

Kroniek – Bestuurs- en civielrechtelijke rechtspraak mededingingsrecht 2022

178

A. Outhuijse, E. Raedts en K. Privé*

In deze kroniek geven we een overzicht van de meest spraakmakende rechtspraak binnen het mededingingsrecht in 2022.

I. Inleiding

Het mededingingsrecht is een dynamisch en complex rechtsgebied dat voortdurend wordt beïnvloed door economische, technologische en politieke ontwikkelingen. In deze kroniek geven we een overzicht van de meest relevante en opvallende rechtspraak binnen het mededingingsrecht in 2022, waarbij we ingaan op de volgende thema's:

- kartelboetes, waarbij geoordeeld wordt over opgelegde sancties, tijdige besluitvorming en de publicatie van besluiten;
- toepassing van de Bronner-criteria bij beoordeling van een gestelde overtreding van het verbod van misbruik van machtspositie via een handhavingsverzoek;
- de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid en de motiveringseisen voor algemeenbelangbesluiten;
- stand-alone-zaken, waarbij wij de onderwerpen van de cao-uitzondering, het non-concurrentiebeding, de pariteitsclausules hotelsector en de aansprakelijkheid van de bestuurder voor een kartelboete in geval van faillissement bespreken;
- follow-on-zaken, waarbij toepasselijk recht, ontvankelijkheid en verjaring terugkerende thema's zijn.

Hoewel de kroniek zich beperkt tot een overzicht van de belangrijkste Nederlandse rechtspraak in 2022, wordt af en toe ook een uitstapje gemaakt naar de Europese rechtspraak, de praktijk van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) of aankomende wetgeving voor zover die relevant zijn voor de jurisprudentie.

2. Overzicht bestuursrechtelijke rechtspraak

2.1. Kartel

In het kroniekjaar heeft de rechtbank Rotterdam in twee zaken inhoudelijk geoordeeld over kartelboetes. Verder oordeelde de rechtbank over tijdige besluitvorming door de ACM bij boeteoplegging en publicatie van een boetebesluit.

De eerste zaak betreft een schending van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) doordat eiseressen bij een onderhandse aanbesteding hun inschrijfgedrag hadden afgestemd.¹ Het ging in deze zaak om dakrenovatie. Twee van de vier aangeschreven partijen pasten in onderling overleg werkschrijvingen van de aanbesteding en hun offertes aan. De ACM kwam achter deze gedragingen en legde de ondernemingen boetes op van respectievelijk € 6000 en € 18 000. De rechtbank overweegt dat het in deze zaak niet uitmaakt dat de onderhandse aanbesteding vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt mogelijkerwijs niet als een aanbestedingsprocedure kan worden gekwalificeerd. Wanneer een opdrachtgever een beperkt aantal gegadigden selecteert om een offerte of prijs in te dienen, moeten ondernemingen met elkaar concurreren gelet op het mededingingsrechtelijke zelfstandigheidsvereiste. Dit vereiste is geschonden. Op basis van het bewijsvermoeden dat volgt uit de *T-Mobile*-zaak heeft de ACM kunnen aannemen dat de concurrent bij het bepalen van zijn marktgedrag rekening heeft gehouden met de informatie die hij heeft ontvangen.²

Van publiekelijke distantiering van de ontvangen informatie of een melding bij de ACM is namelijk geen sprake. Het bewijsvermoeden is kortom van toepassing en eiseressen hebben dit niet kunnen weerleggen. Ook de bagateluitzondering gaat niet op. Aansluitend bij eerdere jurisprudentie oordeelt de rechtbank dat de ACM bij een aanbesteding voor het berekenen van het marktaandeel van partijen kan kijken naar het aantal gegadigden bij

* Annalies Outhuijse, Elske Raedts en Kaj Privé zijn advocaat bij Stibbe binnen de praktijkgroep bestuursrecht respectievelijk Competition & Regulation. De auteurs bedanken Anne Steenkamp, Lennart Veenboer en Ismail Korkmaz voor het verzamelen van de rechtspraak.

¹ Rb. Rotterdam 3 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:585.

² HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343.

een aanbesteding.³ Aangezien er vier gegadigden waren, is het gezamenlijk marktaandeel van de twee ondernemingen 50%. De boetes blijven volledig in stand.

De tweede zaak betreft het koel- en vrieshuizenkartel waar in eerdere kronieken uitgebreid over is gerapporteerd.⁴ Vier bedrijven uit deze sector zijn beboet voor drie verschillende kartelovertradingen met boetes variërend van € 450 000 tot € 9,6 miljoen. De rechtbank was weer aan zet om over deze zaak te oordelen, nadat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) in 2020 had geoordeeld dat de ACM de vervaltermijn tijdig had gestuit op grond van artikel 64 Mw en aan haar daardoor de bevoegdheid toekwam om een boete op te leggen.⁵

Anders dan de rechtbank Rotterdam eerder had geoordeeld, vond het CBB dat de brede reikwijdte van het aanvankelijke onderzoek van de ACM voldoende was om de verjaringstermijn voor de specifieke overtradingen op te schorten. Na vernietiging door het CBB is de zaak terugverwezen naar de rechtbank om de beroepsgronden te bespreken die in het eerdere beroep vanwege het geoordeelde verval van boetebevoegdheid onbesproken waren gelaten. In het kroniekjaar wijst de rechtbank Rotterdam alle overige beroepsgronden af. Het vooronderzoek was rechtmatig, de gedragingen van de dochteronderneming konden aan het concern worden toegerekend en ook was er geen strijd met het gelijkheids- of verdedigingsbeginsel. Hoewel met andere partijen in dezelfde, of aanverwante, zaken een schikking is getroffen (vereenvoudigde afdoening), was het in het onderhavige geval niet haalbaar een gedeeld beeld over de feiten en de overtrading te bereiken. Tot slot acht de rechtbank de aan eiseressen opgelegde boetes passend en evenredig en moesten de boetes worden gepubliceerd op basis van de publicatieplicht van artikel 12v Instellingswet Autoriteit Consument & Markt (hierna: Iw).

De publicatie van boetebesluiten is voor de betrokken ondernemingen in de praktijk minstens zo belangrijk als het moeten betalen van de boetes en in sommige gevallen zelfs belangrijker. Over de reikwijdte van de publicatieplicht en publicatiebevoegdheid van artikel 12v en 12w Iw mocht de rechtbank Rotterdam dit jaar een oordeel geven.⁶ Dit naar aanleiding van het taxikartel dat ook in eerdere kronieken is besproken.⁷ Een derde partij vorderde op grond van artikel 12u jo. 12v Iw inzage in eventuele besluiten tot kwijtschelding of niet-invordering die de ACM heeft genomen. Wat deze derde en de ACM verdeeld hield in de zaak, was de vraag of de verplichte openbaarmaking van sancties ook ziet op besluiten tot kwijtschelding of niet-invordering van (een deel van) de opgelegde boetes. De rechtbank is van oordeel dat dit niet het geval is. De primaire sanctiebesluiten zijn openbaar gemaakt, waardoor alle relevante elementen voor derden bekend zijn geworden (de overtreder, de aard en de ernst

van de overtrading en de opgelegde sanctie) en waardoor volgens de rechtbank het doel van openbaarmaking is bereikt. Een beslissing tot kwijtschelding van de betaling van de boete wijzigt het primaire besluit niet, waardoor artikel 12u jo. 12v Iw niet van toepassing zijn. De ACM hoeft het besluit niet openbaar te maken. Voor documenten, anders dan boetebesluiten, die door de ACM zelf (of in haar opdracht) zijn vervaardigd, bepaalt artikel 12w lid 1 Iw dat de ACM deze openbaar *mag* maken. De ACM heeft als gedragslijn dat zij van deze bevoegdheid gebruik maakt als zij dat nuttig en nodig vindt uit een oogpunt van voorlichting en transparantie. De rechtbank heeft eerder al geoordeeld dat de ACM in redelijkheid tot deze gedragslijn heeft kunnen komen.⁸

In een andere uitspraak van de rechtbank Rotterdam wordt de besluitvormingstermijn van artikel 5:51 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) ter discussie gesteld.⁹ Voor een goed begrip van de uitspraak is nadere uitleg van de Awb-systematiek nodig. Bij de ACM, net als bij andere toezichthouders die hogere bestuurlijke boetes dan € 340 opleggen, geldt een *chinese wall*-systeem. In dit systeem wordt de reguliere boeteprocedure ter handhaving van een verbod opgesplitst in twee fasen: de onderzoeksfase en de besluitvormingsfase. In de onderzoeksfase verricht een afdeling het onderzoek naar de mogelijke overtrading. Deze fase wordt afgesloten met een boeterapport waarin de vergaarde gegevens en een vermoeden van een overtrading zijn neergelegd. Vervolgens wordt het boeterapport overgedragen aan een andere afdeling, namelijk aan Juridische Zaken.

Vanaf dat moment begint de termijn ex artikel 5:51 Awb te lopen. Die afdeling beslist binnen dertien weken na de dagtekening van het rapport over het opleggen van de bestuurlijke boete en neemt een boetebesluit indien zij dit een gepaste reactie acht. Het idee is dat een andere afdeling met een onafhankelijke blik beoordeelt of boeteoplegging inderdaad terecht is. Uit het verleden weten we dat de beoordeling echt onafhankelijk moet zijn. Indien dit niet wordt nageleefd, dan kan dit uiteindelijk leiden tot vernietiging van de boete.¹⁰ Het is echter de vraag of die andere afdeling inderdaad aan dertien weken voldoende tijd heeft om zich te verdiepen in een dossier, om te beslissen of een bestuurlijke boete een passende reactie is en zo nodig, om een boetebesluit op te stellen. Bovendien geldt dat de vermeende overtreder binnen deze termijn ook nog de mogelijkheid wordt geboden om een zienswijze in te dienen. De vermeende overtreder krijgt daarbij de mogelijkheid om het boetedossier in te zien, wordt uitgenodigd om een zienswijze te geven op het boeterapport en de zienswijze eventueel toe te lichten

3 CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325.

4 Zie bijvoorbeeld de kronieken over 2021, 2020 en 2018. Rb. Rotterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5483.

5 CBB 14 januari 2020, ECLI:NL:CBB:2020:34.

6 Rb. Rotterdam 17 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1948.

7 CBB 23 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:150 en ECLI:NL:CBB:2019:151. Zie hierover de kroniek over 2019.

8 Rb. Rotterdam 6 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:7319, r.o. 6.1 en 6.2.

9 Rb. Rotterdam 25 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7117, ECLI:NL:RBROT:2022:7118 en ECLI:NL:RBROT:2022:7119.

10 CBB 30 augustus 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR6737.

in een hoorzitting.¹¹ In deze zienswijze kan de vermeende overtreder wijzen op onjuistheden in het boeterapport en ontlastend materiaal aandragen. Er kunnen kortom vraagtekens worden gezet bij de haalbaarheid van de termijn van dertien weken. Veel autoriteiten trekken zich dan ook niet veel van deze termijn van orde aan en overschrijden deze veelvuldig. Overschrijding van enkele maanden tot een jaar is geen uitzondering. Hoewel sommige autoriteiten in de lange duur van de procedure aanleiding zien om de bestuurlijke boete te matigen, heeft overschrijding over het algemeen geen consequenties. Door de procedure te starten bij de rechtbank Rotterdam probeert een aantal vermeende overtreders hier wel wat aan te doen.

De ACM had een boeterapport uitgebracht vanwege vermeende overtreding van het kartelverbod. Omdat de ACM niet binnen de termijn van artikel 5:51 lid 1 Awb een boetebesluit heeft genomen, stelden de vermeende kartel-overtreders de ACM in gebreke en dienden zij een beroep niet tijdig beslissen ex artikel 6:12 Awb in. De ACM achtte een nader boeterapport nodig, voordat een boetebesluit kon worden genomen. De rechtbank oordeelt dat het opstellen van een nader rapport niet tot gevolg heeft dat de termijn van dertien weken wordt opgeschort. De verplichting blijft onverkort staan. Het verstrijken van de termijn staat – anders dan appellanten hoopten – niet aan het uitbrengen van een aanvullend boeterapport of boeteoplegging in de weg. Het is slechts een termijn van orde. Wel concludeert de rechtbank Rotterdam dat de ACM te laat heeft besloten en dat de overschrijding in de hoogte van de boete kan worden verdisconteerd, maar dat is een aspect dat in een procedure tegen de eventuele boete aan de orde kan komen. Vanwege de complexiteit van de zaak krijgt de ACM een langere beslistermijn dan de termijn van twee weken zoals voorgeschreven in artikel 8:55d Awb. De ACM krijgt nog tot en met 31 december 2022 om een besluit te nemen. Overschrijding van de termijn leidt tot de verplichting van het betalen van een dwangsom van € 100 voor elke dag waarmee de beslistermijn wordt overschreden met een maximum van € 15 000. Dit is de standaardnorm die wordt gehanteerd in de rechtspraak.¹²

2.2. Handhavingsverzoeken

In het kroniekjaar waren er geen uitspraken over sancties opgelegd wegens schending van artikel 24 Mw. Bij de bestuursrechtelijke uitspraken over handhavingsverzoeken kwam dit verbod wel aan de orde. Zo bevestigt de rechtbank Rotterdam in het geval van zowel de accountants als het drinkwaterbedrijf dat de activiteiten in

kwestie niet van economische aard waren en daarom niet binnen de reikwijdte van artikel 24 Mw en/of artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) vallen.¹³ Daarnaast boog de rechtbank Rotterdam zich over een handhavingsverzoek op grond van vermeende leveringsweigering en de toepassing van de Bronner-criteria. Hierna zullen we op dit handhavingsverzoek verder ingaan.

2.2.1. Toepassing Bronner-criteria

In juli oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de ACM terecht een handhavingsverzoek voor toepassing van artikel 24 Mw had afgewezen.¹⁴ In deze zaak ging het om de toepassing van de zogenoemde Bronner-criteria¹⁵ op de weigering door een stichting toegang te verschaffen tot de .nl-zonefile ten behoeve van domeinbewakingsdiensten. De stichting is (exclusieve) beheerder van het .nl-domein op basis van een convenant met het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ). In dit kader heeft de stichting toegang tot de volledige lijst met .nl-domeinnamen, de zogenoemde .nl-zonefile. De stichting levert daarnaast domeinbewakingsdiensten ten behoeve waarvan zij gebruik maakt van de gegevens in de .nl-zonefile. Eiseres is een concurrent van de stichting op het gebied van domeinbewakingsdiensten en had de stichting in 2020 verzocht gebruik te mogen maken van de .nl-zonefile. Toen de stichting dit weigerde, heeft eiseres de ACM verzocht handhavend op te treden omdat deze weigering een inbreuk op artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU zou opleveren. De ACM wees dit verzoek af.

De rechtbank Rotterdam deelt het oordeel van de ACM dat een handhavingsverzoek kon worden afgewezen omdat de leveringsweigering in kwestie niet voldeed aan twee van de drie zogenoemde Bronner-criteria. De rechtbank overweegt dat de ACM voorbij kon gaan aan de vraag of de stichting een machtspositie had omdat het gedrag van de stichting hoe dan ook een misbruik kon opleveren nu (i) toegang tot de .nl-zonefile niet onontbeerlijk was voor het aanbieden van domeinbewakingsdiensten door eiseres en (ii) niet aannemelijk was dat door leveringsweigering alle effectieve mededinging op de markt voor domeinbewakingsdiensten zou verdwijnen. Eiseres voerde ten eerste tegen de afwijzing van de ACM aan dat de stichting geen eigenaar was van de .nl-zonefile terwijl de Bronner-criteria eigenaarschap van een 'essential facility' vereisen. De rechtbank oordeelt echter dat exclusieve beschikking volstaat. Ten tweede zou het convenant met EZ vergelijkbaar zijn met een wettelijk monopolie waardoor een uitzondering op de Bronner-criteria mogelijk is. Ook dat schuift de rechtbank terzijde. Tot slot oordeelt de rechtbank dat weigering van een

11 Zie hierover A.E. Beumer, *De publieke handhavingsprocedures van het mededingingsrecht in het licht van de mensenrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

12 De hoogte van de dwangsom is niet in de wet vastgelegd. Ook is deze niet aan een maximum gebonden. Op rechtspraak.nl is het beleid van de rechtspraak hierover te vinden.

13 Rb. Rotterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5482 en Rb. Rotterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7040.

14 Rb. Rotterdam 7 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5481.

15 HvJ EG 26 november 1998, ECLI:EU:C:1998:569.

concreet verzoek om toelating niet als ‘self-preferencing’ in de zin van de *Google Shopping*-zaak¹⁶ kwalificeert, waardoor niet relevant is dat self-preferencing niet enkel onder leveringsweigerings hoeft te worden geschaard, maar als een opzichzelfstaande vorm van misbruik van economische machtspositie kwalificeert.

De rechtbank past daarom vervolgens de Bronner-criteria toe en overweegt dat eiseres’ stellingen voornamelijk zijn gebaseerd op de veronderstelling dat er in alle opzichten een ‘level playing field’ zou moeten zijn tussen een dominante speler en zijn concurrenten. Daarin voorzien artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw echter niet. De ACM kon daarom vaststellen dat niet aan twee van de drie cumulatieve Bronner-criteria was voldaan en geen verder onderzoek meer vereist was.

Aan het begin van dit jaar heeft het Europese Hof een uitspraak van het Gerecht bekrachtigd over de onrechtmatigheid van de ontmanteling van een spoorwegtracé door de Litouwse spoorwegen.¹⁷ Deze uitspraak is interessant omdat het Hof in deze zaak toepassing van de Bronner-criteria wel afwees. Dit doet de vraag rijzen of de rechtbank Rotterdam anders geoordeeld zou hebben, als het arrest in de *Litouwse spoorwegen*-zaak reeds gewezen was. Bijzonder relevant is dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat voor toepassing van de Bronner-criteria vereist lijkt te zijn dat weigering betrekking heeft op toegang tot infrastructuur waarvan de dominante onderneming eigenaar is en die zij ten behoeve van haar eigen activiteiten heeft ontwikkeld door middel van eigen investeringen. Het Hof baseert dit op de overweging dat met de Bronner-criteria een balans gezocht wordt tussen enerzijds de vereisten van onvervalste mededinging en anderzijds de contractvrijheid en het eigendomsrecht van een dominante onderneming. Het Hof concludeert op deze basis dat het Gerecht dus geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Bronner-criteria niet van toepassing zijn wanneer de betreffende infrastructuur gefinancierd is door openbare middelen en niet eigendom is van de dominante onderneming. Deze verduidelijking doet derhalve de vraag rijzen of het oordeel van de rechtbank, dat geen eigendom vereist is maar exclusieve beschikking volstaat voor toepassing van de Bronner-criteria, indruist tegen deze recentere rechtspraak van het Europese Hof.

2.3. Concentratietoezicht

In 2022 waren er drie gerechtelijke uitspraken over het concentratietoezicht van de ACM.

In twee gevallen betrof het beroepsprocedures bij het CBB. Ten eerste bekrachtigde het CBB de vernietiging door de rechtbank Rotterdam van het ministeriële vergun-

ningenbesluit van PostNL/Sandd op grond van artikel 47 Mw.¹⁸ Zoals reeds besproken in de kroniek over 2020 in *SEW* 2021, afl. 7/8, had de Staatsecretaris van Economische Zaken het besluit van de ACM om de concentratie tussen PostNL en Sandd te verbieden terzijde geschoven op grond van publiek belang. Dit was de eerste keer dat artikel 47 Mw werd toegepast door het ministerie. Deze uitspraak is definitief. Bij de rechtbank Rotterdam liep ook nog een beroep van PostNL tegen het verbod van de ACM. Deze zaak was opgeschort, maar is naar aanleiding van de uitspraak van het CBB hervat. Op 29 september 2023 heeft de rechtbank Rotterdam het beroep ongegrond verklaard en het besluit van de ACM weer bekrachtigd.¹⁹ De integratie van PostNL en Sandd is echter inmiddels voltooid. De ACM heeft daarom aangegeven nu te overwegen welke gevolgen zij aan de bekrachtiging van haar verbodsbesluit zal verbinden.²⁰

Daarnaast draaide het CBB de vernietiging van het vergunningbesluit van de ACM inzake Sanoma/Iddink door de rechtbank Rotterdam terug.²¹ Voor de bespreking van deze uitspraak verwijzen wij naar de kroniek over 2021. Ter signalering merken wij op dat het CBB oordeelt dat de ACM een ruime beoordelingsvrijheid heeft wanneer het gaat om de factoren die zij meeweegt in haar schadetheorieën. Anders dan de rechtbank Rotterdam oordeelde vereist de motiveringsplicht van de ACM niet dat zij alle factoren die zij meeweegt bespreekt of dat zij aantoonst dat bepaalde gevolgen met zekerheid zullen optreden, of niet. Het goedkeuringsbesluit kan daarom in stand blijven en herleeft.

De rechtbank Rotterdam wees een beroep van T-Mobile af tegen het besluit van de ACM dat voor het tot stand brengen van een gemeenschappelijke onderneming (hierna: GO) door KPN en APG geen vergunning vereist was.²² De GO is in de markt actief onder de naam Glaspoort als aanbieder van *wholesale*-breedbandtoegangsdiens ten op een eigen glasvezelnetwerk.

De rechtbank oordeelt dat T-Mobile als directe concurrent van een van de begunstigen van het besluit, KPN, aangemerkt kan worden als belanghebbende bij het bestreden besluit. Maar de beroepsgronden van T-Mobile worden vervolgens stuk voor stuk afgewezen.

T-Mobile betoogde dat Glaspoort geen onafhankelijke en volwaardige onderneming zou zijn, maar slechts een ‘satellietbedrijf’ van KPN. Daarom zou de ACM het concentratietoezicht ten onrechte hebben toegepast op deze transactie. Toewijzing van dit beroep zou ertoe leiden dat dat de regulering van KPN ook onverkort op Glaspoort van toepassing zou zijn. De rechtbank wijst deze beroepsgrond echter af zonder inhoudelijke behandeling omdat deze grond afstuit op het relativiteitsvereiste, zoals neergelegd in artikel 8:69a Awb. Uit artikel 27 lid 2 Mw volgt

16 Gerecht EU 10 november 2021, ECLI:EU:T:2021:763, Self-preferencing verwijst kort gezegd naar het gebruiken van een marktpositie om eigen producten/diensten ten nadele van concurrenten te bevoordelen. Zo ging het in de *Google Shopping*-zaak om het hoger plaatsen van eigen advertenties.

17 HvJ EU 12 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:12.

18 CBB 2 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:289.

19 Rb. Rotterdam 29 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9009.

20 Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/rechtbank-bevestigt-oordeel-acm-om-geen-vergunning-te-geven-voor-overname-van-sandd-door-postnl>.

21 CBB 12 juli 2022, ECLI:NL:CBB:2022:411.

22 Rb. Rotterdam 31 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2284.

dat enkel een volwaardige GO onderworpen is aan toezicht van de ACM. Deze bepaling begrenst de bevoegdheid van de ACM in het belang van de bij de fusie betrokken partijen. Deze bepaling strekt er niet toe concurrenten te beschermen tegen het in behandeling nemen van een melding en wordt daarom afgewezen op basis van het relativiteitsvereiste.

Subsidiar voerde T-Mobile aan dat de transactie tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leidt en dat daarom remedies aan de goedkeuring hadden moeten worden verbonden en meest subsidiar stelde T-Mobile dat de ACM de concentratie aan artikel 6 Mw had moeten toetsen. Nu de primaire grond niet tot vernietiging van het goedkeuringsbesluit heeft geleid, hanteert de rechtbank als uitgangspunt voor de subsidiaire gronden dat Glaspoort een volwaardige GO is en niet slechts een satellietbedrijf van KPN. Omdat de argumenten die ten grondslag liggen aan de subsidiaire gronden echter steeds weer teruggrijpen naar het standpunt dat Glaspoort een satellietbedrijf is van KPN (waardoor de bestaande machtspositie van KPN zou worden versterkt) kunnen de gronden van T-Mobile niet slagen. Wat betreft de toepasselijkheid van artikel 6 Mw merkt de rechtbank op dat als uit de fusiecontroletoesing blijkt dat een concentratie niet tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging leidt, de concentratie niet alsnog aan artikel 6 Mw kan worden onderworpen. De rechtbank verwijst verder nog naar artikel 10 Mw op grond waarvan artikel 6 Mw niet van toepassing is op overeenkomsten, besluiten en gedragingen als bedoeld in dat artikel die rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van een concentratie in de zin van artikel 27 Mw. Wat geldt voor dergelijke zogenoemde ‘nevenrestricties’, geldt logischerwijs ook voor de concentratie zelf.

2.4. *Wet Markt en Overheid*

De Wet Markt en Overheid gaat oneerlijke concurrentie door overheden tegen door het stellen van een aantal gedragsregels voor concurrerende overheden: (1) de overheid moet alle kosten doorberekenen die zij maakt voor het leveren van een dienst of product, (2) overheidsbedrijven mogen niet worden bevoordeeld ten opzichte van de concurrentie, (3) er zijn beperkingen aan het hergebruik van gegevens waarover de overheid beschikt en (4) er geldt een functiescheiding tussen bestuurlijke en uitvoeringswerkzaamheden bij de levering van het product of de dienst. Overheidsorganen kunnen een algemeenbelangbesluit in de zin van artikel 25h lid 5 Mw nemen waardoor deze gedragsregels niet gelden voor de economische activiteiten die worden verricht in het algemeen belang. Dit laatste wordt in de praktijk veelvuldig gedaan, zij het niet altijd even goed.

Zoals in eerdere kronieken aan de orde kwam, blijkt uit de jurisprudentie dat bestuursorganen onvoldoende onderzoek verrichten om een algemeenbelangbesluit deugdelijk te kunnen onderbouwen.²³ Dit wordt bevestigd in de jurisprudentie in het kroniekjaar. Zo bevestigde het CBB een ACM-besluit waarin is vastgesteld dat de Mw is overtreden omdat het college van burgemeester en wethouders bij de verhuur van een sportcentrum niet de integrale kosten heeft doorberekend.²⁴ Ook was in deze zaak een algemeenbelangbesluit aan de orde.²⁵ Het CBB bevestigde de eerdere jurisprudentie dat een algemeenbelangbesluit een draagkrachtige en deugdelijke motivering moet bevatten, aangezien dit besluit ertoe leidt dat de economische activiteit buiten de reikwijdte van de gedragsregels wordt geplaatst. Er moet worden gemotiveerd welk algemeen belang wordt gediend en waarom bepaalde voorwaarden, zoals het aanbieden van een activiteit onder kostprijs, benodigd zijn om het algemeen belang te dienen. Hierbij moet worden gezien of marktpartijen deze activiteit niet kunnen aanbieden onder reguliere marktvoorwaarden waaronder dan toch ook het algemeen belang wordt gediend. Ook moet volgens het CBB een afweging worden gemaakt tussen het effect dat het bestuursorgaan kan bereiken voor het algemeen belang versus het nadeel voor de betrokken ondernemers en of een vorm van compensatie moet worden geboden. Hiervoor moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin het besluit is genomen en de situatie waarin dat besluit niet zou zijn genomen. Deze uitspraak is kortom een bevestiging dat een algemeenbelangbesluit, hoe nobel dan ook, niet zomaar genomen kan worden en een uitgebreide onderbouwing en motivering vereist. Zoals beschreven in de kroniek over 2021 is er verandering op komst en was de planning dat het langverwachte wetsvoorstel tot wijziging van de Wet Markt en Overheid op 1 juli 2023 in werking zou treden.²⁶ Dit wetsvoorstel bevat striktere eisen voor de procedures en inhoud van algemeenbelangbesluiten. Voortaan geldt verplichte consultatie voordat een algemeenbelangbesluit kan worden genomen en geldt een verplichte evaluatie van het besluit na vijf jaar voor nieuwe en bestaande besluiten. Aansluitend bij de geconstateerde gebreken in de rechtspraak kan de minister op basis van dit wetsvoorstel ook regels stellen voor de motivering van algemeenbelangbesluiten. Daarbij gaat het onder meer om een beschrijving van de activiteit, het algemeen belang dat met het besluit wordt gediend, de noodzaak om de algemeenbelanguitzondering in te roepen, de gevolgen van het gebruik van de algemeenbelanguitzondering op concurrenten en de gemaakte belangenafweging. De wijziging is echter uitgesteld en besloten is om de huidige gedragsregels in ieder geval tot 1 juli 2025 te laten gelden.²⁷ Gedeeltelijk wordt hierbij aangesloten bij de eisen uit de rechtspraak, zoals de CBB-uitspraak illustreert. Op de wetgevingsver-

23 Zie bijvoorbeeld de kroniek over 2021.

24 CBB 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:507.

25 CBB 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:506.

26 *Kamerstukken II 2021/22, 35985, nr. 2.*

27 *Sicr.* 2023, 19247.

betering moet kortom nog worden gewacht en het is aan de ACM en de bevoegde rechters om de wacht te houden.

3. Overzicht civielrechtelijke jurisprudentie

Bij follow-on-zaken vordert de eiser schadevergoeding van de overtreder bij de civiele rechter volgend op een boetebesluit van een mededingingsautoriteit (vaak de Europese Commissie). De eiser hoeft, in tegenstelling tot stand-alone-zaken, de inbreuk op het mededingingsrecht niet aan te tonen omdat dit reeds uit het (definitieve) boetebesluit volgt. Bij de stand-alone-zaken ontbreekt een dergelijk boetebesluit en dient de eiser de overtreding zelfstandig aan te tonen. Zoals besproken in eerdere kronieken, vinden eisers het lastig wat dit betreft om aan hun stelplicht en bewijslast te voldoen en worden veel vorderingen om deze reden afgewezen.²⁸

3.1. Stand-alone-zaken

3.1.1. Mededinging en arbeidsrecht

Een interessante stand-alone-uitspraak in 2022 van de rechtbank Rotterdam gaat over de toepassing van de zogenoemde 'Albany-rechtspraak'²⁹ en de toepassing van de cao-uitzondering die is neergelegd in artikel 16 Mw.³⁰ Hoewel deze uitspraak op zich geen nieuwe of baanbrekende overwegingen bevat, past deze uitspraak in de recente aandacht van de ACM voor de arbeidsmarkten.³¹ De rechtbank Rotterdam oordeelt dat het mededingingsrecht niet van toepassing is op de zogenoemde 'Dockers Clause of Non-Seafarers Works Clause' die onderdeel uitmaakt van de collectieve afspraken tussen de vakbonden voor zeevarenden en havenwerkers en een internationaal collectief van maritieme werkgevers(organisaties), ingevolge de Albany-rechtspraak. Op basis van deze clause mag scheepsbemanning op containerschepen in beginsel geen sjourwerkzaamheden verrichten indien havenwerkers beschikbaar zijn voor deze werkzaamheden.

De vakbonden vorderden een gebod tot nakoming van de clause van een aantal reders, waaronder Marlow. Marlow en de andere gedaagden verweerden zich allereerst door te stellen dat de clause nietig is vanwege strijd met artikel 101 VWEU. De vakbonden stellen echter dat de clause onder de zogenoemde 'Albany-uitzondering' valt omdat de clause voortvloeit uit een sociale dialoog in het kader van een nieuwe cao. De rechtbank is het daarmee eens. De rechtbank oordeelt dat de clau-

sule zowel aan het aard- als het doelcriterium voor toepassing van de Albany-uitzondering voldoet. Naar zijn aard is de clause het gevolg of de uitkomst van collectieve onderhandelingen. De clause heeft daarnaast het doel arbeidsvoorwaarden te verbeteren.

Ook de andere verweren worden verworpen waardoor de clause van kracht blijft en het nalevingsgebod wordt toegewezen.

3.1.2. Non-concurrentiebedingen

In 2022 zijn er ook weer een tweetal non-concurrentiebedingen ter toetsing voorgelegd in gerechtelijke procedures.³²

De eerste zaak betreft een hoger beroep ingesteld door een radioloog werkzaam bij het Zuyderland Medisch Centrum (hierna: Zuyderland).³³ Zuyderland was het resultaat van een fusie tussen ziekenhuizen. De voorgenomen creatie van één vakgroep radiologie bleef echter uit, omdat de onderlinge verhoudingen binnen de groep ernstig verstoord waren geraakt. Een van de oorzaken was het feit dat enkele radiologen ook werkzaam waren bij een concurrerend medisch centrum. Daarmee schonden zij het non-concurrentiebeding in de ledenovereenkomst gesloten met het Medisch Specialistisch Bedrijf (hierna: MSB). MSB is een coöperatie waarin alle bij Zuyderland aangesloten medisch specialisten zijn verenigd. Onder meer vanwege deze schending heeft MSB de ledenovereenkomst met appellant met onmiddellijke ingang opgezegd.

De rechtbank Limburg oordeelde eerder dat MSB hiertoe gerechtigd was, maar ging niet in op de vraag of het betreffende beding de mededingingsrechtelijke toets doorstaat. Het gerechtshof 's-Hertogenbosch komt hier wel aan toe. Naar diens oordeel bestaat geen twijfel dat het een strekkingsbeding betreft in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. Zelfs als het beding niet als zodanig gekwalificeerd kan worden, zou er alsnog een gevolgbeperking zijn, aangezien het alle leden van MSB verboden werd deel te nemen aan een zorgaanbod dat concurreert met MSB of een van haar opdrachtgevers. Door MSB werd bovendien aan het beding een ruime strekking toegekend. Volgens het gerechtshof gaat het concurrentieverbod hiermee de kaders van het door het Hof van Justitie geformuleerde noodzakelijkheids criterium³⁴ te buiten. Voor het goed functioneren van MSB als coöperatie zou ook een minder vergaande beperking voldoende kunnen zijn, zo oordeelt het gerechtshof. Het beroep van appellant op de nietigheid van het non-concurrentiebeding slaagt derhalve. Het non-concurrentiebeding dat aan de rechtbank Amsterdam werd voorgelegd werd niet in strijd met het

²⁸ Zie hierover bijvoorbeeld de kroniek over 2018 en 2020.

²⁹ HvJ EG 21 september 1999, ECLI:EU:C:1999:430, zoals meer recentelijk bevestigd in HvJ EU 4 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2411.

³⁰ Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5474.

³¹ Zie bijvoorbeeld Leidraad Tariefafspraken zzp'ers en de speech van ACM-voorzitter Martijn Snoep bij de bijeenkomst New Frontiers of Antitrust. Georganiseerd door Concurrences (21 juni 2022, Parijs).

³² In 2021 stonden er ook non-concurrentiebedingen centraal in stand-alone-procedures. Zie voor een voorlopig geslaagd beroep op nietigheid van het concurrentiebeding wegens schending van het kartelverbod: Rb. Midden-Nederland 30 juni 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2859. Zie daarentegen voor een afwijzing: Rb. Noord-Holland 9 juni 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4422. Zie ook bijvoorbeeld de kroniek over 2020.

³³ Hof 's-Hertogenbosch 8 februari 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:303.

³⁴ HvJ EG 12 december 1995, ECLI:EU:C:1995:434, punt 14.

mededingingsrecht geacht.³⁵ Het beding, opgenomen in een overeenkomst tussen franchisenemers en Multicopy, bepaalt dat de franchisenemers gedurende één jaar na de beëindiging van de franchiseovereenkomst geen soortgelijke onderneming mogen drijven op de vestigingslocatie van de franchisenemer. Twee franchisenemers voerden aan dat dit postcontractuele non-concurrentiebeding nietig was wegens strijd met artikel 6 Mw. Multicopy betwistte dit en voerde aan dat volgens vaste rechtspraak een non-concurrentiebeding geldig is indien het essentieel is voor de bescherming van knowhow en om te voorkomen dat verleende bijstand ten goede komt aan concurrenten. Het geschil spitst zich in feite toe op de vraag of Multicopy beschermingswaardige knowhow heeft overgedragen aan de franchisenemers en hen bijstand heeft verleend die het non-concurrentiebeding rechtvaardigen. De rechtbank Amsterdam oordeelt dat de overgedragen informatie een uitgewerkt en gespecialiseerd winkelconcept voor een grafisch dienstverlenend bedrijf inhoudt, dat bovendien als geheim en wezenlijk kan worden aangemerkt. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat Multicopy de relatief onervaren franchisenemers relevante bijstand heeft verleend. Multicopy kan zodoende een rechtsgeldig beroep doen op het non-concurrentiebeding.

3.1.3. Prejudiciële vragen pariteitsclausules hotelsector

Verder signaleren wij dat de rechtbank Amsterdam op 22 februari 2023 prejudiciële vragen heeft voorgelegd aan het Europese Hof over pariteitsclausules³⁶ in navolging op de tussenuitspraak van de rechtbank Amsterdam van oktober 2022.³⁷ Tot 2015 bevatte het contract tussen Booking.com en hoteliers een zogenoemde 'brede pariteitsclausule'. Op grond hiervan was het voor hotels verboden op eigen verkoopkanalen en op verkoopkanalen van derden kamers aan te bieden voor een lagere prijs dan die op de Booking.com-website. In overleg met de Franse, Italiaanse en Zweedse mededingingsautoriteiten verving Booking.com deze bepaling voor een zogenoemde 'smalle pariteitsclausule'. De clausule verbiedt enkel het hanteren van een lagere prijs op eigen verkoopkanalen. Ook de Duitse mededingingsautoriteit is vervolgens een onderzoek gestart en heeft geoordeeld dat ook een smalle pariteitsclausule in strijd is met het mededingingsrecht. Dit is uiteindelijk bevestigd door het Duitse *Bundesgerichtshof* dat daarbij overwoog dat dergelijke clausules niet als een nevenrestrictie kunnen kwalificeren.³⁸

In de Nederlandse procedure vroeg Booking.com een verklaring voor recht dat zij niet onrechtmatig gehandeld

heeft jegens een groep van 63 hoteliers door de toepassing van pariteitsclausules. Ten aanzien van de bewijskracht van de besluiten in de Duitse procedures overweegt de rechtbank dat beslissingen van buitenlandse mededingingsautoriteiten niet bindend zijn in een Nederlandse procedure, maar in plaats daarvan vrije bewijskracht hebben. Dit volgt uit de vrije bewijsleer die het Nederlandse bewijsrecht kent (artikel 152 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv)) en is overeenkomstig artikel 9 van de kartelschaderichtlijn,³⁹ op grond waarvan die besluiten ten minste als *prima facie*-bewijskracht moeten dienen.⁴⁰

In deze Nederlandse procedure verschillen partijen inhoudelijk van mening of de pariteitsclausules als nevenrestrictie kunnen worden aangemerkt. Nu ook de meningen van autoriteiten en rechters binnen de EU daarover verdeeld lijken te zijn, acht de rechtbank het wenselijk prejudiciële vragen te stellen aan het Europese Hof. Anticiperend op een antwoord dat de pariteitsclausules niet als nevenrestrictie kwalificeren, overweegt de rechtbank dat de clausules dan onder de Groepsvrijstelling verticalen⁴¹ zouden kunnen vallen. Volgens de rechtbank is in ieder geval duidelijk dat noch de brede noch de smalle pariteitsclausule kwalificeert als *hardcore*-beperking waarvoor toepassing van de vrijstelling zou zijn uitgesloten. Echter, omdat voor de analyse onder de Groepsvrijstelling marktaandeelen benodigd zijn, is vervolgens de afbakening van de relevante markt van belang. In dat verband is relevant dat de hotels hebben aangevoerd dat het boeken van accommodatie via de directe verkoopkanalen van een hotel en het boeken van dezelfde accommodatie via bemiddeling door een *online travel agency*-platform, zoals Booking.com, niet tot dezelfde markt behoren. De rechtbank acht het noodzakelijk ook hierover een prejudiciële vraag te stellen om te bepalen of het standpunt van de hotels houdbaar is, mede in het licht van de digitale ontwikkelingen en de complexiteit van meerzijdige markten.

3.1.4. Verhaal van boetes in een civiele procedure

In 2022 komt verhaal van schade ook twee keer aan de orde in stand-alone-zaken.

Ten eerste wees het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden arrest over aansprakelijkstelling van de bestuurders van een failliete onderneming door de curator.⁴² Zoals besproken in de kroniek over 2020, was de aanleiding hiervoor een opgelegde kartelboete van enkele miljoenen aan de onderneming door de Europese Commissie. De curator baseerde zijn vordering op de artikelen 2:9 en 6:162 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) met als grondslag een

35 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4314.

36 Rb. Amsterdam 22 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1242.

37 Rb. Amsterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6812.

38 Bundesgerichtshof 18 mei 2021, BGH KVR 54/20.

39 Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (*PbEU* 2014, L 349/1).

40 NB: ingevolge artikel 33b Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen is de Duitse wetgever nog een stap verder gegaan. In Duitsland moeten rechters besluiten van (buitenlandse) mededingingsautoriteiten als vaststaand aannemen.

41 Verordening (EU) 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (*PbEU* 2010, L 102/1).

42 Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497, *JAR* 2023/52, m.nt. A.M. Helstone. Zie voor eerste aanleg Rb. Noord-Nederland 23 september 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3292.

persoonlijk ernstig verwijt bij het maken van kartelafspraken en jarenlange overtreding van het kartelverbod. De rechtbank Noord-Nederland wees in 2020 de vordering op basis van de onrechtmatige daad af wegens het ontbreken van voldoende causaal verband. De vordering op basis van interne aansprakelijkheid (artikel 2:9 BW) werd echter toegewezen, zij het slechts gedeeltelijk omdat onvoldoende was komen vast te staan dat de volledige schade aan de bestuurder kan worden toegerekend. De bestuurder werd veroordeeld tot het betalen van meer dan € 13 miljoen aan de curator. In het kroniekjaar was het aan het gerechtshof om over deze kwestie te oordelen. Het hof oordeelt dat het maken van prijsafspraken die met sancties zijn bedreigd valt onder ernstig verwijtbaar handelen en daarmee onder onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder als bedoeld in artikel 2:9 BW. Het belang van de schuldeisers brengt met zich dat de curatoren namens de failliete vennootschap de door de bestuurder veroorzaakte schade door het maken van onrechtmatige prijsafspraken kunnen verhalen. Of het faillissement door de opgelegde boete is veroorzaakt is hierbij niet relevant, omdat de curatoren de vordering namens de vennootschap indienen en de vennootschap op grond van artikel 2:9 BW een vordering op de werknemer heeft, ongeacht of er causaliteit met het faillissement bestaat. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, met dien verstande dat in een schadestaatprocedure de daadwerkelijke omvang van de schade moet worden vastgesteld. Interessant aspect van het oordeel van het gerechtshof betreft het verweer van de bestuurder dat de regresvordering van de onderneming op de bestuurder zou afdoen aan het nuttig effect van artikel 101 VWEU. In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk is eerder geoordeeld dat dit het geval is.⁴³ Het gerechtshof vindt van niet omdat dit de boetelast van de werkgever jegens de Europese Commissie niet vermindert en omdat in dit geval niet de rechtspersoon belanghebbende is bij de regresvordering, maar de schuldeisers in het faillissement van het bedrijf. Het gerechtshof beperkt de toepassing echter niet tot het faillissement waardoor dit mogelijk in de toekomst ook breder kan worden toegepast.⁴⁴

Ten tweede boog de rechtbank Rotterdam zich over de vraag of een investeringsmaatschappij de boete kan verhalen op een dochtermaatschappij die haar is toegerekend vanwege haar beslissende invloed over deze maatschappij.⁴⁵ De rechtbank Rotterdam wijst alle aangevoerde gronden af en oordeelt dat verhaal in deze zaak niet mogelijk is.

Meneba ontving in 2010 een boete van de ACM voor haar deelname aan het 'meelkartel'.⁴⁶ De investeringsmaatschappij Bencis, die tussen 2004 en 2011 92% van de aandelen in Meneba hield, werd in eerste instantie niet beboet. Pas nadat het Gerecht van het Europese Hof in

2011 bepaalde dat ook investeringsmaatschappijen beboet konden worden voor kartelinbreuken van dochterondernemingen⁴⁷ en een andere kartel deelnemer een beroep deed op het gelijkheidsbeginsel, legde de ACM Bencis in 2014 een apart sanctiebesluit op voor de inbreuk omdat Bencis en Meneba tot dezelfde economische eenheid behoorden. Bencis is tevergeefs opgekomen tegen deze boete. In de bestuursrechtelijke procedure oordeelde het CBB uiteindelijk dat de toerekening van Meneba's gedraging aan Bencis moest worden gezien als een eigen inbreuk van Bencis. Deze werd immers aan haar toegerekend uit hoofde van haar beslissende invloed.⁴⁸

In deze uitspraak herinnert de rechtbank eerst aan haar tussenvonnis uit 2021 waarin zij oordeelde dat Bencis geen beroep toekwam op grond van artikel 2:10 BW, artikel 6:162 BW of artikel 2:8 BW. Doordat de ACM een apart sanctiebesluit had genomen tegen Bencis geldt bovendien dat geen hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat tussen Bencis en Meneba, waardoor de poging om regres te halen op Meneba via een beroep op artikel 6:10 BW niet kan slagen. Het relativiteitsvereiste verzet zich bovendien tegen een beroep op onrechtmatige daad op grond van artikel 6:162 BW. In dit verband bepaalt artikel 6:163 BW dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Het kartelverbod strekt ter bescherming van slachtoffers van oneerlijke concurrentie en dat is Bencis niet (in ieder geval niet in dezen). Integendeel, Bencis is juist aangemerkt als de dader en komt daarom geen beroep op onrechtmatige daad toe. In dit tussenvonnis besloot de rechtbank daarnaast Bencis de gelegenheid te bieden om ter zitting ingenomen stellingen nader te onderbouwen. Bencis had tijdens de zitting onder meer gesteld dat in het due diligence-onderzoek voorafgaand aan de overname van de aandelen specifiek gevraagd zou zijn naar mededingingsrechtelijke overtredingen en dat dit door Meneba uitdrukkelijk zou zijn ontkend, wat jaarlijks zou zijn bevestigd. Dit zou een zelfstandige onrechtmatige daad opleveren. Hoewel het door Bencis aangeleverde bewijs ter onderbouwing van deze stellingen volgens de rechtbank aantoonde dat de verkoper van de inbreuk op de hoogte was en ervoor heeft gekozen dit niet te melden, zou uit de overgelegde vragenlijst niet volgen dat Meneba moest begrijpen dat zij werd gevraagd wetsovertredingen te melden. De rechtbank wijst de vordering daarom af. Vervolgens licht de rechtbank haar overwegingen om een beroep op artikel 2:8 BW af te wijzen verder toe nadat zij onderkent dat de toelichting in het tussenvonnis summier was. Onder verwijzing naar de relevante recente rechtspraak van het Hof van Justitie overweegt de rechtbank ten eerste dat het Unierecht niet bepaalt hoe en of intern verhaal mogelijk is. Dat dient te worden bepaald

43 Zie hierover de annotatie van A.M. Helstone in *JAR* 2023/52.

44 Kritisch over de uitspraak: *JOR* 2023/147 met annotatie van A. Karapetian.

45 Rb. Rotterdam 23 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1655.

46 Zie 'Boete meelproducenten voor kartelafspraken', acm.nl, 16 december 2010, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11313/Boete-meelproducenten-voor-kartelafspraken>.

47 Gerecht EU 16 november 2011, ECLI:EU:T:2011:667.

48 CBB 19 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:120.

op basis van nationaal toepasselijk recht (*Siemens*⁴⁹). In Nederland ontbreekt in deze context de rechtsgrond voor intern regres. Namelijk, de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW die de rechtsverhouding tussen partijen beheersen, worden uitgelegd in overeenstemming met het Unierechtelijke ondernemingsbegrip, zoals dat is ontwikkeld in het kader van het mededingingsrecht (*Skanska*⁵⁰). Er kan daarom geen ruimte zijn voor het verhaal van een boete, opgelegd aan een tot de onderneming behorende entiteit, op een andere, eveneens beboete, entiteit die behoort tot dezelfde onderneming. Een andere uitleg zou afbreuk doen aan de doelstelling en het nuttig effect van de mededingingsrechtelijke regels (*Sumal*⁵¹).

3.1.5. Misbruik van economische machtspositie

Tot slot signaleren we nog een tweetal stand-alone-zaken op het gebied van misbruik van economische machtspositie, beide uitgesproken door het gerechtshof Amsterdam.

De eerste procedure betreft het langlopende conflict tussen ABMD⁵² en BUMA/Stemra.⁵³ In de kroniek over 2020 kwam de motiveringsplicht die het gerechtshof Amsterdam aan BUMA/Stemra oplegde reeds aan de orde. In deze uitspraak gaat het gerechtshof inhoudelijk in op het gestelde misbruik, nadat het heeft vastgesteld dat BUMA/Stemra economische machtspositie heeft. Het gerechtshof Amsterdam overweegt dat BUMA/Stemra een ongelijke situatie heeft gecreëerd tussen de licentievoorwaarden van de ABMD-leden en de streamingsdiensten die voor privégebruik worden afgenomen, welke vergoedingen lager liggen. Het gerechtshof acht het voorzienbaar dat door niet handhavend op te treden tegen commercieel gebruik van deze privéstreamingdiensten een alternatieve route wordt geopend die vanuit concurrentieoogpunt nadelig was voor de ABMD-leden. Het gerechtshof wijst een schadevergoedingsvordering (op te maken bij staat) toe voor het verleden en wijst de vordering ter aanpassing van licentievoorwaarden toe voor de toekomst.

De tweede procedure betreft de opzegging van DPG van een licentieovereenkomst met Blendle met betrekking tot de levering van krantencontent.⁵⁴ Volgens Blendle zou deze opzegging misbruik van economische machtspositie opleveren. Deze opzegging zou (eveneens) als leveringsweigering of self-preferencing kwalificeren in strijd met artikel 24 Mw en/of artikel 102 VWEU. De

rechtbank achtte eerder noch de machtspositie, noch het misbruik bewezen. Het beroep van Blendle tegen deze uitspraak is zonder succes. Ook het gerechtshof Amsterdam wijst de vorderingen af. Het gerechtshof overweegt dat de voorwaarden waaronder DPG wel (degelijk) bereid was een licentieovereenkomst met Blendle te sluiten geen leveringsweigering inhielden omdat zij objectief gerechtvaardigd waren.

3.2. Follow-on-zaken

In 2022 passeerden ook opnieuw veel follow-on-zaken de revue. Het overgrote deel⁵⁵ daarvan betreft procedures die worden gevoerd naar aanleiding van boetebesluiten van de Europese Commissie.

3.2.1. Toepasselijk recht en ontvankelijkheid

Zo deed de rechtbank Amsterdam uitspraak in de *Trucks*-zaken, waarin zij zich onder meer uitliet over de bepaling van het toepasselijk recht.⁵⁶ De vorderingen in deze procedure zijn gebaseerd op transacties die in verschillende landen hebben plaatsgevonden. In de Rome II-verordening is een speciale regeling opgenomen voor de bepaling van het toepasselijk recht indien de markten van meerdere lidstaten zijn beïnvloed door gedragingen van 'oneerlijke concurrentie'.⁵⁷ Kort gezegd mogen eisers volgens deze regeling in dat geval een rechtskeuze doen voor het recht van het gerecht waar het geschil aanhangig is, mits deze lidstaat een van de beïnvloede markten betreft en in ieder geval een van de verweerders daar gevestigd is. De gedaagden betwistten dat hieraan is voldaan en wezen erop dat Rome II niet op alle vorderingen van toepassing is. Voor zover vorderingen betrekking hebben op transacties van vóór 11 januari 2009 worden deze immers nog beheerst door de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, waarin een dergelijke regel ontbreekt. Onder verwijzing naar het hof Amsterdam in *Aircargo*⁵⁸ oordeelt de rechtbank echter dat de eisers gelet op het doeltreffendheidsbeginsel⁵⁹ ook voor deze vorderingen een gelijke rechtskeuze toekomt. De rechtbank concludeert op die basis dat de eisers ten aanzien van alle vorderingen succesvol een rechtskeuze voor Nederlands recht hebben gedaan. Inmiddels is overigens bekend dat de rechtbank Amsterdam prejudiciële vragen heeft gesteld aan de Hoge Raad over dit onderwerp in gerelateerde *Trucks*-procedures, omdat zij zich afvraagt of dit eerdere oordeel juist is.⁶⁰

49 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256.

50 HvJ EU 14 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:204.

51 HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:800.

52 Vereniging 'Associated Business Music Distributors'.

53 Hof Amsterdam 24 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1512.

54 Hof Amsterdam 2 augustus 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2244.

55 Van de hier besproken follow-on-zaken wordt enkel de procedure door MTB tegen Heineken en AB voor de rechtbank Amsterdam gevoerd naar aanleiding van een beschikking van een nationale mededingingsautoriteit: de Griekse.

56 Rb. Amsterdam 27 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4466.

57 Artikel 6 lid 3 sub b van Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (*PbEU* 2007, L 199/40).

58 Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940.

59 Ingevolge het doeltreffendheidsbeginsel mag het nationale procesrecht de uitoefening van aan het Europees recht ontleende rechten niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

60 Rb. Amsterdam 13 september 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:7089 en Rb. Amsterdam 8 november 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:7093.

De rechtbank gaat in haar uitspraak van 2022 verder nog in op de door de vrachtwagenfabrikanten gevoerde verweren over de rechtsgeldigheid van de cessies en lastgevingen en de ontvankelijkheid van de claimvehikels die op basis daarvan procederen. Op een enkel punt na verwerpt de rechtbank deze verweren. Zij oordeelt onder andere dat de waarborgen die volgen uit de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie niet van toepassing zijn op de claimvehikels, die immers procederen op basis van cessies en lastgevingen.

Ook in de zojuist aangehaalde procedure in *Aircargo* is in hoger beroep uitspraak gedaan in 2022, waarin het onder meer opnieuw ging over toepasselijk recht.⁶¹ Het hof verduidelijkt dat Nederlands recht ook van toepassing is op de gestelde stand-alone-vorderingen en vorderingen vanwege de na-ijleffecten van het luchtvrachtkartel. Voor deze tweede categorie wees het hof erop dat die vorderingen zijn ontstaan door gedragingen tijdens de inbreukperiode en dat elke *shipper* één enkele schadevordering heeft. Verder blijkt uit het arrest dat het hof op verzoek van de luchtvaartmaatschappijen tussentijds cassatieberoep openstelt. Het hof spreekt hierbij de verwachting uit dat de rechtbank ondertussen verder zal gaan met de procedures en specifiek met de vaststelling van de schade. Inmiddels heeft de rechtbank Amsterdam besloten dat eisers voor iedere achterliggende partij moeten onderbouwen dat deze ten minste één luchtvrachtovervoerdienst heeft afgenomen en op basis daarvan bepaald voor welke vorderingen de procedures worden voortgezet.⁶²

Verder deed de rechtbank Oost-Brabant uitspraak in een follow-on-procedure naar aanleiding van het beeldbuisenkartel.⁶³ In deze zaak draait het om een collectieve actie die de Consumentenbond en Aequitas zijn gestart tegen Philips onder de oude regeling van artikel 3:305a BW. Philips stelde dat deze partijen niet-ontvankelijk zouden zijn, onder andere omdat de collectieve actie geen meerwaarde zou hebben. Hiervoor is relevant dat onder de oude regeling van artikel 3:305a BW enkel een verklaring voor recht kan worden gevorderd en geen monetaire schadevergoeding.⁶⁴ Philips betoogde succesvol dat een verklaring voor recht hier niet van toegevoegde waarde is, omdat de onrechtmatigheid en haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor het gedrag van haar joint ventures al volgen uit het Commissiebesluit. Een verder onderzoek naar de aansprakelijkheid van Philips vereist volgens de rechtbank een beoordeling van individuele omstandigheden die de reikwijdte van de collectieve actie te buiten gaat. Ook een beroep op het doeltreffendheidsbeginsel kon Consumentenbond en Aequitas niet baten, omdat dit beginsel volgens de rechtbank dient 'ter bescherming van het (individuele) recht op schadevergoeding van na-

tuurlijke personen of rechtspersonen en niet van enig recht van collectieve belangenbehartigers'.⁶⁵ Daarbij overweegt de rechtbank dat zij ook op andere manieren hun vorderingen hadden kunnen bundelen. De rechtbank verklaart de Consumentenbond en Aequitas dan ook niet-ontvankelijk. De zaak wordt wel voortgezet voor wat betreft een groep individuele eisers.

3.2.2. Verjaring

Inbreuken op het mededingingsrecht duren vaak meerdere jaren en worden in de regel geheimgehouden. Ook het onderzoek naar inbreuken door de autoriteiten neemt veel tijd in beslag. In follow-on-zaken wordt dan ook vaak een verjaringsverweer gevoerd. Daar is dit kroniekjaar bepaald geen uitzondering op.

Een in dit kader noemenswaardige uitspraak is die van 26 oktober 2022 van de rechtbank Rotterdam in het kader van het bitumenkartel.⁶⁶ In deze zaak vordert de Nederlandse Staat schadevergoeding voor de meerprijs die zij (indirect) zou hebben betaald voor wegenbouwbitumen als gevolg van het in 2006 door de Commissie beboete bitumenkartel. De rechtbank heeft met partijen afgesproken eerst een oordeel te vellen over het gevoerde verjaringsverweer. De centrale vraag was op welk moment de Staat bekend was met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon. Volgens artikel 3:110 lid 1 BW begint de verjaringstermijn van vijf jaren namelijk vanaf dat moment te lopen (de kartelschaderichtlijn is tempooreel gezien niet van toepassing). De gedaagden voerden in dit kader onder meer aan dat de NMa, de voorloper van de ACM, nauw betrokken is geweest bij de voorbereiding van het Commissiebesluit. De kennis van de NMa – als onderdeel van dezelfde rechtspersoon – zou kunnen worden toegerekend aan de Staat. De Staat betwistte dit en wees onder andere op de geheimhoudingsverplichtingen van de NMa op grond van Verordening (EG) 1/2003.⁶⁷ De rechtbank overweegt dat de uitleg van de geheimhoudingsplicht nader onderzoek vereist naar Europeesrechtelijke begrippen die autonoom moeten worden uitgelegd. Dit onderzoek kan volgens de rechtbank achterwege blijven wanneer blijkt dat de NMa of de Commissie andere organen van de Staat hebben ingelicht en dus feitelijk op de hoogte waren van het bitumenkartel. De rechtbank besluit hierover inlichtingen op te vragen bij de Commissie en houdt de zaak aan.

Over verjaring ging het ook in de uitspraak van de rechtbank Amsterdam in de zaak van MTB tegen Heineken en AB, een Griekse entiteit waarin Heineken indirect nagenoeg alle aandelen houdt. AB werd in 2014 door de Griekse mededingingsautoriteit beboet voor misbruik van machtspositie op de Griekse biermarkt. MTB daagde

61 Hof Amsterdam 22 november 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:3269.

62 Rb. Amsterdam 24 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3450, r.o. 2.12.

63 Rb. Oost-Brabant 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4506.

64 Artikel 3:305a lid 3 (oud) BW.

65 Rb. Oost-Brabant 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4506, r.o. 5.21.

66 Rb. Rotterdam 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9160. Overigens deed deze rechtbank ook uitspraak in de bijbehorende vrijwaringsprocedure, waarin zij oordeelde over haar bevoegdheid ten aanzien van een van de opgeroepen partijen. Zie Rb. Rotterdam 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7120.

67 Artikel 28 van Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2003, L 1/1).

vervolgens zowel AB als Heineken voor de Nederlandse rechter voor de schade die zij als gevolg van de inbreuk zou hebben geleden. In een eerdere kroniek is stilgestaan bij de bevoegdheidsdiscussie die dit opleverde.⁶⁸ In de onderhavige uitspraak gaat de rechtbank in op het door de gedaagden gevoerde verjaringsverweer. De rechtbank oordeelt dat het gestelde gedrag mede gelet op het doelbewuste stelselmatige karakter kwalificeert als ‘continuous tort’, waardoor de verjaringstermijn naar Grieks recht pas zou aanvagen na beëindiging van de onrechtmatige toestand. Dit oordeel is wel voorlopig, omdat de verweten gedragingen nog niet bewezen zijn en dus nog niet vaststaat of het gedrag daadwerkelijk als ‘continuous tort’ kan worden bestempeld. Verder gaat het in de uitspraak over de vraag in hoeverre de rechtbank naar Grieks recht gebonden is aan de beschikking van de Griekse mededingingsautoriteit. Op dit punt besloot de rechtbank deskundigenbericht in te winnen van het Internationaal Juridisch Instituut.⁶⁹ Deze procedure zal dus ongetwijfeld nog veel interessante uitspraken opleveren, temeer nu inmiddels bekend is dat de Hoge Raad prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie in het kader van de eerder aangehaalde bevoegdheidsdiscussie.⁷⁰ Tot slot wijzen wij nog op het feit dat het hiervoor genoemde beeldbuisenkartel ook leidde tot een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant, waarin het onder meer ging over de toepassing van het verjaringsbegrip naar buitenlands recht.⁷¹ De rechtbank diende te beoordelen of het beboete gedrag een onrechtmatige daad naar Braziliaans recht opleverde. In die zin is de uitspraak vrij specifiek en zal die hier niet verder worden besproken.

Wel wijzen we graag op de heldere overwegingen van de rechtbank over de vaststelling en toepassing van buitenlands recht. De rechtbank overweegt dat het niet aan partijen is om het buitenlands recht te bewijzen en dat de rechtbank zelf onderzoek moet doen, maar dat zij zich hierbij wel door partijen mag laten voorlichten. Op het punt van verjaring oordeelt de rechtbank dat er geen bestendige lijn in de Braziliaanse jurisprudentie bestaat, waardoor zij zich in zekere mate vrij acht om het leerstuk toe te passen op een manier die het meest voor de hand ligt mede gelet op de door deskundigen geschetste doelstellingen achter het leerstuk.

4. Afsluitende opmerkingen

In dit artikel hebben we een overzicht gegeven van de meest opvallende en relevante rechtspraak van het jaar 2022; een jaar vol interessante en uiteenlopende uitspraken en een grote verscheidenheid aan spelers en sectoren. Ook opvallend is dat de Nederlandse rechters meerdere keren prejudiciële vragen aan het Europees Hof hebben gesteld. Sommige uitspraken bevestigden de bestaande rechtspraak en principes, terwijl andere nieuwe wegen insloegen of controversiële kwesties opwierpen. Het mededingingsrecht blijft dus een levendig en relevant rechtsgebied, dat voortdurend moet inspelen op de dynamiek en complexiteit van de markt en de belangen van de consumenten, ondernemingen en overheden.

68 Zie de kroniek over 2020.

69 Rb. Amsterdam 25 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:2866. Zie voor de daadwerkelijke benoeming van het Internationaal Juridisch Instituut Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4890.

70 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:660 en HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:965.

71 Rb. Oost-Brabant 12 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4424. Inmiddels is bekend dat met alle in de procedure verschenen gedaagden een schikking is getroffen. Ten aanzien van de niet-verschenen partijen heeft de rechtbank eindvonnis gewezen en schadevergoeding toegewezen. Zie Rb. Oost-Brabant 15 maart 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:1001.