

Kroniek

Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2011

Mr. S. Tuinenga en prof. mr. J.S. Kortmann*

Inleiding

In deze kroniek worden door Nederlandse civiele rechters in 2011 gewezen uitspraken waarin het Nederlandse en/of Europese mededingingsrecht aan de orde kwam, besproken. Net als in de kronieken van vorige jaren wordt ook kort aandacht besteed aan fiscale aspecten.¹ Bovendien werd vorig jaar aandacht gevraagd voor enkele belangwekkende uitspraken met betrekking tot schadevergoedingsvorderingen op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen. Het betrof vooral buitenlandse uitspraken, die de auteurs niettemin relevant achten voor de Nederlandse rechtsontwikkeling. In 2011 zijn ook in Nederland een aantal (tussen)vonnissen in schadevergoedingszaken geweest, die in het laatste hoofdstuk van deze kroniek zullen worden besproken.

Preliminare vragen over ambtshalve toepassing artikel 101 VWEU

In 2009 oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Heerlen/Whizz Croissanterie* dat artikel 6 Mw geen recht van openbare orde bevat dat de rechter ambtshalve moet toepassen.² Ondertussen had het Hof van Justitie ten aanzien van artikel 101 VWEU al geoordeeld dat het Europese kartelverbod wél van openbare orde is en wél ambtshalve moet worden toegepast.³ In het *T-Mobile*-arrest overwoog het Hof van Justitie bijvoorbeeld dat artikel 101 VWEU (toen: art. 81 EG-Verdrag) een ‘onontbeerlijke bepaling van openbare orde [is], die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast.’⁴ Hoe deze verplichting tot ambtshalve toepassing in de praktijk uitwerkt, is echter niet onmiddellijk duidelijk. Moet de rechter bijvoorbeeld alleen artikel 101 VWEU ambtshalve toepassen als hem uit de door partijen aangedragen feiten blijkt dat van een inbreuk op dat artikel sprake is, of moet hij ook zelf nader feitenonderzoek doen – of partijen vragen de feiten nader toe te lichten – als hij de indruk heeft dat van een inbreuk sprake zou kunnen zijn? En hoe verhoudt de verplichting om artikel 101 VWEU ambtshalve toe te passen zich tot ons grievensstelsel?

In een tussenarrest van 4 oktober 2011 in een procedure tussen UPC en de gemeente Hilversum heeft het

55

* Mr. S. Tuinenga is als advocaat werkzaam bij Stibbe (Amsterdam). Prof. mr. J.S. Kortmann is als advocaat werkzaam bij Stibbe (Amsterdam) en is bovendien als hoogleraar European Tort Law verbonden aan de Universiteit van Amsterdam.

1. Voor zover de auteurs bekend is, werden er in 2011 in Nederland in totaal 33 civiele en/of fiscale uitspraken op het gebied van mededingingsrecht gepubliceerd (staatssteunzaken niet inbegrepen). In deze kroniek wordt een selectie van die uitspraken besproken. Het kantoor van de auteurs is (en de auteurs zelf zijn) betrokken bij een aantal van de zaken waarop de uitspraken in deze kroniek betrekking hebben.

2. HR 16 januari 2009, LJN BG3583 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*).

3. HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Eco-Swiss*, HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, *Manfredi* en HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*.

4. HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile*, r.o. 49.

Gerechtshof Amsterdam besloten om het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen te stellen over (onder meer) de ambtshalve toepassing van artikel 101 VWEU.⁵ In de procedure in kwestie had UPC weliswaar de nietigheid van een beding uit een overeenkomst ingeroepen, maar daarbij geen beroep gedaan op strijd met artikel 101 VWEU. UPC had ook niet de voor toepassing van artikel 101 VWEU benodigde feitelijke grondslagen als bedoeld in artikel 24 Rv aangevoerd, zoals mededingingsbeperkende strekking of gevolg, ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten en het merkbaarheidsvereiste. Het gerechtshof constateerde daarom dat het buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden indien het zou overgaan tot toepassing van artikel 101 VWEU. Teneinde vast te stellen of het daartoe toch verplicht is, besloot het gerechtshof zich tot het Hof van Justitie te richten.

Het Amsterdamse Gerechtshof vraagt in de eerste plaats of artikel 101 VWEU een bepaling is van openbare orde die meebrengt dat de rechter deze ambtshalve moet toepassen buiten de rechtsstrijd in de zin van de artikelen 24 en 25 Rv.⁶ Volgens het gerechtshof is niet duidelijk of de status van artikel 101 VWEU wordt bepaald door het Unierecht of, via het gelijkwaardigheidsbeginsel, door vergelijkbare bepalingen in de nationale rechtsorde. Luidt het antwoord op de vraag naar verplichte ambtshalve toepassing bevestigend, dan wenst het Gerechtshof Amsterdam vervolgens te vernemen bij welke ten processe gebleken feiten de rechter ambtshalve dient over te gaan tot onderzoek van de toepasselijkheid van artikel 101 VWEU. Meer concreet: 'Is de rechter hiertoe ook gehouden indien dit onderzoek (mogelijk) leidt tot aanvulling van feiten in de zin van artikel 149 Rv, nadat partijen de gelegenheid is gegeven zich daarover uit te laten?'

De beantwoording van deze (en de overige door het gerechtshof gestelde) vragen door het Hof van Justitie zal nog even op zich laten wachten. Wordt – ongetwijfeld – vervolgd in volgende kronieken.

Overeenkomsten in strijd met het kartelverbod

Ook in 2011 zijn er weer verscheidene civiele procedures geweest waarin door partijen werd aangevoerd dat overeenkomsten, of bepalingen hieruit, nietig waren vanwege strijd met artikel 6 Mw en/of 101 VWEU.⁷

5. Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2011, LJN BT6548, *Mediaforum* 2012/3 m.nt. Paul Kreijger (*UPC Nederland/Gemeente Hilversum*). Het gerechtshof stelde buiten het beschrevene in deze kroniek nog een aantal aanvullende vragen.
6. De beginselen van autonomie van partijen, lijdelijkheid van de burgerlijke rechter en het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden door de rechter.
7. Zie, naast de in het navolgende te bespreken uitspraken, ook Rb. Utrecht 25 mei 2011, LJNBQ7388 (*X c.s./Stichting Gezondheidscentrum c.s.*) en Gerechtshof Leeuwarden 13 december 2011 LJN BU8184 (*X/Friesland Campina*).

Geen nietigheid: One/KPN

In de kroniek van vorig jaar is al aandacht besteed aan de zaak *One/KPN* voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag.⁸ KPN had haar partnerovereenkomst met betrekking tot *postpaid*-abbonementen voor mobiele telefonie opgezegd met One, een bedrijf dat zich bezighoudt met de distributie en verkoop van elektronica en mobiele telefonie. One wilde vervolgens als subdistributeur optreden van KPN, maar slaagde er niet in een dergelijke positie te verwerven, omdat KPN daarin niet bewilligde. In de algemene voorwaarden die KPN hanteerde bij haar overeenkomsten met partners, stond onder meer dat het

'de partner niet is toegestaan de overeengekomen werkzaamheden en/of andere verplichtingen uit de overeenkomst door derden, niet zijnde een werknemer van de partner, te laten uitvoeren, behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van KPN (aan welke toestemming zij voorwaarden kan verbinden).'

Ten overstaan van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag betoogde One – onder meer – dat het door KPN bedongen recht van instemming ten aanzien van subdistributie in strijd is met het mededingingsrecht. Haar vorderingen strandden echter, omdat One volgens de voorzieningenrechter niet aan haar stelplicht had voldaan. In hoger beroep vorderde One vervolgens, kort gezegd, KPN te verbieden om haar partners te weerhouden van samenwerking met One en KPN te veroordelen om alle noodzakelijke medewerking te verlenen die One nodig had voor het functioneren van One en haar franchisenemers als subdistributeur.⁹ One stelde dat zij dreigde van de markt te worden gedrukt en dat zulks strijdig was met artikel 6 Mw en/of 101 VWEU.

Het Gerechtshof 's-Gravenhage stelde allereerst vast dat artikel 101 VWEU toepassing miste, omdat One niet had gesteld dat de handel tussen de lidstaten van de Europese Unie ongunstig beïnvloed kon worden. Vervolgens oordeelde het gerechtshof dat aannemelijk was dat de partners fungeerden als agent voor KPN voor de verkoop van *postpaid*-abbonementen. Immers, de via haar (sub)partners afgesloten abbonementen kwamen rechtstreeks tot stand tussen KPN en de klant. Op grond van het feit dat de (sub)partners agenten van KPN zouden zijn, kwam het gerechtshof tot het oordeel dat de partnerovereenkomst geen *hardcore*-beperking inhield. Auteurs moeten bekennen dat hun niet geheel duidelijk is hoe het gerechtshof tot dat oordeel heeft kunnen komen, terwijl het in het midden heeft gelaten of de relatie tussen KPN en haar partners mededin-

8. Rb. 's-Gravenhage 26 juli 2010, LJN BN2810 (*One/KPN*).

9. Gerechtshof 's-Gravenhage 12 april 2011, LJN BQ2091 (*One/KPN*).

gingsrechtelijk kon worden aangemerkt als een *zuivere* agentuurrelatie.¹⁰

Het gerechtshof oordeelde verder dat ook niet geconcludeerd kon worden dat het door KPN bedongen recht van instemming ten aanzien van subdistributie het gevolg heeft de mededinging te beperken, omdat One ook in hoger beroep onvoldoende had gesteld. Voor de vaststelling dat een overeenkomst mededingingsverstoringe gevolgen heeft, is een uitvoerig feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse nodig, waaraan hoge eisen worden gesteld.¹¹

Wel nietigheid: waarneemregeling huisartsen en The Greenery/teler

Een geschil waarin uitsluiting *mel* in strijd werd geacht met artikel 6 Mw, betrof een kwestie die resulteerde in een vonnis van de voorzieningenrechter Leeuwarden van 16 maart 2011, inzake de weigering van een groep huisartsen om een andere huisarts toe te laten tot een waarneemregeling.¹² X vorderde van de huisartsen Y c.s. toelating tot een onderlinge waarneemregeling op straffe van een dwangsom.

De voorzieningenrechter oordeelde in de eerste plaats dat een huisarts een onderneming drijft en dat het besluit van de huisartsen om X niet tot hun waarneemregeling toe te laten, geldt als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van de Mededingingswet. Vervolgens wees de voorzieningenrechter op de NMa Richtsnoeren voor de zorgsector van maart 2010¹³ waarin onder meer staat dat

‘Zorgaanbieders mogen samenwerken als zij het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren (...) Gezamenlijke waarneming is noodzakelijk om de continuïteit in de zorgverlening te waarborgen (...) Deelname aan een waarneemregeling is doorgaans voor zorgaanbieders van belang om zich op de markt te handhaven, bijvoorbeeld omdat deelname aan een waarneemgroep een voorwaarde is voor een contract met zorgverzekeraars. Aan deelname aan de waarnemingsregeling mogen bepaalde voorwaarden worden gesteld op het gebied van bijvoorbeeld beschikbaarheid en bereikbaarheid. Wel moeten deze voorwaarden open, objectief, transparant en non-discriminatoir zijn. De waarneming kan in strijd met het kartelverbod zijn als de betrokken ondernemingen gezamenlijk over een sterke positie op de markt beschikken en de samenwerking waarschijnlijk tot uitsluiting van derden zal leiden. Daarvan is bijvoorbeeld sprake

als er voor de zorgaanbieder geen mogelijkheid bestaat om de waarneming gezamenlijk met andere zorgaanbieders te organiseren en hij daardoor zijn dienst niet aan kan bieden.’

De voorzieningenrechter oordeelde dat de huisartsen een georganiseerd samenwerkingsverband van ondernemers vormden dat in staat was nieuwe toetreders tot de markt te weren, althans hun toetreding te bemoeilijken. Hierbij is relevant dat de dominante zorgverzekeraar van X geen contract met hem zou aangaan zolang X niet in een waarneemregeling had voorzien. X werd als gevolg van de weigering door Y c.s. benadeeld in zijn mogelijkheden om zich als huisarts in de betreffende regio te vestigen en zijn praktijk op een verantwoorde wijze uit te voeren. Daarmee werd de mededinging in de regio beperkt.

De voorwaarden voor uitsluiting van X achtte de voorzieningenrechter bovendien niet voldoende transparant, objectief en niet-discriminatoir. Het waarnemingsreglement bevatte de voorwaarde dat een deelnemer diende te zijn ingeschreven in het KNMG-register van erkende huisartsen en daarnaast bij het College voor Huisartsen met Bijzondere Bekwaamheden voor verloskunde (hierna: CHBB). Deze voorwaarden zijn op zichzelf genomen objectief. X was niet ingeschreven bij het CHBB. Echter, Y c.s. hadden X nooit aangesproken op het ontbreken van een dergelijke inschrijving. Bovendien had X aangeboden om de gewenste opleiding te volgen. Onder deze omstandigheden mochten Y c.s. X niet aan deze voorwaarde houden.

Waar de huisartsen verder nog aanvoerden dat zij onvoldoende vertrouwen hadden in het functioneren van X als huisarts, vond de voorzieningenrechter dat geen voldoende geobjectiveerd criterium. De weigering om X toe te laten tot de waarneemregeling werd daarom in strijd geacht met artikel 6 Mw. De voorzieningenrechter te Leeuwarden veroordeelde Y c.s. daarom om X ‘op basis van wederkerigheid en gelijkwaardigheid toe te laten tot hun onderlinge waarneemregeling’, en verbond daaraan een dwangsom van 5.000 euro per dag.

Terzijde – en naar wij aannemen voor het merendeel van de lezers geheel ten overvloede – roepen wij in herinnering dat de NMa de Landelijke Huisartsenvereniging LHV op 30 december 2011 heeft beboet. LHV zou aanbevelingen hebben gedaan om alleen huisartsen toe te laten als gevestigde huisartsen het hiermee eens zijn.¹⁴ Een andere procedure waarin een beroep op nietigheid – bij wijze van verweer – slaagde, is *The Greenery/teler*.¹⁵ Het geschil ontspoon zich voor de Rechtbank 's-Gravenhage en zag op een exclusief leveringsbeding voor acht jaar in een overeenkomst tussen coöperatie The Greenery en een van haar leden. De rechtbank

10. In geval van een mededingingsrechtelijke zuivere agentuurrelatie is het mededingingsrecht niet van toepassing op de contractuele bepalingen in de agentuurovereenkomst die zien op de inhoud van de rechtsrelaties die de agent (in de uitoefening van het agentschap) aangaat met derden. Er kan slechts sprake zijn van een zuivere agentuurrelatie indien de agent geen of slechts minieme (financiële of commerciële) risico's draagt in verband met de contracten die hij sluit en/of waarover hij onderhandelt namens de principaal.

11. Met verwijzing naar HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 (*Vreugdenhil/FloraHolland*).

12. V.zr. Rb. Leeuwarden 16 maart 2011, LJN BP8008 (*X/Y*).

13. NMa Richtsnoeren voor de zorgsector, 9 maart 2010.

14. Besluit NMa 30 december 2011, nr. 6888 (*LHV*). LHV heeft bezwaar ingediend tegen het boetebesluit. Zie ook de annotatie van Canoy en Sauter in dit nummer.

15. Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, LJN BQ0355 (*The Greenery/teler*). Zie voor een uitgebreide bespreking M.C. van Heezik, 'The Greenery B.V. versus diverse telers', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2011, 7/8, p. 306 e.v.

oordeelde dat deze leveringsverplichting de strekking had de mededinging te beperken. Zij overwoog dat afspraken van landbouworganisaties die in beginsel strijd met het mededingingsrecht opleveren, tot op zekere hoogte toelaatbaar worden geacht omdat zij doelstellingen van economische politiek dienen.¹⁶ In dit geval waren volgens de rechtbank de grenzen van het toelaatbare echter overschreden, aangezien de gedaagde teler voor zijn gehele oogst en voor een periode van acht jaar aan The Greenery als afnemer was gebonden en geen reële mogelijkheid had zich tot andere afnemers te wenden.¹⁷

Nietige beëindiging overeenkomst vanwege onderling afgestemde feitelijke gedraging

In zekere zin het spiegelbeeld van een nietige overeenkomst is een beëindiging van een overeenkomst die nietig is vanwege strijd met het mededingingsrecht. Het afgelopen jaar bracht twee mooie voorbeelden, elk met een andere uitkomst.

Batavus/Vriend: nietige beëindiging

De Hoge Raad oordeelde in het arrest *Batavus/Vriend* van 16 september 2011 dat het beëindigen van een overeenkomst met een afnemer onder druk van andere afnemers nietig kan zijn vanwege strijd met het mededingingsrecht.¹⁸

Verweerster in cassatie – Vriend – is een fietsenhandelaar die met name fietsen via het internet verkoopt. Vriend had in de periode van 1990 tot en met 2001 een handelsrelatie met Batavus. Zij verkocht de fietsen van Batavus echter tegen aanzienlijk lagere prijzen dan andere Batavusdealers dat deden. Op 27 april 2001 zegde Batavus de handelsrelatie met Vriend zonder opgaaf van redenen op. De opzegging zou ingaan per 1 september 2001, met een mogelijkheid tot uitloop tot en met december 2001.

In cassatie stond vast dat Batavus de handelsrelatie met Vriend had opgezegd onder druk van andere Batavusdealers, in het bijzonder een aantal in Euretco verenigde fietshandelaren. Batavus zou zijn gewicht onder de aanhoudende druk van een belangrijk deel van haar afnemers. Zij zou hebben willen voorkomen dat zij die afnemers zou verliezen.

Vriend vorderde voor de Rechtbank Leeuwarden een verklaring voor recht dat de duurovereenkomst niet door opzegging was geëindigd. Vriend stelde dat de

opzegging in strijd was met artikel 6 lid 1 Mw, dat immers ook onderling afgestemde feitelijke gedragingen verbiedt. De opzegging van de handelsrelatie zou daarom nietig zijn, waardoor Vriend ook na de (bedoelde) opzegging Batavusdealer zou zijn gebleven. Vriend vorderde vervolgens dat Batavus, op straffe van dwangsommen, haar volledige aanbod Batavusfietsen voor levering beschikbaar zou houden tegen dezelfde voorwaarden die ook voor overige dealers golden en dat Batavus binnen veertien dagen een dealercontract aan Vriend ter ondertekening zou voorleggen. Ten slotte vorderde Vriend schadevergoeding, nader op te maken in een schadestaatprocedure.

De Rechtbank Leeuwarden wees de vorderingen van Vriend grotendeels toe. Zij verklaarde voor recht dat de duurovereenkomst tussen Vriend en Batavus niet door opzegging was geëindigd, gebood Batavus het dealercontract ter ondertekening aan Vriend voor te leggen en veroordeelde Batavus bovendien tot schadevergoeding. In hoger beroep bekrachtigde het Gerechtshof Leeuwarden het vonnis van de rechtbank. In cassatie sneuvelde dat oordeel echter.

Het gerechtshof had geoordeeld dat de opzegging van de overeenkomst met Vriend het sluitstuk vormde van een onderling afgestemde feitelijke gedraging als bedoeld in artikel 6 lid 1 Mw. Bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging gaat het om een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die de risico's van de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking. Deze onderling afgestemde feitelijke gedraging bestond er, aldus het gerechtshof, in dit geval in dat de opzegging niet een vrije en autonome keuze van Batavus was geweest, maar één die uitsluitend onder druk van andere dealers werd gedaan en die beoogde een einde te maken aan de prijsconcurrentie die de andere Batavusdealers ondervonden van Vriend. 's Hof's oordeel dat daarmee sprake was van een doelbeperking, achtte de Hoge Raad noch onbegrijpelijk, noch ondeugdelijk gemotiveerd.

De Hoge Raad bevestigde bovendien het oordeel van het Gerechtshof Leeuwarden dat ook bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen strijd met artikel 6 lid 1 Mw kan leiden tot nietigheid van de privaatrechtelijke rechtshandeling waartoe de onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft geleid.

‘Er bestaat geen reden om eenzijdige rechtshandelingen als opzeggingen uit te zonderen van de nietigheidssanctie van art. 6 lid 2 Mw, indien zij voortvloeien uit, deel uitmaken van of in voldoende mate samenhangen met een onder art. 6 lid 1 Mw verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging’, aldus de Hoge Raad.

Desalniettemin vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Gerechtshof. Het gerechtshof had namelijk zonder (kenbaar) nader onderzoek geoordeeld dat een doelbeperking als de onderhavige ‘merkbaar’ is. De Hoge Raad oordeelde dat, hoewel bij een doelbeperking de gevolgen daarvan op de relevante markt niet meer of niet meer volledig behoeven te worden onderzocht, dit ‘in zijn

16. Met verwijzing naar HvJ EG 12 december 1995, zaak C-399/93, *Oude Luttikhuis* en HR 14 oktober 2005, NJ 2006, 172 m.nt. M.R. Mok (*The Greenery*).

17. Er is inmiddels appèl ingesteld tegen dit vonnis.

18. HR 16 september 2011, NJ 2011, 572, *RvdW* 2011, 1104, LJN BQ2213 (*Batavus/Vriend*).

algemeenheid niet de conclusie [rechtvaardigt] dat het merkbaarheidsvereiste dan in het geheel niet meer zou gelden’.

Beëindiging niet nietig: Auping/Beverlaap

Dat het ook anders kan uitpakken, blijkt uit een arrest dat op 17 januari 2012 door (eveneens) het Gerechtshof Leeuwarden werd gewezen (in spoedappèl).¹⁹ Het arrest werd weliswaar net buiten de verslagperiode geweest, maar wij bespreken het toch op deze plaats vanwege het contrast met het *Batavus*-arrest. Aanleiding voor het arrest *Auping/Beverlaap* was de opzegging door Auping van een dealerovereenkomst met Beverlaap, dat een beddenspecialzaak in Beverwijk exploiteerde. De reden van de opzegging was volgens Auping gelegen in een nieuwe distributiestrategie. Auping had echter wel een nieuwe distributieovereenkomst aangeboden aan een andere meubelwinkel in Beverwijk, die een fractie van de omzet had van Beverlaap.

Ook hier stelde de eiseres, Beverlaap, dat Auping de distributieovereenkomst had opgezegd omdat Beverlaap bedden van Auping via internet verkocht en daarbij aanzienlijke kortingen verleende. Andere Aupingdealers zouden daarover hun beklag hebben gedaan en Auping zou onder de aanhoudende druk zijn gezwich. Auping betwistte echter nadrukkelijk dat de internetverkoop door Beverlaap een reden zou zijn geweest voor de opzegging en stelde dat de opzegging uitsluitend gegrond was op haar gewijzigde distributiebeleid.

In eerste aanleg oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden nog ten gunste van Beverlaap. Het vertrek van Beverlaap was volgens de rechter niet noodzakelijk voor het gewijzigde distributiebeleid en Auping werd geboden om Beverlaap een distributieovereenkomst aan te bieden. In hoger beroep oordeelde het gerechtshof echter dat vooralsnog onvoldoende aannemelijk gemaakt was dat Auping bij de opzegging van de dealerovereenkomst in strijd met de Mededingingswet had gehandeld. Het gerechtshof verwees naar het hiervoor besproken *Batavus*-arrest en vervolgde met te constateren dat

‘anders dan in de hiervoor aangehaalde *Batavus*-zaak – waar *Batavus* zelf had gesteld dat zij het dealercontract had beëindigd wegens druk van de inkooporganisatie *Eureco* – ... niet vast [stond] dat Auping daadwerkelijk heeft gehandeld onder druk van de kritiek van haar dealers die vanwege de daarbij gegeven kortingen geen internetverkopers op de markt wisten. Dat Auping ook een aantal van de (grote) internetverkopers als dealer heeft opgezegd, geeft wellicht

te denken, maar levert niet het vereiste bewijs op’, aldus het gerechtshof.²⁰

Non-concurrentiebedingen en de bagatelvoorziening

In de zaak *Wiltingh/Kippersluis*²¹ stuitte een beroep op strijdigheid van een non-concurrentiebeding met het mededingingsrecht af op de bagatelvoorziening van artikel 7 lid 2 Mw.

Wiltingh had in 2007 een training- en coachingbedrijf verkocht aan Kippersluis. In de koopovereenkomst was een non-concurrentiebeding voor onbepaalde tijd opgenomen. In dat kader had Wiltingh zich uitdrukkelijk en op straffe van aanzienlijke boetes verbonden om niet, direct of indirect, actief of passief, bestaande of potentiële relaties van de verkochte onderneming te benaderen voor training en coaching in de meest ruime zin. Circa twee jaar na verkoop besloot Wiltingh een bureau te beginnen onder de naam ‘Blik naar Buiten’. Het bureau zou zich richten op het geven van ‘advies over individuele, maatschappelijke en organisatorische vraagstukken’.

Voor de Rechtbank Arnhem vorderde Wiltingh in conventie dat vastgesteld werd dat Kippersluis geen rechten meer kon ontlenen aan het non-concurrentiebeding, onder meer omdat dat beding in strijd zou zijn met artikel 6 Mw. De rechtbank oordeelde echter dat de overeenkomst viel onder de bagatelvoorziening van artikel 7 lid 1 Mw, vanwege de omzetsdrempel. Hierdoor waren artikel 6 Mw en de mededeling van de Europese Commissie inzake nevenrestricties bij concentraties²² niet van toepassing. Ook werd door de rechtbank geen aanleiding gezien om op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW en de door Wiltingh gestelde reflexwerking van de Commissiededeling inzake nevenrestricties het onaanvaardbaar te achten om Wiltingh aan het non-concurrentiebeding te houden.

In reconventie werd Wiltingh vervolgens veroordeeld tot betaling van boetes waarvan de precieze omvang nog moet worden vastgesteld – maar in ieder geval enkele honderdduizenden euro’s – vanwege schending van het non-concurrentiebeding op basis van de boeteclausules die in de koopovereenkomst waren opgenomen.²³

19. Gerechtshof Leeuwarden 17 januari 2012, LJN BV1085 (*Auping/Beverlaap*). Vgl. verder ook nog Rb. Rotterdam 21 december 2011, LJN BU9633 (*Enka Reizen B.V. e.a./Stichting Garantiefonds Reisgelden*), waar lijkt te zijn aangevoerd dat Stichting Garantiefonds Reisgelden na afstemming met concurrenten van Enka zou hebben besloten Enka uit te sluiten (in dit geval van een garantiefonds). Wij bespreken dit vonnis in het kader van misbruik van machtspositie, hieronder.

20. Het gerechtshof gaat in het arrest ook nog in op de gronden van de opzegging, een redelijke termijn voor opzegging en mededingingsrechtelijke aspecten van het selectieve distributiestelsel van Auping. Deze aspecten laten wij hier onbesproken, aangezien de zaak niet geweest is in 2011 en deze aspecten verder ook geen betrekking hebben op een vergelijkbare situatie als in de *Batavus*-zaak. Auping heeft overigens cassatieberoep ingesteld.

21. Rb. Arnhem 22 juni 2011, LJN BR0022 (*Wiltingh/Kippersluis Holding B.V.*).

22. Mededeling van de Europese Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentraties (2005/C56/03).

23. Zie voor een vergelijkbaar geval: v.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2011, LJN BU6289.

Opgemerkt zij dat per 3 december 2011 artikel 7 lid 2 Mw is gewijzigd en de bagatelvoorziening is verruimd. Mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemingen die een gezamenlijk marktaandeel hebben van minder dan 10 procent zullen niet langer een overtreding van het kartelverbod opleveren, tenzij de handel tussen de lidstaten van de EU ongunstig kan worden beïnvloed.

Misbruik van machtspositie

In 2011 zijn er (ten minste) negen zaken geweest met betrekking tot gesteld misbruik van machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en/of artikel 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Slechts in één zaak werden vorderingen op basis van misbruik van machtspositie wel, en zelfs daar maar gedeeltelijk, toegewezen. Het betrof de hierna te bespreken kortgedingzaak van 29 juli 2011 voor de voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch tussen Nestlé en Mars. Meer dan de helft van deze zaken werd door de civiele rechter zonder noemenswaardige inhoudelijke beoordeling afgedaan op basis van het niet voldoen aan de stelplicht door de eiser ten aanzien van de gestelde machtspositie of het misbruik daarvan.²⁴ In *Enka c.s./ Stichting Garantiefonds Reisgelden* kwam de Rechtbank Rotterdam wel tot een inhoudelijke beoordeling, maar concludeerde zij – op grond van specifieke omstandigheden die weinig voorspellende waarde hebben voor toekomstige misbruikzaken – dat het gedaagde garantiefonds geen misbruik maakte van haar machtspositie.²⁵ Hetzelfde geldt voor het vonnis van de Rechtbank Den Bosch in de zaak *Tele Atlas/Geosystems*.²⁶ In de daaraan voorafgaande procedure beriep gedaagde Geosystems zich bij wijze van verweer op misbruik van machtspositie door Tele Atlas. De rechtbank achtte onvoldoende aannemelijk dat Tele Atlas een machtspositie had en baseerde dat oordeel voornamelijk op een concentratiebeschikking van de Europese Commissie over de relevante (Europese) productmarkt. Veel nieuws is ook aan deze uitspraak niet te ontnemen. Wij volstaan op deze plaats daarom met een vermelding van deze uitspraken, zonder deze verder te bespreken.

Van groter belang is daarentegen de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in *IATA Nederland/ANVR*. In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat een hulppersoon van een moederonderneming die

niet zelfstandig verplichtingen kan opleggen aan afnemers en slechts uitvoering geeft aan hetgeen de moederonderneming is overeengekomen, geen economische machtspositie inneemt.

Geen misbruik van machtspositie door een hulppersoon van een onderneming: IATA Nederland/ANVR²⁷

IATA Nederland is een dochtermaatschappij van IATA (*International Air Transport Association*), een vereniging waarvan ongeveer 230 luchtvaartmaatschappijen lid zijn. De ANVR (Algemene Nederlandse Vereniging van Reisondernemingen) rekent, op haar beurt, bijna tweeduizend in Nederland werkzame reisagenten tot haar leden. IATA is als vertegenwoordiger van de bij haar aangesloten luchtvaartmaatschappijen overeenkomsten aangegaan met, onder meer, bij de ANVR aangesloten reisagenten. Deze overeenkomsten geven reisagenten het recht te bemiddelen bij de totstandkoming van overeenkomsten van personenvervoer tussen bij IATA aangesloten luchtvaartmaatschappijen en andere partijen. De overeenkomsten verwijzen naar andere, algemene regelingen, waaronder het '*Billing and Settlements Plan*', een regeling voor de inning en verwerking van betalingen voor door reisagenten namens luchtvaartmaatschappijen verkochte tickets. Deze regeling wordt in Nederland ten behoeve van IATA door IATA Nederland uitgevoerd. De regeling voorziet erin dat reisagenten de prijzen van door hen verkochte vliegtickets aan IATA Nederland moeten betalen vóórdat het personenvervoer waarop het ticket recht geeft, is uitgevoerd. IATA Nederland wikkelt vervolgens de betaling aan de betrokken luchtvaartmaatschappij af. Indien een reisagent niet aan deze verplichtingen voldoet, wordt deze door IATA Nederland '*in default*' verklaard en kan de reisagent geen tickets meer verkopen voor bij IATA aangesloten luchtvaartmaatschappijen.

In 2004 raakte de bij IATA aangesloten luchtvaartmaatschappij Dutch Caribbean Airlines N.V. (hierna: DCA) in de financiële problemen. Omdat onzekerheid was ontstaan over de uitvoering van vluchten door DCA, verzocht de ANVR aan IATA Nederland om toe te staan dat haar leden uitsluitend vooruitbetalingen zouden doen voor verkochte tickets indien zekerheid bestond dat de desbetreffende vluchten daadwerkelijk uitgevoerd zouden worden door DCA. IATA Nederland stemde hier niet mee in en stond op nakoming van de vooruitbetalingsverplichtingen van de reisagenten, op straffe van '*in default*'-verklaring. De reisagenten zetten vervolgens – noodgedwongen – vooruitbetalingen aan IATA Nederland voort, ook met betrekking tot vluchten die later niet door DCA werden uitgevoerd. Voor die vluchten ontvingen de reisagenten echter geen betaling van hun klanten. Nadat vervolgens DCA failliet ging, visten de reisagenten ook in dat faillissement achter het net.

24. Gerechtshof 's-Gravenhage 1 maart 2011, LJN BP6122 (*Stichting Euro-Sportring/Stichting Garantiefonds Reisgelden*), v.zr. Rb. Assen 5 april 2011, LJN BQ0149 (*PBHoeve Beheer B.V./Stichting Prins Bernard Hoeve*), Rb. Utrecht 25 mei 2011, LJN BQ7388 (*V.O.F. c.s./Stichting Gezondheidscentrum c.s.*), Rb. Rotterdam 13 juli 2011, LJN BR2777 (*X/Rotterdam Airport Holding B.V. c.s.*), en Rb. Utrecht 30 november 2011, LJN BU6292 (*Dunlop Slazenger International Ltd./Nederlandse Badminton Bond*).

25. Rb. Rotterdam 21 december 2011, LJN BU9633 (*Enka Reizen B.V. c.s./Stichting Garantiefonds Reisgelden*).

26. Rb. Den Bosch 16 maart 2011, LJN BP9023 (*TeleAtlas B.V./Geosystems Polska S.P.*).

27. Gerechtshof Amsterdam 22 februari 2011, LJN BP5323 (*IATA NL/ANVR*).

De ANVR vorderde daarom vergoeding van IATA Nederland van de schade die haar leden als gevolg van de beschreven gang van zaken hadden geleden. Daarnaast vorderde de ANVR onder meer een verklaring voor recht dat IATA Nederland onrechtmatig had gehandeld door aan te kondigen reisagenten *in default* te verklaren indien geen vooruitbetaling werd ontvangen. Zij meende dat IATA Nederland zich, gelet op de economische machtspositie die IATA Nederland inneemt op de Nederlandse markt voor dienstverlening door reisagenten bij de totstandkoming van overeenkomsten van personenvervoer door de lucht, niet op de beschreven wijze had mogen gedragen. De Rechtbank Haarlem had de ANVR daarin in 2008 nog gelijk gegeven. Zij oordeelde, kort gezegd, dat de reisagenten bevoegd waren geweest de nakoming van hun (vooruit)betalingverplichtingen op te schorten, dat zij daarbij een zwaarwegend belang hadden en dat IATA Nederland misbruik had gemaakt van haar economische machtspositie door aan te kondigen de reisagenten *in default* te zullen verklaren wanneer zij gebruik zouden maken van hun opschortingsbevoegdheid. Dat misbruik liet zich in het civiele recht vertalen in een onrechtmatige daad, zodat IATA Nederland verplicht zou zijn schadevergoeding te betalen.

Het Gerechtshof Amsterdam kwam echter tot een tegengesteld oordeel. Aangezien de ANVR de vordering uitsluitend had ingesteld tegen IATA Nederland, diende volgens het Gerechtshof Amsterdam vastgesteld te worden of IATA Nederland, onafhankelijk van IATA of bij IATA aangesloten luchtvaartmaatschappijen, tegenover de reisagenten een economische machtspositie innam. IATA Nederland was (en is) werkzaam als hulp-persoon van IATA en de bij IATA aangesloten luchtvaartmaatschappijen. Zij heeft een louter uitvoerende rol, betrekking hebbende op de uitvoering van overeenkomsten tussen IATA en de bij IATA aangesloten leden enerzijds en de (leden van de) ANVR anderzijds. IATA Nederland bepaalt bovendien haar marktgedrag niet in belangrijke mate onafhankelijk. Zulks wordt niet anders doordat IATA Nederland – namens IATA – reisagenten kon aanspreken tot nakoming van de verplichtingen die zij waren aangegaan jegens de bij IATA aangesloten luchtvaartmaatschappijen, vertegenwoordigd door IATA, zoals IATA Nederland heeft gedaan met betrekking tot de (vooruit)betaling van tickets voor vluchten van DCA. Immers, IATA Nederland had onvoldoende weersproken gesteld dat zij bij de uitvoering van de overeenkomsten niet de vrijheid had af te wijken van hetgeen IATA, als vertegenwoordiger van de bij haar aangesloten luchtvaartmaatschappijen, met de reisagenten was overeengekomen. ‘Het ontbreken van vrijheid voor IATA Nederland om haar gedrag te bepalen onafhankelijk van hetgeen tussen andere partijen is overeengekomen, strookt niet met het hebben van een machtspositie’, aldus het gerechtshof. Bij afwezigheid van de gestelde economische machtspositie heeft IATA Nederland daarvan bovendien geen misbruik kunnen maken. ‘In zoverre heeft zij dus niet onrechtmatig gehandeld

tegenover ANVR’, luidde de conclusie van het Amsterdamse Gerechtshof.

Nestlé/Mars:²⁸ belangenafweging in kort geding

Mars verkoopt en distribueert in Nederland (onder meer) chocoladeproducten, met name *candy bars* en *bite-sizes*. Ook Nestlé brengt in Nederland dergelijke chocoladeproducten op de markt. In oktober 2010 heeft Mars het Mars Ondernemingsprogramma 2011 geïntroduceerd. Met dit programma beoogt Mars de verkoop van chocoladeproducten in zelfstandige tankstations (i.e. tankstations die geen eigendom zijn van een oliemaatschappij) in Nederland te stimuleren. Het programma voorziet in vergoedingen en bonussen voor tankstations die hun beschikbare schapruimte en displays indelen overeenkomstig de voorwaarden van Mars.

Nestlé vorderde voor de voorzieningenrechter dat Mars, op straffe van dwangsommen, de verdere uitvoering van het ondernemingsprogramma zou staken en gestaakt houden. Bovendien vorderde zij dat Mars de tankstations die reeds uitvoering hadden gegeven aan het ondernemingsprogramma, zou meedelen dat Mars is gelast de verdere uitvoering van het programma te staken. Subsidiair vorderde Nestlé een verbod voor Mars om het ondernemingsprogramma aan te bieden aan tankstations die nog niet deelnamen aan het programma. Nestlé baseerde haar vorderingen op het verbod van misbruik van machtspositie en het verbod op mededingingsbeperkende afspraken. Ter ondersteuning van haar stellingen bracht Nestlé een rapport van een economisch adviesbureau in. Ook Mars bracht een economisch rapport in.

De voorzieningenrechter oordeelde op basis van fotografisch bewijsmateriaal dat in de schappen en displays van tankstations die aan het programma meededen, de *candy bars* en *bite-sizes* van Mars veel prominenter aanwezig waren dan de concurrerende producten van Nestlé. De rechter merkte daarbij op dat hij zich goed kon voorstellen dat een consument ‘gezien de inrichting van de genoemde schappen en displays uitkomt bij een product van Mars en niet bij een product van Nestlé’. Op basis van de stellingen van Nestlé en het ingediende economische rapport achtte de rechter het verder ‘geenszins uitgesloten dat sprake is van een aparte markt voor “candy bars” en “bite-sizes” in tankstations’. Op deze markt had Mars volgens het economische rapport van Nestlé een marktaandeel van 67,3 procent. De voorzieningenrechter achtte het daarom voorstelbaar dat Mars Nestlé met het programma uit de markt zou kunnen drukken.

Om vast te kunnen stellen of de verwijten van Nestlé jegens Mars ook daadwerkelijk steekhoudend waren, was echter nader (economisch) onderzoek nodig. Daarvoor leende het kort geding zich niet, aldus de voorzieningenrechter. Nestlé’s vorderingen om de uitvoering van het ondernemingsprogramma van Mars te staken en gestaakt te houden, werden daarom afgewezen. Dat nam echter niet weg dat er aanwijzingen waren dat de verwijten van Nestlé jegens Mars terecht waren en de bodem-

28. V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 29 juli 2011, LJN BR3488 (Nestlé/Mars).

rechter Nestlé gelijk zou geven. Op grond van een belangenafweging zag de voorzieningenrechter daarom aanleiding om de huidige situatie te ‘bevrozen’.

‘Door de huidige situatie te bevrozen doet de voorzieningenrechter recht aan het belang van Nestlé door te voorkomen dat als gevolg van het programma meer marktaandeel voor haar verloren gaat, terwijl het belang van Mars slechts beperkt wordt geschaad. Mars zal pas op de plaats moeten maken met het verder uitrollen van het programma in afwachting van de uitkomst van de bodemprocedure. Zij kan met het programma verder gaan voor zover zij met tankstations tot op heden is overeengekomen het programma uit te voeren.’²⁹

Definitie eigendom in EG-Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten op basis van Nederlands recht

Op 8 juli 2011 wees de Hoge Raad arrest in de zaak *BP/Service-Stations Benschop*. In geschil was onder meer de definitie van eigendom in artikel 5 van de Groepsvrijstellingsverordening van de Europese Commissie voor verticale overeenkomsten.³⁰

Op basis van de verordening zijn bepaalde verticale overeenkomsten vrijgesteld van toepasselijkheid van (toen) artikel 81 lid 3 EG-Verdrag en artikel 6 lid 1 Mw. Deze vrijstelling geldt op basis van artikel 5 van de verordening niet voor non-concurrentiebedingen die de duur van vijf jaar overschrijden. Het artikel voorziet echter in een uitzondering van deze beperking in het geval dat

‘contractgoederen of -diensten door de afnemer worden verkocht in lokaliteiten en op terreinen die eigendom van de leverancier zijn of door de leverancier worden gehuurd van een derde, niet met de afnemer verbonden partij, en mits de looptijd van het niet-concurrentiebeding niet langer is dan de periode gedurende welke de afnemer de lokaliteiten en terreinen in gebruik heeft.’

Benschop had met BP een huurovereenkomst gesloten voor een duur van twintig jaar. Daarnaast hadden partijen een exploitatieovereenkomst gesloten waarin een exclusief afnamebeding was opgenomen inhoudende dat Benschop uitsluitend motorbrandstoffen rechtstreeks van (de rechtsvoorgangster van) BP zou betrekken. Dit

exclusieve afnamebeding was een non-concurrentiebeding in de zin van artikel 1 sub b van de Groepsvrijstelling. Benschop vorderde een verklaring voor recht dat zij niet langer verplicht was haar brandstoffen van BP te betrekken vanwege de nietigheid van het exclusieve afnamebeding op grond van artikel 6 lid 2 Mw. Daarnaast vorderde zij schadevergoeding.

In hoger beroep had het Gerechtshof Amsterdam allereerst onderzocht of het non-concurrentiebeding met een looptijd van twintig jaar onder het bereik van de verordening viel en op die basis vrijgesteld was. Het gerechtshof oordeelde dat de uitzonderingsbepaling van de verordening restrictief dient te worden uitgelegd en dat voor de toepasselijkheid van artikel 5 sub a voldaan dient te worden aan de volgende voorwaarden: (1) producten moeten worden verkocht uit een lokaal én grond(en) die eigendom zijn van de leverancier; of (2) producten moeten worden verkocht uit een lokaal én grond(en) die de leverancier huurt van een niet met de afnemer/wederverkoper verbonden partij.³¹ Van beide situaties was geen sprake volgens het gerechtshof. De eerste situatie deed zich niet voor omdat BP niet de eigenaar was van de grond waarop de tankstations zich bevonden, maar deze huurde van Benschop. Van de tweede situatie was geen sprake omdat BP de ‘lokalen’ waarin de tankstations werden geëxploiteerd niet huurde.

In cassatie stelt BP dat het gerechtshof is uitgegaan van een te beperkte uitleg van het begrip ‘eigenaar’ in de zin van artikel 5 sub a van de Groepsvrijstelling. Dit begrip zou volgens BP niet beperkt zijn tot degene die juridisch eigenaar is, maar ook degene die in economisch opzicht eigenaar is.

De Hoge Raad oordeelt dat het begrip eigendom in artikel 5 sub a van de Groepsvrijstelling geen communautair begrip is. Gekeken dient te worden naar het recht van de betreffende lidstaat. De Hoge Raad verwijst hierbij naar de opinie van A-G Keus die op zijn beurt had verwezen naar het arrest *Pedro IV Servicios* en de conclusie van A-G Mengozzi in die zaak.³² Mengozzi had geschreven dat het hem uitgesloten leek dat het begrip eigendom als een gemeenschapsrechtelijk begrip kon worden beschouwd. Immers, (toen) artikel 222 van het Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet. Het Hof van Justitie oordeelde in *Pedro IV Servicios* dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of een recht van opstal niet alleen leidt tot eigendom van de opstal, maar ook van de grond waarop dit is gebouwd. Aangezien het begrip ‘recht van opstal’ onder een nationale eigendomsregeling valt, is het aan de nationale rechter om de draagwijdte ervan te bepalen. In de onderhavige zaak ging het echter niet om opstal, maar om (door BP gestelde) ‘economische eigendom’. De Hoge Raad oordeelde dat naar Nederlands recht economisch eigendom geen eigendom is. Met dit begrip wordt slechts bedoeld op het bestaan van een aantal ver-

29. In dit geschil loopt nog een bodemprocedure.

30. HR 8 juli 2011, NJ 2011, 513 en RvdW 2011, 909 (*BP/X c.s.*). Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Europese Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, Pb. EG 1999. Inmiddels is deze verordening vervangen door Verordening (EG) nr. 330/2010 van 20 april 2010.

31. Met verwijzing naar HvJ EG 2 april 2009, zaak C-260/07, *Pedro IV Servicios*, NJ 2009, 35.

32. HvJ EG 2 april 2009, zaak C-260/07, *Pedro IV Servicios*, NJ 2009, 35.

bintenisrechtelijke rechten en verplichtingen tot een zaak, die niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeven te hebben.³³ Van de uitzondering van artikel 5 sub a kan niet worden geprofiteerd in het geval dat de leverancier van de afnemer, of van een met de afnemer verbonden partij, huurt. Het lijkt geen twijfel dat daarmee is beoogd dat die uitzondering niet van toepassing is als de leverancier (in economisch opzicht) over lokaliteiten en gronden kan beschikken uit hoofde van een dergelijk huurderschap. Vast staat dat BP de grond van Benschop huurt. Dat is een voor de toepassing van de uitzondering niet toegelaten vorm van huur. Dat wordt niet anders als deze huur als ‘economisch eigendom’ wordt betiteld, aldus de Hoge Raad.

Fiscale aftrekbaarheid NMa- en Europese-Commissieboetes

In de kronieken van 2009 en 2010 is reeds uitgebreid verslag gedaan van de ontwikkelingen op het gebied van fiscale aftrekbaarheid van NMa- en Europese-Commissieboetes.

De discussie spitste zich toe op artikel 3.14 Wet Inkomstenbelasting 2001, waarin is bepaald dat ‘geldboeten opgelegd door een Nederlandse strafrechter (...), bestuurlijke boeten, (...) en geldboeten opgelegd door een instelling van de Europese Unie’ bij het bepalen van de winst niet in aftrek komen. Met deze aftrekuitsluiting zou voorkomen moeten worden dat een deel van een strafsanctie op de fiscus wordt afgewenteld.

Op 11 januari 2011 oordeelde de Hoge Raad dat NMa-boetes niet fiscaal aftrekbaar zijn.³⁴

Voor wat betreft boetes van de Europese Commissie, oordeelde de Rechtbank Haarlem in 2008 dat deze gesplitst kunnen worden in een bestraffend en een voordeelontnemend karakter. Het voordeelontnemende deel zou dan wel aftrekbaar zijn.³⁵ In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat artikel 3.14 Wet IB 2001 geen aanknopingspunt biedt voor een dergelijke splitsing tussen een bestraffend en een voordeelontnemend onderdeel van een boete. Op 12 augustus 2011 oordeelde de Hoge Raad dat ook boetes van de Europese Commissie niet aftrekbaar zijn, ook niet wanneer deze niet aan een belastingplichtige zelf worden opgelegd maar aan haar zijn doorbelast door een gelieerde vennootschap.³⁶ De Hoge Raad overwoog hiertoe mede dat Nederland in verband met de doeltreffendheid van door de Europese Commissie opgelegde sancties gehouden is om aftrek hiervan te weigeren.

33. De Hoge Raad verwijst hierbij naar HR 5 maart 2004, *JOL* 2004, 122, *PW* 2004, 21765, *RvdW* 2004, 45 en *WR* 2004, 49 (*Vagobel/Geldnet*).

34. HR 7 januari 2011, *NTR* 2011/100 m.nt. S.C.W. Douma, LJV BL0214.

35. Rb. Haarlem 3 oktober 2008, *V-N* 2009/3.2.2, LJV BF7320.

36. HR 12 augustus 2011, *V-N* 2011/41.3, *NTR* 2011, 1921. De Europese Commissie heeft in cassatie gebruik gemaakt van haar bevoegdheid op grond van art. 15 lid 3 van Verordening (EG) nr. 1/2003 om schriftelijke opmerkingen te maken met het oog op de coherente toepassing van art. 101 en 102 VWEU.

Schadevergoedingsacties

Inleiding

Ten slotte vragen wij nog aandacht voor enkele uitspraken met betrekking tot schadevergoedingsacties naar aanleiding van mededingingsrechtelijke overtredingen. De toenemende aandacht voor dit rechts(deel)gebied heeft ook in 2011 geleid tot een aantal omvangrijke procedures voor civiele rechters. In het oog springende procedures die in 2011 hun aanvang namen, zijn de groepsacties tegen een aantal natriumchloraatproducenten (Rechtbank Amsterdam), liftenfabrikanten (Rechtbank Rotterdam) en paraffinewasproducenten (Rechtbank Den Haag).

Het jaar 2011 bracht ook een tweetal tussenvonnissen in procedures die reeds daarvoor waren aangevangen, waarin niet onbelangrijke – procesrechtelijke – geschilpunten werden beslecht.

Bevoegdheid Nederlandse rechter bij internationale schadeacties: TenneT/Alstom

In een geschil voor de Rechtbank Arnhem vordert TenneT schadevergoeding van een aantal producenten van gasgeïsoleerd schakelmateriaal, waaronder het Alstom-concern. TenneT meent dat een dochter van Alstom, Cogalex, in 1993 voor te hoge prijzen gasgeïsoleerd schakelmateriaal aan TenneT heeft verkocht. TenneT verwijst hiervoor naar een beschikking van de Europese Commissie, waarin de Commissie vaststelde dat onderdelen van het Alstom-concern, waaronder Cogalex, mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt met concurrenten in de periode 15 april 1988 tot 11 mei 2004. De primaire grondslag voor de vorderingen is onrechtmatige daad.

Bij wege van incident vorderde Alstom onder meer dat de rechtbank zich onbevoegd zou verklaren. Alstom is niet in Nederland gevestigd, is niet aan een door TenneT ingeroepen forumkeuzebeding gebonden en meende dat er ook geen andere grondslag aanwezig was voor de bevoegdheid van de Rechtbank Arnhem. Bij vonnis van 28 oktober 2011 oordeelde de Rechtbank Arnhem echter dat zij bevoegd is ten aanzien van alle gedaagde partijen.³⁷

De rechtbank constateerde dat de Europese Commissie heeft vastgesteld dat Alstom en andere producenten van gasgeïsoleerd schakelmateriaal de mededingingsregels van artikel 101 VWEU hebben geschonden. Op grond van artikel 2 EEX-Verordening geldt als hoofdregel dat gedaagden voor de rechter van hun woonplaats moeten worden opgeroepen. Geen van de gedaagde partijen is gevestigd in Nederland. Op grond van artikel 5 lid 3 EEX-Verordening kan een verweerder ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad echter ook in een andere staat worden opgeroepen, namelijk voor het gerecht van ‘de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan’.

37. Rb. Arnhem 26 oktober 2011, LJV BU3548 (*TenneT c.s./Alstom c.s.*). Zie ook het gelijklopende oordeel in de parallelle procedure tegen ABB: Rb. Arnhem 26 oktober 2011, LJV BU3546 (*TenneT c.s./ABB c.s.*).

De Rechtbank Arnhem beoordeelde in de eerste plaats haar bevoegdheid met betrekking tot Cogalex, dat volgens de stellingen van TenneT de te hoge prijzen in rekening had gebracht. Ten aanzien van Cogalex is, aldus de rechtbank,

‘sprake van een situatie waarbij zowel het schadetoebrengende feit als de schade zich heeft voorgedaan in Nederland en wel in Arnhem. Immers, de overeenkomst waarin de – naar stellingen van TenneT c.s. te hoge – prijzen zijn overeengekomen is in Arnhem getekend. De schade waarvan TenneT c.s. vergoeding vordert heeft zich vervolgens eveneens in Arnhem voorgedaan, nu ... TenneT in Arnhem [is] gevestigd’.

Ten aanzien van de overige gedaagde partijen bood artikel 5 lid 3 EEX-Verordening geen uitkomst, omdat deze partijen niet bij de totstandkoming van de overeenkomst met TenneT betrokken waren geweest en voor zover hun onrechtmatig gedrag kon worden verweten, dat gedrag niet in Nederland had plaatsgevonden. Toch achtte de rechtbank zich ook ten aanzien van deze andere gedaagden uit het Alstom-concern bevoegd. Zij wees erop dat de vraag naar aansprakelijkheid van alle gedaagden moet worden beoordeeld op grond van hetzelfde feitencomplex en dezelfde rechtsvraag. ‘Om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen is het daarom aangewezen dat deze vraag door dezelfde rechter wordt beoordeeld, gelet op het bepaalde in art. 6 lid 1 EEX-Vo’. Het is zeer twijfelachtig of dit oordeel juist is. Voor toepassing van artikel 6 lid 1 EEX-Verordening is vereist dat ten minste een van de gedaagde partijen woonplaats heeft in Nederland. Dat was in de zaak *TenneT/Alstom* niet het geval.

Masterfoods-verweer: MNO Vervat/Shell c.s.

In het uit 2000 daterende *Masterfoods*-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat wanneer de beslechting van een geschil door de nationale rechter afhangt van de geldigheid van een beschikking van de Europese Commissie, de verplichting tot loyale samenwerking meebrengt dat de nationale rechter, om geen beslissing te nemen die tegen de beschikking van de Europese Commissie indruist, de behandeling van een zaak schorst tot een definitieve beslissing van de communautaire rechterlijke instanties op een beroep tot nietigverklaring is genomen, tenzij hij van oordeel is dat het in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen over de geldigheid van de beschikking van de Europese Commissie.³⁸ Inmiddels is die zogenoemde *Masterfoods*-doctrine bovendien gecodificeerd in artikel 16 lid 1 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

Daar waar schadeclaims worden ingesteld naar aanleiding van een beschikking van de Europese Commissie – zogenoemde *follow on-claims* – laat zich de vraag stellen of de procedure dient te worden geschorst zo lang er

nog beroepsprocedures tegen de beschikking lopen. Verweerders in de hiervoor besproken zaak *TenneT/Alstom* meenden dat het antwoord bevestigend luidde, maar de Rechtbank Arnhem zag geen aanleiding de civiele procedure aan te houden. Haar oordeel is echter niet of nauwelijks gemotiveerd.

Wél inhoudelijk gemotiveerd is het oordeel van de Rechtbank Rotterdam in de kwestie *MNO Vervat/Shell*. MNO Vervat vorderde daar schadevergoeding van Shell, op basis van Shells deelname aan het bitumenkartel. Shell beriep zich, bij wijze van incidenteel verweer, op de *Masterfoods*-doctrine en vorderde dat de rechtbank de civiele procedure zou schorsen in afwachting van de uitkomst van beroepsprocedures in Luxemburg. Bij tussenvonnis van 9 februari 2011 wees de Rechtbank Rotterdam die incidentele vordering af.³⁹

De Rechtbank Rotterdam kwam tot dat afwijzende oordeel op basis van een afweging van de belangen van partijen. De rechtbank overwoog dat de beroepsprocedure tegen de boetebeschikking van de Europese Commissie, waar de schadeactie op gebaseerd was, nog geruime tijd zou duren. Zou de civiele procedure worden geschorst, dan zou MNO in haar bewijsmogelijkheden geschaad kunnen worden. Deelname aan het bitumenkartel van ten minste een van de twee gedaagde Shell-entiteiten was in de beroepsprocedure bovendien niet in dispuut. Daarom stond vast dat – ook als de andere Shell-entiteit wel in haar beroep tegen de boetebeschikking zou slagen – de civiele procedure doorgang zou vinden. Bovendien lagen in de procedure ten minste twee zuiver civielrechtelijke ‘voorvragen’ voor: een vraag naar de rechtsgeeldigheid van een cessie en een vraag naar verjaring. Over die vragen zouden partijen, geheel separaat van de procedure in Luxemburg en bovendien zonder dat daarvoor onevenredig veel kosten zouden hoeven worden gemaakt, kunnen doorprocederen: ‘Ten aanzien van een niet onbelangrijk deel van die geschilpunten lijken het partijdebat, de beoordeling en een eventuele bewijslevering te kunnen plaatsvinden voordat in de beroepsprocedure een definitieve uitspraak is gedaan ...’, aldus de rechtbank.

Overigens is zeer recent door de Rechtbank Amsterdam in de *luchtvracht*-zaak wél een aanhouding op basis van de *Masterfoods*-doctrine gelast. Die uitspraak wordt ongetwijfeld besproken in de kroniek van volgend jaar.⁴⁰

Overzicht civiele rechtspraak mededingingsrecht 2011

1. HR 7 januari 2011, *NTFR* 2011/100, m.nt. S.C.W. Douma, LJN BL0214
2. Gerechtshof 's-Gravenhage 11 januari 2011, LJN BP6112 (*Stichting Euro-Sportring/Stichting Garantiefondsen Reizgelden*)
3. Rb. Rotterdam 9 februari 2011, *GCLR* 2011-4, R-29, LJN BP7518 (*MNO Vervat/Shell*)

39. Rb. Rotterdam 9 februari 2011, *GCLR* 2011-4, R-29, LJN BP7518 (*MNO Vervat/Shell*).

40. Rb. Amsterdam 7 maart 2012, LJN BV8444 (*Equilib/KLM c.s.*).

38. HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods/HB Ice Cream*.

4. Gerechtshof Amsterdam 22 februari 2011, LJN BP5323 (*IATA NL/ANVR*)
5. Gerechtshof 's-Gravenhage 1 maart 2011, LJN BP6122 (*Stichting Euro-Sportring/Stichting Garantiefonds Reisgelden*)
6. Gerechtshof Arnhem 1 maart 2011, LJN BP8407 (*X/Inspecteur Belastingdienst te P*)
7. Rb. 's-Gravenhage 3 maart 2011, LJN BQ0355 (*The Greenery/teler*)
8. Rb. Utrecht 4 maart 2011, LJN BP6990 (*Huidekoper B.V. c.s./Gemeente Rhenen*)
9. Vzr. Rb. Leeuwarden 16 maart 2011, LJN BP8008
10. Rb. 's-Hertogenbosch 16 maart 2011, LJN BP9023 (*TeleAtlas B.V./Geosystems Polska S.P*)
11. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 22 maart 2011, LJN BP9026 (*X/RD4 Kringloopbedrijf B.V.*)
12. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 2011, LJN BQ2982 (*X N.V./Inspecteur Belastingdienst*)
13. Vzr. Rb. Assen 5 april 2011, LJN BQ0149 (*PBHoeve Beheer B.V./Stichting Prins Bernard Hoeve*)
14. Gerechtshof 's-Gravenhage 12 april 2011, LJN BQ2091 (*One/KPN*)
15. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 mei 2011, LJN BR2156 (*X B.V./Inspecteur Belastingdienst*)
16. Rb. Utrecht 25 mei 2011, LJN BQ7388 (*V.O.F. c.s./Stichting Gezondheidscentrum c.s.*)
17. Rb. 's-Gravenhage 8 juni 2011, LJN BR0817 (*X B.V./Inspecteur Belastingdienst*)
18. Rb. Arnhem 22 juni 2011, LJN BR0022 (*Wiltingh/Kippersluis Holding B.V*)
19. HR 8 juli 2011, *NJ* 2011, 513 en *RvdW* 2011, 909 (*BP/X c.s.*)
20. Rb. Rotterdam 13 juli 2011, LJN BR2777 (*X/Rotterdam Airport Holding B.V. c.s.*)
21. Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 29 juli 2011, LJN BR3488 (*Nestlé/Mars*)
22. HR 12 augustus 2011, *V-N* 2011/41.3, *NTFR* 2011, 1921, LJN BO6770
23. HR 16 september 2011, *NJ* 2011, 572, *RvdW* 2011, 1104, LJN BQ2213 (*Batavus/Vriend*)
24. Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2011, *Mediaforum* 2012/3, m.nt. Paul Kreijger, LJN BT6548 (*UPC Nederland/Gemeente Hilversum*)
25. Gerechtshof Amsterdam 4 oktober 2011, LJN BT8434 (*Apotheek Amerongen-Elst vof c.s./Gemeente Rhenen*)
26. Rb. Arnhem 26 oktober 2011, LJN BU3546 (*TenneT c.s./ABB c.s.*)
27. Rb. Arnhem 26 oktober 2011, LJN BU3548 (*TenneT c.s./Alstom c.s.*)
28. Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2011, LJN BU6289
29. Rb. Utrecht 30 november 2011, LJN BU6292 (*Dunlop Slazenger International Ltd./Nederlandse Badminton Bond*)
30. Gerechtshof 's-Gravenhage 6 december 2011, LJN BV0311 (*G4S/G4S*)
31. Gerechtshof Leeuwarden 13 december 2011, LJN BU8184 (*X/Friesland Campina*)
32. Rb. Almelo 21 december 2011, LJN BV0512 (*X/Enter*)
33. Rb. Rotterdam 21 december 2011, LJN BU9633 (*Enka Reizen B.V. e.a./Stichting Garantiefonds Reisgelden*)