

RECHTSPRAAK

# **De Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen/Veerman q.q., curator in het faillissement van HPC Hard & Software Services B.V.**

***Ondernemersvereniging handelt in strijd met mededingingsrecht door softwarepakket exclusief en verplicht aan leden voor te schrijven, dan wel concurrent met (constructieve) leveringsweigering te confronteren***

In deze mededingingszaak staat de uitleg van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet (Mw) en de artikelen 101 en 102 VWEU centraal. Het gaat daarbij onder meer om de vraag of (a) uitsluitend sprake is van een besluit van een ondernemersvereniging als bedoeld in artikel 6 Mw en artikel 101 VWEU, indien het besluit leidt tot coördinatie van het gedrag op de markt waarop de leden van de desbetreffende vereniging zelf actief zijn, (b) aan een dergelijk besluit dat tot exclusieve afname dwingt, een mededingingsbeperkende strekking toekomt en (c) de artikelen 24 Mw en artikel 102 VWEU aan misbruik van een economische machtspositie in de vorm van een leveringsweigering de eis stellen dat zij tot een volledige uitschakeling van de mededinging kunnen leiden. Het betreft een geschil over een softwarepakket dat NVM als ondernemersvereniging aan haar leden voorschrijft (80% van de makelaars is lid van NVM). HPC heeft ook een softwarepakket ontwikkeld, maar krijgt aanvankelijk niet de specificaties van NVM door om een voor NVM-leden vriendelijk softwarepakket aan te bieden. Voorts heeft NVM in ieder geval steeds de schijn opgewekt enkel achter haar eigen softwarepakket te staan. Naar het oordeel van HPC is in strijd met artikel 6 Mw gehandeld. NVM stelt dat zij nimmer de wil heeft gehad de markt te beïnvloeden, zodat geen sprake kan zijn van schending van artikel 6 MW. HPC stelt onder meer dat artikel 24 Mw van kracht is, ook al wordt niet de toetreding tot de gehele markt ontzegd, maar slechts 80%.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Artikel 6 lid 1 Mw verbiedt besluiten van ondernemersverenigingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Deze bepaling is geënt op (het huidige) artikel 101 VWEU, dat – voor zover hier van belang – alle besluiten van ondernemersverenigingen verbiedt die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne

markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24707, 3, p. 24 en 71). Uit het feit dat artikel 6 lid 1 Mw (evenals art. 101 VWEU) niet alleen een verbod inhoudt op besluiten die ertoe strekken dat de mededinging wordt beperkt, maar ook op besluiten die een zodanige beperking tot gevolg hebben, volgt reeds dat voor de toepasselijkheid van voormelde bepaling niet vereist is dat de wil van NVM gericht was op overtreding van dat verbod. Evenmin is vereist dat het besluit van een ondernemersvereniging betrekking heeft op de markt waarop haar leden actief zijn. Dit volgt reeds uit de tekst van de bepalingen en strookt voorts met de rechtspraak van het HvJ EU. Blijkens HvJ EU 28 februari 2013, C-1/12, ECLI:NL:XX:2013:BZ3827, NJ 2013/284 (OTOC) kan immers een besluit van een ondernemersvereniging niet alleen op de markt waarop de leden actief zijn de mededinging verhinderen, beperken of vervalsen in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU, maar ook op een andere markt waarop deze vereniging zelf een economische activiteit uitoefent (punt 44-45). Hetzelfde dient te gelden voor de toepassing van artikel 6 Mw.

Wat de stelling van HPC betreft, oordeelt de Hoge Raad als volgt. Iedere onderneming heeft in beginsel het recht haar eigen handelspartners te kiezen en over haar eigendom te beschikken (vgl. GvEA 17 september 2007, T-201/04, ECLI:NL:XX:2004:BE2198 (Microsoft), punt 319; CBB 3 december 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK6514, r.o. 7.4.1). Heeft een onderneming evenwel een economische machtspositie, dan mag van die positie geen misbruik worden gemaakt. Op een dergelijke onderneming komt een bijzondere verantwoordelijkheid te rusten om geen inbreuk te maken op de daadwerkelijke en onvervalste mededinging (zie bijv. HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:NL:XX:1983:BF5823 (Michelin), punt 57; HvJ EU 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:NL:XX:2009:Bl0827 (France Télécom), punt 105; HvJ EU 6 december 2012, C-457/10 P, ECLI:NL:XX:2012:BY6475 (AstraZeneca), punt 134). Het verbod op misbruik van economische machtspositie, zoals neergelegd in artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw, is niet uitsluitend en ook niet in de eerste plaats bedoeld om de belangen van individuele concurrenten of consumenten te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen, die juist door de aanwezigheid van de dominante onderneming op de markt reeds is verzwakt (zie HvJ EU 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:NL:XX:1979:AC2868 (Hoffmann-la Roche), punt 51; HvJ EU 9 november 1983, C-322/81, ECLI:NL:XX:1983:BF5823 (Michelin I), punt 70). De bijzondere verantwoordelijkheid die voortvloeit uit het hebben van een economische machtspositie kan meebrengen dat het een onderneming niet vrijstaat levering van goederen of diensten dan wel het aangaan van een verplichting hiertoe, te weigeren. Een dergelijke leveringsweigering vormt blijkens de rechtspraak van het HvJ EU misbruik in de zin van artikel 102 VWEU indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Zo is vereist dat de desbetreffende goederen of diensten onontbeerlijk zijn voor de werkzaamheden van de onderneming die om de levering ervan heeft verzocht en dat er geen reëel of potentieel alternatief voor die goederen of diensten is. Voorts is onder meer vereist dat de leveringsweigering de uitschakeling van de mededinging op de betrokken markt dan wel – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – van de onderneming die om de levering van goederen of diensten heeft verzocht tot gevolg kan hebben, zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat (zie bijv. HvJ EU 6 maart 1974, C-6/73-C-7/73 (Commercial Solvents), punt 25; HvJ EU 3 oktober 1985, C-311/84, ECLI:NL:XX:1985:BF2929 (CBEM), punt

27; HvJ EU van 26 november 1998, C-7/97, ECLI:NL:XX:1998:AD2972, NJ 1999/523 (Bronner), punt 41; HvJ EU 16 september 2008, C-468/06-C-478/06, ECLI:NL:XX:2008:BG1931 (Sot. Lélos kai Sia), punt 34). In het onderhavige geval staat tussen partijen vast dat 20% van de makelaars niet was aangesloten bij NVM. In het oordeel van het hof ligt besloten dat de mededinging door HPC, derhalve ook de mededinging op de betrokken markt door de handelwijze van NVM niet volledig uitgeschakeld kon worden, gelet op dit percentage van niet bij haar aangesloten makelaars. Dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is ook niet onbegrijpelijk. Het daarop gebaseerde oordeel van het hof dat niet is voldaan aan een van de cumulatieve voorwaarden die blijkens de rechtspraak van het HvJ EU gelden om te kunnen oordelen dat sprake was van misbruik van machtspositie in geval van leveringsweigering, wordt dan ook tevergeefs bestreden. De curator heeft daarom geen belang bij behandeling van de overige klachten van het onderdeel.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 24-01-2014

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2014:149

**Zaaknummer:** 12/04488

**Rechters:** F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion en G. de Groot

**Advocaten:** M.W. Scheltema, P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt en A.M. van Aerde

**Wetsartikelen:** 6 Mw en 24 Mw