

Kroniek

Kroniek Civiele rechtspraak mededingingsrecht 2010

Mr. M.G. Bredenoord-Spoek en prof. dr. J.S. Kortmann*

Inleiding

58 Evenals vorig jaar worden in deze kroniek de door Nederlandse civiele rechters gewezen uitspraken waarin het Nederlandse en/of Europese mededingingsrecht aan de orde kwam, besproken. Daarbij zijn, net als in de kroniek over 2009, ook enkele fiscale uitspraken meegenomen.¹ In aanvulling daarop hebben wij tevens een kort overzicht opgenomen van de belangrijkste ontwikkelingen op het gebied van schadevergoedingsacties. Op dit moment zijn in een aantal civiele rechtbanken in Nederland, alsook elders in Europa, (in veel gevallen: omvangrijke) geschillen aanhangig die betrekking hebben op schadevergoedingsvorderingen op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen. In de ons omringende landen zijn in 2010 enkele belangrijke uitspraken geweest die de ontwikkeling van mededingingsrechtelijke schadevergoedingsacties in die landen verder hebben vormgegeven en ongetwijfeld ook de ontwikkelingen in ons land zullen beïnvloeden. Gezien de toenemende belangstelling voor schadevergoedingsvorderingen op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen, menen wij dat de genoemde ontwikkelingen, hoewel niet louter nationaal, op deze plaats ook aandacht verdienen.

* Mr. M.G. Bredenoord-Spoek is werkzaam als advocaat bij Stibbe. Prof. dr. J.S. Kortmann is werkzaam als advocaat bij Stibbe.

1. Voor zover bekend bij de auteurs, werden er in 2010 in totaal 36 civiele en/of fiscale uitspraken op het gebied van mededingingsrecht gepubliceerd.

Oneerlijke concurrentie en onrechtmatige ondermijning van een distributiestelsel

In het arrest *Alfa Romeo Nederland/Multicar* van januari 2010 oordeelde de Hoge Raad dat onder omstandigheden het profiteren door een 'vrije' handelaar van de wanprestatie van een aan een selectief distributiestelsel gebonden handelaar, onrechtmatig kan zijn jegens zowel de gebonden handelaren als jegens de distributeur zelf.² Alfa Romeo Nederland is Fiat's nationale distributeur in Nederland voor het merk Alfa Romeo. De distributie van de Alfa Romeo personenauto's vindt plaats door middel van een selectief distributiestelsel. In de ter zake doende periode voldeed dit distributiestelsel aan de voorwaarden van Verordening (EG) nr. 1400/2002,³ wat meebracht dat de distributieovereenkomsten tussen de importeurs en de dealers, ondanks de daarin voorkomende beperkingen van de mededinging, van het kar-

2. HR 8 januari 2010, NJ 2010, 187 m.nt. Mok, LJN BJ9352 (*Alfa Romeo Nederland/Multicar*).

3. Verordening (EG) nr. 1400/2002 is op 31 mei 2010 verstreken. Haar werking met betrekking tot verticale overeenkomsten betreffende de aankoop, verkoop en wederverkoop van nieuwe motorvoertuigen is echter verlengd t/m 31 mei 2013. De distributie van nieuwe motorvoertuigen moet daarna worden beoordeeld onder de algemene Groepsvrijstelling Verticalen, Verordening (EU) nr. 330/2010, Pb. EU 2010, L 102/1-7. Ten aanzien van de overeenkomsten betreffende de distributie van reserveonderdelen en betreffende het verrichten van herstellings- en onderhoudsdiensten, is sinds 1 juni 2010 de nieuwe verordening van kracht; zie Verordening (EU) nr. 461/2010 betreffende de toepassing van art. 101 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, Pb. EU 2010, L 129/52-57.

telverbod van (toen nog) artikel 81 EG-Verdrag waren vrijgesteld.

Alfa Romeo Nederland bood de auto's slechts aan erkende dealers aan die moesten voldoen aan bepaalde kwalitatieve voorwaarden met betrekking tot de inrichting van hun bedrijf, de opleiding van hun personeel, verkoopstandaarden en andere verplichtingen, bijvoorbeeld op het gebied van veiligheid. Zij hanteerde daarnaast kwantitatieve selectievoorwaarden om het aantal erkende dealers te beperken. De gedachte daarbij was om de aangesloten dealers in staat te stellen de vereiste investeringen terug te verdienen.

Onder de voorwaarden van het selectieve distributiestelsel was het de aangesloten Alfa Romeo-dealers contractueel niet toegestaan nieuwe personenauto's van dit merk te verkopen aan niet-erkende wederverkopers (een 'doorleververbod'). Dat doorleververbod werd echter kennelijk niet door iedereen gerespecteerd. Multicar, een niet-aangesloten dealer, bleek ook in staat om in Nederland nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo aan te bieden. Deze auto's had Multicar (kennelijk) verkregen van een erkende dealer binnen het selectief distributiestelsel van Alfa Romeo Nederland.

Alfa Romeo Nederland vorderde in kort geding – mede namens aangesloten Alfa Romeo dealers – dat

'[Multicar]wordt veroordeeld geen nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo binnen de EER althans in Nederland van een Alfa Romeo-dealer te betrekken en de handel in, en de wederverkoop als nieuw van zulke auto's te staken'

Zij stelde daartoe onder meer dat Multicar bewust profiteerde van de wanprestatie van de erkende dealer waar Multicar de auto's van betrok. De voorzieningenrechter wees de vorderingen van Alfa Romeo af, net als in hoger beroep het Hof Den Haag. In cassatie hadden Alfa Romeo Nederland en de aangesloten dealers meer succes.

De Hoge Raad stelde voorop dat wanneer een niet-gebonden verkoper als Multicar profiteert van de wanprestatie van een (niet nader geïdentificeerde) erkende dealer, dat oneerlijke concurrentie kan opleveren en daarmee onrechtmatig kan zijn vis-à-vis de aangesloten Alfa Romeo-dealers.

'Indien een niet aan het distributiestelsel gebonden handelaar (a) producten verhandelt die hij heeft verkregen door bewust gebruik te maken van de omstandigheid dat een gebonden handelaar, die wel behoort tot het selectieve distributiestelsel, jegens de distributeur een door deze hem opgelegde contractuele verplichting met betrekking tot het verder verhandelen van die producten of tot de daarbij te bedingen voorwaarden schendt, (b) door het verhandelen van die aldus verkregen producten in concurrentie treedt met gebonden handelaren op wie een gelijke contractuele verplichting rust, en (c) daarbij ter bevordering van het eigen bedrijf profiteert van de omstandigheid dat deze gebonden handelaren jegens hem in een ongun-

stige positie verkeren doordat zij zich aan de bedoelde contractuele verplichting houden, kan dit jegens die gebonden handelaren onrechtmatig zijn.'

Het handelen van Multicar kan tevens onrechtmatig zijn vis-à-vis de distributeur, Alfa Romeo Nederland:

'bovendien kan de hiervoor onder (a) tot en met (c) omschreven – oneerlijke – concurrentie tegenover de distributeur onrechtmatig zijn indien het distributiestelsel wordt ondermijnd, bijvoorbeeld doordat andere aan het stelsel gebonden handelaren zich eveneens aan hun verplichtingen gaan onttrekken of hun gebondenheid aan het stelsel beëindigen, dan wel derden om die reden niet tot het stelsel willen toetreden.'

De omstandigheid dat de mogelijk ongunstigere positie van de erkende dealers een gevolg is van het door Alfa Romeo Nederland verkozen distributiestelsel, kan volgens de Hoge Raad niet leiden tot de conclusie dat geen sprake is van oneerlijke concurrentie. Volgens de Hoge Raad valt ten aanzien van de dealers immers niet in te zien waarom de keuzes die Alfa Romeo Nederland ten aanzien van het distributiestelsel maakte, voor risico van die dealers zouden moeten komen. Wel kan onder omstandigheden de keuze van de distributeur voor bepaalde verkoopstandaarden een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of het handelen van Multicar tevens onrechtmatig was jegens de distributeur (hier: Alfa Romeo Nederland). Dergelijke omstandigheden had het hof echter niet voldoende kenbaar in zijn overwegingen betrokken. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het Hof Den Haag en verwees de zaak naar het Hof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing.

Samenwerkingsconvenant ziekenhuizen verboden

Het Hof Den Bosch oordeelde op 4 mei 2010 dat collectieve afspraken tussen ziekenhuizen over het aannemen en beloningsbeleid van zorgpersoneel niet zijn toegestaan.⁴ Beroepsverenigingen van anesthesiemedewerkers en operatieassistenten hadden een kort geding aangespannen tegen vijftien ziekenhuizen in Zuid-Nederland. Inzet van het kort geding was het tussen de ziekenhuizen gesloten convenant 'Samenwerken, samen opleiden' waarin de ziekenhuizen onder meer overwogen dat:

'de krappe arbeidsmarkt een belangrijke uitdaging voor de ziekenhuizen vormt. De huidige arbeidsmarktsituatie heeft voor een aantal functies, zoals operatieassistenten en anesthesiemedewerkers, tot gevolg dat: (...) een opwaartse druk ontstaat op sala-

4. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2010, JAR 2010, 145, AM 2010/7-8, p. 171-175 m.nt. Kohlen, LJM BM3366 (Samenwerkingsconvenant Ziekenhuizen).

rissen van deze functies in alle ziekenhuizen in de brede regio.⁷

De ziekenhuizen spraken onderling een aantal maatregelen af om deze ontwikkeling tegen te gaan, waaronder de maatregel dat wanneer een medewerker uit dienst zou treden om zich te gaan vestigen als ZZP'er, het scheidende ziekenhuis deze medewerker gedurende twaalf maanden geen plaats zou aanbieden ('de twaalfmaandeneis'). De ziekenhuizen bundelden voorts de krachten om – daar waar gebruik wordt gemaakt van detachering-bureaus – gezamenlijke inkoopafspraken te maken ('de inkoopafpraak'). Bovendien maakten de ziekenhuizen afspraken over arbeidsvoorwaarden, waaronder de afspraak dat de ziekenhuizen niet langer een maandelijksse toeslag aan hun personeel zouden betalen ('de arbeidsmarkttoeslag').

De beroepsverenigingen vorderden in kort geding dat het convenant nietig was en diende te worden opgeschort. Het hof wees deze vordering deels toe.

Het hof stelde voorop dat de uitzondering van artikel 16 Mededingingswet, waarop de ziekenhuizen een beroep deden, toepassing mist. Artikel 16 Mededingingswet bepaalt dat artikel 6 Mededingingswet niet voor geldt voor CAO-afspraken. Het hof overwoog dat in casu geen sprake was van afspraken tussen werkgevers enerzijds en werknemers anderzijds.

Vervolgens bakende het hof de relevante markt af. Volgens het hof dient daarbij onderscheid te worden gemaakt tussen de relevante markt voor de zorgverlening en de relevante markt waarop de ziekenhuizen zich als werkgever begeven. Laatstgenoemde relevante markt is de arbeidsmarkt voor anesthesiemedewerkers en operatieassistenten in Zuid-Nederland.

Met betrekking tot de drie hiervoor genoemde afspraken overwoog het hof in de eerste plaats (overigens zonder nadere motivering) dat door de inkoopafpraak de mededinging op de relevante arbeidsmarkt niet merkbaar verhinderd of beperkt werd, noch naar strekking, noch naar gevolg, omdat deze afspraak zag op de relatie tussen de ziekenhuizen en detacheringbureaus. Wat betreft de twaalfmaandeneis achtte het hof het voorspand voldoende aannemelijk dat de ziekenhuizen de maatregel niet waren overeengekomen met als doel de concurrentie te beperken of te verhinderen, maar leidde deze afspraak in haar gevolgen wél tot beperking van de mededinging. Anesthesiemedewerkers en operatieassistenten werden immers beperkt in hun mogelijkheden op de relevante arbeidsmarkt. Ten aanzien van de arbeidsmarkttoeslag was volgens het hof ook duidelijk dat, hoewel deze niet het doel of de strekking had de mededinging te beperken of te vervalsen, deze wel tot gevolg had dat door deze afspraak de mededinging op de arbeidsmarkt voor anesthesiemedewerkers en operatieassistenten werd beperkt. De ziekenhuizen hadden vervolgens volgens het hof onvoldoende onderbouwd waarom voldaan zou zijn aan de vier cumulatieve eisen van artikel 6 lid 3 Mededingingswet, zodat niet aannemelijk is geworden dat aan deze uitzondering op het kartelverbod is voldaan.

De conclusie van het hof luidde dan ook dat de arbeidsmarkttoeslag en de twaalfmaandeneis tot gevolg hadden dat de concurrentie tussen de ziekenhuizen op de arbeidsmarkt op ontoelaatbare wijze werden beperkt. Bij wijze van voorlopige maatregel beval het hof de ziekenhuizen om in zoverre de gewraakte afspraken op te schorten.

Nevenrestrictie

Ook uit mei 2010 dateert een vonnis van de Rechtbank Rotterdam in de zaak *Stella Navigation/Mammoet Holding*.⁵ Het geschil betrof een handelsnamenbeding in een overeenkomst tussen twee scheepvaartondernemingen. Mammoet Holding BV was rechthebbende op de handelsnamen 'Mammoet' en 'Mammoet Shipping'. In een overeenkomst met Stella Navigation NV had Mammoet Holding zich verplicht om geen gebruik meer te maken van de 'Mammoet'-handelsnamen en dit recht – tegen betaling – aan Stella Navigation verleend. Vervolgens wijzigde echter een (klein)dochtervennootschap van Mammoet Holding BV haar naam in Mammoet Shipping BV. Daarop vorderde Stella Navigation een verklaring voor recht dat de overeenkomst rechtsgeldig was en dat het Mammoet Holding BV en de aan haar gelieerde vennootschappen verboden was gebruik te maken van de handelsnamen 'Mammoet' en 'Mammoet Shipping'. Mammoet Holding BV verweerde zich door te stellen dat de verplichting om de handelsnamen niet te voeren ('het handelsnamenbeding'), een nevenrestrictie vormt die thans strijdig is met het mededingingsrecht. De rechtbank definieerde het begrip nevenrestrictie als 'elke beweerdelijke mededingingsbeperking die rechtstreeks verband houdt met en nodig is voor de verwezenlijking van een niet-beperkende hoofdtransactie en die daaraan evenredig is'.

De rechtbank ging vervolgens na of het handelsnamenbeding rechtstreeks verband hield met en nodig is voor de verwezenlijking van de hoofdtransactie.

Mammoet Holding voerde allereerst aan dat als hoofdtransactie moest worden beschouwd een verplichting tot naamswijziging. De rechtbank las echter een dergelijke verplichting niet in de overeenkomst. Vervolgens had Mammoet Holding aangevoerd dat als hoofdtransactie had te gelden de aandelenoverdracht die de achtergrond vormde van de tussen Mammoet Holding en Stella Navigation gesloten overeenkomst. Daarover oordeelde de rechtbank dat het handelsnamenbeding niet kon worden gezien als nevenrestrictie bij de aandelentransactie, omdat het handelsnamenbeding en de aandelentransactie tussen verschillende partijen werden gesloten en bovendien niet gebleken was dat het handelsnamenbeding noodzakelijk was voor de verwezenlijking van die transactie.

5. Rb. Rotterdam 12 mei 2010, AM 2010, 6, p. 140-143 m.nt. Vossestein, LJN BN133 (*Stella Navigation/Mammoet Holding*).

Nu er geen ‘hoofdtransactie’ was aan te merken, oordeelde de rechtbank dat het handelsnamenbeding geen nevenrestrictie was. Daaraan verbond de rechtbank vervolgens de (overigens niet zonder meer voor zich sprekkende⁶) conclusie dat de overeenkomst tussen Mammoet Holding en Stella Navigation ‘dus’ rechtsgeldig was. Zij wees de vorderingen van Stella Navigation dan ook toe.

Misbruik van machtspositie en bewijslastverdeling in de Rotterdamse haven

Het Hof Den Haag oordeelde in de zaak *Gemeente Rotterdam/Oliesector* dat het enkele feit dat een onderneming een economische machtspositie inneemt, geen reden is om af te wijken van de bewijsrechtelijke regels die bepalen dat het aan degene die zich beroept op een inbreuk is, om te stellen en te bewijzen dat van een zodanige inbreuk sprake is.⁷

Vier cargadoors (hierna: de oliesector) die actief zijn in de Rotterdamse zeehaven waren een civiele procedure begonnen tegen het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam. De oliesector had bezwaren tegen de hoogte van het zeehavengeld dat werd geheven voor tankschepen die de Rotterdamse haven aandeden om ruwe olie te lossen. De oliesector was, kort gezegd, van mening dat de voor olietankers geheven tarieven onredelijk hoog waren in vergelijking tot andere, in omvang vergelijkbare schepen die de Rotterdamse haven aandeden (zoals containerschepen); meer in het bijzonder vond zij dat zij niet meer zou behoren te betalen dan een tarief, dat zou zijn opgebouwd uit de daadwerkelijk aan het verblijf van olietankers toerekenbare kosten, verhoogd met een redelijk winstpercentage. Het Havenbedrijf maakte echter niet inzichtelijk hoe het zeehavengeld dat aan olietankers wordt berekend was opgebouwd, aldus de oliesector.

Volgens de oliesector had en heeft het Havenbedrijf een economische machtspositie in de Rotterdamse haven, in ieder geval waar het gaat om olietankers. Het Havenbedrijf zou misbruik van zijn machtspositie maken door olietankers bij het in rekening brengen van zeehavengeld te onderwerpen aan tarieven die (1) discriminatoir waren in die zin dat hogere tarieven voor olietankers golden dan voor andere zeeschepen, zonder dat daar een objectieve rechtvaardiging voor was, en (2) onredelijk hoog waren in verhouding tot de economische waarde van de prestatie waarvoor het tarief verschuldigd was.

De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat van een onderneming met een economische machtspositie mag worden gevergd dat deze een transparante boekhouding

voert en dat het ontbreken daarvan bewijsrechtelijk ten nadele van die onderneming moet werken. De rechtbank beval vervolgens bij tussenvonnis een deskundigenonderzoek naar de kostenstructuur, de kostentoerekening, de kostprijs en het daaraan gerelateerde feitelijk rendement per categorie zeeschepen.

Het Havenbedrijf ging in hoger beroep bij het Hof Den Haag, dat het vonnis van de rechtbank vernietigde en de vorderingen van de oliesector alsnog afwees. Het hof ging er veronderstellenderwijs van uit dat het Havenbedrijf inderdaad een economische machtspositie innam op de markt voor havendiensten verleend aan olietankers die in de haven van Rotterdam ruwe olie lossen. Het hof stelde vervolgens onder verwijzing naar artikel 2 Verordening (EG) nr. 1/2003 en het Nederlandse (proces)recht⁸ voorop dat de bewijslast en de stelplicht rusten op degene die aanvoert dat inbreuk op het verbod van misbruik van een economische machtspositie wordt gemaakt. Het was dus aan de oliesector om te stellen en te bewijzen dat het Havenbedrijf misbruik maakte van zijn economische machtspositie. Het enkele feit dat het Havenbedrijf een economische machtspositie inneemt en geen transparante boekhouding zou voeren, was volgens het hof, anders dan de Rechtbank Rotterdam had geoordeeld, geen reden om af te wijken van deze normale bewijsregels.

Ten aanzien van de eerste grondslag van de vordering van de oliesector, dat het Havenbedrijf discriminatoire tarieven zou hanteren, oordeelde het hof dat van discriminatoire tarieven slechts sprake zou kunnen zijn, indien zou worden aangetoond dat verschillende tarieven voor in wezen dezelfde diensten werden geheven. De oliesector maakte in dit opzicht een vergelijking met de containervaart, maar het Havenbedrijf had gemotiveerd bestreden dat olietankers en containerschepen vergelijkbaar zijn. Nu het Havenbedrijf de stellingen van de oliesector gemotiveerd weersprak en de oliesector geen (voldoende gespecificeerd) bewijs had aangeboden, ging het hof aan de stelling van de oliesector voorbij. Bovendien had de oliesector volgens het hof onvoldoende toegelicht waarom van een beperking van de concurrentie en daarmee van misbruik sprake kon zijn. Volgens het hof verloor de oliesector uit het oog dat haar stelling niet was dat aan de ene oliemaatschappij andere tarieven in rekening werden gebracht dan aan een andere oliemaatschappij, maar dat andere zeeschepen dan olietankers lagere tarieven hoefden te betalen dan olietankers. Niet gesteld was echter dat de oliesector in concurrentie staat met de ladingbelanghebbenden van containerschepen. Dit betekende volgens het hof dat eventuele hogere tarieven voor olietankers aan de oliesector geen nadeel bij de mededinging kon berokkenen.

Ten aanzien van de tweede grondslag van de vordering van de oliesector, dat de tarieven onredelijk hoog zouden zijn in verhouding tot de economische waarde van de prestatie waarvoor het tarief verschuldigd was, verwees het hof naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie in *United Brands*. Hieruit volgt dat de beoordeling

6. Zie ook noot van Vossestein onder deze uitspraak in *AM* 2010, 6, p. 140-143.

7. Gerechtshof 's-Gravenhage 1 juni 2010, LJN BM6398 (*Gemeente Rotterdam/Oliesector*), zie ook M.M. Slotboom en B.J.J. de Haan, 'Arrest Gerecht 's-Gravenhage: het Havenbedrijf/de oliesector', *M&M* 2010/4, p. 157-161.

8. Het hof noemt dit niet specifiek, maar bedoeld wordt op art. 150 Rv.

van een dergelijke stelling in twee stappen verloopt: (a) eerst moet worden onderzocht of het verschil tussen het tarief en de onderliggende kosten excessief is, en zo ja, (b) moet voorts worden nagegaan of het tarief op zichzelf genomen of in verhouding tot concurrerende producten onredelijk is in verhouding tot de economische waarde van de geleverde dienst. Volgens het hof had de oliesector onvoldoende gesteld om tot het oordeel te kunnen komen dat aan deze voorwaarden was voldaan. Het hof zag dan ook geen reden tot een bewijsopdracht of tot benoeming van deskundigen. Het vonnis van de rechtbank werd daarom vernietigd.

opzegging verticale duur overeenkomst

Het Hof Den Haag oordeelde op 6 juli 2010 in de kwestie Foka/Loewe over de opzegging van een verticale duurovereenkomst.⁹ Loewe was producent van elektronische apparaten en leverde deze aan Foka, voor de wederverkoop in Foka's detailhandelszaken. Loewe en Foka hadden een 'partnerovereenkomst' gesloten waarvan artikel 6 luidde dat

'de Loewe-producten niet op een misleidende wijze aangeboden mogen worden, noch verkocht mogen worden tegen bodemprijzen, speciale prijzen en/of actieprijzen, noch in combinatiepakket met andere niet-Loewe-producten en/of zodanig geadverteerd mogen worden'.

Loewe zegde per 1 oktober 2008 de partnerovereenkomst op, met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn van een maand en zonder vermelding van reden.

Foka stelde in kort geding dat de opzegging ongeldig was, omdat artikel 6 van de Loewe-partnerovereenkomst in strijd zou zijn met artikel 81 EG-Verdrag (thans artikel 101 VWEU) omdat dit een verkapte manier van verticale prijsbinding zou zijn. Ondanks het feit dat de overeenkomst een rechtskeuze voor Belgisch recht bevatte en een forumkeuze voor de Belgische rechter, stelde Foka haar vordering in bij de Nederlandse rechter, die zich op grond van artikel 31 EEX-verordening bevoegd verklaarde.

Pas tijdens het geding stelde Loewe zich op het standpunt dat de opzegging had plaatsgevonden omdat Foka onder de inkoopprijs verkocht en daarmee in strijd handelde met artikel 6 van de partnerovereenkomst. Op basis van door Loewe overgelegde stukken, nam het hof voorshands aan dat dit inderdaad het geval was. Het hof onderzocht vervolgens of de grond voor de opzegging, artikel 6 van de partnerovereenkomst, in strijd was met het Europese kartelverbod.

Het hof oordeelde dat er voorshands van uit moest worden gegaan dat artikel 6 een beperking van de mededinging opleverde, omdat met dit artikel kennelijk beoogd was het prijsniveau voor de wederverkoop te beïnvloeden. Vervolgens kwam aan de orde of sprake was van een merkbare beperking van de mededinging. Wil daarvan sprake zijn, dan moet volgens het hof de overeenkomst op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, een invloed heeft op de mededinging die niet van geringe betekenis dient te zijn. Teneinde een en ander te kunnen bepalen dient de rechter in elk geval te beschikken over gegevens over de omzet van de partijen, de betrokken productmarkt en de betrokken geografische markt, het marktaandeel van de partijen op die markten en over de mate van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Het hof constateerde dat ook in hoger beroep niet of nauwelijks een inhoudelijk debat over deze punten is gevoerd. Met name Foka, op welke partij de stelplicht rust, had terzake niets gesteld. Dit betekende dat in dit geding te onduidelijk was of sprake is van nietigheid van artikel 6 van de partnerovereenkomst wegens strijd met artikel 101 VWEU.

Het hof concludeerde dan ook dat Loewe gemotiveerd en gestaafd met producties naar voren heeft gebracht dat Foka producten heeft aangeboden tegen prijzen die liggen onder de inkoopprijs en aldus heeft gehandeld in strijd met artikel 6 van de overeenkomst. Verder moest er voorshands van worden uitgegaan dat de partnerovereenkomst naar Belgisch recht op deze grond opzegbaar was. Het hof achtte de opzegging vervolgens niet strijdig met het Europese mededingingsrecht en daarom ook niet onrechtmatig.

een overeenkomst in strijd met het kartelverbod?

Op 26 juli 2010 oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag in de zaak *One/KPN* dat een partij niet kan worden gedwongen tot het aangaan van een overeenkomst die in strijd zou zijn met het kartelverbod.¹⁰

KPN had haar partnerovereenkomst opgezegd met One, een bedrijf dat zich toelegt op de distributie en verkoop van elektronica en mobiele telefonie. Vervolgens wilde One als subdistributeur van KPN optreden, maar slaagde er bij een aantal groothandelaren niet meer in om producten in te kopen. Volgens One suggereerde de redengeving van de groothandelaren dat KPN hen had ontmoedigd nog aan One te leveren. In reactie hierop liet KPN onder meer weten dat zij verschillende criteria hanteerde op grond waarvan zij al dan niet akkoord ging met subdistributie.

9. Gerechtshof 's-Gravenhage 6 juli 2010, AM 2010, 9, p. 221-225 m.nt. Chellingsworth, (*Foka/Loewe*).

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

‘Reden hiervoor is dat ook de subdistributeurs KPN vertegenwoordigen. Derhalve heeft KPN er belang bij, en recht toe, criteria te stellen voor het toelaten van subdistributeurs, zowel ter bescherming van KPN’s reputatie en goede naam, als ten aanzien van de door de subdistributeur te creëren toegevoegde waarde voor KPN.’

One vorderde vervolgens in kort geding primair dat zij geaccepteerd zou worden als subdistributeur, en subsidiair dat KPN aan One bekend zou maken welke criteria zij hanteerde ten aanzien van de acceptatie van subdistributeurs. One legde daaraan ten grondslag dat onrechtmatig zou zijn dat KPN de groothandelaren heeft geïnstrueerd One niet als subdistributeur van KPN aan te stellen. KPN hanteerde volgens One een selectief distributiesysteem. Zij zou discrimineren en handelen in strijd met het mededingingsrecht doordat zij weigerde haar criteria voor subdistributie aan One bekend te maken en One de mogelijkheid ontzegde om als subdistributeur te worden erkend.

De voorzieningenrechter oordeelde dat de sanctie van nietigheid (art. 6 lid 2 Mw en art. 101 lid 2 VWEU) in de weg stond aan de toewijzing van de primaire vordering. One had zich immers op het standpunt gesteld dat de overeenkomsten tussen KPN en haar distributeurs en de daardoor inhoudelijk bepaalde overeenkomsten tussen de distributeurs en de subdistributeurs van KPN mededingingsbeperkend en daarmee nietig zouden zijn. KPN kon volgens de voorzieningenrechter niet worden verplicht tot het accepteren van overeenkomsten die volgens de eigen stellingen van One geheel of op een essentieel onderdeel nietig waren.

Met betrekking tot de subsidiaire vordering van One constateerde de voorzieningenrechter dat One kennelijk zelf wenste te kunnen beoordelen of de door KPN gehanteerde wijze van distributie binnen het kartelverbod viel. De voorzieningenrechter was het met KPN eens dat voor het vaststellen van een handelen in strijd met het kartelverbod een marktanalyse nodig was, waarvoor in beginsel One de relevante gegevens had moeten aandragen. Op dit punt had One ‘in geen enkel opzicht aan haar stelplicht voldaan’ zodat de voorzieningenrechter ook de subsidiaire vordering van One afwees.

Opzegging exclusieve distributierelatie en passieve verkoop in exclusief distributiestelsel

BASF en VCW sloten in 1984 een exclusieve distributieovereenkomst voor de promotie, verkoop en levering van BASF-verfproducten in Zuid-Holland. In 2005 besloot BASF haar producten in Nederland rechtstreeks te gaan verkopen, met name via het internet, op basis van een nieuw businessmodel. De invoering van dit

nieuwe businessmodel betekende het einde van het tot dan toe gehanteerde model waarin werd gewerkt met een netwerk van exclusieve distributeurs. BASF trad in onderhandeling met de distributeurs om tot een activa-transactie te komen; de koop en overdracht van de klantenkring door BASF gekoppeld aan een non-concurrentiebeding, tegen een nader te bepalen koopprijs. BASF bereikte overeenstemming met een aantal exclusieve distributeurs, maar niet met VCM. Vanaf september 2006 adverteerde BASF vervolgens in vakbladen en op het internet om haar webshop te promoten en begon ze ook met rechtstreekse verkoop via internet in die regio’s waar ze de distributie al had overgenomen van haar voormalige exclusieve distributeurs. Hierbij maakte BASF duidelijk dat levering in de regio Zuid-Holland zou blijven plaatsvinden via VCM.¹¹

In april 2007 zegde BASF de distributieovereenkomst met VCW op (met inachtneming van een opzegtermijn van één maand en onder aanbidding van het betalen van een schadevergoeding van € 600.000). Als reden voor de opzegging gaf zij onder meer dat VCW de facto haar klantenkring zou hebben overgedragen aan een derde, alsook dat VCW niet langer gericht zou zijn op een continuering van de distributierelatie en een bestendiging (en uitbouw) van de producten aan de klantenkring. VCM vorderde daarop schadevergoeding voor de Rechtbank Utrecht. Zij legde daaraan ten grondslag dat BASF wanprestatie dan wel een onrechtmatige daad had gepleegd, door advertenties op het internet en in vakbladen te plaatsen waarin ze haar webshop promootte en door de distributierelatie met VCM op onrechtmatige wijze en met inachtneming van een te korte termijn op te hebben gezegd.

De rechtbank was met VCM van oordeel dat sprake was van een bijzondere rechtsverhouding tussen partijen, onder meer doordat VCW een omzetafhankelijkheid van BASF had van ongeveer 65%. Vervolgens ging de rechtbank na of de advertenties van BASF wanprestatie of onrechtmatige daad opleverden.

Niet in geschil was dat het BASF op grond van de distributieovereenkomst niet was toegestaan om in het verkoopgebied van VCW actief te verkopen. BASF betoogde echter dat het maken van reclame moest worden gekwalificeerd als passieve verkoop, hetgeen haar als leverancier altijd is toegestaan. Volgens VCW was passieve verkoop in een normale relatie tussen een leverancier en haar distributeur mogelijk toegestaan, maar bracht de bijzondere rechtsverhouding tussen partijen mee dat dit in het onderhavige geval niet was toegestaan. De rechtbank overwoog dat voor de beoordeling van de vraag of het was toegestaan dat een leverancier, die een exclusieve distributieovereenkomst met een distributeur had, verkoopactiviteiten ontplooid, in de eerste plaats het onderscheid tussen *actieve* en *passieve* verkoop van belang is. Exclusieve distributieovereenkomsten zijn onder omstandigheden toegestaan op grond van de Groepsvrijstelling verticale overeenkomsten (Verorde-

11. Rb. Utrecht 1 september 2010, RCR 2010, 77, LJN BN5770 (VCW/BASF).

ning (EG) nr. 2790/1999) tenzij deze leiden tot een volledige territoriale gebiedsbescherming voor de exclusieve distributeur. Daarom is uitsluitend toegestaan dat de actieve verkoop in het gebied dat exclusief aan een distributeur is voorbehouden, wordt beperkt. De rechtbank was dan ook van oordeel dat passieve verkoop door BASF in beginsel was toegestaan.

Gelet op de tussen partijen geldende distributieovereenkomst en de hechte relatie was de rechtbank ook van oordeel dat bijkomende omstandigheden ertoe *kunnen* leiden dat ook passieve verkoop een toerekenbare tekortkoming jegens VCW oplevert. Echter, in de gegeven omstandigheden (klanten van VCW die zich rechtstreeks tot BASF wendden, werden door BASF naar VCW verwezen, op de website werden in Zuid-Holland gevestigde klanten erop gewezen dat zij voor hun bestellingen alleen bij VCW terecht konden, en de e-shop was zodanig opgezet dat klanten van VCW niet via de e-shop konden bestellen) had BASF naar het oordeel van de rechtbank wat betreft de wijze van adverteren voldoende zorgvuldig jegens VCW gehandeld. Dit handelen leverde dan ook geen wanprestatie of onrechtmatige daad op.

Voor wat betreft de opzegging van de distributieovereenkomst oordeelde de rechter dat, gelet op de hechte en bijzondere relatie tussen partijen in dit geval weliswaar een zwaarwegende grond vereist is, maar dat deze aanwezig was in de wens van BASF om rechtsreeks te gaan verkopen in verband met teruglopende omzetten en de verstoorde relatie tussen partijen. Voor een redelijke opzegtermijn dienen de wederzijdse belangen van partijen worden afgewogen. Daarbij zijn ook de aard en het gewicht van de redenen voor opzegging van belang. In de rechtspraak wordt ten aanzien van distributieovereenkomsten uitgegaan van een redelijke opzegtermijn die ligt tussen enkele maanden en drie jaar, waarbij drie jaar uitzonderlijk is. Gelet op de omstandigheden van het geval en met name de hechte, langdurige relatie tussen partijen waarbij VCW in belangrijke mate voor haar omzet afhankelijk was van BASF, was de rechtbank van mening dat BASF een opzegtermijn van één jaar in acht had moeten nemen.

Fiscale aftrekbaarheid van NMa- en commissie-boetes

De discussie over de fiscale aftrekbaarheid van door de NMa en de Europese Commissie opgelegde boetes werd in 2010 voortgezet.¹² Op basis van lagere rechtspraak was lange tijd onduidelijk of mededingingsrechtelijke boetes opgelegd door de NMa en de Europese Commissie wel of niet fiscaal aftrekbaar waren.

Artikel 3.14 Wet Inkomstenbelasting 2001 bepaalt dat 'geldboeten opgelegd door een Nederlandse strafrechter (...), bestuurlijke boeten, (...), en geldboeten opgelegd

12. Zie ook E.K.S. Mollen, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2009', *M&M* 2010/2.

door een instelling van de Europese Unie' bij het bepalen van de winst niet in aftrek komen. De aftrekuitsluiting van geldboeten dient de effectiviteit van straffen, die zou worden uitgehold door fiscale aftrekbaarheid ervan. Met de aftrekuitsluiting wordt voorkomen dat een deel van de opgelegde strafsanctie op de fiscus wordt afgewenteld.¹³ Uit lagere rechtspraak leek te volgen dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen boetes opgelegd door de NMa en boetes opgelegd door de Europese Commissie. In 2006 bepaalde de Rechtbank te Haarlem dat het

'het communautaire begrip 'geldboete' van het nationaalrechtelijke begrip 'geldboete' [verschilt] doordat de [communautaire] boete, anders dan de naar nationaal recht opgelegde geldboeten, zowel bestraffende als voordeelontnemende elementen bevat.'

De rechtbank overwoog vervolgens dat het onaanvaardbaar zou zijn dat de communautaire boete 'voor zover voordeelontnemend van karakter, niet in aftrek op de winst wordt toegelaten.'¹⁴ Dezelfde rechtbank overwoog in een andere uitspraak dat 'een NMa-boete (...) niet anders kan worden gekwalificeerd dan als bestraffend' en daarom niet fiscaal aftrekbaar is.¹⁵

Tegen beide uitspraken werd hoger beroep ingesteld bij het Hof Amsterdam, wat resulteerde in twee uitspraken op 11 maart 2010.¹⁶ Het hof bepaalde dat zowel boetes opgelegd door de NMa als boetes opgelegd door de Europese Commissie niet fiscaal aftrekbaar zijn. Volgens het hof

'biedt de tekst van de uitsluitingsbepaling [artikel 3.14 Wet IB 2001] en de daarop door de wetgever gegeven toelichting geen aanknopingspunt voor een splitsing tussen een bestraffend en een voordeelontnemend gedeelte van de boete. De vraag of en zo ja, in hoeverre, bij het bepalen van de hoogte van boetes als de onderhavige (...) door de Commissie mede rekening wordt gehouden met de omvang van door de beboete onderneming in verband met haar overtredingen van het mededingingsrecht behaalde economische en financiële voordelen, acht het Hof derhalve, anders dan de rechtbank, zonder belang.'

Het hof overwoog verder dat geen onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds een door de Europese Commissie opgelegde mededingingsboete en anderzijds een door de NMa opgelegde mededingingsboete en dat derhalve in beide gevallen de uitsluitingsbepaling gelijkelijk van toepassing is.

De onderneming in kwestie ging tegen deze uitspraak in cassatie en op 16 november 2010 volgde de conclusie

13. *Kamerstukken II* 1988/89, 20 857, nr. 3, p. 1 en 2.

14. Rb. Haarlem 22 mei 2006, *NTRF* 2006, 1038 m.nt. De Vries, *V-N* 2007, 18.2.3, LJN AX7112.

15. Rb. Haarlem 3 oktober 2008, *V-N* 2009, 3.2.2, LJN BF7320.

16. Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2010, *FED* 2010, 49, met aant. Geursen, *NTRF* 2010, 830, LJN BL7056; Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2010, *NTRF* 2010, 832, LJN BL7052.

van A-G Wattel.¹⁷ A-G Wattel concludeerde dat de parlementaire geschiedenis geen aanknopingspunt biedt voor een splitsing tussen een bestraffend en voordeelontnemend deel binnen een EU-kartelboete. Volgens de A-G heeft de wetgever geen aftrek gewild, ongeacht 'de vergeldende, preventieve, voordeelontnemende of andere strekking' van mededingingsboetes. Hij concludeerde dan ook tot ongegrondverklaring van het cassatieberoep. De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan. In een andere zaak waarin A-G Wattel op 22 december 2009 concludeerde¹⁸ over de fiscale aftrekbaarheid van mededingingsboetes heeft de Hoge Raad inmiddels wel uitspraak gedaan.¹⁹ Toen kwam de A-G tot de conclusie dat hoewel

'kartelboeten mede de strekking hebben het onrechtmatig verkregen voordeel aan de overtreder te ontnemen, met name nu (i) afschrikking en bestraffing van calculerende ondernemingen door geldboeten pas kan beginnen nadat die boete de door hun overtredingen verworven voordelen heeft gecompenseerd en (ii) de verhoopde geprivatiseerde voordeelontneming door middel van schade-acties van benadeelden volgens de Commissie niet van de grond komt'

dit toch niet leidt tot fiscale aftrekbaarheid van dergelijke mededingingsrechtelijke boetes

'nu uit de parlementaire geschiedenis van art. 3.14 Wet IB 2001 en van de Mededingingswet genoegzaam blijkt dat de precieze strekking van de EU-mededingingsboete en de NMa-mededingingsboete (ontnemend of bestraffend) voor de aftrekuitsluiting niet ter zake doet: de wetgever heeft in het geheel geen aftrek van Nederlandse bestuurlijke en EU-boeten gewild'

De slotsom van de A-G luidde dan ook dat mededingingsboeten naar intern Nederlands fiscaal recht niet aftrekbaar zijn, ongeacht of zij opgelegd zijn door de NMa of door de Europese Commissie.²⁰ In de uitgebreide bijlage bij de conclusie van 22 december 2009 overwoog de A-G tevens dat

'mededingingsboeten, opgelegd door mededingingsautoriteiten van andere EU-lidstaten wél (geheel) aftrekbaar zijn, ervan uitgaande dat kartels altijd de zakelijke doelen van de kartellisten dienen.'

De Hoge Raad, als gezegd, wees in deze kwestie op 11 januari 2011 arrest en oordeelde dat NMa-boetes volledig onder de aftrekuitsluiting van artikel 3.14 Wet IB 2001 vallen en derhalve niet fiscaal aftrekbaar zijn. De

17. Conclusie A-G Wattel 16 november 2010, V-N 2010, 65.4, LJN BO6770.

18. Opinie A-G Wattel 22 december 2009, NTFR 2010, 831, LJN BL0214.

19. HR 7 januari 2011, NTFR 2011, 100 met commentaar Douma, LJN BL0214.

20. A-G Wattel, Bijlage bij de conclusies van 22 december 2009, Fiscale verwerking van kartelboeten, opgelegd door de NMa of de EU-Commissie, nummer 9.

Hoge Raad is niet ingegaan op de vraag of dit zelfde geldt voor boetes opgelegd door de Europese Commissie en boetes opgelegd door mededingingsautoriteiten van andere lidstaten.

Schadevergoedingsacties

Zoals al in de inleiding opgemerkt, is er zowel nationaal als internationaal toenemende belangstelling voor schadevergoedingsacties op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen. Hoewel de conceptrichtlijn van de Europese Commissie in de zomer van 2009 is gesneuveld, zijn er aanwijzingen dat er opnieuw voorstellen in voorbereiding zijn om het te gelde maken van dergelijke schadevergoedingsvorderingen in Europa te vergemakkelijken. In een toespraak voor de Universiteit van Valladolid in oktober 2010, zei Eurocommissaris Almunia dat hij in de tweede helft van 2011 verwachtte te komen met 'a specific proposal on antitrust damages actions', met daarin 'common standards and minimum requirements for national systems of antitrust damages actions to ensure that rights are a reality for all'.²¹ Inmiddels ziet het er overigens naar uit dat een dergelijk voorstel niet vóór 2012 zal worden gepresenteerd.

In ons land is op dit moment een aantal dergelijke schadevergoedingsacties op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen onderwerp van een civiele procedure. Vanwege het veelal grensoverschrijdende karakter van dergelijke acties, zullen wij op deze plaats niet alleen aandacht besteden aan een relevant arrest van eigen bodem, maar tevens aan enkele belangwekkende uitspraken van rechters uit Engeland, Duitsland en Frankrijk.

Schadeverhaal door de onderneming: Safeway/Twigger

Bij schadevergoedingsacties op basis van mededingingsrechtelijke overtredingen wordt doorgaans in de eerste plaats gedacht aan acties tegen overtreders van het kartelverbod door afnemers of concurrenten. In zekere zin is echter de onderneming aan wie de overtreding wordt toegerekend, eveneens een slachtoffer. Zij wordt (niet zelden: ernstig) benadeeld door de ongeoorloofde gedragingen van individuen in de eigen organisatie, resulterend in hoge boetes en schadevergoedingsvorderingen. De vraag laat zich stellen of in een dergelijk geval de onderneming en/of de schuldeisers verhaal kunnen zoeken op de verantwoordelijke persoon of personen. Het jaar 2010 bracht op dit punt een belangrijke uitspraak in Engeland, waar supermarktketen Safeway een boete probeerde te verhalen op de bij de inbreuk betrokken ex-werknemers en ex-directeuren.

In mei 2004 werd de Engelse supermarktketen Safeway overgenomen door het veel grotere Morrisons. De nieuwe eigenaren stond echter een onaangename verrassing

21. Joaquín Almunia, toespraak voor de Universiteit van Valladolid, 15 oktober 2010, te raadplegen via <www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/554>.

te wachten. Ruim een half jaar na de overname begon de Office of Fair Trading (OFT) een onderzoek naar mogelijke prijsafspraken tussen supermarkten en zuivelverwerkers over melk en andere zuivelproducten. Het onderzoek wees uit dat in de periode 2002-2003 inderdaad illegale prijsafspraken waren gemaakt, waarbij Safeway was betrokken. In verband daarmee verwachtte Safeway een boete van tussen £ 10 miljoen en £ 16.5 miljoen.

(De nieuwe eigenaren van) Safeway besloot (besloten) vervolgens om te proberen de nog op te leggen boete, alsook de kosten van het verweer in de procedure voor de OFT, als schade te verhalen op de ex-werknemers en ex-directeuren die zich in de relevante periode schuldig hadden gemaakt aan de mededingingsrechtelijke inbreuk. Kern van de stellingen van Safeway was dat de betrokken individuen, door het door de OFT gewraakte gedrag, zich schuldig hadden gemaakt aan wanprestatie onder hun arbeidscontract, hun fiduciaire taken als bestuurders ernstig hadden verzaakt en/of in meer algemene zin onrechtmatig hadden gehandeld vis-à-vis de onderneming.

De gedaagden stelden daartegenover dat, zelfs als Safeway al haar stellingen aannemelijk zou kunnen maken, het beginsel *ex turpi causa non oritur actio* eraan in de weg staat dat een onderneming die, zoals Safeway, een boete opgelegd krijgt vanwege een aan haar zelf toe te rekenen inbreuk, die boete probeert af te wentelen op een ander. Zij verzochten daarom om een *summary judgment*.

In eerste aanleg werd het verzoek om *summary judgment* afgewezen. In appèl hadden de gedaagden echter wel succes.²² De Court of Appeal was unaniem van oordeel dat het *ex turpi causa*-beginsel eraan in de weg staat dat Safeway de aan haar opgelegde boete verhaalt op haar ex-werknemers of -directeuren. Zou het anders zijn, dan zou volgens Lord-Justice Pill mogelijk de afschrikwekkende werking die van de mededingingsrechtelijke handhaving zou moeten uitgaan, worden ondermijnd:

‘The policy of the 1998 Act is to protect the public and to do so by imposing obligations on the undertaking specifically. The policy of the statute would be undermined if undertakings were able to pass on the liability to their employees, or the employees’ D & O insurers. Only if the undertaking itself bears the responsibilities, and meets the consequences of their non-observance, are the public protected. A deterrent effect is contemplated and the obligation to provide effective preventative measures is upon the undertaking itself.’

Safeway heeft overigens aangekondigd hiertegen in beroep te gaan bij het Supreme Court.

Schadeverhaal door de mededingingsautoriteit: Bouwbeheer

Ook uit 2010 dateert een arrest van het Hof Den Bosch, over een bijzonder geval waarin de NMa een directeur van Bouwbeheer aansprakelijk hield voor betaling van de boete, omdat hij onvoldoende middelen in de beboete onderneming had achtergelaten om de nog op te leggen boete te kunnen voldoen.²³

Bouwbeheer had op 12 oktober 2005 bij monde van haar bestuurder aan de NMa bekendgemaakt te opteren voor de versnelde procedure in het kader van de kwestie die bekend staat als de bouwfraude. Deze versnelde procedure hield in dat de boete die nog aan Bouwbeheer zou worden opgelegd met 15% zou worden verminderd, in ruil voor het afzien van een gehele of gedeeltelijke betwisting van de verweten feiten. Eind augustus 2006 legde de NMa een boete op van ongeveer € 175.000, inclusief de 15% korting. Ondanks diverse aanmaningen en een dwangbevel betaalde Bouwbeheer de boete van de NMa niet. Bij beslaglegging bleek Bouwbeheer ook geen verhaal te bieden.

De NMa sprak vervolgens de bestuurder zelf aan voor de schade die zij leed doordat Bouwbeheer de haar opgelegde boete niet voldeed. Net als de rechtbank wees het Hof Den Bosch deze vordering toe. Het hof overwoog dat indien een bestuurder van een vennootschap die wel kan, kon of zou kunnen betalen, bewerkstelligt dat de vennootschap zonder valabele redenen niet betaalt en geen verhaal biedt, dat handelen als betalingsonwil kan worden geduid en dat, indien de bestuurder daarvan een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt, dit kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de crediteur.

Het hof constateerde vervolgens dat de financiële situatie van Bouwbeheer ten tijde van het verzoek tot afdoening via de versnelde procedure zodanig was dat Bouwbeheer aan de op te leggen boete zou hebben kunnen voldoen. Volgens het hof mocht van de bestuurder vanaf dat moment worden verwacht dat hij bij de bedrijfsvoering van Bouwbeheer met de te verwachten boete rekening zou houden. Het argument van de bestuurder dat hij de hoogte van die boete niet had kunnen voorzien, werd door het hof niet overtuigend gevonden. Het boetebeleid van de NMa was kenbaar en de bestuurder heeft de gemotiveerde stelling van de NMa dat hij de boete zelf kon berekenen volgens het hof onvoldoende gemotiveerd weersproken. Het hof acht het dan ook voorshands en behoudens door de bestuurder te leveren tegenbewijs bewezen dat de bestuurder voor het onvoldaan en onverhaald blijven van de boete persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Hoewel de bestuurder nog ruimte kreeg voor het leveren van tegenbewijs, heeft hij daarin kennelijk geen brood meer gezien. In november 2010 is de zaak op initiatief van de bestuurder geschikt voor het bedrag van

22. *Safeway/Twigger*, Court of Appeal 21 december 2010, [2010] EWCA Civ. 1472.

23. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 mei 2010, AM 2010, 6, p. 144 m.nt. Kortmann, LJN BM5941 (*Bouwbeheer*).

de NMa-boete plus een deel van de door de NMa gemaakte kosten.²⁴

Schadevergoedingsacties door afnemers: ‘passing on’

Een vaststelling van een mededingingsrechtelijke inbreuk door de Europese Commissie of nationale kartelautoriteit leidt de laatste jaren ook steeds vaker tot schadevergoedingsacties door directe en indirecte afnemers van de inbreukmakers. Voorwaarde voor toewijzing van een schadevergoedingsvordering – althans in de meeste Europese landen – is dat de afnemer kan aantonen ook daadwerkelijk schade te hebben geleden als gevolg van die overtreding. Omdat de bewijslast ten aanzien van de gestelde schade in beginsel op de eiser rust, brengen in de praktijk eisers vaak rapporten van schade-experts in het geding. Denk bijvoorbeeld aan een rapport waarin na bestudering van de prijsontwikkeling vóór, gedurende en na de periode van een inbreuk op het kartelverbod van artikel 101 TFEU, wordt geconcludeerd dat de inbreuk ertoe heeft geleid dat afnemers een te hoge prijs voor het gekarteliseerde product hebben betaald. Zelfs als een dergelijke ‘meerprijs’ aannemelijk wordt gemaakt, is daarmee echter nog niet de schade aangetoond. Vervolgvraag is immers hoe die meerprijs in de productie- en/of distributieketen is doorberekend. Heeft de partij die het product van de inbreukmaker(s) afnam (de ‘directe afnemer’) de meerprijs zelf in de portemonnee gevoeld, of heeft hij deze geheel of gedeeltelijk kunnen doorberekenen aan zijn eigen afnemers? En als blijkt dat hij de meerprijs geheel of gedeeltelijk heeft kunnen doorberekenen, leidt dat dan in zoverre tot een vermindering van zijn aanspraken op schadevergoeding? Dit is wat men in het internationale discours aanduidt als de vraag naar de geldigheid van het *passing on*-verweer.

In Nederland is deze vraag nog niet door een rechter beantwoord. Wel kan uit de reactie van de Nederlandse Staat op het Groenboek van de Europese Commissie over ‘schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels’ worden afgeleid dat onze regering ervan uitgaat dat het verweer naar Nederlands recht gevoerd kan worden. Het niet toestaan van het *passing on*-verweer zou in strijd zijn met het compensatoire karakter van ons schadevergoedingsrecht, omdat het ertoe zou kunnen leiden dat de door rechter toegekende schadevergoeding hoger uitvalt dan de daadwerkelijke geleden schade.²⁵

Uit twee in 2010 verschenen uitspraken blijkt dat rechters in Duitsland en Frankrijk de vraag naar de geldigheid van het *passing on*-verweer heel uiteenlopend beantwoorden.

24. Persbericht NMa 11 november 2010, ‘NMa treft schikking in zaak niet-betalen boete’, te vinden op: <www.nmanet.nl/nederlands/home/Actueel/Nieuws_Persberichten/Webberichten/31-10_NMa_treft_schikking_in_zaak_niet-betalen_boete.asp>.

25. Ministerie van Economische Zaken, *Nederlandse reactie op het Groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*, p. 10 (te raadplegen via <www.ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_green_paper_comments/netherlands_ministry_of_economic_affairs_nl.pdf>).

- *Duitsland: Kreissparkasse Steinfurt / August Papierfabrik Köhler AG*

Op 11 juni 2010 deed het Oberlandesgericht Karlsruhe uitspraak in een aansprakelijkheidskwestie die was voortgekomen uit een beschikking van de Europese Commissie van eind 2001, inzake zelfkopiërend papier. ORWI, een middelgrote drukkerij, had in de periode van de kartelinbreuk via een viertal groothandels zelfkopiërend papier afgenomen van onder meer de gedaagde, inbreukmaker August Papierfabrik Köhler. Volgens ORWI resulteerden de illegale prijsafspraken waaraan de inbreukmakers zich schuldig hadden gemaakt in een kunstmatige prijsverhoging gedurende de periode van de inbreuk. Die prijsverhoging was volgens ORWI vervolgens door de afnemers van de inbreukmakers – de groothandels – deels doorbelast aan de volgende schakel in de distributieketen, waaronder ORWI. ORWI is in 2003 failliet gegaan. Eiseres Kreissparkasse Steinfurt, een lokale bank, heeft de vordering van ORWI op August Papierfabrik Köhler overgenomen en probeerde deze door middel van een civiele procedure te gelde te maken.

De Duitse wetgever heeft in 2005 door middel van een wetwijziging de mogelijkheid tot het voeren van een *passing on*-verweer beperkt. In het *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* is nu bepaald dat wanneer een goed of dienst door een mededingingsrechtelijke overtreding voor een meerprijs (*überteuerten Preis*) is afgenomen, een schadevergoedingsactie niet is uitgesloten om de enkele reden dat het desbetreffende goed of de dienst is doorverkocht. Hoewel de formulering van de rechtsregel niet eenduidig is, wordt algemeen aangenomen dat door deze wetwijziging slechts in uitzonderingsgevallen nog met succes het *passing on*-verweer kan worden gevoerd. Onduidelijk is echter wat dat betekent voor indirecte afnemers zoals ORWI, die stellen nu juist schade te hebben geleden omdat een *überteuerten Preis* aan hen is doorberekend. Het Berlijnse Kammergericht heeft in oktober 2009 nog geoordeeld dat zowel directe als indirecte afnemers de gehele meerprijs kunnen vorderen, maar dat doen als *Gesamtgläubiger*, dat wil zeggen, hoofdelijke schuldeisers.²⁶ In de onderhavige uitspraak, die dateert van 11 juni 2010, koos het Oberlandesgericht Karlsruhe een andere weg.

Het Oberlandesgericht Karlsruhe oordeelde dat schadevergoedingsvorderingen die gebaseerd zijn op een overtreding van het kartelverbod, in beginsel alleen aan directe afnemers van de karteldeelnemers toekomen. Hoewel de hiervoor genoemde wijziging van het *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* nog niet op deze casus van toepassing was, oordeelde het Oberlandesgericht dat ook daarvoor het *passing on*-verweer naar Duits recht afgewezen moest worden. Keerzijde is wel dat dubbel-tellingen moeten worden voorkomen. Bij de wetwijziging in 2005 had de Duitse wetgever reeds uitdrukkelijk opgemerkt dat het onwenselijk zou zijn om inbreukmakers meer dan één keer voor dezelfde schade aan te slaan. De door het Berlijnse Kammergericht ontwikkel-

26. Kammergericht Berlin 1 oktober 2009, Az 2 U 10/03 Kart.

de gedachte dat directe en indirecte afnemers als hoofdelijke schuldeisers optreden, lijkt het probleem van dubbeltellingen weliswaar te ondervangen, maar deze oplossing acht het Oberlandesgericht praktisch onwerkbaar. Het zou tot oneindig gesteggel leiden tussen partijen in de verschillende schakels van de distributie- en/of productieketen.

Volgens het Oberlandesgericht is daarom het uitgangspunt dat alleen partijen die rechtstreeks hebben afgenomen van de inbreukmakers, schadevergoeding kunnen vorderen. Ten opzichte van hen kan het *passing on*-verweer in beginsel niet gevoerd worden. Indirecte afnemers als ORWI hebben echter geen recht op schadevergoeding. Een uitzondering geldt wanneer de directe afnemer – de ‘tussenschakel’ – een dochtermaatschappij is van de inbreukmaker. Zou in dat geval ook gelden dat alleen de directe afnemer gerechtigd zou zijn schadevergoeding te vorderen, dan zouden inbreukmakers eenvoudig de dans kunnen ontspringen. Een van de vier groothandels waarvan ORWI zelfkopiërend papier afgenomen had, was een dochtermaatschappij van gedaagde August Papierfabrik Köhler. In zoverre werden de vordering van Kreissparkasse Steinfurt, na begroting, wel toegewezen. Voor het overige werden de vorderingen afgewezen.²⁷

Naar verluidt is de zaak inmiddels voorgelegd aan de hoogste civiele rechter in Duitsland, het Bundesgerichtshof.

• *Frankrijk: Doux Aliments Bretagne/Ajinomoto*

Op 15 juni 2010, vier dagen na de uitspraak van het Oberlandesgericht Karlsruhe, wees de hoogste civiele rechter in Frankrijk een arrest waarin voor het Franse recht de geldigheid van het *passing on*-verweer nu juist werd bevestigd.

In een beschikking die dateert uit 2000, stelde de Europese Commissie vast dat Archer Daniels Midland, Ajinomoto en drie andere ondernemingen zich schuldig hadden gemaakt aan een overtreding van het kartelverbod. De ondernemingen zouden tussen 1990 en 1995 prijsafspraken hebben gemaakt op de wereldwijde markt voor lysine, een aminozuur dat werd toegevoegd aan veevoer om de voedingswaarde ervan te verhogen. De zaak trok destijds veel aandacht, onder meer vanwege de verborgen opnames die de Amerikaanse autoriteiten met behulp van een klokkenluider hadden gemaakt van de bijeenkomsten tussen de inbreukmakers.

Doux Aliments Bretagne, een groep die voer voor kippen, eenden en ander gevogelte vervaardigt, had in de periode van de inbreuk aanzienlijke hoeveelheden lysine afgenomen van Ceva Santé Animale, die dat product op haar beurt betrok van inbreukmaker Ajinomoto. Met behulp van een hoogleraar agrarische economie berekende Doux Aliments Bretagne dat zij destijds circa 30% te veel had betaald voor de door haar afgenomen lysine. Zij vorderde daarom schadevergoeding van zowel haar leverancier Ceva Santé Animale, als van inbreukmaker Ajinomoto.

In feitelijke instanties werd de vordering tegen Ceva Santé Animale tweemaal afgewezen. Zij had met de inbreuk niets van doen en haar kon daarom geen onrechtmatig gedrag verweten worden. Het Court d'Appel de Paris wees echter de vordering tegen Ajinomoto wel deels toe. Volgens het Parijse Hof had de omstandigheid dat eiseres Doux Aliments Bretagne de door haar berekende meerprijs weer kon doorberekenen aan haar eigen klanten, geen invloed op haar recht op schadevergoeding. Immers, zo overwoog het Parijse Hof, het doorberekenen van de meerprijs zou mogelijk negatieve repercussies hebben gehad voor de concurrentiepositie van Doux Aliments Bretagne in haar eigen markt. Met toepassing van de ‘verlies van een kans’-doctrine stelde het Parijse Hof de schade van Doux Aliments Bretagne vervolgens vast op 30% van het door haar gevorderde bedrag.

In cassatie hield het arrest van het Parijse Hof echter geen stand. De Chambre Commerciale van het Cour de Cassation oordeelde dat het Parijse Hof het recht verkeerd had toegepast door niet te onderzoeken of eiseres Doux Aliments Bretagne geheel of ten dele in staat was geweest een eventuele meerprijs door te berekenen aan haar eigen afnemers. De hoogste Franse rechter benadrukte daarbij dat het toekennen van schadevergoeding zonder vast te stellen of de daadwerkelijke schade lager of non-existent was, zou kunnen leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van Doux Aliments Bretagne. Door bovendien de ‘verlies van een kans’-doctrine toe te passen zonder partijen in staat te hebben gesteld zich daarover uit te laten, had het Parijse Hof zich op ontoelaatbare wijze buiten de grenzen van de rechtsstrijd begeven.

Collectief schadeverhaal: Emerald a.o./British Airways

Ten slotte vragen wij nog kort aandacht aan een Engels arrest over collectief schadeverhaal. Op 4 februari jongstleden publiceerde de Europese Commissie een *consultation paper* over collectief schadeverhaal (SEC(2011)173, *Towards a more coherent European approach to collective redress*). Hoewel het formele standpunt van de Europese Commissie voorlopig niet vaststaat, ligt in de lijn der verwachtingen dat zij (wederom) zal proberen om via wetgeving een collectieve actie in Europa te introduceren.

In Engeland wil het met de introductie van een collectieve schadevordering nog niet zo vlotten. Een voorstel om ‘sectorgewijs’ te experimenteren met collectief schadeverhaal, te beginnen met de financiële sector,²⁸ haalde het uiteindelijk niet. Ook een recente poging om de Engelse rechter ervan te overtuigen dat een *class action* naar geldend (proces)recht mogelijk is, liep op niets uit. In *Emerald a.o./British Airways*, een zaak die vooruitliep op de bevindingen van de Europese Commissie in de luchtvrachtsector, vorderden twee bloemenimporteurs schadevergoeding van British Airways. Zij wensten ech-

27. Oberlandesgericht Karlsruhe 11 juni 2010, 6 U 118/05 Kart.

28. Financial Services Bill 19 november 2009, te raadplegen via <www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmbills/006/10006.20-26.html#ln060>.

ter niet alleen voor zichzelf schadevergoeding te verdienen, maar tevens door middel van een *representative action* voor alle andere directe en indirecte afnemers van luchtvracht diensten die schade hadden geleden als gevolg van de gestelde prijsafspraken. Dat laatste achtte de Chancellor of the High Court niet mogelijk. Naar Engels recht is een *representative action* slechts mogelijk als van te voren bepaalbaar is wie tot de *class* behoren, voor wie de *representative action* is ingesteld. Omdat de gestelde *class* hier volgens de eigen stellingen van de eiseressen bestond uit eenieder die schade heeft geleden als gevolg van de illegale prijsafspraken, en nu juist die schadevraag alleen van geval tot geval kan worden beoordeeld, zou pas zijn vast te stellen wie uiteindelijk tot de gestelde *class* behoorde, als en wanneer de leden daarvan ieder voor zich over de schadevraag hadden geprocedeerd. In een dergelijk geval achtte de Chancellor een *representative action* niet mogelijk. De eisende bloemenimporteurs gingen daartegen in appèl.

Op 18 november 2010 deed het Court of Appeal uitspraak.²⁹ Bij lezing van de eerste zin van de opinie van Lord Justice Mummery, waarbij de overige rechters zich aansloten, is duidelijk hoe het oordeel uitvalt: 'This appeal is a bold attempt at keeping a procedural novelty alive'. De rest laat zich raden. De Court of Appeal oordeelde dat 'there is nothing wrong with the Chancellor's judgment' en dat het beroep daarom werd afgewezen. Hoewel de bloemenimporteurs aanvankelijk nog toestemming hebben verzocht om in appèl te gaan bij het Supreme Court, hebben zij dat verzoek inmiddels ingetrokken.

Bijlage

- (1) Rechtbank Rotterdam 6 januari 2010, LJN BL3949 (*Hoka/gedaagde*)
- (2) Hoge Raad 8 januari 2010, *Nf* 2010, 187 m.nt. Mok, LJN BJ9352 (*Alfa Romeo Nederland/Multicar*)
- (3) Rechtbank Leeuwarden 27 januari 2010, LJN BL0852 (*Sita/Gemeente Leeuwarden*)
- (4) Rechtbank Rotterdam 29 januari 2010, LJN BO6317 (*Stichting Huurdersbelang Stadswonen/Stichting Stadswonen*)
- (5) Gerechtshof Amsterdam 16 februari 2010, LJN BL5549 (*Service Stations/BP*)
- (6) Gerechtshof 's-Gravenhage 18 februari 2010, LJN BL7630 (*Stichting Vrijplaats Koppenhinksteeg e.a./Gemeente Leiden*)
- (7) Rechtbank Almelo 24 februari 2010, LJN BL7255 (*Zenna/Ethlyn*)
- (8) Gerechtshof 's-Gravenhage 2 maart 2010, LJN BL6410 (*Holding/Total*)
- (9) Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2010, *FED* 2010, 49 met aant. Geursen, *NTR* 2010, 830, LJN BL7056 (*X/Belastingdienst*)
- (10) Gerechtshof Amsterdam 11 maart 2010, *NTR* 2010, 832, LJN BL7052 (*X/Belastingdienst*)
- (11) Gerechtshof Amsterdam 30 maart 2010, LJN BM1240 (*Curator/NVM*)
- (12) Gerechtshof Amsterdam 6 april 2010, LJN BM2023 (*Automatic Systems/Methon*)
- (13) Hoge Raad 23 april 2010, LJN BL6024 (*Eiseres/Fortis*)
- (14) Rechtbank Maastricht 3 mei 2010, LJN BM3162 (*AZM/Provincie Limburg*)
- (15) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 2010, *JAR* 2010, 145, *AM* 2010/7-8, p. 171-175 m.nt. Kohlen, LJN BM3366 (*Samenwerkingsconvenant Ziekenhuizen*)
- (16) Rechtbank Utrecht 12 mei 2010, LJN BM5866 (*Servicepartnerovereenkomsten*)
- (17) Rechtbank Rotterdam 12 mei 2010, *AM* 2010, 6, p. 140-143 m.nt. Vossestein, LJN BN133 (*Stella Navigation/Mammoet Holding*)
- (18) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 mei 2010, *AM* 2010, 6, p. 144 m.nt. Kortmann, LJN BM5941 (*Bouwbeheer*)
- (19) Hoge Raad 28 mei 2010, LJN BL4082 (*Residex/Gemeente Rotterdam (prejudiciële vragen)*)
- (20) Gerechtshof 's-Gravenhage 1 juni 2010, *M&M* 2010/4, p. 157-161 m.nt. Slotboom en De Haan, LJN BM6398 (*Gemeente Rotterdam/Oliesector*)
- (21) Rechtbank Zwolle 8 juni 2010, LJN BN0308 (*A/B*)
- (22) Rechtbank Zwolle 16 juni 2010, LJN BN7173 (*TMS/Pré Holding*)
- (23) Gerechtshof 's-Gravenhage 6 juli 2010, *AM* 2010, 9, p. 221-225 m.nt. Chellingsworth, LJN BN9390 (*Foka/Loewe*)
- (24) Rechtbank Arnhem 13 juli 2010, LJN BN2314 (*X/Belastingdienst*)
- (25) Rechtbank Arnhem 13 juli 2010, LJN BN2330 (*X/Belastingdienst*)
- (26) Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, LJN BN2363 (*Universal/Philips*)
- (27) Rechtbank 's-Gravenhage 26 juli 2010, LJN BN2810 (*One/KPN*)
- (28) Rechtbank Middelburg 13 augustus 2010, LJN BN9817 (*Zeeland/Martens*)
- (29) Rechtbank Utrecht 1 september 2010, *RCR* 2010, 77, LJN BN5770 (*VCW/BASF*)
- (30) Rechtbank Haarlem 9 september 2010, *RCR* 2010, 76, LJN BN6661 (*ANVR/Lufthansa e.a.*)
- (31) Gerechtshof Arnhem 5 oktober 2010, LJN BN9395 (*Vemde Travel/TUI*)
- (32) Hoge Raad 8 oktober 2010, LJN BL0124 (*X/Financiën*)
- (33) Gerechtshof Amsterdam 19 oktober 2010, LJN BO1050 (*UPC/Gemeente Hilversum*)
- (34) Hoge Raad 16 november 2010, LJN BO6770 (*X/Financiën*)

29. *Emerald/British Airways*, Court of Appeal 18 november 2010, [2010] EWCA Civ 1284.

- (35) Rechtbank Alkmaar 26 november 2010, LJN BO5112 (*West-Friesland/Gemeente Hoorn*)
- (36) Rechtbank Arnhem 30 december 2010, LJN BP1859 (*E&R/Bart's Retail*)