

# Kroniek

## Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2015

Bas Braeken, Marlies Koppenol en Jeanne Plettenburg\*

### Inleiding

66

In deze kroniek worden de belangrijkste civiele uitspraken over 2015 besproken op het gebied van het mededingingsrecht. Net zoals vorig jaar geldt ook ten aanzien van 2015 dat rechters de lat hoog leggen en niet snel tot civiele handhaving van het mededingingsrecht overgaan. Voor zover wij hebben kunnen nagaan is in geen enkele (*standalone*) zaak een beroep op het mededingingsrecht gehonoreerd. Dat maakt dat rechtzoekenden nog steeds worden geconfronteerd met een (mededingingsrechtelijk) handhavingshiaat<sup>1</sup> en het lastig is om in een civiele procedure naleving van het mededingingsrecht af te dwingen.<sup>2</sup> Dit is met name problematisch nu ook ACM een ruim prioriteringsbeleid hanteert waardoor veel zaken waarin het mededingingsrecht wel een belangrijke rol speelt of kan spelen thans blijven liggen. Gelet op de door ACM gehanteerde prioriteringscriteria doet dit probleem zich met name voor in zaken waarin het consumentenbelang centraal staat.

Al sinds het arrest *LATA/ANVR* is bekend dat civiele rechters hoge eisen stellen aan de stelplicht en bewijslast

in zaken waarin een beroep op het mededingingsrecht wordt gedaan. Die lijn is dus ook in 2015 doorgetrokken, waarbij de voorlopige conclusie moet worden getrokken dat een partij die stelt dat een inbreuk op het kartelverbod van artikel 6 Mededingingswet (Mw) heeft plaatsgevonden zelf zal moeten bewijzen dat (1) is voldaan aan het merkbaarheidsvereiste en dat (2) de bagatelbepaling van artikel 7 Mw niet van toepassing is. De vraag is of die benadering (zeker) ten aanzien van artikel 7 Mw geheel terecht is, nu uit de tekst van dit artikel moet worden opgemaakt dat de bagatelbepaling – net zoals artikel 6 lid 3 Mw – een *uitzondering* vormt op artikel 6 lid 1 Mw (waardoor het logisch is dat de bewijslast hiervoor verschuift naar de andere partij).

Waar civiele handhaving van het mededingingsrecht in *standalone* zaken derhalve op een erg laag pitje staat, is het mededingingsrecht in *follow-on* zaken springlevend. Hoewel de meeste procedures vooralsnog met name gaan over diverse formele verweren, heeft de Nederlandse civiele rechter in 2015 voor het eerst daadwerkelijk een schadevergoeding vastgesteld naar aanleiding van een door de Europese Commissie vastgestelde kartelovertrekking. Aangenomen mag worden dat deze uitspraak – indien bevestigd in hoger beroep – de nodige aantrekkingskracht zal uitoefenen op nieuwe *follow-on* zaken.

### Kartelzaken

Concurrentiebedingen die zijn overeengekomen in het kader van een overnameovereenkomst geven zeer geregeld aanleiding tot juridische geschillen. Een gebruikelijk verweer van de partij die zich niet langer gebonden acht aan dat concurrentiebeding is dat deze bepaling in

\* Mr. B.J.H. Braeken is advocaat bij Maverick Advocaten NV. Mr. M. Koppenol is advocaat bij Maverick Advocaten NV. Mr. J.C. Plettenburg is juridisch medewerker bij Maverick Advocaten NV.

1. Zie ook onze vorige Kroniek, B.J.H. Braeken en C.A. Eijberts, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2014', *M&M* 2015/2, p. 59 e.v.
2. Tijdens de afronding van deze Kroniek hebben de auteurs kennisgenomen van de geslaagde beroepen op het mededingingsrecht in het eerste kwartaal van 2016, te weten Rb. Noord-Holland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1837 (*CZAV/DGS*) en Rb. Den Haag 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2480 (*HEM/CBL/Jumbo*). Een volgende kroniek zal moeten uitwijzen of deze uitspraken kunnen worden beschouwd als een kentering in de civiele rechtspraak.

strijd is met het mededingingsrecht en dus nietig. In 2015 is dit verweer geen enkele keer geaccepteerd. Mededingingsrechtelijk gezien hebben deze procedures echter wel enkele interessante uitspraken opgeleverd. Zo is onder meer de vraag aan de orde geweest of een non-concurrentiebeding tot doel heeft de mededinging te beperken. Het antwoord op deze vraag is met name relevant in het licht van de uitspraak van het Europees Hof van Justitie in *Expedia*.<sup>3</sup> De heersende opvatting is namelijk dat uit dit arrest volgt dat bij doelbeperkingen in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU – en mogelijk ook in de zin van artikel 6 Mw – aangenomen moet worden dat voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste. Indien vaststaat dat een bepaling tot doel heeft de mededinging te beperken behoeft derhalve niet aannemelijk te worden gemaakt dat deze beperking van de mededinging ook ‘merkbaar’ is.

#### **Tronios B.V./Dertronics B.V.: merkbaarheid dient bij verticale prijsbinding te worden aangetoond**

Het merkbaarheidsvereiste stond ook centraal bij het Gerechtshof Den Haag in de zaak *Tronios/Dertronics*.<sup>4</sup> Aanleiding voor deze procedure was de opzegging door Tronios van haar overeenkomst met Dertronics. Dertronics, een detailhandel in elektronica, maakte sinds 2011 gebruik van merken en productfoto's van Tronios, een groothandel in elektronische apparatuur. Tronios besloot nieuwe advertentieprijsen aan haar klanten te communiceren, waarbij werd opgeroepen een minimale verkoopprijs te hanteren en deze te vermelden op de website. Na een conflict en nadat Dertronics er herhaaldelijk op moest worden gewezen dat het de ‘verkeerde’ prijzen op de website had staan, zette Tronios de samenwerking stop. Dertronics continueerde echter het gebruik van de afbeeldingen en merken van Tronios. De Rechtbank Den Haag stond dit toe: zij oordeelde dat de relatie tussen Dertronics en Tronios als duurovereenkomst moest worden aangemerkt en opzegging op deze wijze daardoor onrechtmatig was.

In hoger beroep vernietigt het hof dit oordeel van de rechtbank en bepaalt dat er wel degelijk sprake was van een rechtmatige opzegging, met name doordat Dertronics zich schuldig had gemaakt aan ‘*bait and switch*’ praktijken, hetgeen het hof omschrijft als ‘klanten lokken met een merk en vervolgens een concurrerend product aanbieden’.

Mededingingsrechtelijk is de zaak echter met name ook interessant omdat Tronios de relatie met Dertronics (volgens Dertronics) zou hebben opgezegd omdat Dertronics zich niet hield aan de door Tronios opgelegde minimumprijzen. Het hof verwerpt het argument van Dertronics dat de opzegging in strijd was met het mededingingsrecht aangezien Dertronics niet had voldaan aan haar stelplicht dat het hierbij gaat om een merkbare beperking van de mededinging. Het hof oordeelt derhalve dat bij een beroep op artikel 6 Mw ook bij doelbeper-

kingen aannemelijk moet worden gemaakt dat sprake is van een ‘merkbaar’ beperking van de mededinging.

#### **Alizonne B.V. c.s./Alizonne (UK) Limited c.s.: non-concurrentiebedingen niet per definitie mededingingsbeperkend**

Een van de zaken waarin de vraag aan de orde komt of non-concurrentiebedingen per definitie de mededinging beperken, en derhalve kwalificeren als doelbeperkingen, is de zaak tussen *Alizonne B.V. c.s./Alizonne (UK) Limited c.s.*<sup>5</sup> die bij de Rechtbank Limburg diende. Aanleiding voor deze zaak is de ontbinding door Alizonne UK van haar overeenkomst met Alizonne B.V. Alizonne B.V. exploiteert twee klinieken waar mensen terecht kunnen voor een keur aan behandelingen. Alizonne UK wilde deze behandelingen ook in het Verenigd Koninkrijk verrichten en heeft daartoe een drietal overeenkomsten met Alizonne B.V. gesloten. Op grond hiervan diende Alizonne UK gebruik te maken van de door Alizonne B.V. voorgeschreven apparaten, producten en instrumenten. Een van de voorgeschreven apparaten betreft een ultrasoundmachine. Omdat deze volgens Alizonne UK niet voldeed aan de juiste CE-certificeringen ontbond Alizonne UK haar overeenkomsten met Alizonne B.V. Alizonne B.V. vorderde dat Alizonne UK zich desalniettemin dient te houden aan de overeengekomen non-concurrentiebedingen, maar Alizonne UK verweerde zich met het argument dat non-concurrentiebedingen in beginsel mededingingsbeperkend zijn. De voorzieningenrechter gaat hierin niet mee en overweegt dat hiervoor is vereist dat sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Mede gelet op de betwisting van Alizonne B.V. dat sprake is van een merkbare beperking van de mededinging wordt het beroep op het mededingingsrecht verworpen.

#### **IBG/Groen: non-concurrentiebeding geen strekkingsbeding**

Ook bij de Rechtbank Noord-Holland kwam, in de zaak *IBG/Groen*,<sup>6</sup> de vraag aan de orde of een non-concurrentiebeding kwalificeert als een strekkingsbeding. Aanleiding voor de zaak is de (gestelde) schending door Groen van het tussen IBG en Groen overeengekomen non-concurrentiebeding. Het non-concurrentiebeding was opgenomen in een overeenkomst waarbij Groen onder andere de website [www.fietsenwinkel.nl](http://www.fietsenwinkel.nl) verkocht aan IBG. Het beding strekte ter bescherming van deze aankoop van IBG. Op grond hiervan diende Groen zich te onthouden van met IBG concurrerende activiteiten. IBG stelde dat Groen zich hieraan niet heeft gehouden waardoor Groen het non-concurrentiebeding zou hebben geschonden. Derhalve vorderde IBG betaling van de boete die zij met Groen overeen is gekomen voor schendingen van het non-concurrentiebeding. Groen verweerde zich door te stellen dat het non-concurrentiebeding nietig zou zijn wegens strijd met het mededin-

3. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795.

4. Gerechtshof Den Haag 7 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:910 (*Tronios/Dertronics*).

5. Rb. Limburg 9 april 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:3022 (*Alizonne B.V./Alizonne UK*).

6. Rb. Noord-Holland 24 juni 2015, C/14/146006, niet gepubliceerd (*IBG/Groen*).

gingsrecht, meer bepaald met artikel 6 Mw, dan wel artikel 101 VWEU. De rechtbank gaat hier echter niet in mee. Allereerst wijst de rechtbank de stelling van Groen van de hand dat een non-concurrentiebeding kwalificeert als een strekkingsbeding. Volgens de rechtbank heeft het betreffende non-concurrentiebeding, hoewel het naar zijn aard tot doel heeft de concurrentie tussen partijen uit te schakelen, niet tot doel de mededinging te beperken. Voorts oordeelt de rechtbank dat het non-concurrentiebeding ook niet tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt. Wel oordeelt de rechtbank dat het non-concurrentiebeding onder de bagatelgrens valt, waardoor het kartelverbod niet van toepassing is. Kortom, wederom een civiele zaak waarin een beroep op het mededingingsrecht faalt.

### **Luizenkliniek/Hoofdluisvrij: mededingingsrecht helpt luis in de pels niet**

In het kort geding tussen de Luizenkliniek en een van haar ex-franchisenemers,<sup>7</sup> dat diende bij de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam, was het non-concurrentiebeding eveneens onderwerp van geschil. De Luizenkliniek had vernomen dat haar ex-franchisenemer zonder haar medeweten contact had gelegd met de ontwikkelaar van speciale antiluisapparatuur met als doel om zich los te maken van de Luizenkliniek. Hierop ontbond de Luizenkliniek de franchiseovereenkomst. De ex-franchisenemer ging verder onder de naam Hoofdluisvrij Almere, maar was volgens de voorzieningenrechter naar de letter van het contract nog steeds onderworpen aan het non-concurrentiebeding dat partijen waren overeengekomen in het kader van de franchiseovereenkomst. Het non-concurrentiebeding hield in dat de franchisenemer zijn onderneming gedurende een periode van vijf jaar niet in dezelfde of een sterk vergelijkbare branche mocht voortzetten (in noch buiten hetzelfde rayon). Het aanschrijven van klanten van de Luizenkliniek en het nog gebruiken van teksten en naam van de Luizenkliniek op Facebook was dan ook in strijd met het concurrentiebeding. Het verweer van de ex-franchisenemer, waarin zij stelde dat het beding nietig is wegens strijd met het mededingingsrecht, wordt echter niet overgenomen door de rechter. De Luizenkliniek was namelijk succesvol met haar met financiële cijfers onderbouwde betoog dat ‘de markt voor hoofdluisbestrijding groot is en dat nog geen halve procent van die omzet door de Luizenkliniek wordt gegenereerd’, hetgeen door Hoofdluisvrij niet werd betwist. De voorzieningenrechter gaat dan ook niet mee in de argumentatie van Hoofdluisvrij, die op basis van de Groepsvrijstellingsverordening stelde dat de in het franchisecontract bepaalde non-concurrentieperiode slechts één jaar na het einde van de overeenkomst mocht voortduren in plaats van vijf jaar en daarenboven aanvoerde dat zijn activiteiten buiten het rayon van eiseres vielen, waardoor het non-concurrentiebeding sowieso niet van toepassing was.

### **Wandflex c.s./[gedaagden]: stelplicht toepassing bagateluitzondering berust bij beroeper op kartelverbod**

Ook in de zaak *Wandflex c.s./[gedaagden]*<sup>8</sup> stond de schending van een non-concurrentiebeding centraal. Bij de aankoop van aandelen in Wandflex en Procoat door 2NG [eigendom van gedaagde 2] was onder andere een non-concurrentiebeding opgenomen. Op grond van het non-concurrentiebeding diende [gedaagde 2] zich (onder andere) gedurende tien jaar na ondertekening van de overeenkomst te onthouden, waar ook ter wereld, van het voeren van een onderneming of activiteit die vergelijkbaar of concurrerend is met de onderneming of de activiteiten van Wandflex en Procoat. Wandflex verweet [gedaagden] dat zij ‘deze bedingen hebben geschonden door relaties van Wandflex te benaderen, concurrerende activiteiten te ontplooiën en de in de overeenkomsten opgenomen geheimhoudingsbepalingen te negeren’. In reactie hierop stelden [gedaagden] dat de relatiebedingen in strijd zijn met het mededingingsrecht. Zij voerden in dat kader ook aan dat de bagateluitzondering van artikel 7 Mw niet van toepassing is aangezien zowel de omzet als het marktaandeel van Wandflex te groot is.

In haar uitspraak oordeelt de Rechtbank Rotterdam dat, hoewel Wandflex onvoldoende naar voren heeft gebracht waarom de non-concurrentiebedingen – die langer in duur en breder in geografische reikwijdte zijn dan de Europese Commissie redelijk acht – gerechtvaardigd zijn, de bedingen toch niet nietig zijn. De rechtbank oordeelt daartoe dat gedaagden niet hebben voldaan aan de op hen rustende stelplicht c.q. bewijslast dat de bagatelbepaling niet van toepassing was. Uit deze uitspraak blijkt derhalve dat de bagatelbepaling niet fungeert als een bevrijdend verweer maar dat het aan de partij(en) is die zich beroept (beroepen) op het mededingingsrecht om aannemelijk te maken dat de bagatelbepaling van artikel 7 Mw niet van toepassing is. In het onderhavige geval hebben [gedaagden] onvoldoende onderbouwd dat Wandflex een marktaandeel van meer dan 10 procent heeft waardoor niet was komen vast te staan dat de bagatelgrens was overschreden. Derhalve kan niet worden aangenomen dat het non-concurrentiebeding nietig is wegens strijd met artikel 6 Mw.

De door Wandflex c.s. gestelde inbreuken staan echter – gelet op de gemotiveerde betwisting door [gedaagden] – hiermee nog niet vast. De rechter vraagt Wandflex om nadere stukken in te brengen waarmee aangetoond kan worden dat er sprake is van schending van de bedingen aangezien de rechtbank dit op basis van de thans in het geding gebrachte stukken niet voorshands bewezen acht.

### **[Eiser]/2NG: belang bij instandhouding concurrentiebeding bij faillissement**

Een opmerkelijk verloop van de Wandflex-zaak is dat Wandflex op enig moment in staat van faillissement

7. Rb. Amsterdam 9 april 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2110 (*Luizenkliniek/Hoofdluisvrij*).

8. Rb. Rotterdam 9 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6756 (*Wandflex/gedaagden*).

komt te verkeren. Dit vormt de aanleiding voor de procedure [Eiser]/2NG<sup>9</sup> bij wederom de Rechtbank Rotterdam. [Eiser] is van mening dat 2NG, als aandeelhouder van Wandflex, door het (aanstaande) faillissement van Wandflex geen belang meer heeft om [eiser] aan het concurrentiebeding te houden. Eiser vorderde dan ook primair de schorsing van de werking van het beding. De rechter maakt een belangenafweging tussen enerzijds het belang van [eiser] om weer te kunnen werken in de branche en anderzijds het belang van 2NG, aan wie de aandelen van Wandflex zijn overgedragen, om de bedingen te handhaven. De voorzieningenrechter oordeelt dat het verweer van 2NG, waarin zij aanvoert dat het concurrentiebeding zowel diende ter bescherming van Wandflex als ter bescherming van het eveneens overgedragen Procoat, hout snijdt. Procoat is niet failliet en dus is [eiser] nog wel gehouden aan het beding. De rechtbank overweegt daarbij de mogelijkheid te hebben meegenomen dat de bodemrechter later zal oordelen dat een concurrentiebeding van tien jaar in het onderhavig geval niet redelijk is.

#### Overdracht fysiotherapiepraktijk De Perikhof: bagatelbepaling biedt uitkomst

Deze zaak<sup>10</sup> heeft betrekking op de verkoop van Fysiotherapiepraktijk De Perikhof B.V. Naar aanleiding hiervan is een conflict ontstaan tussen de verkoper en de koper. De koper (eiser) stelt dat de verkoper (gedaagde) het non-concurrentiebeding dat is opgenomen in de overeenkomst van praktijkoverdracht heeft geschonden. In het non-concurrentiebeding verbond de Fysiotherapiepraktijk zich eraan om gedurende tien jaren, binnen een cirkel met een straal van tien kilometer, geen praktijk als fysiotherapeut te zullen uitoefenen. Gedaagde voerde daartegen het gekunstelde verweer dat de fysiotherapiepraktijk weliswaar is gehouden aan het non-concurrentiebeding, maar dat dit niet gold voor hem als natuurlijk persoon. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel knoopt vervolgens aan bij het Haviltex-criterium en oordeelt dat een redelijke uitleg van de overeenkomst van praktijkoverdracht meebrengt dat geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de praktijk en gedaagde (als privépersoon). Vervolgens oordeelt de voorzieningenrechter dat het non-concurrentiebeding niet in strijd is met het mededingingsrecht aangezien de bagatelbepaling van artikel 7 lid 2 Mw van toepassing is. De voorzieningenrechter concludeert vervolgens dat de gedaagde het non-concurrentiebeding heeft overtreden en dat op grond daarvan de boetebepaling van toepassing is.

#### Landgoed Scholtenszathe/Averis Seeds: beroep op mededingingsrecht afgewezen wegens toepassing Groepsvrijstelling technologieoverdracht

Ook in de zaak bij het Hof Den Haag van *Landgoed Scholtenszathe B.V./Averis Seeds B.V.*<sup>11</sup> is zonder succes een beroep gedaan op het mededingingsrecht. Averis is houdster van de rechten voor het kweken van zetmeelaardappelsrassen Aveka en Avarna en houdt zich onder andere bezig met het vermeerderen en verkopen van pootaardappelen van deze rassen. Scholtenszathe is een onderneming die actief is in onder andere het telen van zetmeelaardappelen. In 2013 heeft Averis pootaardappelen verkocht aan Scholtenszathe. In haar algemene handelsvoorwaarden heeft Averis een bepaling opgenomen op grond waarvan Scholtenszathe uitsluitend mag overgaan tot pootvermeerdering als hiertoe een overeenkomst met Averis is gesloten of wanneer dit geschiedt onder toezicht van Stichting TBM. Aangezien een dergelijke overeenkomst niet bestaat, heeft Averis Scholtenszathe erop attent gemaakt dat zij enkel kan overgaan tot pootvermeerdering wanneer dat geschiedt onder toezicht van Stichting TBM. Scholtenszathe heeft de door Averis geleverde pootaardappelen gepoot en vermeerderd in Marknesse. Dit heeft zij echter niet gedaan onder toezicht van Stichting TBM, omdat Marknesse niet in het toezichtgebied van TBM ligt. Scholtenszathe heeft de Stichting Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor zaaizaad en pootgoed van landbouwgewassen (NAK), die pootaardappelen in Nederland keurt en controleert, verzocht om keuring van de door haar vermeerderde pootaardappelen. De NAK heeft deze keuring niet uitgevoerd. In eerste aanleg vorderde Scholtenszathe weinig succesvol tot veroordeling van Averis tot betaling van schadevergoeding naar aanleiding hiervan. Hiertoe heeft Scholtenszathe onder meer aangevoerd dat de bepaling op grond waarvan Scholtenszathe enkel onder voorwaarden mag overgaan tot pootvermeerdering in strijd is met het mededingingsrecht. Onder meer tegen de afwijzing door de rechtbank van deze grond komt Scholtenszathe in beroep. De grief van Scholtenszathe dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de bepaling niet in strijd is met het mededingingsrecht slaagt echter niet. Het hof oordeelt immers dat de overeenkomst tussen Averis en Scholtenszathe binnen de reikwijdte van de Groepsvrijstelling inzake technologieoverdracht valt, waardoor artikel 6 Mw niet van toepassing is. Het standpunt van Scholtenszathe dat de overeenkomst niet van de vrijstelling zou kunnen profiteren omdat deze in strijd zou zijn met de in de Groepsvrijstelling opgenomen 'zwarte lijst' trof ook geen doel. Het hof overweegt hierbij dat Averis en Scholtenszathe niet kunnen worden aangemerkt als concurrerende ondernemingen in de zin van de Groepsvrijstelling, aangezien Averis kweker en pootgoedhandelaar is en Scholtenszathe teler. Dit brengt volgens het hof mee dat artikel 4 lid 1 van de Groepsvrijstelling niet van toepassing is. Ook het tweede lid van dit artikel biedt

9. Rb. Rotterdam 8 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9232 (*Eiser/2NG*).

10. Rb. Overijssel 29 december 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:5760 (*De Perikhof*).

11. Gerechtshof Den Haag 15 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3834 (*Landgoed Scholtenszathe/Averis Seeds*).

geen uitkomst voor Scholtenszathe, nu niet onderbouwd gesteld of gebleken is dat sprake is van een van de in dat lid genoemde omstandigheden.

## Kartelzaken: Overig

### *[A]/Koninklijke Nederlandse Kaatsbond: gelijk speelveld kaatshandschoenenmarkt?*

De sportiefste zaak<sup>12</sup> van dit jaar komt uit Friesland. Na een jarenlang conflict tussen wedstrijdkaatser [A] en de KNKB wordt de voorzieningenrechter bij de Rechtbank Noord-Nederland gevraagd zich over de zaak te buigen. Wat volgt, is een goed opgebouwde uitspraak waarin wordt toegelicht dat het mededingingsrecht geen uitkomst biedt in de onderhavige zaak.

Het kaatsreglement van de KNKB bevat regels voor het vervaardigen van kaatshandschoenen. Teneinde de kwaliteit te waarborgen mogen alleen licentiehouders kaatshandschoenen vervaardigen. [A], die naast kaatser ook vervaardiger van handschoenen is, wil graag licentiehouders worden. De KNKB weigert dit om de positie van de huidige licentiehouders te beschermen. [A] stelde dat dit in strijd is met (zowel art. 6 als art. 24 van) de Mededingingswet: toetreding wordt geblokkeerd waardoor de concurrentie wordt afgeschermd. [A] voerde daartoe aan dat de KNKB beschikt over een economische machtspositie, en daarnaast (op basis van marktonderzoek) dat een van de licentiehouders beschikt over een feitelijk monopolie vanwege een marktaandeel van 84 procent. De KNKB voerde daartegen onder meer aan dat zij niet is aan te merken als een ondernemingsvereniging en dat bovendien geen sprake is van een merkbare beperking van de mededinging.

De voorzieningenrechter overweegt dat het kaatsreglement, inclusief de daarin opgenomen bepalingen omtrent de fabricatie van kaatswanten, is opgesteld om gelijke speelomstandigheden mogelijk te maken. Om die reden is geen sprake van een doelbeperking in de zin van artikel 6 Mw. Voor de vaststelling van een mededingingsbeperkend gevolg heeft [A] daarnaast te weinig aangevoerd, maar ook dit acht de voorzieningenrechter niet waarschijnlijk. De KNKB kan bovendien zelf – vanwege een onvoldoende feitelijke onderbouwing – volgens de voorzieningenrechter niet worden aangemerkt als ondernemingsvereniging. Voorts ontbreekt een deugdelijke analyse, waardoor ‘niet zonder meer kan worden aangenomen dat sprake is van een merkbare marktverstoring op een relevante markt van (wedstrijd)kaatshandschoenen’.

### *FNV Kunsten Informatie en Media/Staat: remplaçanten zijn ‘schijnzelfstandigen’*

Al in 2007 sprak ACM, althans haar voorganger NMa, zich negatief uit over cao-bepalingen waaraan zelfstandigen werden gebonden. Dergelijke afspraken kwalificeerden volgens de NMa als een overtreding van het kartel-

verbod, aangezien zelfstandigen als ondernemingen moeten worden gezien.<sup>13</sup> Het Hof Den Haag komt echter tot een ander oordeel in het geschil dat speelt tussen FNV Kunsten Informatie en Media en de Staat.<sup>14</sup> De centrale vraag die het hof dient te beantwoorden is of zelfstandige remplaçanten in orkesten moeten worden beschouwd als ‘schijnzelfstandigen’ in de zin van het prejudiciële arrest van het Hof van Justitie.<sup>15</sup> Als dat het geval is, vallen zij buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU. Het Hof Den Haag beantwoordt de vraag bevestigend. Volgens het Hof Den Haag kwalificeren de remplaçanten als ‘schijnzelfstandigen’, aangezien de positie van deze muzikanten ten opzichte van het orkest niet verschilt van die van gewone werknemers en er ook sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie. Dat betekent in het geval van dit geschil dat het mededingingsrecht zich er *niet* tegen verzet tegen dat schijnzelfstandigen worden gebonden aan cao-bepalingen, waaronder begrepen (minimum)tarieven.

## Follow-on procedures

Ook in 2015 heeft de Nederlandse rechter laten zien dat Nederland een aantrekkelijke jurisdictie is voor follow-on zaken. Niet alleen omdat de Nederlandse rechter al snel zijn eigen bevoegdheid aanneemt, maar, met name omdat voor het eerst daadwerkelijk een schadevergoeding is vastgesteld.

## Bevoegdheid nationale rechter

### *Equilib/British Airways, Lufthansa c.s.: nauwe band tussen vorderingen in door Equilib aanhangig gemaakte hoofdprocedures*

Equilib treedt naar aanleiding van het luchtvrachtkartel op voor ruim 140 (groepen van) benadeelde ondernemingen teneinde vergoeding van de schade die de benadeelde ondernemingen hebben geleden vergoed te krijgen. Naar aanleiding van het luchtvrachtkartel is Equilib twee procedures gestart: één tegen KLM, Martinair en Air France en één tegen KLM, Martinair, Air France, British Airways en Lufthansa. In de eerste procedure heeft de rechtbank in 2012 de procedure aangehouden totdat de beschikking van de Europese Commissie, dan wel de uitspraak van de Europese rechter daarover in kracht van gewijsde is gegaan. In hoger beroep heeft het Gerechtshof Amsterdam dit vonnis bij arrest op 24 september 2013 vernietigd en de zaak terugverwezen naar de rechtbank.

12. Rb. Noord-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2475 ([A]/KNKB).

13. NMa, *Cao-tariefbepalingen voor zelfstandigen en de Mededingingswet*, 5 december 2007.

14. Gerechtshof Den Haag 1 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2305 (*FNV Kunsten Informatie en Media/Staat*).

15. HvJ EU 4 december 2014, zaak C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media/Staat*, ECLI:EU:C:2014:2411.

Op 7 januari 2015 heeft de Rechtbank Amsterdam uitspraak<sup>16</sup> gedaan in het bevoegdheidsincident dat is opgeworpen in de tweede door Equilib naar aanleiding van het luchtvrachtkartel aangespannen hoofdprocedure. In het bevoegdheidsincident betwistten British Airways en Lufthansa dat sprake is van een ‘*nauwe band*’ zoals die op grond van artikel 6 EEX-Verordening vereist is. Volgens British Airways en Lufthansa maakte Equilib in het incident misbruik van de bevoegdheidsregel zoals opgenomen in artikel 6 EEX-Verordening aangezien KLM en Martinair uitsluitend als ankervennootschappen werden gebruikt met als doel British Airways en Lufthansa van hun nationale rechter af te houden. De rechtbank gaat hier echter niet in mee en oordeelt dat sprake is van een nauwe band aangezien de vorderingen die Equilib tegen verschillende gedaagden in de twee hoofdprocedures heeft ingesteld allemaal zijn gebaseerd op deelname aan hetzelfde luchtvrachtkartel. Het stond Equilib derhalve vrij om KLM, Martinair en Air France ten behoeve van de tweede procedure wederom te dagvaarden, thans samen met British Airways en Lufthansa.

#### **KLM c.s./DB c.s.: torpedo procedure toegestaan?**

Ook aan het incident van 22 juli 2015<sup>17</sup> lag onder andere de betwisting van de bevoegdheid van de Rechtbank Amsterdam ten grondslag. KLM c.s. heeft in de door haar aanhangig gemaakte hoofdprocedure een negatieve verklaring voor recht gevorderd, strekkende dat zij niet aansprakelijk is voor het betalen van schadevergoeding naar aanleiding van het luchtvrachtkartel. In de incidenten vorderde DB c.s. onder andere (1) nietigverklaring van de dagvaarding, (2) niet-ontvankelijkheid van KLM c.s. in haar vorderingen en (3) onbevoegdheid van de rechtbank. KLM vorderde oproeping van Barnsdale (aan wie DB c.s. haar vorderingen heeft gecedeerd) op grond van artikel 118 Rv.

DB c.s. stelde allereerst dat de dagvaarding te summier en ongemotiveerd is en dat KLM c.s. heeft nagelaten de beschikking van de Europese Commissie over te leggen. Daardoor zou, aldus DB c.s., de dagvaarding strijdig zijn met artikel 111 lid 2 sub d Rv. De rechtbank gaat hier echter niet in mee en oordeelt dat ‘in het midden kan blijven of KLM c.s. bevoegd of gehouden is de beschikking in het geding te brengen’. De rechtbank voegt daaraan toe dat ‘[h]et enkele feit dat KLM c.s. haar stellingen in de dagvaarding summier heeft onderbouwd, (...) nog niet [betekent] dat de dagvaarding niet voldoet aan het bepaalde in artikel 111 lid 2 sub d Rv’. Doel van deze bepaling is dat de rechtbank en de wederpartij(en) weten waar het geschil over gaat en waarover zij moeten oordelen respectievelijk waartegen zij verweer moeten voeren.<sup>18</sup> Aangezien DB c.s. heel goed wist waar de procedure over ging, is er volgens de rechtbank geen aanleiding om de dagvaarding nietig te verklaren.

Vervolgens overweegt de rechtbank dat zij op grond van artikel 2 EEX-Verordening bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen jegens de gedaagden die in Nederland zijn gevestigd, waarvan er in ieder geval twee luchtvrachtvervoersdiensten van KLM c.s. hebben afgenomen. Deze gedaagden konden derhalve als ankergedaagden dienen. Naar het oordeel van de rechtbank bestaat er bovendien ‘tussen de vorderingen ingesteld tegen de in Nederland gevestigde gedaagden enerzijds en de in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk gevestigde gedaagden anderzijds in de onderhavige zaak een nauwe band in de zin van artikel 6 lid 1 EEX-verordening’,<sup>19</sup> aangezien (onder meer) de vorderingen hun grondslag vinden in hetzelfde kartel. Voorts acht de rechtbank zich eveneens bevoegd ten aanzien van de in de VS gevestigde gedaagden aangezien sprake is van een zodanige samenhang dat redenen van doelmatigheid een gezamenlijke behandeling rechtvaardigen.

KLM’s vordering tot oproeping van Barnsdale wordt vervolgens toegewezen. DB c.s. stelde immers dat zij haar vorderingen had gecedeerd aan Barnsdale en bovendien procedeerde Barnsdale tegen Lufthansa in Duitsland, terwijl de positie van KLM in die procedure niet geheel duidelijk is. Derhalve is de oproeping van Barnsdale zinvol in de zin van de invulling die de Hoge Raad aan artikel 118 Rv – waarin de regels voor oproeping van derden als partij in het geding zijn opgenomen – geeft.

#### **DB c.s./Nedri c.s., DWK, Saarstahl, ArcelorMittal c.s.: Nederlandse rechter acht zich bevoegd**

Aanleiding van deze door DB c.s. aangespannen follow-on procedure<sup>20</sup> is het zogenoemde spanstaalkartel. In deze zaak stelde DB c.s. zich op het standpunt dat zij als (indirect) afnemer van spanstaal schade heeft geleden als gevolg van het spanstaalkartel. Op 25 februari 2015 heeft de Rechtbank Limburg in deze follow-on zaak uitspraak in incident gedaan. Enkele gedaagden in de follow-on procedure (DWK en Saarstahl) stelden zich op het standpunt dat de Nederlandse rechter onbevoegd is kennis te nemen van de door DB c.s. tegen hen ingestelde vorderingen. Aangezien de gedaagden Nedri Spanstaal B.V. en Hit Groep B.V. gevestigd zijn in Nederland en volgens de rechtbank sprake is van een nauwe band tussen de vorderingen van DB c.s. jegens alle gedaagden, acht de rechtbank zich bevoegd. De rechtbank overweegt daartoe dat het spanstaalkartel niet bestond uit afzonderlijke inbreuken, maar uit één enkele voortdurende inbreuk. Anders dan door Nedri Spanstaal c.s. is aangevoerd maakt DB c.s. daarbij geen misbruik van recht, aangezien voorzienbaar was dat een schadevordering bij de Nederlandse rechter aanhangig zou worden gemaakt aangezien de ankergedaagde Nedri Spanstaal B.V. in Nederland gevestigd is en diverse kartelbijekomsten in Nederland hebben plaatsgevonden.

16. Rb. Amsterdam 7 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:94 (*Equilib/BA/Lufthansa*).

17. Rb. Amsterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4408 (*KLM/DB*).

18. Rb. Amsterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4408 (*KLM/DB*), r.o. 5.3.

19. Rb. Amsterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4408 (*KLM/DB*), r.o. 5.8.

20. Rb. Limburg 25 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1791 (*DB/gedaagden*).

### **Kemira/CDC: forumkeuzebeding niet van toepassing**

Ook in de follow-on procedure tussen Kemira Chemicals Oy en CDC<sup>21</sup> naar aanleiding van het natriumchloraatkartel stond de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ter discussie. Op 21 juli 2015 diende in deze procedure het hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam. Eiser in hoger beroep is Kemira, (klein)dochteronderneming van Akzo Nobel N.V. en deelnemer aan het (vermeende) natriumchloraatkartel. Kemira betoogde in hoger beroep dat de Nederlandse rechter, anders dan in eerste instantie is geoordeeld, niet bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen van CDC jegens haar omdat de zaak volgens haar geen nauwe band met Nederland heeft. Ook was volgens Kemira bij de vorderingen van CDC jegens ankergedaagde Akzo en jegens haar geen sprake van eenzelfde feitelijke situatie en eenzelfde situatie rechtens. Daarnaast zou geen gevaar bestaan voor onverenigbare beslissingen. Het gerechtshof gaat hier echter niet in mee en oordeelt dat sprake is van een nauwe band, aangezien Akzo en Kemira hebben deelgenomen aan één voortdurende inbreuk van het mededingingsrecht. 'De omstandigheid dat Akzo als (groot)moedervennootschap niet rechtstreeks was betrokken bij de uitvoering van de verboden mededingingsregeling is in dit verband niet van belang.'<sup>22</sup> Aangezien het Hof van Justitie in zaak C-352/13, *CDC/Akzo Nobel NV*, heeft bevestigd dat de voorwaarden voor civiele aansprakelijkheid van de deelnemers aan de inbreuk worden bepaald door het nationale recht, is daarmee volgens het gerechtshof het gevaar voor onverenigbare beslissingen gegeven. Voor Kemira was bovendien voorzienbaar dat zij kon worden opgeroepen voor de Nederlandse rechter omdat zij deelnam aan een verboden mededingingsregeling tezamen met Kemira die deel uitmaakte van het in Nederland gevestigde Akzo. Derhalve acht het gerechtshof de Nederlandse rechter bevoegd kennis te nemen van de vorderingen van CDC jegens Kemira.

Het forumkeuze- en arbitragegeding dat Kemira in haar leveringsovereenkomsten met afnemers had gesloten is volgens het gerechtshof bovendien niet van toepassing. Een forumkeuzebeding kan enkel gelden voor geschillen die zijn ontstaan of zullen ontstaan in verband met een bepaalde rechtsbetrekking. Een forumkeuzebeding dat abstract verwijst naar geschillen die in contractuele betrekkingen ontstaan, geldt niet voor een geschil waarin een medecontractant betrokken raakt wegens een verbintenis uit onrechtmatige daad op grond dat hij aan een onrechtmatige mededingingsregeling heeft deelgenomen, aldus het gerechtshof. De benadeelde onderneming was niet bekend met de onrechtmatige mededingingsregeling en dat geschil was dus redelijkerwijs niet voorzienbaar voor de benadeelde toen zij met het beding instemde. Het beroep van Kemira op de forumkeuze-

bedingen is, aldus het gerechtshof, door de rechtbank terecht afgewezen. Er is bovendien geen grond om anders te oordelen ten aanzien van de arbitragebedingen.

### **SCC/Luchtvaartmaatschappijen en KLM c.s./Luchtvaartmaatschappijen: Masterfoods-verweer afgewezen**

Deze uitspraak van 25 maart 2015<sup>23</sup> betreft de hoofdprocedure en de daarbij behorende vrijwaringsprocedure tussen Stichting Cartel Compensation (SCC) en onder meer KLM. In de incidenten vorderde KLM c.s. – met succes – voeging van de hoofdzaak met de vrijwaringszaak op grond van artikel 222 Rv. Ook de oproeping in vrijwaring van de in het petitum genoemde luchtvaartmaatschappijen wordt toegewezen. Daarentegen wordt de vordering van de luchtvaartmaatschappijen tot afschrift van bescheiden op grond van artikel 843a Rv afgewezen. De Rechtbank Amsterdam acht deze vordering namelijk prematuur gelet op het feit dat de luchtvaartmaatschappijen nog geen conclusie van antwoord hebben genomen. Ook niet toegewezen wordt het door KLM c.s. gevoerde Masterfoods-verweer. Dit verweer strekte tot aanhouding van de zaak totdat de beschikking van de Europese Commissie onherroepelijk is geworden. De rechtbank overweegt hieromtrent dat zij het 'in de onderhavige zaak aangewezen [acht] dat eerst wordt onderzocht welke onderwerpen of onderdelen van het geschil zich lenen voor behandeling en beoordeling in dit stadium, waarin de beschikking nog niet onherroepelijk vaststaat, en dat de luchtvaartmaatschappijen daartoe eerst een conclusie nemen'.<sup>24</sup>

### **Equilib/KLM: orde in de chaos**

Ook vond op 25 maart 2015 de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in *Equilib/KLM*<sup>25</sup> plaats. In deze zaak vorderde KLM c.s. succesvol de voeging van de eerste hoofdzaak van Equilib met de tweede hoofdzaak en daarnaast voeging van de vrijwaringszaken met de hoofdzaken. Dit zorgt er in ieder geval voor dat enigszins orde wordt geschapen in de (veelheid aan) follow-on procedures naar aanleiding van het luchtvrachtkartel. Ook wordt de vordering van KLM c.s. tot oproeping in vrijwaring van andere luchtvaartmaatschappijen toegewezen. Daarentegen wordt het verzoek tot oproeping van derde partijen (de overige luchtvaartmaatschappijen) in de hoofdzaken afgewezen omdat de rechtbank een dergelijke oproeping prematuur acht. Hetzelfde lot is de vorderingen van zowel KLM c.s. als Equilib om op grond van 843a Rv inzage te verkrijgen in elkaars bescheiden beschoren. Evenals in de zaak *SCC/Luchtvaartmaatschappijen* acht de rechtbank ook hier deze vorderingen prematuur. Ten aanzien van de vordering van Equilib tot overlegging van de vertrouwelijke versie

21. Gerechtshof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006 (*Kemira/CDC*).

22. Gerechtshof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006 (*Kemira/CDC*), r.o. 2.9.

23. Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780 (*SCC/KLM*).

24. Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780 (*SCC/KLM*), r.o. 4.21.

25. Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778 (*Equilib/KLM*).

van de beschikking van de Europese Commissie door KLM c.s. komt de rechtbank – na een afweging tussen het bewijsbelang van Equilib en de belangen van de luchtvaartmaatschappijen – tot het oordeel om deze vordering van Equilib af te wijzen.

Gedurende het komende jaar zullen vermoedelijk interessante ontwikkelingen plaatsvinden ten aanzien van het luchtvrachtkartel. Eind 2015 heeft het Gerecht van de Europese Unie immers de beschikking van de Europese Commissie, die (in elk geval: in belangrijke mate) ten grondslag ligt aan de aanhangig gemaakte follow-on procedures, vernietigd.<sup>26</sup> Inmiddels heeft de Commissie laten weten dat zij geen beroep zal instellen tegen het arrest van het Gerecht.

## Kartelschadeclaims: passing-on verweer

### *TenneT c.s./Alstom c.s.*: passing-on verweer verworpen

De follow-on zaken naar aanleiding van het kartel inzake gasgeïsoleerd schakelmateriaal hebben ook in 2015 weer interessante uitspraken opgeleverd. Naar aanleiding van voornoemd kartel is TenneT twee procedures gestart om de door haar als gevolg van het kartel geleden schade te verhalen op de karteldeelneemers Alstom en ABB. De in 2015 gewezen uitspraken volgen op de in de Kroniek van 2014 besproken *ABB/TenneT*<sup>27</sup> en *TenneT/Alstom*<sup>28</sup> zaken. Meest belangwekkend hieraan was dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden eind 2014 het door karteldeelnemer ABB gevoerde passing-on verweer accepteerde. Dit hield in de kern in dat het gerechtshof bewezen achtte dat TenneT de door haar als gevolg van het kartel geleden schade had doorberekend aan haar afnemers.

In 2015 hebben deze procedures een vervolg gekregen. Allereerst heeft (karteldeelnemer) Alstom bij de Rechtbank Gelderland in april 2015<sup>29</sup> onder andere gevorderd de aanhangige procedure aan te houden hangende de cassatieprocedure tussen TenneT c.s. en ABB c.s. Aangezien deze vordering werd afgewezen kon de zaak *TenneT/Alstom*<sup>30</sup> doorgang vinden en kon een inhoudelijk oordeel worden geveld ten aanzien van het door Alstom aangevoerde passing-on verweer. De uitspraak van de rechtbank is op twee punten van belang, namelijk de hoogte van de prijsopslag (*overcharge*) als gevolg van het kartel en het passing-on verweer.

Ten aanzien van de *overcharge* overweegt de rechtbank allereerst dat de bewijslast hiervoor rust op TenneT als eisende partij. TenneT deed dit door een ABB-offerte van 1999 (opgesteld ten tijde van het kartel) te vergelijken met de tarieven uit een overeenkomst tussen TenneT en ABB van 2005 (en derhalve ná het einde van het kartel). Alstom betwistte dat deze documenten vergelijkbaar zijn. Gelet op de kennisachterstand van TenneT heeft de rechtbank evenwel in een eerder tussenvonnis<sup>31</sup> overwogen dat het doeltreffendheidsbeginsel meebrengt dat van Alstom kan worden gevergd dat zij inzicht geeft in haar prijsberekening. Door het gebrek aan informatie aan de zijde van TenneT en de processuele houding van Alstom, die ondanks het eerdere tussenvonnis geen inzicht heeft gegeven in haar eigen prijsberekening, gaat de rechtbank voor het vaststellen van de omvang van de prijsopslag uit van de documenten die TenneT heeft overgelegd. De tegenwerping van Alstom dat het verschil in prijs kon worden verklaard door een prijsdaling van de productiekosten is volgens de rechtbank onvoldoende onderbouwd. De rechtbank concludeert vervolgens dat de totale *overcharge* die aan TenneT in rekening is gebracht € 14,1 miljoen bedroeg.

Ten aanzien van het passing-on verweer maakt de rechtbank een belangenafweging tussen enerzijds het risico op mogelijke overcompensatie van TenneT en anderzijds de gevolgen van een te lage of te hoge schadevergoeding voor Alstom. De rechtbank betreft hierbij de mogelijkheid voor de consument (als afnemer van elektriciteit) om haar recht op schadevergoeding te verzilveren. De rechtbank overweegt daarbij dat de kans dat de eindconsument Alstom succesvol kan aanspreken vrijwel nihil is en wijst daarbij op de mogelijkheid dat – mochten de indirecte afnemers (eindconsumenten) toch hun schade willen verhalen op Alstom – Alstom die afnemers kan verwijzen naar TenneT of TenneT in vrijwaring kan oproepen. Bovendien kan de (eventueel te hoge) vergoeding aan TenneT via de toekomstige energieprijzen en de Staatskas<sup>32</sup> alsnog ten goede komen aan de consument. Op basis van het voorgaande en het feit dat de rechtbank het alternatief, namelijk dat Alstom haar onrechtmatig verkregen winst zou behouden, onredelijk acht, wijst de rechtbank het door Alstom gevoerde passing-on verweer af.

### *TenneT c.s./ABB c.s.*: vrees voor nadelig precedent niet voldoende voor voeging in cassatie

Hoewel het gerechtshof in 2014 in *ABB/TenneT*<sup>33</sup> nog het passing-on verweer accepteerde, is hier het laatste woord nog niet over gezegd. TenneT heeft immers cassatie ingesteld tegen het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Alstom onderkende het belang van de uitspraak van de Hoge Raad voor haar eigen procedure en heeft om die reden gepoogd zich te voegen aan de zijde van ABB in de cassatieprocedure. De Hoge

26. Gerecht 16 december 2015, zaak T-62/11, *Air France-KLM/Commissie*, ECLI:EU:T:2015:996.

27. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*).

28. Rb. Gelderland 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*).

29. Rb. Gelderland 15 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621 (*TenneT/Alstom*).

30. Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713 (*TenneT/Alstom*).

31. Rb. Gelderland 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118 (*TenneT/Alstom*).

32. De Nederlandse Staat is enig aandeelhouder van TenneT.

33. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (*ABB/TenneT*).



Raad heeft echter op 12 juni 2015<sup>34</sup> geoordeeld (in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Van Peursem<sup>35</sup>) dat de vrees voor een nadelig precedent niet voldoende is om te spreken van een zodanig belang dat de vordering tot voeging toegewezen moet worden.

## Misbruik economische machtspositie

In 2015 is verschillende keren in civiele procedures een beroep gedaan op het verbod op misbruik van een economische machtspositie. In geen van de hier besproken zaken is het beroep op dit verbod succesvol geweest. Daarbij verdient echter wel opmerking dat in *VBO/Funda* en *NVZ/Videma* de rechter materieel gezien nog geen uitspraak heeft gedaan.

### *VBO/Funda*: complexiteit zaak maakt deskundigenadvies noodzakelijk

Een van de meest aansprekende civiele mededingingszaken in het afgelopen jaar betreft de zaak *VBO/Funda*,<sup>36</sup> die dient bij de Rechtbank Amsterdam. Zoals algemeen bekend wordt op de website van Funda (die mede door NVM is opgericht) onder meer het woningaanbod van bij NVM, VBO en VastGoedPRO aangesloten Nederlandse makelaars getoond. Bezoekers van de website van Funda hoeven daarvoor geen vergoeding te betalen. De kosten voor Funda moeten derhalve worden opgebracht door zowel de NVM-leden als de VBO-leden. VBO-leden zijn voor een basisplaatsing echter een hogere vergoeding verschuldigd dan NVM-leden. Bovendien krijgt het VBO-aanbod een lagere ‘ranking’ dan het NVM-aanbod. Daarnaast hebben VBO-leden geen toegang, althans geen toegang op gelijke voet, tot bepaalde functies van Funda, zoals ‘open huizen dag’ en ‘top-huis’. VBO stelde dat Funda hiermee misbruik maakt van haar machtspositie op zowel de bezoekersmarkt voor websites voor woningaanbod als de markt voor advertentieruimte op websites voor woningaanbod in Nederland.

Gelet op de complexiteit van de feiten en het belang van (onder andere) een afbakening van de relevante markt, besluit de rechtbank inlichtingen in te winnen omtrent de afbakening van de relevante productmarkt, de positie van Funda, de omvang en effecten van de gewraakte handelspraktijken en de financiële huishouding van de website. De rechtbank besluit om die reden tot een comparitie.

### *Stichting c.s./SDU*: stelplicht wederom de crux

Niet geheel onverwacht zijn ook Stichting SDU Gedupeerden en Bestax B.V. (hierna: Stichting c.s.) niet in het gelijk gesteld in de door hen tegen SDU aangespan-

nen procedure op basis van misbruik van machtspositie (zaak *Stichting c.s./SDU*<sup>37</sup>). De klacht van Stichting c.s. richtte zich tegen de door SDU in rekening gebrachte tarieven voor werkmappen voor taxichauffeurs. SDU beschikte ten aanzien van deze diensten over een wettelijk monopolie (van 1 december 1998 tot 1 juli 2010). Diverse taxiondernemingen, verenigd in Stichting c.s., meenden dat de tarieven van SDU in de periode 2005-2010 excessief waren en derhalve in strijd waren met het verbod op misbruik van machtspositie. Stichting c.s. verwees daartoe onder meer naar de tarieven die nieuwe toetreders (zoals UWT en KNV Taxi) na 2010 in rekening brachten voor de werkmappen. De Rechtbank Den Haag meent dat de Stichting c.s. niet had voldaan aan de op haar rustende stelplicht, onder meer omdat zij niet had onderbouwd dat en waarom hoge indirecte kosten mededingingsrechtelijk niet door de beugel konden en waarom de marge van SDU te hoog was voor de branche. Van belang is daarnaast dat de toetreders UWT en KNV Taxi na de opheffing van het monopolie van SDU niet dezelfde ontwikkelingskosten hebben hoeven maken als SDU toentertijd. SDU was verplicht om voldoende voorraad te houden en had de werkmap zelf ontwikkeld. Na het vrijgeven van de markt konden de toetreders gebruikmaken van deze investering. Doordat niet aan de stelplicht is voldaan, komt de rechter niet toe aan de bewijslevering toe en is er geen reden om een deskundige aan te stellen.

### *UPC/T-Mobile/KPN*: een hoge maar niet-excessieve prijs is niet verboden

In de Kroniek van 2013 bespraken we al de weinig succesvolle queeste van UPC naar een gerechtelijk oordeel dat T-Mobile en KPN excessieve tarieven in rekening hadden gebracht.<sup>38</sup> Nadat de Rechtbank Rotterdam UPC's vordering al in 2013 had afgewezen, ving UPC ook in 2015 bij het Hof Den Haag bot.<sup>39</sup> Het hof oordeelde allereerst dat een nieuw ingebrachte grief waarin UPC bepleitte dat de mobiele netwerkaanbieders – door een convenant te sluiten over de MTA-tarieven – in strijd hadden gehandeld met het kartelverbod wegens strijd met een goede procesorde niet toelaatbaar was.<sup>40</sup> Het hof, onder vermelding van het standaardarrest *United Brands*,<sup>41</sup> gaat niet mee in de opvatting van UPC dat sprake is van misbruik van machtspositie doordat de tarieven die T-Mobile en KPN in rekening brachten – in de visie van UPC – tot ‘(...) handelsvoordelen [leidden] (...) die zij bij een normale mededinging niet zouden hebben gehad’.<sup>42</sup> Het voeren van een niet-exces-

34. HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602 (*Alstom/TenneT*).

35. Conclusie van 3 april 2015 van A-G Van Peursum, ECLI:NL:PHR:2015:413.

36. Rb. Amsterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:897 (*VBO/Funda*).

37. Rb. Den Haag 4 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2451 (*Stichting c.s./SDU*).

38. Rb. Rotterdam 3 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5992 (*UPC Nederland B.V./T-Mobile/KPN*).

39. Gerechtshof Den Haag 10 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:405 (*UPC/T-Mobile/KPN*).

40. Gerechtshof Den Haag 10 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:405 (*UPC/T-Mobile/KPN*), r.o. 2.4.

41. HvJ EG 14 februari 1978, zaak C-27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22.

42. Gerechtshof Den Haag 10 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:405 (*UPC/T-Mobile/KPN*), r.o. 3.2.

sieve prijs leidt niet tot misbruik, ook niet als, zoals door UPC aangevoerd, de winstmarges van de hoge (maar niet-excessieve) prijzen worden gebruikt voor kruissubsidiëring. Het hof bevestigt daarnaast de methode van de rechtbank waarbij de grootte van de winstmarge als uitgangspunt wordt gebruikt om te kunnen analyseren of sprake is van excessieve tarieven, mede doordat UPC geen suggesties doet voor andere berekeningen. Verder oordeelt het hof, in navolging van de Rechtbank Rotterdam, dat de zogeheten BULRIC-tarieven, waarbij wordt uitgegaan van de kosten van een hypothetisch efficiënte aanbieder, geen juiste maatstaf vormen voor de vraag of een onderneming excessieve tarieven in de zin van het mededingingsrecht heeft gehanteerd.

### **NVZ c.s./ Videma: machtspositie aangetoond, maar eerst langs geschillencommissie**

In de zaak *NVZ c.s./Videma*<sup>43</sup> leek een einduitspraak door de Rechtbank Rotterdam over het wel of niet misbruik maken van een economische machtspositie dichtbij, maar eiser – De Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen c.s. (hierna: NVZ) – vergat daarbij één cruciale stap: een gang langs een wettelijk verplichte geschillencommissie. De klacht van NVZ richtte zich tegen Videma, een collectieve beheersorganisatie (cbo). Videma oefent in opdracht van rechthebbenden op filmwerken auteursrecht uit met betrekking tot de (groeps)vertoning van televisieprogramma's en de doorgifte van televisieprogramma's in onder meer zorginstellingen. NVZ maakte gebruik van de diensten van Videma, maar meende dat zij excessief hoge prijzen in rekening brengt. Hoewel de rechter onder verwijzing naar Europese jurisprudentie concludeert dat Videma op de nationale markt voor licenties voor (groeps)vertoningen een machtspositie heeft, worden alle vorderingen van NVZ afgewezen. De rechtbank kan niet anders: de Wet toezicht cbo's bepaalt dat geschillen over de billijkheid van de hoogte van vergoedingen eerst moeten worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Auteursrechten.

## Stelplicht/bewijslast

### **SMR/WEEE: bevestiging hoge bewijsstandaard mededingingsinbreuken**

Zoals ook al volgt uit enkele zaken die in deze Kroniek onder andere subcategorieën zijn besproken is in 2015 een groot aantal keren<sup>44</sup> een beroep op het mededingingsrecht verworpen aangezien niet was voldaan aan de stelplicht en bewijslast. In dit kader verdient met name

de uitspraak van de Rechtbank Gelderland in de zaak *Stichting Metalelektro Recycling/WEEE Nederland B.V.*<sup>45</sup> aandacht. Hierin wordt nogmaals en in zeer expliciete bewoordingen bevestigd dat de bewijsstandaard voor mededingingsinbreuken hoog ligt in Nederland. Deze zaak ziet op de inzameling en verwerking van de door gebruikers afgedankte elektrische en elektronische apparaten (e-waste). SMR is een productstichting die namens de producenten zorgdraagt voor de inzameling van verwerking van e-waste. SMR heeft zich met andere productstichtingen in Nederland verenigd in Wecycle. Om de financiering van de inzameling en verwerking van Altlast (e-waste van apparaten die voor of op 13 augustus 2005 op de markt zijn gebracht) te waarborgen, hebben de productstichtingen ieder afzonderlijk middelen bijeengebracht (de Altlast-voorziening). Deze zaak draait om een conflict omtrent de door producenten ingebrachte middelen voor Altlast-voorziening. Om zich aan te sluiten bij het collectieve systeem van de productstichtingen en Wecycle sloten producenten een Deelnemersovereenkomst met Wecycle en de productstichting in kwestie, in dit geval SMR. In deze Deelnemersovereenkomst was opgenomen dat de producenten die hebben bijgedragen aan de Altlast-voorziening hun bijdrage hieraan niet kunnen meenemen indien zij uit de voorziening stappen, ook niet als een andere inzamelaar en verwerker van e-waste de verwerking zou verzorgen. In 2013 is WEEE actief geworden in het collectief inzamelen en verwerken van e-waste en kunnen producenten aldus overstappen naar WEEE voor de collectieve inzameling en verwerking van hun e-waste. WEEE heeft SMR daarop gesommeerd afspraken te maken over een financiële vergoeding voor WEEE indien WEEE de e-waste van producenten die hebben bijgedragen aan SMR's Altlast-voorziening inzamelt en verwerkt. SMR heeft hieraan geen gehoor gegeven.

WEEE stelde dat zij recht zou hebben op compensatie indien zij e-waste zou inzamelen en verwerken voorvoorheen bij SMR aangesloten producenten. Doordat zij uit de door SMR opgebouwde Altlast-voorziening op grond van de Deelnemersovereenkomst geen vergoeding ontving in gevallen waarin zij Altlast afkomstig van bij SMR aangesloten producenten inzamelt, zou de mededinging worden beperkt omdat hiermee voorkomen zou worden dat producenten naar WEEE zouden overstappen. Immers, de producenten zouden hiermee dubbel moeten betalen voor de verwerking van hun e-waste. Bovendien zou SMR volgens WEEE misbruik maken van haar economische machtspositie, enerzijds doordat zij WEEE geen toegang zou hebben verleend tot de opgebouwde middelen en anderzijds door het toepassen van ongelijke voorwaarden jegens Wecycle en WEEE, daar Wecycle wel een vergoeding voor geleverde diensten verkreeg. Allereerst oordeelt de rechtbank dat in het onderhavig geval geen sprake is van een zogenoemd strekkingsbeding. Voorts oordeelt de rechtbank, in navolging van de Hoge Raad in *ANVR/IATA*,<sup>46</sup> dat zij

43. Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6050 (*NVZ c.s./Videma*).

44. Zie tevens: Rb. Den Haag 18 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2069 (*Philips/Neolux*); Rb. Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509 (*Oogartsen/Spijkenisse Medisch Centrum BV c.s.*); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4414 (*Converse c.s./Scapino*) en Rb. Limburg 9 december 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:10461 (*Stichting/Metroprop/Maankwartier*).

45. Rb. Gelderland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3172 (*SMR/WEEE*).

46. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (*ANVR/IATA*).

door WEEE onvoldoende in staat is gesteld de werking van de desbetreffende markt in voldoende mate te doorgronden teneinde te kunnen bepalen of, en zo ja in welke mate, de vrije mededinging op die markt is of zou kunnen worden verstoord. WEEE heeft immers niet voldaan aan de op haar rustende verplichting om op ondubbelzinnige en gemotiveerde wijze de relevante markt(en) af te bakenen. Bij gebrek hieraan komt de rechtbank derhalve niet toe aan de beoordeling van de gedragingen van SMR op grond van artikel 6 en 24 Mw.