Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Kroniek

Rechtspraak mededingingszaken 2007

K. Defares, J. Langer en R. Elkerbout[1]

De Nederlandse rechtspraktijk bloeit. In diepte en betekenis. De indringende toetsing aan het Nederlandse en soms ook communautaire mededingingsrecht leidt doorgaans tot een bevredigende uitkomst. Bedrijfsongevallen zijn er ook, maar blijven beperkt tot hier en daar wat minder gelukkig gekozen bewoordingen. Flagrante missers zoals die van de Haagse kort geding rechter in het eerste jaar van de Mededingingswet, waarbij de aanlegger niet-ontvankelijk werd verklaard, omdat de procedure van de voorlopige last onder dwangsom adequaat en met voldoende waarborgen zou zijn omkleed[2], behoren tot het verleden. Door de bank genomen zit het dus wel goed met de toepassing van de mededingingsregels door de Nederlandse rechter. De door de modernisering van het mededingingsrecht ingezette, en door het Groenboek schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels[3] gestimuleerde 'subsidiairisering', maar ook de voortdurende scholing van Nederlandse rechters door opleidingsinstituten als SSR, lijken hieraan belangrijk te hebben bijgedragen. De door ons in het verslagjaar 2005 gesignaleerde schroom voor koud water lijkt de Nederlandse rechter definitief van zich te hebben afgeschud.[4]

Opvallend is de belangstelling van onze rechtscolleges voor de plaats van het mededingingsrecht in de communautaire rechtsorde. Dit heeft geleid tot een aantal mooie, maar ook minder mooie verwijzingsuitspraken van onder meer de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('de Afdeling') en het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('het CBb)'). Dit is van harte toe te juichen. Waar gehakt wordt, vallen spaanders. In de zaak *Mobiele operators* slaat de wens naar communautaire duiding van onze hoogste economische bestuursrechter echter te ver door.[5] Daarover later meer.

Deze bijdrage heeft een licht gewijzigde opzet. Om redenen van diepgang en ook omdat een groot aantal van de in 2007 door de Nederlandse rechter behandelde zaken voor de verdere ontwikkeling van het mededingingsrecht betrekkelijk betekenisloos zijn, is ervoor gekozen uit de 58 ons bekende uitspraken van Nederlandse rechters in mededingingszaken een naar ons idee representatieve selectie te maken. Een overzicht van alle uitspraken is te vinden in de bijlage bij deze bijdrage.

Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Voor de praktijk zijn onzes inziens twee zaken met betrekking tot het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging ('o.a.f.g') van belang.

De eerste relevante uitspraak is van de rechtbank Rotterdam van 18 juli 2007 in de zaak *Fietsenfabrikanten*.[6] De

Kenneth Defares, Jurian Langer en Ruben Elkerbout zijn advocaten bij Stek.

1 Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Dank en waardering gaat uit naar Astrid Janssen die aan de totstandkoming van deze kroniek heeft bijgedragen.

2 *JB* 1998, 214.

3 COM (2005) 672. Inmiddels heeft de Commissie een Witboek gepubliceerd. Zie COM (2008) 165.

4 K.J. Defares, C.E. Moolenburgh en M.M. Kaajan, 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2005', *M&M 2006*, nr. 3, p. 68.

5 CBb 31 december 2007, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., RvB NMa, en Orange Nederland N.V. tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 13 juli 2006*, nr. AWB 06/657, 06/660, 06/66, 06/662, *LJN* BC1396.

6 Rb. Rotterdam 18 juli 2007, *Giant Europe B.V., Accell Group N.V. en Koninklijke Gazelle B.V. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/12 WILD, MEDED 06/26 VRLK, MEDED 06/26 WILD, *LJN* BB0440.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

NMa heeft Gazelle, Batavus, Koga en Giant een boete opgelegd voor onderlinge afstemming ten aanzien van hun prijsbeleid voor het fietsseizoen 2001. De afstemming heeft zijn oorsprong in een bijeenkomst in Zwolle op 13 juni 2000 waar de verhoging van de consumentenadviesprijzen voor fietsen en wijziging van de betalingskorting voor rijwielhandelaren zijn besproken. Daarnaast wordt gesteld dat Batavus, Gazelle en Giant betrokken zijn geweest bij onderlinge afstemming over de te hanteren maximummarge van fietsfabrikanten aan Nationale Fiets Projecten ('NFP'), een aanbieder van bedrijfsfietsenplannen in Nederland. Deze afstemming zou hebben plaatsgevonden tijdens een vooroverleg direct voorafgaand aan een bijeenkomst op 17 augustus 2000 in Vierhouten.

Alvorens de rechtbank het bestreden besluit toetst, beschrijft de rechtbank eerst het mededingingsrechtelijke begrip o.a.f.g. Met verwijzing naar het arrest *Anic*[7] stelt de rechtbank dat dit begrip drie elementen bevat waarvan sprake moet zijn alvorens een overtreding van art. 81 EG (en dus van art. 6 Mw) kan worden vastgesteld, te weten (i) onderlinge afstemming, (ii) marktgedrag en (iii) causaal verband tussen het marktgedrag en de afstemming. Verder moet de onderlinge afstemming het doel of effect hebben dat de mededinging merkbaar wordt beperkt. De rechtbank behandelt vervolgens de vraag of de fietsenfabrikanten tijdens de bijeenkomst in Zwolle op 13 juni 2000 hun gedrag hebben afgestemd ten aanzien van (i) de verhoging van consumentenadviesprijzen en (ii) betalingskortingen aan dealers. De rechtbank concludeert, onder verwijzing naar het gesprekssverslag, dat er sprake is geweest van een wederzijdse uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie met betrekking tot beide onderwerpen. De stelling van de fietsfabrikanten, dat er slechts sprake is geweest van een eenzijdige mededeling van de vertegenwoordiger van Batavus, wordt door de rechtbank verworpen. De rechtbank acht de afstemming over de consumentenadviesprijzen en de betalingskortingen aan dealers tussen de fietsenfabrikanten bewezen. Vervolgens overweegt de rechtbank dat geen sprake is geweest van een wezenlijke distantiëring van de vertegenwoordiger van Giant, die tijdens de bijeenkomst in Zwolle volgens eigen verklaring heeft gezegd: "*Ik blijf op 5% winterkorting zitten, wat jullie doen moet je zelf weten, ik wil de NMa niet op mijn dak*". Deze opmerking kan niet worden gekwalificeerd als een duidelijke en kordate afkeuring van hetgeen is besproken tijdens de bijeenkomst. Na de afstemming op 13 juni 2000 zijn de fietsfabrikanten op de markt actief gebleven zodat er volgens de rechtbank op grond van de *Anic*-jurisprudentie sprake is van een bewijsvermoeden van causaal verband tussen het marktgedrag en de afstemming. De stelling van de fietsenfabrikanten dat omkering van de bewijslast alleen toepasbaar is in gevallen waarin sprake is van een langdurige, regelmatige afstemming vindt volgens de rechtbank geen steun in de communautaire rechtspraak. De rechtbank beoordeelt vervolgens de mededingingsbeperkende strekking van de o.a.f.g. aan de hand van de *Modint*-toets.[8] De rechtbank concludeert dienaangaande dat de uitwisseling van informatie met betrekking tot zowel de consumentenadviesprijzen als de betalingskortingen ertoe gestrekt heeft de mededinging te beperken. Het ging immers om een afstemming in een horizontale relatie met betrekking tot het prijsbeleid van de fietsfabrikanten. Een concreet onderzoek kon derhalve achterwege blijven. De NMa mocht er, gelet op de positie van de fietsfabrikanten op de markt, zonder nader onderzoek van uitgaan dat voldaan was aan het merkbaarheidsvereiste.[9] In tegenstelling tot de afstemming op de bijeenkomst op 13 juni 2000 in Zwolle oordeelt de rechtbank, ter zake van de afstemming van de maximale aan de NFP te verlenen marge tijdens het vooroverleg op 17 augustus 2000 in Vierhouten, dat het bewijs onvoldoende was. De NMa had haar stelling dat sprake is geweest van een mededingingsbeperkende o.a.f.g. gebaseerd op drie stukken, te weten (i) het verslag van de bijeenkomst van 13 juni 2000, (ii) een faxbericht van 21 juli 2000 en (iii) een vooroverleg direct voorafgaand aan de bijeenkomst op 17 augustus 2000 van Batavus, Giant en Gazelle met de NFP, mede gelet op een in de agenda van de vertegenwoordiger van Gazelle genoteerde afspraak voor die dag. Kort samengevat oordeelt de rechtbank dat de documenten noch de verklaringen van de vertegenwoordigers een eenduidig helder beeld verschaften over een mogelijke wederkerige afstemming op 17 augustus 2000. Niet is komen vast te staan óf er een vooroverleg op 17 augustus 2000 heeft plaatsgevonden, en zo ja, wat er besproken zou zijn bij dat (vermeende) vooroverleg. Van belang daarbij is de omstandigheid dat van de zijde van Gazelle en Giant werd ontkend dat er een dergelijk vooroverleg heeft plaatsgevonden. De NMa was derhalve niet bevoegd ter zake van de maximummarge NFP een boete op te leggen.

Deze uitspraak maakt duidelijk dat de NMa concreet moet aantonen dat met elkaar communicerende ondernemingen betrokken zijn bij onderlinge afstemming. Het bewijs daarvoor kan voortvloeien uit direct bewijs in de vorm van belastende verklaringen en documenten. Een aannemelijk tegenargument of een ontkenning van betrokkenheid dient de NMa aan de hand van het bewijsmateriaal te weerleggen. Als de NMa hierin niet slaagt, dan gaan de ondernemingen vrijuit. Dit betekent dat de NMa goed moet overwegen, met name in gevallen waarin er een beperkte hoeveelheid bewijs is en geen clementie is aangevraagd, of de NMa kan voldoen aan haar wettelijke bewijsplicht. Een onderneming daarentegen dient aan te tonen dat zij zich publiekelijk heeft gedistantieerd van de haar verweten onderlinge afstemming. De rechtbank overweegt dienaangaande dat geen sprake is van een wezenlijke distantiëring. Een onderneming dient duidelijk en kordaat haar afkeuring te laten blijken. Aan dit vereiste is voldaan indien een vertegenwoordiger van een onderneming,

7 HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92 P, *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Anic Partecipazioni SpA.*, *Jur.* 1999, p. I-04125.

8 CBb 28 oktober 2005, *Modint*, nr. AWB 04/794 en 04/829, *LJN* AU5316. Zie *M&M 2006*, nr. 2, p. 47 -50, met noot J.J.A. Coumans.

9 Verwezen wordt naar de uitspraak van het CBb 7 december 2005, *Secon en G-Star*, nr. AWB 04/237 en 04/249 *LJN* AU8309. Zie *M&M 2006*, nr. 3 p. 88-92, met noot E.M.H. Loozen.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

die een bijeenkomst met een mededingingsbeperkend doel heeft bijgewoond, de andere vertegenwoordigde maatschappijen voldoende duidelijk maakt dat de onderneming, hoewel het niet zo lijkt, hun verboden handelingen afkeurt. Een onderneming dient te bewijzen dat het middel dat de onderneming heeft gekozen om zich publiekelijk te distantiëren, er inderdaad toe heeft geleid dat de andere deelnemers aan de bijeenkomst van haar afkeuring op de hoogte zijn gebracht.[10] Overeenkomstig de communautaire rechtspraak wordt het begrip publieke distantiëring strikt uitgelegd. Ook opvallend is dat de rechtbank het Anic-bewijsvermoeden van causaal verband tussen marktgedrag en afstemming toepasbaar acht, ondanks dat de onderlinge afstemming beperkt is gebleven tot één op zichzelf staande uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie. De rechtbank achtte het niet noodzakelijk om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ over de interpretatie van de in Anic geformuleerde bewijsregel. De rechtbank ging daarmee voorbij aan het verzoek van Accell. Naar verluidt hebben alle fietsenfabrikanten alsmede de Raad van Bestuur van de NMa (de 'Raad') beroep aangetekend bij het CBb tegen de uitspraak van rechtbank.

In het verlengde hiervan ligt de uitspraak van het CBb van 31 december 2007 in de in de inleiding aangehaalde zaak *Mobiele operators*. In deze zaak heeft de NMa de operators van mobiele telefonie, te weten Ben (thans: T-Mobile), KPN, Dutchtone (thans: Orange) Vodafone en O2 (thans: Telfort) een boete opgelegd wegens vermeende afstemming van de standaarddealervergoedingen voor zowel *prepaid*-pakketten als *postpaid*-abonnementen tijdens een bijeenkomst op 13 juni 2001. In beroep heeft de rechtbank van Rotterdam vervolgens geoordeeld dat de NMa onvoldoende heeft aangetoond dat Dutchtone en O2 betrokken zijn geweest bij de onderlinge afstemming.[11] Met betrekking tot de *prepaid*-pakketten heeft de NMa voorts niet aannemelijk gemaakt dat sprake is geweest van onderlinge afstemming. Voor wat betreft de *postpaid*-abonnementen heeft de rechtbank geoordeeld dat de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie de strekking had de mededinging te beperken. Tegen deze uitspraak hebben zowel de mobiele operators (met uitzondering van Telfort en Vodafone) als de NMa hoger beroep ingesteld bij het CBb. In hoger beroep overweegt het CBb ten aanzien van de deelname van de vertegenwoordiger van Dutchtone aan de bijeenkomst dat de bewijselementen enerzijds aannemelijk hebben gemaakt dat hij op enig moment heeft deelgenomen, maar dat anderzijds niet aannemelijk is gemaakt dat hij aanwezig is geweest bij de bespreking over *prepaid*-pakketten en *postpaid*-abonnementen. Het CBb oordeelt dat de rechtbank derhalve terecht heeft overwogen dat de NMa deelname van Dutchtone aan de o.a.f.g. onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Hierbij is van belang dat de NMa niet heeft vastgesteld dat de bijeenkomst als zodanig het oogmerk had de mededinging te beperken.

Dit is niet onlogisch. De NMa heeft immers de wettelijke bewijsplicht aannemelijk te maken dat Dutchtone heeft deelgenomen aan de o.a.f.g. Tegen die achtergrond formuleert het CBb de bewijsregel dat de aanwezigheid van een onderneming bij een bijeenkomst niet voldoende is zonder dat (i) is vastgesteld dat de onderneming heeft geparticipeerd bij de bespreking van het onderwerp en (ii) is vastgesteld dat de bespreking als zodanig de strekking had de mededinging te beperken. De bewijsvoering voor de NMa wordt met deze regel niet gefrustreerd. Integendeel. Van een onafhankelijk en deskundig toezichthouder mag worden verwacht dat zij voldoende ondubbelzinnig bewijs heeft verzameld van o.a.f.g. wanneer zij een onderneming wil beboeten. Hierop valt toch het nodige af te dingen. Zo lijkt ook het Gerecht erover te denken. Recent heeft het Gerecht in het arrest *Treuhand*[12] aangegeven dat de deelname aan een mededingingsregeling van een passieve deelnemer (of mededader) genoegzaam is bewezen indien de Commissie aantoont dat de desbetreffende onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten waarop mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten. Verder oordeelt het CBb dat de NMa niet aannemelijk heeft gemaakt dat ten aanzien van prijzen en voorwaarden van *prepaid*-pakketten mededelingen zijn gedaan die hebben geleid tot afstemming. Op basis van de bewijselementen en de relevante omstandigheden kan immers niet worden vastgesteld dat sprake is geweest van wederkerige contacten tussen de mobiele operators, zodat niet aan de noodzakelijke wederkerigheidsvoorwaarde is voldaan.[13] Het CBb formuleert dienaangaande het uitgangspunt dat het enkele uitblijven van een reactie – in dit geval op een bedrijfsvertrouwelijke mededeling van een vertegenwoordiger van Ben – van de andere deelnemers zonder nadere omstandigheden onvoldoende is om te concluderen dat niet sprake is van een eenzijdige mededeling maar van onderlinge afstemming. In dit licht is van belang dat de NMa in haar onderzoek niet heeft vastgesteld dat de bijeenkomst van 13 juni 2001 plaatsvond in een kader waarbij partijen meer of minder frequent overlegden over marktgedrag terwijl de NMa volgens het CBb evenmin heeft vastgesteld dat is gebleken van parallel marktgedrag op het gebied van *prepaid*-pakketten. Bijgevolg erkent het CBb dat de beleving van de participanten bij een bijeenkomst van wezenlijk belang is voor de kwalificatie van een gedraging. De omstandigheden van het geval zijn kortom bepalend. Indien niet is vastgesteld dat sprake is van een bijeenkomst met een evident mededingingsbeperkend karakter, mag de NMa kennelijk niet zonder meer aannemen dat voldaan is aan het wederkerigheidsvereiste indien een reactie uitblijft van de overige deelnemers aan de bijeenkomst.[14] Zwijgen mag in dit geval dus niet gelijk worden gesteld aan instemmen. Kortom:

10 Zie GEA 11 december 2003, *Adriatica di Navigazione / Commissie,* zaak T-61-99, *Jur.* 2003, p. II-5349, r.o. 137.

11 *Supra* noot 5.

12 GEA 8 juli 2008, *AC-Treuhand AG / Commissie*, zaal T-99/04, r.o. 130.

13 Verwezen wordt onder meer naar het arrest van GEA 14 mei 1998, *Moritz J. Weig / Commissie,* zaak T-314/94, *Jur.* 1998, p. II-1241.

14 Zie in dat verband HvJ EG 7 januari 2004, *Aalborg Portland c.s. / Commissie*, zaak C-204/00 P, *Jur.* 2004, p. I-123, r.o. 81-84 en meer recent GEA 8 juli 2008, *AC-Treuhand AG / Commissie*, zaal T-99/04, r.o. 130.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het CBb legt de bewijslast vooralsnog een stukje hoger dan de NMa. Het CBb begeeft zich daarbij echter mogelijk op glad ijs. Het arrest van het Gerecht in *Treuhand* ondersteunt deze gedachte.

Voor wat betreft de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie over de *postpaid*-dealervergoedingen acht het CBb het noodzakelijk drie prejudiciële vragen over de uitleg van art. 81 EG voor te leggen aan het Hof van Justitie. Een beschrijving van de vragen is te vinden onder het kopje 'Prejudiciële vragen / Amicus Curiae'. In afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie heeft het CBb iedere beslissing aangehouden.

Verticale prijsbinding

Verticale prijsbinding wordt op Europees alsmede op nationaal niveau als een hardcore restrictie aangemerkt. Zo legt de Commissie boetes op aan bedrijven voor verboden verticale prijsafspraken.[15] Nationale autoriteiten schrikken evenmin terug voor het opleggen van hoge boetes.[16] Desondanks hebben Nederlandse rechters in het verleden getracht geschillen over verticale prijsbinding civielrechtelijk af te handelen. Het meest bekende voorbeeld hiervan is de zaak *Albert Heijn / Peijnenburg* uit 2005.[17] In deze zaak wilde Peijnenburg alleen leveren aan Albert Heijn als deze zich zou houden aan de door haar gedicteerde consumentenprijs. Aangezien Albert Heijn dit weigerde, zegde Peijnenburg de overeenkomst tot levering van de Peijnenburgontbijtkoek op. Albert Heijn stelde in kort geding dat de opzegging onrechtmatig was omdat, indien zij de door Peijnenburg vastgestelde adviesprijzen zou hanteren, zij in strijd met art. 6 Mw zou handelen. Ook al was de Bossche voorzieningenrechter zich bewust van de mogelijke mededingingsrechtelijke complicaties, op louter civielrechtelijke gronden oordeelde hij dat de opzegging rechtsgeldig was. Deze uitspraak heeft veel stof doen opwaaien, met name omdat de voorzieningenrechter het beroep op het mededingingsrecht niet van doorslaggevend belang achtte. Goed nieuws is dan ook de indringende wijze waarop rechters in 2007 verticale prijsbinding toetsen aan het mededingingsrecht.

Zo kan verwezen worden naar de zaak *Make It Easy* van 19 februari 2007.[18] Deze zaak betreft twee franchiseovereenkomsten met betrekking tot acupunctuur voor het behandelen van ontwenningsverschijnselen bij het stoppen met roken en afvallen. Partijen waren overeengekomen dat de prijzen waartegen de franchisegever de producten en diensten aan de franchisenemer verkoopt zodanig worden vastgesteld dat de franchisenemer een vaste bruto winstmarge is gegarandeerd. Beide overeenkomsten bevatten verder een non-concurrentiebeding voor twee jaar na beëindiging van de franchiseafspraken. Deze overeenkomsten werden door de franchisenemers opgezegd. Voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag vorderden zij de schorsing van de non-concurrentiebedingen, waarbij werd aangevoerd dat de overeenkomsten in hun geheel nietig zijn wegens strijd met art. 6 Mw, aangezien zij neerkomen op verticale prijsbinding. De Haagse voorzieningenrechter deelt die opvatting. Uit de overeenkomsten leidt hij af dat het niet om adviesprijzen gaat, maar dat het de bedoeling was vaste bedragen vast te stellen. Op de website van de franchisegever was immers te lezen dat de kosten van een behandeling € 150 bedragen. Dergelijke doelbeperkingen zijn op voorhand verboden op grond van art. 6 Mw, aldus de voorzieningenrechter. Verder oordeelt hij dat 'de minimis'-regel, of het Besluit vrijstelling samenwerkingsovereenkomsten detailhandel, niet van toepassing is, omdat het gaat om hardcore restricties. Aangezien de franchiseovereenkomsten niet zouden zijn gesloten zonder de afspraken betreffende verticale prijsbinding, concludeert de voorzieningenrechter dat deze als geheel nietig zijn.

De vraag rijst of de Haagse voorzieningenrechter het bij het rechte eind heeft. Allereerst heeft het CBb in de zaak *Secon*[19] duidelijk gemaakt dat het merkbaarheidsvereiste ook op doelbeperkingen van toepassing is. De voorzieningenrechter heeft nagelaten dit te onderzoeken, althans uit het vonnis blijkt daarvan niet. Alvorens te concluderen dat sprake is van verticale prijsbinding (en de gehele overeenkomst nietig te verklaren), had het meer voor de hand gelegen een beperkt onderzoek te doen naar de feitelijke, juridische en economische context waarbinnen de afspraken zich afspelen (i.e. contextonderzoek) om te bepalen of sprake was van contractuele en/of feitelijke mogelijkheden voor franchisenemers om de behandelingen voor een ander bedrag dan € 150 aan gebruikers aan te bieden.[20]

Op overeenkomstige strenge wijze oordeelt het Gerechtshof Arnhem op 18 december 2007 dat het staken van verdere levering van Eastbornbedden aan MF Design omdat deze de dealerorganisatie van Eastborn ondermijnt in strijd is met art. 6 Mw.[21] MF Design en Eastborn zijn al meer dan 11 jaar zakenpartners van elkaar. Sinds de zomer van 2004 verkoopt MF Design via haar website bedden van Eastborn met een standaardkorting van 20%. Op aandringen van andere afnemers zegt Eastborn de duurovereenkomst met MF Design op. In eerste aanleg bepaalt de rechtbank Almelo op

15 Zie bijvoorbeeld de boete van € 2.6 miljoen opgelegd aan Yamaha. Zie Zaak 37.975 *PO/Yamaha*, 16 juli 2003.

16 Zie bijvoorbeeld de boetes van 7 december 2005 van in totaal bijna € 19 miljoen die de Conseil de la Concurrence in Frankrijk heeft opgelegd aan Sony, Philips en Panasonic voor illegale verticale prijsbinding.

17 Vzngr. Rb. 's-Hertogenbosch 10 februari 2005. *Albert Heijn B.V. tegen Peijnenburg c.s.*, nr. 121916 / KG ZA 05-39, *LJN* AS5628.

18 Vzngr. Rb. 's-Gravenhage, *Make it Easy Gelderland V.O.F. tegen Make it Easy B.V.*, nr. KG 06/1549, *LJN* BA0407.

19 CBb 7 december 2005, *Secon en G-Star*, nr. AWB 04/237 en 04/249 9500, *LJN* AU8309.

20 Zie in dat verband ook F. ten Have en J. Langer, 'GlaxoSmithKline: geldt de counterfactual analysis-test ook voor strekkingsbeperkingen?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2006, nr. 10, p. 224-227.

21 Gerechtshof Arnhem 18 december 2007, *M.F. Design B.V. tegen Eastborn Slaapsystemen B.V.*, nr. 2006/685, *LJN* BC5311.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

10 mei 2006 dat deze opzegging niet strijdig is met art. 6 Mw.[22] Het gerechtshof deelt dat oordeel niet, en overweegt dat Eastborn onder druk van haar andere dealers de overeenkomst met MF Design heeft opgezegd om de winstmarge van dealers te handhaven. De handhaving daarvan onder druk van de andere dealers en de effectuering daarvan door de onderhavige opzegging, vormen onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen Eastborn en haar afnemers die de economische vrijheid van de betrokken ondernemingen beperken, aldus het gerechtshof. Het komt er immers op neer dat afnemers die zich structureel niet aan adviesprijzen houden worden buitengesloten. Het gerechtshof vervolgt dat het voor de hand ligt dat deze opgelegde prijsbinding een beperking van de intrabrand prijsconcurrentie tussen producten van Eastborn beoogt en realiseert. Volgens het gerechtshof is de Europese groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten ('Verordening 2790/1999') niet van toepassing aangezien het in casu gaat om een verboden hardcore restrictie.[23] Voor een individuele vrijstelling op grond van art. 6 lid 3 Mw komt Eastborn evenmin in aanmerking.

De Rechtbank Zutphen volgt in de uitspraak van 8 augustus 2007 een andere route.[24] Deze zaak betreft een groothandel en producent van witgoedapparaten (ATAG) die voor internetverkopers hogere inkoopprijzen en lagere kortingen rekent dan voor reguliere verkopers zoals keukenspeciaalzaken. Groen Trend verkoopt via het internet witgoedapparatuur van verschillende producenten waaronder van ATAG. Omdat ATAG en Groen Trend het niet eens kunnen worden over de gehanteerde condities voor de levering van witgoed, staakt ATAG de levering van haar keukenapparaten aan Groen Trend. In de daarop volgende bodemprocedure vordert Groen Trend hervatting van de levering van witgoedapparaten. Groen Trend stelt dat het verhogen van inkoopprijzen voor internetverkopers ten opzichte van inkoopprijzen die ATAG hanteert in andere distributiekanalen in strijd is met het mededingingsrecht. Als gevolg daarvan kan zij de bij ATAG ingekochte producten niet meer concurrerend verkopen, aldus Groen Trend. Volgens de rechtbank is daarvan echter geen sprake. Benadrukt wordt allereerst dat een leverancier vrij is zelf te bepalen onder welke condities zij haar producten aan wederverkopers levert. Ook is een leverancier in beginsel vrij verschillende prijzen voor verschillende afnemers te bedingen. Verder twijfelt de rechtbank of wel sprake is van een overeenkomst in de zin van art. 6 Mw en art. 81 EG. Groen Trend heeft immers geprotesteerd tegen de internetcondities en partijen hebben derhalve geen overeenstemming bereikt. Gesteld dat al sprake is van een overeenkomst, is de rechtbank van oordeel dat deze overeenkomst niet tot strekking of gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Groen Trend wordt namelijk niet beperkt in haar toetreding tot en de wijze van deelneming aan het economische verkeer, aldus de rechtbank. Benadrukt wordt dat ATAG (hogere) kwaliteitseisen stelt aan keukenvakzaken, meer in het bijzonder dat dergelijke zaken toegevoegde waarde hebben in de zin van persoonlijke en deskundige advisering en professionele installatie van het witgoed bij de consument thuis. Tot slot verwerpt de rechtbank het verweer dat Verordening 2790/1999 niet van toepassing is omdat sprake zou zijn van een verboden hardcore restrictie. Volgens de rechtbank is er immers geen sprake van een overeenkomst die direct of indirect tot doel heeft vaste of minimum verkoopprijzen aan de wederverkoper op te stellen.

De poging van de rechtbank om ruimte te creëren voor producenten zoals ATAG om onder omstandigheden voor internetverkopers andere condities en prijzen te hanteren dan voor reguliere verkopers, is toe te juichen. Het gevolg van de uitspraak van het gerechtshof in de zaak *MF Design* is dat het lastig is internetverkopers te dwingen om zich te conformeren aan het prijs- en kwaliteitsbeleid van de dealerorganisatie. Evenwel erkent de Zutphense rechtbank dat ATAG een gespecificeerd prijsbeleid mag hanteren, waarbij Groen Trend als internetverkoper anders wordt gerangschikt dan andere afnemers van het keukenwitgoed. Het feit dat Groen Trend geen winkel heeft en evenmin voorlichting of advies geeft over de producten, lijkt als rechtvaardiging te worden geaccepteerd voor het hanteren van andere leveringsvoorwaarden voor internetverkopers.

Vanuit economisch perspectief is ook iets voor de benadering van de Zutphense rechtbank te zeggen. Moderne economische inzichten maken duidelijk dat verticale prijsbinding niet onder alle omstandigheden resulteert in negatieve effecten. Economen wijzen erop dat verticale prijsbinding slechts in het geval van beperkte interbrand concurrentie tot nadelige gevolgen kan leiden en doorgaans tot efficiencyvoordelen leidt.[25] Deze economische inzichten zijn op 28 juni 2007 aanleiding geweest voor het Amerikaanse Supreme Court om het sinds 1911 onder het federale mededingingsrecht geldende *per se*-verbod voor verticale prijsbinding te laten vallen.[26] Deze zaak betreft een geschil tussen de leverancier van lederen producten (Leegin) en een van haar wederverkopers (PSKS). Leegin is alleen bereid haar producten te leveren als wederverkopers de aanbevolen wederverkoopprijzen volgen. PSKS verkocht tegen lagere prijzen dan geadviseerd waarop Leegin de levering van producten staakte. In de daaropvolgende procedure stelt PSKS dat de leveringsboycot in strijd is met het mededingingsrecht aangezien daarmee verticale prijsbinding wordt afgedwongen. Leegin verweert zich met de stelling dat verticale prijsbinding niet beoordeeld moet worden onder een *per se*-verbod met verwijzing naar moderne economische inzichten. Volgens Leegin moeten bij verticale prijsbinding de economische voordelen en nadelen gewogen worden op grond van de *rule of reason*-benadering. Met verwijzing naar

22 Rb. Almelo 10 mei 2006, *M.F. Design B.V. tegen Eastborn Slaapsystemen B.V.*, nr. 71739/HA ZA 05-569, *LJN* AX1494. Zie infra, noot 4.

23 Verordening 2790/1999 [1999], *PbEG* L 336/21.

24 Rb. Zutphen 8 augustus 2007, *Groen Trend B.V. c.s. tegen ATAG Etna Pelgrim Home Products B.V.*, nr. 79005 / HA ZA 06-716, *LJN* BB7225.

25 Zie M. Motta, *Competition Policy* (Cambridge 2004), p. 302 e.v.

26 Zie noot van H.H.P. Lugard, *M&M [jaar]*, nr. 5/6, p. 156-162.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de theoretische en empirische economische literatuur die de efficiëntieverbeteringen van verticale prijsbinding aantonen, gaat het Supreme Court om. Ook al kan verticale prijsbinding onder omstandigheden negatieve gevolgen hebben, die omstandigheid rechtvaardigt niet de conclusie dat verticale prijsbinding altijd, of bijna altijd, negatieve effecten teweegbrengt en derhalve op basis van een *per se*-benadering beoordeeld moet worden, aldus het Supreme Court. De uitspraak impliceert dat Amerikaanse rechters in het vervolg acht moeten slaan op de aangevoerde efficiëntieverbeteringen van verticale prijsbindingen en dergelijke praktijken nog slechts als strijdig met het mededingingsrecht kunnen aanmerken indien een overeenkomst daadwerkelijk negatieve effecten op de betrokken relevante markt sorteert.

Zijn vergelijkbare ontwikkelingen in Europa te verwachten? Het zou aansluiten bij de economisering van het mededingingsrecht als gevolg waarvan de inzichten van economen en daadwerkelijke economische effecten als uitgangspunt voor mededingingsbeleid worden omarmd. Hierbij benadrukken wij dat de door het Supreme Court naar voren gebrachte argumenten niet specifiek zijn voor de Amerikaanse marktsituatie, maar ook opgaan voor Europees mededingingsrecht. Een vingerwijzing voor verandering kan wellicht gevonden worden in het feit dat de NMa nog geen boete voor verticale prijsbinding heeft opgelegd. Herinnerd zij in dit verband ook aan de publieke woorden van de voorzitter van de Raad van Bestuur van de NMa Pieter Kalbfleisch dat verticale prijsbinding in het beleid van de NMa geen prioriteit heeft.[27] Voor het evalueren van de Europese benadering van verticale prijsbinding doet zich overigens een prima gelegenheid voor. In 2010 eindigt namelijk de geldigheidsduur van Verordening 2790/1999. In het kader van die evaluatie zou kunnen worden overwogen om verticale prijsbinding van de zwarte lijst van art. 4 van de Verordening 2790/1999 te schrappen, waardoor dergelijke gedragingen automatisch vrijgesteld zijn zolang het marktaandeel van de fabrikant minder bedraagt dan 30%. Dit zou niet onlogisch zijn. Daar waar de voorlopers van de Verordening 2790/1999, i.e. Verordening 1983/1983 en Verordening 1984/1983, iedere beperking van de vrijheid van een onderneming om zelfstandig zijn prijzen vast te stellen resoluut afwezen, staat de huidige verordening een aanzienlijk liberale opvatting voor en is bijvoorbeeld het opleggen van maximumprijzen gewoon toegestaan. Overigens lijken overtuigende juridische of economische argumenten om het verbod op verticale prijsbinding te handhaven vooralsnog te ontbreken. Ofschoon de eigenheid van de gemeenschappelijke markt niet onderschat moet worden, en niet alles uit de VS hoeft te worden nageaapt, is het niet onaantrekkelijk op dit punt leentjebuur te spelen. Uiteraard hoeven we hier ten lande niet op Brussel te wachten. Ook in Nederland verdient het in het licht van moderne economische inzichten wellicht aanbeveling de Mw op dit punt aan te passen. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan het opnemen van een nieuwe bagatelbepaling in de Mw naast art. 7 Mw, en verticale prijsbinding onder vastomlijnde omstandigheden (bijvoorbeeld een marktaandeel- of omzetvereiste) van de toepasselijkheid van het verbod van mededingingsafspraken van art. 6 Mw uit te zonderen.[28]

Non-concurrentiebedingen

In 2007 waren er wederom enkele uitspraken over non-concurrentiebedingen. Van belang voor de praktijk zijn 3 uitspraken in de context van overnames.

Zo toetst de Arnhemse voorzieningenrechter op 17 februari 2007 een tussen Dresco en haar voormalige dochteronderneming Drespa overeengekomen non-concurrentiebeding van 5 jaar aan de Mededeling van de Commissie betreffende nevenrestricties uit 2005.[29] Drespa vordert in kort geding een schorsing van het non-concurrentiebeding wegens strijd met art. 6 Mw en/of art. 81 EG. Aangezien het overeengekomen beding de in de Mededeling aangegeven maximale duur van 3 jaar overschrijdt, is een contextonderzoek naar een eventuele beperking van de mededinging niet meer nodig, aldus de voorzieningenrechter. Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter dat het aannemelijk is dat dan ook in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat het geding in strijd is met mededingingsrecht, en schorst het beding hangende de uitspraak in bodemprocedure. Op de uitspraak van de Arnhemse rechter is het nodige af te dingen. Hoewel in kort geding een uitvoerige analyse van de (feitelijke) context waarbinnen afspraken functioneren niet wenselijk is, gaat het echter te ver op voorhand een beperking vast te stellen zonder enig onderzoek naar de context waarbinnen de beperking plaatsvindt. Uit de zaak *Modint* blijkt immers het algemene uitgangspunt dat een overeenkomst binnen de context waarin zij toepassing vindt moet worden beoordeeld.[30] Met andere woorden, de kwalificatie 'beperking' moet nader worden gemotiveerd, ook in kort geding, dunkt ons. Onderwerp van discussie kan zijn de intensiteit van dit contextonderzoek. Uitputtend hoeft dit onderzoek niet te zijn gelet op het karakter van een kortgedingprocedure, maar enig onderzoek naar de feitelijke, juridische en economische context waarbinnen het geschil zich afspeelt is vereist.

In tegenstelling tot de Arnhemse voorzieningenrechter spreekt de aanpak van de rechtbank Den Bosch van 28 maart 2007 tot de verbeelding.[31] Deze zaak heeft betrekking op de overname in 1999 door Heijmans van de in hei- en funderingstechniek gespecialiseerde Nederveenvennootschappen. In de koopovereenkomst wordt een non-concurrentiebeding

27 Uitgesproken tijdens de kerstbijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht in december 2006. Zie ook B.F. Van Harinxma thoe Slooten, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2007, nr. 3, p. 47.

28 Vgl. het wetsvoorstel versoepeling uitzondering verbod van mededingingsafspraken, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 531, nr. 1.

29 Rb. Arnhem 17 januari 2007, *Drespa c.s. tegen Actuant Corporation c.s.*, nr. 149693/KG ZA 06-826, *LJN* AZ9271.

30 CBb 28 oktober 2005, *Modint*, nr. AWB 04/794 en 04/829, *LJN* AU5316. Zie *M&M* 2006, nr. 2, p. 47-50, met noot J.J.A. Coumans.

31 Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2007, *Heijmans c.s. tegen Nederveen c.s.*, nr. 133181 HA ZA 05-2282, *LJN* BA2126.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

opgenomen ten laste van de verkopende vennootschappen en diens aandeelhouders waaronder de heer Krugers. Op grond van het overeengekomen beding moeten verkopers en aandeelhouders zich gedurende vijf jaar onthouden van concurrerende activiteiten in Nederland. Voor individuele aandeelhouders treedt het beding pas in werking ná beëindiging van hun dienstverband bij de overgedragen vennootschappen. Nadat de heer Krugers in 2004 ontslag neemt en actief wordt in de heisector, vordert Heijmans naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit het non-concurrentiebeding. In kort geding vangt Heijmans bot. Maar Heijmans laat het er niet bij zitten en spant ook een bodemprocedure aan. De rechtbank stelt allereerst vast dat de heer Krugers is aan te merken als 'onderneming' in de zin van het mededingingsrecht en dat het concurrentiebeding onder het toepassingsbereik van de mededingingsregels valt. Vervolgens merkt de rechtbank op dat het concurrentiebeding in beginsel de strekking heeft de mededinging te beperken. Anders dan de heer Krugers stelt en in lijn met de rechtspraak van het CBb betekent dat nog niet dat daarmee ook een onderzoek naar de merkbaarheid van deze beperking overbodig is geworden. Met verwijzing naar de Memorie van Toelichting oordeelt de rechtbank dat het merkbaarheidsvereiste ook geldt voor een geval zoals in casu waarbij de kwantitatieve eisen van de bagatelbepaling van art. 7 Mw zijn overschreden. De rechtbank wenst in dit verband nadere inlichtingen te ontvangen over marktafbakening, marktstructuur en de marktpositie van partijen. Mocht hieruit blijken dat het beding resulteert in een merkbare mededingingsbeperking, dan is, aldus de rechtbank, sprake van een verboden doelbeperking als bedoeld in art. 6 Mw, tenzij aangenomen moet worden dat het overeengekomen beding is aan te merken als een toegestane nevenrestrictie.[32]

Ook in de zaak *Prisma*[33] zet het gerechtshof Leeuwarden de juiste stappen. Deze zaak betreft de uitspraak van 7 november 2007 in een geschil tussen de exploitant van een supermarktformule en een van haar franchisenemers. De betrokken franchisenemer koopt in 1994 een winkelbedrijf van Prisma. Met betrekking tot het pand bevat de koopovereenkomst een aanbiedingsplicht van de winkelier en een daaraan gekoppelde koopoptie op grond waarvan Prisma het pand van de winkelier kan terugkopen voor een bepaalde prijs. Daarnaast zijn partijen een optie overeengekomen voor het supermarktbedrijf zelf. Aan de koopopties hebben partijen ook een postcontractueel concurrentiebeding gehangen, waarbij de winkelier verboden wordt gedurende tien jaar in een straal van vijf kilometer van de winkel een concurrerende supermarkt te exploiteren. Allereerst stelt het gerechtshof vast dat het samenstel van de aanbiedingsplicht, de optiekooprechten en het non-concurrentiebeding beoordeeld moet worden in haar feitelijke, juridische en economische context. Hierbij gaat het gerechtshof ervan uit dat sprake is van een lokale markt voor de levering van franchisediensten aan zelfstandige supermarktondernemers met een bereik van tien kilometer rond de winkel. Het gerechtshof gaat dan na of dit samenstel binnen de reikwijdte van art. 6 Mw valt en toetst daarbij allereerst aan de in art. 7 Mw vastgestelde bagatelbepaling, vervolgens aan de in de Mededeling inzake nevenrestricties vervatte vuistregel over non-concurrentiebedingen, en gaat tot slot in op de merkbaarheid. Het gerechtshof stelt voorop dat het samenstel van de afspraken de strekking heeft om de mededinging te beperken. Het gerechtshof neemt aan dat de bagatelbepaling van art. 7 Mw niet van toepassing is. Wat betreft het leerstuk van nevenrestricties merkt het gerechtshof de aanbiedingsplicht en optierechten aan als hoofdtransactie. Gelet op de duur van de bedingen van 10 jaar zijn deze niet proportioneel. Tot slot is ook sprake van een merkbare mededingingsbeperking, aldus het gerechtshof. Van belang is hierbij dat andere aanbieders van franchiseformules belangstelling hebben getoond voor de winkellocatie, het samenstel van de afspraken het wisselen van franchisegever in concreto zou belemmeren, en het daadwerkelijke aantal supermarkten op de relevante markt beperkt is. In tegenstelling tot de rechtbank in de zaak *Heijmans c.s.* gaat het gerechtshof na of het samenstel van afspraken kan genieten van Verordening 2790/1999. Het gerechtshof oordeelt dat deze groepsvrijstelling echter niet van toepassing is, omdat op de voet van art 5 sub b van die vrijstelling slechts een postcontractueel beding van maximaal 1 jaar acceptabel is. Het gerechtshof komt dan ook tot de slotsom dat de overeengekomen bedingen in strijd zijn met art. 6 lid 1 Mw en getroffen worden door de nietigheidssanctie van art. 6 lid 2 Mw.

Bij de conclusie dat het optierecht de strekking heeft de mededinging te beperken plaatsen wij vraagtekens. Het lijkt twijfelachtig dat het wisselen van eigenaar van het pand of het bedrijf de mededinging kan beïnvloeden. Mededingingsrechtelijk ware het correcter na te gaan of het postcontractuele concurrentieverbod rechtens toelaatbaar was. Verder vragen wij ons af of het gerechtshof de verkoop van het winkelpand- en bedrijf niet had moeten aanmerken als de hoofdtransactie in plaats van het samenstel van de aanbiedingsplicht en de optierechten. Hoe dit ook zij, in beide gevallen is sprake van een schending van het mededingingsrecht aangezien de bedingen niet proportioneel zijn gelet op de duur van 10 jaar van de bedingen.

Conversie

Het is aan de burgerlijke rechter om de civielrechtelijke draagwijdte en de gevolgen van de nietigheid van art. 6 lid 2 Mw en art. 81 lid 2 EG vast te stellen.[34]

Na een korte zwabberperiode is de teerling geworpen: voor conversie is in het mededingingsrecht geen plaats. De uitspraak in de zaak *Prisma/Slager* lijkt aan iedere twijfel, zo die al mocht bestaan, definitief een eind te maken. Het gerechtshof is concies en drukt zich als volgt uit:

32 Voor een uiteenzetting over driehoeksrelatie tussen doelbeperkingen, gevolgbeperkingen en merkbaarheidsvereiste, zie *M&M* 2007, nr. 7, p. 204-206, met noot P.J. Kreijger.

33 Gerechtshof Leeuwarden 7 november 2007, *Slager c.s. tegen Prisma c.s.*, nr. 600049, *LJN* BB8288.

34 Vgl. Zaak 10/86, *VAG/Magne*, *Jurispr.* 1986, 407.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

> *"Ook conversie in een minder vergaande maatregel, die nog binnen de grenzen van het toelaatbare zou liggen, wijst het hof af. De absolute nietigheidsbepaling, verwoord in lid 2 van artikel 6 MW is bedoeld om – preventief – aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer de door Prisma c.s. voorgestane conversie wordt toegestaan en de belanghebbende partij hooguit het risico loopt dat de niet geoorloofde bepaling wordt omgezet in een bepaling die nog net binnen de grenzen van artikel 6 MW valt. Daarmee zou immers de civiele handhaving van het mededingingsrecht tot een weinig effectief middel verworden, hetgeen niet de bedoeling van de wetgever is."*

Dit lijkt ons juist. Immers, nietig = nietig. Ab initio. Oftewel: de school van Mok.[35] Daarover kan overigens genuanceerd(er) worden gedacht. Advocaat-Generaal Keus lijkt namelijk geneigd de figuur van conversie niet categorisch af te wijzen. In zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 23 maart 2007 in de zaak *Brocacef* werpt hij in dit verband de vraag op of conversie, anders dan partiële nietigheid, 'per se' op Europeesrechtelijke bezwaren stuit, ook als de rechtshandeling waarvan de rechtsgevolgen zullen gelden, met het communautaire mededingingsrecht verenigbaar is.[36] Niettegenstaande deze observatie, lijkt de A-G de absolute opvatting van Mok dicht te naderen daar waar hij stelt "wat er van dit alles zij, partijen zelf kunnen, naar ook Mok aanneemt, in elk geval een andere en mededingingsrechtelijke toelaatbare overeenkomst sluiten."

In de praktijk gaat het met het conversieverbod wel eens verkeerd. Zo ging het in de zaak *Zonnehoeve/Savarko* om een non-concurrentiebeding van 10 jaar na overdracht van de onderneming op 29 juni 2000. In het kader van die transactie hadden partijen een managementovereenkomst gesloten voor een periode van 5 jaar. In het vonnis van 20 februari 2007 oordeelt de Haagse voorzieningenrechter met juistheid dat het overeengekomen non-concurrentiebeding twee jaar na overdracht van de onderneming geen werking meer toekomt. Zij tast mis daar waar zij de aandelentransactie verwart met de managementovereenkomst en het concurrentiebeding schorst vanaf 1 juli 2007.[37] Nu in het kader van de transactie alleen goodwill was overgegaan, had hooguit een restrictie van twee jaar aan de verkoper van de aandelen, Zonnehoeve, kunnen worden opgelegd. Het concurrentiebeding van 10 jaar was dus nietig en niet afdwingbaar.

Prejudiciële vragen / Amicus curiae

Het toegenomen enthousiasme van de nationale rechter voor het communautair mededingingsrecht en de wens naar een uniforme toepassing daarvan in de gemeenschap heeft in de verslagperiode geresulteerd in een drietal verwijzingen naar het Hof van Justitie op de voet van art. 234 EG.

Een fraai voorbeeld van een verwijzingsuitspraak is te vinden in de zaak van de Maastrichtse Woningstichting Sint Servatius die door de Afdeling wordt behandeld.[38] De Afdeling stelt een lange, doch interessante reeks vragen. Deze vragen zijn in principe te herleiden tot één simpel ogende vraag: of de Maastrichtse Woningcorporatie Sint Servatius, als toegelaten instelling op basis van de (Nederlandse) Woningwet, toestemming van de minister kan worden onthouden om bij wijze van experiment een woningbouwproject te realiseren in de Belgische gemeente Luik. De minister, die de bui al ziet hangen dat uit openbare middelen woningen in het buitenland worden gebouwd, is van mening dat de Woningwet alleen rechtskracht heeft in Nederland en dat de toegelaten instellingen op grond van die wet uitsluitend in Nederland zijn toegelaten en uitsluitend daar werkzaam mogen zijn. De rechtbank daarentegen heeft geoordeeld dat het besluit van de minister in verband met het onvoorwaardelijke karakter van de daarin opgenomen beperking van de vrijheid van het kapitaalverkeer, in strijd moet worden geacht met art. 56 EG. In het hoger beroep tegen de beslissing van de rechtbank ziet de Afdeling bij de beoordeling van het geschil naar Europees recht aanleiding prejudiciële vragen te stellen ter interpretatie van de art. 56, 58, 86, 87 en 88 van het EG-Verdrag. Voor deze kroniek zijn met name interessant de vragen over de verhouding tussen de regels voor de interne markt en de mededingingsregels. In dat verband stelt de Afdeling onder meer de volgende prejudiciële vragen:

> *4b. Hebben de algemene belangen als bedoeld in art. 58 EG en de in de rechtspraak van het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang dezelfde inhoud als het algemeen economisch belang als bedoeld in art. 86 lid 2 EG?*
>
> *6a. Indien een toegelaten instelling als bedoeld in vraag 1, voor alle of een gedeelte van haar activiteiten kan worden beschouwd als onderneming die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang als bedoeld in art. 86 lid 2 EG, kan het belast zijn met het beheer van dergelijke diensten dan rechtvaardigen dat aan de toegelaten instelling een beperking van het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in art. 56 EG wordt opgelegd?*
>
> *6b. Beschikt een lidstaat bij het toepassen van deze rechtvaardiging over een ruime discretionaire marge ter bepaling van het bereik van het betrokken algemeen economisch belang en de wijze waarop dat belang wordt behartigd? Is daarbij mede bepalend dat*

35 M.R. Mok, Kartelrecht I (2004), p. 175.

36 *NJ* 2007/176.

37 Vzngr. Rb. 's-Gravenhage 20 februari 2007, KG 06/1568.

38 Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 19 december 2007, nr. 200604981/1, *LJN* BC0537.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de Gemeenschap op het gebied van de volkshuisvesting geen of nauwelijks bevoegdheden heeft?

De antwoorden van het Hof op deze en andere vragen wachten wij met spanning af.

Op oudejaarsdag heeft het CBb in de zaak *Mobiele operators* ook vragen gesteld.

1. Welke criteria moeten bij de toepassing van art. 81 lid 1 EG worden gehanteerd bij de beoordeling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?
2. Moet art. 81 EG aldus worden uitgelegd dat bij toepassing van deze bepaling door de nationale rechter, het bewijs van causaal verband tussen onderlinge afstemming en marktgedrag moet worden geleverd en beoordeeld overeenkomstig de regels van het nationale recht, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken?
3. Geldt bij de toepassing van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in art. 81 EG het vermoeden van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag steeds ook indien de afstemming éénmalig is en de onderneming die aan de afstemming deelneemt op de markt actief blijft, of slechts in die gevallen waarin de afstemming gedurende een lange periode en met zekere regelmaat heeft plaatsgevonden?

Een enkele kritische kanttekening.

In de eerste plaats achten wij het minder opportuun het Hof vragen voor te leggen die reeds duidelijke beantwoording hebben gevonden in eerdere arresten ('acte éclairé').[39] Evenmin kan over het antwoord op de door het CBb in die zaak aan het Hof voorgelegde vragen redelijkerwijs twijfel bestaan over de wijze waarop deze vraag moet worden opgelost ('acte clair').[40] En waarom gaat het CBB in deze zaak ineens op zoek naar een 'duidelijk' criterium aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de betreffende onderling afgestemde feitelijke gedraging de strekking heeft de mededinging te beperken. Dat criterium had zij toch al in *Secon* gevonden? Ook lijkt de prejudiciële slotvraag, waarin het erom gaat of voor de toepasselijkheid van art. 81 EG de afstemming van het marktgedrag permanent moet zijn geweest, dan wel dat eenmalige betrokkenheid volstaat, een louter hypothetisch en academisch karakter te hebben gekregen welke geen beantwoording meer behoeft.[41] Kort na de (verwijzings)uitspraak van het CBb heeft de Raad immers besloten de aan Orange opgelegde boete wegens het afstemmen van lagere dealervergoedingen met andere operators, in te trekken. De door de Raad aangevoerde reden is dat Orange niet als deelnemer aan deze onderlinge afstemming kan worden beschouwd.[42] Derhalve is het twijfelachtig of op dit punt nog van een reëel geschil sprake is ten aanzien waarvan het Hof uitspraak moet doen. Overigens had het CBb ook even kunnen wachten totdat het Gerecht haar ei zou hebben gelegd in de eerder aangehaalde *Treuhand*-zaak. Dat had in de rede gelegen. Uit de beschikking van de Commissie en de Mededeling in het Publicatieblad[43] blijkt immers dat daarin soortgelijke (bewijsrechtelijke) vragen aan de orde komen als in de zaak *Mobiele operators*. Onlangs heeft het Gerecht in de hiervoor geciteerde zaak *Treuhand* arrest gewezen. Het Gerecht zet nog eens op een rij hoe vanuit mededingingsrechtelijk perspectief wordt omgegaan met deelname door een onderneming aan bijeenkomsten waarop mededingingsverstorende afspraken zijn gemaakt. Interessant in dit verband zijn de overwegingen over (mede)daderschap. Hoewel dit arrest op onderdelen de mededingingsrechtelijke wenkbrauwen doet fronsen en alle aanleiding geeft voor een (kansrijk) hoger beroep bij het Hof, valt bespreking daarvan buiten het bestek van deze kroniek. Wij gaan ervan uit dat in dit tijdschrift aan dit arrest uitgebreid aandacht zal worden besteed. Ten slotte stelt zich de vraag waarom het CBb haar oor, in plaats van bij het Hof, niet bij de Commissie te luisteren heeft gelegd en het Amicus Curiae-instrument heeft ingezet. Niettegenstaande de in art 234 EG vervatte verwijzingsplicht had dat voor de hand gelegen. Verordening 1/2003 en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bieden de rechterlijke instanties van de lidstaten immers de mogelijkheid de Commissie als Amicus Curiae advies te vragen over de toepassing van de communautaire mededingingsregels. In de verslagperiode heeft geen enkele Nederlandse rechter van dit instrument gebruik gemaakt. Dat is jammer. Een dergelijke interventie is een effectieve en aanzienlijk minder tijdvergende manier voor de instandhouding van een uniforme toepassing van het mededingingsrecht. Dat blijkt uit het arrest van het gerechtshof Den Haag waarin het ging om de verenigbaarheid van

39 Zaak 283/81, *Cilfit, Jur.* 1982, 3415.

40 Zaak C-461/03, *Gaston Schul, Jur.* 2005 I-10513.

41 Gevoegde zaken C-422/93–C-424/93, *Zabala Erasun e.a., Jur.* I-1567.

42 Wij stellen ons de vraag of de Raad niet te snel de handdoek in de ring heeft gegooid. Hoewel de Nederlandse (en communautaire) rechter aan het door de NMa te leveren bewijs steeds hogere en zwaardere eisen stelt, heeft dit natuurlijk een grens. Onder omstandigheden wordt die bewijslast omgekeerd en dient de betrokken onderneming aan te tonen, dat de verweten gedraging haar niet kan worden toegerekend e.g. dat zij daaraan niet heeft deelgenomen. Uit rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat degene die aan een vergadering heeft deelgenomen naar aanleiding waarvan een met art. 81 EG verboden gedraging tot stand is gekomen de bewijslast draagt, indien hij aanvoert dat hij niet aan de uitvoering daarvan heeft willen meewerken. Deze redenering kan worden doorgetrokken naar het geval dat de deelnemer op het 'moment supreme' de vergadering heeft verlaten (vgl. Bundesverband der Arzneimittel). In vergelijkbare context faalt het beroep dat het in een overeenkomst neergelegde exportverbod nooit is geïmplementeerd (zaak T-77/92, *Parker Pen, Jur.* 1994, II-549).

43 *PbEU* 2004 C 118.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

het Reglement Mosselvisserij met het mededingingsrecht. Op de bij tussenarrest van 27 januari 2005 geformuleerde vragen heeft het Directoraat-Generaal Mededinging van de Commissie binnen zes maanden (!) gereageerd.[44] Behoudens uitzondering bedraagt de gemiddelde doorlooptijd van een prejudiciële procedure echter ten minste anderhalf jaar.

Ook al heeft de Nederlandse rechter in 2007 geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid op grond van art. 15 lid 1 Verordening 1/2003 advies te vragen aan de Commissie over de toepassing van de communautaire mededingingsregels, de Commissie wordt hierdoor niet volledig buiten het spel gehouden. De Commissie kan immers eigener beweging schriftelijke opmerkingen bij de rechterlijke instanties indienen, als de coherente toepassing van art. 81 of 82 EG zulks vereist. Hiervan heeft de Commissie in 2007 in Nederland voor zover ons bekend in één geval gebruik gemaakt, te weten in het hoger beroep van de zaak *X. B.V. tegen de inspecteur.*[45] Het geschil in deze zaak betreft de vraag of de aan een gelieerde vennootschap doorbelaste boete van de Commissie, volledig dan wel gedeeltelijk een boete is als bedoeld in art. 3.14 aanhef en lid 1 onderdeel c van de Wet inkomstenbelasting 2001. Naar het oordeel van de rechtbank verschilt het communautaire begrip 'geldboete' van het nationaalrechtelijke begrip doordat de opgelegde boete van de Commissie in verband met een overtreding van art. 81 EG anders dan de naar nationaal recht opgelegde geldboeten, zowel bestraffende als voordeelontnemende elementen bevat. De Commissie heeft verklaard dat de wens tot het maken van opmerkingen in deze zaak verband houdt met de toepassing van art. 81 en 82 EG, omdat het karakter van de Europeesrechtelijke boete een rol speelt bij de centrale vraag in dit proces. Bij de beoordeling van het verzoek stelt het Hof eerst vast dat enerzijds de formulering in randnummer 21 van de considerans van Verordening 1/2003, alsmede de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de art. 81 en 82 EG ('Mededeling')[46], en anderzijds de tekst van art. 15 lid 3 Verordening 1/2003 niet naadloos op elkaar aansluiten. De genoemde considerans en de Mededeling wekken de indruk dat de Raad voor toepassing van het Amicus Curiae-instrument zaken voor ogen heeft gehad waarin de art. 81 en 82 EG direct worden toegepast; echte mededingingsrechtzaken dus. In de onderhavige zaak gaat het evenwel primair om de toepassing van Nederlands belastingrecht en komt in dat kader indirect de aard van de Europeesrechtelijke boete aan de orde. Volgens het gerechtshof Amsterdam zouden de bewoordingen van art. 15 lid 3 Verordening 1/2003 er echter op kunnen duiden dat de bevoegdheid van de Commissie een ruimere reikwijdte heeft dan 'echte mededingingszaken'. Om alle twijfel hierover weg te nemen wordt het Hof gevraagd zich uit te laten of de Amicus Curiae-bevoegdheid voor de Commissie mede omvat het uit eigener beweging maken van schriftelijke opmerkingen ten aanzien van de aftrekbaarheid van een kartelboete die de Commissie wegens overtreding van de communautaire mededingingsregels heeft opgelegd. Opmerkelijk is dat het hof er alvast van uit gaat (zonder diepgaande juridische analyse!) dat de aftrekbaarheid van de fiscale winst van een boete die door instelling van de Europese Unie is opgelegd op zichzelf niet in strijd is met het Europees recht. Maar is dat ook zo? Het is namelijk niet ondenkbaar dat effectiviteit van de kartelboetes zou worden geschaad indien deze in mindering zouden mogen worden gebracht op de fiscale winst. Dit zou het nuttig effect van het Europese mededingingsrecht kunnen doorkruisen.[47]

Aansprakelijkheid van bestuurders

Een bestuurder van een rechtspersoon draagt verantwoordelijkheid voor zijn handelingen voor en namens de rechtspersoon. Hij kan derhalve aansprakelijk worden gesteld voor onrechtmatig handelen jegens de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is alsmede jegens derden. In het laatste geval moet worden aangetoond dat sprake is van voldoende ernstig aan een bestuurder persoonlijk te verwijten handelen.

Tegen deze achtergrond oordeelt de rechtbank Rotterdam in de zaak *CEF tegen de bestuurders*[48] dat de ex-bestuurders van de branchevereniging de Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch gebied ('FEG') hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade van CEF City Electrical Factors B.V. ('CEF') als gevolg van een overtreding van art. 81 EG door FEG. CEF heeft op 18 maart 1991 een klacht ingesteld bij de Commissie waarin CEF melding maakt van het bestaan van een exclusief-verkeersregeling tussen FEG-leden en leden van andere organisaties, waardoor groothandelaren-niet-FEG-leden zoals CEF ernstig gehinderd worden om tegen concurrerende voorwaarden aan elektrotechnisch materiaal te komen. Op 26 oktober 1999 heeft de Commissie een beschikking gegeven waarin aan FEG een boete wordt opgelegd van € 4,4 miljoen voor overtreding van het kartelverbod.[49] Bij brief van 19 mei 2000 heeft CEF de bestuurders, die in de periode 1989-2005 op enig moment bestuurder van FEG zijn geweest, aansprakelijk gesteld voor de schade van CEF. CEF verwijt de bestuurders dat zij FEG welbewust onrechtmatig heeft laten handelen jegens CEF, wetende dat FEG geen verhaal zou bieden voor de daardoor veroorzaakte schade. Tegen dit verwijt wordt door de bestuurders een verjaringsverweer ingesteld. Dit verweer slaagt. Verder verwijt CEF de bestuurders dat zij onvoldoende hebben gedaan om de schade van CEF te kunnen vergoeden onder meer door; het nalaten gebruik te maken van de mogelijkheid om financiële middelen te verkrijgen teneinde CEF (ten minste gedeeltelijk) te kunnen voldoen, het overhevelen van activa en activiteiten van FEG naar andere rechtsperso-

44 *LJN* BD1227.

45 Gerechtshof Amsterdam 12 september 2007, nr. 06/00252, *LJN* BB3356.

46 *PbEU* 2004, C 101/54.

47 Zie ook F.O.W. Vogelaar, "'Het Nuttig Effect': nog een lange weg te gaan!", *M&M 2006*, nr. 7, p. 201- 204.

48 Rb. Rotterdam 7 maart 2007, nr. 243212 / HA ZA 05-2163, *LJN* BA0926.

49 COMP/33.884 – FEG &TU, *OJ L 39, 14.02.2000*.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

nen; het verlagen van de contributie en het beëindigen van de operationele activiteiten van FEG, zonder een voorziening te vormen voor de vordering van CEF; en het bewerkstelligen althans toelaten van selectieve betaling door FEG. Ook deze verwijten houden geen stand. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders niet aansprakelijk gehouden kunnen worden voor de schade.

Voor zover ons bekend is dit de eerste kartelschadezaak in Nederland waarbij verhaal wordt gezocht bij de bestuurders van de onderneming die de kartelinbreuk heeft gepleegd. Dat gegeven maakt deze uitspraak interessant. De uitspraak past in de huidige trends van het zoeken naar privaatrechtelijke methoden om kartelschade te verhalen en het toerekenen van onrechtmatig handelen van een onderneming aan de feitelijk leidinggevenden of opdrachtgevers.[50] Sinds 1 oktober 2007 geeft de Mededingingswet de NMa de mogelijkheid om de overtreding mede toe te rekenen aan werknemers die binnen een onderneming opdracht tot, of feitelijk leiding hebben gegeven aan de overtreding.[51] Naar verwachting zal een wetsvoorstel betreffende strafrechtelijke sancties voor leidinggevenden in de eerste helft van 2009 worden gepresenteerd.[52] Voor wat betreft de externe privaatrechtelijke aansprakelijkheid, bevestigt de rechtbank in deze zaak dat het leerstuk van de oneigenlijke doorbraak van aansprakelijkheid van bestuurders ook van toepassing is bij onrechtmatig handelen jegens derden voortvloeiend uit een overtreding van het kartelverbod. Voor derden betekent dit dat zij in theorie een extra verhaalsmogelijkheid hebben. Deze uitspraak bevestigt ook dat aan persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders in de praktijk zware eisen worden gesteld. De feiten en omstandigheden van het geval zijn daarbij steeds doorslaggevend. In dat verband is relevant dat de bestuurders zich mochten verstoppen achter de (te verwachten) bereidheid van de leden van de FEG. CEF heeft hoger beroep ingesteld. Daarnaast loopt een procedure tegen een aantal leden van FEG.[53]

Schadevergoedingsacties en verjaring

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, met name in de vorm van schadevergoedingsacties, staat volop in de belangstelling. Van belang hierbij is dat de handhaving van het mededingingsrecht in 2004 gedecentraliseerd is met de invoering van Verordening 1/2003. Een van de grote veranderingen is dat thans de bevoegdheid om art. 81 lid 3 EG toe te passen aan nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechters toekomt. De Commissie zag met de invoering van Verordening 1/2003 meer ruimte voor handhaving op verschillende niveaus. In de visie van de Commissie vormt privaatrechtelijke handhaving een ideaal paar met publieke handhaving. Enerzijds zet de Commissie sterk in op schadevergoedingsacties van gedupeerde concurrenten en consumenten ter handhaving van met name het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie en anderzijds verlegt het de kosten van mededingingsrechtelijke inbreuken naar degene die inbreuk maken op het mededingingsrecht. Volgens de Commissie moet dit, in combinatie met hoge boetes, leiden tot verhoogde afschrikkende werking van het mededingingsrecht.

In theorie lijkt het model van de Commissie te werken, maar in de praktijk zijn er nog veel beren op de weg. Bitter weinig ervaring is er immers voor wat betreft het aantal schadevergoedingsacties.[54] Praktische, juridische en procedurele bezwaren zijn daaraan debet. Van Lierop en Pijnacker Hordijk nuanceren echter terecht dit beeld in hun preadvies over privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zij tellen per jaar tientallen civielrechtelijke uitspraken waarin het mededingingsrecht een min of meer belangrijke rol speelt, hoewel zij ook (moeten) vaststellen dat het aantal schadevergoedingszaken daarvan slechts een klein deel uitmaakt.[55] Ook wijzen zij erop dat in arbitrage en buitenrechtelijke geschillen het mededingingsrecht vaker wordt toegepast. Volgens de preadviseurs gaat dan ook om een bepaald levendige civiele mededingingspraktijk.

Het op 3 april 2008 verschenen consultatiedocument 'Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de Communautaire mededingingsregels' van de Commissie maakt duidelijk dat het realiseren van privaatrechtelijke handhaving in de praktijk nog steeds tot problemen leidt.[56] Met haar Witboek presenteert de Commissie voor het eerst concrete voorstellen voor maatregelen gericht op het oplossen van deze knelpunten zoals verjaring, schadeberekening en toegang tot bewijsmateriaal. Het Witboek is in die zin nuttig dat de Commissie daarin voor deze onderwerpen concrete voorstellen heeft geformuleerd. Echter, aan de mogelijkheden die het Nederlandse civiele procesrecht benadeelden nu reeds biedt, voegt het Witboek niet bijster veel toe, aldus Speyart e.a.[57]

Met de door de Commissie zo bejubelde schadevergoedingsacties wil het in de praktijk dan ook (nog) niet zo lukken. In dit verband verwijzen wij naar de uitspraak in

50 In het Verenigd Koninkrijk is het reeds mogelijk om gevangenisstraf te krijgen voor kartelinbreuken. Zo heeft de OFT op 7 augustus 2008 bijvoorbeeld bekend gemaakt dat vier (natuurlijke) personen worden vervolgd voor de kartelovertredingen die zij hebben gepleegd in hun hoedanigheid als manager van British Airways, zie http://www.oft.gov.uk/news/press/2008/93-08.

51 Zie in dat verband G.J.K. Elsen, 'Feitelijk leidinggeven en opdrachtgevers: in of uit het mededingingsrecht?', *M&M* 2007, nr. 8, p. 211-218.

52 Zie de brief van de Minister van Economische Zaken van 24 juli 2008, EP/EMC/8087832.

53 Rb. Rotterdam 12 december 2007, nr. 268481/HA ZA 06-2492, *LJN* BC 1218.

54 Zie ook P.V.F. Bos en E.H. Pijnarcker Hordijk, *M&M* 2006, nr. 1, p. 1-3.

55 *Preadvies 2007 Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht* (Kluwer 2007), p. 51-52.

56 COM (2008) 165 final.

57 Zie H. Speyart e.a., 'Het Witboek Schadevergoeding afgezet tegen de huidige situatie: verworvenheden en vernieuwingen', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, nr. 6, p. 148.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

de zaak *CEF tegen de bestuurders*.[58] De rechtbank Rotterdam oordeelde in deze zaak dat de vordering van CEF was verjaard, nu CEF haar vordering te laat had ingesteld. Voor civiele schadeclaims gebaseerd op schending van het mededingingsrecht bestaan geen bijzondere procesregels. Hiervoor gelden de gewone verjaringsbepalingen van het BW. Volgens art. 3:310 BW geldt een relatieve verjaringstermijn van vijf jaar en een absolute verjaringstermijn van twintig jaar.[59] Onder de relatieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding vijf jaar na aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Het uitgangspunt hierbij is de feitelijke bekendheid van een benadeelde met deze informatie.[60] Deze eis gaat echter niet zo ver dat de benadeelde bekend moet zijn met de exacte oorzaak of hoogte van de schade, of met de juridische beoordeling van de situatie.[61] Aangezien het ging om een voortdurende onrechtmatige daad, ontstond de verplichting tot vergoeden van de schade deel voor deel. In dat geval zal ook de verjaringstermijn in beginsel deel voor deel gaan lopen. De rechtbank stelt vast dat CEF de bestuurders van FEG bij brief van 19 mei 2000 voor het eerst aansprakelijk heeft gesteld. Aangezien CEF op 18 maart 1991 bij de Commissie een klacht had ingediend over FEG, was CEF vanaf die datum ook bekend met de schade. In dit verband is ook benadrukt dat CEF zich al in 1990 had voorzien van juridische bijstand ten aanzien van de vermeende kartelinbreuken. Daarmee was aan beide voorwaarden van art. 3:310 lid 1 BW voldaan, aldus de rechtbank. Hierbij was het feit dat de Commissie nog geen inbreuk had vastgesteld niet relevant. Ook het verweer van CEF dat zij vóór 19 mei 1995 niet bekend was met de identiteit van de bestuurders wordt verworpen. De rechtbank wijst erop dat de bestuurders van FEG in het handelsregister staan ingeschreven. Volgens de rechtbank was ook feit dat CEF niet bekend was met de exacte omvang van de schade irrelevant. Met andere woorden: de verjaringstermijn was met het indienen van haar eigen klacht in 1991 gaan lopen.

Het oordeel van de rechtbank is ons inziens te billijken. Uit de uitspraak en de beschikking van de Commissie kan afgeleid worden dat CEF een (zeer) concrete klacht bij de Commissie heeft ingediend. Deze klacht lijkt ook de directe aanleiding voor het onderzoek en de uiteindelijke beschikking van de Commissie. De rechtbank lijkt er vanuit te gaan dat CEF de mogelijkheid had zelfstandig een procedure tegen de bestuurders van FEG te starten, dan wel de verjaring te stuiten, nu zij beschikt over concrete aanwijzingen over een kartelinbreuk. Het gaat het ons te ver om uit deze zaak af te leiden dat onder alle omstandigheden het indienen van een klacht bij een mededingingsautoriteit tot gevolg heeft dat de verjaringstermijnen van het BW gaan lopen. De verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding begint pas te lopen vanaf het moment dat de benadeelde feitelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de mogelijke schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. De beoordeling daarvan is afhankelijk van het concrete geval. Als een onderneming de autoriteiten bijvoorbeeld informeert over haar vermoeden van een overtreding van de mededingingsregels, dan betekent dat nog niet dat deze feitelijk bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke personen. Net zomin zullen doorgaans persberichten over bedrijfsinvallen voldoende informatie bevatten om te kunnen stellen dat de verjaringstermijn vanaf publicatie van deze berichten begint te lopen.

Mededingingsverboden en het kort geding

Het kroniekjaar laat wederom zien dat het afdwingen van mededingingsrechtelijke normen in kort geding geen sinecure is.

Zo maakt de uitspraak van 28 december 2007 van de Rotterdamse voorzieningenrechter in de zaak *Rotterdamse T.V. Producties*[62] duidelijk dat een beroep op misbruik van machtspositie in de zin van art. 24 Mw niet snel zal worden toegewezen. In kort geding vordert de commerciële televisiezender RNN7 analoge en digitale doorgifte op de kabelnetten van @Home en Multikabel. RNN7 is met name actief in grote delen van Zuid-Holland, Noord-Holland en Zeeland. Verschillende provinciale programmaraden buiten het verspreidingsgebied van RNN7 hadden kabelbedrijven geadviseerd de televisiezender in hun standaardkabelpakket op te nemen. Desondanks weigerden @Home en Multikabel RNN7 op te nemen in hun standaardpakket omdat zij vraagtekens stelden bij de financiële stabiliteit van de televisiezender, hoewel Multikabel en RNN7 een overstemming bereikten over doorgifte voor een periode van 6 maanden. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de kabelbedrijven in beginsel vrij zijn te contracteren met wie zij willen. Hoewel gecorrespondeerd is over doorgifte, blijkt uit de stukken niet dat @Home enige toezegging hieromtrent heeft gedaan. Evenmin is gebleken dat Multikabel toezeggingen heeft gedaan over doorgifte na afloop van de tussen partijen overeengekomen afspraken over doorgifte voor een periode van 6 maanden. Volgens de Rotterdamse voorzieningenrechter gaat art. 24 Mw het toetsingskader van het kort geding "(verre) te buiten". Daarbij sluit de voorzieningenrechter bovendien niet uit dat sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering van doorgifte, nu uit de stukken blijkt dat het betalingsbedrag van RNN7 te wensen overlaat. Ook al kan uit de uitspraak afgeleid worden dat RNN7 haar beroep op art. 24 Mw wellicht summier heeft onderbouwd, de uiterst stellige afwijzing van het beroep van RNN7 op deze wetsbepaling suggereert

58 Rb. Rotterdam 7 maart 2007, nr. 243212 / HA ZA 05-2163, *LJN* BA0926. Vgl. Rb. Utrecht 10 september 2008, nr. 207371/ HA 06-215, *LJN* BF0377.

59 Zie in dat verband ook K.J. Defares en S.M. Goossens, 'Het arrest Sumitomo: verjaring is verjaring?', *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2006, nr. 1, p. 10-14.

60 Zie ook HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383.

61 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112; HR 20 februari 2004, *RvdW* 2004, 37.

62 Rb. Rotterdam 28 december 2007, *Stichting Rotterdamse TV Producties c.s. tegen Casema c.s.*, *LJN* BC0948.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

dat een beroep op misbruik van machtspositie niet snel geaccepteerd zal worden in kort geding.

Opvallend is verder de uitspraak van 7 augustus 2007 van de rechtbank Alkmaar in het door Jaap.nl aangespannen kort geding tegen Funda, Nederlandse Vereniging van Makelaars ('NVM') en Stichting Baas in Eigen Huis.[63] Op website van Jaap is een overzicht van woningaanbod van alle NVM-makelaars te vinden. Jaap verzamelt die informatie met een automatische zoekmachine op het internet en stelt die informatie beschikbaar aan bezoekers van de website Jaap.nl. Funda exploiteert de website funda.nl waarop NVM-makelaars hun woningaanbod plaatsen. Jaap stuurt aan opdrachtgevers van de op haar website geplaatste woningen een brief indien de desbetreffende makelaar bezwaar maakt tegen plaatsing van zijn woningaanbod op Jaap.nl. In deze brief roept zij de huiseigenaren op zich nog eens te bezinnen over het medium waarop hun makelaar hun woning presenteren. In reactie daarop heeft Funda alle NVM-makelaars een brief gestuurd waarin zij deze attent maakt op schending van hun auteursrecht door Jaap. Daarnaast worden makelaars in de brief verzocht per fax aan Funda aan te geven of zij bezwaar maken tegen de handelwijze van Jaap. Ondertussen is de aan de NVM gelieerde Stichting Baas in Eigen Huis een kort geding begonnen over de vermeende auteursrechtelijke inbreuken. Volgens Jaap roept de brief van Funda de NVM-makelaars op, al dan niet gezamenlijk, op te treden tegen Jaap en een dergelijke oproep is in strijd met het mededingingsrecht. Het oordeel van de voorzieningenrechter is kort en krachtig. De brief van Funda is een begrijpelijke en, gelet op de omstandigheden, gepaste en neutrale reactie op het optreden van Jaap. Van een oproep aan NVM-makelaars om gezamenlijk of individueel op te treden tegen Jaap is niets gebleken. De vordering wordt dan ook afgewezen.

Stel- en bewijsplicht

Uit de rechtspraak blijkt dat de stel- en bewijsplicht in mededingingszaken een harde kluif is. In een concreet civielrechtelijk geschil moeten *alle* elementen van de mededingingsrechtelijke bepalingen gesteld, en bij betwisting, bewezen worden. In de praktijk is dit voor partijen en voor de civiele rechter een weerbarstige materie. Partijen slaan niet zelden onvoldoende acht op hun stelplicht en ook de rechter besteedt hier vaak onvoldoende aandacht aan.

Een goed voorbeeld in dit verband is de reeds hiervoor besproken uitspraak van de Bossche rechtbank in de zaak *Heijmans*.[64] Om te bepalen of het tussen partijen gesloten non-concurrentiebeding merkbaar is op de relevante markt, verzoekt de rechtbank partijen bij akte zich uit te laten wat zij precies aanmerken als de relevante markt, wat de structuur van die markt is en welke positie zij daarin innemen. De Bossche rechtbank gaf ook aan dat partijen bij comparitie hun standpunt moeten geven op de vraag op welke partij de bewijslast rust ter zake van de merkbaarheid van het beding. Dit is ietwat curieus. Volgens zowel art. 2 van Verordening 1/2003 alsook art. 150 Rv. geldt de hoofdregel dat de partij die beweert dat sprake is van een inbreuk op de mededingingsbepalingen, de bewijslast van die inbreuk draagt. Aangezien de heer Krugers in deze zaak zich in reconventie verweert met het argument dat het overeengekomen beding in strijd is met art. 6 Mw, ligt het voor de hand dat op hem de bewijslast van de schending rust. Opmerkelijk is het dat beide partijen zich moeten uitlaten over de relevante markt, en vervolgens pas gesproken wordt over de bewijslastverdeling. Ter onderbouwing van de stelling dat sprake is van een schending van de mededingingsregels, zal de heer Krugers ons inziens moeten bewijzen dat aan alle elementen van art. 6 Mw is voldaan, dat wil zeggen dat sprake is van een merkbare beperking van de mededinging op de relevante markt. Het is dan aan Heijmans om de marktafbakening en/of de merkbaarheid van de vermeende beperking te betwisten dan wel aan te tonen dat sprake is van uitzondering in de zin van art. 6 lid 3 Mw.

In de zaak *Keytech*[65] van 16 januari 2007 daarentegen ligt de bewijslast op degene die zich beroept op art. 6 Mw. In deze zaak gaat het wederom om een non-concurrentiebeding waarbij gedaagde zich verweert met de stelling dat het tussen partijen overeengekomen beding nietig is. Aangezien de bagatelbepaling van art. 7 Mw, volgens partijen, niet van toepassing is, valt het beding onder het verbod van art. 6 Mw. Volgens het gerechtshof heeft het beding onmiskenbaar de strekking de mededinging te verstoren, maar staat niet vast dat het ook gaat om een merkbare mededingingsbeperking. Het gerechtshof verzoekt daarom partijen zich bij akte nader uit laten over de merkbaarheid. Dat zal eerst gedaagde mogen doen en dan eiseres.

Tot slot het tussenvonnis van de rechtbank Middelburg[66] van 11 november 2007 betreffende een exclusieve afnameovereenkomst tussen Total en de exploitant van een tankstation in Kapelleburg. In deze zaak staat centraal de vraag of het tussen partijen overeengekomen afnamebeding in strijd is met art. 6 Mw. Hierbij gaat het volgens de rechtbank om de gevolgen van het beding op de Nederlandse markt van de bevoorrading van tankstations. Volgens de exploitant is de afnameovereenkomst in strijd met art. 6 Mw. Hij stelt dat de overeenkomst niet profiteert van de vrijstelling voor verticale overeenkomsten van Verordening 2790/1999 omdat het marktaandeel van Total op de relevante markt aanzienlijk hoger ligt dan 30%. De rechtbank wijst de bewijslast van deze stelling toe aan de exploitant.

63 Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, *Plazacase B.V. tegen Funda Real State B.V.*, *LJN* BB1209.

64 Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2007, *Heijmans c.s. tegen Nederveen c.s.*, nr. 133181 HA ZA 05-2282, *LJN* BA2126.

65 Rb. Middelburg 11 juli 2007, *Total Nederland B.V. tegen E.C.H. Exploitaties B.V. c.s.*, *LJN* BB3267.

66 Gerechtshof Arnhem 16 januari 2007, *Keytech Personeelsdiensten B.V. tegen X*, *LJN* AZ7020.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Concentraties

In 2007 werd de NMa twee keer geconfronteerd met klagers die beroep hadden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam tegen eerste fase besluiten waarbij de NMa geen vergunning vereiste.

In de zaak *NVV en NBHV tegen RvB NMa*[67] hebben de grieven van eiseressen, twee verenigingen van varkenshouders, betrekking op de vaststelling van de geografische dimensie van de markten voor inkoop van slachtvarkens respectievelijk inkoop van slachtzeugen. Bij de vaststelling van de geografische markt heeft de NMa zich ten onrechte gebaseerd op een beschikking van de Commissie in de zaak *Sovion/HMG*[68], en onvoldoende eigen onderzoek verricht naar de geografische dimensie van de markt, aldus eiseressen. De rechtbank toetst langs de lijnen die in de uitspraak in de zaak *Essent en Edon / NMa*[69] zijn geformuleerd. Hoewel het door het CBb in die zaak geformuleerde toetsingskader op de vervolgfase van vergunningverlening zelf ziet, is dit kader naar het oordeel van de rechtbank evenzeer relevant voor het geval waarin het gaat om de vraag of voor een concentratie een vergunning is vereist. De rechtbank gaat vervolgens na of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of deugdelijk gemotiveerd is, en of de NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. In dit verband onderzoekt de rechtbank zowel de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang, alsook toetst zij of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. De NMa mag in beginsel uitgaan van de geografische markt zoals door de Commissie in eerdere zaak is vastgesteld, tenzij uit het onderzoek van de NMa dan wel uit de aangevoerde argumenten van eiseressen zou blijken dat er redenen zijn om daarvan af te wijken. Het feit dat eiseressen een procedure aanhangig hebben gemaakt tegen de beschikking van de Commissie maakt dit niet anders. Na uitvoerige behandeling van alle door de eiseressen aangevoerde argumenten concludeert de rechtbank dat het besluit van de NMa de toets der kritiek kan doorstaan en verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is duidelijk en overtuigend. De rechtbank laat er geen twijfel over bestaan dat de 'indringende toets' zoals geformuleerd door het CBb ook geldt bij de toetsing van eerste fase concentratiebesluiten. Bijgevolg wijkt de rechtbank af van de eerder gevolgde lijn in de zaak *Nuon / Essent*[70] dat de NMa bij de toetsing van een concentratie in de eerste fase over ruime beleidsvrijheid beschikt, waaruit volgt dat de rechtbank het eerste fase besluit terughoudend moet toetsen. De rechtbank legt de lat hoger. De NMa moet immers niet alleen deugdelijk motiveren, maar ook aannemelijk maken dat geen vergunning is vereist. Daarbij stelt de rechtbank hoge eisen aan de bewijsvoering en de argumentatie van de NMa. Dit is een frisse wind die vanuit de Luxemburgse gerechten is komen overwaaien. Dat neemt overigens niet weg dat de NMa een zekere beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van de waardering van economische feiten en omstandigheden. In een commentaar op deze uitspraak wijst Knibbeler erop dat de Mededingingswet niet voorziet in een verplichting op basis waarvan een tot stand gebrachte concentratie ongedaan gemaakt moet worden of opnieuw moet worden aangemeld in de situatie dat de rechter het goedkeuringsbesluit van de NMa vernietigt. Onder die omstandigheid acht Knibbeler het verdedigbaar dat vernietiging van het eerste fase besluit geen gevolgen heeft omdat inmiddels de termijn in art. 37 lid 5 Mw is verstreken. Dit is een interessant standpunt ten aanzien waarvan wij evenwel de volgende kanttekening plaatsen. Op de voet van art. 8:72 lid 2 Awb brengt de vernietiging van een besluit vernietiging van de rechtsgevolgen van dat besluit met zich mee. De rechtsgevolgen worden er dientengevolge met terugwerkende kracht aan ontnomen. Vernietiging werkt dus in beginsel *ex tunc*. De feitelijke gevolgen echter worden niet geraakt door de vernietiging. Wel kunnen de feiten in een ander juridisch daglicht komen te staan en kan vernietiging tot gevolg hebben dat de feitelijke gevolgen ongedaan moeten worden gemaakt indien bijvoorbeeld compensatie via schadevergoeding in geld of natura niet mogelijk is.[71] Tegen deze achtergrond heeft de vernietiging van een eerste fase besluit tot gevolg dat de hoogst waarschijnlijk inmiddels tot stand gebrachte concentratie, tot stand is gekomen zonder een (rechtmatig) goedkeuringsbesluit van de NMa. Dit is niet wenselijk en in strijd met de doelstellingen van de wetgever. Ons inziens zal de NMa opnieuw een besluit moeten nemen, uiteraard met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank, zoals dat ook het geval zou zijn indien de rechtbank oordeelt dat de NMa ten onrechte een vergunning vereist. Het is de vraag of de betrokken ondernemingen zich dan inderdaad succesvol kunnen beroepen op de omstandigheid dat de termijn in art. 37 lid 5 Mw is verstreken.[72] Indien dat wel het geval is, zou er voor belanghebbenden *de facto* geen reële rechtsmiddelen tegen een goedkeuring open staan. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest.

67 Rb. Rotterdam 19 april 2007, nr. MEDED 06/1220 VRL, *LJN* BA3538. Zie ook *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2008, nr. 1, p. 22 – 32, met noot W. Knibbeler.

68 Beschikking van 21 december 2004 COMP/M.3605.

69 CBb 27 september 2002, *LJN* AE8688.

70 Rb. Rotterdam 1 juni 2005, nr. 03/3131 MEDED-WILD, 04/134 MEDED-WILD, 04/137 MEDED-WILD, 04/1571 MEDED-BRO1, 04/2061 MEDED-VERW, *LJN* AT8794.

71 Zie de Memorie van toelichting, Awb II, p. 470. Tak merkt dienaangaande op dat het een zaak is van belangenafweging of de feitelijke gevolgen ongedaan moeten worden gemaakt of dat daarin moet worden berust, die het bestuur normaliter na de uitspraak moet verrichten, zie Tak, *Het Nederlandse bestuursprocesrecht deel II*, p. 253.

72 De vraag is overigens of de termijn dan inderdaad verstreken is. De NMa heeft immers binnen de termijn van vier weken een besluit genomen. Strikt genomen is dan toepassing gegeven aan het artikel 37, eerste lid, Mw.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

In de zaak *Broadcast c.s. tegen RvB NMa*[73], die betrekking heeft op de overname van de aandelen in Nozema door KPN, volgt de rechtbank de eerder door haar gevolgde benadering van indringende en volle toetsing. Zo beoordeelt de rechtbank bijvoorbeeld of de door KPN aangeboden verbintenissen, te weten het onherroepelijk afstand doen van een aantal zendmasten, adequaat zijn, dat wil zeggen de door de NMa geconstateerde mededingingsproblemen wegnemen. De rechtbank concludeert dat met die verbintenissen de verticale integratie van de infrastructuur- en zendernetwerkdiensten van partijen op het gebied van analoge FM-radio wordt voorkomen, en daarmee de mogelijkheid andere aanbieders van zendernetwerkdiensten dan Nozema uit te sluiten. Verder beoordeelt de rechtbank of de samenvoeging van de aandelen van KPN en Nozema in Digitenne (beide 40%) mogelijk kan leiden tot uitsluitingsgedrag van KPN op de retailmarkt voor mobiele telecommunicatie ten nadele van concurrerende mobiele telecommunicatieoperators. In dat verband is van belang dat KPN door de overname de exclusieve beschikking krijgt over de DVB-T vergunning van Digitenne. Deze vergunning maakt het mogelijk door middel van de DVB-H techniek mobiel breedband en diensten op gebied van digitale televisie voor mobiele telefoons aan te bieden. De rechtbank komt tot de conclusie dat voor wat betreft het slagen van Digitenne Nozema reeds duurzaam afhankelijk was van KPN als geldgever en distributeur. De concentratie zou daar geen verandering in brengen.

Overige procedures

Zo is interessant het hoger beroep van de NMa bij het CBb in de zaak *VVV / NMa*.[74] De Vereniging Vrije Vogel ('VVV') had zich in 1998 bij de NMa beklaagd over KLM. KLM zou ten aanzien van de route Amsterdam-Curaçao misbruik van een machtspositie maken door excessieve tarieven en onredelijke voorwaarden te hanteren. De onredelijke voorwaarden betroffen overboekingen en wachtlijsten. Verder maakte de VVV bezwaar tegen het uitgeven van tickets voor verschillende prijzen, gerelateerd aan het tijdsverloop tussen de aankoop van het ticket en de uiteindelijke vertrekdatum. De NMa wees de klacht op 8 november 2000 af. Het bezwaar van de VVV hiertegen verklaarde de NMa op 30 oktober 2001 ongegrond. Tegen dat besluit stelde de VVV beroep in. De kwestie van excessieve tarieven speelde toen geen rol meer omdat KLM per 1 april 2001 de tarieven op de betrokken route verlaagd had. Wat betreft de onbillijke voorwaarden viel de rechtbank over het feit dat de NMa niet voldoende had onderzocht of de door KLM gehanteerde voorwaarden misbruikelijk waren.[75] In de daaropvolgende beslissing op bezwaar overwoog de NMa op 18 maart 2004 dat de voorwaarden van KLM gerechtvaardigd zijn ter verdediging van de commerciële belangen van KLM. Hierbij was volgens de NMa van belang dat deze voorwaarden rechtstreeks in verband stonden met de gerealiseerde opbrengsten op de route Curaçao en het daarmee verbandhoudende rendement. Ook tegen dit besluit ging de VVV in beroep. Wederom vond de VVV gehoor bij de rechtbank.[76] De rechtbank overwoog onder meer dat de NMa de eerdere uitspraak van de rechtbank onjuist had begrepen. Verder was de rechtbank van oordeel dat de NMa met de koppeling tussen het hanteren van de voorwaarden en het niet onbillijk hoog zijn van tarieven heeft miskend dat ook sprake kan zijn van een misbruik in de zin van art. 24 Mw wanneer de gehanteerde tarieven niet onbillijk hoog zijn. Tegen deze uitspraak stelde NMa hoger beroep in. In de visie van de NMa is het hanteren van onredelijke voorwaarden en onbillijke tarieven in casu zodanig met elkaar verbonden dat ze niet los van elkaar kunnen worden beoordeeld.

In hoger beroep maakt het CBb allereerst helder onderscheid tussen misbruik door uitsluiting van concurrenten en misbruik door uitbuiting van afnemers. Bij uitsluiting van concurrenten is bepalend of de concurrentie wordt geschaad, terwijl bij uitsluiting afnemers worden geschaad. Volgens het CBb gaat het in casu om een misbruik door uitbuiting van afnemers. Hierbij neemt het CBb de klassieker *United Brands* als uitgangspunt.[77] In die zaak oordeelde het Hof dat het toepassen van een te hoge prijs, die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde presentatie, misbruik van machtspositie oplevert. Tegen deze achtergrond oordeelt het CBb vervolgens dat de voorwaarden van KLM in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde presentatie van KLM. Opvallend is dat de beslissing op bezwaar van de NMa daarover zwijgt. Het CBb is evenwel van oordeel dat op dat punt in de procedure relevante argumenten naar voren zijn gebracht. Anders dan de rechtbank is het CBb aldus van oordeel dat de NMa de beslissing op bezwaar, hoewel summier, deugdelijk heeft gemotiveerd. Het CBb vernietigt de uitspraak van de rechtbank en doet de zaak op de voet van art. 8:75 Awb zelf af. Dat is een goede zaak en verdient navolging. In het bijzonder om aan langlopende mededingingszaken een einde te maken. Het belang voor de rechtspraktijk lijkt met name te liggen in het oordeel van het CBb dat de in het arrest *United Brands* geformuleerde toets voor het vaststellen van onbillijke tarieven ook toegepast moet worden voor het vaststellen van onbillijke handelsvoorwaarden.

Minstens zo lang sleept zich voort de zaak *Alarm Centrale Nederland / NMa*.[78] Alarm Centrale Nederland ('ACN') heeft zich in 2002 beklaagd bij de NMa over de Stichting Incident Management Nederland ('SIMN'). ACN is een nieuwkomer op de markt voor de afhandeling van alarmincidenten op het hoofd- en secundaire wegennet in Nederland. Volgens ACN maakt de SIMN misbruik van een machtspositie door te verhinderen dat bergingsbedrijven in zee zouden gaan met ACN. De NMa verwerpt de klacht omdat uit onderzoek niet

73 Rb. Rotterdam 11 juni 2007, nr. MEDED 06/1611-WLD, MEDED 06/1617-WILD, MEDED 06/1618-WILD en MEDED 06/1619-WILD.

74 CBb 22 maart 2007, VVV / NMa, *LJN* BA2598.

75 Rb. Rotterdam 18 juni 2003, *LJN* AI0095.

76 Rb. Rotterdam 2 september 2005, *LJN* AU9056.

77 HvJ EG 14 februari 1978, *United Brands*, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207.

78 Rb. 27 november 2007, nr. MEDED 06/360-WILD, *LJN* BC0718.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

gebleken was dat de SIMN bergingsbedrijven onder druk had gezet. In beroep oordeelt de rechtbank Rotterdam echter dat de NMa geen gedegen onderzoek had verricht. Na een nieuw onderzoek heeft de NMa op 4 augustus 2006 wederom de klacht van ACN ongegrond verklaard. ACN is het daarmee niet eens en tekent bezwaar aan met het argument dat het optreden van SIMN in strijd is met art. 6 en art. 24 Mw. De NMa verwierp ook dit bezwaar. Tegen dat besluit heeft ACN beroep aangetekend bij de rechtbank Rotterdam.

Volgens ACN maakt de SIMN misbruik van een machtspositie omdat zij ACN weigert als lid toe te laten tot de stichting. De rechtbank stelt voorop dat marktpartijen in het algemeen vrij zijn met wie zij een contract aangaan, ook wanneer sprake is van een economische machtspositie. De rechtbank vervolgt dat slechts in bijzondere omstandigheden op deze contractsvrijheid een uitzondering wordt gemaakt. Daarvan is in casu geen sprake. Volgens de rechtbank heeft de SIMN op grond van objectief gerechtvaardigde criteria geoordeeld of ACN kon toetreden tot de SIMN. Zo laat de SIMN geen bedrijven toe die in hoofdzaak het bergingsbedrijf uitoefenen. Dat doet ACN echter wel. Daarnaast kon terecht betwijfeld worden of ACN de statutaire doelstellingen van SIMN onderschreef, aangezien ACN steeds tegen de stichting stelling heeft genomen. Bovendien was volgens de rechtbank een lidmaatschap niet noodzakelijk voor de werkzaamheden van ACN. Aangezien SIMN 20% van de toe te wijzen incidenten voor haar rekening neemt, blijft er voldoende speel- en concurrentieruimte over voor ACN om een commercieel verantwoorde alarmcentrale te exploiteren in Nederland. Wat betreft de door ACN naar voren gebrachte stelling dat SIMN met art. 24 Mw onverenigbaar druk uitoefent op bergingsbedrijven, oordeelt de rechtbank dat niet gebleken is dat het NMa-onderzoek op dat punt onvoldoende is geweest. De rechtbank vernietigt echter het besluit omdat de NMa niet was ingegaan op het argument dat in strijd met art. 6 Mw was gehandeld. Voor wat betreft dat deel van het NMa-besluit vernietigt de rechtbank het besluit, maar houdt de rechtsgevolgen van het vernietigde deel van het bestreden besluit wel in stand. Hoewel dit voor de materiële uitkomst geen verschil uitmaakt, gaat de rechtbank eraan voorbij dat in de zaak *Carglass* het CBb heeft uitgemaakt dat de NMa een ruime beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van de reikwijdte en omvang van het door haar uit te voeren onderzoek naar aanleiding van een klacht.[79]

Tot slot maakt de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak *NMa / Koninklijke Gazelle* korte metten met het door de NMa geclaimde primaat van de in art. 90 Mw neergelegde openbaarmakingsregime boven de Wob.[80] In een kort en krachtig vonnis bevestigt de Afdeling de eerdere beslissing van de rechtbank Arnhem[81] dat via een beroep op de Wob om toegang tot documenten uit mededingingsdossiers van de NMa kan worden verzocht. Volgens de Afdeling wijkt de Wob, als algemene openbaarmakingsregeling, voor bijzondere regelingen met een uitputtend karakter, neergelegd in wetten in formele zin. Art. 90 Mw voldoet hier echter niet aan, aldus de Afdeling. Uit de Memorie van Toelichting kan worden afgeleid worden dat dit artikel is bedoeld om overleg op vertrouwelijke basis tussen de NMa en ander instanties zoals de Commissie mogelijk te maken. Van een regeling die ziet op informatieverstrekking aan derden is geen sprake. Bovendien blijkt uit de door de Afdeling aangehaalde wetsgeschiedenis dat op dit punt de Wob juist toepasselijk is.

Tot slot

Met de mededingingsrechtspraak gaat het de goede kant op. Het CBB speelt in die ontwikkeling een centrale rol en eist die positie in het mededingingsdebat ook nadrukkelijk op. Vanuit feitelijk, economisch en juridisch oogpunt complexe zaken weet onze hoogste economische bestuursrechter het over het algemeen tot een goed einde te brengen, in voorkomend geval wordt goed gebruik gemaakt van de in de Awb geopende mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien. Bij twijfel aarzelt het CBB niet mededingingsrechtelijke vraagstukken aan het Hof voor te leggen. Deze actieve opstelling en voortvarende aanpak is van harte toe te juichen. Ook al was de verwijzing in mobiele operators wellicht wat ongelukkig en minder nodig.

Met schadevordering wegens schending van de mededingingsregels wil het in Nederland niet echt lukken. Het met betrekkelijk veel klaroengeschal door de Commissie bepleite systeem van private handhaving, in aanvulling op de toepassing van de mededingingsregels door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, heeft benadeelde marktpartijen tot dusverre nauwelijks in beweging gezet, althans nauwelijks zichtbaar. Hetzelfde geldt voor het Amicus Curiae-instrument. Dat is jammer. Wellicht laat de toekomst een ander beeld zien.

Bijlage

1. Rechtbank Rotterdam 3 januari 2007, *Eneco Netbeheer B.V. tegen gedaagde*, nr. 230509/ HA ZA 05-20 en 230514/ HA ZA 05-23, *LJN* AZ9191
2. Gerechtshof Arnhem 9 januari 2007, *Eisers tegen Royal Friesland Foods U.A.*, nr. 2006/584, *LJN* AZ7065
3. Gerechtshof Arnhem 16 januari 2007, *Keytech Personeelsdiensten B.V. tegen X,* nr. 2006/031, *LJN* AZ7020
4. CBb 16 januari 2007, *A. tegen uitspraak rechtbank Rotterdam van 26 augustus 2005 in het geding tussen A. en RvB NMa*, nr. AWB 05/750, *LJN* AZ7155
5. Rechtbank Arnhem 17 januari 2007, *Drespa c.s. tegen Actuant Corporation c.s.*, nr. 149693/KG ZA 06-826, *LJN* AZ9271
6. Rechtbank Zwolle 17 januari 2007, *Giesbers Groep B.V. tegen Eurocommerce Robex Groep B.V.*, nr. 109313 / HA ZA 05-684, *LJN* BA9016

79 CBb 17 november 2004, nr. AWB 03/614, 03/621, 03/659, *LJN* AR6034.

80 RvS 7 februari 2007, nr. 200605788/1, *LJN* AZ7951.

81 Rb. Arnhem 3 juli 2006, nr. AWB 05/931, *LJN* AY3536.

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

7. Rechtbank Rotterdam 5 februari 2007, *Eisers tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/1150-WILD en MEDED 06/1151-WILD, *LJN* AZ9419 / AZ9430
8. Afd. Best. RvS 7 februari 2007, *RvB NMa tegen de uitspraak van rechtbank Arnhem van 3 juli 2006 in het geding tussen Koninklijke Gazelle B.V. en RvB NMa*, nr. 200605788/1, *LJN* AZ7951
9. CBB 9 februari 2007, *T-Mobile Netherlands B.V. tegen de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 13 juli 2006 in het geding tussen T-Mobile Netherlands B.V. en RvB NMa*, nr. AWB 06/897, *LJN* AZ9450
10. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 februari 2007, *Gemeente Heerlen tegen V.O.F. Whizz Croissanterie*, nr. C04/01266 en C05/00365, *LJN* AZ9777
11. Rechtbank 's-Gravenhage 19 februari 2007, *Make it Easy Gelderland V.O.F. tegen Make it Easy B.V.*, nr. KG 06/1549, *LJN* BA0407
12. Rechtbank 's-Gravenhage 20 februari 2007, *Zonnehoeve Beheer B.V. c.s. tegen Savarko B.V.,* nr. KG 06/1569, *niet gepubliceerd*
13. Rechtbank Rotterdam 7 maart 2007, *City Electronical Factors B.V. (CEF). tegen gedaagden*, nr. 243212 / HA ZA 05-2163, *LJN* BA0926
14. Gerechtshof Arnhem 13 maart 2007, *Eisers tegen Teleflex GFI Europe B.V.*, nr. 2006/1068, *LJN* BA1794
15. CBb 22 maart 2007, *RvB NMa tegen de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 2 september 2005 in het geding tussen Vereniging Vrije Vogel (VV) en NMa*, nr. AWB 05/766, *LJN* BA2598
16. Hoge Raad, 23 maart 2007, *Brocacef B.V. tegen FGC Farmaceutisch Gezondheidscentrum, FGC Maas Apotheek en Apotheek Schayk*, nr. C05/284HR, *LJN* AZ3531
17. Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 maart 2007, *Heijmans c.s. tegen Nederveen c.s.*, nr. 133181 HA ZA 05-2282, *LJN* BA2126
18. Rechtbank 's-Gravenhage 28 maart 2007, *Holland Bolroy Markt B.V. tegen Novacap Agricola B.V.*, nr. 252646 / HA ZA 05-3367, *LJN* BA1817
19. Rechtbank Rotterdam 19 april 2007, *Nederlandse Vakbond Varkenshouders (NVV) c.s. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/1220 VRL, *LJN* BA3538
20. CBb 20 april 2007, *A. tegen de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 28 augustus 2006 in het geding tussen A. en RvB NMa*, nr. AWB 06/751, *LJN* BA4925
21. Rechtbank 's-Gravenhage 27 april 2007, *ID/Farma B.V. tegen KNMP*, nr. 285150 – KG 07/382, *LJN* BA6353
22. Rechtbank Utrecht 9 mei 2007, *BP Nederland B.V. tegen gedaagden*, nr. 508927 AC EXPL 07-609, *LJN* BA5375
23. CBB 11 mei 2007, *Lijbrandt Telecom Nederland B.V. tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 21 april 2005 in het geding tussen Lijbrandt Telecom Nederland B.V. en College van B&W van Haarlem*, nr. AWB 05/356 *LJN* BA5388
24. Rechtbank Rotterdam 11 juni 2007, *Broadcast Newco Two B.V. c.s. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/1611-WLD, MEDED 06/1617-WILD, MEDED 06/1618-WILD en MEDED 06/1619-WILD, *LJN* BA7252
25. Rechtbank 's-Gravenhage 11 juni 2007, *Stichting Werkgroep Minnelijk Overleg (WMO) tegen Nederlandse Orde van Accountants Administratieconsulenten (NovAA)*, nr. KG 07/514, *LJN* BA6800
26. Sector Kanton Rechtbank Utrecht 27 juni 2007, *Benschop Woerden B.V. tegen BP Nederland B.V.*, nr. 494005 CS EXPL 06-4629, *LJN* BA9407
27. Rechtbank Rotterdam 4 juli 2007, *CRV Holding B.V. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 05/3911-STRN, *LJN* BA9164
28. Rechtbank Amsterdam 5 juli 2007, *Stichting Wakkere Accountant tegen Koninklijk Nederlands Instituut van Registeraccountants*, nr. 370688 / KG ZA 07-996 Pee/JR, *LJN* BA8908
29. Rechtbank Middelburg 11 juli 2007, *Total Nederland B.V. tegen E.C.H. Exploitaties B.V. c.s.*, nr. 50812 HA ZA 05-648, *LJN* BB3267
30. Rechtbank Rotterdam 18 juli 2007, *Giant Europe B.V., Accell Group N.V. en Koninklijke Gazelle B.V. tegen RvB NMa*, nrs. MEDED 06/12 WILD, MEDED 06/26 VRLK, MEDED 06/26 WILD, *LJN* BB0440
31. Rechtbank Zwolle 18 juli 2007, *Aannemingsmaatschappij A en B B.V. tegen Gemeente Kampen*, nr. 121673 / HA ZA 06-760, *LJN* BB5718
32. Rechtbank Rotterdam 24 juli 2007, *Erdo B.V. tegen RvB NMa*, nr. 06/411, *LJN* BB0750
33. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 juli 2007, *Eisers tegen Result Management B.V.* c.s., nr. C0700555, *LJN* BB2846
34. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, *Plazacase B.V. tegen Funda Real State B.V.*, nr. 96208 / KG ZA 07-204, *LJN* BB1209
35. Sector Kanton Rechtbank Arnhem 8 augustus 2007, *Eiser tegen Eiffel B.V.,* nr. 500206 VV Expl. 07-20074, *LJN* BB2022
36. Rechtbank Zutphen 8 augustus 2007, *Groen Trend B.V. c.s. tegen ATAG Etna Pelgrim Home Products B.V.*, nr. 79005 / HA ZA 06-716, *LJN* BB7225.
37. Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, *X. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 07/1808-STRN, *LJN* BB2627
38. Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007, *Nederlandse Vereniging van Mondhygiënisten tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/3486-VRLK, *LJN* BB2619
39. Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2007. *Koninklijk Genootschap voor Fysiotherapie c.s. tegen RvB NMa*, nrs. MEDED 06/2879-STRN, MEDED 07/1731-STRN, MEDED 07/1732-STRN, *LJN* BB2621
40. Gerechtshof Den Haag 23 augustus 2008, *Eisers tegen Voedingstuinbouw Nederland U.A. c.s.*, nr. 05/894, *LJN* BB3864
41. CBb 6 september 2007, *Elektrobureau A. B.V. tegen de uitspraak van de rechtbank van Rotterdam van 5 december 2006 in het geding tussen Elektrobureau A. B.V. en RvB NMa*, nr. AWB 07/24, *LJN* BB5596

Dit artikel uit Markt & Mededinging is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

42. Gerechtshof Amsterdam 12 september 2007, *Inspecteur van de Belastingsdienst tegen de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 22 mei 2006 in het geding tussen besloten vennootschap X B.V. en Inspecteur*, nr. 06/00252, *LJN* BB3356
43. Rechtbank Amsterdam 19 september 2007, *Autoline Recycling Equipment B.V. (ARE) tegen Autorecycling Nederland B.V.*, nr. 331059, *LJN* BB3936
44. Gerechtshof Arnhem 25 september 2007, *Gemeente Kampen tegen Oil B.V., Tankstations B.V.*, nrs. 2005/902 en 2006/959 en 2006/960, *LJN* BB8609
45. Rechtbank Rotterdam 17 oktober 2007, *CNV Dienstenbond tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/4638 STRN, *LJN* BB7105
46. Rechtbank Arnhem 24 oktober 2007, *Eisers tegen gedaagden*, nr. 125793, *LJN* BB6865
47. Rechtbank Groningen 26 oktober 2007, *Cordial Beheer en Registergoederen B.V. c.s. tegen EOC Management N.V. c.s.,* nr. 96811/KG ZA 07-306, *LJN* BB6882
48. Rechtbank 's-Gravenhage 31 oktober 2007, *Supercollect B.V. c.s. tegen Centraal Bureau voor de Statistiek*, nr. 255370 / HA ZA 05-3835, *LJN* BD1249
49. Gerechtshof Leeuwarden 7 november 2007, *Slager c.s. tegen Prisma c.s.*, nr. 600049, *LJN* BB8288
50. Rechtbank Rotterdam 27 november 2007, *Alarmcentrale Nederland B.V. tegen RvB NMa*, nr. MEDED 06/360-WILD, *LJN* BC0718
51. Rechtbank 's-Gravenhage 28 november 2007, *Koepon Genetics Europe B.V. c.s. tegen Productschap Vee en Vlees*, nr. 244480 / HA ZA 05-1869, *LJN* BD1587
52. Rechtbank Rotterdam 12 december 2007, *Cef City Electronical Factors B.V. tegen gedaagden*, nr. 268481/HA ZA 06-2492, *LJN* BC1218
53. Rechtbank Utrecht 12 december 2007, *Syntus B.V. tegen Prorail B.V.*, nr. 241136 / KG ZA 07-1212, *LJN* BC0283
54. Rechtbank Arnhem 12 december 2007, *Eiser tegen Huisartsencoöperatie*, nr.150970, *LJN* BC0636
55. Gerechtshof Arnhem 18 december 2007, *M.F. Design B.V. tegen Eastborn Slaapsystemen B.V.*, nr. 2006/685, *LJN* BC5311
56. Afd. Best. RvS 19 december 2007, *Minister voor Volkshuisvestiging, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer tegen de uitspraak van rechtbank van Maastricht van 19 mei 2006 in het geding tussen de Woningstichting Sint Servatius en de Minister*, nr. 200604981/1, *LJN* BC0537
57. Rechtbank Rotterdam 28 december 2007, *Stichting Rotterdamse TV Producties c.s. tegen Casema c.s.*, nr. 297738/KG ZA 07-1150, *LJN* BC0948
58. CBb 31 december 2007, *T-Mobile Netherlands B.V., KPN Mobile N.V., RvB NMa, en Orange Nederland N.V. tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 13 juli 2006*, nrs. AWB 06/657, 06/660, 06/66, 06/662, *LJN* BC1396