

---

## House of Lords 19 juli 2006, *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan*

(m.nt. mr P.J. Kreijger)<sup>1</sup>

---

### Inleiding

Inmiddels al weer enige jaren geleden besliste het Hof van Justitie in de zaak *Courage vs. Crehan* dat aan de werking van art. 81, lid 1, EG afbreuk zou worden gedaan wanneer niet eenieder vergoeding zou kunnen vorderen van schade die hem is berokkend door een mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging. Een dergelijk recht op schadevergoeding maakt, aldus het Hof, de communautaire mededingingsregels immers gemakkelijker toepasbaar, waardoor verborgen overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. Schadevorderingen bij de nationale rechter kunnen in de visie van het Hof wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap. De regel van Engels burgerlijk recht die in de zaak *Courage vs. Crehan* aan de orde was en die een partij bij een mededingingsbeperkende overeenkomst een beroep op het mededingingsrecht onthield ('*in pari delicto*'), was derhalve in strijd met art. 81 EG.<sup>2</sup>

De sindsdien steeds warmer wordende belangstelling voor private handhaving van het mededingingsrecht heeft geleid tot evenzeer warme pleidooien voor uitbreiding van het civiele handhavingsinstrumentarium dat (werkelijke of vermeende) slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht ten dienste staat. De minister van Economische Zaken heeft nog onlangs een inventarisatie van dit instrumentarium laten uitvoeren en kreeg van de Tweede Kamer de opdracht mee om op korte termijn met concrete voorstellen te komen om private handhaving te verbeteren. In de pleidooien voor private handhaving staat onder meer de bewijspositie van de eiser centraal, meer in het bijzonder de vraag in hoeverre deze gebaseerd kan worden op beschikkingen van mededingingsautoriteiten waarin inbreuken zijn vastgesteld.

De zaak *Courage vs. Crehan* betrof een prejudiciële verwijzing in een zaak die eerst onlangs is uitgemond in de hier te bespreken einduitspraak van het House of Lords.<sup>3</sup> Nadat het Hof de weg had vrijgemaakt voor de inhoudelijke behandeling van deze procedure, kwam de bewijspositie van de eiser, die in belangrijke mate was gebaseerd op beschikkingen van de Commissie met betrekking tot de relevante markt, centraal te staan: kon eiser Bernard Crehan volstaan met verwijzing naar de feitenvaststelling van de Commissie in andere zaken met betrekking tot dezelfde markt, teneinde aan te tonen dat de door hem gewraak-

---

1 Paul Kreijger is advocaat bij Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

2 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, Jur. 2001, p. I-6297, met noot M.A. de Jong, *M&M* 2002, nr. 1, p. 29.

3 De tekst is beschikbaar op [www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/38.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2006/38.html).

te bierleveringsovereenkomst met brouwerij Courage de mededinging merkbaar beperkte?

### Achtergrond

De zaak *Courage vs. Crehan* vindt zijn aanleiding in een tweetal gecombineerde pacht- en bierleveringsovereenkomsten die pubhouder Crehan in 1991 afsloot met de door bierbrouwer Courage en horecaonderneming Grand Metropolitan gehouden vennootschap Inntrepreneur. De overeenkomsten, met een duur van twintig jaar, behelsden een exclusieve afnameplicht ten gunste van Courage (die in 1990 een marktaandeel van ca. 19% op de Britse bierleveringsmarkt bezat). De overeenkomsten verplichtten Crehan een minimumhoeveelheid bier af te nemen tegen lijstprijzen van Courage. Nadat Crehan geconstateerd had dat concurrerende horecagelegenheden bier tegen lagere prijzen inkochten, weigerde hij enkele leveringen te betalen, naar aanleiding waarvan Courage incassomaatregelen nam. Crehan verweerde zich met een tegeneis tot vergoeding van de geleden schade ten gevolge van de penibele situatie waarin hij door het leveringsbeleid van Courage terecht zou zijn gekomen. Crehan beriep zich daarbij op de nietigheid van de overeenkomst wegens strijd met het mededingingsrecht. Courage wees op haar beurt op de regel van Engels burgerlijk recht, op grond waarvan de partij bij een ongeoorloofde overeenkomst geen vordering tot schadevergoeding tegen haar contractpartij kan instellen. Het boven aangehaalde arrest van het Hof van Justitie maakte duidelijk dat die regel in strijd was met art. 81 EG.

Intussen was Crehan bepaald niet de enige pubhouder die klaagde over de nieuwe overeenkomst van Inntrepreneur, die (zoals in de opinion van Lord Hoffman in de hier besproken uitspraak wordt opgemerkt) 'something of an innovation in the trade' was. Inntrepreneur was opgericht als vehikel waarin Grand Metropolitan en Courage hun pubs onderbrachten, waarmee Inntrepreneur vernieuwde standaardovereenkomsten aanging van het type dat ook Courage gesloten had. De Britse autoriteiten hadden Inntrepreneur al gedwongen een belangrijk deel van haar pubs af te staan en de overige huurders eerder te ontslaan van de verplichtingen. Daarnaast was tegen het einde van de jaren tachtig de bierleveringsmarkt voorwerp van onderzoek en wetgevingsinitiatieven jegens brouwerijen om deze markt opener te maken. Met resultaat: begin jaren negentig kwam een groot aantal pubs 'vrij' op de markt of werd ontslagen uit afnameverplichtingen. Inntrepreneur was zelf geen brouwer en derhalve uitgezonderd van deze maatregelen.

Intussen hadden Courage and Grand Metropolitan de standaardovereenkomst van Inntrepreneur in 1992 bij de Commissie aangemeld ter ontheffing. De onderhandelingen met de Commissie waren gaande toen de procedure tegen Crehan begon, en hij stemde ermee in om deze procedure aan te houden hangende de onderhandelingen met de Commissie. Nadat de Commissie aanvankelijk overwoog ontheffing te verlenen, kwam zij – naar aanleiding van de protesten van pubhouders – terug op dit voornemen. De

onderhandelingen sleepten zich voort, totdat Inntrepreneur een heel nieuw distributiesysteem ontwierp en de oorspronkelijke aanmelding in oktober 1997 introk. Ten aanzien van deze nieuwe overeenkomst verleende de Commissie een ontheffing.

Ofschoon het ontheffingsverzoek voor de oorspronkelijke standaard pachtovereenkomst na de intrekking door Inntrepreneur geen beantwoording meer behoeftte, moest de Commissie nog wel ingaan op de tevens door individuele pubhouders ingediende klachten tegen de oude, maar voor hen nog zeer relevante, overeenkomst. Deze wees zij af bij brief van 24 november 1997, waarin zij de klagers, waaronder Crehan, wees op de parallelle bevoegdheid van de nationale rechter – bij wie de procedures nog altijd aanhangig waren – om te oordelen over de toepasselijkheid van art. 81 op de overeenkomsten. De Commissie wees daarbij de klagers op de inmiddels door haar gepubliceerde bekendmakingen ex art. 19, lid 3, Vo. 17/62 naar aanleiding van ontheffingsverzoeken van de brouwerijen Bass, Whitbread en Scottish & Newcastle, waarin werd aangegeven dat de Britse markt in belangrijke mate gebonden was – een conclusie die na 1997 in een aantal formele beschikkingen in dezelfde zaken is bevestigd.

### Procedure en uitspraak

Na de beslissing van het Hof kwam de zaak in februari 2003 weer op de rol bij het High Court, waar de marktomstandigheden aan het begin van de jaren negentig centraal stonden in het debat. In weerwil van het pleidooi van Crehan dat de rechter de feitelijke bevindingen van de Commissie zou moeten volgen, oordeelde de rechter – op basis van uitvoerig feitelijk onderzoek en deskundigenberichten – anders:

*'I am not prepared to find that the United Kingdom market was foreclosed to that extent simply because the Commission thought that it was and said so in its decision in Whitbread. I have made up my own mind on the basis of the extensive evidence which has been placed before me. I do not suggest that the market was 100% open to all comers. The tied estates, even after the Beer Orders, cannot be brushed aside as insignificant and they did to some extent seal off a part of the market. But the sealing off was not complete even within the tied estates. Much more importantly, leaving the tied estates aside, there were in my view, amply sufficient fully contestable other outlets to mean that Delimitis condition I was not satisfied.'*

Daarmee strandt de vordering van Crehan in eerste aanleg. In beroep vergaat het Crehan echter beter: het Court of Appeal wil niet weten van de zijns inziens te vrije omgang met de feitenvaststelling van de Commissie, en meent dat onder meer de in art. 10 EG Verdrag vervatte Gemeenschapstrouw de rechter dwingt deze feitenvaststelling tot uitgangspunt te nemen:

'97. ...In our judgment, in the present case the English court was obliged under the duty of sincere cooperation to give to the Commission much greater deference than that which the judge, with all respect to him, was prepared to give. We accept that the Commission and the ECJ left it to the English court to determine whether the application, made by this court on making the reference, that the beer tie in the *Inntrepreneur lease* contravened article 81(1) was correct. However, it is apparent from what the Commission said in the letter of 24 November 1997 to [the complainants], that it expected the English court to take into account its earlier conclusions not only in respect of *Inntrepreneur* but also in cases such as *Whitbread*, even though not final decisions. The fact that it was considered unnecessary and therefore undesirable for the Commission itself formally to give the decision as to whether article 81(1) applied when the English court was in a position to give the decision and to award compensation (which the Commission could not do) did not leave the judge free to reconsider the Commission's earlier conclusions afresh. Still less was the judge free so to do in 2003, by which time the *Whitbread*, *Bass* and *Scottish & Newcastle* decisions with its conclusions, central to those decisions, on the foreclosure of the relevant market had been published and the comfort letter of 24 January 2000 relating to *RetailLink* had been issued. We accept that it is a ready inference from that letter that in the Commission's view article 81(1) applied to the *Inntrepreneur* leases throughout the period relevant to Mr Crehan's case.

98. *Inntrepreneur* in its evidence and submissions to the judge did not attempt to distinguish the present case from *Whitbread* and the other decisions of the Commission going to the applicability of article 81(1) to the relevant market. Instead it attacked those decisions as fundamentally flawed. In our judgment it was inappropriate for the judge to adopt the approach that he should receive such evidence and hear such submissions, as the effect of the judge second-guessing the Commission and concluding that the Commission was wrong has been to create an irreconcilable inconsistency in the application of the Community's competition policy to the relevant market. We do not say that the Commission is infallible; far from it. We do say that if the Commission is to be shown to be wrong in its decisions on the applicability of article 81(1), that has to be decided not by the national court but by the ECJ or CFI. The judge's decision offended against the principle of legal certainty in the Community. In our opinion the judge failed to comply with the duty of sincere cooperation and thereby erred in law.'

Hiermee was de zaak voor Crehan weer gered: uit de vaststelling van de Commissie volgde immers het marktafsluitend handelen en daarmee was het mededingingsbeperkend karakter van de overeenkomst uit 1991 een gegeven.

Nog was de zaak niet afgelopen: nu gaat *Inntrepreneur* in beroep, ditmaal bij het House of Lords. En daar haalt zij alsnog haar gelijk. Ofschoon het in het algemeen wellicht niet de voorkeur verdient om in annotaties uitvoerig te citeren uit de uitspraak, zou ik bij wijze van uitzondering toch een aantal kernoverwegingen uit de opinion van Lord Hoffmann (de belangrijkste bouwsteen van de uitspraak) integraal willen aanhalen.

In paragraaf 66 van zijn opinion gaat Hoffman in op de onduidelijkheid die het Court of Appeal laat bestaan over de grondslag en aard van de gebondenheid van de nationale rechter aan feitenvaststellingen van de Commissie, zoals het Court of Appeal die aan het Gemeenschapsrecht wil ontleen:

*The Court of Appeal accepted, at para 97, that the Commission left it to the national court to determine whether article 81(1) had been infringed or not. But it said, at para 77, that it was clear that 'the Commission expected the English court to follow its view... that article 81(1) applied'. If that means no more than that the Commission thought it was right, I would not think that particularly surprising. But if it means that the Commission thought that the English court would be obliged as a matter of Community law to follow its view, I think that is neither what the Commission said nor what the authorities require. The Court of Appeal said, at para 74, that the *Whitbread* and other decisions did not 'formally bind' *Inntrepreneur* but nevertheless held that the judge had erred in law in allowing *Inntrepreneur* to adduce evidence to show that the Commission was wrong. This suggests a concept of being informally bound which I find difficult to understand. If, as the Court of Appeal said, the defendant is precluded from adducing evidence to show that the Commission was wrong, the distinction is not visible to the naked eye.*

In de daaropvolgende overweging geeft Hoffmann aan dat de visie van het Court of Appeal zijns inziens afbreuk zou doen aan het recht van *Inntrepreneur* op toegang tot de rechter:

*The Court of Appeal said, at para 76, that it was left 'profoundly uneasy' by the judge's decision to allow *Inntrepreneur* to challenge the Commission's opinion. But I must confess that I am left profoundly uneasy by the unfairness of the Court of Appeal's decision that *Inntrepreneur* could not do so. The Court of Appeal said that *Inntrepreneur* could have raised the matter before the Commission in its own application. It is true that if *Inntrepreneur* had pursued its applica-*

*tion for negative clearance on the old agreements, it could have obtained a ruling and, if necessary, challenged that ruling in an application for annulment to the Court of First Instance. But the suggestion that it withdraw that application and litigate the matter in England came from the Commission and the Court of Appeal confirmed the judge's decision that this did not involve any abuse of process. For Inntrepreneur then to find its main defence shut out by a subsequent decision of the Commission in which it took no part seems to me a denial of a fair trial.*

Vervolgens stelt Hoffmann vast dat de Commissie de nationale rechter nu juist expliciet alle ruimte heeft gelaten om zelfstandig tot een oordeel te komen:

*The Court of Appeal said, at para 98, that the judge's decision had created 'an irreconcilable inconsistency in the application of the Community's competition policy to the relevant market'. But that again seems to me the opposite of what the Commission said. In its letter to Mr Crehan it said that there was no Community interest which could justify the Commission in deciding whether the old agreements infringed article 81(1) or not. If the Commission had thought that it was important to have uniformity of decision on this point, it could have given a decision on the article 3 applications and, subject to an application for annulment, that would have bound Inntrepreneur: see Iberian UK Ltd v BPB Industries plc [1997] Eu LR 1. Instead, as an exercise in subsidiarity, it left the decision to the national court. To leave a decision to someone else necessarily implies that he may decide it. In my opinion, for the judge to have made his own decision was to respect the policy of the Commission rather than to flout it.*

De feitelijke vaststelling door de Commissie is derhalve een bewijsmiddel – niet minder, maar vooral ook niet meer. Daarbij is interessant de afwijzing van de kennelijk door het Court of Appeal voorgestane marginale toetsing ('deference'):

*There was a good deal of discussion, both before the Court of Appeal and in argument before the House, about the degree of 'deference' which a national court should show to a decision of the Commission. Mr Vaughan QC is recorded (in para 96 of the judgment of the Court of Appeal) as having constructed a scheme of three degrees of deference (absolute deference, very great deference and deference) which might have to be paid to a decision of the Commission. For my part, I do not find deference in this context a very helpful expression. It is commonly (if not altogether happily) used in administrative law when a court decides that the decision-making power on a particular question*

*properly belongs to someone else and that the court should not substitute its own view. But the decision-making power on whether article 81(1) applies plainly belonged to the English court, exercising concurrent jurisdiction, and I find it difficult to see how the exercise of this power can be combined with 'deference' to the decision of someone else. The correct position is that, when there is no question of a conflict of decisions in the sense which I have discussed, the decision of the Commission is simply evidence properly admissible before the English court which, given the expertise of the Commission, may well be regarded by that court as highly persuasive. As a matter of law, however, it is only part of the evidence which the court will take into account. If, upon an assessment of all the evidence, the judge comes to the conclusion that the view of the Commission was wrong, I do not see how, consistently with his judicial oath, he can say that as a matter of deference he proposes nevertheless to follow the Commission. Only a rule of law, in the nature of an issue estoppel which obliges him to do so, could produce such a result and the Court of Appeal accepted that there was no such rule.*

### Commentaar

De uitspraak van het House of Lords spreekt voor zich, zodat ik mij beperk tot enkele kanttekeningen. De rechtsvraag die in de uitspraak van het House of Lords aan de orde is, is voor zover mij bekend in de Nederlandse rechtspraak nog niet in deze vorm aan de orde geweest. Zij zou echter in Nederland vermoedelijk niet anders beslist worden, nu het Nederlands recht voor een andersluidende beslissing mijns inziens geen aanknopingspunt biedt en ook het Gemeenschapsrecht hier niet toe dwingt. Immers, in de hier aan de orde zijnde situatie loopt de rechter niet het risico af te wijken van een reeds door de Commissie gegeven – of nog te verwachten – oordeel in eenzelfde zaak, omdat in deze situatie een dergelijk oordeel niet is gegeven en ook niet zal worden gegeven, zoals de Commissie expliciet, en onder verwijzing naar de parallelle bevoegdheid van de nationale rechter heeft bevestigd. Het verbod van art. 16 van Vo. 1/2003 is in een dergelijk geval niet aan de orde.<sup>4</sup>

Het Nederlands procesrecht kent uitsluitend dwingende bewijskracht toe aan vonnissen van de strafrechter, voor wat betreft de daarin bewezenverklarde feiten (art. 162

<sup>4</sup> Het eerste lid van deze bepaling stelt: 'Wanneer nationale rechterlijke instanties artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, kunnen zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Ook moeten zij vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden kunnen zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te nemen in een door haar gestarte procedure. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten. Deze verplichting laat de rechten en verplichtingen op grond van art. 234 van het Verdrag onverlet.'

Rv).<sup>5</sup> De vaststelling van het House of Lords dat de rechter vrij is in de waardering van een beschikking van de Commissie geldt dan ook onverkort voor de Nederlandse situatie. Een andere benadering zou voorts waarschijnlijk in strijd zijn met het recht op toegang tot de rechter zoals gewaarborgd in art. 6 EVRM. Ook dit wordt bevestigd in de uitspraak van het House of Lords.

De gedachte aan het leerstuk van de formele rechtskracht, dat strekt tot het verzekeren van een doelmatige taakverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter, komt in dit verband wellicht op, ook al is dit leerstuk in een situatie als de onderhavige niet rechtstreeks van toepassing (het gaat immers niet om partijen die reeds bij een bestuursrechtelijke procedure betrokken waren of hadden kunnen zijn, en aan wie de uitkomst van de bestuursrechtelijke rechtsgang (of het nalaten van het initiëren daarvan) kan worden tegengeworpen). Maar ook buiten het kader van de formele rechtskracht kan het wenselijk zijn tegenstrijdige uitspraken zoveel mogelijk te voorkomen. Dit was aan de orde in een arrest van de Hoge Raad waarin zich de situatie voordeed dat in een civiele procedure werd gedebatteerd over de verbindendheid van algemeen verbindende voorschriften, terwijl de eiser de op deze voorschriften gebaseerde uitvoeringsbeschikkingen in bezwaar en bestuursrechtelijk beroep tevergeefs had aangevochten. Formele rechtskracht was als zodanig niet aan de orde, nu in de civiele procedure de Staat (als rechtspersoon naar burgerlijk recht) werd aangesproken, terwijl de uitvoeringsbeschikkingen niet door de Staat waren genomen (maar door het College voor Zorgverzekeringen). Niettemin oordeelde de Hoge Raad in dit geval een herbeoordeling van de uitspraak van de hoogste bestuursrechter niet noodzakelijk uit een oogpunt van aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter, en tevens onwenselijk, ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken en gelet op een behoorlijke taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter.<sup>6</sup>

Niettemin moeten we op zijn minst genomen voorzichtig zijn om uit dit, toch vrij specifieke, geval een regel te destilleren op grond waarvan de burgerlijke rechter verplicht zou zijn om, ter voorkoming van tegenstrijdige uitspraken, feitelijke vaststellingen door de Commissie of de NMa te respecteren, ook in gevallen waarin art. 16 van Vo. 1/2003 niet aan de orde is en de gedaagde geen voorwerp is van de beschikking(en) van de Commissie waarop de eiser zich beroept. Anders dan in het hiervoor aangehaalde geval, zou dan juist geen effectieve rechtsbescherming openstaan. Het belang tegenstrijdige uitspraken te voorkomen weegt daar niet tegen op, zoals de Hoge Raad nog recent bevestigde.<sup>7</sup> Eisen van doeltreffende rechtsbescherming tegen de overheid laten niet toe, aldus de Hoge Raad, ook niet met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat de formele rechtskracht van een besluit evenzeer zou gelden in een geval waarin de bestuursrechter weliswaar over

de rechtmatigheid van het besluit heeft geoordeeld, maar betrokkene bij gebreke van het rechtens vereiste belang niet aan deze procedure heeft kunnen deelnemen:

*'Het nochtans ten nadele van die partij aannemen van formele rechtskracht van het besluit in een dergelijk geval zou ... tot het niet aanvaardbare gevolg leiden dat de genoemde partij zelf de grondslag van haar vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen.'*

Terzijde merk ik nog op dat ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het aan 'comfort letters' van de Commissie te hechten belang volgt dat de rechter niet aan dergelijke brieven gebonden is en op grond van nadere feitelijke gegevens tot een afwijkend oordeel kan komen.<sup>8</sup> Dit is ook in de parlementaire geschiedenis van de Mededingingswet door de minister van Economische Zaken gesteld.<sup>9</sup>

Overigens, voor hen die de vrees voor tegenstrijdige uitspraken sterk voelen, is nog een handreiking te vinden in de conclusie van advocaat-generaal Spier:

*'Ik heb uiteraard oog voor de schaduwzijden van deze benadering. Maar ons recht biedt ruim mogelijkheden daarvoor een oplossing te bieden. De meest voor de hand liggende is dat de burgerlijke rechter in zaken die zich daarvoor lenen inspiratie put uit of aansluiting zoekt bij het oordeel van de bestuursrechter.'*

In de context van het mededingingsrecht kan daarbij nog worden gewezen op de mogelijkheid van de amicus curiae interventie zoals voorzien in art. 44a Rv, die in voorkomend geval, ofschoon niet bindend, toch in ieder geval aan de inspiratie van de rechter zou kunnen bijdragen. Daarnaast gaat ook van de rechtspraak van het Hof van Justitie al een uniformerende werking uit. De door Spier beoogde inspiratie zou mijns inziens niet moeten en hoeven leiden tot de door Lord Hoffman – terecht – onwenselijk geachte rechterlijke 'deference'. Zeker op het punt van de vaststelling van feiten zie ik voorshands geen rechtvaardiging voor het standpunt dat de rechter zich zou moeten beperken tot feitelijke vaststellingen van mededingingsautoriteiten die door partijen in het bij hem aanhangige geschil niet in rechte kunnen worden aangevochten.

5 Zoals uiteengezet in het rapport van Houthoff Buruma in opdracht van het ministerie van Economische Zaken, § 2.5.

6 HR 17 december 2004, NJ 2005, 152.

7 HR 3 februari 2006, NJ 2006, 325.

8 Vgl. HvJ EG 10 juli 1980, zaken 253/78 en 1-3/79, Jur. 1980, p. 2327 (*Giry en Guerlain*).

9 Zie M.R. Mok, *Kartelrecht I* – Nederland, 2004, p. 204. Het betrof hier overigens de vraag of een comfort letter de NMa zou binden, maar mijns inziens kan deze vraag niet anders worden beantwoord ten opzichte van de nationale rechter.