing and Publishing de gevolgen van de nietigheid van een exclusieve afnameovereenkomst beperkt op grond van de redelijkheid en de billijkheid.¹⁹ De President concludeerde tot nietigheid van de exclusieve afnameovereenkomst, omdat de partijen concurrerende goederen produceerden en zij deze tot voorwerp van een exclusieve afnameovereenkomst had-

den gemaakt. Verordening 1984/83, de groepsvrijstellingsverordening voor exclusieve afnamecontracten²⁰, was derhalve niet van toepassing. Gelet op de duurzame relatie tussen beide partijen, overwoog de President dat de overeenkomst niet zomaar kon worden beëindigd met een beroep op artikel 85 lid 2 EG. De eisen van de redelijkheid brachten zijns inziens met zich mee dat een redelijke opzegtermijn in acht moest worden genomen. De President was zich ervan bewust dat de overeenkomst in strijd met de mededingingsregels was, maar hij achtte het niet redelijk dat de afnemer van de ene op de andere dag een einde kon maken aan de relatie, aangezien deze afnemer zelf aan de relatie had meegewerkt en die ook jarenlang in stand had gehouden. Ook inzake Van Marwijk/SCK II²¹ overwoog de President dat de in het geding zijnde belangen het rechtvaardigden de gevolgen van de nietigheid vier maanden uit te stellen.

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan dus leiden tot uitstel van de gevolgen van de nietigheidssanctie.

Conversie

Artikel 3:42 BW betreft conversie.²² Van conversie is sprake indien de rechter aan een ongeoorloofde rechtshandeling rechtsgevolgen verbindt als ware door partijen een andere, wel geoorloofde rechtshandeling aangegaan. Conversie moet worden onderscheiden van gehele of gedeelte-

12 Stichting Pensioenfonds TDV/v.o.f. Rino's kapsalon, TVVS 1998, nr. 4, p. 123, m.nt. M.R.Mok.

13 Artikel 3:41 BW luidt: Betreft een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbreekelijk verband met het nietige deel staat.

14 Hof 's-Hertogenbosch 19 april 1994, NJ 1995, 102.

15 Asser-Hartkamp, noot 2, p. 481.

16 Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 1992, Vollenhoven Groot Olie BV / Autobedrijf Gerrom, NJ 1993/44, r.o. 4.6.

17 Artikel 6:2 BW luidt:

1. Schuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid.
2. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel, is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

18 Artikel 6:248 BW luidt:

1. Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.
2. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

19 President van de Rechtbank Utrecht, 12 oktober 1993, K.G. 746/93.

20 Pb. 1983, L 173/5.

21 President van de Rechtbank Utrecht, 6 juli 1993, K.G. 369/93, SEW 2 (1994), p. 130.

22 Artikel 3:42 BW luidt:

- Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar die werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt.

lijke nietigheid, omdat in het laatste geval slechts aan de bedoeling van partijen geheel of gedeeltelijk rechtskracht wordt onthouden, terwijl bij conversie de partijen aan andere, niet beoogde, civielrechtelijke gevolgen zijn gebonden.²³ De ratio van de conversie is gelegen in haar doelmatigheid. Door deze figuur tracht men de bezwaren te onderwerpen die de nietigheid kan meebrengen.²⁴ Conversie kan alleen toegepast worden in het geval dat partijen met ongeoorloofde rechtshandelingen een geoorloofd gevolg tot stand willen brengen. Conversie is te zien als een toepassing van het beginsel dat de overtreding van een rechtsnorm niet meer gevolgen behoort te hebben dan voor het bereiken van het doel van de norm nodig en wenselijk is.²⁵ De rechtsgrond van conversie is gelegen in de redelijkheid en billijkheid.²⁶ Op grond van de redelijkheid en billijkheid mag de rechter aan een ongeoorloofde rechtshandeling de gevolgen toekennen van een rechtshandeling van gelijke strekking, indien aannemelijk is dat partijen ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling dit verkozen zouden hebben boven de gevolgen van de nietigheid zonder meer van de rechtshandeling.²⁷ Uit de ratio en rechtsgrond van conversie vloeit voort dat deze figuur alleen toegepast kan worden in het geval partijen met ongeoorloofde rechtshandelingen een geoorloofd gevolg tot stand willen brengen.

Ten aanzien van het genoemde voorbeeld van partijen die een overeenkomst sluiten waarvan de essentie een horizontale marktverdeling is, moet worden aangenomen dat de strekking van de rechtshandeling in strijd is met het belang van eerlijke mededinging dat de Mw beoogt te beschermen. Het door partijen gewilde rechtsgevolg is ongeoorloofd en kan niet bereikt worden door middel van geoorloofde rechtshandelingen. Conversie is niet mogelijk. Conversie zou echter wel kunnen worden toegepast in het geval waarin een vaste wederverkoop prijs is overeengekomen, terwijl er een voorwaardelijke vrijstelling geldt voor maximumprijzen, zoals bijvoorbeeld is geregeld in het Besluit Vrijstelling Samenwerkingsovereenkomsten.²⁸ Indien partijen bij een samenwerkingsovereenkomstregeling reclame-acties overeenkomen, doen zij dit zeer waarschijnlijk met het doel doelmatiger, effectiever en goedkoper reclame te kunnen voeren. Indien de leverancier een vaste prijs aan de detailhandelsonderneming oplegt, in plaats van een maximumprijs, wil men het geoorloofde doel door middel van een ongeoorloofde rechtshandeling bereiken. De rechter zou ten aanzien van dit geval kunnen bepalen dat de bepaling met betrekking tot de vaste prijs wordt geconverteerd in een maximumprijs, met als gevolg dat de overeenkomst op grond van artikel 2 van het Besluit Vrijstellingen Samenwerkingsovereenkomsten Detailhandel de nietigheidssanctie ontspringt. Hierbij zij wel opgemerkt dat partijen de rechter in dat geval duidelijk zouden moeten maken dat de overeenkomst gericht is op het doelmatig voeren van reclame, en dat zij de overeenkomst ook gesloten zouden hebben in het geval er geen vaste prijs maar een maximumprijs was afgesproken. Doordat de

rechter conversie toepast worden de door partijen niet gewilde gevolgen van nietigheid beperkt.

De mogelijkheid van conversie brengt met zich mee dat de nietigheidssanctie waarschijnlijk weinig praktische betekenis heeft voor ten onrechte niet gemelde of te vroeg ten uitvoer gelegde concentraties. Een andere mogelijkheid is bekrachtiging of convalescentie, althans indien aan de voorwaarden van artikel 3:58 BW is voldaan. Indien dergelijke concentraties de mededinging niet in gevaar brengen, kunnen ten behoeve van deze concentraties uitgevoerde rechtshandelingen bekrachtigd worden of in rechtsgeldige rechtshandelingen omgezet worden. De rechtszekerheid is daarmee gediend.

Artikel 3:42 BW bepaalt verder dat conversie niet kan plaatsvinden indien dit onredelijk zou zijn jegens belanghebbenden. Consumenten, leveranciers of afnemers zouden zich dus wellicht kunnen verzetten tegen conversie als hun belangen daardoor geschaad zouden worden (vgl. artikel 3:58 lid 3 BW).

Voortbouwende rechtshandeling en derdenbescherming

Artikel 6:229 BW geeft een regeling voor het geval dat een overeenkomst voortbouwt op een bestaande, maar nietige rechtsverhouding.²⁹ Te denken valt aan overeenkomsten die een rechtsverhouding beogen te wijzigen, op te heffen, aan te vullen, nader vast te stellen of uit te voeren. Het is daarom verdedigbaar dat overeenkomsten die partijen met elkaar zijn aangegaan ter uitvoering van bijvoorbeeld een gemeenschappelijke verkoopkartel, dat in strijd is met artikel 6 Mw, niet vernietigd kunnen worden. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten die partijen met elkaar zijn aangegaan ter uitvoering van een nietige concentratie. Op grond van de rechtszekerheid in het economisch leven en de belangen van derden dienen deze overeenkomsten in stand te blijven. Overeenkomsten met derden zullen ook vanwege de derdenbescherming in stand moeten blijven.³⁰

23 Geelkerken, noot 1, pp. 180-181.

24 Asser-Hartkamp 4-II, noot 2, p. 484.

25 Geelkerken, noot 1, p. 182.

26 Asser-Hartkamp 4-II, noot 2, p. 484.

27 Geelkerken, noot 1, p. 181.

28 Artikel 1 sub 1, Besluit van 12 december 1997, Stb. 1997, 704.

29 Artikel 6:229 BW luidt:

Een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, is vernietigbaar, indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij in dit verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op dit terrein ontbreken beroept, behoort te blijven.

30 Artikel 3:36 BW luidt:

Tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan.

Onverschuldigde betaling en ongedaanmaking

Als moet worden aangenomen dat een overeenkomst nietig is, kan deze overeenkomst niet als rechtsgrond dienen voor prestaties. De mededingingsrechtelijke nietigheid kan daarom aanleiding geven tot uiteenlopende civielrechtelijke acties.

Ingeval een leverancier goederen heeft geleverd aan een distributeur op grond van een nietige distributieovereenkomst, kan de leverancier deze op grond van artikel 6:203 lid 1 BW terugvorderen.³¹ Op grond van artikel 6:205 BW is de distributeur zonder ingebrekestelling in verzuim, indien hij de goederen te kwader trouw heeft aangenomen. De distributeur kan op grond van artikel 6:203 BW het door hem betaalde bedrag voor de door de leverancier geleverde goederen terugvorderen. Als een partij zonder rechtsgrond een prestatie heeft verricht, heeft deze immers jegens de wederpartij recht op ongedaanmaking daarvan.

De redelijkheid en billijkheid kunnen de gevolgen van een ongedaanmakingsactie beperken. Op grond van artikel 6:211 BW is een vordering uit onverschuldigde betaling bijvoorbeeld uitgesloten, indien een nietige overeenkomst is gesloten die reeds wederzijds is uitgevoerd, terwijl een der prestaties naar haar aard niet ongedaan gemaakt kan worden.³² In voorkomend geval zou de wederpartij dan eventueel een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking kunnen instellen (artikel 6:212 BW).³³

De genoemde variaties geven aan dat de nietigheid vanuit het oogpunt van rechtszekerheid tot ongewenste situaties kan leiden.

Schadevergoeding

Als gedragingen die in strijd zijn met de Mw, de nietigheidssanctie op enige wijze overleven, kan wellicht wel schadevergoeding verschuldigd zijn op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).³⁴

In dit verband is het aardig om te vermelden dat artikel 2 lid 6 van de zogenaamde Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn inzake aanbestedingsprocedures³⁵ bepaalt dat lidstaten de gevolgen van inbreuken op de aanbestedingsregels kunnen beperken tot schadevergoedingsacties. Het Hof Den Bosch heeft dankbaar gebruik gemaakt van deze bepaling om een beroep op de nietigheidssanctie af te wijzen.³⁶ De President van het HvJ heeft deze bepaling zelfs zo uitgelegd dat een lidstaat de mogelijkheid heeft de nietigheidssanctie geheel uit te sluiten.³⁷

Afsluitende opmerkingen: nietigheid van ondergeschikt belang ?

Als gevolg van de toepassing van privaatrechtelijke figuren zoals partiële nietigheid, redelijkheid en billijkheid, conversie, rechtsgeldigheid van op nietigheid voortbouwende rechtshandelingen en derdenbescherming, kunnen de gevolgen van de mededingingsrechtelijke nietig-

heidssanctie worden beperkt.

Het voorgaande maakt duidelijk dat civiele rechtsbeginselen een belangrijke bres kunnen slaan in de door de Mw beoogde nietigheid van verboden kartelovereenkomsten en concentraties.

Bij de ex post handhaving van de Mw zal ook de NMA rekening moeten houden met het feit dat gedane zaken lastig zijn terug te draaien.

Het valt te verwachten dat andere maatregelen, zoals schadevergoeding, boetes en (voorlopige) lasten onder dwangsom, meer bepalend zullen zijn voor de handhaving van de Mw dan de nietigheidssanctie.

31 Artikel 6:203 BW luidt:

1. Degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen.
2. Betreft de onverschuldigde betaling een geldsom, dan strekt de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag.
3. Degene die zonder rechtsgrond een prestatie van andere aard heeft verricht, heeft eveneens jegens de ontvanger recht op ongedaanmaking daarvan.

32 Artikel 6:211 BW luidt:

1. Kan een prestatie die op grond van een nietige overeenkomst is verricht, naar haar aard niet ongedaan worden gemaakt en behoort zij ook niet in rechte op geld te worden gewaardeerd, dan is een tot ongedaanmaking van een tegenprestatie of tot vergoeding van de waarde daarvan strekkende vordering, voor zover deze deswege in strijd met redelijkheid en billijkheid zou zijn, eveneens uitgesloten.
2. Is ingevolge het vorige lid terugvordering van een overgedragen goed uitgesloten, dan brengt de nietigheid van de overeenkomst niet de nietigheid van de overdracht mede.

33 Artikel 6:212 BW luidt:

1. Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.
2. Voor zover de verrijking is verminderd als gevolg van een omstandigheid die niet aan de verrijkte kan worden toegerekend, blijft zij buiten beschouwing.
3. Is de verrijking verminderd in de periode waarin de verrijkte redelijkerwijze met een verplichting tot vergoeding van de schade geen rekening behoefde te houden, dan wordt hem dit niet toegerekend. Bij de vaststelling van deze vermindering wordt mede rekening gehouden met uitgaven die zonder de verrijking zouden zijn uitgebleven.

34 Artikel 6:162 luidt:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

35 Pb. 1989, L 395/33, zoals gewijzigd.

36 Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 1997, Uneto/De Vliert, K.G. 1997, 202.

37 HvJ EG zaak C-87/94R, Commissie/België, Jur.