

228. Contracteerplicht bij schending kartelverbod, of gaat dat te ver?

MR. H.M. CORNELISSEN

Het komt geregeld voor dat een leverancier weigert een bepaalde partij te beleveren c.q. met die partij te contracteren. Na een dergelijke weigering is door de geweigerde partij de afgelopen jaren steeds vaker geprobeerd in rechte alsnog een levering en/of contract af te dwingen. Met de toenemende bewustheid en populariteit van het mededingingsrecht wordt als grondslag voor een dergelijke vordering tegenwoordig dikwijls een beroep gedaan op het kartelverbod. De in dit kader relevante vragen of een leveringsweigering wel in strijd is met het kartelverbod en zo ja, of een dergelijke schending dan zomaar tot een contracteerplicht kan leiden, worden in dit artikel beantwoord.

Het beginsel van contractvrijheid

En van de leidende beginselen van het Nederlandse verbintenissenrecht betreft het beginsel van contractvrijheid. In de literatuur wordt gesteld dat in het beginsel van partijautonomie (zelfbeschikking), een belangrijke voorwaarde gevonden wordt voor de mogelijkheid van partijen zich door middel van een afspraak over en weer te binden.¹ In het verlengde van dat beginsel van partijautonomie ligt het beginsel van contractvrijheid. Volgens Asser/Hartkamp & Sieburgh brengt laatstgenoemd beginsel mee *‘dat men bij het effectueren van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen’*. Daarentegen kan die autonomie ook worden aangevend om bepaalde rechtsgevolgen welbewust te voorkomen. In het algemeen onderscheidt men de contractvrijheid naar haar inhoud in drie delen:

1. de vrijheid te contracteren *met wie* men wil;
2. de vrijheid te contracteren *wanneer* men wil; en
3. de vrijheid zelf *de inhoud van het contract* te bepalen.

Aldus laat het beginsel van contractvrijheid een ieder niet alleen vrij te contracteren met wie, waarover en wanneer

men wil (de zgn. *‘positieve contractsvrijheid’*), maar evenzeer om *niet* te contracteren met wie men niet wil en alsdan van contractuele binding verschoond te blijven (de zgn. *‘negatieve contractsvrijheid’*). Volgens Hofmann & Abas is deze negatieve contractsvrijheid misschien wel de belangrijkste.² Een ieder mag zijn eigen rechtspositie bepalen en iedereen heeft zelfbeschikkingsrecht.³

Maar is het beginsel van contractvrijheid ook verankerd in het Europese recht? Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Het recht om zelf zijn of haar handelspartners te kiezen behoort niet alleen tot de algemeen erkende beginselen van de wetgevingen der lidstaten. De contractuele vrijheid van rechtssubjecten is ook verschillende keren door het gemeenschapsrecht erkend en is derhalve ook in de communautaire rechtsorde van fundamenteel belang.⁴ Het beginsel van contractvrijheid is dan ook een van de pijlers van de vrijheid van ondernemerschap, welke vrijheid in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*‘Handvest’*) als een van die grondrechten is aangemerkt. Het Handvest heeft krachtens artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie dezelfde juridische waarde als de EU Verdragen. De instellingen, organen en instanties van de Europese Unie dienen de beginselen uit het Handvest dan ook na te leven. Datzelfde geldt voor

1 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 41. Zie hierover ook J.H. Beekhuis, *Contract en contractsvrijheid* (inaugurale rede Groningen), Groningen/Djakarta: Wolters 1953, p. 5. Zie verder J. Hijma, *‘Algemene Inleiding’*, in: J. Hijma e.a. *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, p. 14-15. Voor een overzicht van verdere literatuur zie J.D.A. Den Tonkelaar, *Verbindenissenrecht* (losbl.), art. 213, aant. 60.

2 L.C. Hofmann & P. Abas, *Het Nederlands verbintenissenrecht: de algemene leer van de verbintenissen: Deel 1 (Artikelen 1269-1387). Tweede gedeelte (Artikelen 1302-1303 en 1349-1387)*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977 (negende druk), p. 13.

3 Vgl. G. van Rijssen, *Contractsovername* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 62.

4 Onder meer Gerecht 11 juli 2007, T-170/06, ECLI:EU:T:2007:220 (*Alrosa/Commissie*), punt 49 alsmede de daarin opgenomen verwijzingen.

de lidstaten wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen.⁵ Een voorbeeld van die tenuitvoerlegging is de rechtstreekse toepassing van het Europese mededingingsrecht door de nationale rechter.

Dat voornoemde vrijheid van ondernemerschap voor een belangrijk deel gestoeld is op het beginsel van contractvrijheid blijkt uit de toelichting bij het Handvest.⁶ Artikel

Beperkingen op de uitoefening van de rechten en vrijheden die in het Handvest worden erkend, moeten bij wet worden vastgesteld.

52 van het Handvest bepaalt dat beperkingen op de uitoefening van de rechten en vrijheden die in het Handvest worden erkend, bij wet moeten worden gesteld. Bovendien dienen dergelijke beperkingen de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheid te eerbiedigen en dienen zij – met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel – onder meer noodzakelijk te zijn.

Het voorgaande is geheel in lijn met hetgeen het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') eerder oordeelde ter zake van een beperking van de contractvrijheid:

'(...) het recht van de partijen om door hen gesloten contracten te wijzigen, [is] gebaseerd [...] op het beginsel van de contractvrijheid en [kan] dus niet [...] worden beperkt zolang er geen gemeenschapsregeling bestaat die op dat punt specifieke beperkingen oplegt!'⁷

De volgende vraag luidt dan ook wat de verhouding is tussen het beginsel van contractvrijheid en het (Europese) mededingingsrecht. Meer in het bijzonder: legt het (Europese) kartelverbod⁸ enige beperkingen op aan de contractvrijheid?

De verhouding tussen de contractvrijheid en het mededingingsrecht

Het Europese kartelverbod en diens Nederlandse equivalent zijn bij wet vastgesteld. Artikel 101 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU') respectievelijk artikel 6 lid 1 Mededingingswet ('Mw') bepalen immers dat verboden zijn: overeenkomsten tussen ondernemingen⁹ die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt res-

pectievelijk (een deel van) de Nederlandse markt merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het Europese kartelverbod is voorts uitsluitend van toepassing wanneer door die overeenkomst de handel tussen de lidstaten (merkbaar) ongunstig kan worden beïnvloed.

Het moge duidelijk zijn dat het kartelverbod hiermee enerzijds een beperking aanbrengt in de (positieve) contractvrijheid. De *inbound* van het contract mag immers geen verboden mededingingsbeperkende afspraken bevatten (lees: *minder* ondernemersvrijheid). Anderzijds is het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging – welke wordt gewaarborgd door de mededingingsregels – een van de andere pijlers van het vrije ondernemerschap. Vanuit die optiek draagt het mededingingsrecht juist bij aan *meer* ondernemersvrijheid (doorgaans voor de contractuele wederpartij).

Mijns inziens doet voornoemde beperking van de (positieve) contractvrijheid niet af aan het gegeven dat bij de toepassing van het mededingingsrecht contractvrijheid het uitgangspunt is. Pas wanneer de basis voor wel of niet contracteren, of de inhoud van een contract *op zichzelf* in strijd is met het mededingingsrecht (waarover later meer), kan die vrijheid worden beperkt. Er is immers dan pas sprake van een bij wet gestelde beperking.

Met betrekking tot de toepassing van het Europese mededingingsrecht kan voor deze opvatting steun worden gevonden in onder meer de conclusie van A-G Kokott in de Alrosa-zaak. Daarin stelde de A-G:

"De contractvrijheid behoort tot de algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht. Zij vloeit voort uit de handelingsvrijheid van personen. Ook is zij onlosmakelijk verbonden met de als grondrecht beschermde vrijheid van ondernemerschap. In een gemeenschap waarin het beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging in acht moet worden genomen, is waarborging van contractvrijheid noodzakelijk. Ook de rechtspraak van het Hof erkent dat ondernemers contractvrijheid genieten.

Bij de vaststelling van mededingingsrechtelijke beschikkingen moet de Commissie rekening houden met het beginsel van de contractvrijheid respectievelijk ondernemersvrijheid.

De contractvrijheid houdt evenwel niet alleen de vrijheid in om contracten te sluiten (positieve contractvrijheid), maar ook de vrijheid om geen contracten te sluiten (negatieve contractvrijheid)."¹⁰

Dat bij de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht contractvrijheid het uitgangspunt vormt, is ook in Nederland door zowel de Nederlandse Mededingingsautoriteit ('NMa', thans de Autoriteit Consument & Markt; 'ACM')¹¹ als de civiele rechter¹² erkend. Dit is zelfs het geval wanneer een onderneming een dominante positie op

5 Artikel 51 Handvest.

6 Publicatieblad nr. C 303 van 14/12/2007, p. 23.

7 HvJ EG 5 oktober 1999, C-240/97, ECLI:EU:C:1999:479, (*Spanje/Commissie*), punt 99.

8 Deze bijdrage beperkt zich tot het kartelverbod en gaat niet specifiek in op het onderwerp 'misbruik machtspositie'. Ook specifiek geregeerde markten – bijvoorbeeld op het gebied van telecommunicatie, energie, gezondheidszorg en spoorwegvervoer – vallen buiten de reikwijdte van dit artikel, hoewel daarop mogelijk specifieke (gemeenschaps)regelingen van toepassing zijn die – onder voorwaarden – een gebod tot contracteren (kunnen) omvatten.

9 Of besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Voor het gemak wordt hierna uitsluitend over een 'overeenkomst' of 'contract' gesproken.

10 Conclusie A-G J. Kokott 17 september 2009, C-441/07 P, ECLI:EU:C:2009:555 (*Commissie/Alrosa*), punt 225-227.

11 Onder meer NMa 6 november 2009, Amicus Curiae-advies, vraag 9, punt 52. Onder meer opgenomen in V.zr. Rb. Amsterdam 3 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6496, r.o. 1.2.

12 Onder meer Rb. Amsterdam 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6431, r.o. 6.11.

de markt heeft.¹³

Is een weigering tot contracteren op zichzelf in strijd met het kartelverbod?

Wanneer contractvrijheid het uitgangspunt is, zou een schending van het kartelverbod uitsluitend tot een contracteerplicht kunnen leiden indien het weigeren tot contracteren c.q. het invoeren van de negatieve contractvrijheid *op zichzelf* inbreuk maakt op dat verbod. Dat is mijns inziens niet zomaar het geval. Voor een dergelijke inbreuk is meer vereist dan sec een weigering, omdat er anders geen (negatieve) contractvrijheid zou kunnen bestaan. Dat ‘meerdere’ kan onder omstandigheden gelegen zijn in afspraken tussen een leverancier en zijn contractpartners (distributeurs) op grond waarvan de leverancier op voorhand zijn eigen contractvrijheid *stelselmatig* beperkt (al dan niet in combinatie met andere beperkingen). De leverancier zegt zijn distributeurs bijvoorbeeld vooraf toe een bepaald soort partijen *nooit* te zullen beleveren, voor welke soort partijen ook geen andere leveringsbronnen beschikbaar zijn. Als gevolg daarvan kan een specifiek verkoopkanaal verstoken blijven van de contractproducten in kwestie, ten nadele van – uiteindelijk – de consument. Dat naast de weigering zelf derhalve ook een stelselmatige afspraak daarover nodig is, verklaart ook waarom gekozen is het kartelverbod vorm te geven in een algemeen *verbod* op het sluiten van bepaalde overeenkomsten en dit niet te gieten in een *gebod* tot het sluiten van bepaalde overeenkomsten.

Een *zuiver eenzijdige* weigering tot contracteren kan bovendien alleen al geen schending van het kartelverbod opleveren, omdat in dat geval geen sprake is van enige, voor een dergelijke schending vereiste ‘overeenkomst’.¹⁴ Aldus zou aan het vereiste van een overeenkomst in dit kader alleen (kunnen) worden voldaan indien een leverancier met zijn distributeurs vooraf – expliciet of impliciet – afspraken zou maken over het *stelselmatig* niet contracteren met bepaalde partijen. De leverancier komt dan *vrijwillig* een beperking van zijn eigen contractvrijheid overeen. Een dergelijke ‘aanstellingsbeperking’ voor de leverancier gaat doorgaans gepaard met een ‘verkoopbeperking’ voor de distributeurs. Het zijn die overeengekomen beperkingen die onder omstandigheden *wel* onder de reikwijdte van het kartelverbod kunnen vallen. Dergelijke combinaties van beperkingen komen vaak voor in zgn. verticale overeenkomsten, zoals selectieve distributieovereenkomsten.

In het licht van het kartelverbod wordt een – voorwaardelijke – contracteerplicht vrijwel uitsluitend aangehaald in de rechtspraak, groepsvrijstellingsverordeningen en bijbehorende richtsnoeren met betrekking tot selectieve

distributieovereenkomsten.¹⁵ Maar niet omdat een weigering tot contracteren bij selectieve distributie wel *op zichzelf* een schending van het kartelverbod oplevert, maar alleen omdat een contracteerplicht dan als *voorwaarde* kan gelden om selectieve distributieovereenkomsten die de hiervoor genoemde (potentiële) mededingingsbeperkingen bevatten, alsnog buiten de reikwijdte van het kartelverbod te houden of te plaatsen. De ‘beperkte contracteerplicht’ is dan ook uitsluitend een *vrijstellingsvoorwaarde* om voldoende tegenwicht te kunnen bieden aan de (potentiële) negatieve effecten van de afgesproken aanstellings- en verkoopbeperking, maar betreft uitdrukkelijk *geen* algemene rechtsregel. Als een leverancier er immers voor kiest om voornoemde beperkingen niet te hanteren, dan behoeven die beperkingen ook geen vrijstelling en zijn de vrijstellingsvoorwaarden – waaronder de ‘beperkte contracteerplicht’ – niet relevant. Nu contracteren derhalve niet verplicht is, maar het niet-contracteren de leverancier de mogelijkheid tot het profiteren van de groepsvrijstelling kan ontnemen, is in dit verband dan ook veeleer sprake van een zogenaamde ‘*Obliegenheit*’ dan van een daadwerkelijke *contracteerplicht*. Het voorgaande is reeds verschillende malen bevestigd door zowel de mededingingsautoriteiten¹⁶ als de Europese resp. nationale rechters.¹⁷ Zo oordeelde het HvJ EU in de Auto24-zaak dat:

‘(...) uit de rechtspraak van het Hof ([...]) voortvloeit dat de niet-ervulling van een voorwaarde die noodzakelijk is om vrijstelling te genieten, op zich geen aanleiding kan geven tot schadevergoeding op grond van artikel 101 VWEU en evenmin een leverancier kan dwingen om een distributeur die bij een distributiestelsel wil aansluiten, op te nemen’.¹⁸

Bij het niet voldoen aan de vrijstellingsvoorwaarden staat een schending van het kartelverbod immers nog niet vast. Onder omstandigheden kan een overeenkomst die in principe onder het kartelverbod valt en die niet van een groepsvrijstelling kan profiteren, alsnog aan

Een schending van het kartelverbod kan uitsluitend tot een contracteerplicht leiden indien de weigering *op zichzelf* onder dat verbod valt.

het kartelverbod ontsnappen krachtens de individuele wettelijke uitzonderingsgrond van artikel 101 lid 3 VWEU en/of artikel 6 lid 3 Mw.

13 Onder meer HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:149, r.o. 5.3.2 alsmede de daarin opgenomen verwijzingen.

14 Onder meer Rb. Rotterdam 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8245, r.o. 4.5.

15 Zie met name Verordening nr. 330/2010, Publicatieblad nr. L 102 van 23/04/2010, p. 3 met in artikel 1 lid 1 sub e) een definitie van selectieve distributie en de bijbehorende ‘Richtsnoeren inzake verticale beperkingen’, Publicatieblad nr. C 130 van 19/05/2010, p. 36-39, punt 174-188.

16 Onder meer NMa 6 november 2009, Amicus Curiae-advies, vraag 1 en 2, punt 12.

17 Onder meer HvJ EG 18 december 1986, 10/86, ECLI:EU:C:1986:502 (*VAG France/Magne*), punt 12 resp. onder meer Vzr. Rb. Haarlem 28 september 2004, ECLI:NL:RBHAA:2004:AR2813, r.o. 5.5 en 5.6.

18 HvJ EU 14 juni 2012, C-158/11, ECLI:EU:C:2012:351 (*Auto 24/Jaguar Land Rover France*), punt 22.

Maar ook indien en voor zover uiteindelijk toch een schending van het kartelverbod zou worden vastgesteld, meen ik dat een dergelijke vaststelling een mededingingsautoriteit en/of nationale rechter niet – althans niet zomaar – de bevoegdheid zou verlenen tot het opleggen van een contracteerplicht. Ik zal uitleggen waarom niet.

Gevolgen schending kartelverbod

Wanneer de Commissie respectievelijk de ACM het Europese respectievelijk het Nederlandse mededingingsrecht handhaaft, dan is zij beperkt door de (wettelijke) grenzen die aan haar bevoegdheden ter zake zijn gesteld.

De concrete vraag luidt welke bevelen de Commissie en de ACM kunnen geven nadat zij een schending van het

Een contracteerplicht kan niet worden gerechtvaardigd wanneer er verschillende manieren bestaan om de mededingingsinbreuk te beëindigen.

kartelverbod hebben vastgesteld. In het verleden is deze specifieke vraag aan de orde gesteld in de zaak *Automec/Commissie*.¹⁹ In die zaak hanteerde een Italiaanse importeur van nieuwe auto's een selectief distributiestelsel met de hiervoor genoemde beperkingen. Een distributeur meende te voldoen aan alle vereisten voor opname in het erkende distributienetwerk (de zgn. kwaliteitsstandaarden). Desondanks werd die opname door de importeur geweigerd. Daarop verzocht de distributeur de Commissie – kort gezegd – de importeur te bevelen met de distributeur te contracteren.

Destijds waren de bevoegdheden van de Commissie neergelegd in Verordening 17 van de Raad.²⁰ Op grond van artikel 3 lid 1 van die Verordening was de Commissie bevoegd om een onderneming – in geval van een vastgestelde inbreuk op het kartelverbod – bij beschikking te verplichten om een einde te maken aan die inbreuk (al dan niet in combinatie met een dwangsom en naast het opleggen een boete). De relevante vraag luidde of die bevoegdheid, in samenhang met het kartelverbod, de rechtsgrondslag kon vormen voor het verzochte bevel van de distributeur. Ter zake de gevolgen van een schending van het kartelverbod oordeelde het Gerecht – onderdeel van het HvJ EU – als volgt:

'Van de civielrechtelijke gevolgen die een inbreuk op [het] verbod kan meebrengen, is er slechts één uitdrukkelijk voorgeschreven in artikel [101], lid 2, namelijk de nietigheid van de overeenkomst. De andere gevolgen die zijn verbonden aan een inbreuk op artikel [101 VWEU], zoals de verplichting om de aan een derde berokkende schade te vergoeden of een eventuele verplichting om een overeenkomst aan te gaan, moeten in het nationale recht worden vastgesteld (...).

Derhalve is het de nationale rechter die, in voorkomend geval en volgens de voorschriften van het nationale recht, een marktdeelnemer kan gelasten, met een ander een overeenkomst aan te gaan.

Aangezien de contractvrijheid regel moet blijven, kan aan de Commissie in het kader van de haar toekomende bevoegdheden om bevelen te geven om inbreuken op artikel [101], lid 1, te doen beëindigen, in beginsel niet de bevoegdheid worden verleend om een partij te gelasten contractuele betrekkingen aan te knopen, daar zij in het algemeen over passende middelen beschikt om een onderneming te verplichten een einde aan een inbreuk te maken.

Een dergelijke beperking van de contractvrijheid kan in het bijzonder niet worden gerechtvaardigd, wanneer er verschillende manieren bestaan om een einde aan een inbreuk te maken. Dat is het geval met inbreuken op artikel [101], lid 1, [VWEU], die verband houden met de toepassing van een distributiesysteem. Dergelijke inbreuken kunnen immers ook worden beëindigd door het distributiesysteem op te geven of te wijzigen. De Commissie is in deze omstandigheden weliswaar bevoegd, de inbreuk vast te stellen en de betrokken partijen te gelasten hieraan een einde te maken, maar het is niet haar taak, de partijen haar keuze uit alle verschillende mogelijke handelwijzen die in overeenstemming met het Verdrag zijn, op te leggen. (...).

[Daaraan] wordt niet afgedaan door het feit, dat de Commissie bevoegd was om een beschikking te geven die vergelijkbare praktische gevolgen kon hebben als de door verzoekster gevraagde bevelen en dat zij het verzoek van verzoekster alsnog had kunnen aanmerken als een verzoek tot het geven van een dergelijke beschikking. (...).²¹

Dit oordeel van het Gerecht doet naar mijn mening recht aan het Handvest. Een beperking op de vrijheden en beginselen dient bij wet te worden gesteld. De in dit kader relevante mededingingswetgeving schrijft niet dwingend voor dat de contractvrijheid dient te worden beperkt, althans niet dat een schending van het kartelverbod tot gevolg dient te hebben dat een partij verplicht is met een andere partij te contracteren.

Daarom maakt ook het feit dat Verordening 17 inmiddels vervangen is door Verordening 1/2003²² het voorgaande niet anders. Weliswaar voorziet Verordening 1/2003 uitdrukkelijk in de bevoegdheid van de Commissie om *alle* maatregelen ter correctie van gedragingen te kunnen opleggen,²³ maar bij het opleggen van structurele maatregelen dient de Commissie rekening te houden met het evenredigheidsbeginsel en moet de maatregel noodzakelijk zijn om de inbreuk daadwerkelijk te laten eindigen. Aan die laatste eis wordt alleen voldaan indien er niet een even effectieve of minder belastende maatregel voorhanden is.

Indien een schending van het (Europese) kartelverbod ter keuze van de inbreukmaker op meerdere manieren kan worden opgelost dan uitsluitend met een gebod tot contracteren, staat een contracteerplicht derhalve op gespannen voet met het Handvest en het beginsel van contractvrijheid. Met het in acht te nemen evenredigheidsbeginsel en noodzakelijkheidsvereiste, alsmede gelet op de

19 Gerecht 18 september 1992, T-24/90, ECLI:EU:T:1992:97 (*Automec/Commissie*).

20 Verordening nr. 17 Publicatieblad nr. 13 van 21/02/1962, p. 204-211.

21 Punt 50-52 en 54.

22 Verordening 1/2003, Publicatieblad nr. L 1 van 04/01/2003, p. 1.

23 Overweging 12 en artikel 7, lid 1.

ratio en het doel van het mededingingsrecht zou een bevel tot beëindiging van de inbreuk moeten volstaan. Op welke wijze daaraan te voldoen, is en blijft aan de geadresseerde van het bevel. *Hoe* de inbreuk precies wordt beëindigd, maakt ook voor het nagestreefde doel van het mededingingsrecht immers geen verschil; *als* die inbreuk maar beëindigd wordt.

De (Europese) mededingingsregels zijn immers in de eerste plaats bedoeld om de structuur van de markt en daarmee de (werkzame) mededinging als zodanig veilig te stellen, maar hebben niet tot doel de belangen van een individuele partij te beschermen.²⁴ Voor de uiteindelijk gekozen maatregel zou dan ook niet van belang zou moeten zijn, welke oplossing – praktisch gezien – de voorkeur van een geweigerde partij zou genieten c.q. diens individuele belang het meest zou dienen. In die zin zou ook het relativiteitsvereiste van 6:163 BW in de weg kunnen staan aan het door de civiele rechter honoreren van een individuele vordering tot contracteren wegens schending van het kartelverbod. Die norm strekt aldus niet, althans niet in de eerste plaats tot bescherming tegen de persoonlijke schade die de geweigerde partij heeft geleden, maar tegen schade die *de werkzame mededinging als geheel* heeft geleden.

Wat betreft het nationale recht kan een schending van het (Europese) kartelverbod gekwalificeerd worden als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 BW. Daarnaast voorziet de Nederlandse wet ook in de mogelijkheid tot het vorderen van een schadevergoeding anders dan in geld (artikel 6:103 BW). Desondanks staan de hiervoor genoemde beginselen en het doel van het mededingingsrecht naar mijn mening tevens het opleggen van een contracteerplicht door *de nationale rechter* in de weg.

Een eerder oordeel van de Hoge Raad in de zogenaamde Batavus-zaak – houdende dat het Batavus met een enkel beroep op de contractvrijheid niet vrij stond te weigeren met een bepaalde partij te contracteren²⁵ – doet aan die mening niet af. Dit oordeel lijkt immers achterhaald door de hiervoor aangehaalde Auto24-zaak.²⁶ Daarnaast werd in de Batavus-zaak niet (een afspraak over) de *contractweigering* in strijd met het kartelverbod geacht, maar een eerdere *opzegging* van de distributierelatie. Voordat de Hoge Raad de nietigheid van de opzegging had uitgesproken, had Batavus aangegeven dat wanneer de distributeur niet zou zijn opgezegd, deze nog steeds distributeur zou zijn geweest. Met name om die reden kon de distributeur bij het wegvallen van de opzegging niet zonder nadere toelichting een nieuw c.q. de teruggave van het contract worden geweigerd. De concrete feiten van dit specifieke geval speelden derhalve een doorslaggevende rol om te komen tot voornoemd oordeel. Een contrac-

teerplicht wegens schending van het kartelverbod valt uit deze uitspraak echter niet af te leiden, zo oordeelde ook de Rechtbank Amsterdam.²⁷

Ook onder het nationale recht kan de contractvrijheid derhalve alleen worden doorbroken in zeer uitzonderlijke gevallen, maar niet vanwege een schending van het kartelverbod (tenzij dat de enige remedie is om die schending te beëindigen). In de uitzonderingsgevallen gaat het om een bescherming ten aanzien van hetzij de toegang tot *noodzakelijke* prestaties (zogenaamde *essential facilities*), hetzij van fundamentele (grond)rechten.²⁸

Deze zienswijze is bevestigd door de Rechtbank Amsterdam in een zaak met een feitencomplex dat vergelijkbaar was met dat van de hiervoor beschreven Automec-zaak. Ter zake de voor de civiele rechter gevorderde contracteerplicht uit hoofde van het kartelverbod oordeelde de rechtbank:

“Zelfs al zou geoordeeld zijn dat [de importeur] in strijd met het kartelverbod handelt dan kan dat nog niet tot toewijzing leiden van de vordering die strekt tot het toelaten van [de distributeurs] tot het netwerk (...). Een gebod tot contracteren is alleen toewijsbaar als het niet contracteren op zichzelf in strijd is met het mededingingsrecht. Gelet op het beginsel van contractsvrijheid – hetgeen ook door de Europese Commissie tot uitgangspunt wordt genomen – kan dit slechts bij uitzondering worden aangenomen, bijvoorbeeld indien er sprake is van een economische machtspositie door het onthouden van een essentiële faciliteit (vergl. art. 24 Mw). Een inbreuk op de contractsvrijheid kan in het bijzonder niet worden gerechtvaardigd wanneer er verschillende manieren bestaan om een einde aan de inbreuk te maken. Dat is het geval met inbreuken op art. 6 Mw die verband houden met toepassing van een distributiestelsel, (...). Dergelijke inbreuken kunnen immers ook worden beëindigd door het distributiestelsel, (...) te wijzigen.”²⁹

De verhouding tussen het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtspositie

Wanneer bij een schending van het kartelverbod zelfs aan ondernemingen die *geen* economische machtspositie hebben een contracteerplicht zou kunnen worden opgelegd

Bij de vaststelling van mededingingsrechtelijke beschikkingen moet de Commissie rekening houden met het beginsel van de contractvrijheid.

terwijl er alternatieve maatregelen voorhanden zijn om een einde aan die schending te maken, dan impliceert dat, dat het desbetreffende contract c.q. de directe toegang tot het contractproduct of de contractdienst *niet* onontbeerlijk is voor de instandhouding van de werkzame mededinging op

24 Onder meer Gerecht 27 september 2006, T-168/01, ECLI:EU:T:2006:265 (*GlaxoSmithKline Services/Commissie*) en HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:149, r.o. 5.3.2.

25 HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213, r.o. 3.13.

26 Zie ook met zoveel woorden Conclusie A-G Keus 8 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ4163, punt 2.29-2.38.

27 Zie ook Rb. Amsterdam 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6431, r.o. 6.49.

28 Zie hierover I.S.F. Houben, 'Contractdwang', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 347-360 en I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

29 Rb. Amsterdam 25 juli 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6431, r.o. 6.48.

de relevante markt.

Mede in het licht van het hiervoor beschreven evenredigheidsbeginsel en noodzakelijkheidsvereiste lijkt mij een dergelijke uitkomst op gespannen voet te staan met het gegeven dat een onderneming *met* een economische machtspositie pas wordt geacht van die positie misbruik te maken in de vorm van het weigeren tot contracteren, indien:

1. de weigering betrekking heeft op de toegang tot een product en/of dienst die *objectief onmisbaar* is om daadwerkelijk op een stroomafwaartse markt te kunnen concurreren (lees: er is geen reëel of potentieel alternatief aanwezig en de directe toegang is onontbeerlijk);
2. de weigering *elke mededinging* op de stroomafwaartse markt *kan uitsluiten*; en
3. de weigering *niet objectief gerechtvaardigd* is.

In voornoemd scenario zou een weigering tot contracteren – doorgaans een eenzijdige gedraging – *de facto* alsnog *op zichzelf* strijd kunnen opleveren met het kartelverbod. Dit zou een mijns inziens ongewenste verruiming van de mededingingsregels opleveren. Zelfs een weigering door een niet-dominante onderneming (tegenover de thans vereiste machtspositie) en een eenmalige of gedeeltelijke weigering (tegenover een thans vereiste stelselmatige, volledige weigering) zouden dan immers al verboden kunnen zijn.

Dit zou tot de paradoxale situatie leiden dat een weigering tot contracteren op grond van het kartelverbod sneller zou kunnen worden bestraft, dan krachtens het verbod van misbruik van machtspositie, terwijl beide ‘verboden’ het beginsel van contractvrijheid als vertrekpunt nemen. Een

dergelijke uitkomst zou niet in lijn zijn met het uitgangspunt dat zelfs een onderneming met een machtspositie doorgaans wel kan weigeren te verkopen/contracteren of haar distributiebeleid kan wijzigen zonder onder het verbod van misbruik van machtspositie te vallen.³⁰

Conclusie: geen contracteerplicht in geval van schending kartelverbod

De vragen of enkel een leveringsweigering *op zichzelf* in strijd is met het kartelverbod en zo ja, of een dergelijke schending dan tot een contracteerplicht kan leiden, zijn inmiddels verschillende keren beantwoord door de mededingingsautoriteiten en nationale rechters. Beide vragen dienen ontkennend te worden beantwoord; een contracteerplicht uit hoofde van een schending van het kartelverbod druist te ver in tegen de vrijheden van de leverancier, tenzij dat de enige denkbare remedie betreft. Het voorgaande neemt echter niet weg dat een leverancier in geval van een stelselmatige weigering die hij met zijn contractpartners heeft afgesproken of afgestemd, wel het risico loopt dat zijn overeenkomsten met die contractpartners nietig zijn en dat alternatieve aanpassingsmaatregelen vereist zijn.

Over de auteur

Mr. (Rick) Cornelissen is advocaat *Competition Litigation* bij Houthoff Buruma. De auteur dankt mr. T.L. Rosenberg Polak voor haar kritisch commentaar en bijdrage aan dit artikel.

30 Onder meer Gerecht, 26 oktober 2000, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242 (*Bayer AG/Commissie*), punt 180.