

PELS RIJCKEN



Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2024

Jotte Mulder, Abdessamad El Allaoui and Willem Heemskerk

Inleiding

Deze kroniek biedt een overzicht van de belangrijkste mededingingsrechtelijke uitspraken van de Nederlandse civiele rechter in 2024. Het afgelopen jaar was wederom een intensief jaar op *follow-on* gebied, met een opvallend aantal ontwikkelingen in verschillende langlopende zaken die in een stroomversnelling lijken te komen. Op *follow-on* terrein viel met name de publicatie van vier conclusies van het parket bij de Hoge Raad op, verdeeld over twee juridische kernvragen.¹ Daarnaast zijn twee zaken aangehouden in afwachting van de uitkomst van prejudiciële vragen die eerder door het gerechtshof Amsterdam zijn

¹ Kort gezegd: verduidelijkingsvragen over de uitleg van het begrip *single and continuous infringement* (in de *Trucks*-zaken en in *AirCargo*) en de vraag of de termijnverlenging op grond van de WAMCA algemene werking heeft (in *Apple*).



gesteld.² De behoefte aan definitieve antwoorden op fundamentele rechtsvragen blijkt groot. De meest in het oog springende ontwikkelingen betreffen de (vrijwel) gelijkluidende conclusies van advocaat-generaal Vlas in de *Trucks*-zaken en *AirCargo*-zaak. Hierin wordt de vraag besproken of een enkele en voortdurende inbreuk (*single and continuous infringement*) moet worden gekwalificeerd als een onrechtmatige gedraging die leidt tot afzonderlijke schadevergoedingsvorderingen per transactie, of als één schadevergoedingsvordering per gedupeerde, bestaande uit verschillende schadeposten. Vlas concludeert dat een dergelijke inbreuk onder artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) resulteert in één schadevergoedingsvordering per gedupeerde. Dit heeft niet alleen implicaties voor de stelplicht en bewijslast maar ook voor de vaststelling van het toepasselijk recht: in plaats van een per-transactie-benadering volstaat een beoordeling per benadeelde. Het definitieve oordeel van de Hoge Raad hierover wordt door de rechtspraak met grote belangstelling afgewacht.

Naast deze principiële vragen zijn er in *follow-on* zaken ook andere boeiende kwesties aan de orde gekomen, zoals verjaring, het leerstuk van gezag van gewijsde, economische methodologieën en de drempel voor verwijzing naar de schadestaatprocedure. De *standalone* zaken van dit jaar vormen zoals gewoonlijk een gevarieerd palet van uitspraken waarin partijen trachten het mededingingsrecht in te roepen binnen uiteenlopende commerciële geschillen. Ook in 2024 blijkt wederom hoe lastig het is om succesvol een beroep te doen op mededingingsrechtelijke bepalingen. De lat ligt hoog: eisers moeten overtuigend onderbouwen dat sprake is van een concurrentiebekerkende strekking of een merkbaar effect, dan wel misbruik van een machtspositie. Dit vereist gedegen marktanalyse en economisch onderbouwd bewijs; een drempel waar partijen vaak niet overheen komen.

Desondanks bevat deze kroniek een aantal lezenswaardige *standalone* zaken. In *Vignette & Visa/Google* rijst de vraag of Google met haar advertentiebeleid en accountopschortingen misbruik maakt van een machtspositie. Het kort geding in *Cycling Service* zet de verplichtingen van sportorganisaties op scherp en onderzoekt of centralisering van prijzengelden in de wielersport mogelijk in strijd is met het kartel- of misbruikverbod. *Eureco-Pharma* laat zien hoe een groothandel in geneesmiddelen stuit op de gezamenlijke inkoop- en afslagenstrategieën van zorgverzekeraars. Tot slot behandelt de volgende

² Rb. Amsterdam 10 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:98 (*CSS/Google*) en Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1683 (*FX*).



etappe in de *Buma/Stemra*-saga de vraag of prijsdiscriminatie alleen in strijd is met artikel 102 onder c VWEU als de feitelijke concurrentiepositie daadwerkelijk wordt geschaad, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld.

De rode draad in de *standalone* uitspraken is de voortdurende spanning tussen de abstracte, ogenschijnlijk brede normen van het mededingingsrecht en de strenge bewijslast en zorgvuldige marktanalyse die rechters verlangen voordat zij een overtreding aannemen. Wie het mededingingsrecht in een commercieel geschil wil inroepen, moet met harde cijfers, grondige argumentatie en een goed doordachte contextuele analyse komen. Dit jaar laten de *standalone* zaken opnieuw zien hoe veeleisend deze toets in de praktijk is en hoe moeilijk het blijft om rechters te overtuigen van een mededingingsrechtelijke inbreuk. Dan wat cijfers. In 2024 rapporteren wij over 25 uitspraken, te weten veertien *follow-on* en elf *standalone* zaken. Ter vergelijking: in 2023 zijn er 22 zaken geteld (elf *follow-on* en elf *standalone*) en in 2022 telden wij in totaal negentien uitspraken (zeven *follow-on* en twaalf *standalone*).

Follow-on zaken

Aansprakelijkheid: algemeen

In het *lifttenkartel* zijn in januari 2024 twee uitspraken gepubliceerd van het gerechtshof Den Haag.³ In de eerste zaak oordeelde de rechtbank Rotterdam in eerste aanleg dat liftproducenten Otis en Kone onrechtmatig hebben gehandeld jegens bepaalde woningcorporaties, die zich hebben verenigd in de claimstichting De Glazen Lift (DGL), en dat zij aansprakelijk zijn voor de door 37 bij DGL aangesloten woningcorporaties geleden schade, nader op te maken bij staat.⁴ Het verweer van Otis en Kone is in hoger beroep toegespitst op onder meer het oordeel van de rechtbank over (1) de reikwijdte en het effect van de inbreuk, (2) de drempel voor verwijzing naar de schadestaatprocedure, (3) de doorberekening van de (beweerde) prijsopslag (*pass on* verweer) en (4) de hoofdelijke aansprakelijkheid van de karteldeelnemers.⁵ Deze grieven worden hierna kort besproken. Otis en Kone voeren aan dat het kartel in Nederland allerminst verstrekkend was. Volgens Otis en Kone zag de inbreuk niet op de gehele Nederlandse markt en had de inbreuk een

³ Hof Den Haag 23 januari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:141 (*DGL/Otis* c.s.) en Hof Den Haag 23 januari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:132 (*SECC/Kone*).

⁴ Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635.

⁵ *DGL/Otis* c.s., r.o. 5.2. Verder hebben Otis en Kone nog grieven naar voren gebracht die zien op de aannemelijkheid van de mogelijkheid van schade ten aanzien van individuele woningcorporaties en specifieke schadeposten.



ad-hockarakter. Daarbij zou het gaan om een zeer klein percentage van de projecten en er zou alleen overleg gevoerd zijn ten aanzien van projecten waarin een van de karteldeelnemers specifieke interesse had.⁶ Het gerechtshof gaat hier niet in mee. Zo overweegt het gerechtshof onder meer dat de Commissie heeft vastgesteld dat het in de praktijk niet nodig was om ‘each and every project’ aan een bepaalde karteldeelnemer toe te wijzen, omdat de karteldeelnemers als uitgangspunt hanteerden dat zij hun bestaande klanten zouden behouden. Daardoor werd, aldus het gerechtshof, ook het een-op-een verkeer door het kartel geraakt.⁷ Ook het betoog van Otis en Kone dat niet is aangetoond dat het kartel een prijsopdrijvend effect heeft gehad, wordt – onder verwijzing naar diverse passages van de beschikking van de Europese Commissie – door het gerechtshof niet gevolgd.⁸

Wel gaat het gerechtshof mee in de stelling van Kone dat zij niet de gehele inbreukperiode in Nederland aan het kartel heeft deelgenomen. Anders dan DGL betoogt, kan Kone naar het oordeel van het gerechtshof daarom niet hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van gedragingen van de andere liftfabrikanten in kartelverband in de periode vóór haar deelname. Het gerechtshof overweegt daartoe dat de grondslag van de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van Kone is gelegen in haar deelname aan het kartel. Een grondslag voor die aansprakelijkheid ontbreekt in de tijd waarin Kone niet aan het kartel heeft deelgenomen, aldus het gerechtshof. Anders dan DGL stelt, kan die aansprakelijkheid ook niet worden afgeleid uit artikel 11 lid 1 van de Kartelschaderichtlijn.⁹ Afgezien van het feit dat het kartel niet valt binnen de temporele werkingssfeer van de Kartelschaderichtlijn, voorziet artikel 11 lid 1 van deze richtlijn naar het oordeel van gerechtshof in hoofdelijke aansprakelijkheid voor ondernemingen die door ‘*gemeenschappelijk optreden*’ inbreuk op het mededingingsrecht hebben gemaakt. In de periode waarin Kone niet aan het kartel heeft deelgenomen, was er naar het oordeel van het gerechtshof geen ‘*gemeenschappelijk optreden*’ van Kone met de andere karteldeelnemers waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden.¹⁰

⁶ DGL/Otis c.s., r.o. 6.3.

⁷ DGL/Otis c.s., r.o. 6.5-6.12.

⁸ DGL/Otis c.s., zie m.n. r.o. 6.15-6.19.

⁹ 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 2024, L 349/1-19).

¹⁰ Het hof signaleert overigens dat de rechtbank dit wel had onderkend, maar heeft nagelaten dit tot uitdrukking te brengen in r.o. 2.15 van het eindvonnis en in de beslissing, zodat het bezwaar van Kone op dit punt slaagt (zie r.o. 6.69).



Verder voerden Otis en Kone aan dat de drempel voor de schadestaatprocedure niet is gehaald omdat, gezien de beperkte reikwijdte van het besluit, voor iedere afzonderlijke opdracht aan een liftfabrikant zou moeten worden vastgesteld of sprake is geweest van een verboden mededingingsbeperking.¹¹ Het gerechtshof gaat aan dit verweer voorbij. Onder verwijzing naar de vaste rechtspraak over de drie hoofdvereisten voor verwijzing naar de schadestaat,¹² komt het gerechtshof tot hetzelfde oordeel als de rechtbank: de grondslag voor de aansprakelijkheid van Otis en Kone is gelegen in de onrechtmatige deelname aan het kartel. Het gerechtshof oordeelt dat de rechtbank terecht als criterium heeft gehanteerd dat een woningcorporatie ten minste in één geval direct of indirect (bijvoorbeeld via een projectontwikkelaar of een aannemer) producten en/of diensten van een karteldeelner heeft afgenomen tijdens de inbreukperiode om te kunnen worden doorverwezen naar de schadestaatprocedure.¹³

Tot slot gaat het gerechtshof ook niet mee in het *passing on* verweer. Zonder het verweer inhoudelijk te toetsen komt het gerechtshof tot het oordeel dat daar geen ruimte voor is in de huidige (hoofd)procedure, zodat dit aan de orde dient te komen tijdens de schadestaatprocedure.¹⁴ Het gerechtshof bekrachtigt het tussenvonnissen van de rechtbank Rotterdam en verklaart voor recht dat Otis en Kone gedurende de inbreukperiode onrechtmatig hebben gehandeld jegens de woningcorporaties.

Verjaring

In de andere *lifttenkartelzaak*¹⁵ gaat het om twee entiteiten van Kone enerzijds en Stichting Elevator Cartel Claims (SECC) anderzijds. In deze procedure oordeelde het gerechtshof Den Haag over dezelfde (soort) grieven met dezelfde uitkomst, op het verjaringsverweer van SECC na. SECC betoogt dat de rechtbank een onjuiste maatstaf voor de aanvang van de verjaringstermijn heeft gehanteerd door ervan uit te gaan dat eenieder geacht moet worden kennis te hebben genomen van het persbericht van de Commissie.

Volgens SECC is de verjaringstermijn pas gaan lopen toen het Hof van Justitie op 24 oktober 2013 definitief heeft beslist in het hoger beroep van Kone tegen de beschikking

¹¹ *DGL/Otis c.s.*, r.o. 6.26.

¹² Te weten: (1) de grondslag voor de aansprakelijkheid moet vaststaan; in de hoofdprocedure moet worden vastgesteld dat en waarom (op grond waarvan) een partij aansprakelijk is; (2) de mogelijkheid van schade moet aannemelijk zijn; (3) de rechter moet niet reeds in de hoofdprocedure de schade kunnen begroten (onder verwijzing naar T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, nr. 401 en de daarin genoemde rechtspraak).

¹³ *DGL/Otis c.s.*, r.o. 6.30.

¹⁴ *DGL/Otis c.s.*, r.o. 6.59-6.62.

¹⁵ Hof Den Haag 23 januari 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:132 (*SECC/Kone*).



van de Commissie. SECC verwijst in dat verband naar de Kartelschaderichtlijn, waarin is bepaald dat de verjaringstermijn verlengd wordt met de periode die nodig is voor de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing of het op een andere wijze beëindigen van de procedure, vermeerderd met een jaar. SECC voert aan dat het gelet op het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel wenselijk is om het Nederlandse recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met de Kartelschaderichtlijn.¹⁶

Het gerechtshof volgt SECC niet in dit betoog. Redengevend daartoe is onder meer dat de relevante feiten voor de beoordeling van de verjaring in deze zaak zich alle hebben afgespeeld vóór 27 december 2016¹⁷ én de dagvaardingen alle zijn uitgebracht vóór 26 december 2014.¹⁸ Het gerechtshof overweegt dat een verplichting voor de Nederlandse rechter om het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met een EU-richtlijn pas bestaat vanaf het tijdstip van de omzettingstermijn genoemd in de richtlijn. Vóór dat tijdstip kan het wenselijk zijn om het nationale recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met een richtlijn, maar richtlijnconforme uitleg kan niet leiden tot een uitleg van het nationale recht die indruist tegen de wet, aldus het gerechtshof.¹⁹ Tegen die achtergrond komt het gerechtshof tot het oordeel dat de door SECC voorgestane interpretatie van de algemene verjaringsregel van artikel 3:310 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) reeds daarom niet aan de orde is.²⁰ Met toepassing van artikel 3:310 BW en artikel 3:316 BW als uitgangspunt voor de beoordeling van de verjaring, komt het gerechtshof tot het oordeel dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door het verstrijken van vijf jaar na – kort gezegd – de bekendmaking van de (samenvatting van de) beschikking van de Commissie.²¹ Het gerechtshof overweegt daarbij dat de aanvang van de verjaring niet afhankelijk kan worden gemaakt van het tijdstip waarop de benadeelde een juiste beoordeling heeft gemaakt van de beschikbare informatie. Het gaat erom, aldus het gerechtshof, dat benadeelden de benodigde kennis en het benodigde inzicht hadden om de gemaakte afspraken te beoordelen. Die benodigde kennis en inzicht konden de claimhouders naar het oordeel van het gerechtshof ontleen aan de (samenvatting van de)

¹⁶ SECC/Kone, r.o. 6.19.

¹⁷ De omzettingstermijn van de Kartelschaderichtlijn.

¹⁸ Op grond van art. III Implementatiewet is art. 6:193s BW niet van toepassing op zaken die vóór 26 december 2014 bij de rechter aanhangig zijn gemaakt.

¹⁹ SECC/Kone, r.o. 6.25.

²⁰ SECC/Kone, r.o. 6.25-6.27.

²¹ SECC/Kone, r.o. 6.28-6.30.



beschikking van de Commissie.²² Het gerechtshof komt met de rechtbank tot het oordeel dat de vorderingen van veertien claimanten zijn verjaard.

Ook in de *Google*-zaak speelde het verjaringsvraagstuk een rol in het door de rechtbank Amsterdam gewezen tussenvonnissen van 1 mei 2024.²³ De rechtbank Amsterdam hanteerde als uitgangspunt dat in beginsel vanaf het moment dat een samenvatting van het besluit van de Europese Commissie in het Publicatieblad is verschenen, er redelijkerwijs van uit kan worden gegaan dat een benadeelde beschikt over de informatie die nodig is om een schadevordering in te kunnen stellen.²⁴ Waar SECC (als eiser) in de andere liftenkartelzaak tevergeefs betoogde dat de verjaring *later* begon te lopen dan de publicatiedatum van de beschikking, was het betoog van Google (als gedaagde) in deze zaak spiegelbeeldig: volgens Google zouden twee partijen *eerder* dan de uiterste implementatiedatum van de Kartelschaderichtlijn (en daarmee ook ruim voor de publicatiedatum) op de hoogte zijn van de inbreuk, zodat de verjaringstermijn volgens Google eerder begon te lopen dan de implementatiedatum van de Kartelschaderichtlijn (en daarmee ook voor de publicatiedatum).²⁵ De rechtbank gaat hierin niet mee en stelt voorop dat de publicatiedatum als uitgangspunt moet worden genomen: in beginsel kan er redelijkerwijs van uit worden gegaan dat een benadeelde beschikt over de informatie die nodig is om een schadevordering in te kunnen stellen vanaf het moment dat een samenvatting van het besluit is gepubliceerd. Daar komt naar het oordeel van de rechtbank in dit geval nog bij dat verjaring niet kan ingaan vóór het moment waarop de inbreuk is geëindigd. Nu de inbreuk in dit geval was geëindigd *na* de publicatiedatum, en de dagvaarding bovendien reeds binnen vijf jaar na de publicatiedatum was uitgebracht, is er naar het oordeel van de rechtbank hoe dan ook geen sprake van verjaring.²⁶

Bitumen: verjaring – kennis van de NMa is kennis van de Staat?

In *Bitumen* draait het om een vordering van de staat (Rijkswaterstaat) tegen diverse bitumenleveranciers (Shell c.s., Kuwait en Total) in verband met het zogeheten Bitumenkartel, waarvoor de Europese Commissie in 2006 boetes oplegde aan zowel leveranciers als wegenbouwers.²⁷ De staat stelt schade te hebben geleden doordat bij aanbestedingen voor wegenbouwbitumen jarenlang kunstmatig hoge prijzen en

²² *SECC/Kone*, r.o. 6.30, met verwijzing naar HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677 en HR 12 januari 2019, ECLI:NL:HR:2024:19.

²³ Rb. Amsterdam 1 mei 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:2292 (*Wolfson Capital/Google*).

²⁴ *Wolfson Capital/Google*, r.o. 3.12, onder verwijzing naar HvJ EU 18 april 2024, C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (*Heureka Group/Google*).

²⁵ Te weten: 26 december 2016.

²⁶ *Wolfson Capital/Google*, r.o. 3.7-3.18.

²⁷ Rb. Rotterdam 26 juni 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5984 (*Bitumen*).



gereduceerde kortingen golden. Een kernverweer van gedaagden luidt dat de vorderingen van de staat zijn verjaard; naar hun mening beschikte de staat al ruim vóór de eerste stuitingshandelingen in september 2011 over de relevante kennis.

In eerdere tussenuitspraken oordeelde de rechtbank dat berichten in de media, of het feit dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) betrokken was bij besprekingen rond de bouwfraude, niet voldoende waren om de staat reeds op een eerder moment in staat te stellen een schadevergoedingsprocedure te starten.²⁸ De vraag bleef staan of de NMa in het kader van de Commissieprocedure tegen het Bitumenkartel (onder meer als lid van het zogenoemde Adviescomité) kennis heeft vergaard, en of die kennis aan de staat kan worden toegerekend. De rechtbank vroeg de Europese Commissie in een eerdere tussenuitspraak te verduidelijken of en wanneer andere onderdelen van de staat dan de NMa zelf op de hoogte waren gesteld van het kartelonderzoek. Uit de verstrekte inlichtingen bleek dat er begin oktober 2002 slechts beperkt contact is geweest tussen de Commissie en het Ministerie van Economische Zaken (EZK), en dat deze uitwisseling van puur logistieke aard was in een zeer vroege onderzoeksfase. Van wezenlijke inhoudelijke informatie over (omvang of duur van) het kartel was destijds geen sprake, aldus de Commissie, hetgeen de rechtbank heeft overgenomen.²⁹

Daarmee rees opnieuw de vraag of de NMa-kennis die voortkwam uit deelname aan het Adviescomité in civielrechtelijke zin aan de staat kan worden toegerekend.³⁰ De rechtbank komt in deze uitspraak tot een ‘voorlopig oordeel’ en vraagt partijen daarop te reageren. In het voorlopige oordeel legt de rechtbank de nadruk op de geheimhoudingsplicht en de doelbeperking van de nationale mededingingsautoriteiten (zoals de NMa) op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003:³¹ informatie die zij in het kader van publiekrechtelijke handhaving en advisering van de Commissie hebben verkregen, mogen zij niet delen met andere overheidsinstanties als dit gebeurt met het oog op een privaatrechtelijke (schade)procedure.³² Deze doelbinding en de bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie prevaleren boven de omstandigheid dat de NMa en andere ministeries deel uitmaken van dezelfde rechtspersoon (de staat). Indien de NMa door de Commissie verkregen gegevens niet mócht doorgeven, kan de wetenschap van de NMa niet zonder

²⁸ Zie Rb. Rotterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9160 (*Staat/Shell c.s.*).

²⁹ *Bitumen*, r.o. 2.8 e.v.

³⁰ *Bitumen*, r.o. 2.15 e.v.

³¹ 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 1/1-25).

³² *Bitumen*, r.o. 2.18 e.v.



meer als kennis van de staat gelden, ook al zijn NMa en de staat civielrechtelijk dezelfde rechtspersoon, aldus de rechtbank.

De rechtbank komt op die basis tot het voorlopige oordeel dat toerekening van NMa-kennis aan de staat niet vanzelfsprekend is en dat de enkele omstandigheid dat EZK begin oktober 2002 wist van een onderzoek naar mogelijk mededingingsrechtelijk onrechtmatig handelen niet volstaat om de verjaring reeds op dat moment te laten aanvangen. Het leerstuk van de toerekening van de kennis van de een (de NMa) aan de ander (de staat), kan niet worden toegepast als die kennis niet gedeeld mag worden, ook niet nu beide tot dezelfde rechtspersoon behoren; de ratio van toerekening van die kennis is immers dat de wederpartij, in dit geval de gedaagden, er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat de staat beschikte over de kennis van de NMa. In dit geval is, gelet op de aan de gedaagden bekende geheimhoudingsplicht van de NMa, van een dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen geen sprake.³³

De rechtbank maakt wel nog een slag om de arm: als de NMa haar geheimhoudingsplicht in dit geval had geschonden en toch informatie aan andere onderdelen van de staat doorspeelde, zou het mogelijk kunnen zijn dat de staat eerder over voldoende kennis beschikte. In het licht daarvan hebben gedaagden een voorwaardelijke vordering tot inzage ingesteld (art. 843a Rv) om na te gaan of de staat eerder informatie heeft verkregen. De rechtbank geeft partijen de gelegenheid om zich over de voorlopige uitleg van de relevante bepalingen in de verordening uit te laten, waarna zij een eindbeslissing zal geven over de vraag of de vordering van de staat al dan niet is verjaard.³⁴

Trucks-zaken: drempel voor verwijzing naar schadestaat

In de *Trucks*-zaken heeft de rechtbank Amsterdam begin 2024 een tussenvonnissen gewezen over de vraag aan welke eisen moet worden voldaan voor doorverwijzing naar de schadestaatprocedure.³⁵ Het standpunt van claimanten komt erop neer dat zij niet méér hoeven te doen dan voldoende feiten stellen waaruit kan worden afgeleid dat het aannemelijk is dat een afnemer van vrachtwagens mogelijk schade heeft geleden als gevolg van het kartel. Volgens de claimanten moet de inbreuk worden gekwalificeerd als één onrechtmatige daad van ieder van de truckfabrikanten en is die vaststelling voldoende voor doorverwijzing naar de schadestaatprocedure. De claimanten stellen dat het dan ook niet

³³ Rb. Rotterdam 26 juni 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5984, r.o. 2.22 e.v.

³⁴ Rb. Rotterdam 26 juni 2024, ECLI:NL:RBROT:2024:5984, r.o. 2.23.

³⁵ Rb. Amsterdam 28 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1119 (*Trucks*).



vereist is de schadeposten al in de hoofdzaak te specificeren en dat het ook niet nodig is dat in de hoofdzaak voor iedere specifieke vrachtwagentransactie afzonderlijk aan substantiëring en onderbouwing wordt gedaan. Dit behoeft volgens de claimanten pas plaats te vinden in de schadestaatprocedure.³⁶

Het betoog van de truckfabrikanten komt neer op het tegenovergestelde: zij betwisten dat de claimanten aan de stelplicht hebben voldaan en betogen dat de drempel voor verwijzing naar de schadestaatprocedure hoger ligt dan de claimanten betogen. De truckfabrikanten erkennen dat de lat voor de schadestaatprocedure weliswaar laag ligt, maar dat neemt volgens de truckfabrikanten niet weg dat door de claimanten voldoende gesteld moet zijn over de transacties die ten grondslag liggen aan de eventuele aansprakelijkheid van de truckfabrikanten jegens iedere afnemer. Met andere woorden: voor iedere gestelde transactie moeten de claimanten volgens de truckfabrikanten voldoen aan hun stelplicht en alleen die transacties waarvoor aan de stelplicht is voldaan kunnen door naar de schadestaatprocedure.³⁷

De rechtbank stelt voorop dat de drempel voor verwijzing naar de schadestaatprocedure niet hoog is en stelt vast dat het volgens vaste rechtspraak voldoende is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. In algemene zin worden de claimanten dan ook in het gelijk gesteld: de rechtbank hoeft alleen te beoordelen of de truckfabrikanten onrechtmatig jegens hen – althans de afnemers/achterliggende partijen – hebben gehandeld en dus aansprakelijk zijn voor de door de afnemers/achterliggende partijen als gevolg daarvan geleden schade. Daarbij volstaat dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Wegens de bijzondere aard van deze procedures – vele afnemers hebben hun vordering overgedragen aan *litigation vehicles* en het gaat om ruim 200.000 vrachtwagens in alleen al deze eerste groep *Trucks*-zaken – ziet de rechtbank zich echter genoodzaakt om regie te voeren. Nadat de claimanten in het ‘stelplichtvonnis’³⁸ in de gelegenheid zijn gesteld zo veel mogelijk specifieke gegevens per individuele vrachtwagen aan te leveren en de truckfabrikanten hierop hebben gereageerd, komt de rechtbank in dit tussenvonnis tot het oordeel dat een extra schriftelijke ronde nodig is. De claimanten worden in de gelegenheid gesteld om in deze extra schriftelijke ronde op de analyse van de truckfabrikanten te reageren. De bedoeling is, aldus de rechtbank, dat claimanten

³⁶ *Trucks*, r.o. 2.5-2.7.

³⁷ *Trucks*, r.o. 2.8 e.v.

³⁸ Het tussenvonnis van de rechtbank Amsterdam in de *Trucks*-zaken van 15 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3574.



alle vrachtwagentransacties waarvoor zij schadevergoeding vorderen zo goed en concreet mogelijk (met stukken) onderbouwen, zodat zo goed mogelijk in beeld komt wat de omvang van de vorderingen van de claimanten is en de truckfabrikanten weten waartegen zij zich moeten verweren.³⁹

Hoewel de rechtbank uitvoerig *guidance* geeft over de over te leggen stukken die ‘aangewezen lijken’ om te voldoen aan de stelplicht,⁴⁰ laat de rechtbank ook duidelijk blijken dat de extra schriftelijke ronde is ingegeven vanuit de (praktische) overweging dat het in het belang van alle partijen is om het speelveld zo goed mogelijk in kaart te brengen.⁴¹ Daarmee lijkt het oordeel van de rechtbank in dit tussenvonnissen vooral een op deze zaak toegespitste, praktische benadering en heeft de rechtbank de vraag onder welke voorwaarden de claimanten aan hun stelplicht hebben voldaan (vooralsnog) niet definitief willen beantwoorden.⁴²

Beeldbuisenkartel: gezag van gewijsde en de grens van procesrechtelijke erkenning

In een *follow-on* procedure rondom het *beeldbuisenkartel* bij de rechtbank Oost-Brabant vorderde Vestel c.s., een Turkse producent van televisies en computerschermen (tezamen met enkele Europese dochterondernemingen), schadevergoeding wegens het vermeende ‘beeldbuisenkartel’ (CPT- en CDT-kartel). Vestel c.s. stelde dat gedaagden – waaronder Samsung, LGE en Technicolor – het Turkse en Europese kartelverbod hadden geschonden en dat Vestel c.s. hierdoor zou zijn benadeeld bij de inkoop van kathodestraalbuizen.⁴³ De Turkse rechter (Turks gerechtshof) had evenwel eerder op grond van een (door Vestel c.s. betwiste) Turkse procesregel geoordeeld dat Vestel c.s. niet-ontvankelijk was in dezelfde vorderingen, vanwege het ontbreken van een inbreukbesluit van de Turkse mededingingsautoriteit (TCB).

In de Nederlandse procedure voerden Samsung, LGE en Technicolor aan dat dit Turkse arrest gezag van gewijsde had en voor erkenning in Nederland in aanmerking kwam op grond van de zogenoemde *Gazprombank*-criteria.⁴⁴ Vestel c.s. stelde daartegen dat de toegepaste Turkse procesregel (een *case condition* waarbij eerst een besluit van de TCB

³⁹ Rb. Amsterdam 28 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:1119 (*Trucks*), r.o. 3.7.

⁴⁰ Zie de opsomming in r.o. 3.9.

⁴¹ *Trucks*, r.o. 3.7.

⁴² Zie in dat verband ook r.o. 3.9: ‘De rechtbank kan de Claimanten echter niet opleggen hun stellingen op een bepaalde manier te onderbouwen (...)’.

⁴³ Rb. Oost-Brabant 17 januari 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:117 (*Beeldbuisenkartel*).

⁴⁴ HR 26 september 2015, ECLI:NL:HR:2014:2838.



vereist zou zijn) in strijd was met het Unierecht en met de fundamentele beginselen van een eerlijk proces (art. 6 Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM)), zodat het Turkse arrest niet kon worden erkend. De rechtbank verwierp dat verweer en oordeelde dat de uitspraak van de Turkse rechter wél kon worden erkend.⁴⁵ De kwestie had naar Turks recht gezag van gewijsde, mede omdat de door de Turkse rechter gehanteerde voorwaarde voor ontvankelijkheid inmiddels niet meer kon worden vervuld. Dat gold ook als de zaak ‘procedureel’ was afgedaan: omdat er geen enkel perspectief bestond om alsnog aan die voorwaarde (een TCB-inbreukbesluit) te voldoen, was sprake van een definitieve afwijzing met gezag van gewijsde.⁴⁶ De rechtbank oordeelde verder dat deze afwijzing niet in strijd was met de vereisten van een eerlijk proces of met de openbare orde, mede op basis van de arresten *Kapferer* en *Eco Swiss* van het Hof van Justitie.⁴⁷ Dat betekent dat Vestel c.s. niet nogmaals bij de Nederlandse rechter kon procederen over hetzelfde onderwerp en dezelfde vorderingen. Als gevolg daarvan werd Vestel c.s. in haar vorderingen jegens Samsung, LGE en Technicolor niet-ontvankelijk verklaard.⁴⁸

Twee partijen (TTD en TDP), waarvan de advocaat zich klaarblijkelijk kort na aanvang van de procedure heeft onttrokken, worden wél veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding. De rechtbank zag echter af van de gevorderde *triple damages*, omdat zij die als punitieve schadevergoeding in strijd achtte met de Nederlandse openbare orde.⁴⁹ Zij moeten in totaal een bedrag van € 684,4 miljoen, verminderd met het aandeel in die schadevergoeding van bedrijven waarmee Vestel al een schikking trof, overmaken naar de Turkse fabrikant. De slotsom is dat Vestel c.s. door de erkenning van het Turkse arrest niet-ontvankelijk werd verklaard in haar vorderingen tegen Samsung, LGE en Technicolor, terwijl tegen TTD en TDP de vorderingen (grotendeels) werden toegewezen bij gebreke van verweer.

Spanstaal: paraplu-effect en annemelijkheid van schade

In de langstlopende *Spanstaal*-procedure heeft het gerechtshof 's-Hertogenbosch geoordeeld over de aansprakelijkheid van diverse producenten van spanstaal (waaronder Nedri c.s., ArcelorMittal c.s. en DWK c.s.) jegens Deutsche Bahn (DB c.s.).⁵⁰ De Europese

⁴⁵ *Beeldbuizenkartel*, r.o. 4.5.-4.9 en 4.33.

⁴⁶ *Beeldbuizenkartel*, r.o. 4.21.

⁴⁷ HvJ EG 16 maart 2006, C-234/04, ECLI:EU:C:2006:178 (*Kapferer*) en HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (*Eco Swiss*); *Beeldbuizenkartel*, r.o. 4.33 en 4.43.

⁴⁸ *Beeldbuizenkartel*, r.o. 4.46.

⁴⁹ *Beeldbuizenkartel*, r.o. 5.1.-5.3.

⁵⁰ Hof 's-Hertogenbosch 30 januari 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:225 (*Spanstaal*).



Commissie had eerder vastgesteld dat deze producenten, samen goed voor meer dan 80% van de relevante markt, tussen 1984 en 2002 een kartel vormden rond de levering van spanstaal in (een groot deel van) de Europese Unie. DB c.s. – die via diverse entiteiten grote inkopen van spoorbielzen met daarin verwerkte spanstaalproducten doet – stelt schade te hebben geleden door hogere prijzen en vordert een verklaring voor recht dat de karteldeelnemers aansprakelijk zijn, met verwijzing naar een schadestaatprocedure. Het gerechtshof acht het bij de vestiging van aansprakelijkheid naar Duits recht in de eerste plaats van belang dat de Europese Commissie in haar onherroepelijk geworden besluit had vastgesteld dat de betrokken producenten bijna twintig jaar lang (1984-2002) deel uitmaakten van een pan-Europees kartel in de sector ‘spanstaal’ (met uitzondering van bepaalde bijzondere productvarianten).⁵¹ Het gerechtshof wijst erop dat de Commissie de kartelafspraken ertoe vond strekken de marktverdeling en prijsniveaus te stabiliseren, en dat de deelnemende ondernemingen samen meer dan 80% van de markt voor spanstaal besloegen. Daarmee concludeerde de Commissie zelf al in het besluit dat het kartel door zijn aard en opzet een significant prijsopdrijvend effect op de markt had en ‘alle’ afnemers trof, ook afnemers van partijen die zelf geen kartel deelnemer waren (het zogeheten ‘paraplu-effect’).⁵²

Het gerechtshof neemt dit oordeel van de Commissie als uitgangspunt en acht daarmee aannemelijk dat het kartel tot een hoger prijsniveau heeft geleid, nog los van concrete berekeningen van individuele transactieprizen. Bij de beoordeling speelt uiteraard mee dat de Commissie expliciet in het besluit heeft opgenomen dat het kartel op de gehele markt effect heeft gehad en dat in het besluit ook aanwijzingen naar voren komen dat de kartelafspraken daadwerkelijk zijn geïmplementeerd. Het gerechtshof voegt hieraan toe dat de door DB c.s. overgelegde ‘Oxera-rapporten’ aanvullende steun bieden voor de veronderstelling dat kartels met een zo omvangrijke marktdekking (circa 80% in deze sector) typisch tot hogere prijzen kunnen leiden. Hoewel gedaagden dit met eigen deskundigenrapporten (van Compass Lexecon) betwistten, volstaat in deze fase dat DB c.s. aannemelijk maakt dat zij producten kocht die onder de inbreuk vielen, en dat een dergelijk kartel naar zijn aard geschikt is prijsopdrijving te bewerkstelligen.⁵³

Verder stelt het gerechtshof dat in deze kartelschadezaak, op grond van recente Duitse rechtspraak, een onderscheid geldt tussen de vestiging van aansprakelijkheid (de eis dat

⁵¹ *Spanstaal*, r.o. 9.4.1.-9.4.2.

⁵² *Spanstaal*, r.o. 9.4.4.

⁵³ *Spanstaal*, r.o. 9.4.6.



het gedrag van de karteldeelnemers ‘geschikt is’ schade te veroorzaken) en de precieze omvang van de schade (in dit geval de het ‘paraplu-effect’ en andere individuele aspecten van schade). De uitwerking van de concrete (te hoge) prijzen en hoeveel DB c.s. daadwerkelijk heeft betaald, zal in een aparte schadestaatprocedure plaatsvinden. Het gerechtshof acht echter op voorhand geloofwaardig dat het kartel een reële prijsverhogende werking heeft gehad en wijst de verklaringen voor recht toe.⁵⁴ Op het cassatieberoep dat in deze zaak is ingesteld zal de Hoge Raad waarschijnlijk eind 2025 of begin 2026 uitspraak doen.

Heineken: economische eenheid en aansprakelijkheid van moedermaatschappijen binnen artikel 102 VWEU

In een omvangrijke tussenuitspraak in de zaak *Heineken* kwam de vraag aan de orde of Heineken, samen met haar Griekse dochtermaatschappij Athenian Brewery (AB), moet worden aangemerkt als één ‘onderneming’ (in de zin van art. 102 VWEU).⁵⁵ De Griekse mededingingsautoriteit (HCC) had eerder geoordeeld dat AB in Griekenland jarenlang misbruik maakte van haar machtspositie bij de verkoop van bier (m.n. via exclusiviteit en kortingen), maar zij had geen vervolging ingesteld tegen Heineken als moedermaatschappij. De civiele procedure die Macedonian Thrace Brewery (MTB) in Nederland aanspande, draait erom of Heineken als moederonderneming voor deze Griekse inbreuk mede schadeplichtig kan zijn.

De rechtbank Amsterdam overwoog eerst dat de HCC-beschikking niet uitsluit dat Heineken onderdeel is van dezelfde economische eenheid als AB. De HCC had slechts – met een beroep op haar discretionaire bevoegdheid – besloten geen afzonderlijke vervolging te starten tegen Heineken, maar daarmee dus niet ‘positief’ vastgesteld dat Heineken buiten de inbreuk stond.⁵⁶

De rechtbank onderzocht vervolgens aan de hand van de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (o.a. *Akzo Nobel*, *Skanska* en *Goldman Sachs*) of de moedermaatschappij ‘beslissende invloed’ kan uitoefenen op de dochtermaatschappij. Daarbij speelde onder meer mee dat Heineken (indirect) 98,8% van de aandelen in AB bezit, dat Heineken de belangrijkste bestuurders benoemt (en vervangt) en dat AB onderworpen is aan periodieke rapportage- en goedkeuringsprocedures binnen het concern. Volgens de rechtbank leidt dit

⁵⁴ *Spanstaal*, r.o. 9.9.1.-9.9.5.

⁵⁵ Rb. Amsterdam 23 oktober 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6476 (*Heineken/AB*).

⁵⁶ *Heineken/AB*, r.o. 5.3.4.



alles tot de conclusie dat Heineken en AB één ‘onderneming’ vormen in de zin van artikel 102 VWEU.⁵⁷

De door Heineken aangevoerde argumenten – dat de Griekse marktbeslissingen door lokale teams zouden zijn genomen en Heineken niet rechtstreeks aan het misbruik zou hebben deelgenomen – doen daar onvoldoende aan af. De rechtbank herhaalt dat ook een moedermaatschappij die niet zelf de inbreukmakende handelingen verricht, aansprakelijk kan zijn als zij (nagenoeg) alle aandelen in de dochter bezit en deze dochter niet zelfstandig over haar marktgedrag kan beslissen. De ‘Akzo-presumptie’⁵⁸ uit de Europese rechtspraak is van toepassing, óók in civiele procedures (niet alleen in publiekrechtelijke boetezaken).⁵⁹

Met dit oordeel staat vast dat Heineken hoofdelijk aansprakelijk kan zijn voor het misbruik dat AB volgens de HCC heeft gepleegd. De procedure gaat nu verder met het vaststellen van de eventueel door MTB geleden schade.

Luchtvaartkartel: eenstapsanalyse voor kartelschade geaccepteerd

In een tussenvonnis van de *follow-on claims* in het *luchtvaartkartel* (AirCargo) van 6 november 2024 heeft de rechtbank Amsterdam geoordeeld dat de *overcharge* in de zogeheten ‘luchtvaartkartelzaak’ moet worden berekend aan de hand van een zogenoemde *one-step*-analyse op het niveau van de totale prijs die door de *shippers* (de afnemers) is betaald.⁶⁰ De rechtbank diende daarbij te beslissen welke economische methode geschikt is om de *overcharge* te bepalen en op welke (transactie)gegevens de statistische analyse moet worden gebaseerd.

Stichting Cartel Compensation (SCC) en Equilib, ondersteund door hun deskundigen Oxera en Brattle, betoogden dat een zogeheten *one-step*-model volstaat, waarbij alleen wordt gekeken naar de feitelijk door de *shippers* betaalde eindprijzen (dus inclusief marges van eventuele tussenpersonen zoals *freight forwarders*). De regressieanalyse moet volgens SCC en Equilib plaatsvinden op basis van data die de *shippers* hebben aangeleverd (de *shipper data*). Hierdoor wordt meteen meegenomen of (en in hoeverre) een door de luchtvaartmaatschappijen gehanteerde prijsopslag is doorberekend. Bovendien zou het

⁵⁷ *Heineken/AB*, r.o. 5.5.3.

⁵⁸ HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13m ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide*).

⁵⁹ *Heineken/AB*, r.o. 5.5.3.

⁶⁰ Rb. Amsterdam 6 november 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:6650 (*Luchtvaartkartel*).



mogelijk zijn met statistische technieken (*control variables*, dummyvariabelen) te corrigeren voor allerlei andere factoren, zoals kosten van *freight forwarders* en het zogeheten ‘waterbedeffect’ (eventuele verlaagde andere prijscomponenten door hogere toeslagen).⁶¹

De luchtvaartmaatschappijen, bijgestaan door BRG, verdedigden juist een *two-step*-methode die begint met het bepalen van de door hen aan *freight forwarders* in rekening gebrachte *overcharge* en daarna nagaat in hoeverre die hogere kosten aan *shippers* zijn doorberekend. De maatschappijdata zouden uitgebreider en betrouwbaarder zijn, mede omdat de toeslagen die in het kartel centraal stonden (brandstof- en veiligheidstoelagen) maar een deel (gemiddeld rond 20%) van de totaalprijs uitmaken.⁶²

Volgens de rechtbank boden de beschikbare *shipper*-transactiegegevens (ongeveer € 1,3 miljoen) voldoende houvast voor een statistisch onderbouwde regressieanalyse, zodat een *one-step*-model volstaat en het niet nodig is om eerst een extra analyse bij de *freight forwarders* uit te voeren of de data van de luchtvaartmaatschappijen met elkaar te *matchen*.⁶³ De rechtbank achtte een separate vaststelling van de *passon* niet vereist, omdat een directe analyse van de betaalde eindprijs ook indirect inzicht geeft in eventuele kostenverschuivingen of doorberekening. Het *two-step*-model vergt niet alleen matching van *airline*-data en *shipper*-data, maar ook een separate analyse van de mate waarin *freight forwarders* eventuele *overcharges* zouden hebben doorgerekend. De rechtbank achtte niet aannemelijk gemaakt dat dit tot betere of betrouwbaardere uitkomsten zou leiden, mede omdat die match voor een relatief beperkt aantal transacties mogelijk zou zijn en de precieze dekking van de aangeboden *airline*-data onduidelijk bleef vanwege beperkingen in het aanbod van de data.⁶⁴

Deze benadering van de rechtbank lijkt te zijn ingegeven door pragmatiek: data van eindafnemers zijn volgens de rechtbank representatief en groot genoeg om de impact van het kartel te kwantificeren, terwijl een tweestapsmodel met afzonderlijke *airline*- en *freight-forwarder*-informatie in dit geval aanzienlijk complexer en mogelijk minder nauwkeurig zou uitpakken. Hierdoor bevestigt de rechtbank dat in dergelijke kartelschadezaken (met indirecte afnemers en tussenpersonen) een eenstapsmethode op basis van *final purchaser*-

⁶¹ *Luchtvaartkartel*, r.o. 2.7.4.

⁶² *Luchtvaartkartel*, r.o. 2.7.1.

⁶³ *Luchtvaartkartel*, r.o. 3.4.

⁶⁴ *Luchtvaartkartel*, r.o. 3.6.



data toereikend kan zijn, mits de dataset groot en betrouwbaar genoeg is en deskundigen aannemelijk maken dat zij eventuele variabelen met econometrische correcties kunnen afvangen.

De rechtbank stelde in de uitspraak dus de uitgangspunten voor de methodologie vast: de analyse gebeurt in één stap, aan de hand van de door de *shippers* betaalde totaalprijzen en met uitsluitend gebruik van de *shipper*-data (het *one-step*-model op *all-in* basis). Hiermee is de concrete koers voor de schadeberekening in dit luchtvaartkarteldossier aangegeven. De zaak wordt voortgezet, onder meer om uiteindelijk de omvang van eventuele schade vast te stellen.

Ethyleen: ankergedaagden en internationale bevoegdheid

In een ‘nieuwe’ kartelschadeprocedure die speelt voor de rechtbank Amsterdam die is aangespannen door de *Stichting Ethylene Claims* stond, zoals te doen gebruikelijk, eerst een bevoegdheidsincident centraal.⁶⁵ De gedaagden (Celanese, Clariant, Orbia/Vestolit en Westlake) zijn in een besluit van de Europese Commissie van 14 juli 2020 (zaak AT.40410 – Ethyleen) aangemerkt als deelnemers aan een pan-Europese inbreuk op artikel 101 VWEU. De gedaagden (met uitzondering van Celanese) voerden – op grond van hun respectieve vestigingsplaatsen in het buitenland – bevoegdheidsincidenten, waarin zij bepleitten dat de Nederlandse rechter zich onbevoegd zou moeten verklaren. De rechtbank achtte zichzelf niettemin bevoegd. Zij baseerde zich daarbij met name op de ‘ankergedaagderegels’ (art. 8 punt 1 Brussel I-bis⁶⁶ respectievelijk de overeenkomstige bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Lugano-Verdrag⁶⁷): omdat Celanese Europe B.V. in Nederland is gevestigd en door de Commissie eveneens als inbreukmaker is aangemerkt, kan de Nederlandse rechter in beginsel ook oordelen over de overige gedaagden. Met verwijzing naar het arrest *CDC/Akzo* van het Hof van Justitie⁶⁸ was voor de rechtbank doorslaggevend dat alle gedaagden op grond van hetzelfde Commissiebesluit deel uitmaken van één ‘single and continuous infringement’ en dat een gescheiden berechting tot onverenigbare beslissingen kan leiden. De rechtbank wees het verweer van gedaagden dat men moest wachten op de antwoorden op prejudiciële vragen die op dit moment bij het

⁶⁵ Rb. Amsterdam 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:8003.

⁶⁶ 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 351/1-31).

⁶⁷ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 16 september 1988.

⁶⁸ HvJ 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*).



Hof van Justitie liggen omtrent bevoegdheidsvraagstukken van de hand. De zaak wordt dus voortgezet.

Cargill: samenhang en de geografische grenzen van bevoegdheid

In de zaak *Cargill c.s.* betoogde Cargill dat de rechtbank Amsterdam geen internationale bevoegdheid had om de vorderingen van Comcitrus tegen de Braziliaanse Cargill Agrícola en de Amerikaanse Cargill Inc. te behandelen.⁶⁹ Comcitrus baseerde haar vorderingen primair op artikel 7 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), de samenhangregel, en subsidiair op artikel 6 onder e Rv, dat betrekking heeft op de plaats van het schadebrengende feit. De rechtbank onderzocht of er voldoende samenhang bestond tussen de vorderingen tegen de Nederlandse entiteiten, aangeduid als ‘ankergedaagden’ (Cargill BV c.s.), en de buitenlandse entiteiten. Comcitrus stelde dat er sprake was van een wereldwijd kartel binnen de Cargill-groep, gericht op de inkoop van sinaasappels en eindigend in Nederland met de handel in *frozen concentrated orange juice*.

De rechtbank oordeelde echter dat het Braziliaanse mededingingsonderzoek zich specifiek richtte op de inkoop van sinaasappels in Brazilië en dat de betrokkenheid van Nederlandse entiteiten niet was aangetoond. Het TCC (Braziliaanse schikkingsovereenkomst) en de documenten van de Braziliaanse mededingingsautoriteit CADE bevestigden slechts een inkoopkartel in Brazilië, zonder aanwijzingen voor een breder verticaal kartel of betrokkenheid van Nederland. Bovendien werden de verklaringen en e-mails waarop Comcitrus zich baseerde, als onvoldoende overtuigend beschouwd om de rol van de Nederlandse entiteiten in het kartel aan te tonen.

Omdat de rechtbank geen samenhang vond tussen de vorderingen op de Nederlandse en buitenlandse gedaagden, verwierp zij het beroep op artikel 7 lid 1 Rv. Daarnaast oordeelde de rechtbank dat het schadebrengende feit zich uitsluitend in Brazilië had voorgedaan, waardoor Nederland niet als plaats van de schade kon worden aangemerkt. Daarmee faalde ook het beroep op artikel 6 onder e Rv.

De rechtbank verklaarde zich daarom onbevoegd om kennis te nemen van de vorderingen tegen Cargill Agrícola en Cargill Inc., maar bleef wel bevoegd om de vorderingen tegen de Nederlandse gedaagden te behandelen. Comcitrus werd veroordeeld tot het betalen van de proceskosten in het incident. Een verzoek van Cargill c.s. om vergoeding van volledige proceskosten wegens misbruik van procesrecht werd afgewezen, omdat de vorderingen

⁶⁹ Rb. Amsterdam 31 juli 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:4872.



niet als evident kansloos werden aangemerkt. De hoofdzaak tegen de Nederlandse entiteiten wordt voortgezet.

Bevoegdheid: aanhouding wegens prejudiciële vragen over ankergedaagde

In de vorige kroniek passeerden diverse vraagstukken over de ankergedaagde al de revue. Daarin is besproken dat verschillende zaken door claimanten voor de Nederlandse rechter werden gebracht voor de (mede)aansprakelijkstelling van de moederentiteit wegens de inbreuk op het EU-mededingingsrecht die is gepleegd door een buitenlandse dochter ('opwaartse' aansprakelijkheid).⁷⁰ Ook kan de situatie zich voordoen dat claimanten trachten dochtermaatschappijen (mede) aansprakelijk te houden voor de inbreuken die zijn gepleegd door hun moederentiteiten ('neerwaartse aansprakelijkheid').⁷¹ Gemene deler in deze gevallen is dat de claimanten beogen de Nederlandse rechter aan te zoeken voor de inbreuk die is gepleegd door een gelieerde niet-Nederlandse entiteit. Oftewel, de regel van de ankergedaagde: onder voorwaarden kunnen meerdere buitenlandse verweerders worden gedaagd voor het gerecht van dat land waar een van hen vestigingsplaats heeft.⁷² In 2023 hebben de Hoge Raad en het gerechtshof Amsterdam gelijksoortige prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de toepassing van artikel 8 lid 1 Brussel I-bis.⁷³ In dat artikel is bepaald dat aan de ankergedaagde regel is voldaan als een dusdanig nauwe band bestaat tussen de medeverweerder en de ankergedaagde, dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting. In de prejudiciële vragen van de Hoge Raad wordt onder meer om een nadere uitleg gevraagd van het begrip 'nauwe band' en of het vermoeden van beslissende invloed met zich brengt dat tevens aan de voorwaarden voor de bevoegdheid op grond van artikel 8 lid 1 Brussel I-bis is voldaan. Ook de vragen van het gerechtshof raken aan de verhouding tussen de ankergedaagde regel en het begrip beslissende invloed. In het afgelopen jaar zijn twee uitspraken gepubliceerd van de rechtbank Amsterdam en het gerechtshof Amsterdam, waarin beide instanties in een tussenuitspraak de zaken hebben aangehouden in afwachting van de uitkomst van de door het gerechtshof gestelde prejudiciële vragen.⁷⁴

⁷⁰ Zie de *MTB/Heineken*-zaak en de kartonzaak.

⁷¹ Zie de zaak *Stroomkabels*.

⁷² Zie art. 8 lid 1 Brussel I-bis, art. 6 lid 1 Verdrag van Lugano en art. 7 lid 1 Rv.

⁷³ HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:965 (*MTB/Heineken*) en Hof Amsterdam 19 september 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:2570 (*Stroomkabels*).

⁷⁴ Rb. Amsterdam 10 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:98 (*CSS/Google*) en Hof Amsterdam 18 juni 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1683 (*FX*).



Toepasselijk recht: conclusie advocaat-generaal Vlas over single and continuous infringement

In de vorige kroniek is ook gesignaleerd dat de rechtbank Amsterdam in de *Trucks*-zaken prejudiciële vragen heeft gesteld aan de Hoge Raad over de vraag hoe een *single and continuous infringement* op artikel 101 VWEU naar Nederlandse recht moet worden uitgelegd. Dezelfde rechtsvraag speelde in het *luchtvaarkartel (AirCargo)*. Kort gezegd houdt de vraag in of de inbreuk moet worden gekwalificeerd als een onrechtmatige gedraging die leidt tot afzonderlijke schadevergoedingsvorderingen op het moment dat de schade wordt geleden (het moment waarop de transactie met de inbreukpleger is gesloten) of tot één schadevergoedingsvordering per benadeelde bestaande uit verschillende schadeposten. Deze vraag is relevant omdat de uitkomst bepaalt of vaststelling van het toepasselijk recht *per benadeelde* voldoende is, dan wel of het toepasselijk recht *per transactie* moet worden vastgesteld.

De rechtbank oordeelde in beide zaken dat de claimanten op grond van artikel 6 lid 3 Rome II⁷⁵ ervoor mochten kiezen om schadevergoeding te vorderen bij het gerecht van de woonplaats van de verweerder voor het recht van dat forum (de *lex fori*). Om de vordering te baseren op het recht van het gerecht waar de eiser forum heeft gekozen, is wel vereist dat de inbreuk ook de markt van de lidstaat van dat gerecht rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloedt, maar aan dit vereiste werd naar het oordeel van de rechtbank (en in *AirCargo*: van het gerechtshof) voldaan.⁷⁶ Als een *single and continuous infringement* van artikel 101 VWEU naar Nederlands recht inhoudt dat sprake is van één schadevergoedingsvordering per benadeelde die bestaat uit verschillende schadeposten, dan betekent dit dat het vaststellen van het toepasselijk recht per claimant voldoende is. Als een *single and continuous infringement* van artikel 101 VWEU naar Nederlands recht echter moet worden gekwalificeerd als een onrechtmatige gedraging die leidt tot afzonderlijke schadevergoedingsvorderingen, dan moet per transactie het toepasselijk recht worden vastgesteld.

Advocaat-generaal Vlas is op deze vraag ingegaan in zijn gelijkkluidende conclusies in het kader van de prejudiciële vragen die door de rechtbank zijn gesteld in *Trucks*⁷⁷ en in het

⁷⁵ 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 199/40-49).

⁷⁶ Zie ook de kroniek uit 2024.

⁷⁷ Concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:561.



kader van het cassatieberoep in *AirCargo*.⁷⁸ Voor de leesbaarheid wordt hierna verwezen naar één conclusie in een van de *AirCargo*-zaken.

In het luchtvaartkartel is de inbreuk erin gelegen dat diverse luchtvaartmaatschappijen tussen december 1999 tot 14 februari 2006 brandstof- en veiligheidstoelagen hebben gecoördineerd ten aanzien van vluchten van, naar en binnen de EER en Zwitserland. In de daaropvolgende *follow-on* procedure heeft claimvehikel Stichting Cartel Compensation (SCC) vorderingen van vermeend gelaedeerden opgekocht, gebundeld en deze vervolgens in eigen naam getracht te innen door schadevergoedingsvorderingen in te stellen tegen de luchtvaartmaatschappijen bij de rechtbank Amsterdam.

Na diverse (tussen)vonnissen in eerste aanleg en arresten in hoger beroep, gaat het in deze cassatieprocedure onder meer om de vraag of het gerechtshof terecht heeft geoordeeld dat – kort gezegd – de door de Commissie vastgestelde enkelvoudige en voortdurende inbreuk één enkelvoudige en voortdurende onrechtmatige daad oplevert jegens iedere individuele *shipper* en telkens heeft geleid tot één schadevergoedingsvordering per *shipper*.

De luchtvaartmaatschappijen voeren in cassatie aan dat uit de directe werking van het Unierecht niet volgt dat een enkelvoudige en voortdurende schending van het Unierechtelijke mededingingsrecht leidt tot een enkelvoudige en voortdurende onrechtmatige daad. De vraag of een persoon die schade heeft geleden als gevolg van een mededingingsinbreuk een of meer schadevergoedingsvorderingen verkrijgt, is volgens de luchtvaartmaatschappijen een kwestie die behoort tot de procedurele autonomie van de lidstaten. De luchtvaartmaatschappijen betogen dat het de *shipper* niet onmogelijk wordt gemaakt zijn recht op schadevergoeding uit te oefenen als volgens nationaal recht de *shipper* één vordering per transactie heeft. Van strijd met het Europese doeltreffendheidsbeginsel is dan ook geen sprake, aldus de luchtvaartmaatschappijen.⁷⁹ Onder verwijzing naar en door middel van citering van het arrest van het Hof van Justitie in *Scania*⁸⁰ en de conclusie van advocaat-generaal Kokott in *Heureka/Google*,⁸¹ uit Vlas zijn opvatting dat het gerechtshof in overeenstemming met het Unierecht heeft geoordeeld dat de door de Commissie vastgestelde onrechtmatige mededingingshandeling moet worden

⁷⁸ Concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:369 en concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:370.

⁷⁹ Concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:370, punt nr. 5.3.

⁸⁰ HvJ EU 1 februari 2024, C-251/22 P, ECLI:EU:C:2024:103 (*Scania*).

⁸¹ Concl. A-G Kokott 21 september 2023, C-605/21, ECLI:EU:C:2023:695 (*Heureka/Google*).

gezien als één enkele en voortdurende inbreuk op artikel 101 VWEU en daarmee als één enkelvoudige en voortdurende onrechtmatige daad jegens iedere individuele shipper die luchtvrachtdiensten heeft afgenomen. Het betoog van de luchtvaartmaatschappijen dat de lidstaten procedurele autonomie hebben, kan volgens Vlas niet worden aanvaard.⁸² Vervolgens gaat Vlas in op het doeltreffendheidsbeginsel en werkt hij de achtergrond en ratio hiervan uit.⁸³ Vlas meent dat het standpunt van de luchtvaartmaatschappijen dat de *shipper* één vordering per transactie heeft in plaats van één vordering voor alle transacties de zaak uiterst complex maakt. Volgens Vlas zou de procedure daardoor de uitoefening van het recht op schadevergoeding dat voortvloeit uit de inbreuk op artikel 101 VWEU, praktisch bemoeilijken en daarmee afbreuk doen aan de volle werking van die bepaling in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel. Vlas komt tot de slotsom dat het betoog van de luchtvaartmaatschappijen faalt en dat een *single and continuous infringement* van artikel 101 VWEU naar Nederlands recht moet worden gekwalificeerd als een onrechtmatige gedraging die leidt tot één schadevergoedingsvordering per benadeelde, bestaande uit verschillende schadeposten.⁸⁴

Overige processuele kwesties: algemene werking termijnverlenging WAMCA?

Ook in de *Apple*-zaak⁸⁵ is een conclusie genomen in het kader van een cassatieberoep.⁸⁶ Hier is de vraag aan de orde of de termijnverlenging van artikel 1018d lid 2 Rv algemene werking heeft. In deze zaak zijn er drie stichtingen (RCJ, ASC en CCC)⁸⁷ die Apple hebben gedagvaard naar aanleiding van een persbericht van de Commissie van 30 april 2021, waarin staat dat de voorlopige bevindingen van de Commissie zijn dat Apple de mededinging heeft verstoord op de markt voor muziekstreamingapps en dat Apple haar dominante positie op die markt heeft misbruikt in de App Store. Op grond van de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) moet de dagvaarding waarmee een belangenorganisatie de collectieve vordering als bedoeld in

⁸² Concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:370, punt 5.1-5.7.

⁸³ Concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:370, punt 5.8-5.10, onder verwijzing naar: HvJ EG 9 maart 1978, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49 (*Simmmenthal*), r.o. 16; HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage en Crehan*), r.o. 23 en 29; HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*), r.o. 62 en 89; K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen: Intersentia 2023, nrs. 854 e.v.; Asser/Hartkamp 3-1 2023/109 e.v.; HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone e.a.*), r.o. 24 en 25; HvJ EU 7 december 2010, C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739 (*VEBIC*), r.o. 57; HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer*), r.o. 24.

⁸⁴ Concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:370, punt 5.9. Zie ook de conclusie van A-G Vlas in de *Trucks*-zaken: concl. A-G 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:561 (in het bijzonder punt 3.5-3.8).

⁸⁵ Zie in eerste aanleg: Rb. Amsterdam 18 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5310.

⁸⁶ Concl. A-G 8 november 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1190.

⁸⁷ Respectievelijk Stichting Right to Consumer Justice, Stichting App Stores Claims en Stichting Consumenten Competition Claims.

artikel 3:305a BW instelt, binnen twee dagen na de dag van dagvaarding zijn aangetekend in het centraal register voor collectieve acties⁸⁸ (art. 1018c lid 2 Rv). Binnen drie maanden na deze aantekening kan een andere belangenorganisatie een collectieve vordering instellen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen als waarop de reeds ingestelde collectieve vordering betrekking heeft, over gelijksoortige feitelijke of rechtsvragen (art. 1018d lid 1 Rv). Deze termijn kan met maximaal drie maanden worden verlengd indien binnen een maand na de aantekening in het centraal register een andere belangenorganisatie ter griffie heeft laten aantekenen dat zij een collectieve vordering wil instellen voor dezelfde gebeurtenis of gebeurtenissen als waarop de reeds ingestelde collectieve vordering betrekking heeft, maar dat de (initiële) termijn van drie maanden niet volstaat (art. 1018d lid 2 Rv). RCJ had in oktober 2021 haar dagvaarding aan Apple ingeschreven in het centraal register. De rechtbank verlengde de dagvaardingstermijn op verzoek van ASC met drie maanden tot 4 april 2022, waarop ASC op 1 april 2022 Apple – op tijd – dagvaardde. CCC bracht de dagvaarding uit op 31 maart 2022 en was, zo betoogt CCC, dus ook op tijd. CCC werd echter niet-ontvankelijk verklaard door de rechtbank, omdat zij zelf geen termijnverlenging had gevraagd.

De rechtbank overwoog daartoe dat de collectieve vordering van CCC een collectieve vordering is voor dezelfde gebeurtenis(sen) als waarop de reeds ingestelde collectieve vordering van RCJ betrekking heeft, en dat CCC haar dagvaarding niet binnen de initiële driemaandentermijn van artikel 1018d lid 1 Rv heeft uitgebracht, noch om verlenging van die termijn heeft verzocht op de voet van artikel 1018d lid 2 Rv.⁸⁹ CCC stelde hiertegen sprongcassatie in. Het betoog van CCC komt erop neer dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de termijnverlenging van artikel 1018d lid 2 Rv geen algemene werking heeft.⁹⁰

Advocaat-generaal Wissink concludeert anders. Op basis van een uitvoerige behandeling van de wetsgeschiedenis van de regeling over de termijnverlenging betoogt Wissink dat de in artikel 1018 lid 2 Rv geregelde verlenging niet vanzelfsprekend is. Volgens Wissink gaat het bij de termijnverlenging om een discretionaire bevoegdheid van de rechter en wordt de beslissing genomen op grond van de dan bekende feiten en omstandigheden. Bij dit wettelijk systeem past niet, aldus Wissink, dat (ook) een ten tijde van de beslissing nog niet in de procedure bekende (en in dit geval zelfs nog niet bestaande) belangenorganisatie zou

⁸⁸ Zoals bedoeld in art. 3:305a lid 7 BW.

⁸⁹ Rb. Amsterdam 18 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5310, r.o. 5.24.

⁹⁰ Rb. Amsterdam 18 augustus 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:5310, r.o. 5.18-5.22.



mogen dagvaarden binnen de ten behoeve van een *andere* belangenorganisatie op de voet van artikel 1018d lid 2 Rv verlengde termijn.⁹¹ Wissink meent, net als de rechtbank en anders dan CCC, dat uit de wetsgeschiedenis niet kan worden opgemaakt dat het de uitdrukkelijke bedoeling is geweest van de wetgever om algemene werking toe te kennen aan de termijnverlenging. Dat andere organisaties kunnen meeliften op de verlenging die door één andere organisatie is aangevraagd, volgt naar de mening van Wissink bovendien ook niet uit de letterlijke tekst van de wet.⁹² Ook in de overige argumenten die CCC heeft aangevoerd⁹³ ziet Wissink geen reden om de algemene werking van de verlengingstermijn aan te nemen. Wissink concludeert tot afwijzing van het betoog van CCC.⁹⁴

Standalone zaken

Google Ads: platformregels en mededingingsmisbruik

In een kort geding voor de rechtbank Amsterdam vorderde *Vignette & Visa (V&V)* dat *Google* op straffe van een dwangsom zou worden gelast de bestaande en toekomstige *Google*-accounts van V&V niet langer op te schorten vanwege een vermeende schending van het *Google Ads*-beleid.⁹⁵ V&V was medio 2023 gestart met het online aanbieden van digitale tolvignetten voor (Oost-)Europese landen aan afnemers in Nederland en daarbuiten. *Google* levert via zijn Europese dochteronderneming advertentiediensten onder de naam *Google Ads*, een platform waar klanten na acceptatie van de Advertentievoorwaarden en de *Google Ads* Policies advertenties kunnen plaatsen die tegen betaling bovenaan zoekresultaten verschijnen. In de *Google Ads* Policies is onder meer bepaald dat alleen gecertificeerde overheden en geautoriseerde leveranciers overheidsdocumenten of -services (zoals elektronische tolvignetten) mogen promoten. Bij overtreding kan *Google* advertenties afwijzen en accounts opschorten. Op 2 augustus 2023 ontving V&V een bericht dat haar advertenties in strijd waren met het beleid inzake 'Overheidsdocumenten en -services'. Op 22 augustus 2023 volgde een mededeling van *Google* dat het account van V&V was opgeschort op grond van het beleid

⁹¹ Concl. A-G 8 november 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1190, punt 5.19.

⁹² Concl. A-G 8 november 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1190, punt 5.20-5.21.

⁹³ Kort gezegd: (1) een beroep op efficiëntie, (2) het betoog dat het verlenen van termijnverlenging aan CCC niet leidt tot aanvullende vertraging, (3) het betoog dat een grotere groep eisende partijen de kans vergroot dat de rechter de geschiktste partij als exclusieve belangenbehartiger kan aanwijzen, (4) het betoog dat de functie en inhoud van het centraal register een algemene werking met zich brengen en (5) het betoog dat het niet toekennen van algemene werking aan een termijnverlenging tot gevolg heeft dat de rechter wordt 'overladen' met separate verzoeken tot verlenging van de driemaandentermijn, die de rechter afzonderlijk zal moeten beoordelen (zie r.o. 5.30-5.36.2).

⁹⁴ Wissink concludeert tot vernietiging van het vonnis voor zover het betreft de veroordeling van CCC in de proceskosten, een onderwerp dat buiten het bestek van de behandeling van de conclusie in deze kroniek valt.

⁹⁵ Rb. Amsterdam 30 april 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:3096 (*Vignette & Visa*), r.o. 3.1.



‘Systemen omzeilen’, wat kortweg inhoudt dat men de advertentiesystemen en -processen van Google niet mag ontduiken of verstoren. Nadat V&V hiertegen tevergeefs bezwaar had gemaakt, liet Google op 15 december 2023 weten dat het account van V&V opnieuw in strijd was met het Google Ads-beleid en dat nieuwe accounts van V&V ook zouden worden opgeschort. V&V stelde in kort geding dat Google onrechtmatig handelde door haar dienstverlening te staken en dat Google daarbij misbruik maakte van haar economische machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU en artikel 24 Mededingingswet (Mw). Volgens V&V heeft Google een machtspositie op de relevante markt voor online advertentiediensten, is Google aangemerkt als ‘poortwachter’ in de zin van artikel 3 Verordening (EU) 2022/1925⁹⁶ en behoort het bedrijf zich daarom te onthouden van misbruik van die positie. V&V voerde ook aan dat Google ongelijk en discriminerend handelde, omdat een vergelijkbaar Duits bedrijf (Barely Digital) volgens V&V in Duitsland wél mocht adverteren, waardoor V&V van de markt zou worden afgesneden.⁹⁷

De rechtbank wees de vordering af. Uitgangspunt is volgens de voorzieningenrechter dat een online dienstverlener als Google in beginsel vrij is te bepalen welke inhoud wordt toegelaten op het eigen platform. Ook zag de rechtbank in kort geding geen reden om aan te nemen dat Google in strijd met het mededingingsrecht handelde, onder meer omdat een ongelijke behandeling niet aannemelijk werd geacht:⁹⁸ Google past het verbod op promotie van overheidsdocumenten in beginsel op alle adverteerders in dezelfde situatie toe. Dat Barely Digital mocht dooradverteren berustte op een voorlopig oordeel van een Duitse rechter, waarmee geen sprake was van een gelijke situatie.⁹⁹ Verder overwoog de rechtbank dat de Google Ads Policies er mede toe strekken consumenten te beschermen tegen de indruk dat zij met een officieel geautoriseerde partij te maken hebben, wat bij niet-gecertificeerde aanbieders van (overheids)documenten verwarrend kan werken. In dit verband lag het volgens de rechtbank voor de hand dat de wijze waarop V&V tolvignetten aanbood voor sommige consumenten misleidend kon zijn. Al met al oordeelde de voorzieningenrechter dat er, mede bij gebreke aan een uitvoerige mededingingsanalyse, geen grond bestond om Google te verplichten de advertenties van V&V toe te laten of het account te herstellen. Google mocht de accounts van V&V dan ook blijven opschorten zolang daar op grond van het Google Ads-beleid aanleiding voor bestond. De rechter

⁹⁶ Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitaalemarktenverordening) (*PbEU* 2022, L 265/1-66).

⁹⁷ *Vignette & Visa*, r.o. 3.3.

⁹⁸ *Vignette & Visa*, r.o. 4.8-4.10.

⁹⁹ *Vignette & Visa*, r.o. 4.9.



achtte een uitgebreid onderzoek naar mogelijk mededingingsmisbruik een kwestie voor een bodemprocedure.

Cycling Service: geen mededingingsbeperkingen in de wielersport

In *Cycling Service* oordeelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch in het hoger beroep van Cycling Service c.s. dat het besluit van de Union Cycliste Internationale (UCI) en Cyclistes Professionels Associés (CPA) om het innen en verdelen van prijzengeld in de professionele wielersport te centraliseren via een verplicht te gebruiken Central Prize Management Platform (CPM-platform) niet in strijd is met artikel 101 en 102 VWEU.¹⁰⁰ Naar aanleiding van klachten over de wijze waarop prijzen werden uitgekeerd binnen de professionele wielersport liet UCI, de wereldwijde belangenorganisatie voor de wielersport, een onderzoek doen naar verbeteringen van het (toen) bestaande prijzenmanagementstelsel.¹⁰¹ Een aanbeveling, voortvloeiende uit dat onderzoek, was om het innen en verdelen van prijzengelden via een door een onafhankelijke partij aangeboden verplicht centraal platform te laten verlopen,¹⁰² waarna UCI aan CPA (als belangenbehartiger van professionele wielrenners) verzocht een voorstel te doen voor een centraal platform dat door een onafhankelijke partij zou worden aangeboden. CPA voerde gesprekken met onder meer het Nederlandse Cycling Service (dat zelf een platform genaamd Cyclotivity aanbiedt) en de Franse onderneming Matsport. Het voorstel van Cycling Service hield in dat het gebruik van Cyclotivity verplicht zou worden gesteld als centraal platform, maar CPA besloot uiteindelijk in zee te gaan met Matsport, waardoor het CPM-platform voortaan voor alle ploegen, renners en wedstrijdorganisaties verplicht zou zijn. Cycling Service c.s. stelde in hoger beroep dat het besluit ertoe leidde dat zij bepaalde taken niet langer rendabel kon uitvoeren en meende dat hiermee het kartelverbod (art. 101 lid 1 VWEU) en het verbod op misbruik van machtspositie (art. 102 VWEU) waren overtreden. Het gerechtshof oordeelde echter dat er geen sprake was van een mededingingsbeperking naar strekking: het louter verplicht voorschrijven van een bepaald platform betekent niet automatisch dat het besluit een mededingingsbeperkende strekking heeft, zeker niet nu de UCI via een tender concurrentie om de markt had georganiseerd.¹⁰³ Een andersluidende opvatting stond naar het oordeel van het gerechtshof op gespannen voet met het door het Hof van Justitie geformuleerde uitgangspunt dat het begrip mededingingsbeperkende strekking restrictief

¹⁰⁰ Hof 's-Hertogenbosch 12 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:919 (*Cycling Service c.s.*), r.o. 3.10-3.18.3.

¹⁰¹ *Cycling Service c.s.*, r.o. 3.1.7.

¹⁰² *Cycling Service c.s.*, r.o. 3.1.9.

¹⁰³ *Cycling Service c.s.*, r.o. 3.15.



moet worden uitgelegd.¹⁰⁴ Bovendien voldeed Cycling Service c.s. volgens het gerechtshof niet aan haar stelplicht en bewijslast om via een marktanalyse aannemelijk te maken dat de gevolgen van het besluit wel degelijk mededingingsbeperkend waren, waardoor ook de beoordeling van eventueel misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU niet mogelijk was.¹⁰⁵ Het gerechtshof zag bovendien geen enkele aanwijzing dat CPA rooftprijzen (in de zin van art. 102 VWEU) hanteerde.¹⁰⁶

Geneesmiddelen: parallelimport en de grenzen van gezamenlijke inkoop

Op 16 april 2024 oordeelde het gerechtshof Den Haag dat de gedragingen van zorgverzekeraar *Zilveren Kruis*, de fabrikant van het geneesmiddel *Imbruvica*, en diverse ziekenhuizen niet in strijd zijn met het kartelverbod, ondanks de bezwaren van geneesmiddelengroothandel *Eureco-Pharma*.¹⁰⁷ *Imbruvica* is een intramuraal geneesmiddel voor de behandeling van leukemie en lymfeklierkanker, dat de fabrikant rechtstreeks aan Nederlandse ziekenhuizen verkoopt. Parallelimporteur *Eureco-Pharma* koopt het middel in andere lidstaten in en levert het eveneens aan ziekenhuizen. Deze ziekenhuizen declareren bij hun zorgverzekeraar doorgaans de apothekersinkoopprijs (AIP) als maximale vergoeding, zodat eventuele prijsvoordelen door lagere inkoopafspraken ten goede komen aan de ziekenhuizen.

In 2019 sloten *Zilveren Kruis* en andere verzekeraars een raamovereenkomst met de fabrikant van *Imbruvica*, waarbij ziekenhuizen het middel zonder afslag op de AIP konden declareren, mits zij het rechtstreeks bij de fabrikant inkochten. Als ziekenhuizen *Imbruvica* via een andere partij betrokken, paste *Zilveren Kruis* in 2020 en 2021 aanzienlijke afslagen toe (49% in 2020 en later 7% of 17%, afhankelijk van de toedieningsvorm). Andere zorgverzekeraars hanteerden eveneens afslagen, maar in wisselende percentages. Hierdoor werd het voor ziekenhuizen financieel minder aantrekkelijk om via parallelimporteur *Eureco-Pharma* in te kopen; haar marktaandeel daalde van 60-70% naar vrijwel nul, terwijl dat van de fabrikant naar 100% steeg.

Eureco-Pharma voerde daarop aan dat (1) de raamovereenkomst een verboden overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging (oafg) vormde tussen de zorgverzekeraars (en de fabrikant), en (2) er daarnaast sprake was van verboden verticale

¹⁰⁴ *Cycling Service c.s.*, r.o. 3.15.

¹⁰⁵ *Cycling Service c.s.*, r.o. 3.16.3-3.16.4.

¹⁰⁶ *Cycling Service c.s.*, r.o. 3.18.3.

¹⁰⁷ Hof Den Haag 16 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:608 (*Eureco-Pharma*).



afspraken tussen Zilveren Kruis en de ziekenhuizen. Het gerechtshof maakte echter onderscheid tussen de gezamenlijk met de fabrikant uitonderhandelde korting op basis van nacalculatie, die volgens de ‘ACM-Leidraad gezamenlijke inkoop geneesmiddelen’ op zichzelf toelaatbaar kan zijn, en het afslagenbeleid van de verzekeraars. Voor de stelling dat zorgverzekeraars onderling afspraken hadden gemaakt over het toepassen van afslagen als ziekenhuizen niet rechtstreeks bij de fabrikant inkochten, zag het gerechtshof te weinig concrete aanwijzingen. Elke verzekeraar had immers een eigen belang in het toekennen van een afslag, en de hoogte ervan verschilde per verzekeraar. Het enkele feit dat meerdere verzekeraars afslagen toepasten, maakte nog niet dat zij dit onderling hadden afgestemd.¹⁰⁸ Ook de bewering dat een verticale overeenkomst of oafg bestond tussen Zilveren Kruis en de ziekenhuizen werd door het gerechtshof verworpen. Hoewel Zilveren Kruis de afspraken met ziekenhuizen eenzijdig veranderde door het afslagenbeleid door te voeren, was er hiervoor geen expliciete of impliciete instemming van de ziekenhuizen, terwijl die juist geen voordeel bij de afslagen hadden en hun onvrede ook kenbaar maakten. Dat de ziekenhuizen uiteindelijk overstapten op rechtstreekse inkoop bij de fabrikant, vormde volgens het gerechtshof onvoldoende grond om te concluderen dat sprake was van een onderlinge overeenstemming of afgestemde feitelijke gedraging, aangezien er geen aanwijzingen waren dat de ziekenhuizen hiermee uitdrukkelijk of stilzwijgend hebben ingestemd (zoals nodig zou zijn om te kwalificeren als een overeenkomst in de zin van art. 101 VWEU).¹⁰⁹ Daarmee besloot het gerechtshof dat het beleid van de zorgverzekeraars rond Imbruvica niet in strijd komt met artikel 101 VWEU of andere mededingingsrechtelijke bepalingen.¹¹⁰

Buma/Stemra: Hoge Raad scherpt grenzen prijsdiscriminatie aan

In *Buma/Stemra* stond de vraag centraal of het hanteren van een verschillend tarief voor licenties voor het beschikbaar stellen van muziek voor aanbieders voor bedrijfsmatig gebruik en voor streamingsdiensten een nadeel bij mededinging constitueert in de zin van artikel 102 onder c VWEU.¹¹¹

De leden van de belangenorganisatie Associated Business Music Distributors (ABMD) verschaffen achtergrondmuziek aan onder meer horecagelegenheden, winkels en sportscholen en betalen hiervoor aan Buma/Stemra een hoger tarief dan streamingdiensten

¹⁰⁸ *Eureco-Pharma*, r.o. 6.21-6.24.

¹⁰⁹ *Eureco-Pharma*, r.o. 6.25-6.27.

¹¹⁰ *Eureco-Pharma*, r.o. 6.28.

¹¹¹ HR 1 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:300 (*Buma/Stemra*), r.o. 3.2.2.



zoals Spotify, die licenties voor privégebruik aanbieden. Volgens ABMD c.s. leidde dit tot een ongelijk speelveld, vooral omdat sommige bedrijven in de praktijk privéabbonnementen commercieel inzetten en Buma/Stemra daartegen niet handhavend optrad. Het gerechtshof Amsterdam stelde ABMD c.s. in het gelijk en oordeelde dat Buma/Stemra zich schuldig maakte aan misbruik van haar machtspositie in de zin van artikel 102 onder c VWEU.¹¹² Dat die ongelijkheid een gevolg was van onvoorzien gedrag van derden was volgens het gerechtshof niet relevant.¹¹³ Ook het argument van Buma/Stemra dat zij niet tot doel heeft gehad de concurrentiepositie van de ABMD-leden te verslechteren hield geen stand; voldoende was dat Buma/Stemra de 'reële kans voor lief heeft genomen dat haar opstelling tot voorzienbaar nadeel van de ABMD-leden zou leiden'.¹¹⁴ Dat was een vergaande overweging van het gerechtshof, waarmee de bijzondere verantwoordelijkheid die collectieve beheersorganisaties hebben behoorlijk werd opgerekt.

In cassatie komt de Hoge Raad tot een ander oordeel dan het gerechtshof. De Hoge Raad benadrukte dat, alvorens kan worden geconcludeerd tot prijsdiscriminatie in de zin van artikel 102 onder c VWEU, moet worden onderzocht of er daadwerkelijk sprake is van een concurrentienadeel.¹¹⁵ Hierbij verwees de Hoge Raad naar rechtspraak van het Hof van Justitie, die vereist dat alle relevante omstandigheden van het concrete geval worden betrokken. Zo moet uit een analyse blijken dat de prijsdiscriminatie van invloed is op de kostenstructuur, de marges of andere essentiële belangen van de benadeelde partij, en dat die gevolgen zich vertalen in een daadwerkelijke aantasting van de concurrentiepositie. Het enkele feit dat ABMD-leden mogelijk nadeel ondervinden in hun concurrentie met streamingdiensten, vormt volgens de Hoge Raad onvoldoende bewijs dat de prijsdiscriminatie in deze zaak daadwerkelijk leidt tot een concurrentienadeel. Het enkele aannemen dat het voor de hand zou liggen dat de ABMD en haar leden van de ongelijke behandeling nadeel kunnen ondervinden in hun concurrentie met afnemers waarvan Buma/Stemra deze vergoeding niet verlangde (dat wil zeggen de streamingsdiensten) is onvoldoende, aldus de Hoge Raad. De concrete invloed van de prijsongelijkheid op de concurrentiepositie van de (afzonderlijke) aanbieders had moeten worden beoordeeld. Omdat het gerechtshof niet alle omstandigheden in kaart had gebracht, vernietigde de Hoge Raad het arrest en verwees hij de zaak terug voor nadere beoordeling.¹¹⁶ De auteurs

¹¹² Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1512 (*ABMD/Buma/Stemra*).

¹¹³ Hof Amsterdam, *ABMD/Buma/Stemra*, r.o. 2.2.8.

¹¹⁴ Hof Amsterdam, *ABMD/Buma/Stemra*, r.o. 2.2.13.

¹¹⁵ HR, *Buma/Stemra*, r.o. 3.1.2.

¹¹⁶ HR, *Buma/Stemra*, r.o. 3.2.3.



verwijzen graag nog naar de zeer lezenswaardige annotatie van Paul Kreijger onder dit arrest.¹¹⁷

Elektrotrekkers: keuringsregels en markttoegang

In *Elektrotrekkers* oordeelt het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep dat Royal FloraHolland (RFH) niet in strijd handelt met artikel 6 lid 1 en artikel 24 lid 1 Mw door de jaarlijkse keuring van de elektrotrekkers die op haar terreinen worden gebruikt uit te besteden aan één derde in plaats van ook aan andere partijen.¹¹⁸

Appellanten (ATT c.s.) gebruiken deze elektrotrekkers voor hun bedrijfsactiviteiten op de terreinen van RFH en betoogden dat deze keuringsregeling een erkenningsregeling vormt, wat in deze omstandigheden volgens hen neer zou komen op een mededingingsbeperking ‘naar strekking’ in de zin van artikel 6 Mw. Ook zouden de effecten ervan concurrentiebelemmerend zijn, omdat alleen Motrac de RFH-keuring mocht verrichten. Daarnaast voerden ATT c.s. aan dat RFH een machtspositie heeft op de markt voor het faciliteren van de handel in sierteeltproducten en van die positie misbruik maakt door Motrac als enige keurende partij aan te wijzen (marktafscherming) en onbillijke voorwaarden op te leggen.¹¹⁹

Het gerechtshof ging niet mee in deze redenering. Ten eerste is de keuringsregeling volgens het gerechtshof geen erkenningsregeling in de zin van de ‘ACM-Leidraad Samenwerking tussen concurrenten’, omdat het hier gaat om een toelatingsvoorwaarde die RFH stelt aan gebruikers van haar terrein, zonder dat zij concurrenten op onterechte gronden uitsluit.¹²⁰ Verder had ATT c.s. niet aannemelijk gemaakt dat Motrac feitelijk over exclusiviteit beschikt. RFH behoudt zich immers het recht voor om meerdere keuringsinstanties aan te stellen, ook al kiest zij er voorlopig voor slechts één partij in te schakelen. Daarbij overwoog het gerechtshof dat de door ATT c.s. gestelde marktpositie van RFH onvoldoende was onderbouwd, en dat er voorshands geen marktafschermende werking uitgaat van het aanstellen van één partij als keuringsinstantie. Ook zag het gerechtshof geen misbruik in de vorm van onbillijke voorwaarden. De appellanten (ATT c.s.) hadden weliswaar betoogd dat het verplicht afnemen van de door RFH aangewezen ‘RFH-keuring’ een onredelijke voorwaarde is, maar volgens het gerechtshof hebben zij niet concreet onderbouwd dat de

¹¹⁷ P. Kreijger, ‘Gelijke behandeling in de polder. HR 1 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:300’, *M&M* 2024 afl. 3, p. 134-139.

¹¹⁸ Hof Amsterdam 30 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2116 (*Elektrotrekkers*), r.o. 5.11., 5.17.

¹¹⁹ *Elektrotrekkers*, r.o. 5.12.

¹²⁰ *Elektrotrekkers*, r.o. 5.9.

voorwaarde geen redelijke verhouding heeft tot de economische waarde van de door RFH geleverde prestatie. Het gerechtshof woog daarbij mee dat RFH met de verplichte keuring beoogt de veiligheid en kwaliteit van de gebruikte elektrotrekkers op haar terrein te waarborgen.¹²¹ De enkele omstandigheid dat het mogelijk zou zijn geweest om meerdere keuringsinstanties in te schakelen, maakt volgens het gerechtshof niet dat een eenpartijsysteem automatisch disproportioneel is. Er was bovendien onvoldoende bewijs dat de keuringstarieven buitensporig hoog zouden zijn: ATT c.s. had geen gegevens verstrekt die aantoonde dat het tarief niet in lijn lag met de reële kosten of dat het de exploitatie van de elektrotrekkers onredelijk zou bemoeilijken. Het gerechtshof concludeerde daarom dat er vooralsnog geen sprake is van een onbillijke voorwaarde in de zin van artikel 24 lid 1 Mw en evenmin van een inbreuk op artikel 6 lid 1 Mw.¹²²

Bencis en Meneba: één onderneming, gezamenlijke verantwoordelijkheid

Bencis (een investeringsmaatschappij) heeft via haar fondsen indirect aandelen gehouden in *Meneba* (nu *Dossche*), een producent van meel en meelproducten. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) heeft boetes opgelegd wegens deelname aan een meelkartel; eerst aan *Meneba* en, in een later stadium, aan *Bencis* zelf. Volgens de ACM maakte *Bencis* in dezelfde periode deel uit van dezelfde ‘onderneming’ als *Meneba* en was dus evenzeer verantwoordelijk voor de kartelinbreuk. *Bencis* heeft *Meneba* vervolgens in een civiele procedure aansprakelijk gesteld voor de schade die zij (*Bencis*) stelt te hebben geleden door de aan haar opgelegde boete. De rechtbank Rotterdam oordeelde echter dat *Bencis* op grond van het Unierecht zélf als inbreukmaker geldt, en dat *Meneba* niet onrechtmatig jegens *Bencis* heeft gehandeld. *Bencis* stelde hoger beroep in tegen deze uitspraak bij het gerechtshof Den Haag.

Het gerechtshof bekrachtigt echter het oordeel van de rechtbank. Het gerechtshof wijst erop dat het Unierechtelijke ondernemingsbegrip impliceert dat een moedermaatschappij kan worden beboet als zij tijdens de inbreukperiode beslissende invloed uitoefende op de dochter. Daarmee vormen moeder en dochter ‘één onderneming’ in de zin van het mededingingsrecht. Omdat *Bencis* en *Meneba* samen de inbreuk hebben begaan, kan *Bencis* niet stellen dat het uitsluitend *Meneba*’s onrechtmatige daad is. Ook een beroep op ongerechtvaardigde verrijking faalt, omdat in de onderlinge verhouding niet kan worden gezegd dat *Meneba* ten koste van *Bencis* is verrijkt: beide vennootschappen zijn in twee

¹²¹ *Elektrotrekkers*, r.o. 5.10

¹²² *Elektrotrekkers*, r.o. 5.16.



aparte sanctiebesluiten elk beboet tot het wettelijk maximum van 10% van de eigen omzet en dragen daarmee zelf de verantwoordelijkheid voor een inbreuk van de gezamenlijke onderneming. Het gerechtshof bevestigt daarom dat Bencis geen regres of schadevergoeding kan vorderen van Meneba (nu Dossche).

Non-concurrentiebedingen: ruimte voor redelijkheid en context

Twee uitspraken in deze kroniekperiode betroffen *non-concurrentiebedingen* en de vraag of deze (per definitie) in strijd waren met het mededingingsrecht en daardoor nietig zouden zijn.

In *Tenten/Shelters* (bodemzaak) stond voor de rechtbank Oost-Brabant de geldigheid van een non-concurrentiebeding centraal dat was overeengekomen tussen eiseres (enige aandeelhouder van [A], een onderneming die maatwerkoplossingen op het gebied van tenten en shelters aanbiedt), en gedaagden (oud-aandeelhouders van [A], die inmiddels een eigen ‘tentenimperium’ runnen vanuit meerdere landen, waaronder Nederland, België, de Verenigde Staten en Polen).¹²³ Eiseres verweet gedaagden dat zij het non-concurrentiebeding meermalen hadden geschonden. Gedaagden voerden daarentegen primair aan dat het beding nietig is op grond van artikel 6 Mw, omdat sprake zou zijn van een mededingingsbeperking ‘naar strekking’.¹²⁴ Subsidiair stelden zij dat het beding hoe dan ook een merkbare beperking van de mededinging teweegbrengt.

De rechtbank benadrukte dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat bepaalde afspraken ‘naar hun aard’ zo schadelijk zijn voor de concurrentie, dat de gevolgen ervan niet meer behoeven te worden onderzocht.¹²⁵ In zulke gevallen kan er sprake zijn van een strekkingsbeperking, die automatisch een merkbare beperking vormt. De rechtbank verwijst daarbij naar uitspraken van Hof van Justitie en de Hoge Raad die deze lijn onderschrijven. Tegelijkertijd geeft de Hof van Justitie-jurisprudentie aan dat niet elke afspraak – ook al lijkt die in abstracto concurrentiebeperkend – zonder meer als strekkingsbeperking kan worden bestempeld. Er moet worden gekeken naar de economische en juridische context: wanneer uit die context niet blijkt dat de afspraak

¹²³ Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:4700 (*Tenten/Shelters*), r.o. 2.1, 5.3.

¹²⁴ *Tenten/Shelters*, r.o. 5.3.1.

¹²⁵ Zie bijv. HvJ EU 13 oktober 2011, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649 (*Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*), r.o. 39; HvJ EU 14 maart 2013, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160 (*Allianz*), r.o. 34, eerste volzin.



‘klaarblijkelijk’ (evident) de concurrentie negatief beïnvloedt, zal een verdergaande beoordeling nodig zijn.¹²⁶

In lijn met deze benadering oordeelde de rechtbank dat gedaagden niet konden volstaan met de enkele constatering dat sprake was van een non-concurrentiebeding. Hoewel dergelijke bedingen in de kern een potentiële beperking van de concurrentie inhouden, volgt uit de jurisprudentie (waaronder arresten als *Cartes Bancaires*)¹²⁷ dat enkel de abstracte aard van een afspraak niet genoeg is om deze als ‘by object’ te bestempelen. Het is noodzakelijk te toetsen hoe het beding is ingebed in de feitelijke marktsituatie en of het in zijn concrete uitwerking daadwerkelijk mededingingsbeperkend is, bijvoorbeeld door een markt of een aanzienlijk deel daarvan af te schermen. Met name in gevallen waarin een non-concurrentiebeding onderdeel uitmaakt van een overname-, aandelen- of samenwerkingsovereenkomst, kan de beschermingsbehoefte (zoals het voorkomen dat de waarde van de onderneming direct wordt ondermijnd) een rechtvaardiging vormen, mits het beding qua duur, geografische reikwijdte en inhoud beperkt blijft tot wat redelijk is.¹²⁸ De rechtbank stelde vast dat gedaagden onvoldoende feiten en omstandigheden hadden aangevoerd om te onderbouwen dat dit non-concurrentiebeding ‘zonder meer’ schadelijk was voor de marktwerking. Evenmin konden zij hun subsidiaire standpunt dat sprake zou zijn van een ‘merkbare beperking’ voldoende onderbouwen met concrete marktgegevens of een analyse van de omvang van de concurrentie. De enkele verwijzing naar de aard van het beding en het gegeven dat partijen in dezelfde branche opereren, achtte de rechtbank onvoldoende.¹²⁹

De rechtbank concludeerde daarom dat het non-concurrentiebeding niet als nietig kon worden aangemerkt op grond van artikel 6 Mw. Eiseres kon zich blijven beroepen op de geldigheid van de afspraak. Wel hield de rechtbank een slag om de arm door te benadrukken dat bij een andere feitelijke onderbouwing of in een ander procedureel stadium een ander oordeel niet uitgesloten is. Voor nu was echter niet vast komen te staan dat sprake was van een strekkingsbeperking dan wel een merkbare beperking in de zin van de Mededingingswet.¹³⁰

¹²⁶ *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, r.o. 35; *Allianz*, r.o. 36; Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:4700 (*Tenten/Shelters*), r.o. 5.5.1.

¹²⁷ HvJ EU 11 september 2014, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Groupement des cartes bancaires*), r.o. 48-54.

¹²⁸ Rb. Oost-Brabant 9 oktober 2024, ECLI:NL:RBOBR:2024:4700 (*Tenten/Shelters*), r.o. 5.5.2.-5.5.3.

¹²⁹ *Tenten/Shelters*, r.o. 5.5.3.

¹³⁰ *Tenten/shelters*, r.o. 5.5.3.

In *Kaakchirurgen* ging het om een non-concurrentiebeding opgenomen in het maatschapsverband van de betreffende chirurgische praktijken en een nader overeengekomen vaststellingsovereenkomst tussen eiseres en gedaagden.¹³¹

Deze zaak draaide om de geldigheid van een non-concurrentiebeding in zowel de maatschapsakte als een latere vaststellingsovereenkomst tussen eiseres en gedaagden. Eiseres en gedaagden werkten samen in twee maatschappen van MKA-chirurgische praktijken. De maatschapsakte bepaalde dat een uittredende MKA-chirurg zich gedurende vijf jaar niet opnieuw binnen een straal van 25 kilometer mocht vestigen, op straffe van een boete. Later werd in een vaststellingsovereenkomst afgesproken om die periode terug te brengen naar drie jaar, afwijkend van de oorspronkelijke vijf jaar. Eiseres betoogde dat deze afspraak, net als het oorspronkelijke beding in de maatschapsakte, nietig was wegens strijd met artikel 6 Mw. Bovendien beriep zij zich op de ‘Mededeling van de Europese Commissie over nevenrestricties’, stellende dat een postcontractueel non-concurrentiebeding in principe tot maximaal twee jaar moet worden beperkt als alleen *goodwill* wordt overgedragen en geen *knowhow*.¹³²

Anders dan in de zaak *Tenten/Shelters*, die zich afspeelde in een bodemprocedure, betrof dit geschil een kort geding, waardoor de rechtbank Gelderland eerst voorshands moest beoordelen of er al voldoende grond was om een nietigheid wegens strijd met artikel 6 Mw aan te nemen. De voorzieningenrechter benadrukte dat de partij die stelt dat een bepaalde afspraak in strijd is met het mededingingsrecht, de benodigde relevante (economische) feiten en omstandigheden moet aanvoeren. In dat kader stelde de rechtbank dat het uitgangspunt is dat degene die zich op het standpunt stelt dat een ander in strijd met het mededingingsrecht handelt, dit dient te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden, zoals marktafbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijk functioneren van de relevante markt(en) en het effect daarop van de gestelde inbreuk door de gedaagden, opdat een voldoende adequaat en gefundeerd (economisch) partijdebat en daaropvolgend rechterlijk oordeel mogelijk wordt gemaakt.¹³³

De rechtbank oordeelde dat eiseres in deze zaak niet aan die onderbouwingsplicht voldeed. De enkele stelling dat geen *knowhow* was overgedragen en dat de duur van drie jaar (in plaats van twee) dus in strijd zou zijn met de Europese nevenrestrictieregels, was

¹³¹ Rb. Gelderland 5 december 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:8608 (*Kaakchirurgen*), r.o. 2.1.-2.14.

¹³² *Kaakchirurgen*, r.o. 4.6.

¹³³ *Kaakchirurgen*, r.o. 4.8.-4.9.



onvoldoende om aan te tonen dat het non-concurrentiebeding een ontoelaatbare beperking van de mededinging vormde. Er werd geen concreet marktonderzoek overgelegd waaruit zou kunnen volgen dat de positie van concurrenten daadwerkelijk of merkbaar wordt beperkt door dit beding. Daarom verwierp de rechtbank het beroep op artikel 6 Mw en oordeelde zij dat in het bestek van dit kort geding niet aannemelijk was geworden dat het non-concurrentiebeding nietig zou zijn.¹³⁴

HP-printers: selectieve distributie onder de loep

In een bodemprocedure bij de rechtbank Amsterdam heeft de rechtbank op 18 december 2024 in een tussenvonnis geoordeeld over de vraag of het *selectieve distributiestelsel van HP* voor printers en cartridges in strijd is met het mededingingsrecht.¹³⁵ 123inkt stelde zich op het standpunt dat dit stelsel in strijd is met het kartelverbod van artikel 101 lid 1 VWEU, onder meer omdat HP detailhandelaars alleen als ‘Authorized Partners’ in haar distributienetwerk toelaat en hun enkele verplichtingen oplegt over de wijze waarop HP-producten en huismerkproducten worden aangeboden. Volgens 123inkt zouden deze restricties niets te maken hebben met de producteigenschappen van printers en cartridges, terwijl HP daarmee in werkelijkheid de concurrentie door huismerken probeert te onderdrukken. HP voerde daartegen aan dat haar stelsel voldoet aan de criteria voor selectieve distributie (de zogenoemde Metro-criteria) en dus buiten het verbod van artikel 101 lid 1 VWEU valt. Subsidiar deed HP een beroep op de groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten en op een individuele vrijstelling volgens artikel 101 lid 3 VWEU. De rechtbank besliste dat het selectieve distributiestelsel van HP niet aan de Metro-criteria voldoet, omdat de producten van HP (printers en cartridges) geen eigenschappen hebben die een selectief netwerk ‘noodzakelijk’ zouden maken, zoals vereist volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie.¹³⁶ De rechtbank overweegt dat de printers en cartridges van HP geen hoogkwalitatieve of hoogtechnologische producten of luxeproducten zijn of producten die anderszins tot selectieve distributie nopen. De cartridges zijn slecht ‘containers van inkt of inktpoeder die al decennia op de markt verkrijgbaar zijn’.¹³⁷ Het gevolg is dat het stelsel binnen het bereik van artikel 101 lid 1 VWEU valt en dus een verboden beperking van de mededinging kan vormen. Bij de daaropvolgende vraag of de groepsvrijstelling toepassing vindt, oordeelde de rechtbank

¹³⁴ *Kaakchirurgen*, r.o. 4.9.

¹³⁵ Rb. Amsterdam, 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7935.

¹³⁶ Rb. Amsterdam 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7935, r.o. 5.26-5.28; HvJ EG 25 oktober 1977, C-26/76, ECLI:EU:C:1977:167 (*Metro/Commissie*).

¹³⁷ Rb. Amsterdam 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7935, r.o. 5.26.

dat niet kan worden vastgesteld dat HP's marktaandeel onder de 30% ligt. HP kan dus niet zonder meer profiteren van de groepsvrijstelling.¹³⁸ De rechtbank liet wel open of het selectieve distributiestelsel een individuele vrijstelling (art. 101 lid 3 VWEU) kan krijgen; de rechtbank stelde dat HP daarover nog onvoldoende had uitgelegd hoe en waarom de restricties in het stelsel onmisbaar zijn en of de voordelen ervan de mededingingsbeperking voldoende compenseren. HP krijgt daarom de kans zich hierover nader uit te laten, waarna 123inkt zal kunnen reageren.¹³⁹ De rechtbank heeft de beslissing hierover aangehouden. Daarnaast had 123inkt aangevoerd dat HP met dit stelsel misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. De rechtbank herhaalde echter haar eerdere oordeel uit een vorige zaak dat HP niet beschikt over een economische machtspositie op de markt voor HP-printers en -cartridges.¹⁴⁰ Uit dat vonnis volgde dat de aanwezigheid van goedkopere huismerkcartridges voor HP-printers, zoals die van 123inkt, nog steeds een voldoende prijsdruk uitoefent om te voorkomen dat HP zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten en afnemers kan gedragen.¹⁴¹ De tweede vordering van 123inkt wordt dus verworpen.

Halffabricaten: commercieel geschil zonder mededingingsrechtelijke grondslag

Halffabricaten is ten slotte een mooi voorbeeld waarbij het mededingingsrecht er met de haren bij wordt gesleept om in het kader van een commercieel geschil iets te forceren.¹⁴² In dit kort geding bij de rechtbank Midden-Nederland stelde een producent van zonneceldakpannen dat gedaagden – een fabrikant van keramische en betonnen dakpannen en een groothandel in bouwmaterialen – in strijd met een vermeende duurovereenkomst hadden gehandeld door te stoppen met de productie van een specifiek type dakpan en het daaruit afgeleide halffabricaat. Volgens eiseres was haar gehele bedrijfsvoering afhankelijk van die productie, zodat deze opzegging zonder redelijke termijn moest worden aangemerkt als misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw). De rechter achtte echter allereerst niet aannemelijk dat er überhaupt sprake was van een duurovereenkomst, en merkte daarbij op dat eiseres haar stelling op dit punt niet had onderbouwd. Bovendien kon volgens de rechtbank niet worden geconcludeerd dat gedaagden een economische machtspositie innamen. Eiseres had onvoldoende feiten aangedragen om te laten zien dat gedaagden in een positie verkeerden waarin zij zich in

¹³⁸ Rb. Amsterdam 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7935, r.o. 5.38.

¹³⁹ Rb. Amsterdam 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7935, r.o. 5.52-5.53.

¹⁴⁰ Rb. Amsterdam 18 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7935, r.o. 5.56-5.57.

¹⁴¹ Rb. Amsterdam 15 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:8167, r.o. 4.21.5-4.22.

¹⁴² Rb. Midden-Nederland 2 juli 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:4029 (*Halffabricaten*).



belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, leveranciers, afnemers of eindgebruikers konden gedragen en daarmee de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een substantieel deel ervan konden verhinderen. De vordering van eiseres werd daarom afgewezen.¹⁴³

Relevante rechtspraak van het Hof van Justitie met impact op de Nederlandse praktijk

Ten slotte bespreken wij zoals te doen gebruikelijk kort enkele uitspraken van het Hof van Justitie met relevantie voor de Nederlandse praktijk.

In de zaak *MOL/Mercedes-Benz Group AG*¹⁴⁴ stond de vraag centraal of een moedermaatschappij de bevoegdheid kan invoeren van de rechter van haar eigen statutaire zetel voor een schadeclaim die betrekking heeft op schade die uitsluitend door haar dochterondernemingen is geleden als gevolg van een mededingingsinbreuk. MOL beriep zich op het begrip ‘economische eenheid’ om te betogen dat de schade in wezen haarzelf als concern had getroffen en dat haar maatschappelijke zetel in Hongarije daarmee de plaats was waar het schadebrengende feit zich had voorgedaan.¹⁴⁵

Het Hof van Justitie wees dit argument echter resoluut af en oordeelde dat artikel 7 lid 2 Verordening (EU) nr. 1215/2012¹⁴⁶ restrictief moet worden uitgelegd.¹⁴⁷ Het criterium van de plaats waar de schade is ingetreden moet in lijn met eerdere rechtspraak (o.a. *Tibor-Trans*, C-451/18) worden gekoppeld aan de markt waar de mededingingsverstoring zijn effect heeft gehad.¹⁴⁸ Aangezien de dochterondernemingen van MOL in verschillende lidstaten vrachtwagens hadden gekocht lag de plaats van de schade bij deze dochterondernemingen en niet bij de moedermaatschappij.¹⁴⁹ Het Hof van Justitie benadrukte dat het economische eenheidsbegrip primair wordt gebruikt om aansprakelijkheid te bepalen en niet als aanknopingspunt voor bevoegdheidskwesties.¹⁵⁰

In de zaak *Volvo AB vs. Transsaqui SL* stond de vraag centraal of een moedermaatschappij rechtsgeldig kan worden gedagvaard op het adres van haar dochteronderneming in een andere lidstaat, indien beide entiteiten samen een economische eenheid vormen.¹⁵¹ In deze

¹⁴³ *Halfabricaten*, r.o. 3.9.

¹⁴⁴ HvJ EU 4 juli 2024, C-425/22, ECLI:EU:C:2024:578 (*MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Mercedes-Benz Group AG*).

¹⁴⁵ *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Mercedes-Benz Group AG*, r.o. 36.

¹⁴⁶ 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 351/1-32).

¹⁴⁷ *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Mercedes-Benz Group AG*, r.o. 26.

¹⁴⁸ *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Mercedes-Benz Group AG*, r.o. 27.

¹⁴⁹ *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Mercedes-Benz Group AG*, r.o. 31.

¹⁵⁰ *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Mercedes-Benz Group AG*, r.o. 37-38.

¹⁵¹ HvJ EU 11 juli 2024, C-632/22, ECLI:EU:C:2024:60 (*Volvo AB/Transsaqui SL*).



Spaanse zaak had Transsaqui een schadeclaim ingediend tegen Volvo vanwege de door de Commissie vastgestelde inbreuk op artikel 101 VWEU in de *Truckkartel*-zaak. De Spaanse rechter had Volvo gedagvaard op het adres van haar Spaanse dochteronderneming, Volvo España, in plaats van op het statutaire adres in Zweden. Volvo verscheen niet in de procedure en werd bij verstek veroordeeld. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke betekening niet rechtsgeldig is, ook niet als de dochter en de moeder samen één economische eenheid vormen.¹⁵² De verweerder moet daadwerkelijk op de hoogte kunnen worden gebracht van de procedure, en een dochteronderneming wordt niet automatisch bevoegd geacht om stukken namens haar moedermaatschappij in ontvangst te nemen.¹⁵³ Ten slotte heeft de uitspraak in *Heureka Group/Google LLC* belangrijke implicaties voor de verjaring van schadeclaims wegens mededingingsinbreuken.¹⁵⁴ Het Hof van Justitie oordeelde dat nationale verjaringsregels die verjaring laten ingaan per afzonderlijke schadepost en voordat de inbreuk is beëindigd, in strijd zijn met artikel 102 VWEU en artikel 10 Schaderichtlijn.¹⁵⁵ Tegelijkertijd erkent het Hof van Justitie dat verjaring eerder kan ingaan als de benadeelde reeds kennis had van alle relevante feiten om een claim in te stellen. Dit moet echter worden aangetoond door de verweerder.¹⁵⁶ Het uitgangspunt blijft dat verjaringstermijnen pas mogen starten na beëindiging van de inbreuk en na bekendmaking van een Commissiebesluit.¹⁵⁷

Conclusie/voorblick

De rechtspraak laat in 2024 een duidelijk beeld zien van de fase waarin veel *follow-on* zaken zich bevinden: de fundamenten zijn grotendeels gelegd, en de nadruk verschuift steeds meer naar de praktische uitwerking van schadeberekening en bewijsvoering, waarbij rechtbanken en gerechtshoven sturing geven aan de eisen die aan schadeclaims en verweren worden gesteld, zowel op het gebied van de stelplicht als op de methodologieën die partijen moeten hanteren. Dit wordt met name onderstreept door de ontwikkelingen in de *Trucks*-zaken en *AirCargo*, waarin de rechter de grenzen van de bewijsvoering en de doorverwijzing naar de schadestaatprocedure steeds scherper trekt. De methodologische discussies rond schadeberekening, zoals in het luchtvaartkartel, laten zien dat rechters

¹⁵² *Volvo AB/Transsaqui SL*, r.o. 77.

¹⁵³ *Volvo AB/Transsaqui SL*, r.o. 78.

¹⁵⁴ HvJ EU 18 april 2024, C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (*Heureka Group a.s./Google LLC*).

¹⁵⁵ *Heureka Group a.s./Google LLC*, r.o. 55; 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 349/1-19).

¹⁵⁶ *Heureka Group a.s./Google LLC*, r.o. 55.

¹⁵⁷ *Heureka Group a.s./Google LLC*, r.o. 67.



pragmatische keuzes maken, maar tegelijkertijd duidelijke eisen stellen aan de statistische onderbouwing en datakwaliteit. Het komende jaar zal in het teken staan van verdere concretisering van de schadevaststelling in de grote en langlopende *follow-on* zaken. 2025 belooft een interessant jaar te worden.