

PELS RIJCKEN



Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2022

Jotte Mulder, Sanne Jonkheer en Willem Heemskerk*

Inleiding

In deze kroniek bespreken wij de mededingingsrechtelijke uitspraken van de Nederlandse civiele rechter in 2022. Het was wederom een druk jaar op *follow-on* gebied. Het zal voorlopig ook wel druk blijven. Recent was een van de *headlines* tijdens de jaarlijkse *concurrentes cartel workshop*: ‘*cartels are back*’.¹ Daarmee werd bedoeld op het feit dat de handhaving van kartels weer zo’n beetje op het precoronaniveau zit. De Commissie is inderdaad bezig met een inhaalslag en voert veel bedrijfsbezoeken uit die gedurende de coronajaren niet hebben kunnen plaatsvinden.² Daar zal deze kroniek de komende jaren

¹ www.concurrences.com/en/events/.

² Zie ‘Kartelle sind oft Kinder der Not’. Europa erlebt eine Ära der Razzien, Welt 25 januari 2023, toegankelijk op www.welt.de/wirtschaft/article243397079/Kartelle-sind-oft-Kinder-der-Not-Europa-erlebt-eine-Aera-der-Razzien.html; J. Ysewyn, M. Nteve & V. Ling, ‘Dawn raids in the EU are back in full swing’, Covington & Burling LLP, toegankelijk op www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1da68679-484b-4053-bde6-85fdad725c44.

* De auteurs zijn betrokken in meerdere van de in deze kroniek besproken uitspraken. De auteurs danken Yann Gorge voor zijn assistentie bij het verzamelen van de relevante uitspraken voor dit kroniekjaar.

nog rijkelijk van kunnen oogsten. Het zullen tevens interessante *follow-on* jaren worden gezien de focus van de Commissie op niet alledaagse kartels, zoals inkoopkartels,³ waarvan op voorhand reeds minder duidelijk is dat er schadelijke effecten optreden (voor afnemers en consumenten). Gelet op de stand van zaken in verschillende kartelschadeprocedures in Nederland is de kans inmiddels ook aanzienlijk dat komend jaar de eerste verwijzingen naar schadestaatprocedures kunnen gaan volgen en ook op dat vlak weer nieuwe ontwikkelingen kunnen gaan plaatsvinden die dit rechtsgebied verder kunnen brengen. Dan de terugblik. In 2021 zijn er 27 zaken geteld (tien *follow-on* en zeventien *standalone*) en gingen de auteurs van deze kroniek zoals gewoonlijk al uitgebreid in op verschillende interessante Europese en Nederlandse ontwikkelingen op *follow-on* gebied,⁴ en ook 2022 stelt qua ontwikkelingen niet teleur. De aantallen zijn weliswaar wat minder – wij komen tot 19 (zeven *follow-on* en twaalf *standalone*) zaken die afgelopen jaar gerapporteerd worden – maar qua ontwikkelingen blijft 2022 niet achter.

De interessante ontwikkelingen in *follow-on* zien wat ons betreft met name op toepasselijk recht, ontvankelijkheid van claimvehikels en verjaring. Zo oordeelde de rechtbank Amsterdam in *Trucks* simpelweg dat Nederlands recht van toepassing is op *alle* vorderingen. De redenering daarvoor, zoals wij hieronder nader bespreken, is nogal kort door de bocht en ook verrassend gezien in het licht van onder meer de *Aircargo*-rechtspraak. De uitspraak vergroot tegelijkertijd het gemak van procederen in Nederland waardoor vermoedelijk meer claimvehikels zich op Nederland zullen gaan focussen en er meer procedures in Nederland zullen komen, en de vraag is of dat wenselijk is. De auteurs kijken deze kroniekperiode ook met belangstelling naar de ontwikkelingen in de *follow-on* zaak aangespannen door MTB tegen Heineken naar aanleiding van een overtreding van het verbod op misbruik van machtspositie vastgesteld door de Griekse mededingingsautoriteit. In de door de staat aangespannen schadevergoedingsactie wegens het *Bitumenkartel* gaat de rechtbank Rotterdam in op de bijzondere vraag of kennis van een kartel bij de Autoriteit Consument & Markt (ACM) zou kunnen gelden als kennis van de staat waardoor de verjaringstermijn voor een kartelschadevordering van de staat zou zijn gaan lopen. Op Europees vlak gingen de procedures in de grote kartelschadezaken uiteraard ook onverminderd door. Wij lichten de uitspraak uit van het Gerecht in de beroepsprocedure aangespannen door Scania⁵ en de uitspraak van het Hof van Justitie in een procedure

³ Bijvoorbeeld de recente inkoopkartels in zaak Europese Commissie 22 november 2022, AT.40547 (*Styrene*) en Europese Commissie 14 juli 2020, AT.40410 (*Ethylene*).

⁴ Zie hierover de kroniek van 2021: S. Tuinenga & R. Lamberti, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2021', *M&M* 2022/1, p. 15-17.

⁵ Gerecht 2 februari 2022, T-799/17, ECLI:EU:T:2022:48 (*Scania/Commissie*).

tussen aan de ene kant Volvo en DAF en aan de andere kant het Spaanse bedrijf RM.⁶ Deze uitspraken met relevantie voor de Nederlandse kartelschadepraktijk bespreken we in deze kroniek ook wat uitgebreider.

Qua *standalone* zaken was er wederom weinig nieuws onder de zon, veel vorderingen strandden zoals gewoonlijk op een gebrek aan bewijs. Lezenswaardige uitspraken afgelopen jaar zijn er echter wel degelijk; de uitspraak van gerechtshof Amsterdam waarin wordt bevestigd dat Buma/Stemra misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie; een uitspraak van de rechtbank Amsterdam over de sociale dialoog en het bereik van het mededingingsrecht en ten slotte ook de uitspraak waarin de rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen zal stellen over de pariteitsclausules van Booking.com.

Follow-on zaken

Toepassing Kartelschaderichtlijn

De bepalingen in de Kartelschaderichtlijn⁷ worden steeds vaker van belang in kartelschadezaken aangezien logischerwijs met het verstrijken van de tijd steeds meer zaken onder het temporele toepassingsbereik van de richtlijn vallen. Belangrijk punt hierbij is dat artikel 22 van de richtlijn een onderscheid tussen materiële en procedurele bepalingen maakt voor zover het gaat om terugwerkende kracht van de richtlijn. Materiële bepalingen van de richtlijn zijn niet met terugwerkende kracht van toepassing, maar procedurele bepalingen wel (tot 26 december 2014). Punt van discussie is logischerwijs dus vaak of een relevante bepaling van materiële of procedurele aard is. Een uitgebreide uitspraak van het Hof van Justitie die voortvloeit uit een van de vele vrachtwagenschadezaken in Spanje geeft de nodige duidelijkheid over de toepassing van een tweetal belangrijke bepalingen uit de Kartelschaderichtlijn.

Aanleiding voor de zaak vormt het Commissiebesluit van 19 juli 2016 inzake het *Trucks* kartel dat onder andere aan Volvo en DAF Trucks is gericht. Een als 'RM' aangeduid Spaans bedrijf zoekt compensatie van Volvo en DAF voor geleden schade als gevolg van dat kartel. Volvo en DAF voeren in hoger beroep bij de Spaanse rechter aan dat de Kartelschaderichtlijn niet van toepassing is omdat deze pas in werking is getreden nadat de door de Commissie vastgestelde inbreuk was beëindigd.⁸ Een Spaanse rechter stelt

⁶ HvJ EU 22 juni 2022, C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (*Volvo c.s./RM*).

⁷ Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 349).

⁸ *Volvo c.s./RM*, r.o. 21-23.

prejudiciële vragen over artikel 10 en 17 Kartelschaderichtlijn. De rechter wil weten of de artikelen *ratione temporis* van toepassing zijn op een schadevordering aangaande een inbreuk die voor de inwerkingtreding van de richtlijn is beëindigd, maar is ingesteld na inwerkingtreding van de nationale bepalingen waarbij die richtlijn is omgezet in nationaal recht.⁹

Het Hof van Justitie herhaalt ten eerste dat uit artikel 22 lid 1 Kartelschaderichtlijn volgt dat materiële bepalingen van deze richtlijn niet met terugwerkende kracht van toepassing zijn. Dergelijke bepalingen zijn dus niet van toepassing op schadevorderingen ingesteld wegens kartels die hebben plaatsgevonden vóórdat de Kartelschaderichtlijn is (of zou moeten zijn) geïmplementeerd, te weten uiterlijk 27 december 2016.¹⁰

De relatieve verjaringstermijn van vijf jaar, zoals in artikel 10 omschreven, heeft volgens het Hof van Justitie – in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Rantos in deze zaak – betrekking op het materiële recht, omdat de termijn van invloed is op de uitoefening van een subjectief recht. Artikel 10 Kartelschaderichtlijn moet dan ook worden beschouwd als een materiële bepaling en dit artikel is dus *niet* met terugwerkende kracht van toepassing.¹¹ Ten aanzien van de temporele toepasselijkheid van artikel 10 moet het Hof van Justitie verder nagaan of de (nationale) verjaringstermijn die op de zaak van toepassing was, is verstreken vóór de vervaldatum voor omzetting van de richtlijn (27 december 2016). In dit verband stelt het Hof van Justitie vast dat de verjaringstermijn in deze zaak is ingegaan op de dag waarop de Commissie een samenvatting van de beschikking had gepubliceerd (6 april 2017), omdat deze samenvatting alle informatie bevatte die RM nodig had om een schadevergoedingsactie in te stellen (bestaande uit de plegers van de betrokken inbreuk, hoe lang de inbreuk precies heeft geduurd en op welke producten de inbreuk betrekking had). Het Hof van Justitie concludeert dat het beroep van RM daarom (toch) binnen de temporele werkingssfeer van artikel 10 van de richtlijn valt, aangezien de krachtens de oude Spaanse wetgeving geldende verjaringstermijn van één jaar niet was verstreken vóór de vervaldatum voor de omzetting van de richtlijn in Spaans recht.¹²

Ook artikel 17 lid 2 Kartelschaderichtlijn is een materiële bepaling, aldus het Hof van Justitie. Dit betekent dat RM zich niet kan beroepen op het in dit artikel neergelegde bewijsvermoeden dat ziet op een weerlegbaar vermoeden van schade.¹³

⁹ *Volvo c.s./RM*, r.o. 24-27.

¹⁰ *Volvo c.s./RM*, r.o. 35-42.

¹¹ *Volvo c.s./RM*, r.o. 47.

¹² *Volvo c.s./RM*, r.o. 79.

¹³ *Volvo c.s./RM*, r.o. 100-104.

Dit geldt niet voor artikel 17 lid 1 Kartelschaderichtlijn. Dat artikel staat het de nationale rechter toe om de schade van een benadeelde te begroten wanneer het praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk is voor de benadeelde om de schade op basis van het beschikbare bewijsmateriaal nauwkeurig te begroten. Deze bepaling is volgens het Hof van Justitie van *procedurele* aard en dus wel van toepassing op de schadevordering van RM, nu deze na de inwerkingtreding van de Kartelschaderichtlijn is ingesteld.¹⁴

Bevoegdheid Nederlandse rechter

In de kroniek van 2021 werd de bevoegdheid en aansprakelijkheid al uitgebreid besproken in het kader van *follow-on procedures*,¹⁵ en ook afgelopen jaar waren een aantal bevoegdheidskwesties in kartelschadeprocedures aan de orde.

Zo diende de rechtbank Rotterdam in een vrijwaringsprocedure in de bitumenkartelzaak te oordelen over haar bevoegdheid ten aanzien van een in vrijwaring gedagvaarde onderneming (Wintershall).¹⁶ Wintershall legde aan haar incidentele vordering ten grondslag dat de rechtbank onbevoegd is, althans dat eiseressen in vrijwaring niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen, omdat Wintershall de potentiële aansprakelijkheid in verband met het Bitumenkartel in het kader van haar splitsing heeft overgedragen aan Wintershall Dea.¹⁷ Over de bevoegdheidsvraag is de rechtbank kort: nu de rechtbank aan de eiseressen in vrijwaring heeft toegestaan om Wintershall in vrijwaring op te roepen is daarmee voldaan aan de voorwaarden van artikel 8 lid 2 Brussel I bis-verordening,¹⁸ wat meebrengt dat de rechtbank Rotterdam bevoegd is naast de rechter van de vestigingsplaats van Wintershall. Het gaat daarbij om een volwaardige alternatieve bevoegdheid.¹⁹ Er kan slechts grond bestaan voor onbevoegdverklaring van de rechtbank Rotterdam als voldoende aannemelijk wordt dat de vorderingen slechts zijn ingesteld om Wintershall te onttrekken aan de bevoegdheid van de andere bevoegde rechter.

De rechtbank oordeelt verder dat het uitgangspunt voor eiseressen in vrijwaring is dat zij, ingeval zij in de hoofdzaak veroordeeld worden tot het betalen van een schadevergoeding (aan de staat), regres kunnen nemen op hun medekartellisten. Dat is de reden waarom zij in dit geval Wintershall, hun medekartellist, in vrijwaring hebben gedagvaard en niet de toen nog niet bestaande en in elk geval niet bij het kartel betrokken Wintershall Dea. Dit is geen

¹⁴ *Volvo c.s./RM*, r.o. 89.

¹⁵ Zie hierover de kroniek van 2021: Tuinenga & Lamberti 2022, p. 15-17.

¹⁶ Rb. Rotterdam 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7120 (*Kuwait c.s./Shell c.s.*).

¹⁷ *Kuwait c.s./Shell c.s.*, r.o. 5.2.

¹⁸ Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEU* 2012, L 351).

¹⁹ *Kuwait c.s./Shell c.s.*, r.o. 5.4.

misbruik van bevoegdheid (waarbij de rechtbank verwijst naar het *Skanska*- en het *Sumal*-arrest), en dat zou slechts anders kunnen zijn als de omstandigheid dat Wintershall de betreffende (mogelijke) schuld bij een splitsing zou hebben overgedragen aan Wintershall Dea genegeerd was door eiseressen.²⁰ Volgens de rechtbank blijkt echter niet duidelijk uit het Duitse handelsregister dat de onderhavige (mogelijke) schuld is overgedragen.²¹ Daarnaast heeft Wintershall onvoldoende onderbouwd dat eiseressen in vrijwaring daadwerkelijk bekend waren met de overdracht van passiva (en de schuld) aan Wintershall Dea.²² Wintershall heeft dus onvoldoende onderbouwd dat eiseressen in vrijwaring misbruik van bevoegdheid hebben gemaakt door haar in vrijwaring te dagvaarden voor de Nederlandse rechter.²³

In een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in de procedures rondom het luchtvrachtkartel wordt ook kort over bevoegdheid gesproken.²⁴ Het gaat specifiek om de vraag of de nationale rechter bevoegd is om in een privaatrechtelijk geschil betreffende een kartelschadevordering, (thans) artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) toe te passen op de gedragingen van de kartellisten die in de luchtvaartsector hebben plaatsgevonden tussen een lidstaat en een derde land (behalve Zwitserland) voor 1 mei 2004, op zulke gedragingen tussen een lidstaat en Zwitserland die hebben plaatsgevonden voor 1 juni 2002 en op zulke gedragingen tussen een EER-land dat geen lidstaat is en een derde land die hebben plaatsgevonden voor 19 mei 2005, ook al vallen die gedragingen *niet* onder de reikwijdte van het Commissiebesluit. De rechtbank Amsterdam had deze vraag aan het Hof van Justitie voorgelegd. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend en geeft mee dat de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid om (thans) artikel 101 VWEU in (met name) privaatrechtelijke geschillen toe te passen ontleen aan de rechtstreekse werking van dat artikel.²⁵ De nationale rechter dient immers de volledige werking van het Unierecht te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten te beschermen. Het gerechtshof Amsterdam meent dat dit voor de kartelschadeprocedure betekent dat alle door eiseressen ingediende vorderingen beoordeeld kunnen worden door de Nederlandse rechter op grond van (thans) artikel 101 VWEU, ook voor zover die vorderingen zien op de hierboven beschreven gedragingen, die niet onder het Commissiebesluit vallen.²⁶

²⁰ *Kuwait c.s./Shell c.s.*, r.o. 5.5.

²¹ *Kuwait c.s./Shell c.s.*, r.o. 5.10.

²² *Kuwait c.s./Shell c.s.*, r.o. 5.12-5.13.

²³ *Kuwait c.s./Shell c.s.*, r.o. 5.14.

²⁴ Hof Amsterdam 22 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3269 (*KLM c.s./Equilib c.s.*).

²⁵ HvJ EU 11 november 2021, C-819/19, ECLI:EU:C:2021:904.

²⁶ *KLM c.s./Equilib c.s.*, r.o. 3.8-3.9.

Aansprakelijkheid

De rechtbank Oost-Brabant gaat kort in op aansprakelijkheid van een van de gedaagden in een zaak omtrent het beeldbuisenkartel.²⁷ Hoewel de uitspraak voornamelijk ingaat op de specifieke mededingingsrechtelijke normen en verjaringsregels uit het Braziliaanse recht (die wij niet nader bespreken), staan er wel een aantal interessante overwegingen in ten aanzien van aansprakelijkheid. Een van de gedaagden, Samsung Amazonia, was geen geadresseerde van het Commissiebesluit en maakt organisatorisch ook geen onderdeel uit van het gedeelte van de Samsunggroep waartoe de overige Samsunggedaagden horen en die wel geadresseerden zijn van het Commissiebesluit. Samsung Amazonia werd bovendien niet door de Braziliaanse mededingingsautoriteit of door de Commissie onderzocht.²⁸ De rechtbank Oost-Brabant oordeelt dat de jurisprudentie (uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in *TenneT/ABB*²⁹) omtrent de zeggenschap die een moederverenootschap in concernverband over een dochterverenootschap heeft niet opgaat op het moment dat de betreffende onderneming geen directe of indirecte dochter is van de beboete (moeder)onderneming maar verder is verwijderd binnen de concernverhoudingen en dat ook niet duidelijk is of Samsung Amazonia inbreuk zou hebben gemaakt op het (Braziliaanse) mededingingsrecht.³⁰

Toepasselijk recht

In een uitspraak in de *Trucks*-zaken oordeelt de rechtbank Amsterdam over verschillende relevante onderwerpen.³¹ Ten eerste het toepasselijk recht. De rechtbank gaat grotendeels mee met het arrest van het gerechtshof Amsterdam uit 2021 in vier luchtvrachtkartelzaken.³² Het toepasselijke recht dient te worden bepaald door de regels die in Nederland golden gedurende de inbreukperiode, wat voor de *Trucks*-zaak betekent dat voor het deel van de vorderingen dat voor 11 januari 2009 is ontstaan artikel 4 lid 1 van de (inmiddels vervallen) Wet conflictenrecht onrechtmatig daad (WCOD) van toepassing is, terwijl voor de vorderingen die na 11 januari 2009 zijn ontstaan artikel 6 lid 3 Rome II-verordening³³ van toepassing is.³⁴ Maar het zou juist in strijd zijn met het doel van het

²⁷ Rb. Oost-Brabant 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4424 (*Cemaz c.s./Samsung c.s.*).

²⁸ *Cemaz c.s./Samsung c.s.*, r.o. 4.4-4.5.

²⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

³⁰ *Cemaz c.s./Samsung c.s.*, r.o. 4.6-4.7.

³¹ Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466 (*CDC c.s./DAF c.s.*).

³² Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*SCC c.s./KLM c.s.*). Zie hierover de kroniek van 2021: Tuinenga & Lamberti 2022, p. 19.

³³ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) (*PbEU* 2007, L 199).

³⁴ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.14.

conflictenrecht als een veelheid van wetten zou worden toegepast.³⁵ In de uitwerking maakt het dan ook geen verschil; zo oordeelt de rechtbank dat alle vorderingen in de procedure worden beheerst door Nederlands recht. Artikel 4 lid 1 WCOD moet namelijk volgens de rechtbank – mede gelet op het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel – op een wijze worden uitgelegd die verenigbaar is met artikel 6 lid 3 onder b Rome II-verordening.³⁶ Dat artikel biedt de mogelijkheid om in bepaalde situaties waarin moet worden aangenomen dat de inbreuk de mededinging in meerdere landen heeft beïnvloed, een keuze te maken welk recht van toepassing is. In dit geval hebben eisers gekozen voor Nederlands recht en is voldaan aan de overige voorwaarden van artikel 6 lid 3 onder b Rome II-verordening.³⁷ Daarom worden alle vorderingen in de procedure beheerst door Nederlands recht.³⁸ Dit wijkt af van de concrete toets die rechtbank Den Haag hanteerde in *CDC/Shell*³⁹ en rechtbank Amsterdam in *CDC/Kemira*.⁴⁰ In *CDC/Shell* bijvoorbeeld, werd het in de beschikking van de Europese Commissie aangeduide gebied van de marktverstoring tot uitgangspunt genomen maar overwoog de rechtbank wel dat het uiteindelijk gaat om de vraag waar de marktverstoring concreet en feitelijk heeft plaatsgevonden. Dat is de plaats waar vraag en aanbod zijn samengekomen voor de afnemers die stellen te zijn benadeeld door het kartel. Daar stapt de rechtbank Amsterdam nu overheen omdat ‘bezwaarlijk [kan] worden geoordeeld dat de concurrentieverhoudingen alleen zijn beïnvloed op de plaats waar vraag en aanbod zijn samengekomen’.⁴¹ Volgens de rechtbank zouden namelijk de prijzen voor nagenoeg alle in Europa gefabriceerde vrachtwagens die in de Europese Unie (EU) werden aangeboden, door het kartel zijn beïnvloed. De uitspraak is op dit punt des te opvallender omdat het gerechtshof Amsterdam in de hierboven al genoemde uitspraak in de *Air Cargo*-zaak die in de vorige kroniek werd besproken, nog heeft onderstreept dat het toepasselijk verklaren van Nederlands recht op alle vorderingen uitzonderlijk was vanwege ‘het specifieke, transnationale karakter van de dienst’ en dat normaal gesproken sprake zal zijn van gekartelliseerde goederen ‘die doorgaans op één plaats worden afgenomen en waar zich alle relevante transacties op één plaats afspelen’.⁴² De rechtbank stapt hier echter zonder nadere motivering overheen. In de ook al eerder genoemde *Air Cargo*-uitspraak van 22 november 2022 gaat het gerechtshof Amsterdam bovendien in op het toepasselijk recht (in vervolg op het in de

³⁵ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.16.

³⁶ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.19.

³⁷ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.17-2.18.

³⁸ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.19.

³⁹ Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722 (*CDC/Shell*).

⁴⁰ Rb. Amsterdam 8 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4933 (*CDC/Kemira*), zie ook de kroniek van 2021: Tuinenga & Lamberti 2022, p. 20.

⁴¹ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.15.

⁴² *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.12.7 en 5.13.

vorige kroniekperiode gewezen tussenarrest).⁴³ Equilib verzocht het gerechtshof in deze procedure om duidelijkheid over de vraag of het Nederlands recht ook van toepassing is op de *standalone* vorderingen in deze zaak.⁴⁴ Het gerechtshof was in het tussenarrest tot de conclusie gekomen dat de *follow-on* kartelschadevorderingen, voor zover die zien op vluchten die binnen het bereik van het Commissiebesluit vallen, worden beheerst door Nederlands recht. Er zijn echter ook enkele *standalone* vorderingen die buiten het bereik van het Commissiebesluit vallen. Het gerechtshof oordeelt dat de *standalone* vorderingen alleen buiten het bereik van het Commissiebesluit vallen, omdat de Commissie zich temporeel niet bevoegd achtte. Maar dit is met inachtneming van de uitspraken van het Hof van Justitie (zie hierboven) zonder belang, zodat de Nederlandse rechter toch bevoegd is de vorderingen te beoordelen. Het gerechtshof verduidelijkt dat zijn eerdere tussenarrest van juli 2021 ook ziet op de *standalone* vorderingen van Equilib, voor zover de Nederlandse rechter zal vaststellen dat zich een schending van het mededingingsrecht heeft voorgedaan die tot een verstoring van de mededinging op de Nederlandse markt heeft geleid en dat ook voldaan is aan de eisen van artikel 6 lid 3 onder b Rome II-verordening (bij wijze van analogie toe te passen). Indien aan die voorwaarden is voldaan, gelden de argumenten van het gerechtshof in het eerdere tussenarrest aangaande de toepasselijkheid van Nederlands recht ook voor de *standalone* vorderingen.⁴⁵ Overigens oordeelt het gerechtshof dat Nederlands recht ook van toepassing is op de schadeposten ten aanzien van de na-ijperiode (voor zover er sprake is van na-ijeffecten). Elke eiser heeft immers één enkele schadevordering op elke kartellist.⁴⁶

Ontvankelijkheid

De rechtbank Amsterdam gaat in de uitspraak in de *Trucks*-zaken ook nader in op de ontvankelijkheid van de claimanten.⁴⁷ In de procedure heeft een deel van de eiseressen vorderingen ingesteld voor schade die zij zelf hebben geleden, terwijl een ander deel op basis van cessie, lastgeving, dan wel volmacht vorderingen heeft ingesteld (de claimvehikels).⁴⁸ In veel kartelschadeprocedures wordt gebruikgemaakt van deze laatste constructie en de vraag is gerezen of dergelijke claimorganisaties (naar analogie) moeten voldoen aan de eisen van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA).

⁴³ Zie hierover de kroniek van 2021: Tuinenga & Lamberti 2022, p. 19.

⁴⁴ Hof Amsterdam 22 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3269 (*KLM c.s./Equilib c.s.*), r.o. 3.12.

⁴⁵ *KLM c.s./Equilib c.s.*, r.o. 3.14.

⁴⁶ *KLM c.s./Equilib c.s.*, r.o. 3.15.

⁴⁷ Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466 (*CDC c.s./DAF c.s.*).

⁴⁸ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.3.

De rechtbank stelt in de uitspraak voorop dat de WAMCA niet dwingend voorschrijft dat alle collectieve acties gebaseerd zijn op artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek (BW).⁴⁹ De Truckfabrikanten hebben aangevoerd dat de claimvehikels aan geen van de waarborgen van het collectieve actierecht voldoen. De rechtbank oordeelt dat de voorwaarden van artikel 3:305a BW (WAMCA-regime) vooral zijn bedoeld om niet-professionele partijen te beschermen en dat is in deze zaak volgens de rechtbank niet aan de orde. Daarbij hecht de rechtbank waarde aan het feit dat de rechtsverhouding tussen de claimvehikels en de achterliggende partijen vastligt in een overeenkomst die zij met elkaar hebben gesloten en op basis waarvan de achterliggende partijen de claimvehikels kunnen aanspreken, waardoor de rechtsbescherming van de WAMCA ook niet (of minder) nodig is.⁵⁰ De rechtbank concludeert dat er geen grond bestaat om te oordelen dat claimvehikels alleen een vordering op grond van artikel 3:305a BW zouden kunnen instellen. De rechtbank ziet ook geen aanleiding om hierover prejudiciële vragen te stellen, zoals geopperd door DAF c.s.⁵¹

Een andere vraag omtrent ontvankelijkheid werd beantwoord in een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant in de beeldbuizenkartelzaak.⁵² In deze uitspraak ging het onder meer over de ontvankelijkheid van eiseressen in hun vorderingen op grond van artikel 3:305a BW (oud). De rechtbank noemt eerst dat artikel 3:305a BW (oud) na invoering van de WAMCA expliciet van toepassing is gebleven op collectieve acties aangaande gebeurtenissen van vóór 15 november 2016. Het beeldbuizenkartel is voor die datum geëindigd en dus is het oude artikel 3:305a BW temporeel van toepassing.⁵³ Er is ook geen sprake van anticiperende werking van de WAMCA en/of de Kartelschaderichtlijn.⁵⁴

Twee van de claimanten in de beeldbuizenkartelzaak – Consumentenbond en Aequitas – hebben hun vorderingen ingesteld op grond van de collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW (oud).⁵⁵ Zij vorderen (kortgezegd) een verklaring voor recht dat Philips c.s. in strijd met artikel 101 VWEU en daarmee onrechtmatig hebben gehandeld, dat zij daarvoor aansprakelijk zijn en de daaruit voortvloeiende schade moeten vergoeden.⁵⁶ De rechtbank is van oordeel dat de Consumentenbond en Aequitas niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen gebaseerd op artikel 3:305a BW. Ten eerste omdat het onrechtmatig handelen van Philips c.s. niet meer afzonderlijk door de nationale rechter hoeft te worden

⁴⁹ CDC c.s./DAF c.s., r.o. 2.6.

⁵⁰ CDC c.s./DAF c.s., r.o. 2.7-2.8.

⁵¹ CDC c.s./DAF c.s., r.o. 2.10.

⁵² Rb. Oost-Brabant 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4506 (*Consumentenbond c.s./Philips*).

⁵³ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.3.

⁵⁴ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.19.

⁵⁵ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.2.

⁵⁶ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 4.1 (onder a t/m k).

beoordeeld; de Commissie heeft immers al in haar besluit vastgesteld dat Philips in strijd met artikel 101 VWEU heeft gehandeld en de nationale rechter is gebonden aan wat de Commissie heeft besloten en kan dan ook niet anders verklaren dan de Commissie heeft gedaan.⁵⁷ In het Commissiebesluit is tevens al vastgesteld dat Philips (als moedermaatschappij) onderdeel uitmaakt van de onderneming waartoe de overtredende vennootschap (LPD) behoort, waardoor Philips ook aansprakelijk is voor de gedragingen van LPD. Het Hof van Justitie heeft in de *Skanska*-zaak⁵⁸ al geoordeeld over deze vorm van aansprakelijkheid en het begrip ‘onderneming’ is een autonoom unierechtelijk begrip dat in de context van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht hetzelfde moet worden uitgelegd. Voor een beoordeling van die aansprakelijkheid van Philips door de nationale rechter is dan ook geen plaats meer.⁵⁹ De rechtbank ziet kortgezegd geen belang voor de achterban van de Consumentenbond en Aequitas bij een verklaring voor recht in de collectieve actie dat Philips inbreuk heeft gemaakt op artikel 101 VWEU en dat Philips als moedermaatschappij van LPD aansprakelijk is. De rechtbank ziet ook niet in dat de collectieve actie meerwaarde zou bieden boven de reguliere weg van procederen.⁶⁰ De rechtbank Oost-Brabant verduidelijkt de toepassing van artikel 3:305a BW (oud) in de uitspraak verder. Zo legt de rechtbank uit dat het artikel bepaalt dat een door een belangenorganisatie ingestelde vordering niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Het is ook niet mogelijk een verklaring voor recht te vorderen met de strekking dat de gedaagde aansprakelijk is voor de schade die benadeelden hebben geleden. Dergelijke vorderingen kunnen niet in een collectieve actie worden beoordeeld omdat die beoordeling afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van het individuele geval. Artikel 3:305a BW (oud) verzet zich dan ook tegen het beoordelen van individuele omstandigheden in een collectieve actie.⁶¹ Dit is overigens niet in strijd met het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel en/of het effectiviteitsbeginsel. Die beginselen beschermen het individuele recht op schadevergoeding en niet enig recht van collectieve belangenbehartigers. Artikel 3:305a BW (oud) maakt het ook niet onmogelijk om deze rechten uit te oefenen.⁶² De rechtbank oordeelt dat de Consumentenbond en Aequitas in al hun vorderingen niet-ontvankelijk zijn.

⁵⁷ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.6-5.7.

⁵⁸ HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*).

⁵⁹ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.8-5.9.

⁶⁰ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.10.

⁶¹ *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.13 en HR 13 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2006:AW2077 (*Vie d’Or*).

⁶² *Consumentenbond c.s./Philips*, r.o. 5.21.

Verjaring

De afgelopen jaren is er al veel geprocedeerd over de verjaringsregels in de verschillende lidstaten. Rode draad daarbij is het doeltreffendheidsbeginsel, in samenhang met het Cogeco-arrest van het Hof van Justitie.⁶³ Zo oordeelde het gerechtshof Amsterdam in 2020 al dat de Finse, Spaanse en Zweedse verjaringsregels in strijd zijn met het doeltreffendheidsbeginsel.⁶⁴ In 2021 oordeelde de rechtbank Rotterdam in de liftenkartelzaak dat de Nederlandse verjaringsregels wél voldoen aan dit beginsel, omdat de verjaringstermijn (van vijf jaar) niet kon verstrijken voordat bekend was wie aansprakelijk is en de benadeelden de termijn konden stuiten.⁶⁵

In 2022 moesten de Nederlandse rechtbanken weer meermaals oordelen over verjaring, bijvoorbeeld de rechtbank Rotterdam in de bitumenkartelschadezaak.⁶⁶ In de procedure stonden de staat en Shell, Kuwait en Total tegenover elkaar. De staat stelt schade te hebben geleden als gevolg van de deelname van onder meer Shell, Kuwait en Total aan het bitumenkartel en vordert een verklaring voor recht dat Shell c.s. onrechtmatig hebben gehandeld en aansprakelijk zijn voor de schade en een veroordeling tot schadevergoeding. De rechtbank Rotterdam besloot in deze procedure – zoals wel vaker gebruikelijk – dat eerst het verjaringsverweer van gedaagden wordt besproken, voordat op de rest van de geschilpunten wordt ingegaan.

Shell c.s. voerden aan dat de staat meer dan vijf jaar voordat hij de eerste stuitingsbrief heeft verzonden bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke personen, waardoor de vorderingen op die datum al waren verjaard. Vaststaat dat de Kartelschaderichtlijn en artikel 6:193s en 6:193t BW temporeel niet van toepassing zijn. De vraag of de vordering van de staat verjaard is, moet dus aan de hand van het destijds geldende Nederlandse recht worden beoordeeld.⁶⁷ Daarom is artikel 3:310 lid 1 BW van toepassing. Dat artikel bepaalt dat een rechtsvordering tot schadevergoeding vijf jaar na de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, verjaart. Volgens de Hoge Raad moet het daarbij gaan om een daadwerkelijke bekendheid – het enkele vermoeden van bestaan van schade of het enkele vermoeden wie aansprakelijk is, volstaat niet.⁶⁸

⁶³ HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*).

⁶⁴ Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (*CDC/Kemira*). Zie hierover de kroniek van 2020: M. Meijssen & S. Tuinenga, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2020', *M&M* 2021/3, p. 98.

⁶⁵ Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (*SECC/Kone*). Zie hierover de kroniek van 2021: Tuinenga & Lamberti 2022, p. 20.

⁶⁶ Rb. Rotterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9160 (*Staat/Shell c.s.*).

⁶⁷ *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.5.

⁶⁸ *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.6 en HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:627.

Volgens Shell c.s. was de staat al op 26 oktober 2004 bekend met de schade en de daarvoor aansprakelijke (rechts)personen, omdat toen reeds bekend was dat de Commissie besloten had een procedure tegen hen in te stellen en in meerdere (landelijke) kranten werd geschreven over het kartel en de daarbij betrokken ondernemingen.⁶⁹ De staat was echter van mening dat uit de krantenberichten niet bleek dat sprake was van een kartel en wat de aard, omvang en duur ervan was, en dat door de staat schade zou kunnen zijn geleden.⁷⁰ De rechtbank oordeelt dat mede gelet op de complexiteit van schadevergoedingsvorderingen wegens kartelvorming, de krantenartikelen onvoldoende aanknopingspunten bevatten voor het daadwerkelijk kunnen instellen van een rechtsvordering. Er was slechts een vermoeden van het bestaan van schade en er zijn geen aanwijzingen te vinden over de duur en omvang van de inbreuk. De staat moet een vordering tot schadevergoeding reeds in de hoofdprocedure (en niet pas in de schadestaatprocedure) voldoende concreet kunnen onderbouwen en de informatie uit de media biedt daar onvoldoende aanknopingspunten voor.⁷¹ De verjaringstermijn is dus niet reeds aangevangen op 26 oktober 2004.

Shell c.s. stelden verder dat de staat anders op 4 september 2006 de vereiste bekendheid had omdat de (toenmalige) Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) als lid van het adviescomité voor mededingingszaken van de Commissie nauw betrokken was bij een op die datum door dat comité uitgebracht advies over het voorontwerp van het Commissiebesluit aangaande het kartel. De kennis van de NMa zou kennis van de staat zijn.⁷² Volgens de staat is de kennis van de NMa echter niet relevant voor de vraag wanneer de staat daadwerkelijk in staat was om een rechtsvordering in te stellen; de zelfstandige positie van de NMa als onafhankelijke toezichthouder met een geheimhoudingsverplichting brengt naar zijn mening mee dat de toerekening van kennis van de NMa aan de staat niet aan de orde is.⁷³

De rechtbank overweegt als volgt. De NMa is civielrechtelijk geen zelfstandige rechtspersoon en de staat kan voor het handelen van de NMa worden aangesproken en voor de NMa een civielrechtelijke procedure in gang zetten. Maar: aan de NMa kunnen in bestuursrechtelijke zin wel rechten en verplichtingen worden opgelegd. Zo had de NMa onder (het inmiddels vervallen) artikel 90 Mededingingswet (Mw) de verplichting om bedrijfsvertrouwelijke informatie vertrouwelijk te behandelen en alleen te gebruiken voor

⁶⁹ *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.8.

⁷⁰ *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.9.

⁷¹ *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.11-5.12.

⁷² *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.16.

⁷³ *Staat/Shell c.s.*, r.o. 5.17.

toepassing van de Mededingingswet. Ook uit artikel 28 Verordening (EG) nr. 1/2003⁷⁴ blijkt een geheimhoudingsplicht voor mededingingsautoriteiten; dit artikel is van toepassing als de Commissie, zoals in onderhavige zaak, met bijstand van de nationale mededingingsautoriteit een onderzoek heeft gedaan naar een mededingingsinbreuk.⁷⁵ In artikel 28 worden de Unierechtelijke begrippen ‘openbaar maken’ en ‘geheimhoudingsplicht’ gebruikt en deze begrippen moeten autonoom worden uitgelegd. Het spreekt niet vanzelf dat de NMa kennis mag delen met andere onderdelen van de staat, enkel omdat zij civielrechtelijk gezien tot dezelfde rechtspersoon behoren. Ook spreekt niet vanzelf dat de kennis van de NMa om die reden aan de staat kan worden toegerekend. De rechtbank verduidelijkt dat hierbij ook van belang is dat de formele positie van mededingingsautoriteiten per lidstaat kan verschillen.⁷⁶ Een nader onderzoek naar de betekenis van artikel 28 Verordening (EG) nr. 1/2003 en de daarin genoemde begrippen kan echter achterwege blijven als blijkt dat de NMa of de Commissie andere onderdelen van de staat heeft geïnformeerd over het bestaan, de omvang en duur van het bitumenkartel. Dan zou de staat immers wel daadwerkelijk in staat kunnen zijn geweest een rechtsvordering in te stellen. De rechtbank wil hier eerst duidelijkheid over en vraagt daarom informatie op bij de Commissie of zij de staat heeft geïnformeerd over het kartel. De zaak wordt in afwachting daarvan aangehouden.⁷⁷

In de procedure die al een tijd speelt tussen Macedonian Thrace Brewery (MTB) en Heineken en haar Griekse dochtermaatschappij Athenian Brewery (AB), oordeelde het gerechtshof Amsterdam in 2021 al dat de Nederlandse rechter bevoegd is, omdat Heineken als een ankergedaagde kan fungeren.⁷⁸ Het afgelopen jaar oordeelde de rechtbank Amsterdam over een aantal (formele) deelonderwerpen, waaronder de verjaring en de vraag in hoeverre de rechtbank gebonden is aan het inbreukbesluit van de Griekse mededingingsautoriteit.

We bespreken in deze kroniek alleen de verjaring, omdat de overige onderdelen van de uitspraak vooral het Griekse recht betreffen waarover de rechtbank zich nog laat voorlichten door het Internationaal Juridisch Instituut.

Heineken betoogde dat de vorderingen van MTB zijn verjaard en beroept zich daarbij op een bepaling uit het Griekse BW waaruit volgens Heineken blijkt dat de vorderingen vijf jaar

⁷⁴ Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU* 2003, L 1).

⁷⁵ *Staat/Shell* c.s., r.o. 5.26.

⁷⁶ *Staat/Shell* c.s., r.o. 5.27.

⁷⁷ *Staat/Shell* c.s., r.o. 5.28-5.29.

⁷⁸ Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2019:2144 (*MTB/Heineken*) en zie de kroniek van 2021: Tuinenga & Lamberti 2022, p. 16. Heineken en Athenian Breweries hebben cassatieberoep ingesteld.

nadat MTB bekend is geworden met (1) de schade en (2) de identiteit van de persoon die aansprakelijk is voor de schade verjaren. De vraag waarover getwist wordt, is of de gedragingen van Heineken kwalificeren als een ‘*continuous tort*’, waarvoor een ander verjaringsmoment geldt dan voor een ‘*instant*’ of ‘*repetitive tort*’.⁷⁹ Om die vraag te beantwoorden is volgens de rechtbank vereist dat zij vaststelt welke van de verweten gedragingen zij bewezen acht. Maar daar komt de rechtbank nog niet aan toe. Het beroep op verjaring wordt nu dus slechts op basis van de *verweten* gedragingen beoordeeld.⁸⁰ De rechtbank oordeelt dat van een *continuous tort* kan worden gesproken als sprake is van één (uniforme) onrechtmatige daad. Daar is sprake van, omdat de gedragingen van AB door de Griekse mededingingsautoriteit zijn gekwalificeerd als één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 VWEU. De verweten gedragingen houden naar het oordeel van de rechtbank in dat Heineken beleidsmatig, van meet af aan, gericht was op het structureel en stelselmatig plegen van meerdere verweten gedragingen.⁸¹ In het geval van een *continuous tort* vangt de verjaringstermijn van artikel 937 Grieks BW pas aan zodra de onrechtmatige toestand is beëindigd – in lijn met het Europeesrechtelijke doeltreffendheidsbeginsel.⁸² Gelet op de datum waarop de inbreuk eindigde en de datum van de dagvaarding van MTB, zijn de vorderingen van MTB zodoende niet verjaard.⁸³

Geldigheid cessies en mandaten

In de tussenuitspraak in de *Trucks*-zaken gaat de rechtbank Amsterdam ook in op de geldigheid van de cessies aan de claimvehikels. Daarbij gaat de rechtbank ervan uit dat ook op de verhouding tussen cedent en cessionaris het Nederlandse recht van toepassing is, mede omdat dit door de gedaagden niet gemotiveerd is betwist. Wel behouden de gedaagden zich het recht voor om de geldigheid van de cessies later nog te betwisten. Dat betekent echter niet dat voor nu de beoordeling van het toepasselijke recht niet kan plaatsvinden.⁸⁴ De rechtbank benadrukt dat het Nederlandse recht geen algemene regel kent die cessie van vorderingen tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad verbiedt. Daarom gaat de rechtbank ervan uit dat de vorderingen konden en kunnen worden gecedeerd.⁸⁵ De rechtbank ziet geen reden om de gedaagden opnieuw in de gelegenheid te stellen het tegendeel te bewijzen. Het bewijsvermoeden op grond van artikel 3:119 lid 1 BW

⁷⁹ Rb. Amsterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2866 (*MTB/Heineken II*), r.o. 4.3.

⁸⁰ *MTB/Heineken II*, r.o. 4.4.

⁸¹ *MTB/Heineken II*, r.o. 4.6.

⁸² *MTB/Heineken II*, r.o. 4.7-4.8.

⁸³ *MTB/Heineken II*, r.o. 4.9.

⁸⁴ Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466 (*CDC c.s./DAF c.s.*), r.o. 2.21-2.22.

⁸⁵ *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 2.25.

is van toepassing zodat eisers worden vermoed gerechtigd te zijn tot de vorderingen die zij door middel van cessie zeggen te hebben verkregen.⁸⁶ Eisers hebben bovendien voldaan aan hun initiële stelplicht. De rechtbank is van oordeel dat wanneer de documentatie per achterliggende partij de cessieovereenkomst en de akte van cessie bevat en duidelijk is dat die zijn getekend of verstrekt door de cedent, daarmee in voldoende mate vaststaat dat de claimvehikels rechthebbende op de vorderingen zijn en de initiële stelplicht niet verder gaat dan dat.⁸⁷ Eisers hebben de relevante documenten overgelegd en de gedaagden hebben niet concreet kunnen aantonen dat er geen rechtsgeldige cessie heeft plaatsgevonden. Gedaagden hebben ook geen geldige redenen aangevoerd waarom zij niet in staat waren de cessiedocumentatie te beoordelen. Het feit dat de documentatie uitgebreid en/of in vreemde talen is geschreven maakt dat niet anders. Gedaagden hadden moeten aangeven waarom specifieke mandaten, cessies of lastgevingen niet geldig zijn en dat hebben zij nagelaten.⁸⁸

Tussentijds (cassatie)beroep

In de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam van 22 november 2022 in het luchtvrachtkartel staat nog iets noemenswaardigs. Het gerechtshof moest in die uitspraak ook oordelen over een verzoek van de luchtvaartmaatschappijen om tussentijds cassatieberoep open te stellen. Het gerechtshof wijst dit verzoek toe omdat de (verstrekende en principiële) aard van de genomen beslissingen een uitzondering op het wettelijk uitgangspunt rechtvaardigt. Het gerechtshof neemt hierbij wel aan dat de rechtbank intussen verder gaat met een ander spoor in de procedures. De verwachting dat de rechtbank nog niet snel tot een eindvonnis zal kunnen komen en het feit dat het arrest van het gerechtshof ten aanzien van een vordering – een verklaring voor recht aangaande Fransrechtelijke cessies – als eindarrest is aan te merken wegen mee in de beslissing van het gerechtshof om tussentijds cassatieberoep open te stellen.⁸⁹

Standalone zaken

Sociale dialoog en bereik mededingingsrecht

In een lezenswaardige en op een enkel punt eigenaardige uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 6 juli 2022 staat de vraag centraal of de zogenoemde Dockers Clause of

⁸⁶ CDC c.s./DAF c.s., r.o. 2.27.

⁸⁷ CDC c.s./DAF c.s., r.o. 2.28.

⁸⁸ CDC c.s./DAF c.s., r.o. 2.30.

⁸⁹ Hof Amsterdam 22 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3269 (KLM c.s./Equilib c.s.), r.o. 3.24.

Non-Seafarers Work Clause in overeenstemming is met het mededingingsrecht.⁹⁰ De Dockers Clause betreft een bepaling die is overeengekomen in collectieve onderhandelingen tussen – kort gezegd – zeewerkgeversorganisaties en vakbonden, waarin staat dat het op containerschepen – behoudens voorafgaande overeenstemming – niet is toegestaan dat in de (niet-Mediterrane) havens in Noord- en West-Europa en Canada sjourwerkzaamheden (het vastzetten en losmaken van containers aan boord) worden verricht door de scheepsbemanning indien havenwerkers dat ook zouden kunnen doen. Om hieraan uitvoering te geven zouden de zeewerkgevers de clause moeten opnemen in zowel de per schip te sluiten Special Agreements als de individuele arbeidsovereenkomsten met de bemanningsleden.

Omdat de vakbonden vaststelden dat de cao niet werd nageleefd, hebben zij een Nederlandse en een Cypriotische *crewing agent* en ook een reder gedagvaard tot naleving van de cao's. Gedaagden verweren zich met de stelling dat aan de clause om verschillende redenen geen werking toekomt, in de eerste plaats vanwege strijd met het mededingingsrecht.

De rechtbank Rotterdam oordeelt dat de Dockers Clause het resultaat is van een sociale dialoog tussen vakbonden en zeewerkgeversorganisaties en daarom binnen de *Albany*-uitzondering valt,⁹¹ waardoor het mededingingsrecht niet van toepassing is. De rechtbank herinnert eraan dat overeenkomsten die tot stand komen in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners en die zien op sociale bescherming van werknemers, wegens hun aard en hun doel moeten worden geacht niet onder artikel 101 lid 1 VWEU te vallen.⁹²

De rechtbank komt daarbij niet toe aan de vraag of er überhaupt sprake is van een mededingingsbeperking omdat aan de genoemde criteria wordt voldaan.

Centraal in de uitspraak staan dus de toepassing van het aardcriterium en doelcriterium. Bij het aardcriterium toetst de rechtbank of wel echt sprake is van een collectieve afspraak zoals bedoeld in de *Albany*-uitspraak. Dat werd betwist omdat ITF tevens de belangen van havenwerkers zou vertegenwoordigen. Betoogd werd dat het *Albany*-gedachtegoed alleen geldt voor collectieve arbeidsovereenkomsten die tot stand zijn gekomen tussen de werkgevers en de te beschermen werknemers 'binnen de bedrijfstak'. Dat doet volgens de

⁹⁰ Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5474 (*ITF e.a. vs. Morlow e.a.*).

⁹¹ HvJ EG 21 september 1999, C-67/97, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*).

⁹² Wat dat betreft niets nieuws onder de zon: zie bijv. HvJ EU 4 december 2014, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411 (*FNV KIEM/Staat*).

rechtbank niets af aan het feit dat de clause het gevolg is van de collectieve onderhandelingen tussen de voor de zeevaart relevante sociale partners.⁹³

Ook is voldaan aan het doelcriterium. Ook hier werd betoogd dat de Dockers Clause niet enkel het belang van de bemanning van containerschepen zou nastreven maar ook dat van de havenwerkers (die naar wij aannemen voor de – extra – sjourwerkzaamheden betaald zouden worden terwijl de bemanning van een containerschip niet specifiek voor die werkzaamheden wordt vergoed). De rechtbank hecht hier geen belang aan omdat dit niets af doet aan het belang dat is nagestreefd voor de bemanningsleden, namelijk de veiligheid van de zeevarenden. De rechtbank stelt dan ook vast dat is voldaan aan het doelcriterium.⁹⁴ Dit is allemaal weinig verrassend. Het eigenaardige van deze uitspraak zit in een overweging van de rechtbank waarin wordt uitgelegd waarom zij denkt de rechtspraak van het Hof van Justitie in de beoordeling te moeten betrekken. Dat verklaart de rechtbank namelijk vanwege het beginsel van Unietrouw (art. 4 lid 3 VWEU) op basis waarvan rechtspraak van het Hof van Justitie zou moeten worden toegepast. Die verplichting volgt echter reeds uit het simpele feit dat het Unierecht hier materieel van toepassing en het Hof van Justitie daarvan een bindende uitleg geeft.

Misbruik economische machtspositie

In een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam van 2 augustus 2022⁹⁵ (betreffende een hoger beroep tegen een kortgedingvonnis eveneens uit 2022⁹⁶) gaat het om de vraag of DPG Media verplicht kan worden tot voortzetting van de levering van krantenartikelen (content) aan Blendle. DPG heeft een licentieovereenkomst met Blendle opgezegd nadat Blendle een abonnementsmodel introduceerde waardoor de omzet in toenemende mate verschoof van de verkoop van losse artikelen (het oorspronkelijke format op Blendle) naar een premium abonnementsvorm. Die verschuiving naar een abonnementsmodel kannibaliseerde het eigen onlinebedrijfsmodel van DPG, waarbij Blendle ook nog eens toegang bood tot andere tijdschriften. Daarmee werd Blendle een concurrent in plaats van een ‘aanvullend distributiekanaal’, wat voor DPG reden was om de overeenkomst op te zeggen. Blendle ziet hierin een vorm van *self-preferencing*, dan wel een leveringsweigering die in strijd zou zijn met het verbod op misbruik van een economische machtspositie en vordert op die basis een voortzetting van de licentieovereenkomst. De voorzieningenrechter wees de vorderingen af omdat zowel de machtspositie (op de markt

⁹³ *ITF e.a./Morlow e.a.*, r.o. 4.31.

⁹⁴ *ITF e.a./Morlow e.a.*, r.o. 4.36.

⁹⁵ Hof Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2244 (*Blendle/DPG Media*).

⁹⁶ Rb. Amsterdam 3 maart 2022 ECLI:NL:RBAMS:2022:971 (*Blendle BV/DPG Media*).

voor het aanbieden van algemeen onlinenieuws voor consumenten in Nederland is genoeg concurrentie) als het misbruik (de door Blendle aangeboden dienst had geen voldoende uniek en onderscheidend karakter) niet kon worden vastgesteld.⁹⁷

Blendle ging in hoger beroep. Het gerechtshof Amsterdam wijst de vordering af op het punt dat DPG wel degelijk bereid was de door Blendle als onontbeerlijk beschouwde content beschikbaar te stellen, op voorwaarde dat Blendle de krantenartikelen van DPG zou aanbieden aan de gebruikers van haar platform op de wijze zoals zij dat aanvankelijk deed (dus niet op basis van de nieuwe abonnementsvorm). Daarom is volgens het gerechtshof geen sprake van een (absolute) leveringsweigering. Daarbij acht het gerechtshof het voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van objectieve rechtvaardiging voor de weigering van DPG omdat lezers van krantenartikelen die daartoe een abonnement nemen op Blendle doorgaans niet ook een abonnement op een dagblad zullen nemen waarvan de artikelen via Blendle beschikbaar zijn. Met andere woorden, DPG had een gerechtvaardigd zakelijk belang voor de weigering. Het gerechtshof komt op deze basis – weliswaar op andere gronden – tot de conclusie dat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. In een ander arrest van eveneens het gerechtshof Amsterdam (van mei 2022) wordt geoordeeld dat wél sprake is van misbruik van een economische machtspositie, namelijk door Buma/Stemra.⁹⁸ Collectieve rechtenorganisaties zoals Buma/Stemra zijn vaker het voorwerp van mededingingsrechtelijke aandacht, met name vanwege de afhankelijkheid van rechthebbenden van collectieve beheersorganisaties. Zij zijn namelijk aangewezen op de vergoedingsmodellen die collectieve rechtenbeheersorganisaties zoals Buma/Stemra aanbieden. Het Hof van Justitie oordeelde recent nog dat sprake kan zijn van misbruik indien een collectieve beheersorganisatie in het bepalen van de hoogte van de (*royalties*)vergoeding een prijs toepast die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de door haar geleverde prestatie, namelijk het ter beschikking stellen van het gehele door haar beheerde repertoire van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken.⁹⁹ In deze uitspraak van het gerechtshof Amsterdam draait het om een heel andere kwestie. Het komt voor dat bedrijven (met name cafés) muziek ten gehore brengen via streamingdiensten als Spotify. Dergelijke diensten hebben in hun gebruiksvoorwaarden opgenomen dat abonnees slechts persoonlijk, niet-commercieel gebruik van de muziek mogen maken en dat uitvoering voor publiek niet is toegestaan. In de praktijk wordt daar echter niet tegen opgetreden. Het gerechtshof beoordeelt in deze zaak of Buma/Stemra daarmee misbruik maakt van haar economische machtspositie jegens de vereniging

⁹⁷ Hof Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2244 (*Blendle/DPG Media*), r.o. 4.4 en 4.5.

⁹⁸ Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1512 (*ABMD/Buma/Stemra*).

⁹⁹ HvJ EU 25 november 2020, C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959 (*SABAM/Weareone.World en Wecandance*).

Associated Business Music Distributers (ABMD). ABMD is een vereniging van bedrijven die achtergrondmuziek voor zakelijke gebruikers aanbieden zoals horeca, winkels of fitnesscentra. Zij betalen per afnemer een licentievergoeding aan collectieve beheersorganisatie Buma/Stemra terwijl onlinestreamingdiensten abonnementen aanbieden die alleen een licentie geven voor privégebruik. Deze abonnementen zijn dan ook goedkoper dan de producten van de ABMD-leden. Ook de licentievergoeding die Buma/Stemra aan streamingsdiensten in rekening brengt, is lager.

ABMD voert aan dat sprake is van misbruik van een economische machtspositie door Buma/Stemra omdat zij verschillende licentietarieven hanteert voor privé- en zakelijk gebruik én tegelijkertijd gedooft dat privéabonnementen voor commerciële doeleinden worden gebruikt. De rechtbank Amsterdam oordeelde eerder dat Buma/Stemra inderdaad onrechtmatig handelt door te gedogen dat privéabonnementen worden gebruikt om publiekelijk muziek af te spelen terwijl hiervoor andere tarieven worden gerekend.¹⁰⁰ Van Buma/Stemra als monopolist mag worden verwacht dat zij vergelijkbare gevallen gelijk behandelt. Buma/Stemra moest daarom dezelfde vergoeding in rekening brengen en een schadevergoeding aan de ABMD-leden betalen. Op Buma/Stemra rustte volgens de rechtbank alleen geen verplichting handhavend op te treden tegen wangebruik van een privéabonnement.

Zowel Buma/Stemra als ABMD is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan. Het gerechtshof concludeert dat Buma/Stemra in de eerste plaats (*gezamenlijk*) een economische machtspositie heeft. Het gerechtshof overweegt in dit kader overigens niet of de gezamenlijke werkorganisatie Buma/Stemra mededingingsrechtelijk kwalificeert als één onderneming, hetgeen conceptueel op het eerste gezicht wel de juiste benadering zou zijn omdat Buma/Stemra, hoewel het verschillende juridische entiteiten zijn, functioneert als één gezamenlijke onderneming op de markt. Het gerechtshof overweegt ten aanzien van het bestaan van een machtspositie voorts enkel dat voor toestemming om muziek bedrijfsmatig af te spelen in Nederland een bedrijf afhankelijk is van Buma/Stemra. Daarmee is de machtspositie gegeven.¹⁰¹ Vervolgens oordeelt het gerechtshof dat Buma/Stemra haar machtspositie heeft misbruikt door het geïntroduceerde systeem van licentiëring te laten voortbestaan waardoor een ongelijke situatie tussen de ABMD-leden en de streamingsdiensten is ontstaan.

Dat die ongelijkheid een gevolg is van onvoorzien gedrag van derden is volgens het gerechtshof niet relevant.¹⁰² Ook het argument van Buma/Stemra dat zij niet tot doel heeft

¹⁰⁰ Rb. Amsterdam 12 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8995 (*ABMD c.s./Buma c.s.*).

¹⁰¹ Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1512 (*ABMD/Buma/Stemra*), r.o. 2.2.3.

¹⁰² Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1512 (*ABMD/Buma/Stemra*), r.o. 2.2.8.

gehad de concurrentiepositie van de ABMD-leden te verslechteren houdt geen stand; voldoende is dat Buma/Stemra de ‘reële kans voor lief heeft genomen dat haar opstelling tot voorzienbaar nadeel van de ABMD-leden zou leiden’.¹⁰³ Dat is een vergaande overweging van het gerechtshof die daarmee de bijzondere verantwoordelijkheid die collectieve beheersorganisaties hebben behoorlijk oprekt. Vraag is wel hoe Buma/Stemra zou kunnen handhaven wanneer abonnees van Spotify hun abonneevoorwaarden schenden. Het gerechtshof had ook kunnen overwegen dat het in de eerste plaats aan Spotify is om daartegen op te treden.

Het gerechtshof verklaart voor recht dat Buma/Stemra onrechtmatig heeft gehandeld en oordeelt dat zij een schadevergoeding over de afgelopen twaalf jaar aan de ABMD-leden moet betalen. Daarnaast bepaalt het gerechtshof, in tegenstelling tot de rechtbank, dat Buma/Stemra wel degelijk ook actief maatregelen moet nemen ter beëindiging van het bedrijfsmatig afspelen van muziek die door een streamingsdienst slechts voor privégebruik is aangeleverd. Buma/Stemra moet daarom haar toekomstige licentieovereenkomsten aanpassen, controleren op naleving hiervan door abonnees en bij overtreding handhaven. Inmiddels heeft Buma/Stemra cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het gerechtshof van mei vorig jaar.

Non-concurrentiebedingen

Uiteraard is er deze kroniekperiode ook weer geprocedeerd over non-concurrentiebedingen. De rechtbank Amsterdam oordeelde in een vonnis van 27 juli 2022 dat het postcontractuele non-concurrentiebeding van één jaar dat in de franchiseovereenkomst tussen Multicopy en een franchisenemer is opgenomen niet in strijd is met het mededingingsrecht.¹⁰⁴ Centraal in de beoordeling van de rechtbank staat het oordeel dat Multicopy een gerechtvaardigd belang heeft bij het non-concurrentiebeding vanwege de overdracht van *knowhow* bestaande uit informatie met betrekking tot ‘een grafisch dienstverlenend bedrijf en de strategie van Multicopy’ die in zijn totaliteit bezien ziet op een ‘uitgewerkt en gespecialiseerd winkelconcept’.¹⁰⁵ Op deze basis acht de rechtbank het postcontractuele non-concurrentiebeding gerechtvaardigd.

Op 8 februari 2022 heeft het gerechtshof ’s-Hertogenbosch zich in een arrest uitgesproken over een non-concurrentiebeding tussen een ziekenhuis (Zuyderland) en een radioloog

¹⁰³ Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1512 (*ABMD/Buma/Stemra*), r.o. 2.2.13.

¹⁰⁴ Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314 (*Multicopy*).

¹⁰⁵ *Multicopy*, r.o. 4.7.

(appellant).¹⁰⁶ De medisch specialisten organiseren zich vanwege fiscale redenen (met hun praktijkvennootschappen) in het Coöperatief MSB Atrium-Orbis u.a. en ondertekenen in dat kader een ledenovereenkomst waarin een non-concurrentiebeding was opgenomen. Dit non-concurrentiebeding verbiedt het de medisch specialisten om na opzegging van de ledenovereenkomst gedurende een periode van twee jaar direct of indirect te ‘participeren in een zorgaanbod buiten de onderneming van het MSB’ als dat ‘concurrereet met de overgedragen Opdracht’. Het MSB wilde de radioloog aan het non-concurrentiebeding houden waarna deze medisch specialist een kort geding is gestart om uit het beding ontheven te worden. De rechtbank Limburg oordeelde dat het MSB de ledenovereenkomst met deze medisch specialist en zijn praktijkvennootschap mocht opzeggen, zonder daarbij in te gaan op de vraag of het non-concurrentiebeding mededingingsrechtelijk houdbaar was (dat argument werd nog niet gevoerd in eerste aanleg). Het gerechtshof oordeelt in hoger beroep dat het concurrentiebeding een doelbeperking is in de zin van artikel 6 Mw en vat in dat kader op overzichtelijke wijze de laatste stand van zaken in de rechtspraak samen.¹⁰⁷ Volgens het gerechtshof is sprake van een doelbeperking op basis van de inhoud en strekking van de clausule (uiteraard expliciet een non-concurrentiebeding) maar zou ook sprake zijn van een effectbeperking omdat voor alle bij MSB aangesloten medisch specialisten geldt dat zij niet (in)direct mogen participeren in zorgaanbod dat concurrerend is ten opzichte van MSB en haar opdrachtgever(s). Volgens het gerechtshof is ook geen sprake van een inherente beperking omdat het concurrentiebeding verder gaat dan noodzakelijk om de goede werking van de coöperatie veilig te stellen. Zo meent het gerechtshof dat de goede werking van MSB ook bereikt kan worden door middel van een minder vergaande exclusiviteitsverplichting. Het gerechtshof oordeelt daarom dat het concurrentiebeding nietig is op grond van artikel 6 lid 2 Mw en verklaart het hoger beroep van de radioloog gegrond.

¹⁰⁶ Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:303, GJ 2022/46, m.nt. C.J. de Boer (*Zuiderland/radioloog*).

¹⁰⁷ *Zuiderland/radioloog*, r.o. 3.26.4: ‘Bij de beoordeling gaat het in de eerste stap (vooral) om de inhoud en bedoeling van de overeenkomst (of een of meer bepalingen daarin) en de vraag of de overeenkomst gelet daarop kwalificeert als een overeenkomst waarvan de beperking van de mededinging moet worden aangenomen gelet op de bestaande algemene kennis en ervaring; bij de tweede stap ligt de focus op de juridische en feitelijke context en gaat het om de vraag of de veronderstelde mededingingsbeperkende aard van de overeenkomst (of een of meer bepalingen daarin) gelet op de juridische en economische context (toch) niet kan worden aangenomen. De bedoeling van partijen is niet doorslaggevend, maar kan wel in aanmerking worden genomen. Als niet op grond van ‘voldoende en algemene ervaring’ kan worden aangenomen dat de betreffende overeenkomst schadelijk is voor de mededinging kan deze niet als doelbeperking worden gekwalificeerd en zal een onderzoek naar de gevolgen (alsnog) nodig zijn.’

Pariteitsclausule Booking.com

Het is Booking.com gelukt de rechtbank Amsterdam zover te krijgen om prejudiciële vragen te stellen over de vraag of haar pariteitsclausules in contracten met hotels in overeenstemming zijn met de EU-wetgeving.¹⁰⁸ Het antwoord kan grote gevolgen hebben voor een groot aantal sectoren, van vliegtickets tot e-commerce, waar dergelijke clausules ook gebruikelijk zijn. De vragen houden verband met een rechtszaak die door Booking.com zelf is gestart. Booking.com vroeg de rechtbank Amsterdam om een declaratoire uitspraak over een geschil met Duitse hotels. Die Duitse hotels eisen schadevergoeding van Booking.com vanwege het gebruik van prijspariteitsclausules in contracten in het verleden. De prijspariteitsclausules verboden hotels om lagere prijzen aan te bieden op andere boekingsplatforms, bijvoorbeeld een concurrerend onlineportaal, of via de eigen websites en andere directe kanalen van de hotels. Een reeks Europese mededingingsautoriteiten sloot in 2015 antitrustonderzoeken nadat Booking en haar concurrent Expedia hadden aangegeven dat ze de beperking met betrekking tot andere boekingskanalen, bekend als de brede pariteitsclausule, zouden laten vallen. Maar het Bundes Kartellamt (BKA) ging verder en eiste datzelfde jaar dat de clausules ook voor de directe kanalen van de hotels zouden verdwijnen (de smalle pariteitsclausule). Dat bevel werd bevestigd door het Bundesgerichtshof (BGH).¹⁰⁹ Ook wetgevers in verschillende Europese landen hebben pariteitsclausules in de hotelboekingssector verboden. In de Digital Markets Act staat tevens een verbod opgenomen op het gebruik van pariteitsclausules door digitale platformen die als poortwachter fungeren.

De rechtbank Amsterdam oordeelt dat er tegenstrijdige opvattingen bestaan over de vraag of pariteitsclausules in overeenstemming kunnen zijn met het EU-mededingingsrecht¹¹⁰ en is daarom voornemens om de prejudiciële vraag te stellen of een brede en smalle pariteitsclausule in het kader van artikel 101 lid 1 VWEU zijn aan te merken als een nevenrestrictie. Het BGH had geweigerd een soortgelijke vraag in een geschil met Booking.com voor te leggen aan het Hof van Justitie omdat het volgens het BGH voldoende duidelijk zou zijn dat deze clausules niet als nevenrestrictie kwalificeren. De rechtbank Amsterdam is tevens voornemens om richtlijnen van het Hof van Justitie te vragen over de

¹⁰⁸ Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6812 (*Booking.com/Duitse hotels*). Overigens zijn de prejudiciële vragen tot op heden nog niet gesteld.

¹⁰⁹ BGH 18 mei 2021, KVR 54/20.

¹¹⁰ Het BKA heeft in de Booking.com-zaak geoordeeld dat de smalle pariteitsclausule in strijd is met het (Europese en Duitse) mededingingsrecht en die clausule niet als een nevenrestrictie beoordeeld. Het OLG Düsseldorf heeft de smalle pariteitsclausule daarentegen wel aangemerkt als een nevenrestrictie en deze noodzakelijk geacht om *free riding* tegen te gaan. Het BGH heeft in cassatie weliswaar geoordeeld dat het door BKA in opdracht van het OLG Düsseldorf uitgevoerde onderzoek op zijn minst wijst op een zeker meeliftgedrag van hotelklanten bij Booking.com, maar de smalle pariteitsclausule niet als een nevenrestrictie gekwalificeerd, omdat Booking.com sinds 2016 ook zonder die clausule haar marktpositie heeft behouden.

afbakening van de relevante markt in het geval van een onlinereisbureau zoals Booking.com. De rechtbank merkt in dit kader op dat uit de recente beleidsevaluatie van de Europese Commissie over marktafbakening is gebleken dat er onduidelijkheid bestaat over de juiste aanpak, met name voor meerzijdige digitale platforms. Dat is relevant voor het geschil, aangezien de rechtbank Amsterdam wil weten of de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten zou kunnen worden gebruikt om de pariteitsclausules van Booking.com met hotels te beoordelen, en het marktaandeel van Booking.com is dan uiteraard een belangrijk element voor die analyse.¹¹¹ De rechtbank Amsterdam trekt de benadering van sommige nationale instanties en rechtbanken in twijfel dat onlinereisplatforms zoals Booking en Expedia op een andere markt opereren dan de eigen boekingskanalen van hotels, hetgeen van invloed zal zijn op het marktaandeel. Al met al een zeer interessante prejudiciële procedure om naar uit te kijken.¹¹²

Aansprakelijkheid bestuurder voor garnalenkartel

In de saga rondom het faillissement van Heiploeg speelde afgelopen jaar een procedure voor het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.¹¹³ Het hof moest oordelen over de aansprakelijkheid van de bestuurder van Heiploeg jegens de rechtspersoon voor de in 2013 aan Heiploeg opgelegde kartelboete in het kader van het garnalenkartel. Auteurs wijzen ook op de noot bij deze uitspraak.¹¹⁴

De curatoren zijn van mening dat de betrokken bestuurder in zijn hoedanigheid als bestuurder van Heiploeg mededingingsbeperkende prijsafspraken heeft gemaakt die hebben geleid tot de kartelboete. De rechtbank verklaarde in eerste aanleg al dat de bestuurder zijn taak als bestuurder van Heiploeg onbehoorlijk heeft vervuld (als bedoeld in art. 2:9 BW) en dat hij gehouden is tot de vergoeding van de daardoor ontstane schade. Het gerechtshof bevestigt dat voor de periode waarin de appellant daadwerkelijk bestuurder was van Heiploeg, de schade volledig voor zijn rekening moet worden gebracht (wat neerkomt op zo'n € 13 miljoen). Hij was immers verantwoordelijk voor de feitelijke gang van zaken (de bestuurder was als enige verantwoordelijk bestuurder van Heiploeg aanwezig bij de 'startbijeenkomst' van het garnalenkartel en de relevante contacten verliepen via deze bestuurder).¹¹⁵ Het gerechtshof gaat ook in op het nuttig effect van artikel 101 VWEU. De vraag hierbij is of een regresvordering in de weg kan staan aan het doel en nuttig effect van

¹¹¹ Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6812 (*Booking.com /Duitse hotels*).

¹¹² Die overigens nog wel even op zich zal laten wachten omdat de vragen ten tijde van de afronding van deze kroniek nog niet gesteld zijn door de rechtbank.

¹¹³ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497 (*Bestuurder/Curatoren*).

¹¹⁴ *JAR* 2023/03, m.nt. A.M. Helstone.

¹¹⁵ *Bestuurder/Curatoren*, r.o. 7.11-7.15.

artikel 101 VWEU. Daar is volgens het gerechtshof geen sprake van omdat het in deze zaak gaat om een vennootschap die in staat van faillissement verkeert en niet in staat is de boete of enig deel daarvan te betalen. Gelet op de toestand waarin de vennootschap verkeert, heeft de boete op de vennootschap geen effect en heeft zij zelf geen enkel belang bij de regresvordering; uitsluitend de schuldeisers hebben dat. Bovendien is het instellen van de regresvordering juist in lijn met het doel van het kartelverbod, namelijk dat eenieder vergoeding kan vorderen van schade die hem door die overeenkomst is berokkend.¹¹⁶

Tot slot: zaken waar niet werd voldaan aan de stelplicht

Voor de echte liefhebber volgen hier dan nog enkele zaken waarin niet is voldaan aan de stelplicht. In een uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 7 juni 2022¹¹⁷ staat de uitleg van een bierdistributieovereenkomst van Warsteiner centraal. De overeenkomst zou nietig zijn vanwege de exclusiviteitsclausule in dat contract. De relevante markt zou volgens de afnemer de 'lokale horecamarkt in Rotterdam, met name de markt waar meerdere liveoptredens e.a. per week plaatsvinden' zijn. Het gerechtshof wijst de vordering niet geheel verrassend af, omdat de stelling over de afbakening van de relevante markt nauwelijks werd onderbouwd. Het gerechtshof merkt daarbij ook nog op dat exclusiviteitsafspraken in bierdistributieovereenkomsten volgens Europese rechtspraak niet de strekking hebben de mededinging te beperken, waardoor de onderbouwing van de afbakening van de relevante markt van (extra) belang is.¹¹⁸

In een uitspraak van de rechtbank Den Haag van 27 juli 2022 gaat het onder meer over de vraag of het 'afslagenbeleid' van Zilveren Kruis in strijd is met artikel 6 Mw dan wel artikel 101 VWEU.¹¹⁹ Zilveren Kruis is een beleid gaan hanteren waarbij zij een afslag toepast op de vergoeding van het parallel geïmporteerde medicijn Imbruvica. Door het ingevoerde afslagenbeleid van de zorgverzekeraar is het voor ziekenhuizen financieel aantrekkelijker om het medicijn Imbruvica bij de enige producent, Janssen-Cilag, in te kopen, in plaats van bij een paralleldistributeur zoals Eureca-Pharma. De vraag is dus of dit mededingingsrechtelijk is toegestaan. Eureco-Pharma stelt dat het afslagenbeleid onderdeel is van, dan wel vormgegeven is aan de hand van, concurrentiebeperkende overeenkomsten/afspraken. Het afslagenbeleid zou volgens Eureco-Pharma gebaseerd zijn op een raamovereenkomst tussen Zilveren Kruis en Janssen-Cilag die niet gericht is op gezamenlijke inkoop van Imbruvica, maar het eigenlijke doel heeft om de markt te

¹¹⁶ *Bestuurder/Curatoren*, r.o. 6.5-6.6.

¹¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:1796 (*Warsteiner*).

¹¹⁸ *Warsteiner*, r.o. 6.11.3.

¹¹⁹ Rb. Den Haag 27 juli 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:8549 (*Zilveren Kruis/Eureca-Pharma*).

manipuleren. De rechtbank stelt vast dat zorgverzekeraars in beginsel vrij zijn te bepalen met welke leveranciers zij contracten sluiten en onder welke declaratievoorwaarden (waaronder het afslagenbeleid). Het beleid is dan ook autonoom vastgesteld en wordt vooral ingesteld om de zorgkosten te drukken.¹²⁰ Volgens de rechtbank is onvoldoende onderbouwd dat sprake zou zijn van marktmanipulatie.

Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in een uitspraak van 10 mei 2022 over de vraag¹²¹ of de franchiseovereenkomsten van Bridge, een aanbieder van opleidingen en trainingen aan bedrijven en overheden, in strijd zijn met artikel 6 lid 1 Mw. Bridge heeft met verschillende franchisenemers overeenkomsten gesloten. Nadat enkele franchisenemers de overeenkomsten wilden ontbinden zijn er verschillende procedures gestart waarbij onder meer is aangevoerd dat de franchiseovereenkomsten als geheel (of een groot aantal bepalingen daaruit) nietig zijn vanwege strijd met artikel 6 lid 1 Mw (met name de vaste prijsafspraken en afspraken omtrent non-concurrentie) en dat Bridge de franchisenemers daarom niet aan de (bepalingen van) de franchiseovereenkomsten kan houden. De non-concurrentiebedingen die gelden na afloop van de overeenkomsten zouden ook in strijd zijn met artikel 6 lid 1 Mw. Het gerechtshof oordeelt in de eerste plaats dat de bepalingen omtrent non-concurrentie inherent zijn aan de franchiseovereenkomsten en noodzakelijk en evenredig moeten worden geacht voor het behoud van de identiteit en reputatie van de franchiseorganisatie. Ten aanzien van de prijsbinding oordeelt het gerechtshof dat niets is aangevoerd ten aanzien van de relevante productmarkt, de relevante geografische markt of de marktaandelen van de spelers op de af te bakenen relevante markt. Dit oordeel wordt niet anders door de stelling dat de aangevochten bepalingen strekkingsbepalingen zouden zijn. Omdat de franchisenemers hier geen informatie over hebben aangeleverd kan er niet bepaald worden of er sprake is van strekkingsbedingen.¹²²

¹²⁰ *Zilveren Kruis/Eureca-Pharma*, r.o. 4.19-4.20.

¹²¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 10 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:3672 (*Bridge*).

¹²² *Bridge*, r.o. 4.84.