

Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2018

58

A. Outhuijse*

I. Inleiding

In deze kroniek wordt de ontwikkeling van de bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak op het gebied van het mededingingsrecht uit het jaar 2018 besproken. Bij deze thematische bespreking is een onderscheid gemaakt tussen de bestuurs- en civielrechtelijke zaken en zullen enkel de meest spraakmakende uitspraken worden besproken.

In dit kroniekjaar zijn er thema's die binnen beide rechtsgebieden voorkomen. Zo is bij beide de vraag aan de orde geweest in hoeverre ondernemingen zich kunnen verschuilen achter een franchiseconstructie om vrijgesteld te worden van het kartelverbod. Een andere terugkerende vraag is wanneer de bestuursrechtelijke en civielrechtelijke verjaringstermijn is gestart en of de verjaringstermijn in een concrete zaak is overschreden. Tot slot speelt in beide rechtsgebieden de vraag hoe intensief de analyse van de markt dient te zijn bij strekkingsbeperkingen en meer in het bijzonder de analyse of en in hoeverre het functioneren van de markt wordt beïnvloed door de gedragingen van de onderneming(en).

Verder zijn er natuurlijk noemenswaardige ontwikkelingen die eigen zijn aan de afzonderlijke rechtsgebieden. Zo zijn de hoogte van de boetes en de afschrikwekkende werking daarvan een specifiek terugkerend discussiepunt in de bestuursrechtelijke kartelzaken. Een ander voorbeeld zijn de ontwikkelingen omtrent de Wet Markt en Overheid. Deze wet bevat gedragsregels voor overheidsorganen die oneerlijke concurrentie door de overheid dienen tegen te gaan. Een voorbeeld ten aanzien van de civiele rechtspraak, en dan in het bijzonder de schadevergoedingszaken, is de discussie over de bevoegdheid van Nederlandse rechter. Zoals hieronder zal worden uiteengezet, voeren de karteldeelnemers herhaaldelijk als beroepsgrond aan dat de Nederlandse rechter niet bevoegd

is, maar is deze beroepsgrond zelden succesvol. Dit discussiepunt speelt niet bij de bestuursrechtelijke praktijk.

Tot slot zijn er diverse ontwikkelingen ten aanzien van de zaken die zijn beschreven in de kronieken van voorgaande jaren. Zo is met de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb) van dit jaar een einde gekomen aan de geschillen *Limburgse bouwzaken*, *Wasserijen* en *Scheepsafval*. Daarnaast is de *Funda*-zaak voortgezet waarover in de kroniek van 2015 is gerapporteerd en hebben zich ook in 2018 ontwikkelingen voortgedaan in het geschil tussen TenneT en de deelnemers van het gasgeïsoleerde schakelkartel (GGS-kartel) waarover reeds in de kronieken van 2015, 2016 en 2017 is geschreven. Al deze ontwikkelingen zijn onderwerp van deze kroniek.

2. Overzicht bestuursrechtelijke rechtspraak

Het aantal te bespreken kartelzaken waarin een uitspraak is gedaan door de bestuursrechters (de Rechtbank Rotterdam en het CBb) is minder dan voorgaande jaren. In dit kroniekjaar lagen vier kartelboetezaken van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) voor bij de Rechtbank Rotterdam en het CBb. Het CBb deed in 2018 uitspraak in een drietal zaken: *Limburgse bouwzaken*, *Wasserijen* en *Scheepsafval*.¹ Voor de Rechtbank Rotterdam betrof het slechts één enkele zaak: *Koel- en Vrieshuizen*.² Hoewel de zaak bij de Rechtbank Rotterdam tot een volledige vernietiging van het onderliggende boetebesluit leidde, bevestigde het CBb de door de ACM gestelde overtredingen in de andere drie zaken en profiteerden slechts enkele ondernemingen van een boeteverlaging. Naast de kartelzaken zijn er diverse zaken binnen het thema Wet Markt en Overheid die bespreking verdienen.

* Annalies Outhuijse verricht promotieonderzoek naar de publiekrechtelijke handhaving van het kartelverbod aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage heeft voor de beschrijving van de zaken enige overlap met de kronieken uit eerdere jaren en A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:CBB:2018:526', AB 2019/7 (*Wasserijen*); A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:RBROT:2018:2777, 2781, 2787 en 2818', AB 2018/349 en 350 (*Koel- en Vrieshuizen*); A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:CBB:2018:141', AB 2018/340 (*Limburgse bouwzaken*).

1 CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:141 (*Limburgse bouwzaken*); CBb 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*); CBb 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527 (*Scheepsafval*).

2 Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2777, 2781, 2787 en 2818 (*Koel- en Vrieshuizen*).

2.1. Afbakening relevante markt

Zoals uitgebreid besproken in de kronieken van 2016 en 2017, is er veel discussie geweest in de mededingingsrechtelijke rechtspraak en literatuur of na het bewijzen dat bepaalde gedragingen hebben plaatsgevonden, zoals een marktverdeling- of een prijsafspraken, voor zogenoemde strekkingsbeperkingen nog moet worden bewezen dat de gedragingen *in staat zijn* de mededinging te beperken.³ Zo was de vraag of de autoriteit na de vaststelling van de gedragingen onder meer het functioneren van de markt en de positie van de ondernemingen op de markt diende te beoordelen om aan te tonen dat de gedragingen in het individuele geval in staat zijn de mededinging te beperken. Zowel de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in *Koel- en Vriesshuizen* als de uitspraken van het CBB in *Wasserijen* en *Scheepsafval* zijn relevant in deze discussie. De Rechtbank Rotterdam heeft in *Koel- en Vriesshuizen* bevestigd dat zij strenge eisen stelt ten aanzien van de afbakening van de relevante markt. Het CBB zette in *Scheepsafval* uiteen wat het doel van de marktafbakening is en de ACM stelde zelfstandig in *Wasserijen* – in lijn met eerdere rechtspraak van het CBB – dat ook voor strekkingsbeperkingen moet worden onderzocht of gedragingen in staat zijn de mededinging te beperken.

De kartelovertradingen in de *Koel- en Vriesshuizen* zijn complex: vier ondernemingen en vijf leidinggevendenden zijn beboet voor in totaal drie verschillende overtradingen.⁴ Voor de kroniek zijn de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam in twee van deze overtradingen van belang, namelijk de overtrading van het kartelverbod bij de opslag van vis en de opslag en verwerking van vruchtensappen en -concentraten in koel- en vriesshuizen. Deze zaak is een van de recente zaken waarbij de ACM een schikking is overeengekomen met een deel van de beboete ondernemingen.⁵ Het is een zogenoemde hybride schikking, waarbij slechts een deel van de ondernemingen de schikking heeft geaccepteerd en de andere ondernemingen ervoor hebben gekozen om te procederen tegen de overtrading.

Inzake de inbreuk op het kartelverbod bij de productie en opslag van vruchtensappen en -concentraten, stonden de boetes opgelegd aan één onderneming en één leidinggevende ter discussie.⁶ De overtrading betrof de uitwisseling van informatie over prijzen en capaciteit in de periode van 31 juli 2006 tot en met 16 november 2009. De overtrading werd door de ACM gekwalificeerd als één enkele voortdurende inbreuk inhoudende dat de reeks

van individuele gedragingen wegens hun gemeenschappelijk doel deel uitmaken van een totaalplan om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen of uit te schakelen. Anders dan de ACM, had de Rechtbank Rotterdam twijfels over de juistheid van de besluiten op twee punten: (1) de vaststelling van de geografische markt en (2) de vaststelling dat de handelingen wegens hun gemeenschappelijk doel deel uitmaken van een 'totaalplan'. De rechtbank vernietigde het besluit gericht aan de feitelijk leidinggevende op de eerste grond, terwijl het besluit gericht aan de onderneming op de tweede grond werd vernietigd.

Ten aanzien van de geografische markt concludeerde de rechtbank dat hoewel er aanwijzingen waren voor het standpunt van de ACM dat Nederland de relevante markt vormt, er ook aanwijzingen in het dossier waren die erop wijzen dat sprake was van een ruimere geografische markt. Zo verwees de rechtbank naar verklaringen in het dossier waarin de geïnterviewde aangaf dat er eventuele alternatieve opslagmogelijkheden in België zouden zijn. De rechtbank stelde dat de twijfel over de geografische markt werd versterkt door het rapport van de door de onderneming aangestelde expert. Volgens de rechtbank had de ACM, vanwege de twijfel over de juistheid van de geografische afbakening van de markt, niet zonder nader onderzoek van een nationale markt mogen uitgaan.

Het concept van de één enkele voortdurende inbreuk speelde ook een rol in deze *Koel- en Vriesshuizen*-zaak.⁷ Zoals gesteld in jurisprudentie van het CBB, bijvoorbeeld in *Zilveruijen*, *Meel* en *Executieveilingen*, en in de onderhavige uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, kan op basis van vaste Europese rechtspraak een overtrading van het kartelverbod voortvloeien uit een reeks zelfstandige handelingen indien deze handelingen deel uitmaken van een totaalplan met één gemeenschappelijk doel.⁸ Na deze vaststelling oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de ACM niet kon worden gevolgd in het standpunt dat de bewijsmiddelen duidelijk aantoonde dat er een afspraak bestond tussen beide ondernemingen met als gemeenschappelijk doel om de onderlinge concurrentiedruk te verminderen. Zoals gesteld door de beboete onderneming, stelde de Rechtbank Rotterdam dat de gedragingen tot op grote hoogte ook zouden kunnen hebben plaatsgevonden met het oog op de beoogde samenwerking en/of overname. Gelet hierop, en gelet op het beperkte aantal gedragingen waarvoor de ACM bewijs had aangedragen, was de rechtbank van oordeel dat de ACM niet had aangetoond dat de handelingen wegens hun gemeenschap-

3 A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2017', *SEW* 2018, afl. 4, p. 149-157; A. Outhuijse, 'Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2016', *SEW* 2017, afl. 5, p. 199-210; A. Outhuijse, 'Wat doet de Nederlandse rechter met het merkbaarheidsvereiste na Expedia?', *SEW* 2014, afl. 9, p. 391-397.

4 De beschrijving van de feiten van de zaak heeft enige overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:RBROT:2018:2777, 2781, 2787 en 2818', *AB* 2018/349 en 350 (*Koel- en Vriesshuizen*).

5 Zie hierover A. Outhuijse, 'Schikken met ACM: gewenste koers of rechtsomkeert maken?', *SEW* 2016, afl. 12, p. 510-522.

6 Rb. Rotterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2787 en 2818 (*Koel- en Vriesshuizen*).

7 In verschillende zaken uit recente jaren speelde het concept van de één enkele voortdurende inbreuk een rol, bijvoorbeeld *Leesmappen*, *Meel*, *Executieveilingen*, *Wasserijen*, *Scheepsafval*, *Zilveruijen* en *Eerstejaars plantuien*.

8 CBB 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56 (*Zilveruijen*); CBB 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:185, ECLI:NL:CBB:2016:186, ECLI:NL:CBB:2016:187, ECLI:NL:CBB:2016:188, ECLI:NL:CBB:2016:189, ECLI:NL:CBB:2016:190 (*Meel*); CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204 (*Executieveilingen*). Zie ook Rb. Rotterdam 27 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5744 en ECLI:NL:RBROT:2017:5765 (*Leesmappen*).

pelijk doel deel uitmaakten van een totaalplan. Hoewel het concept ‘één enkele voortdurende inbreuk’ is gebruikt in veel recente zaken,⁹ is deze zaak samen met *Executieveilingen* de enige zaak waarbij de rechter tot de conclusie kwam dat er onvoldoende bewijs was om de overtredingen te kwalificeren als een enkele voortdurende inbreuk. Bij *Executieveilingen* had de ACM voor een beperkt deel van de zaken bewijs geleverd (215 van 2328 zaken), hetgeen het CBB gezien het overige bewijs en alternatieve verklaringen onvoldoende achtte.¹⁰ In de onderhavige zaak inzake opslag van vruchtensappen verwees de rechtbank ook naar overige verklaringen en het feit dat de ACM voor een beperkt aantal gedragingen bewijs heeft aangeleverd.

In *Scheepsafval* ging het CBB expliciet in op de rol van de marktafbakening in kartelzaken. De zaak kent een lange geschiedenis.¹¹ De ACM legde reeds in 2011 de boetes op, op basis van door het Openbaar Ministerie verstrekte telefoontaps. De verboden gedragingen betroffen telefonische contacten tussen inzamelaars van scheepsafval in het Rotterdamse havengebied over prijzen en een verdeling van de markt. In de eerste ronde bij de Rechtbank Rotterdam en het CBB stond de vraag centraal of en onder welke voorwaarden de ACM deze telefoontaps mocht gebruiken als bewijs. Anders dan de Rechtbank Rotterdam, oordeelde het CBB in 2015 dat de verstrekking van dit materiaal aan de ACM niet onrechtmatig was.¹² Na deze vaststelling werd de zaak terugverwezen naar de rechtbank voor een inhoudelijke beoordeling. Net als de Rechtbank Rotterdam oordeelde het CBB in het kroniekjaar dat de ACM terecht boetes heeft opgelegd aan de drie inzamelaars.¹³ Verwijzend naar eigen, oudere rechtspraak stelde het CBB ten aanzien van de marktafbakening dat de bepaling van de relevante markt geen doel op zich is, ‘maar een instrument voor de analyse die is vereist voor de toepassing van de mededingingsregels, waarbij de mate van gedetailleerdheid afhankelijk is van hetgeen wordt vereist voor de beoordeling van de gedragingen die het voorwerp van onderzoek vormen’.¹⁴ Na beoordeling van onder meer de marktaandelen, kwam het CBB net als de rechtbank en de ACM tot het oordeel dat ‘de verweten afstemming – gelet op de bewoordingen, de doelstellingen en de context ervan – de mededinging in die mate nadelig beïnvloedde dat zij kon worden geacht een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: Mw) te hebben’.

De *Wasserijen*-zaak is tevens interessant ten aanzien van de afbakening van de relevante markt, omdat de ACM – in lijn met eerdere rechtspraak van het CBB – in deze zaak bevestigt dat de gedragingen in staat dienen te zijn de mededinging te beperken om onder het kartelverbod te vallen.¹⁵ De zaak betreft opgelegde boetes wegens een marktverdelingsafspraken tussen wasserijen actief op het gebied van textielverzorging voor de gezondheidszorg. De vier wasserijen hadden gezamenlijk een dochteronderneming opgericht, waarna de wasserijen een franchise-overeenkomst hadden gesloten met de dochteronderneming. Naast de gezamenlijke inkoop van linnengoed, de ontwikkeling van kennis en onderzoek en ondersteuning bij calamiteiten, hadden de ondernemingen in het kader van de overeenkomst de markt onderling verdeeld in zogenoemde rayonnen in de periode 1998 en 2009. Bij het laatste was de afspraak opgenomen dat de bedrijven geen klanten gevestigd buiten hun eigen rayon mochten benaderen (actieve acquisitie) en klanten gevestigd buiten hun eigen rayon die hen op eigen initiatief benaderden niet mochten beleveren (passieve acquisitie). Binnen deze paragraaf is het noemenswaardig dat zowel de ACM als het CBB in deze uitspraak stelde dat de gedragingen concreet geschikt dienen te zijn om de mededinging te beperken en de ondernemingen geen verwaarloosbare positie op de betrokken markt mogen hebben om tot inbreuk van het kartelverbod te kunnen komen.

Na jaren van discussie en onduidelijkheid, kan in deze kroniek worden geconcludeerd dat nu duidelijk is dat ook voor strekkingsbeperkingen dient te worden bekeken of de gedragingen in staat zijn de mededinging te beperken en de enkele vaststelling van, bijvoorbeeld, een prijs- of marktverdelingsafspraken niet voldoende is.¹⁶ De discussie is echter niet geheel ten einde. Zo blijft een discussiepunt hoe grondig en gedetailleerd deze analyse dient te zijn. Zoals het CBB stelde in *Scheepsafval*, zal de grondigheid van deze analyse per zaak verschillen. Het CBB geeft aan in *Wasserijen* dat de analyse in het geval van marktverdelingsovereenkomsten in beginsel slechts een beperkte toets hoeft te zijn, maar dat geeft geen volledig uitsluitsel voor andere soorten gedragingen. Hiermee is de discussie nog niet volledig weggenomen en zal er vast weer over kunnen worden gerapporteerd in de kronieken van de aankomende jaren.

Tot slot is de uitspraak van het CBB inzake het marktanalysebesluit van de ACM inzake de 24 uren zakelijke post noemenswaardig binnen dit thema.¹⁷ De ACM had aan PostNL toegangs- en tariefverplichtingen opgelegd vanwege haar dominante positie. ACM baseerde haar

9 Zaken waarin dit concept is gebruikt zijn: *Meel*, *Wasserijen*, *Scheepsafval*, *Zilveruijen*, *Eerstejaars plantuien* en *Executieveilingen*.

10 A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, ‘Annotatie CBB 3 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:204’, AB 2017/296.

11 Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5042 en CBB 9 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:192 (*Telefoontaps*). Zie hierover meer uitgebreid: A. Outhuijse, ‘Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2015’, SEW 2016, afl. 6, p. 262-271.

12 Ibid.

13 Rb. Rotterdam 20 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8059 (*Scheepsafval*); CBB 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527 (*Scheepsafval*).

14 CBB 4 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT6521 (*Fietsfabrikanten*).

15 CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*). De beschrijving van de feiten van de zaak heeft enige overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, ‘Annotatie bij ECLI:NL:CBB:2018:526’, AB 2019/7 (*Wasserijen*).

16 Zie over deze discussie de kronieken over het jaar 2017 en 2016.

17 CBB 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440 (*PostNL*).

marktafbakening op de eigenschappen van fysieke post en had digitale post buiten de analyse gelaten, terwijl dit de concurrentiepositie van PostNL beïnvloedt. Op basis van een SSNIP-test – een instrument voor bepaling van de markt en de positie van de onderneming op de markt – liet PostNL zien dat er sterke aanwijzingen zijn dat de digitale post tot dezelfde markt behoort waardoor de gestelde dominante positie kon worden betwist.¹⁸ Het CBB oordeelde op basis van deze analyse dat het besluit diende te worden vernietigd en daarbij ook de aan PostNL opgelegde verplichtingen.

2.2. Verjaring

Op grond van artikel 64 Mw vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. De mededingingsautoriteit kan de vervaltermijn stuiten door een handeling van onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding te verrichten.¹⁹ Hoewel de overtreding van de verjaringstermijn niet een veelvoorkomende vernietigingsgrond is, is dit concept relevant in maar liefst twee van de vier bestuursrechtelijke zaken van dit jaar: de *Koel- en Vrieshuizen-* en *Wasserijen-zaak*.²⁰

In de *Koel- en Vrieshuizen-zaak* was een deel van de ondernemingen naast de inbreuk bij opslag en verwerking van vruchtensappen ook beboet voor de inbreuk op het kartelverbod bij de opslag van vis.²¹ Inzake de overtreding van het kartelverbod bij de opslag van vis, was de overtreding van de verjaringstermijn van belang. Zoals vastgesteld door de ACM, en niet betwist in beroep, heeft de overtreding geduurd van 22 juni 2007 tot en met 4 juni 2009, zodat de termijn van verval van de sanctiebevoegdheid was gaan lopen op 5 juni 2009. Het rapport dateerde van 10 maart 2015 en het primaire boetebesluit dateerde van 22 december 2015. De rechtbank bevestigde de stelling van eiseressen dat de eerste stuitingshandeling inzake deze overtreding de toezending van het rapport van 10 maart 2015 is en die handeling is verricht na het verval van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete.

De Rechtbank Rotterdam maakt voor de beoordeling van de mogelijke stuitingshandelingen een strikt onderscheid tussen de onderzoekshandelingen verricht voor onderzoek naar opslag van vruchtensappen en -concentraten en aanverwante producten en voor onderzoek naar opslag van vis. Volgens de rechtbank blijkt uit het dossier en onderzoek ter zitting dat de ACM tijdens het onderzoek naar gedragingen wat betreft de opslag van vruchtensap-

pen en -concentraten en aanverwante producten de gedragingen op het gebied van de opslag van vis op het spoor is gekomen. Deze overtredingen dienen echter als afzonderlijke overtredingen te worden beschouwd vanwege de gescheiden rapporten en gescheiden opvolgende besluiten. Om die reden waren de onderzoekshandelingen ten aanzien van de opslag de vruchtensappen en -concentraten en aanverwante producten geen stuitingshandeling voor overtreding inzake de opslag van vis. Hiertoe draagt de rechtbank onder meer aan dat de ACM consequent in de documenten als onderzoeksdoel verwijst naar ondernemingen die actief zijn op het gebied van de exploitatie van koel- en vrieshuizen en/of de productie en opslag van vruchtensappen en aanverwante producten. De rechtbank ziet niet in waarom de ACM niet ook de opslag van vis in vrieshuizen op had kunnen nemen in het onderzoeksdoel als het onderzoek daar destijds ook al op zag. De Rechtbank Rotterdam is kortom met eiseressen van mening dat de ACM de vervaltermijn van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete inzake de opslag van vis niet tijdig heeft gestuit en vernietigt de boetebsluiten.

Het concept verjaring was ook relevant in *Wasserijen*.²² De Rechtbank Rotterdam bevestigde in 2016 grotendeels de door de ACM gestelde overtredingen en boetehoogtes.²³ De boetes van drie van de vier ondernemingen (€ 9 398 000, € 1 500 000 en € 1 640 000) werden verlaagd met € 5000 wegens overschrijding van de redelijke termijn. De resterende onderneming, waarvan de boete € 159 000 bedroeg, verkreeg een volledige vernietiging vanwege overtreding van de verjaringstermijn. Volgens de rechtbank stond namelijk vast dat de overtreding door deze onderneming was geëindigd op 28 augustus 2003, terwijl de ACM als eerste handeling bij brief van 24 mei 2011 haar voornemen tot handhavend optreden kenbaar heeft gemaakt. Het door de ACM ingestelde hoger beroep pakte zeer nadelig uit voor deze onderneming. Het CBB oordeelde namelijk in 2018, in tegenstelling tot de Rechtbank Rotterdam, dat het niet overtuigd was dat deze onderneming vanaf augustus 2003 niet langer bij de overtreding betrokken was en stelde de ACM op dit punt in het gelijk.²⁴

Wasserijen illustreert dat voor de uiteindelijke uitkomst van de *Koel- en Vrieshuizen-zaak* – ten aanzien van de relevante markt, één enkele voortdurende inbreuk en verjaring – het uiteindelijke hoger beroep bij het CBB moet worden afgewacht. De ACM heeft, zoals te verwachten was, hoger beroep ingesteld in deze zaken. In het alge-

¹⁸ De afkorting SSNIP-test staat voor ‘Small but significant and non-transitory increase in price’.

¹⁹ Zie artikel 64 lid 2 Mw.

²⁰ Zie hierover A. Outhuijse, *The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: which factors influence the high percentage of annulments of Dutch cartel fines?*, nog niet gepubliceerd. In *Zilveruijen* was tevens een deel van de omzet verjaard voor vier van de ondernemingen, zoals geconstateerd door de rechtbank, maar dit leidde niet tot een boeteverlaging aangezien de boetehoogte was afgetopt wegens het boetemaximum.

²¹ Deze bijdrage heeft voor de beschrijving van de feiten van de zaak enige overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, ‘Annotatie bij ECLI:NL:RBROT:2018:2777, 2781, 2787 en 2818’, AB 2018/349 en 350 (*Koel- en Vrieshuizen*).

²² CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*). Deze bijdrage heeft voor de beschrijving van de feiten van de zaak enige overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, ‘Annotatie bij ECLI:NL:CBB:2018:526’, AB 2019/7 (*Wasserijen*).

²³ Rb. Rotterdam 12 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3477 (*Wasserijen*).

²⁴ CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*).

meen wordt slechts voor een klein deel van de zaken geen hoger beroep ingesteld.²⁵ Daarnaast bevatten deze zaken principiële punten op basis waarvan het te verwachten was dat de ACM deze uitgekristalliseerd zou willen zien en er de visie van het CBb over zou willen ontvangen. Zoals geconstateerd in eerdere kronieken en meer algemene literatuur, komt het vaker voor dat het CBb en de Rechtbank Rotterdam tot een verschillende uitkomst komen in dezelfde zaak.²⁶ Of dit ook het geval zal zijn in deze zaken, is waarschijnlijk onderwerp van toekomstige kronieken.

2.3. Hoogte boete – ernstfactor

Zoals beschreven in de kroniek van vorige jaren en andere literatuur, is de door de ACM gebruikte ernstfactor vaak een discussiepunt in kartelboetezaken.²⁷ Het CBb en de Rechtbank Rotterdam zijn in het verleden diverse keren tot de conclusie gekomen dat de boete moest worden verlaagd via een verlaging van de ernstfactor.²⁸ In de meeste zaken betwistten de partijen dan ook de ernstfactor.²⁹ Hoewel ook in zowel *Wasserijen* als *Scheepsafval* de ernstfactor ter discussie werd gesteld, leidde dit in *Wasserijen* niet tot een verlaging van de boete en in *Scheepsafval* niet tot een verlaging van de ernstfactor.³⁰ In *Limburgse bouwzaken* verkregen de ondernemingen een forse verlaging van de boete, maar niet door een verlaging van de ernstfactor.³¹

Het CBb oordeelde in *Wasserijen* dat een verlaging van de ernstfactor van 1 naar 0,5 op zijn plaats was om diverse redenen.³² De eerste reden was dat de doelen die werden nagestreefd met de franchiseovereenkomst ook positieve effecten hadden, zoals de opbouw van *knowhow*. Daarnaast nam het CBb in ogenschouw dat de ondernemingen herhaaldelijk juridisch advies hadden ingewonnen over de illegaliteit van hun gedragingen en dat op basis daarvan de passieve acquisities waren gestopt. Verder vonden de gedragingen niet heimelijk plaats. Tot slot was van belang dat er voldoende restconcurrentie was waardoor de daadwerkelijke nadelige effecten op de concurrentie slechts beperkt waren. De boetes werden echter niet voor alle ondernemingen verlaagd, omdat een deel van de

boetes waren afgetopt vanwege overschrijding van het boetemaximum.³³

Het hoger beroep in de *Scheepsafval*-zaak is te beschouwen als een winst voor de ACM.³⁴ Niet alleen beschouwde het CBb de ernstfactor van 2,25 als passend in deze zaak, het CBb draaide ook de boeteverlaging verricht door de Rechtbank Rotterdam terug. De Rechtbank Rotterdam ging uit van een overtreding die vier maanden korter duurde dan waar ACM van uitging en verlaagde de hoogte van de boete. Het CBb zag echter voldoende bewijs dat de overtreding vier maanden langer duurde dan de rechtbank aannam en verhoogde de boete wederom van € 1 673 000 naar € 1 861 000 (de boete die oorspronkelijk was opgelegd door de ACM). Het CBb zag ook geen aanleiding voor verlaging van de ernstfactor aangezien (1) 'de beperkte verstoring van de mededinging' en 'loutere ad hoc afspraken' niet zijn gebleken, (2) de ACM overtuigend heeft uiteengezet dat de markt, ondanks de overheidsregulering, ruimte liet voor onderlinge concurrentie, (3) de betrokken ondernemingen die ruimte door hun gedragingen bewust hebben beperkt en (4) de betrokken ondernemingen een sterke positie op de markt innamen door een gezamenlijk marktaandeel van rond de 85-95 procent te hebben. Deze zaak is een van de weinige recente zaken waarbij de ernstfactor niet is verlaagd bij het doorlopen van de beroepsprocedures.³⁵

Het hoger beroep door het Limburgse bouwbedrijf dat actief is in de grond-, weg- en waterbouw en wederom was beboet door de ACM vanwege kartelgedragingen bij diverse aanbestedingen is zeker succesvol te noemen in het verkrijgen van een boeteverlaging. Na een aanvankelijke boete van € 3 miljoen verlaagde het CBb de boete naar € 463 000.³⁶ Zoals vastgesteld door de ACM, hebben de karteldeelnemers zich schuldig gemaakt aan onderlinge afstemming van inschrijfcijfers en de uitwisseling van informatie over voorgenomen inschrijfgedrag, meer in het bijzonder prijslenen (*cover pricing*), voorafgaand aan de inschrijving op een elftal aanbestedingen. Bij prijslenen spreken twee ondernemingen af dat de eerste onderneming, die geen interesse heeft in het winnen van de aanbesteding, voor een hogere prijs inschrijft dan de

25 A. Outhuijse, 'Effective Public Enforcement of the Cartel Prohibition in the Netherlands: A Comparison of ACM Fining Decisions, District Court Judgments, and TIAT Judgments', in: A. Looijestijn-Clearie, C.S. Rusu & M. Veenbrink (red.), *Boosting the Enforcement of EU Competition Law at the Domestic Level*, Cambridge: Cambridge scholars 2017, p. 26-52.

26 Ibid.; A. Outhuijse, *The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: which factors influence the high percentage of annulments of Dutch cartel fines?*, nog niet gepubliceerd.

27 Outhuijse 2017; A. Outhuijse, 'The effective public enforcement of the prohibition of anti-competitive agreements: Why do undertakings in the Netherlands appeal?', *Competition Law Review* 2018, afl. 2, p. 163-186.

28 Zie bijvoorbeeld CBb 11 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:1 (*Wmo Friesland*); CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

29 Outhuijse 2018.

30 CBb 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*); CBb 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527 (*Scheepsafval*).

31 CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:141 (*Limburgse bouwzaken*).

32 CBb 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*). Zie ook A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:CBB:2018:526', AB 2019/7 (*Wasserijen*).

33 Zie hierover ook de kroniek over het jaar 2016. Zoals daar beschreven is *Wasserijen* niet de enige zaak waarbij ACM bij de boeteberekening tegen het boetemaximum aanliep en op basis daarvan het boetebedrag lager uitviel dan zonder het maximum het geval zou zijn geweest. Ook in *Meel*, *Executieveilingen*, *Zilverenuijen*, *Scheepsafval*, *Eerstejaars plantuien* en *Taxivervoerders* zijn boetebedragen van enkele ondernemingen lager uitgevallen omdat anders het wettelijk boetemaximum overschreden zou worden.

34 CBb 30 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:527 (*Scheepsafval*).

35 Zie de kronieken over de jaren 2016 en 2017 en verder Outhuijse 2018.

36 CBb 8 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:141 (*Limburgse bouwzaken*). Deze bijdrage heeft voor de beschrijving van de feiten van de zaak enige overlap met A. Outhuijse & J.J.A. Waverijn, 'Annotatie bij ECLI:NL:CBB:2018:141', AB 2018/340 (*Limburgse bouwzaken*).

tweede onderneming. Hierdoor heeft de tweede onderneming een grotere kans op gunning en blijft de eerste onderneming wel in beeld bij de aanbestedende dienst voor een eventuele volgende aanbesteding waar wel interesse in is. Deze zaak is de eerste zaak waarbij dezelfde onderneming voor de tweede maal is beboet door de mededingingsautoriteit. De betreffende onderneming was namelijk eerder beboet vanwege deelname in het nationale bouwfraudekartel waarbij op grote schaal door diverse ondernemingen werd afgesproken welk bedrijf de aanbesteding ging winnen en tegen welke prijs (bid-rigging).

Net als het *Scheepsafvalkartel*, kent deze zaak qua jurisprudentie een rijke geschiedenis. De ACM startte het onderzoek naar aanleiding van tapverslagen van het Openbaar Ministerie. De tapverslagen bevatten aanwijzingen dat bouwondernemingen bij Limburgse aanbestedingen verboden prijsafspraken hadden gemaakt.³⁷ Bij de inhoudelijke beoordeling in 2016 verlaagde de Rechtbank Rotterdam de boete van € 3 miljoen met € 500 000 door een andere vaststelling van de ernstfactor. Hieraan lag een discussie ten grondslag ten aanzien van het onderscheid tussen *cover pricing* (prijslenen) en *bid-rigging*. De rechtbank stelde dat prijslenen minder ernstig is dan bid-rigging omdat bij prijslenen de concurrentie niet volledig wordt uitgeschakeld hetgeen bij bid-rigging wel het geval is en dat de ACM hier meer rekening mee had moeten houden. De rechtbank verlaagde de ernstfactor van 1,75 naar 1,5, hetgeen tot een verlaging van de boete van € 3 miljoen naar € 2,5 miljoen leidde.

Bij het CBb stond niet de ernstfactor, maar de verhoging van de boete na de reguliere berekening van de boete centraal. De ACM stelde in het boetebesluit dat de basisboete bij berekening van de boete via de reguliere boetemethode € 278 581 zou zijn. Deze basisboete werd verhoogd met 100 procent wegens recidive. Van deze verhoogde boete ging volgens de ACM echter onvoldoende preventieve werking uit. Daarom heeft de ACM gebruikgemaakt van de mogelijkheid die randnummer 35 Boetecode biedt om de basisboete vanwege de gewenste preventieve werking te verhogen.³⁸ Randnummer 35 Boetecode luidt:

‘35. Uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking kan de basisboete worden aangepast in verband met het gewicht van de overtreder, uitgedrukt in de totale jaaromzet van deze overtreder in Nederland in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking. Dit kan leiden tot een verveelvoudiging van de basisboete.’

Het verhogen van de boete op basis van deze bepaling was volgens de ACM noodzakelijk enerzijds om te

voorkomen dat de onderneming nogmaals het verbod zou overtreden (speciale preventie) en anderzijds om het signaal af te geven ‘dat ACM, indachtig haar optreden in de bouwfraude, op biedmarkten geen onderlinge afstemming van inschrijfgedrag tolereert’ (generale preventie). Gelet op onder meer de eerder opgelegde boete van € 1,5 miljoen, heeft de ACM de boete vervolgens bepaald op € 3 miljoen. Het CBb bevestigde het standpunt van de onderneming dat de door de ACM vastgestelde boete van € 3 miljoen, die door de rechtbank is gematigd tot € 2,5 miljoen, onevenredig hoog was. Volgens het CBb heeft de ACM onvoldoende overtuigend gemotiveerd waarom de aan de onderneming opgelegde boete in ieder geval hoger dan € 1,5 miljoen diende te zijn. Volgens het CBb had de ACM daarbij onvoldoende in aanmerking genomen dat de gedraging prijslenen een ander karakter heeft dan de gedraging bid-rigging, hoewel beide gedragingen tot een inbreuk van het kartelverbod leiden. Gelet daarop ziet het CBb niet in waarom niet kon worden volstaan met verhoging van de boete op basis van de recidive-bepaling.

Het CBb deed de zaak zelf af door de boete opnieuw te berekenen. Op basis van een verwijzing naar eigen eerdere jurisprudentie (*Slopersbedrijven*) oordeelde het CBb in het kader van de ernstfactor dat prijslenen als zware, en niet zoals *bid-rigging* als zeer zware, overtreding dient te worden aangemerkt.³⁹ Voor zware overtredingen geldt een ernstfactor in de bandbreedte van 0 tot 2. Aansluitend bij de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, achtte het CBb een ernstfactor van 1,5 passend in deze zaak. Vervolgens verhoogde het CBb, net als de ACM initieel deed, de boete met 100 procent wegens recidive op basis van randnummers 47 en 48 Boetecode, resulterend in een boete van € 463 000.

De hoogte van de boete en de afschrikwekkende werking daarvan zijn in het algemeen terugkerende discussiepunten in kartelzaken en de algemene literatuur over kartelzaken. De verwachting is dat discussie over de boetehoogte en de afschrikwekkende werking in de komende jaren niet zal afnemen, onder meer door de verhoging van het bereik van de ernstfactor en de verhoging van de maximumboete in recente jaren.⁴⁰ Ook de Europese Commissie verwacht van de nationale mededingingsautoriteit dat hoge en afschrikwekkende boetes worden opgelegd. Met de invoering van de ECN+ Richtlijn, tracht de Commissie de effectieve handhaving door de nationale mededingingsautoriteiten te versterken door een minimum aan onderzoeks- en sanctiebevoegdheden te bieden aan deze autoriteiten.⁴¹ Een van de aspecten van de richtlijn en onderliggende documenten is dat er actie moet worden onder-

³⁷ Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3079 en Cbb 9 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:193 (*Telefoontaps*). Zie hierover Outhuijse 2016.

³⁸ NMa Boetecode 2007 (*Stcrt.* 2007, 123, nadien gewijzigd en gepubliceerd in *Stcrt.* 2007, 196).

³⁹ Cbb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 (*Slopersbedrijven*).

⁴⁰ Zie hierover onder meer de kroniek over 2017 en Outhuijse, nog niet gepubliceerd.

⁴¹ Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt, *PbEU* 2019, L 11.

nomen om te waarborgen dat de autoriteiten afschrikwekkende boetes kunnen opleggen aan bedrijven.⁴²

2.4. Wet Markt en Overheid

Net als in voorgaande jaren, was er in het kroniekjaar volop aandacht voor de Wet Markt en Overheid (hierna: WMenO).⁴³ De WMenO heeft als doel het tegengaan van oneerlijke concurrentie door publiekrechtelijke rechtspersonen en overheidsbedrijven.⁴⁴ Ingevolge de wet dienen deze actoren zich aan vier gedragsregels te houden indien zij concurreren met particuliere ondernemers.⁴⁵ De voor de praktijk belangrijkste regel is dat overheden alle kosten die zij maken voor de dienst of het product moeten doorberekenen in de prijs. De overheidsorganen kunnen echter een algemeenbelangbesluit in de zin van artikel 25h lid 5 Mw nemen waardoor deze gedragsregels niet gelden voor de economische activiteiten die de overheidsorganen verrichten in het algemeen belang.⁴⁶

De ACM kan op basis van artikel 70c Mw handhavend optreden door middel van een last onder dwangsom indien de overheden de gedragsregels overtreden. Diverse concurrenten hebben in het kroniekjaar de ACM verzocht om handhaving van een publiekrechtelijke rechtspersoon wegens schending van de gedragsregels. Zo was de ACM verzocht om handhavend op te treden tegen de gemeente Veenendaal, omdat de gemeente de kosten voor eigen parkeergarages en parkeerterreinen niet doorberekende in de parkeertarieven en geen algemeenbelangbesluit had genomen. De voorzieningenrechter oordeelde in het kort geding dat de ACM terecht overtreiding van de Mw had aangenomen.⁴⁷ Na de uitspraak van de rechter heeft de gemeente alsnog een besluit genomen dat de activiteit aanwees als een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang, waardoor de activiteit niet langer onder de gedragsregels en onder het toezicht van de ACM viel.⁴⁸

Niet alle verzoeken aan de ACM leidden echter tot handhaving. Een voorbeeld van niet-handhaving is het gratis aanbieden van Klic-viewer door het Kadaster, hetgeen een applicatie is om de kadastrale informatie beter te kunnen lezen. Zowel de ACM als de Rechtbank Rotterdam oordeelde dat de activiteit van het Kadaster binnen zijn wettelijke taak valt en daardoor niet te kwalificeren

is als een economische activiteit die onder de mededingingsregels valt.⁴⁹ Om dezelfde reden is het verzoek ter handhaving van de Sociale Verzekeringsbank vanwege het gratis uitvoeren van salarisadministratie voor pgbhouders afgewezen. Een andere veelvoorkomende reden voor het afwijzen van het handhavingverzoek is dat de overheid een algemeenbelangbesluit heeft genomen, waardoor de gedragsregels niet langer van toepassing zijn.

Het CBb heeft in het kroniekjaar ook uitspraak gedaan over de toepassing van de WMenO.⁵⁰ Het betrof een parkeergarage in de gemeente Hengelo en de exploitatie van een jachthaven door de gemeente Zeewolde. In beide gevallen hadden de overheidsorganen een besluit genomen dat deze activiteiten werden uitgevoerd in het algemeen belang. Het CBb kwam echter in beide zaken tot de conclusie dat de overheidsorganen niet voldoende hadden gemotiveerd waarom de economische activiteit in het algemeen belang werd uitgevoerd, waarom de exploitatie onder de kostprijs noodzakelijk was voor het dienen van het algemeen belang en waarom commerciële marktpartijen deze dienst of dit product niet konden aanbieden. Daarnaast hadden de gemeenten volgens het CBb niet voldoende onderzocht hoe de andere aanbieders zo weinig mogelijk nadeel konden ondervinden van het uitvoeren van deze economische activiteit door de gemeenten noch of schadevergoeding zou moeten worden betaald aan de andere aanbieders.

De uitspraken van het CBb bevestigen de algemene kritische houding van de Rechtbank Rotterdam ten aanzien van algemeenbelangbesluiten.⁵¹ Indien een overheidsorgaan een algemeenbelangbesluit neemt, moet dit besluit zorgvuldig zijn voorbereid en voldoende gemotiveerd zijn. In de kroniek van vorig jaar werd ook reeds geconstateerd dat de Rechtbank Rotterdam veelvuldig tot de conclusie was gekomen dat er gebreken in deze besluiten zaten, bijvoorbeeld vanwege gebrekkige motivatie⁵² of onzorgvuldig onderzoek.⁵³ Dit is tevens bevestigd door rechtspraak van de rechtbank uit 2018, waarin deze zich kritisch uitsprak over te algemene rapporten waaruit de noodzaak om niet de kosten (volledig) door te berekenen en de belangafweging die door het overheidsorgaan was gemaakt niet blijkt. In 2018 werden dan ook wederom diverse algemeenbelangbesluiten vernietigd door de Rechtbank Rotterdam.⁵⁴

42 Europese Commissie, *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives* (COM(2014)453).

43 Zie onder meer de kroniek over 2017.

44 Zoals geformuleerd in artikel 25g lid 1 Mededingingswet zijn overheidsbedrijven ondernemingen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon het beleid kan bepalen of waarin zij deelneemt.

45 Artikel 25i-25l Mw.

46 Artikel 25h lid 5 Mw.

47 Rb. Rotterdam 24 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:490 (Veenendaal).

48 Zie hierover het bericht van de ACM op haar website: www.acm.nl/nl/publicaties/overtreding-veenendaal-parkeerzaak-blijft-staan.

49 Rb. Rotterdam 17 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3827.

50 CBb 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660, en 661 (Gemeente Zeewolde en Hengelo).

51 Zie de kroniek over 2017.

52 Rb. Rotterdam 2 november 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8253.

53 Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:631; Rb. Rotterdam 21 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7170; Rb. Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538.

54 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2123 (Gemeente Emmen); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2244 (Gemeente Stadskanaal); Rb. Rotterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2119 (Gemeente 's-Hertogenbosch).

De kritische houding van de rechters, net als de kritische houding van de ACM, is zeer gewenst, omdat eerdere onderzoeken naar de WMenO lieten zien dat de wet niet optimaal functioneert.⁵⁵ Overheidsorganen nemen herhaaldelijk de gedragsregels niet in acht en kunnen te gemakkelijk onder hun verplichtingen uitkomen door het nemen van een algemeenbelangbesluit. Daarnaast hebben de overheidsorganen een ruime beoordelingsmarge om te bepalen welke economische activiteiten plaatsvinden in het algemeen belang, waardoor de rechter dit slechts op marginale wijze kan toetsen.

Op basis van de vele kritische geluiden over de wet, is er – zoals ook beschreven is in de kroniek van vorig jaar – een voorstel om de regels in de Mw aan te scherpen. In het concept wetsvoorstel worden nieuwe procedures geïntroduceerd voor de toepassing van het algemeenbelangbesluit: het gebruik van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure uit de Algemene wet bestuursrecht ter voorbereiding van dit besluit en de introductie van een evaluatie van de doelmatigheid en effectiviteit van het besluit vijf jaar nadat het besluit is genomen.⁵⁶ Er zal echter nog even moeten worden gewacht tot de nieuwe regels gelding krijgen, aangezien de verwachting is dat het wetsvoorstel voorjaar 2019 bij de Tweede Kamer wordt ingediend en de werkingsduur van de huidige wet recent is verlengd tot 1 januari 2021.⁵⁷

3. Overzicht civielrechtelijke jurisprudentie

Ook dit jaar zijn er diverse zaken uit de civielrechtelijke jurisprudentie die onderwerp dienen te zijn van deze kroniek. Het grootste deel van de zaken heeft betrekking op overtredingen van het kartelverbod, maar enkele zaken betreffen het verbod van misbruik van machtspositie, zoals de zaak *VBO/Funda* die in 2018 een vervolg heeft gekregen. Ten aanzien van de civiele rechtspraak dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de zogenoemde follow-on en stand-alone zaken. Bij follow-on zaken vordert de eiser schadevergoeding van de overtreder bij de civiele rechter volgend op een boetebesluit van een mededingingsautoriteit. De eiser hoeft, in tegenstelling tot in stand-alone zaken, de inbreuk op het mededingingsrecht niet aan te tonen omdat dit reeds uit het boetebesluit volgt. Bij de stand-alone zaken ontbreekt een dergelijk boetebesluit en dient de civiele partij de overtreding nog wel aan te tonen.

3.1. Stand-alone zaken

Zoals gesteld in vorige kronieken, is het kenmerkend voor civiele stand-alone zaken dat civiele partijen moeite hebben om aan de op hen rustende stelplicht en bewijslast te voldoen om de overtreding aan te tonen.⁵⁸ Net als in 2016 en 2017, kan voor 2018 echter ook over enkele succesvolle zaken worden bericht. Van de stand-alone zaken, was slechts een enkele zaak gericht op het verkrijgen van schadevergoeding. Als vervolg van de uitspraak van 2016, werd in het kroniekjaar een schadevergoeding van € 13 000 toegekend aan de eisende partij in het geschil over de verplichte sportmedische keuringen van deelnemers aan het welbekende evenement Alpe d'HuZes.⁵⁹ Bij dit evenement mochten enkel sportartsen van de aan de FSMI verbonden sportmedische instellingen de keuringen verrichten en daarvoor golden vaste tarieven.⁶⁰ De meeste zaken hebben echter als doel het nietig verklaren van de overeenkomst. In de stand-alone zaken van dit jaar waren er opvallend veel zaken waarbij een beroep werd gedaan op nietigheid van een franchiseovereenkomst op basis van de mededingingsregels.

3.1.1. Franchiseovereenkomsten

Op basis van de Europese rechtspraak worden franchiseovereenkomsten op zichzelf gezien niet als mededingingsbeperkend beschouwd. Het is immers ook eigen aan een franchiseovereenkomst dat er bepalingen zijn opgenomen die de concurrentie tussen de franchisenemers beperken. Voorbeelden zijn exclusieve afnameverplichtingen, adviesprijzen, verdeling van de markt of specifieke groep klanten of een concurrentiebeding. Deze gedragingen zijn uitgezonderd van het kartelverbod, voor zover dit nodig is voor het beschermen van de franchiseformule en daarin gelegen kennis, expertise en uitstraling. Zoals de bestuursrechtelijke rechtspraak ook aantoonde in *Wasserijen*, kunnen ondernemingen zich niet verschuilen achter een franchiseconstructie om geheel vrijgesteld te worden van het kartelverbod.⁶¹

Een voorbeeld van een civiele uitspraak uit 2018 waarbij beroep werd gedaan op nietigheid van een franchiseovereenkomst is het geschil tussen een franchisenemer en een franchisegever in de uitvaartbranche.⁶² Het geschil betrof het non-concurrentiebeding in de overeenkomst waardoor de franchisenemer gedurende één jaar geen concurrerende activiteiten in het werkgebied mocht verrichten. De voorzieningenrechter ging niet mee met eiser die een beroep op het kartelverbod deed, omdat eiser onvoldoende concrete en relevante feiten had gesteld op

55 Zie onder de Algemene evaluatie van de wet via www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/08/06/valuatie-wet-markt-en-overheid-2012-2015 en zie bijvoorbeeld het onderzoek van de ACM via www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13960/Beperkt-effect-Wet-Markt-en-Overheid-op-sportvoorzieningen-parkeergarages-en-afvalinzameling.

56 Conceptwetsvoorstel wijziging Wet Markt en Overheid, zie www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid.

57 Zie hierover: www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-economische-zaken-en-klimaat/documenten/kamerstukken/2018/11/15/kamerbrief-over-planning-te-verzenden-stukken.

58 Rb. Amsterdam 23 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3578.

59 Zie de kroniek over 2016 en Outhuijse 2017.

60 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:41.

61 CBB 23 oktober 2018, ECLI:NL:CBB:2018:526 (*Wasserijen*).

62 Rb. Midden-Nederland 14 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1117.

grond waarvan de voorzieningenrechter kon beoordelen of er sprake was van een merkbare beperking van de mededinging. Eiser had kortom niet aannemelijk gemaakt dat het postcontractuele concurrentiebeding in strijd was met het mededingingsrecht.

Een andere sector waarin een procedure was gestart met een beroep op nietigheid van de franchiseovereenkomst was op het gebied van opleidingen en trainingen.⁶³ Volgens de franchisenemers waren de door hen gesloten franchiseovereenkomsten nietig wegens strijd met artikel 6 Mw. De franchisenemers stelden dat zij verplicht waren om in de relatie met hun opdrachtgevers vaste, door de franchisegever bepaalde, prijzen te hanteren. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat deze bepaling nietig was vanwege de strekking de mededinging te beperken, maar dat dit, anders dan de eisers stelden, niet betekende dat de franchiseovereenkomsten als geheel van rechtswege nietig waren.

Een ander voorbeeld is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam waarin de rechtbank concludeerde dat de opzegging van de agentuurovereenkomst tussen een touroperator en een onlinereisagent in strijd met het kartelverbod was.⁶⁴ In de overeenkomst werd de online-reisagent aan de prijzen van de touroperator gebonden. De reisagent hanteerde echter in strijd met de afgesproken prijzen een korting. Als sanctie keerde de touroperator eerst een lagere commissie uit aan de reisagent en later zei de touroperator de overeenkomst op. De Rechtbank Amsterdam oordeelde in het kroniekjaar dat de opzegging van de overeenkomst om het geven van kortingen door de reisagent tegen te gaan strijdig met het kartelverbod is. De procedure zal nog worden vervolgd, want de touroperator heeft hoger beroep ingesteld.

De zaken laten zien dat het heft in eigen handen nemen tegen verticale afspraken via een civiele procedure tot positieve resultaten kan leiden. Het gemak waarmee eisers tot een positieve uitspraak kunnen komen, lijkt zeer te verschillen per type geschil en per rechterlijke instantie. Zo concludeert de Rechtbank Amsterdam in de zaak van de reisagent wel zeer gemakkelijk dat de gedragingen een strekkingsbeperking en kartelovertrekking betreffen. Dit in tegenstelling tot andere zaken en zaken uit eerdere jaren waarbij het een moeilijkheid vormde voor de eisende partij om aan de stel- en bewijsplicht te voldoen.⁶⁵ In het verleden was het voor de getroffen ondernemingen ook noodzakelijk om de civielrechtelijke procedure boven de bestuursrechtelijke procedure te verkiezen, omdat tot voor kort verticale afspraken geen

prioriteit van de ACM waren.⁶⁶ Eind 2018 is deze koers gewijzigd en zijn er zelfs invallen gedaan vanwege het vermoeden dat fabrikanten van consumentengoederen afspraken over minimumprijzen met winkeliers proberen te maken voor hun producten.⁶⁷

3.1.2. Misbruik machtspositie

Na drie jaren heeft de zaak *VBO makelaar/Funda* een vervolg gekregen.⁶⁸ In geschil was de vordering van VBO dat Funda haar machtspositie misbruikte door discriminerende contractvoorwaarden toe te passen op haar onlinehuizenplatform. In 2015 had de Rechtbank Amsterdam door middel van een comparitie VBO de kans geboden om te bewijzen dat Funda een machtspositie heeft op de advertentiemarkt van woningaanbodwebsites en hier misbruik van maakt door voorkeursbehandelingen te geven aan leden van de Nederlandse Vereniging van Makelaars.⁶⁹ De rechtbank oordeelde destijds dat VBO onder meer door verwijzing naar een marktscan van de ACM en een rapport van de stichting SEO Economisch Onderzoek onvoldoende inzicht had gegeven in het mogelijk misbruikelijk gedrag van Funda. Nader onderzoek was echter gerechtvaardigd, hetgeen ook de aanleiding vormde voor de rechtbank om nadere informatie in te winnen bij drie deskundigen over onder meer de afbakening van de relevante productmarkt en de vaststelling van de positie van Funda op die markt.

Op basis van de expertadviezen oordeelde de Rechtbank Amsterdam in 2018 dat Funda een machtspositie heeft.⁷⁰ Ten aanzien van het misbruik stelde de rechtbank dat VBO moest aantonen dat 'de discriminerende voorwaarden de neiging hebben gehad de concurrentieverhouding scheef te trekken'. Daartoe was het noodzakelijk de feitelijke of potentiële gevolgen van de gedraging te onderzoeken. Discriminatie alleen is onvoldoende om misbruik vast te stellen. De rechtbank concludeerde dat VBO niet geslaagd was in het aantonen dat de discriminatie met betrekking tot de kosten of de toegang tot de functies van de site de neiging had haar concurrentiepositie te verstoren. Met betrekking tot de voorkeursbehandeling van de vastgoedpanden van NVM-makelaars, bleek uit het expertadvies dat er geen duidelijke indicatie was dat dit de concurrentiepositie van VBO zou verstoren. Als gevolg hiervan oordeelde de rechtbank dat niet was bewezen dat Funda haar machtspositie had misbruikt. De zaak volgt een meer algemene trend waarbij civiele partijen moeite hebben om, na de vaststelling van een machtspositie, aan te tonen dat sprake is van misbruik van deze machtspositie.⁷¹

63 Hof 's-Hertogenbosch 5 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2370.

64 Rb. Amsterdam 29 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6443.

65 Zie hierover onder meer de kronieken over 2015 en 2016.

66 Zie hierover onder meer: www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14164/Toezicht-van-ACM-op-verticale-overeenkomsten.

67 Zie het persbericht van de ACM van 27 december 2018: www.acm.nl/nl/publicaties/acm-onderzoekt-prijsafspraken-tussen-fabrikanten-en-winkeliers-consumentengoederen.

68 Rb. Amsterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1654 (*VBO/Funda*).

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

70 Rb. Amsterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1654 (*VBO/Funda*).

71 Zie de kroniek over 2015.

3.2. Follow-on zaken

In veel van de Nederlandse follow-on zaken vordert de eiser schadevergoeding van een overtreder volgend op een boetebesluit van de Europese Commissie. Op het gebied van deze procedures heeft zich in 2018 een aantal ontwikkelingen voorgedaan. Een centraal thema bij de follow-on zaken van dit jaar was de vraag wanneer de verjaringstermijn is aangevangen en of ten tijde van de start van de follow-on procedure de verjaringstermijn was overschreden. Daarnaast is een veel aangedragen beroepsgrond, de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd is om over de zaak te oordelen. Tot slot zijn er nieuwe ontwikkelingen binnen het geschil in het GGS-kartel (gasgeïsoleerde schakelmateriaalkartel) die eerst zullen worden besproken.

3.2.1. Doorberekeningsverweer

Het lijkt inmiddels een jaarlijkse traditie om te rapporteren over de follow-on zaken in de schadevergoedingsprocedures van TenneT tegen ABB en Alstom.⁷² De toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer (zogenoemde *passing-on defence*) vormt hierbij een belangrijk discussiepunt. Een karteldeelnemer kan een doorberekeningsverweer voeren indien hij wordt aangesproken door een directe afnemer, terwijl de directe afnemer de prijsverhoging heeft doorberekend aan haar eigen klanten. Een succesvol beroep leidt er dan toe dat geen schadevergoeding kan worden toegekend aangezien er in principe geen schade is geleden.

De discussie in het geschil tussen TenneT en ABB is voortgezet met het tussenarrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 29 mei 2018. Zoals beschreven in eerdere kronieken, betreft de procedure van TenneT tegen ABB – en in een andere procedure tegen Alstom – het wereldwijde GGS-kartel waardoor TenneT schade heeft geleden. Zowel ABB als Alstom deed een beroep op het doorberekeningsverweer in de individuele procedures. In de procedures kwamen de verschillende rechterlijke instanties tot verschillende uitkomsten met betrekking tot de toelaatbaarheid van het doorberekeningsverweer. Nadat de Hoge Raad de rechtsgrondslag van het doorberekeningsverweer en de toepasselijkheid daarvan in deze zaak had bevestigd in 2016,⁷³ oordeelde de Rechtbank Gelderland in 2017 in de schadestaatprocedure bijvoorbeeld dat het doorberekeningsverweer in dit geval niet kon slagen. De reden hiervoor was dat de eindgebruikers hoogstwaarschijnlijk zelf niet een succesvolle procedure zouden beginnen, waardoor het volgens de recht-

bank onredelijk was om dit bedrag in mindering te brengen op de door TenneT gevorderde schadevergoeding.⁷⁴ Daarnaast zullen de eindgebruikers via staats eigendom TenneT meeprofitieren van de schadevergoeding. De rechtbank gelastte ABB om TenneT een schadevergoeding te betalen van € 23,1 miljoen, te vermeerderen met de wettelijke rente.

ABB stelde hoger beroep in bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en voerde aan dat de rechtbank de prijsverhoging onjuist had berekend en het door ABB ingeroepen doorberekeningsverweer ten onrechte had afgewezen.⁷⁵ Hoewel het resultaat moet worden afgewacht, omdat het gerechtshof zich niet heeft uitgesproken over de zaak ten gronde, kan het tussenarrest van het gerechtshof als succesvol worden beschouwd voor ABB. In de eerste plaats heeft het gerechtshof het arrest van de Hoge Raad bevestigd met betrekking tot de rechtsgrondslag van het doorberekeningsverweer en de toepasselijkheid daarvan ook in deze zaak. Bovendien is het tussenarrest hoopgevend voor ABB, aangezien het hof met dit arrest drie onafhankelijke economische experts heeft aangesteld om hun visie te krijgen over de berekening van de prijsverhoging en over de vraag of en in hoeverre de meerprijs door TenneT is doorberekend. Het gerechtshof besloot om drie experts te benoemen in plaats van één, omdat TenneT voorstelde een expert te kiezen met een economische achtergrond en volgens ABB de expert een boekhoudkundige achtergrond diende te hebben. Gezien de complexiteit van de zaak en het grote financiële belang ervan, besloot het gerechtshof drie deskundigen te benoemen om een impasse te voorkomen.

Discussie over het doorberekeningsverweer en de hoogte van de doorberekening is niet alleen een Nederlands probleem. Ook in buitenlandse zaken is dit een veelbesproken discussiepunt. Dat is ook de reden waarom de Europese Commissie bezig is met de voorbereiding van 'Richtsnoeren voor de nationale rechterlijke instanties over de wijze waarop het aan de indirecte afnemer doorberekende aandeel van de meerkosten wordt geraamd'.⁷⁶ In het kroniekjaar organiseerde de Europese Commissie een consultatie bedoeld om input van verschillende belanghebbenden te verzamelen.

Verdere ontwikkelingen zowel ten aanzien van het GGS-kartel als de richtsnoeren van de Europese Commissie moeten worden afgewacht en zullen waarschijnlijk onderwerp zijn van de kroniek van volgend jaar. Verder is het geschil in het GGS-kartel interessant in het licht van

⁷² Zie de kronieken over 2015, 2016 en 2017.

⁷³ HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (*TenneT/ABB*). Volgens de Hoge Raad is de rechter vrij in de keuze om de schadevaststelling te baseren op ofwel de vermogensvergelijking (artikel 6:95-97 BW) of op de voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW). Bij vermogensvergelijking wordt de omvang van de schade bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Bij voordeelstoerekening moet, als dezelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, voor zover dit redelijk is dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht. De voordeelstoerekening vergt een causaal verband tussen de kartelovertrekking en het voordeel.

⁷⁴ Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724 (*TenneT/ABB*).

⁷⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 29 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4876. Zie ook A. Outhuijs & J.J.A. Waverijn, 'TenneT vs ABB: The case and discussion about the passing-on defence continues', www.carteldamageclaims.com/tennet-vs-abb-the-case-and-discussion-about-the-passing-on-defence-continues/.

⁷⁶ Zie hierover ec.europa.eu/competition/consultations/2018_cartel_overcharges/index_en.html.

een ander thema dat veel aan de orde is in follow-on zaken, namelijk de verjaring.

3.2.2. Verjaring

In het civiele recht heeft de verjaringstermijn een duur van vijf jaren, aanvangend op de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In het geschil tussen TenneT en Alstom stond onder meer het aanvangsmoment van de verjaringstermijn centraal.⁷⁷ Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bevestigde de vaste rechtspraak dat de termijn in beginsel begint te lopen op het moment dat de mededingingsautoriteit het boetebesluit heeft genomen. Volgens het hof kan de situatie zich voordoen waarin de termijn reeds start bij aankondiging van het onderzoek naar de overtreding zoals in een persbericht van de mededingingsautoriteit, maar enkel onder bijzondere omstandigheden. Anders dan gedaagde stelde, was dit in deze zaak niet het geval omdat het persbericht van de Europese Commissie (1) niet de namen van de overtreders noemde (2) niet de aard van de overtreding beschreef, (3) niet beschreef of overtreding ook betrekking had op Nederland en (4) enkel de algemene sector noemde.

In de zaak die speelde bij de Rechtbank Rotterdam inzake het *Bitumenkartel* stond ook de vraag centraal of de verjaringstermijn was aangevangen voorafgaand aan de beschikking van de Europese Commissie van 13 september 2006.⁷⁸ De Europese Commissie had in september 2006 een boete opgelegd aan een aantal bitumenleveranciers, waaronder Shell, Kuwait Petroleum en verschillende bouwbedrijven, wegens hun vermeende deelname aan een kartel op de bitumenmarkt. In deze procedure stelde de Van Gelder-groep Shell aansprakelijk voor de geleden en te lijden schade als gevolg van de door het bitumenkartel gemaakte prijsafspraken. Ondanks dat Shell diverse artikelen en persberichten had overgelegd op basis waarvan volgens Shell de eiser bekend was geworden met de schade en met de daarvoor aansprakelijke persoon, oordeelde de Rotterdamse Rechtbank dat deze artikelen onvoldoende concreet waren om de verjaringstermijn te doen aanvangen. In deze artikelen werd namelijk geen melding gemaakt van de betrokkenheid van Kuwait bij het bitumenkartel en werd evenmin melding gemaakt van de omstandigheid dat het kartel de prijzen van de niet-kartel deelnemers ongunstig had beïnvloed. Het beroep op verjaring faalde derhalve. Hoewel in deze procedure de aansprakelijkheid van Shell is aangenomen, zullen de partijen in de opvolgende procedure verder moeten discussiëren over de kwantificering van de schade en de schadevergoeding.

Een ander tussenvonnis betrof ook de beoordeling van een preliminair verjaringsverweer. In deze zaak aanvaardde de Rechtbank Oost-Brabant jurisdictie over een schadeclaim van niet-Europese eisers en ging in op de interpretatie van Turkse verjaringstermijnen in dit type zaak.⁷⁹ De schadevergoedingsprocedure was namelijk geïnitieerd door het Turkse bedrijf Vestel tegen verschillende internationale bedrijven die onderdeel uitmaakten van het wereldwijde beeldbuisenkartel (CRT-kartel). De rechtbank achtte zichzelf bevoegd omdat een van de kartel deelnemers in Nederland gevestigd is (Philips). Er werd geconcludeerd dat de claim van Vestel niet was verjaard volgens de Turkse wet. De rechtbank legde de begrippen 'bekendheid met schade en aansprakelijke persoon' naar Turks recht uit en oordeelde dat van verjaring op grond van de toepasselijke 'subjectieve' en 'objectieve' verjaringstermijnen geen sprake was. Deze uitspraak betrof enkel de beoordeling van het preliminaire verjaringsverweer, in de opvolgende procedure zal onder meer de berekening en toewijzing van de schade worden beoordeeld. Dit oordeel bevestigt dat niet-Europese ondernemingen bevoegd zijn om schadevergoedingsacties in te stellen wegens schending van het Europese mededingingsrecht en dat Nederlandse rechtbanken bereid zijn om de van toepassing zijnde nationale regelgeving toe te passen en te beoordelen.

3.2.3. Bevoegdheid

De bevoegdheid van de Nederlandse rechtbanken om over de zaak te oordelen wordt vaak in twijfel getrokken in zaken betreffende Europese follow-on schadeclaims. Voor de bevoegdheidsbepaling van de nationale rechter is in de Europese rechtspraak bepaald dat de nationale rechtbank bevoegd is om een zaak te behandelen op grond van de Brussel I-Verordening van het land waar (1) het lid van het kartel zijn zetel heeft, (2) het kartel werd uitgevoerd, of (3) de schade is opgetreden (de zetel van het slachtoffer).⁸⁰ De Nederlandse jurisprudentie toont aan dat de Nederlandse rechtbanken een ruime interpretatie van deze criteria hanteren en zich niet gemakkelijk onbevoegd achten om een zaak te horen.⁸¹ De uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 9 mei 2018 is een voorbeeld dat een Nederlandse rechtbank zichzelf wel deels onbevoegd achtte.⁸²

De zaak betreft een vordering tot schadevergoeding vanwege misbruik van een machtspositie door de Griekse bierbrouwer Macedonian Thrace Brewery (MTB) tegen zowel concurrent Athenian Brewery (AB) als haar Nederlandse moeder Heineken.⁸³ De eiser verzocht om een schadevergoeding van meer dan € 100 miljoen voor misbruik van een machtspositie op de Griekse biermarkt door AB. De zaak vloeit voort uit een boete opgelegd door

⁷⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7753.

⁷⁸ Rb. Rotterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001.

⁷⁹ Rb. Oost-Brabant 27 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3170.

⁸⁰ HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (CDC/Akzo).

⁸¹ Zie hierover de kroniek over 2015.

⁸² Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:3203. Zie ook A. Outhuijse, 'Jurisdiction of national courts in case of follow-on damages claims', www.carteldamageclaims.com/jurisdiction-of-national-courts-in-case-of-follow-on-damages-claims/.

⁸³ Ibid.

de Griekse mededingingsautoriteit aan AB van € 31,5 miljoen vanwege het voeren van een beleid 'dat was gericht op het uitsluiten van concurrenten van de Griekse biermarkt'. Hoewel de boete alleen werd opgelegd aan AB, voerde MTB aan dat Heineken en AB één onderneming vormen in de zin van artikel 102 VWEU vanwege de beslissende invloed die Heineken op AB uitoefent. Daarom moet Heineken worden geacht betrokken te zijn bij de misbruikelijke gedragingen van zijn dochteronderneming en hoofdelijk aansprakelijk gehouden te zijn voor de schade. De belangrijkste vraag in deze procedure was of de Rechtbank Amsterdam bevoegd was om uitspraak te doen over de vorderingen op zowel Heineken als AB.

De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat volgens artikel 4 Brussel I-Verordening – dat de rechtsbevoegdheid regelt in burgerlijke vorderingen in de Europese Unie – de Nederlandse rechtbank bevoegd is ten aanzien van de vorderingen tegen Heineken omdat het hoofdkantoor van Heineken is gevestigd in Nederland. Dit is anders voor de Griekse dochteronderneming. De rechtbank verklaarde zich onbevoegd ten aanzien van de vorderingen tegen de Griekse dochter onder meer omdat niet was voldaan aan de vereisten van artikel 8 lid 1 Brussel I-Verordening. Anders dan MTB stelde, oordeelde de rechtbank dat tussen de vorderingen tegen Heineken en de vorderingen tegen AB geen nauwe band in de zin van artikel 8 Brussel I-Verordening bestond.

Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van 13 juli 2006 in zaak C-539/03,⁸⁴ verklaart de Rechtbank Amsterdam dat 'aan de vereisten van artikel 8 is voldaan indien tussen de vorderingen tegen de verschillende gedaagden een zo nauwe band bestaat, dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven'. De Rechtbank Amsterdam oordeelde dat MTB onvoldoende onderbouwd had dat aan de voorwaarden was voldaan, in het bijzonder met betrekking tot de betrokkenheid van Heineken bij de inbreuk. MTB verwees voornamelijk naar het boetebesluit van de Griekse mededingingsautoriteit ter onderbouwing, terwijl Heineken geen geadresseerde van het besluit was noch expliciet vermeld was in het besluit als rechtstreeks betrokken bij de overtreding. Omdat de rechtbank anders concludeerde voor de vordering tegen Heineken, zal de procedure tegen Heineken in de vervolprocedure worden voortgezet. De rechtbank zal de aansprakelijkheid van Heineken als moedermaatschappij voor het gedrag van haar Griekse dochteronderneming AB moeten onderzoeken.

3.2.4. Populariteit Nederlandse jurisdictie voor follow-on claims

De kroniek van dit jaar en die van vorige jaren laten zien dat Nederland een gevestigde jurisdictie is voor het instellen van Europese vervolgschadeprocedures. In eerdere kronieken zijn bijvoorbeeld reeds de schadevergoedingsprocedures inzake het natriumchloraat-, luchtvaart- en liftenkartel besproken.⁸⁵ De populariteit van de Nederlandse jurisdictie is te danken aan de vele positieve kenmerken die het heeft, zoals efficiëntie, hoge kwaliteit en lage kosten. Tot 1 januari 2019 had de Nederlandse jurisdictie echter ook nadelen, zoals de leidende procestaal – Nederlands – en het feit dat de procedures plaatsvinden in diverse, niet gespecialiseerde rechtbanken. Het eerste nadeel leidde tot onnodige kosten als gevolg van de vele vertalingen die moesten worden gemaakt en tolken die moesten worden ingehuurd.

Een wetsvoorstel, dat in maart 2018 door de Tweede Kamer is aangenomen en op 11 december 2018 door de Eerste Kamer is goedgekeurd, komt tegemoet aan deze nadelen. Het wetsvoorstel behelst de introductie van twee gespecialiseerde kamers van de Rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam: Netherlands Commercial Court (NCC) en Netherlands Commercial Court of Appeal (NCCA). Deze gespecialiseerde kamers, die officieel zijn gestart op 1 januari 2019, zullen zich bezighouden met internationale handelsconflicten met gespecialiseerde rechters, onder meer in het mededingingsrecht. Bij deze instanties bestaat de mogelijkheid om de procedures te voeren in het Engels. De rechters en het ondersteunend personeel van deze gespecialiseerde kamers zijn afkomstig van de verschillende Nederlandse rechterlijke instanties en zijn geselecteerd op basis van hun expertise en hun spreekvaardigheid in de Engelse taal.

Niet alle geschillen kunnen bij deze rechterlijke instanties worden aangebracht. De vereisten waaraan moet worden voldaan, omvatten (1) het feit dat het geschil een internationaal element moet hebben, (2) zowel de eiser als de gedaagde moet instemmen met het indienen van de zaak bij de NCC en de NCCA en (3) de vorderingen meer dan € 25 000 moeten bedragen. Voor de Engelstalige procedure bij de gespecialiseerde kamers van de Rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam zal een verhoogd griffierecht gelden zodat de voorziening kosten-neutraal kan worden aangeboden gelet op het totale budget voor de rechtspraak. De griffierechten voor de NCC bedragen € 15 000 en voor de NCCA € 20 000. Hoewel het Nederlands niet langer de procestaal is, zullen beide partijen moeten worden vertegenwoordigd door ten minste één advocaat die in Nederland als advocaat staat geregistreerd. Indien de procedure zou worden voortgezet bij de Hoge Raad, die de hoogste rechterlijke instantie blijft, zal de procedure voor de Hoge Raad nog steeds in het Nederlands plaatsvinden.

⁸⁴ HvJ EU 13 juli 2006, C-539/03, ECLI:EU:C:2006:458 (*Roche Nederland*).

⁸⁵ Zie de kronieken over 2015, 2016 en 2017.

Deze ontwikkeling is zeer positief voor niet-Nederlandse eisers en gedaagden en zal de aantrekkelijkheid van het aanhangig maken van zaken in Nederland verder vergroten. Nieuwe follow-on procedures kunnen dan ook worden verwacht in Nederland. Verder kan de vraag worden gesteld wat de gevolgen van de eventuele Brexit zullen zijn voor het aanhangig maken van follow-on procedures in Nederland.⁸⁶ Naast Nederland en Duitsland, is het Verenigd Koninkrijk een van de populaire jurisdicties om follow-on procedures te starten. Afhankelijk van de exacte Brexit-omstandigheden kan dit allemaal veranderen en zou het kunnen zijn dat de andere populaire jurisdicties, zoals Nederland en Duitsland, meer zaken kunnen verwachten.

4. Slot

De jurisprudentie uit 2018 wordt gekenmerkt door een aantal overkoepelende thema's in zowel de bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zowel de bestuurs- als de civiele rechters zijn in de jurisprudentie van 2018 ingegaan op de grenzen van legitieme franchiseovereenkomsten. Hoewel het eigen is aan franchiseovereenkomsten dat er een zekere beperking van de mededinging is, mag deze constructie niet worden misbruikt om de mededinging onnodig te beperken en kan men zich niet achter de franchiseconstructie verschuilen om geheel onder het kartelverbod uit te komen. Daarnaast speelde bij beide rechtsgebieden de vraag naar de aanvang van de verjaringstermijn en het mogelijk verstrijken van deze termijn. Voor civielrechtelijke jurisprudentie is bevestigd dat de verjaringstermijn in principe start bij het boetebesluit van de mededingingsautoriteit, maar dit kan eerder zijn onder bepaalde om-

standigheden. Het zou kunnen dat de termijn reeds aanvangt bij het persbericht van de mededingingsautoriteit dat een onderzoek is gestart, maar hier geldt een zeer hoge drempel voor: het moet duidelijk zijn wat de aard van de overtreding is, wie de betrokken overtreders zijn en welke sector de overtreding betreft. Tot slot is in beide rechtsgebieden de analyse van de markt en het functioneren daarvan herhaaldelijk aan de orde geweest.

De kroniek biedt naast de mogelijkheid om terug te blikken ook de mogelijkheid om vooruit te kijken naar de aankomende jaren. In recente jaren waren veel horizontale kartelzaken onderwerp van de kroniek. Dit zal voor de komende jaren niet anders zijn. Zo worden nog uitspraken van het CBb verwacht inzake *Bencis* en *Taxi-vervoerders*. Voor de komende jaren kunnen we binnen de bestuursrechtelijke jurisprudentie echter iets meer variatie verwachten. Zo speelt de zaak inzake de misbruik van machtspositie door NS momenteel bij de Rechtbank Rotterdam. Verder heeft de ACM eind 2018 invallen gedaan inzake verticale prijsbinding, op basis waarvan wellicht zal worden gehandhaafd en eventuele rechterlijke procedures kunnen volgen. Ook bij de civielrechtelijke procedures kunnen we interessante zaken verwachten, zoals de follow-on procedure die bij de Amsterdamse rechtbank dient inzake het Europese truckkartel. Daarnaast is er grote zekerheid dat zal worden gerapporteerd over de ontwikkelingen van procedures van TenneT tegen het GGS-kartel. Meer onzeker is de vraag wat de ontwikkelingen van de Brexit zullen zijn en welke gevolgen dit heeft voor het aanhangig maken van Europese follow-on procedures in Nederland. Ook is het de vraag wanneer de eerste mededingingsrechtelijke zaak zich bij Netherlands Commercial Court zal gaan aandienen. Op deze ontwikkelingen zal, indien noemenswaardig, in de kroniek van 2019 worden teruggekomen.

⁸⁶ In dit tijdschrift zijn de Brexit en de gevolgen van de Brexit uitgebreid besproken voor diverse rechtsgebieden. Zie onder meer F.M. Fleurke, 'Brexit en milieu: return of the dirty old man?' (Brexit-reeks – nr. 14), *SEW* 2018, afl. 10, p. 388-394 en L. Deschuyteneer & J. Verhellen, 'Brexit en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen in burgerlijke en handelszaken' (Brexit-reeks – nr. 15), *SEW* 2018, afl. 11, p. 428-437.