

Kroniek

Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2021

Stefan Tuinenga en Reinier Lamberti*

Inleiding

14 2021 was het jaar van de doorwerking van het (Europese) mededingingsrecht in *follow-on* schadezaken. Vanwege deze doorwerking krijgen civiele mededingingsrechtprocedures steeds meer een eigen, mededingingsrechtelijk, karakter. Allereerst bevestigde het Hof van Justitie in het arrest *Sumal*¹ zijn eerdere oordeel in *Skanska*² dat het mededingingsrechtelijke begrip ‘onderneming’ in een civiele procedure geen andere betekenis kan hebben dan in een publiekrechtelijke procedure. Dit oordeel heeft in de praktijk belangwekkende gevolgen voor civiele aansprakelijkheid van gedaagden en de bevoegdheid van de Nederlandse rechter. In verschillende Nederlandse civiele procedures is met toepassing van deze arresten geoordeeld dat moedermaatschappijen als onderdeel van de onderneming aansprakelijk zijn, en als ‘anker’ kunnen dienen voor bevoegdheid.³

Ten tweede heeft de Nederlandse rechter in verscheidene zaken het mededingingsrechtelijke begrip ‘enkele en voortdurende overtreding’ toegepast in civiele procedu-

res, en beoordeeld als een ‘enkele en voortdurende onrechtmatige daad’. Een logische uitleg van het Europese recht, die gevolgen heeft voor onder andere de stelplicht en het toepasselijk recht (en mogelijk ook verjaring).

Ten derde is verder uitgekristalliseerd in hoeverre de civiele rechter gebonden is aan besluiten van de Europese Commissie (Commissie). Zo oordeelde het Hof van Justitie in *Sumal* dat niet-geadresseerde dochtermaatschappijen die onderdeel zijn van een beboete onderneming een overtreding niet kunnen betwisten, en oordeelde de rechtbank Amsterdam over de binding aan een schikkingsbesluit.

Op *standalone* gebied was er in 2021 weinig nieuws onder de zon. Zoals wel vaker is opgemerkt in deze jaarlijkse kroniek worden veel *standalone* vorderingen nog steeds afgewezen vanwege onvoldoende onderbouwing, in het bijzonder wat betreft de marktafbakening. De motiveringen in de oordelen zijn dan vaak zeer summier. Er kunnen dan ook slechts beperkt lessen getrokken worden uit de uitspraken, behalve dat een zorgvuldig onderbouwde marktafbakening van groot belang is.

In totaal hebben wij 27 zaken geteld die kwalificeren voor deze kroniek, waarvan tien *follow-on*⁴ zaken en zeventien *standalone* zaken.⁵ Het aantal uitspraken in *follow-on* zaken is hiermee toegenomen, na een relatief

* Mr. S. Tuinenga is werkzaam als advocaat bij Scott+Scott. Mr. R.J.G. Lamberti is werkzaam als advocaat bij Scott+Scott. De auteurs zijn in een aantal van de besproken zaken betrokken of betrokken geweest als advocaat. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel. Auteurs danken Damien Berkhout en Maarten Braun voor hun bijdrage en ondersteuning.

1 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*).

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

3 Aan aansprakelijkheid van dochtermaatschappijen op basis van het ondernemingsbegrip (de situatie in *Sumal*) is de Nederlandse rechter in 2021 nog niet toegekomen, maar dat zal ongetwijfeld ook binnen afzienbare tijd volgen.

4 Onder *follow-on* zaken scharen auteurs ook zogenoemde hybride zaken, waarin zowel een beroep wordt gedaan op een besluit van een mededingingsautoriteit als aanvullende feiten gesteld worden.

5 Voor de kroniek kwalificeren Nederlandse civielrechtelijke zaken waarin het mededingingsrecht (excl. staatssteun) inhoudelijk aan de orde komt. Ook zaken in overzeese koninkrijksdelen zijn meegenomen: voor zover auteurs bekend heeft het Gerecht in Curaçao in 2021 voor het eerst het mededingingsrecht toegepast in een civiele procedure sinds de invoering van de Landsverordening inzake Concurrentie in 2019. De Landsverordening inzake concurrentie is sterk geïnspireerd door het Nederlandse en Europese mededingingsrecht.

rustig jaar 2020 waarin in slechts vijf zaken uitspraken werden gedaan. Het aantal *standalone* zaken is stabiel. Vooruitkijkend verwachten wij ook in het komende jaar weer een levendige civiele praktijk met ongetwijfeld interessante ontwikkelingen in de rechtspraak. Zo heeft de op 1 januari 2020 in werking getreden Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA)⁶ in 2021 tot de eerste mededingingsrechtelijke collectieve actie geleid.⁷ Deze en mogelijke andere collectieve acties zullen in de komende jaren ongetwijfeld stof opleveren voor deze kroniek.

Follow-on zaken

Bevoegdheid en aansprakelijkheid op basis van het ondernemingsbegrip

In de kroniek van vorig jaar spraken wij, naar aanleiding van tegenstrijdige uitspraken in de Nederlandse civiele rechtspraak, de verwachting (en hoop) uit dat het Hof van Justitie in 2021 in de zaak *Sumal* meer duidelijkheid zou creëren over de civielrechtelijke doorwerking van aansprakelijkheid van de Europeesrechtelijke onderneming (ook wel: economische entiteit).⁸ Het arrest stelt niet teleur. Wij zullen het arrest wat uitvoeriger bespreken vanwege de verstrekkende consequenties voor Nederlandse civielrechtelijke procedures, zowel op de onderwerpen van aansprakelijkheid, bevoegdheid als gebondenheid aan Commissie-beschikkingen.

De Spaanse onderneming *Sumal* had tussen 1997 en 1999 (indirect, via een concessiehouder) twee trucks gekocht van een Spaanse dochteronderneming van de Daimler-groep. Nadat de Commissie in 2016 in een schikkingsbesluit een kartel vaststelde tussen truckfabrikanten, waaronder Daimler, stelt *Sumal* een schadevordering in tegen de dochtermaatschappij van Daimler. *Sumal* stelt dat zij bij de aankoop van de trucks een meerprijs heeft betaald als gevolg van het kartel. De Spaanse dochtermaatschappij van Daimler was weliswaar niet geadresseerd door de Commissie in het schikkingsbesluit, maar zou desalniettemin aansprakelijk zijn als onderdeel van de Europeesrechtelijke onderneming van Daimler. De Spaanse hogerberoepsinstantie in Barcelona stelt hierop prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over het ondernemingsbegrip en de civielrechtelijke doorwerking hiervan.⁹

Het Hof van Justitie bevestigt in *Sumal* allereerst zijn eerdere oordeel in *Skanska* dat het begrip onderneming in civiele aansprakelijkheidsprocedures geen andere betekenis kan hebben dan in de context van publieke handhaving.¹⁰ De rijke Europese jurisprudentie inzake het ondernemingsbegrip is hiermee ook van toepassing verklaard in civiele procedures. Concreet houdt dit in dat wanneer verschillende vennootschappen deel uitmaken van dezelfde economische entiteit vanwege hun economische, organisatorische en juridische banden, zij publiekrechtelijk en civielrechtelijk hoofdelijk aansprakelijk zijn indien een van hen het (Europese) mededingingsrecht schendt.¹¹ De Commissie heeft een discretionaire bevoegdheid welke van de vennootschappen van de onderneming zij adresseert in een besluit en daarmee aansprakelijk houdt voor een boete. Uit het feit dat zij een bepaalde juridische entiteit niet adresseert in een besluit kan niet worden afgeleid dat deze entiteit niet civielrechtelijk aansprakelijk is.¹²

Het Hof van Justitie maakt voor dochtermaatschappijen een opvallende uitzondering in het geval van 'ondernemingsgroepen van het type "conglomeraat", die actief zijn in verschillende economische sectoren waartussen geen verband staat'.¹³ Indien er geen concreet verband bestaat tussen een economische activiteit van een dochtermaatschappij en het voorwerp van de inbreuk, is de dochtermaatschappij geen onderdeel van de betreffende onderneming en aldus niet aansprakelijk op basis van het ondernemingsbegrip. Het Hof van Justitie overweegt dat het Europese ondernemingsbegrip een functioneel begrip is, waarbij de economische eenheid die de onderneming vormt moet worden bepaald op basis van het voorwerp van de betrokken overeenkomst.¹⁴

Wanneer er wel een verband bestaat tussen de economische activiteit van moedermaatschappij en dochtermaatschappij is de dochtermaatschappij hoofdelijk aansprakelijk.¹⁵ De dochtermaatschappij kan in een dergelijke situatie op basis van de *Masterfoods*-leer de door de Commissie vastgestelde inbreuk ook niet betwisten voor de nationale civiele rechter.¹⁶ Concreet houdt dit in dat de Commissie, en ook benadeelden in civiele procedures, in beginsel elke juridische entiteit van een onderneming hoofdelijk aansprakelijk kunnen stellen voor een mededingingsovertreding, indien een van de juridische entiteiten van de onderneming de overtreding begaat. Indien een onderneming echter ook aan het kartel ongerelateerde producten verkoopt (bijvoorbeeld naast

6 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie).

7 Rb. Amsterdam 24 november 2021, zaaknummer 708085/HA ZA 22-1 (*RCJ/Apple*), te vinden via het register voor collectieve acties: www.rechtspraak.nl/Registers/centraal-register-voor-collectieve-vorderingen. In deze zaak heeft een tweede eiseres een verzoek gedaan tot verlenging van de termijn voor het indienen van een vordering voor dezelfde gebeurtenissen, hetgeen is toegewezen.

8 M. Meijssen & S. Tuinenga, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2020', *M&M* 2021/3.

9 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 8-15.

10 *Sumal*, r.o. 38. In commentaren en in de lagere Nederlandse rechtspraak (zie de kroniek van vorig jaar) werd soms aangenomen dat het *Skanska*-arrest alleen zou zien op de specifieke situatie van herstructureringen, en bredere toepassing zou missen. Voor zover daar nog misverstanden over bestonden neemt het Hof van Justitie deze in *Sumal* weg.

11 *Sumal*, r.o. 42-44.

12 *Sumal*, r.o. 63.

13 *Sumal*, r.o. 45.

14 *Sumal*, r.o. 46 en 52.

15 *Sumal*, r.o. 44.

16 *Sumal*, r.o. 55. Op basis van de *Masterfoods*-leer, als vastgelegd in art. 16 Verordening (EG) nr. 1/2003, kan een nationale rechter geen beslissingen nemen die in strijd zijn met het door de Europese Commissie vastgestelde besluit (zie nader hieronder).

vrachtwagens ook fietsen) is de dochtermaatschappij die fietsen verkoopt niet aansprakelijk (niet civielrechtelijk en ook niet publiekrechtelijk) voor een truckskartel omdat deze entiteit geen onderdeel is van de onderneming in het kader van het betreffende kartel.¹⁷

Deze kwestie van aansprakelijkheid van ongerelateerde dochtermaatschappijen is in de Europese publiekrechtelijke jurisprudentie over het ondernemingsbegrip niet eerder aan de orde gekomen. Dit kan verklaard worden door het beleid van de Commissie om buiten directe deelnemers aan een kartel doorgaans met name de (hoogste) moedermaatschappijen te adresseren in een besluit, en niet andere dochter- of zustermaatschappijen (zeker niet als zij op een andere markt actief zijn). Na de adressering van de hoogste moedermaatschappij is het voor de Commissie onnodig om ook nog alle betrokken dochtermaatschappijen te adresseren. Als gevolg hiervan ziet de publiekrechtelijke jurisprudentie ook met name op aansprakelijkheid van moedermaatschappijen.¹⁸

Voor de volledigheid merken wij op dat de in *Sumal* gestelde voorwaarde van een concreet verband voor aansprakelijkheid van dochtermaatschappijen voor een overtreding van een moedermaatschappij (de functionele voorwaarde bij neerwaartse aansprakelijkheid) omgekeerd niet geldt. Het Hof van Justitie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een moedermaatschappij aansprakelijk is voor een overtreding van een dochtermaatschappij ongeacht de sector waarin de moedermaatschappij actief is.¹⁹ Ook (inactieve) holding- en investeringsmaatschappijen kunnen aansprakelijk worden gehouden voor overtredingen van hun dochtermaatschappijen.²⁰

Een relevant gevolg van de aansprakelijkheid van de onderneming voor bevoegdheidskwesties is dat dochtermaatschappijen (voor zover zij onderdeel zijn van de onderneming) ook kunnen dienen als zogenoemde ankergedaagden voor civiele aansprakelijkheid. Het Hof van Justitie overweegt in enkele overwegingen ten overvloede over bevoegdheid dat een slachtoffer van een mededingingsverstoringe gedraging zonder onderscheid een schadevordering kan instellen tegen een geadresseerde moedermaatschappij of tegen een dochter-

maatschappij.²¹ Dat is een logische consequentie van het feit dat de verschillende (rechts)personen elk hoofdelijk aansprakelijk zijn.

De (mogelijke) aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op basis van het ondernemingsbegrip kwam in de Nederlandse jurisprudentie in 2021 in verschillende zaken aan de orde, zowel in het kader van bevoegdheid als aansprakelijkheid. Telkens werd de moedermaatschappij aansprakelijk geacht, althans werd bevoegdheid aangenomen op basis van mogelijke aansprakelijkheid.

Het gerechtshof Amsterdam oordeelt in een bevoegdheidsincident in de zaak van de Macedonian Thrace Brewery (MTB) tegen Heineken en haar Griekse dochtermaatschappij Athenian Brewery (AB) dat Heineken als ankergedaagde kan dienen, hoewel de Griekse mededingingsautoriteit uitsluitend jegens AB een mededingingsovertreding had vastgesteld, en Heineken niet had geadresseerd. Het gerechtshof overweegt dat MTB dezelfde vordering heeft ingesteld tegen AB en Heineken. Heineken is in dit kader aansprakelijk omdat zij als (vrijwel) 100% moedermaatschappij beslissende invloed uitoefende op AB en aldus onderdeel was van dezelfde Europeesrechtelijke onderneming. Op deze basis oordeelt het gerechtshof dat de Nederlandse rechter bevoegd is voor de vordering jegens beide vanwege een nauwe band tussen de vorderingen tegen Heineken en AB.²² Omdat het om een bevoegdheidskwestie gaat, beoordeelt het gerechtshof slechts marginaal of AB en Heineken daadwerkelijk één onderneming vormen: het volstaat met de overweging dat dit 'niet met voldoende zekerheid [valt] uit te sluiten'.²³ Het was ook voorzienbaar voor AB dat zij gedagvaard zou worden in de vestigingsplaats van Heineken, zij maakt immers deel uit van hetzelfde concern.²⁴

In een liftenkartelzaak oordeelt de rechtbank Rotterdam dat de moedermaatschappij Kone Oyj aansprakelijk is voor een karteloverbrenging van haar Nederlandse dochtermaatschappij. Kone Oyj was door de Commissie als moedermaatschappij beboet op basis van het ondernemingsbegrip. Zij betwistte civielrechtelijke aansprakelijkheid met het argument dat het publiekrechtelijke ondernemingsbegrip niet zou doorwerken in civielrechtelijke aansprakelijkheid. De rechtbank overweegt met verwijzing naar het *Skanska*-arrest van het Hof van Justitie dat er geen twijfel over kan bestaan dat de aansprakelijkheid van de onderneming onder het Europese kartelverbod ook van toepassing is in civiele procedures. Kone Oyj is aldus hoofdelijk aansprakelijk als onderdeel van de onderneming die het Europese kartelverbod heeft geschonden.²⁵

Het gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt in een spanstaalkartelzaak dat ook onder Duits recht een moeder-

17 Tenzij er een direct of indirect verband bestaat tussen de fietsenbusiness en de trucksbusiness; hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie dat de banden in dezelfde fabriek worden geproduceerd, dezelfde distributiekanaalen worden gebruikt of bepaalde ondersteunende diensten worden gedeeld.

18 Een zaak waar de aansprakelijkheid van dochtermaatschappijen voor een overtreding (mede) van de moedermaatschappij wel aan de orde is gekomen is Gerecht 12 december 2018, T-677/14, ECLI:EU:T:2018:910 (*Biogaran*). Deze zaak ligt momenteel voor het Hof van Justitie (zaaknummer C-207/19).

19 Zie ook de (lezenswaardige) conclusie van A-G Pitruzzella, punt 56-59, met verwijzing naar Gerecht 13 juli 2011, T-39/07, ECLI:EU:T:2011:356 (*ENI*), r.o. 97.

20 Zie bijv. HvJ EG 10 september 2009, C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo Nobel*), HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09, ECLI:EU:C:2011:21 (*General Química*), HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11, ECLI:EU:C:2013:514 (*Portielje*), HvJ EU 27 januari 2021, C-595/18, ECLI:EU:C:2021:73 (*Goldman Sachs*) en CBB 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:120 (*Bencis*).

21 *Sumal*, r.o. 67.

22 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2019:2144 (*MTB/Heineken*), r.o. 3.3.3.

23 *MTB/Heineken*, r.o. 3.9.

24 *MTB/Heineken*, r.o. 3.11.

25 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (*SECC/Kone c.s.*), r.o. 4.33.

maatschappij aansprakelijk is op basis van het ondernemingsbegrip. In het arrest oordeelt het gerechtshof dat het op basis van het loyaliteitsbeginsel verplicht is de lijn van het Hof van Justitie te volgen en dat voor gestelde afwijkende Duitse nationaalrechtelijke regels geen ruimte is.²⁶

Civielrechtelijke kwalificatie van kartelovertreedingen

In de Nederlandse rechtspraak is in het afgelopen jaar in verschillende zaken aan de orde gekomen hoe een publiekrechtelijk kartel, in het bijzonder het publiekrechtelijke concept van de ‘enkele voortdurende overtreding’, in het civiele recht dient te worden gekwalificeerd. Deze vraag is zowel van belang in het kader van de bepaling van het toepasselijke recht als voor de stelplicht voor verwijzing naar de schadestaatprocedure (en mogelijk ook voor de verjaringsvraag).

In de luchtvrachtkartelzaak voor het gerechtshof Amsterdam speelde de vraag van de civielrechtelijke kwalificatie van een enkele voortdurende overtreding als aanvraag voor de bepaling van het toepasselijke recht. De gedaagde luchtvaartmaatschappijen stelden dat iedere afzonderlijke transactie op basis waarvan luchtvracht was ingekocht een zelfstandig vorderingsrecht opleverde (waarvoor zelfstandig het toepasselijke recht diende te worden bepaald). De eiseressen stelden dat een enkele voortdurende inbreuk op het mededingingsrecht leidt tot één vorderingsrecht per afnemer.²⁷ Het gerechtshof oordeelt dat de eiseressen gelijk hebben: er is sprake van één vorderingsrecht per afnemer.

Het gerechtshof komt tot dit oordeel onder verwijzing naar de (op basis van de *Masterfoods*-leer bindende) vaststellingen van de Commissie. Een door de Commissie vastgestelde enkele en voortdurende overtreding op het mededingingsrecht dient gelet op de directe werking van het Europese recht als een enkele en voortdurende onrechtmatige daad jegens een afnemer van het kartel te worden beschouwd.²⁸ De inbreuk leidt ook tot één schadevergoedingsvordering, bestaande uit verschillende schadeposten. Het gerechtshof overweegt dat net zoals het in de publiekrechtelijke context volgens de Europese rechtspraak kunstmatig is om een enkele voortdurende overtreding op te delen, het ‘des te kunstmatiger’ zou zijn om voorzienbare schadeposten die uit deze overtreding voortvloeien niet aan te merken als dezelfde doorlopende schade. Deze schade neemt met elke verdere transactie met de karteldeelnemers verder toe.²⁹ Er is dan ook sprake van één schadevergoedingsvordering per afnemer.

De rechtbank Rotterdam komt in twee liftenkartelzaken tot eenzelfde conclusie in het kader van de stelplicht

voor verwijzing naar de schadestaat: bij een enkele voortdurende overtreding op het kartelverbod is er sprake van een enkele onrechtmatige gedraging die de hele kartelperiode heeft geduurd.³⁰

Binding aan vaststellingen van de Europese Commissie

In deze kroniek is de zogenoemde *Masterfoods*-leer (art. 16 Verordening (EG) nr. 1/2003), inhoudende dat een nationale rechter geen beslissingen kan nemen die in strijd zijn met het door de Commissie vastgestelde besluit, al regelmatig aan de orde geweest. In het afgelopen jaar heeft de reikwijdte van deze verplichting zich verder uitgekristalliseerd.

Hierboven is reeds beschreven dat het Hof van Justitie in *Sumal* heeft geoordeeld dat op basis van de *Masterfoods*-leer een vennootschap die onderdeel uitmaakt van een onderneming waarvan een mededingingsovertreding is vastgesteld door de Commissie, deze overtreding in een civiele procedure niet meer kan betwisten, ook niet als deze vennootschap zelf niet is geadresseerd in het Commissiebesluit.³¹ Verder verwijst zowel het gerechtshof Amsterdam als de rechtbank Rotterdam bij de kwalificatie van een enkele voortdurende kartelovertrekking als enkele voortdurende onrechtmatige daad ook naar de binding aan het Commissiebesluit op basis van de *Masterfoods*-leer.³²

In de zaak *SCC* diende het Hof van Justitie, na een verwijzing door de rechtbank Amsterdam, te beoordelen of civielrechtelijke handhaving mogelijk is in een situatie dat administratieve handhaving vanwege een mededingingsrechtelijk overgangsregime voor de luchtvaartsector is uitgesloten.³³ Het Hof van Justitie oordeelt dat het overgangsregime voor de luchtvaartsector uitsluitend zag op de administratieve handhaving van de mededingingsregels, en dat dit de rechtstreekse werking van het kartelverbod in civielrechtelijke procedures onverlet laat.³⁴ De eisende partijen zijn in hun civielrechtelijke vorderingen dan ook niet beperkt tot de reikwijdte van het administratieve besluit van de Commissie.

De zaak is niet alleen interessant voor mededingingspuristen vanwege de oefening in ‘juridische archeologie’³⁵ (voor de zaak is het handhavingssysteem als toepasselijk in 1962 van belang) maar heeft ook bredere relevantie. In *follow-on* of hybride civiele schadevergoedingsprocedures wordt vaak het verweer gevoerd dat geen vorderingen kunnen worden ingesteld buiten de reikwijdte van het Commissiebesluit, omdat dit in strijd zou zijn met de *Masterfoods*-leer. Het arrest *SCC* bevestigt dat benadeelden van een kartel hybride vorderingen kunnen instellen. Zij kunnen zich daarbij gedeeltelijk

26 Hof 's-Hertogenbosch 27 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2341 (*Deutsche Bahn c.s./Nedri Spanstaal c.s.*), r.o. 6.42-6.43. Het arrest bevat overigens een mooie samenvatting van recente civiele mededingingsrechtjurisprudentie.

27 Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*Equilib en SCC/KLM c.s.*), r.o. 5.11.

28 *Equilib en SCC/KLM c.s.*, r.o. 5.11.2.

29 *Equilib en SCC/KLM c.s.*, r.o. 5.11.5.

30 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635 (*DGL/Kone c.s.*), r.o. 2.5 en Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (*SECC/Kone c.s.*), r.o. 4.24.

31 HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), r.o. 55.

32 Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*Equilib en SCC/KLM c.s.*), r.o. 5.11.2 en Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (*SECC/Kone c.s.*), r.o. 4.24.

33 HvJ EU 11 november 2021, C-819/19, ECLI:EU:C:2021:373 (*SCC*).

34 *SCC*, r.o. 53.

35 Concl. A-G Bobek 6 mei 2021, ECLI:EU:C:2021:373 (*SCC*), punt 99.

beroepen op vaststellingen in een Commissiebesluit (*follow-on*), en voor het overige (in dit geval de voorafgaande periode waarin de Commissie niet bevoegd was tot administratieve handhaving) *standalone* rechtstreeks beroepen op een schending van het kartelverbod. Dit is niet in strijd met de *Masterfoods*-leer. Zoals het Hof van Justitie overweegt, kan de civiele rechter niet tot een oordeel komen dat in strijd is met vaststellingen van de Commissie, indien de Commissie voor een bepaalde periode, een bepaald product of bepaald geografisch gebied geen vaststellingen heeft gedaan (bijvoorbeeld vanwege haar onbevoegdheid daartoe).³⁶ De logische conclusie is dat een nationale rechter niet kan afwijken van vaststellingen van de Commissie, maar niet gebonden is aan hetgeen de Commissie *niet* heeft vastgesteld. In een truckskartelzaak voor de rechtbank Amsterdam beperkt de rechtbank de vorderingen van eisende partijen tot de materiële en geografische reikwijdte van het truckskartelbesluit van de Commissie. De rechtbank motiveert dit met de overweging dat de eisende partijen hun vorderingen (uitsluitend?) op dat besluit hadden gebaseerd, en dat zij daarom ook gebonden is zich daartoe te beperken.³⁷ Wat betreft de temporele reikwijdte laat de rechtbank wel een vordering op basis van na-ijl-effecten van het kartel toe, met de overweging dat het niet voor de hand ligt dat de invloed van een kartel direct zou eindigen op de einddatum van een overtreding.³⁸ Auteurs merken op dat de *Masterfoods*-leer niet in de weg staat aan een vordering buiten de reikwijdte van een Commissiebesluit, zoals ook blijkt uit het hierboven beschreven arrest *SCC*. Dit neemt niet weg dat een rechter zich wel dient te beperken tot de feitelijke insteek van een vordering, en deze bood in deze zaak volgens de rechtbank kennelijk geen ruimte voor een vordering buiten de reikwijdte van het besluit. In hetzelfde vonnis oordeelt de rechtbank Amsterdam dat de civiele rechter gebonden is aan schikkingsbesluiten van de Commissie, en daarbij niet alleen het dispositief, maar ook de overwegingen van de Commissie. De rechtbank overweegt dat het 'niet aangaat' om in een schikkingsprocedure bij de Commissie feiten te erkennen, om deze vervolgens in twijfel te trekken in een civiele procedure.³⁹ Op basis van de *Masterfoods*-leer beschouwt de rechtbank het gehele truckskartelbesluit van de Commissie als bindend, waarbij zij in ogenschouw neemt dat de overwegingen in het besluit dienen als onderbouwing van het dispositief.⁴⁰ Tegelijkertijd staat het de eisers vrij om de feitelijke invulling van de inbreuk nader aan te vullen. Het schikkingsbesluit bevat namelijk slechts een summier weergave van de feiten, met voorbeelden van mededingingsbeperkende bijeenkomsten.⁴¹

In een liftenkartelzaak voor de rechtbank Rotterdam voert liftenfabrikant Kone aan dat bepaalde liften niet door de enkele voortdurende kartelinbreuk geraakt zouden zijn. De rechtbank verwerpt dit argument. Zij oordeelt dat de Commissie over de omvang van het kartel gaat, en Kone dit argument had moeten aanvoeren in haar Europese beroepsprocedure. In de civiele procedure kan de rechtbank op basis van de *Masterfoods*-leer niet afwijken van de vaststellingen van de Commissie.⁴² In een luchtvrachtzaak voor het gerechtshof Amsterdam bevestigt het gerechtshof dat een civiele aansprakelijkheidsprocedure in beginsel niet aangehouden hoeft te worden hangende een beroep tegen een Commissiebesluit voor de Europese rechter.⁴³ Het gerechtshof bevestigt zijn oordeel uit 2013 dat aanhouding alleen voorgeschreven is voor zover er vragen van feiten of recht aan de orde zijn waarvan de beantwoording afhangt van de geldigheid van het besluit, waarbij er bovendien alleen sprake kan zijn van een dergelijke afhankelijkheid als er in redelijkheid twijfel kan bestaan aan de geldigheid van het besluit. Het gerechtshof ziet geen reden tot aanhouding omdat de luchtvaartmaatschappijen uitsluitend een onderdeel van het besluit in twijfel trekken, maar niet de mededingingsbeperkende gedragingen als zodanig.⁴⁴ Het gerechtshof overweegt dat voor beoordelingen in een civiele procedure uitgegaan kan worden van de feiten als vastgesteld in een Commissiebesluit, waarbij deze oordelen een voorlopig karakter hebben voor zover nog een beroep bij de Europese rechter loopt tegen dit besluit.⁴⁵

Stelplicht voor verwijzing naar schadestaat

In *follow-on* kartelschadeprocedures vorderen eisende partijen doorgaans verwijzing naar de schadestaatprocedure voor de begroting van de precieze schade. In verschillende procedures is aan de orde gekomen of eiseressen voldoende hebben gesteld voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure. De drempel hiervoor is laag: de juridische toets is of de mogelijkheid van schade aannemelijk is geworden.⁴⁶

In een spanstaalkartelzaak voor het gerechtshof 's-Hertogenbosch hadden eiseressen Deutsche Bahn c.s. hun vorderingen onderbouwd met een economisch model, zonder concrete transactiegegevens. Zij stelden dat de transactiegegevens konden wachten tot de schadestaatprocedure, voor zover in die fase nog geen minnelijke regeling zou zijn getroffen. Het gerechtshof oordeelt dat dit zowel onder Duits als Nederlands recht onvoldoende is, omdat het causaal verband (*condicio sine qua non*) in de aansprakelijkheidsfase dient te worden beoordeeld. De rechter stelt eiseressen in de gelegenheid om hun vorderingen nader te concretiseren aan de hand van

36 HvJ EU 11 november 2021, C-819/19, ECLI:EU:C:2021:373 (*SCC*), r.o. 58. Zie ook concl. A-G Bobek, *SCC*, punt 93-96.

37 *SCC*, r.o. 3.13.

38 *SCC*, r.o. 3.32.

39 Rb. Amsterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2391 (*CDC c.s./DAF c.s.*), r.o. 3.11.

40 *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 3.15.

41 *CDC c.s./DAF c.s.*, r.o. 3.17.

42 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635 (*DGL/Kone c.s.*), r.o. 2.8.2.

43 Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*Equilib en SCC/KLM c.s.*).

44 *Equilib en SCC/KLM c.s.*, r.o. 5.2.3.

45 *Equilib en SCC/KLM c.s.*, r.o. 5.2.6.

46 Zie bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De schadestaatprocedure*, Deventer: Kluwer 2012, p. 31.

specifieke gegevens per eisende entiteit en per cedent.⁴⁷ Voor de uitvoering wordt een raadsheer-commissaris benoemd die in de volgende fase van het geding (in Skypesessies) overleg zal voeren met partijen voor regie en om te bediscussiëren welke gegevens worden ingediend, en op welke wijze.⁴⁸

Ook de rechtbank Rotterdam diende te beoordelen welke gegevens eiseressen over dienden te leggen voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure. In dit kader is van belang dat, zoals wij hierboven beschreven, zowel het gerechtshof Amsterdam als de rechtbank Rotterdam oordeelt dat een enkele voortdurende overtreding van het mededingingsrecht civielrechtelijk kwalificeert als een enkele voortdurende onrechtmatige daad. Een inbreuk leidt tot één schadevergoedingsvordering, bestaande uit verschillende schadeposten.

Op deze basis oordeelt de rechtbank Rotterdam dat de vraag of er sprake is van een of meer gekartelliseerde transacties slechts van belang is voor de omvang van de schade, en aan de orde kan komen in de schadestaatprocedure.⁴⁹ In de aansprakelijkheidsfase is voldoende als per afnemer één transactie in de kartelperiode heeft plaatsgevonden. Het is immers aannemelijk dat een kartel als aan de orde in de liftenzaak een prijsopdrijvend effect heeft gehad op transacties die in die periode tot stand zijn gekomen.⁵⁰ De rechtbank voegt toe dat indien er geen concrete aanwijzingen zijn dat in de inbreukperiode een overeenkomst is gesloten, de mogelijkheid van schade ook op andere wijzen aangetoond kan worden, bijvoorbeeld door aan te tonen dat de prijzen die een benadeelde heeft betaald hoger waren dan dat ze zouden zijn geweest in de afwezigheid van een kartel.⁵¹ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een regressieanalyse. Dit lijkt ons een logische en juiste toepassing van de toets voor verwijzing naar de schadestaatprocedure.

De rechtbank Amsterdam oordeelt in verschillende truckskartelzaken over de aannemelijkheid van schade in algemene zin, zonder in te gaan op de individuele stelplicht van de eisende partijen. De rechtbank verwierpt het verweer van de truckfabrikanten dat het truckskartel niet tot schade kan hebben geleid.⁵² De individuele stelplicht van de eisende partijen komt in een later stadium van de procedure aan bod.

Toepasselijk recht

In vier luchtvrachtkartelzaken bevestigt het gerechtshof Amsterdam een vonnis van de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing is op vorderingen van benadeelde indirecte afnemers (de ‘shippers’). Het gerechtshof komt tot deze conclusie na allereerst te hebben vastgesteld dat er sprake is van één schadevergoedingsvordering per afnemer vanwege één doorlopende onrechtmatige daad (zie hiervoor). Temporeel is de (inmiddels vervallen) Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD) van toepassing, in het bijzonder artikel 4 inzake verbintenissen wegens ongeoorloofde mededinging. Dit artikel bepaalt dat het recht van toepassing is van de plaats waar de concurrentieverhoudingen zijn beïnvloed. Het gerechtshof overweegt dat dit ook indirecte beïnvloeding kan betreffen, bijvoorbeeld in het geval van *umbrella damages*.⁵³ In het geval van luchtvracht is zowel de plaats van vertrek (als plaats waar vraag en aanbod elkaar ontmoeten) als de plaats van aankomst (vanwege kostprijsverhogingen) plaats waar de concurrentieverhoudingen worden beïnvloed.⁵⁴ Het gerechtshof concludeert dat de *shippers* in meerdere landen schade hebben geleden, zelfs als een vordering gebaseerd is op één vlucht.⁵⁵ De wetgever heeft niet voorzien in een dergelijke situatie waarbij een vordering ten dele wordt beheerst door het recht van het ene land en ten dele door dat van het andere land of door beide rechtstelsels tegelijkertijd.⁵⁶ Voor de opvulling van deze leemte sluit het gerechtshof aan, mede met verwijzing naar het doeltreffendheidsbeginsel, bij artikel 6 lid 3 onder b Rome II-Verordening.⁵⁷ Dit artikel bepaalt dat wanneer (1) de markt beïnvloed wordt in meer dan één land en (2) een schadevordering aanhangig wordt gemaakt bij het gerecht van de woonplaats van verweerder, een benadeelde ervoor kan kiezen aan te knopen bij het recht van het land waar de vordering aanhangig wordt gemaakt, mits dit land een van de markten is die rechtstreeks en aanzienlijk wordt beïnvloed door de beperking van de mededinging. Op deze basis oordeelt het gerechtshof dat Nederlands recht van toepassing is op de vorderingen.⁵⁸ Het gerechtshof maakt een uitzondering voor extra-Europese vluchten, omdat SCC daaromtrent onvoldoende had gesteld om het toepasselijke recht te kunnen bepalen.⁵⁹

Verjaring

Vorig jaar oordeelde het gerechtshof Amsterdam, met toepassing van overwegingen uit het *Cogeco*-arrest van Hof van Justitie, dat de Finse, Zweedse en Spaanse verjaringsregels in strijd zijn met het doeltreffendheidsbeginsel.⁶⁰ Dit roept de vraag op of de Nederlandse verja-

47 Hof 's-Hertogenbosch 29 juli 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2341 (*DB/Nedri Spanstaal c.s.*). Het gerechtshof noemt verschillende opties hoe de onderbouwing kan worden gegeven, bijvoorbeeld op basis van transacties (contracten, facturen, pakbonnen, gegevens uit haar administratie en jaarstukken, enz.) en/of andere voldoende inzichtelijke gegevens, zoals afgenomen tonnen per entiteit, per jaar en per leveranciers, met een overzicht van de toepasselijke prijzen.

48 *DB/Nedri Spanstaal c.s.*, r.o. 6.14.

49 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635 (*DGL/Kone c.s.*), r.o. 2.5.

50 *DGL/Kone c.s.*, r.o. 2.6.

51 *DGL/Kone c.s.*, r.o. 2.6.

52 Rb. Amsterdam 12 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2391 (*CDC/DAF c.s.*), r.o. 3.69.

53 Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940 (*SCC c.s./KLM c.s.*), r.o. 5.12.4.

54 *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.12.11.

55 *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.13.

56 *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.14.2.

57 *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.15.2.

58 *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.16.

59 *SCC c.s./KLM c.s.*, r.o. 5.18.

60 Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194 (*CDC/Kemira*). Zie hierover de kroniek van 2020: M. Meijssen & S. Tuinenga, 'Kro-

ringsregels wel voldoen aan dit beginsel. De rechtbank Rotterdam oordeelt van wel in een liftenkartelzaak.⁶¹ De rechtbank overweegt dat, anders dan in de aan de orde zijnde situatie in de *Cogeco*-zaak, de verjaringstermijn onder Nederlands recht niet is verstreken voordat bekend was wie aansprakelijk is. De verjaringstermijn is immers aangevangen op het moment dat benadeelden bekend waren met de schade en de aansprakelijke persoon, *in casu* het moment van bekendmaking door de Commissie van het kartelbesluit. De verjaringstermijn kon aldus niet verstrijken voordat bekend was wie aansprakelijk is. Bovendien konden benadeelden de termijn stuiten, en daarmee de definitieve beslissing van de mededingingsautoriteit of beroepsinstantie afwachten en tijd nemen voor een inschatting van de omvang van de schade.⁶² Het doeltreffendheidsbeginsel staat er ook niet aan in de weg dat een stuitingsbrief moet worden gestuurd namens de concrete entiteit van een concern dat de schade heeft geleden.⁶³

Hoofdelijke aansprakelijkheid, interne draagplicht en regres

In een natriumchloraatkartelzaak diende de rechtbank Amsterdam te oordelen over de aansprakelijkheid van Kemira ten opzichte van haar voormalige moedermaatschappij Erikem.⁶⁴ Kemira stelde dat Spaans, Zweeds en Fins recht van toepassing was op de door CDC ingestelde vorderingen, en dat hoofdelijkheid naar deze rechtstelsels niet aangenomen kon worden. Zij zou voor slechts 50% aansprakelijk zijn, en haar voormalige moedermaatschappij voor de overige 50%. De rechtbank wijst dit argument af. Uit het *Skanska*-arrest volgt dat de Europeesrechtelijke onderneming aansprakelijk is voor een kartelinbreuk. Aangezien Kemira als onderdeel van de onderneming de kartelinbreuk heeft begaan en natriumchloraat heeft verkocht, is zij volledig aansprakelijk. Het standpunt van Kemira over hoofdelijke aansprakelijkheid en de interne draagplicht zou van belang kunnen zijn voor de onderlinge verhouding tussen Kemira en Erikem, maar niet in de verhouding tot eiseres CDC.⁶⁵ In een bitumenkartelzaak voor de rechtbank Rotterdam verduidelijkt de rechtbank, met verwijzing naar de tekst van artikel 210 en 211 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), dat vrijwaringsvorderingen voor alle werven dienen te worden ingediend, en dat de wet geen ruimte laat voor verzoeken tot aanvullende vrijwaringen op een later moment in de procedure.⁶⁶ Dit laat de mogelijkheid van zelfstandige regresvorderingen onverlet. In een meelkartelzaak voor de rechtbank Rotterdam tracht investeringsmaatschappij Bencis een door de ACM aan haar opgelegde boete te verhalen op haar

voormalige dochtermaatschappij Meneba. De rechtbank overweegt dat uit het *Siemens*-arrest⁶⁷ volgt dat de interne verhouding tussen schuldenaars geen vraag is van Europees, maar van nationaal recht (met inachtneming van het doeltreffendheidsbeginsel).⁶⁸ Indien Bencis en Meneba in één sanctiebesluit waren beboet en hoofdelijk aansprakelijk waren gesteld voor de boete was er een basis geweest voor regres door de partij die meer had voldaan dan haar interne draagplicht. In dit geval is er echter geen grondslag voor regres omdat partijen, door een toevallige omstandigheid, in afzonderlijke besluiten zijn beboet, en niet hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld voor elkaars boete.⁶⁹ Bovendien blijkt uit het boetebesluit dat Bencis is beboet voor een eigen mededingingsrechtelijke inbreuk omdat zij als moedermaatschappij één onderneming vormde met Meneba. Een moedermaatschappij die onderdeel is van een onderneming die een inbreuk begaat, wordt geacht de inbreuk zelf te hebben begaan. Ook om deze reden is regres niet aan de orde.⁷⁰ Er is ook geen sprake van een onrechtmatige daad van Meneba jegens Bencis omdat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste: de mededingingsrechtelijke regels strekken niet tot bescherming van een mede-inbreukpleger.⁷¹

Doorberekening

Twee jaar geleden oordeelde de rechtbank Rotterdam in twee liftenkartelzaken dat het aan gedaagden is om aan te tonen dat afnemers van liften de meerprijs als gevolg van een kartel hebben doorberekend aan hun afnemers. Tegelijkertijd is het aan de afnemers om voldoende aanknopingspunten voor die bewijslevering te bieden door de voor gedaagden niet beschikbare bescheiden, zoals (standaard)overeenkomsten, over te leggen.⁷² In het vervolg van de procedure klagen de gedaagde liftfabrikanten dat eiseres onvoldoende bescheiden in het geding heeft gebracht. Op deze basis zouden de vorderingen moeten worden afgewezen. De rechtbank verwerpt dit argument. Zij overweegt dat, hoewel slechts een zeer beperkt aantal stukken over was gelegd, gezien de kenmerken van de liftenmarkt niet aannemelijk is dat de volledige meerprijs is doorberekend. Aan het vereiste voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is dus voldaan, en het verdere debat over doorberekening kan in die vervolprocedure plaatsvinden.⁷³

niek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2020', *M&M* 2021/3, p. 98.
 61 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (*SECC/Kone*).
 62 *SECC/Kone*, r.o. 4.9.
 63 *SECC/Kone*, r.o. 4.11.
 64 Rb. Amsterdam 8 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4933 (*CDC/Kemira*).
 65 *CDC/Kemira*, r.o. 3.6.
 66 Rb. Rotterdam 27 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:793 (*Staat/Shell c.s.*), r.o. 5.6.

67 HvJ EU 10 april 2014, C-231/11 P, ECLI:EU:C:2014:256 (*Siemens*).
 68 Rb. Rotterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5501 (*Bencis/Meneba*), r.o. 4.8.
 69 *Bencis/Meneba*, r.o. 4.12.
 70 *Bencis/Meneba*, r.o. 4.11.
 71 *Bencis/Meneba*, r.o. 4.14.
 72 Rb. Rotterdam 29 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4441 (*DGL/Kone c.s.*), r.o. 4.50. Zie hierover ook de kroniek van 2019: S. Tuinenga & M. Meijssen, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2019', *M&M* 2020/2, p. 48.
 73 Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6635 (*DGL/Kone c.s.*), r.o. 2.13. De rechtbank komt tot eenzelfde conclusie in een andere liftenkartelzaak: Rb. Rotterdam 23 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6636 (*SECC/Kone c.s.*), r.o. 4.28.

843a-vordering voor een buitenlandse procedure

In een zaak voor de rechtbank Rotterdam⁷⁴ vorderen drie Braziliaanse sinaasappelteilers inzicht in documentatie van sinaasappelsapproducent Dreyfus. Zij doen dit ten behoeve van een kartelschadevordering in een civiele procedure in Brazilië. De telers gebruiken de Nederlandse holdingmaatschappij van Dreyfus hierbij als anker voor de 843a-vordering.

De Braziliaanse mededingingsautoriteit had onderzoek gedaan naar deelname aan een kartel door onder meer Dreyfus, hetgeen uiteindelijk leidde tot een schikking waarin Dreyfus een miljoenenboete heeft betaald. Desalniettemin wees de Braziliaanse civiele rechter een schadevordering van de sinaasappelteilers in eerste instantie af, omdat niet zou zijn gebleken van het bestaan van een kartel. De telers wensen via Dreyfus inzicht te verkrijgen in niet-publieke onderdelen van het dossier van de Braziliaanse mededingingsautoriteit en de schikking.

De voorzieningenrechter overweegt dat voor het aannemen van de voor exhibitie vereiste rechtsbetrekking minimaal vereist is dat het bestaan van het kartel voldoende aannemelijk is.⁷⁵ De rechter acht dit onvoldoende aannemelijk, en kent daarbij gewicht toe aan de uitspraak van de Braziliaanse civiele rechter dat van het bestaan van het kartel niet is gebleken.⁷⁶ Bovendien zou op korte termijn worden geoordeeld in het hoger beroep in de Braziliaanse procedure, en is het twijfelachtig of de stukken daar nog tijdig kunnen worden ingebracht.⁷⁷ Ten overvloede overweegt de rechter dat ook de door de Braziliaanse mededingingsautoriteit gelaste geheimhouding van de stukken een zwaarwegend punt is, en het twijfelachtig is of dat terzijde kan worden gesteld. Dat debat zou wellicht beter in Brazilië kunnen worden gevoerd, aldus de voorzieningenrechter.⁷⁸

Het oordeel doet enigszins kafkaësk aan: de telers wensen het kartel in de Braziliaanse procedure met stukken uit het dossier van de mededingingsautoriteit nader aannemelijk te maken na een negatief vonnis in eerste instantie, maar krijgen de deksel op de neus omdat zij het kartel eerst nader aannemelijk moeten maken, mede vanwege het desbetreffende vonnis. Het komt auteurs voor dat de lat voor een 843a-vordering hier te hoog wordt gelegd.

74 Rb. Rotterdam 5 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1885 (*Eisers/Dreyfus c.s.*).

75 *Eisers/Dreyfus c.s.*, r.o. 4.6.

76 *Eisers/Dreyfus c.s.*, r.o. 4.12.

77 *Eisers/Dreyfus c.s.*, r.o. 4.11.

78 *Eisers/Dreyfus c.s.*, r.o. 4.13.

Stand-alone zaken

Horizontale afspraken

In 2021 zijn er verschillende uitspraken⁷⁹ gewezen in de aanhoudende juridische worsteling⁸⁰ tussen Hudson's Bay en de partijen die aan haar winkelpanden hebben verhuurd. In veel van deze uitspraken stond de vraag centraal of verhuurders van panden aan Hudson's Bay Nederland (HBN) onderling hun prijzen hadden afgestemd, en of dit zou kunnen leiden tot nietigheid van de huurovereenkomsten tussen HBN en de verhuurders. Achtergrond van de zaken is dat HBN in 2019 failliet is verklaard, waarop de curator de huurovereenkomsten met de verhuurders van winkelpanden aan HBN heeft opgezegd. Hudson's Bay Canada (HBC), de moederverenootschap van HBN, had in de huurovereenkomsten een concerngarantie afgegeven dat de huur tien jaar lang betaald zou worden, ook als HBN failliet wordt verklaard. De verhuurders spreken na het faillissement HBC dan ook aan voor de (toekomstige) huurpenningen. In een zaak voor het gerechtshof Amsterdam⁸¹ komt HBC op tegen een kortgedingvonnis van de rechtbank Amsterdam van 7 oktober 2020.⁸² De rechtbank had geoordeeld dat HBC niet bij voorbaat aannemelijk had gemaakt dat verhuurder Unibail-Rodamco (Unibail) zich als verhuurder schuldig had gemaakt aan prijsafstemming met andere verhuurders. HBC diende dan ook een voorschot op de huurpenningen te betalen aan Unibail. Het gerechtshof bevestigt het oordeel van de rechtbank. Hij overweegt dat HBC, mede gezien de betwisting van Unibail, onvoldoende gesteld heeft.⁸³ Bovendien bedreigt het mededingingsrecht alleen de afspraken tussen karteldeelnemers onderling met nietigheid, en niet de rechtsverhouding tussen een karteldeelnemer en diens (niet bij de mededingingsbeperkende afspraak betrokken) afnemer, aldus het gerechtshof.⁸⁴ Ten slotte is het gerechtshof gebonden aan een vonnis in een bodemprocedure tussen Unibail en HBC, waarin HBC reeds is veroordeeld tot de betaling van achterstallige huur.⁸⁵ De rechtbank Amsterdam komt in verscheidene kortgedingprocedures ook tot het oordeel dat de nietigheids-sanctie in het mededingingsrecht niet op de rechtsverhouding ziet tussen een karteldeelnemer en diens afne-

79 Rb. Amsterdam 30 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5511 (*ASR/HBC*); Rb. Amsterdam 30 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5510 (*Kroonenberg/HBC*); Rb. Amsterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6805 (*CBRE/HBC*); Hof Amsterdam 2 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3361 (*HBC/Unibail*). In de zaak Rb. Rotterdam 10 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3079 (*Eiseres/Berkman*) blijft het mededingingsrecht (vooralsnog) onbesproken.

80 Zie hierover eerder de kroniek van vorig jaar: M. Meijssen & S. Tuinenga, 'Kroniek civiele rechtspraak mededingingsrecht 2020', *M&M* 2021/3, p. 101-102.

81 Hof Amsterdam, 2 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3361 (*HBC/Unibail*).

82 Rb. Amsterdam 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4901 (*Unibail/HBC*).

83 Hof Amsterdam, 2 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3361 (*HBC/Unibail*), r.o. 3.19.

84 *HBC/Unibail*, r.o. 3.19.

85 *HBC/Unibail*, r.o. 3.19.

mer.⁸⁶ Bij een onrechtmatigedaadsactie had dit bezwaar niet gespeeld.

Besluit ondernemersvereniging

In een zaak voor de rechtbank Zeeland-West-Brabant⁸⁷ stelt Cycling Service dat een besluit van de wereldwijde wielerbond Union Cycliste Internationale (UCI) en de wielrennersvakbond Cyclistes Professionnels Associés (CPA) om het prijzenmanagement voor wielervedstrijden verplicht via één centraal platform te laten verlopen in strijd is met het mededingingsrecht. Cycling Service stelt dat zij als alternatieve aanbieder van een dergelijk platform uitgesloten en benadeeld wordt en vordert schadevergoeding.

De rechtbank oordeelt dat het besluit niet de strekking heeft de mededinging te beperken omdat het een legitieme doelstelling heeft, te weten de verbetering van de positie van wielrenners.⁸⁸ De beperkingen van de mededinging die het gevolg zijn van het besluit zijn ook inherent en evenredig aan de doelstelling.⁸⁹ De rechtbank overweegt in dit kader dat bepaalde prijsmanagementdiensten nog steeds door derden (zoals Cycling Service) kunnen worden verricht, en dat UCI en CPA de markt niet verder dan noodzakelijk hebben afgeschermd.

Wat betreft de gevolgen van de mededingingsbeperking oordeelt de rechtbank dat Cycling Service de relevante markt onvoldoende heeft onderbouwd. De rechtbank overweegt dat het door Cycling Service ingediende economische rapport beperkt is tot desktopresearch en interviews met onder meer medewerkers van Cycling Service zelf, en bijvoorbeeld geen substitutieanalyse bevat in de vorm van een SSNIP-test. Bovendien gaat het rapport uit van assumpties die de rechtbank als onjuist heeft beoordeeld. De rechtbank wijst de vorderingen dan ook af als onvoldoende onderbouwd, mede in het licht van de betwisting door gedaagden.⁹⁰

In een hogerberoepszaak in kort geding voor het gerechtshof 's-Hertogenbosch⁹¹ staat de vraag centraal of een organisatie die een keurmerk uitgeeft voor kwaliteitsrundvlees als voorwaarde voor het keurmerk mag stellen dat veehouders van bepaalde bij naam genoemde leveranciers veevoer afnemen, zonder kenbare objectieve criteria te hanteren. Appellante klaagt als producent van veevoer dat zij op deze wijze wordt buitengesloten van leveranties, en dat dit in strijd is met het kartelverbod. In eerste instantie zijn de vorderingen van appellante afgewezen, omdat de beperking geen mededingingsbeperkende strekking zou hebben, en de gevolgen onvoldoende waren aangetoond. In hoger beroep krijgt de zaak een verrassende wending wanneer gedaagde

voor het eerst stelt dat haar lijst van leveranciers slechts voorkeursleveranciers betreft, en dat het veehouders vrij staat om van andere leveranciers af te nemen. Op deze basis oordeelt het gerechtshof dat appellante geen belang meer heeft bij de zaak.⁹²

Non-concurrentiebedingen

In een zaak voor de rechtbank Midden-Nederland doet een gedaagde een succesvol beroep op nietigheid van een non-concurrentiebeding.⁹³ Eiseres baat sinds 2012 een haarsalon uit en is aangesloten bij de vereniging van eigenaren van het winkelcentrum waar haar salon is gevestigd. In de splitsingsakte van de vereniging van eigenaren is een non-concurrentiebeding opgenomen, inhoudende dat het een nieuwe eigenaar van een appartementsrecht verboden is een bedrijf uit te oefenen dat gelijk is aan een bedrijf dat reeds wordt uitgeoefend in het winkelcentrum. Wanneer gedaagde Domeco op 3 maart 2021 ook een kapperszaak opent, vordert eiseres sluiting hiervan met een beroep op de splitsingsakte. Domeco verweert zich met een beroep op de nietigheid van het non-concurrentiebeding vanwege strijd met het mededingingsrecht. De voorzieningenrechter volgt het standpunt van Domeco en oordeelt dat het aannemelijk is dat het non-concurrentiebeding een overeenkomst of besluit van een ondernemersvereniging betreft met de strekking de mededinging te beperken. De winkeleigenaren hebben immers afgesproken niet met elkaar te concurreren op de relevante markt voor kappers in het winkelcentrum (de marktafbakening was niet in geschil).⁹⁴ De vordering wordt vanwege de nietigheid van het non-concurrentiebeding dan ook afgewezen.

Een tweede zaak voor het gerechtshof Den Haag⁹⁵ betrof ook een non-concurrentiebeding, maar deze keer in een overnameovereenkomst van een verzekeringsonderneming. Verkoper en koper hadden afgesproken dat verkoper geen gelijksoortige activiteiten als de verkochte onderneming zou uitoefenen binnen een straal van 75 kilometer vanaf de gemeentegrens van Gorinchem voor een periode van 15 jaar. Koper stelt dat verkoper dit na enkele jaren toch heeft gedaan, en vordert de contractueel overeengekomen boete en (aanvullende) schadevergoeding. Verkoper verweert zich met de stelling dat het non-concurrentiebeding nietig is vanwege strijd met het kartelverbod. Het gerechtshof wijst het beroep op nietigheid in navolging van de rechtbank Rotterdam af. Voor strijd met het kartelverbod is effect van het non-concurrentiebeding op de markt vereist, en dat zou verkoper onvoldoende hebben aangetoond, mede in het licht van de bagatelregeling. Het verweer wordt dan ook afgewezen.⁹⁶ Uit het arrest blijkt niet (duidelijk) of het gerechtshof uitsluitend doelt op de bagatelregeling of anderszins meent dat verkoper voor een succesvol be-

86 Rb. Amsterdam 30 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5511 (*ASR/HBC*), r.o. 4.5; Rb. Amsterdam 30 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5510 (*Kroonberg/HBC*), r.o. 4.5; Rb. Amsterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6805 (*CBRE/HBC*), r.o. 4.26.

87 Rb. Zeeland-West-Brabant 15 december 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:6501 (*Cycling Service c.s./UCI c.s.*).

88 *Cycling Service c.s./UCI c.s.*, r.o. 4.17.

89 *Cycling Service c.s./UCI c.s.*, r.o. 4.18.

90 *Cycling Service c.s./UCI c.s.*, r.o. 4.21.

91 Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:436 (*Appellante/Geïntimeerde*).

92 *Appellante/Geïntimeerde*, r.o. 5.12.

93 Rb. Midden-Nederland 30 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2859 (*Eiser/Domeco*).

94 *Eiser/Domeco*, r.o. 4.6.

95 Hof Den Haag 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1824 (*De CV/De Holding c.s.*).

96 *De CV/De Holding c.s.*, r.o. 29.

roep op nietigheid een *de minimis*-effect op de markt had moeten aantonen (hoewel het om een strekkingsbeperking lijkt te gaan).⁹⁷

In een zaak voor de rechtbank Noord-Nederland wordt een beroep op nietigheid van een non-concurrentiebeding afgewezen omdat door eiseresonvoldoende was gesteld om aannemelijk te maken dat de afspraak niet onder de bagateluitzondering viel. De rechtbank overweegt dat het kartelverbod op basis van artikel 7 lid 1 onder a Mw niet geldt voor zover het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen op de relevante markten lager is dan 10%. Eiseres had niet aannemelijk gemaakt dat het gezamenlijke marktaandeel in dit geval hoger was dan 10%, en het beroep op nietigheid wordt aldus afgewezen.⁹⁸

Opzegging distributieovereenkomst

In de kroniek van 2019 is een arrest besproken met betrekking tot de opzegging door DAF Trucks N.V. (DAF) van een distributieovereenkomst met de Turkse trailerfabrikant Tirsan.⁹⁹ De distributieovereenkomst bevatte een opzegclausule die bepaalde dat DAF een opzegtermijn van één jaar mocht hanteren, maar dat uitsluitend in het geval dat een reorganisatie van haar distributienetwerk noodzakelijk was. In andere gevallen zou de opzegtermijn twee jaar bedragen. De opzeggingsclausule was gebaseerd op richtsnoeren van de Turkse mededingingsautoriteit, die op hun beurt vrijwel letterlijk over waren genomen van artikel 3 lid 5 onder b Europese Groepsvrijstellingsverordening voor motorvoertuigen. Het gerechtshof liet zich voor de interpretatie van de overeenkomst leiden door de Europese mededingingsrechtelijke rechtspraak, in het bijzonder het arrest *Vulcan Silkeborg*,¹⁰⁰ waarin het Hof van Justitie oordeelde hoe 'noodzakelijke reorganisatie' in de zin van de groepsvrijstellingsverordening moet worden geïnterpreteerd.

DAF zegt de overeenkomst in 2013 op met een termijn van één jaar. In 2014 zegt zij de overeenkomst 'voor zover nodig' op met een termijn van twee jaar. Het gerechtshof komt tot de conclusie dat DAF de noodzakelijkheid van de reorganisatie onvoldoende had aangetoond, en de eerste opzegging dus niet rechtsgeldig had plaatsgevonden. DAF wordt veroordeeld tot vergoeding van de door Tirsan geleden schade als gevolg van de niet

rechtsgeldige eerste opzegging, nader op te maken bij staat.

De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het gerechtshof. De klacht van DAF dat het gerechtshof ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het Europese mededingingsrecht van toepassing is op de overeenkomst wordt afgewezen. De Hoge Raad overweegt dat de klacht de feiten miskent en het gerechtshof (terecht) de rechtspraak van het Hof van Justitie van belang heeft geacht voor de interpretatie van de door Nederlands recht beheerste distributieovereenkomst en het toepasselijke Turkse mededingingsrecht.

Ook de klacht dat het gerechtshof de noodzakelijkheid van de reorganisatie ten onrechte vol had getoetst wordt afgewezen. De Hoge Raad overweegt dat het Hof van Justitie weliswaar heeft benadrukt dat het niet aan de rechter is om de motieven van een leverancier in twijfel te trekken, maar dat daar tegenover staat dat de rechtsbescherming wordt ontnomen als de noodzaak van de reorganisatie ter discretionaire bevoegdheid van de leveranciers staat.¹⁰¹ De Hoge Raad overweegt dat redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel kan bestaan dat het Hof van Justitie in het arrest *Vulcan Silkeborg* een autonome Unierechtelijke beoordelingsmaatstaf heeft ontwikkeld in het kader van de uitleg van de woorden 'noodzaak tot reorganisatie'. Het gerechtshof heeft deze beoordelingsmaatstaf aangelegd en het kan in het midden blijven of de beoordelingsmaatstaf op één lijn kan worden gesteld met een marginale dan wel een volle toetsing.¹⁰² Het gerechtshof heeft dan ook terecht geoordeeld dat DAF ten onrechte een termijn van één jaar had gehanteerd in haar eerste opzegging. Ook de overige cassatieklachten worden verworpen.

In een zaak voor het gerechtshof 's-Hertogenbosch¹⁰³ tussen een leverancier en distributeur van medische apparatuur voert de distributeur aan dat de opzegging van de distributieovereenkomst in strijd is met het Kazachstaanse mededingingsrecht. Het gerechtshof wijst de vordering af omdat de mededingingsinbreuk niet is komen vast te staan. Hierbij speelt mee dat pas bij pleidooi in hoger beroep is gewezen op een beschikking van de Kazachstaanse mededingingsautoriteit, terwijl deze beschikking al ten tijde van de memorie van grieven beschikbaar was. Het gerechtshof laat de betreffende feiten dan ook buiten beschouwing vanwege strijd met de goede procesorde.¹⁰⁴

In een zaak voor de rechtbank Limburg¹⁰⁵ diende de rechter te beoordelen of zij bevoegd is om van vorderingen van General Mobility Services & Import B.V. (GMS) kennis te nemen inzake een gestelde onrechtmatige opzegging van een distributieovereenkomst door Ligier vanwege strijd met het mededingingsrecht. De rechtbank wijst het beroep op een forumclausule in de distri-

97 Dat laatste lijkt auteurs onjuist. In het *Expedia*-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat een strekkingsbeperking 'naar haar en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt', zie HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*), r.o. 37. Dit neemt overigens niet weg dat een mededingingsbeperking nog wel in de economische en juridische context gezien concreet geschikt moet zijn om het mededingingsbeperkende doel te bereiken. Zie bijvoorbeeld E.F. van Hasselt, H.E. Urlus & A. Baars, 'HvJ EU Expedia en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid', *M&M* 2013/4, p. 119.

98 Rb. Noord-Nederland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4422 (*Eiser/Next Generation*), r.o. 6.11.

99 Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3783 (*Trailerfabrikant/DAF*), zie hierover S. Tuinenga & M. Meijssen, 'Kroniek civiele rechtspraak 2019', *M&M* 2020/2, p. 50.

100 HvJ EG 7 september 2006, C-125/05, ECLI:EU:C:2006:531 (*Vulcan Silkeborg*).

101 HR 30 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:667 (*DAF/Tirsan*), r.o. 3.3.2 en *Vulcan Silkeborg*, r.o. 35-36.

102 *DAF/Tirsan*, r.o. 3.3.3.

103 Hof 's-Hertogenbosch 17 augustus 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2566 (*Medicus/Medtronic*).

104 *Medicus/Medtronic*, r.o. 4.4.2.

105 Rb. Limburg 23 juni 2021, ECLI:NL:RBLIM:2021:5356 (*GMS/Ligier*).

butieovereenkomst af. De rechtbank overweegt dat de feiten die GMS aan haar vordering op basis van onrechtmatige daad ten grondslag legt buiten de reikwijdte van de distributieovereenkomst vallen. Omdat het schadebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan is op basis van artikel 7 aanhef en onder 2 Brussel I Verordening (Herschikking) de Nederlandse rechter bevoegd, en niet de Franse rechter waarnaar in de forumclausule werd verwezen.¹⁰⁶

Misbruik economische machtspositie

In een kort geding voor het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao komt het gerecht tot het voorlopig oordeel dat Cyberluck misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. Voor zover auteurs bekend is dit de eerste zaak waarin (impliciet) toepassing wordt gegeven aan het Curaçaose mededingingsrecht uit de Landsverordening inzake concurrentie.¹⁰⁷

De zaak gaat over Cyberluck, een van de vier ‘master licentiehouders’ voor kansspelen op Curaçao. Zij kan sublicenties afsluiten met (andere) kansspeexploitanten, die dan op die basis kansspelen kunnen exploiteren. Nadat Cyberluck het vermoeden krijgt dat trustkantoor XCM een eigen masterlicentie wil aanvragen en (volgens haar) niet integer handelt, weigert Cyberluck verzoeken tot sublicenties af te handelen van kansspel-exploitanten die klanten zijn van XCM. XCM stelt dat Cyberluck met deze (leverings)weigerings misbruik maakt van haar machtspositie en onrechtmatig handelt ten opzichte van XCM. Het gerecht gaat hierin mee. Het overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat Cyberluck een machtspositie heeft (overigens terwijl er kennelijk drie andere master licentiehouders actief zijn op Curaçao).¹⁰⁸ Het gerecht vervolgt dat het op korte termijn aankondigen van de maatregel om niet meer met klanten van XCM zaken te doen kwalificeert als misbruik van machtspositie, omdat zij hiermee de mededinging op de trustmarkt beïnvloedt.¹⁰⁹ De zaak is opmerkelijk omdat iedere verwijzing naar het juridische kader voor misbruik machtspositie onder het Curaçaose mededingingsrecht ontbreekt, en bovendien geen marktafbakening of analyse van een machtspositie lijkt te hebben plaatsgevonden. Het zou interessant zijn indien de zaak een vervolg krijgt in hoger beroep of in een bodemprocedure.

In een zaak voor het gerechtshof Den Haag¹¹⁰ verzoekt groothandelaar in bier Groobo een voorlopig getuigenverhoor tegen Heineken om duidelijkheid te verkrijgen over vermeend misbruik van machtspositie door Heineken. Het misbruik zou eruit bestaan dat Heineken een lagere prijs rekent voor bier dat zij aan horecaondernemers verkoopt dan aan groothandelaars als Groobo.

Naar het oordeel van het gerechtshof moet het verzoek van Groobo afgewezen worden omdat zij wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet kan worden toegelaten tot het uitoefenen van haar bevoegdheid om een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken.¹¹¹ Groobo heeft geen (voldoende) concrete aanknopingspunten of aanwijzingen genoemd die – door middel van het houden van een voorlopig getuigenverhoor – kunnen leiden tot gegrondbevinding van Groobo’s stelling dat sprake is van misbruik van een economische machtspositie.¹¹² Zo heeft Groobo in haar beroepsschrift, onder meer, (vrijwel) niets gezegd over de relevante markt en over de machtspositie die Heineken op die markt zou bekleden, terwijl Heineken gemotiveerd heeft betwist dat zij een machtspositie bezit. Nu Groobo dat heeft nagelaten, is haar verzoek om een voorlopige voorziening niet toewijsbaar.

In een zaak voor het gerechtshof Den Haag heeft zorgverzekeraar Menzis betoogd dat AstraZeneca misbruik van haar machtspositie zou hebben gemaakt door voorafgaand aan de vernietiging van een farmaceutisch octrooi zich ten opzichte van een of meer concurrenten op het octrooi te beroepen. Menzis meent dat AstraZeneca daardoor ten opzichte van haar onrechtmatig heeft gehandeld en dat AstraZeneca daardoor ook ten koste van Menzis is verrijkt.¹¹³ Het gerechtshof oordeelt dat Menzis onvoldoende heeft gesteld om te kunnen concluderen dat er sprake is van een machtspositie van AstraZeneca. Menzis heeft, mede in het licht van een gemotiveerd verweer van AstraZeneca, onvoldoende gesteld om de relevante productmarkt te kunnen afbakenen.¹¹⁴ Omdat de machtspositie onvoldoende is aangetoond wordt de vordering afgewezen.

Verplichte deelname aan bedrijfstakpensionfonds en beroepspensionfonds gerechtvaardigd

In een zaak voor het gerechtshof Amsterdam tussen Deliveroo Netherlands B.V. (Deliveroo) en de Stichting Bedrijfstakpensionfonds voor het beroepsvervoer over de weg (Bpf Vervoer) vordert Deliveroo dat het gerechtshof het vonnis van de rechtbank Amsterdam¹¹⁵ vernietigt waarin is geoordeeld dat Deliveroo deel moet nemen aan het bedrijfstakpensionfonds voor het beroepsvervoer over de weg.¹¹⁶

Deliveroo voert in hoger beroep aan dat het stelsel van verplichte deelname in een bedrijfstakpensionfonds inbreuk maakt op het vrije verkeer van diensten en het recht van vrije vestiging. Het gerechtshof gaat hier niet in mee en overweegt dat het stelsel van verplichte bedrijfstakpensionfondsen niet in strijd is met Europese

106 GMS/Ligier, r.o. 5.8-5.9.

107 Landsverordening van de 29ste maart 2016 houdende vaststelling van de Landsverordening inzake concurrentie (P.B. 2016/no. 16).

108 Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 15 juli 2021, ECLI:NL:OGEC:2021:133 (XCM/Cyberluck), r.o. 4.17.

109 XCM/Cyberluck, r.o. 4.17.

110 Hof Den Haag 15 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2005 (Groobo B.V./Heineken Nederland B.V.).

111 Groobo B.V./Heineken Nederland B.V., r.o. 4.1.

112 Groobo B.V./Heineken Nederland B.V., r.o. 4.2.1.

113 Hof Den Haag 28 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2535 (AstraZeneca/Menzis).

114 AstraZeneca/Menzis, r.o. 5.14.

115 Rb. Amsterdam 26 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6292 (Pensionfonds Vervoer/Deliveroo).

116 Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979 (Deliveroo/Bpf Vervoer).

mededingingsregels – waar Deliveroo zich overigens niet op heeft beroepen – omdat het een zodanige dienst van algemeen economisch belang is, dat inbreuk gemaakt mag worden op het recht van vrije mededinging.¹¹⁷ Naar analogie oordeelt het gerechtshof dat om dezelfde reden een inbreuk op het vrije verkeer gerechtvaardigd is.¹¹⁸ De rechtbank Den Haag oordeelt in dezelfde zin in een zaak betreffende een pensioenfonds voor het notariaat.¹¹⁹

Beroepsaansprakelijkheid advocaat voor onjuist mededingingsrechtelijk advies

Tot slot nog een waarschuwing voor de mededingingsadvocaten onder ons in de vorm van een zaak over beroepsaansprakelijkheid voor de rechtbank Oost-Brabant.¹²⁰ De advocaat had in de periode 1990-2003 aan het samenwerkingsverband Rentex advies uitgebracht over de samenwerking tussen textielwasserijen voor de gezondheidszorg. Mede op basis van de door Rentex verstrekte marktaandelen adviseerde de advocaat dat de samenwerking niet in strijd was met het mededingingsrecht (met enige voorbehouden). Rentex deelt het advies met de bij haar aangesloten wasserijen en de samenwerkingsovereenkomst wordt kort daarna gesloten. In 2011 heeft de ACM een boete opgelegd aan de wasserijen omdat de samenwerkingsovereenkomst in strijd was met het kartelverbod, vanwege afspraken tot rayonverdeling en acquisitieverboden. Het kartelbesluit is tot in hoogste instantie bevestigd.¹²¹ Twee bij Rentex aangesloten wasserijen (dus niet de cliënte van de advocaat zelf) stellen de advocaat aansprakelijk voor een beroepsfout op basis van onrechtmatige daad. De rechtbank oordeelt dat de advocaat niet aansprakelijk is voor een beroepsfout. Zij overweegt dat een advocaat onder omstandigheden rekening moet houden met redelijkerwijs kenbare, gerechtvaardigde belangen van derden. In dit geval is er echter geen zorgvuldigheidsnorm jegens derden geschonden. Het mededingingsrecht stond in 2003 nog in de kinderschoenen, en er kon destijds anders worden gedacht over de vraag of een verbod op actieve acquisitie in een horizontale overeenkomst in strijd was met het mededingingsrecht.¹²² Bovendien mocht de advocaat uitgaan van het door zijn cliënte verstrekte marktaandeel van minder dan 15%, waarmee de samenwerking mogelijk onder een vrijstelling zou vallen (volgens het vonnis: voor commercialiseringsovereenkomsten of bagatel).¹²³ De vordering wordt dan ook afgewezen.

117 HvJ EG 21 september 1999, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430 (*Albany*), HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97, C-116/97 en C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434 (*Brentjens*) en HvJ EG 21 september 1999, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (*Drijvende Bokken*).

118 Hof Amsterdam 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3979, r.o. 3.26.

119 Rb. Den Haag 30 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:7064 (*Eiser/Stichting Pensioenfonds Notariaat c.s.*), r.o. 4.29.

120 Rb. Oost-Brabant 1 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6252 (*NLHC c.s./Gedaagde*).

121 Zie Cbb 23 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*).

122 Rb. Oost-Brabant 1 december 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:6252 (*NLHC c.s./gedaagde*), r.o. 6.12.

123 *NLHC c.s./gedaagde*, r.o. 6.23.