



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie: excessieve prijsvoering in de Rotterdamse haven?

Zippro, E.J.

Citation

Zippro, E. J. (2010). Privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie: excessieve prijsvoering in de Rotterdamse haven? *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 264-271. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16075>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16075>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie: excessieve prijsvoering in de Rotterdamse haven?

Hof Den Haag 1 juni 2010, LJN BM6398 (Havenbedrijf Rotterdam/de oliesector)

Mr. dr. E.-J. Zippbro *

1 Inleiding

Vier cargadoors die actief zijn in de Rotterdamse zeehaven zijn in 1998 bij de Rechtbank Rotterdam een civiele procedure begonnen tegen het Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam (hierna: het havenbedrijf). De cargadoors (hierna: de oliesector) hebben bezwaren tegen de hoogte van het zeehavengeld dat wordt geheven voor tankschepen die de Rotterdamse haven aandoen om ruwe olie te lossen. Voor het gebruik van deze haven door zeeschepen is op grond van de Algemene Voorwaarden Zeehavengeld (hierna: de AVZ) een vergoeding verschuldigd. Deze vergoeding (hierna: het zeehavengeld) wordt in de praktijk geheven van cargadoors als geïntimeerden, maar drukt uiteindelijk op de ladingbelanghebbenden (in het geval van olietankers: de oliesector). Het zeehavengeld wordt berekend naar de bruto-inhoud van het zeeschip (uitgedrukt in tonnen) en de lading van het zeeschip. Daarnaast wordt voor het te hanteren tarief ook nog onderscheid gemaakt naargelang de aard van het zeeschip. Zo wordt bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen een cruiseschip en een tankschip dat ruwe olie lost.

De oliesector stelt dat de voor olietankers geheven tarieven onredelijk hoog zijn in vergelijking tot andere, in omvang vergelijkbare schepen die de Rotterdamse haven aandoen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de lagere tarieven voor containerschepen. De oliesector vindt dat zij niet meer zou behoren te betalen dan een tarief dat is opgebouwd uit de daadwerkelijk aan het verblijf van olietankers toerekenbare kosten, verhoogd met een redelijk winstpercentage. Het Havenbedrijf maakt echter niet inzichtelijk hoe het zeehavengeld dat aan olietankers wordt berekend, is opgebouwd, aldus de oliesector. De oliesector stelt zich op het standpunt dat het Havenbedrijf – in ieder geval voor wat betreft olietankers – een economische machtspositie bezit in de haven van Rotterdam. Mede

gelet op de grote investeringen die de oliesector in de Rotterdamse haven heeft gedaan (zoals de bouw van raffinaderijen) vloeit de economische machtspositie voort uit de ontoereikende capaciteit van andere zeehavens in West-Europa en het gebrek aan reële mogelijkheden voor olietankers om uit te wijken naar andere zeehavens. Volgens de oliesector maakt het Havenbedrijf misbruik van zijn economische machtspositie in de zin van art. 102 VWEU en art. 24 Mededingingswet (Mw) door olietankers bij het in rekening brengen van zeehavengeld te onderwerpen aan tarieven die discriminatoir zijn (voor olietankers gelden hogere tarieven dan voor andere zeeschepen zonder dat daar een objectieve rechtvaardiging voor is) en onredelijk hoog zijn in verhouding tot de economische waarde van de prestatie waarvoor het tarief verschuldigd is.

Volgens de oliesector brengt de economische machtspositie van het Havenbedrijf mee dat op het Havenbedrijf de bewijslast rust dat de tarieven die worden gehanteerd kostenrelateerd en non-discriminatoir zijn. Daarnaast voert de oliesector aan dat de tarieven in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel zoals is neergelegd in art. 1 Grondwet. Tevens roept de oliesector de nietigheid in van de met het Havenbedrijf gesloten overeenkomsten op grond van misbruik van omstandigheden in de zin van art. 3:44 lid 1 en art. 3:44 lid 4 Burgerlijk Wetboek (BW). De oliesector stelt ten slotte dat het Havenbedrijf onrechtmatig handelt wegens schending van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld en dat het het Havenbedrijf niet vrijstond om voor een privaatrechtelijke heffing te kiezen teneinde de beperkingen die art. 229b Gemeentewet aan het opleggen van een heffing stelt, te omzeilen. De oliesector vordert een verklaring voor recht, terugbetaling van de in haar ogen te veel betaalde zeehavengelden en een bevel aan het Havenbedrijf om niet langer te hoge (discriminatoire en excessieve) tarieven in rekening te brengen.

* Mr. dr. E.-J. Zippbro is universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en research fellow van de Leiden Law School.

Na bespreking van het tussenvonnis van de Rechtbank Rotterdam en het arrest van het Hof Den Haag zal ik nader ingaan op de bestaande bewijsmogelijkheden om in een civiele procedure aan te tonen dat misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie door het in rekening brengen van excessieve prijzen.

2 Het tussenvonnis van de rechtbank

In haar tussenvonnis van 28 november 2002 heeft de Rechtbank Rotterdam geoordeeld dat geen sprake is van strijd met art. 229 en 229b Gemeentewet. De rechtbank oordeelde dat het Havenbedrijf een economische machtspositie bezit op de markt voor diensten voor zeeschepen die de Rotterdamse haven aandoen. Bij de vraag of sprake was van misbruik van die machtspositie verwierp de rechtbank het argument van de oliesector dat er sprake zou zijn van excessieve prijzen indien op de desbetreffende markt de dominante onderneming geen kostengeoriënteerde tarieven in rekening brengt (dat wil zeggen tarieven die zijn opgebouwd uit de daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijke winststopslag). Uitgangspunt is volgens de rechtbank dat het in rekening brengen van een prijs die – zonder dat daartoe een zakelijke en economisch gezien objectieve rechtvaardiging bestaat – aanzienlijk hoger is dan de kosten van het daadwerkelijke gebruik, als misbruik dient te worden gekwalificeerd. De rechtbank oordeelde vervolgens wel dat van een onderneming met een economische machtspositie mag worden gevergd dat deze een transparante boekhouding voert en dat het ontbreken daarvan bewijsrechtelijk ten nadele van die onderneming moet werken. De rechtbank heeft vervolgens bij tussenvonnis een deskundigenonderzoek bevolen naar de kostenstructuur, de kostentoerekening, de kostprijs en het daaraan gerelateerde feitelijk rendement per categorie zeeschepen.

3 Het arrest van het hof

Het Havenbedrijf heeft vervolgens appèl ingesteld tegen het tussenvonnis van de rechtbank. Uit de ingediende grieven kan worden afgeleid dat het Havenbedrijf zich op het standpunt heeft gesteld dat de rechtbank de vordering van de oliesector meteen had moeten afwijzen. Het geding wordt dan ook in appèl in volle omvang aan het oordeel van het hof onderworpen. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van de oliesector af. Interessant is dat het hof uitgaat van een andere relevante markt dan de rechtbank.¹

1. Het afbakenen van de relevante markt houdt in dat moet worden vastgesteld welke ondernemingen daadwerkelijk als concurrenten van elkaar te beschouwen zijn. Een markt is het gebied waarbinnen de concurrentie tussen aanbieders van gelijkwaardige producten plaatsvindt. Iedere markt wordt bepaald door het geografische gebied en door het soort product. De afbakening van de relevante markt is van groot belang, zeker wanneer men het marktaandeel van de onderneming als belangrijk criterium voor de vaststelling van een machtspositie ziet. Hoe ruimer de markt wordt opgevat, des te kleiner het marktaandeel zal zijn en des te onwaarschijnlijker de machtspositie is. Bij de toepassing van art. 102 VWEU en art. 24 Mw rijst het probleem van de relevante markt vanuit dubbel oogpunt. Ten eerste om uit te maken of er wel een machtspositie is. Ten tweede of het misbruik dat van die machtspositie wordt gemaakt het bestaan van een daadwerkelijke mededinging in gevaar brengt.

Het hof gaat ervan uit dat het Havenbedrijf een economische machtspositie inneemt op de markt voor havendiensten verleend aan olietankers die in de Rotterdamse haven ruwe olie lossen. Het hof oordeelt vervolgens dat de bewijslast van de stelling dat een inbreuk op art. 102 VWEU en art. 24 Mw is gepleegd op de partij rust die deze stelling naar voren brengt. Wat art. 102 VWEU (Europees mededingingsrecht) betreft, volgt dat uit art. 2 Verordening 1/2003.² Wat art. 24 Mw (Nederlands mededingingsrecht) betreft, volgt dit uit art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), waarin is bepaald dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast van die feiten of rechten draagt, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Dit brengt met zich mee dat het aan de oliesector is om te stellen en te bewijzen dat het Havenbedrijf in strijd met art. 102 VWEU misbruik heeft gemaakt en maakt van zijn economische machtspositie.

Anders dan de rechtbank is het hof van mening dat het enkele feit dat het Havenbedrijf als bezitter van een economische machtspositie geen transparante boekhouding voert, geen reden vormt om af te wijken van de regel dat de bewijslast van de stelling dat een inbreuk op art. 102 VWEU en art. 24 Mw is gepleegd op de partij rust die deze stelling naar voren brengt.

Vervolgens gaat het hof in op de vermeende discriminatoire tarieven die het Havenbedrijf zou hanteren (de eerste grondslag van de vorderingen van de oliesector). Volgens het hof zou van discriminatoire tarieven slechts sprake kunnen zijn ingeval – zoals ook is aangevoerd door de oliesector – ten minste aan de voorwaarde is voldaan dat verschillende tarieven voor in wezen dezelfde diensten worden geheven. Het hof stelt vast dat het Havenbedrijf de stellingen van de oliesector gemotiveerd heeft weersproken. Het Havenbedrijf heeft namelijk gemotiveerd bestreden dat olietankers en containerschepen vergelijkbare gevallen zijn. Zo maken olietankers gebruik van een extra diepe vaargeul, zijn er extra kosten gemaakt voor een verkeersbegeleidingssysteem om ongelukken met schepen die gevaarlijke stoffen vervoeren te voorkomen, worden er extra diensten verricht en nemen olietankers meer havenruimte in beslag. Nu de oliesector geen voldoende gespecificeerd bewijs heeft aangeboden, wordt aan de stelling van de oliesector voorbijgegaan. Voor het ambtshalve opdragen van bewijs ziet het hof geen aanleiding nu de oliesector de argumenten van het Havenbedrijf niet heeft kunnen ontzenuwen in de stukken en bovendien bij pleidooi naar voren heeft gebracht dat het primair gaat om excessieve prijsvorming en niet om discriminerende tarieven.

Naast dat onvoldoende is bewezen, is volgens het hof ook onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat de gestelde discriminatoire tarieven de oliesector een nadeel bij de mededinging berokkenen, zoals is vereist in art. 102 VWEU. De oliesector heeft aangevoerd dat het zeehavengeld een onderdeel vormt van de kosten van fabricage van olieproducten.

2. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002, PbEG 2003, L 1, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag.

ten door de oliesector, dat deze producten op de Europese markt concurreren met producten die andere oliemaatschappijen elders hebben doen aanlanden en raffineren, met als gevolg dat de discriminerende haventarieven in de Rotterdamse haven de op Rotterdam aangewezen raffinadeurs een nadeel bij de mededinging berokkenen. Het hof is van oordeel dat deze stelling niet valide is. Er wordt door de oliesector namelijk niet aangegeven dat de oliemaatschappijen die hun olie in andere havens aanlanden andere maatschappijen zijn dan de maatschappijen die de olie in Rotterdam lossen. Daar komt bij dat de oliesector niet stelt dat aan de ene oliemaatschappij andere tarieven in rekening worden gebracht dan aan een andere oliemaatschappij, maar dat andere zeeschepen dan olietankers (zoals containerschepen) lagere tarieven hoeven te betalen dan olietankers. De oliesector heeft echter niet gesteld dat de oliesector in concurrentie staat met de ladingbelanghebbenden van containerschepen. Eventuele hogere tarieven voor olietankers kunnen dan ook de oliesector geen nadeel berokkenen bij de mededinging. Zelfs indien deze beide sectoren wel met elkaar in concurrentie zouden staan, heeft de oliesector volgens het hof nog onvoldoende onderbouwd welk concreet nadeel in de concurrentie hij lijdt. Het hof is van mening dat het enkele feit dat olietankers hogere tarieven moeten betalen niet per definitie tot nadeel bij de mededinging leidt. De in appèl bij pleidooi aangevoerde stelling dat de benadeling bij de mededinging erin bestaat dat kleine olietankers hetzelfde hoge tarief betalen terwijl zij niet van de Eurogeul gebruikmaken, faalt volgens het hof reeds om deze reden.

Als tweede grondslag wordt gesteld dat de aan olietankers in rekening gebrachte zeehavengelden onredelijk hoog zijn in verhouding tot de economische waarde van de prestatie waarvoor het tarief verschuldigd is. Het hof toetst aan de hand van de zaak *United Brands* van het HvJ EU of de gehanteerde tarieven excessief zouden zijn.³ In *United Brands* heeft het HvJ EU onder meer bepaald op welke wijze moet worden vastgesteld of een onderneming misbruik maakt van haar economische machtspositie in de zin van art. 102 VWEU door het opleggen van onbillijke prijzen. Volgens het HvJ EU moest beoordeeld worden of *United Brand Company* misbruik maakte door een te hoge prijs toe te passen, die niet in een redelijke verhouding stond tot de economische waarde van de geleverde prestatie. Het HvJ EU oordeelde dat het buitensporige karakter van de verkoopprijs onder meer objectief zou kunnen worden vastgesteld door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de grootte van de winstmarge aan te tonen. Indien wordt vastgesteld dat er een al te grote disproportie zou bestaan tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs, dient vervolgens de vraag te worden beantwoord of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs (absoluut gezien of in vergelijking met concurrerende producten). In de eerste plaats moet dus worden onderzocht of het verschil tussen het tarief en de onderliggende kosten excessief is. Vervolgens moet – indien het verschil excessief is – worden nagegaan of het tarief op

zichzelf genomen of in verhouding tot concurrerende producten onredelijk is in verhouding tot de economische waarde van de geleverde dienst. De oliesector heeft volgens het hof onvoldoende gesteld om tot het oordeel te komen dat aan deze voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats heeft de oliesector niet behoorlijk gemotiveerd aangegeven hoe groot het verschil tussen het zeehavengeld voor olietankers en de onderliggende kosten is. In de tweede plaats heeft de oliesector nagelaten aan te geven waarom – gelet op alle relevante factoren, zoals de gunstige geografische ligging van de Rotterdamse haven – het tarief onredelijk is in verhouding tot de economische waarde van de dienst.

Het hof concludeert dat het niet aan bewijslevering toekomt nu de oliesector niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Mede gelet op het feit dat de oliesector ook geen voldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, ziet het hof geen aanleiding om ambtshalve over te gaan tot benoeming van deskundigen die zouden moeten onderzoeken of het Havenbedrijf excessieve tarieven aan de oliesector in rekening brengt. Een dergelijk onderzoek zou neerkomen op een zeer omvangrijk, tijdrovend en kostbaar onderzoek dat – bij gebreke van voldoende stellingen en van concrete aanwijzingen dat van excessieve tarieven sprake is – zou neerkomen op een *fishing expedition*. De tweede grondslag kan de vorderingen van de oliesector dan ook niet dragen. Het hof oordeelt voorts dat de oliesector geen specifieke stellingen heeft aangevoerd waarbij het Havenbedrijf – ook los van het voorgaande – in strijd handelt met art. 1 Grondwet, misbruik van omstandigheden maakt, dan wel onrechtmatig of in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur handelt. Deze grondslagen leiden dan ook niet tot toewijzing van enig deel van de vorderingen.

Het hof oordeelt vervolgens dat het het Havenbedrijf in beginsel vrijstond om langs privaatrechtelijke weg vergoedingen in rekening te brengen voor de aan zeeschepen die de Rotterdamse zeehaven aandoen verleende diensten. Het hof besluit met het oordeel dat de strekking van hetgeen het Havenbedrijf met het zeehavengeld beoogt niet zo ver afstaat van art. 229b Gemeentewet dat sprake is van een ontoelaatbare doorkruising van die regeling. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vordering van de oliesector af.

4 De bewijsmogelijkheden bij de privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie

4.1 De toepasselijkheid van het misbruikverbod

Privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie is niet eenvoudig. Dat blijkt ook uit het onderhavige arrest. Bij toepassing van art. 102 VWEU en/of art. 24 Mw dienen de volgende vragen te worden beantwoord, wil sprake zijn van de toepasselijkheid van het verbod van misbruik van een economische machtspositie:⁴

3. HvJ EU 14 februari 1978, zaak 27/76 (*United Brands*), Jur. 1978, p. 207.

4. E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 114-115, 547-550.

- Wat is de relevante product- of dienstenmarkt?
- Wat is de relevante geografische markt?
- Bestaat er op de relevante markt een machtspositie?
- Wordt er misbruik gemaakt van de machtspositie?

De bewijsvoering is bij relatief eenvoudiger gevallen van misbruik, zoals leveringsweigering en koppelverkoop, niet onmogelijk. Bij een mogelijk geval van excessieve prijsvoering wordt het al lastiger. Vooral de vraag of er misbruik wordt gemaakt van de machtspositie is moeilijk te beantwoorden. Het desbetreffende bewijsmateriaal bevindt zich bij de onderneming met een machtspositie en zal niet eenvoudig verkregen kunnen worden. In de praktijk is het ook voor de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) lastig om prijzen van ondernemingen met een machtspositie als excessief te kwalificeren. Mededingingsautoriteiten nemen in dergelijke gevallen niet snel aan dat sprake is van een inbreuk op het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie. Zo heeft de Europese Commissie alleen in zeer uitzonderlijke gevallen prijzen van een onderneming met een machtspositie gekwalificeerd als excessief.⁵ Het is ook deels aan de onduidelijkheid over de juiste methode van onderzoek naar excessieve prijsvorming te wijten dat de privaatrechtelijke handhaving moeilijk is.

4.2 Een plicht tot het voeren van een transparante boekhouding?

Volgens het hof is het feit dat het Havenbedrijf geen transparante boekhouding voert geen reden om de bewijslast om te keren. De plicht om een transparante boekhouding te voeren, lijkt de rechtbank te baseren op het arrest *GT-Link* van het HvJ EU.⁶ Uit dit arrest kan mijns inziens een dergelijke verplichting niet worden afgeleid.⁷ De Europese transparantieplichtingen voor openbare bedrijven – die voortvloeien uit de in art. 25a tot en met 25f Mw geïmplementeerde transparantierichtlijn betreffende de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven – leiden er eveneens niet toe dat uit het misbruikverbod van art. 24 Mw een transparantieplicht volgt.⁸ De NMa kan in dergelijke gevallen op grond van art. 70a Mw een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom opleggen. Het ontbreken van een dergelijke transparante boekhouding kan echter niet automatisch ten nadele van een dominante onderneming werken door in een civiele procedure de bewijslast om te keren. De beslissing van het hof om de bewijslast niet om te keren op grond van het enkele feit dat het

Havenbedrijf geen transparante boekhouding voert, lijkt mij dan ook juist.

4.3 De leer van de verzwaarde stelplicht of verzwaarde motiveringsplicht

In de redeneerwijze van de rechtbank valt wel een zekere overeenkomst te zien met de leer van de verzwaarde stelplicht. Met behulp van deze leer komt de Hoge Raad tegemoet aan de moeilijke bewijspositie van de eiser door zwaardere eisen te stellen aan het verweer van de gedaagde.⁹ Zonder tot een daadwerkelijke omkering van de bewijslast te komen (art. 150 Rv), kan de bewijslast voor de betrokken partij in bepaalde gevallen worden verlicht.¹⁰ De verweerder beschikt over gegevens die van belang zijn voor de beoordeling van de vordering, terwijl de eiser daar niet over beschikt. In dergelijke gevallen dient de verweerder zich de processuele belangen van de eiser aan te trekken. Voor de wederpartij geldt dan een verzwaarde stelplicht (in de literatuur ook wel verzwaarde motiveringsplicht genoemd) ten aanzien van feiten waarover zij zich naar de aard van de zaak gemakkelijker uit kan laten nu zij over relevante gegevens beschikt.¹¹ Dergelijke situaties doen zich bijvoorbeeld voor in de verhouding tussen arts en patiënt en werkgever en werknemer.¹² In dergelijke zaken moet de wederpartij (i.c. het Havenbedrijf) op grond van de achterliggende rechtsverhouding over relevante informatie kunnen beschikken en de eisende partij (i.c. de oliesector) niet.¹³ De wederpartij dient dan voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van de betwisting van de stellingen van de eisende partij teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. In het onderhavige geschil zal de oliesector de desbetreffende feiten – waarvoor wat de betwisting door het Havenbedrijf betreft een verzwaarde motiveringsplicht zou gelden – wel reeds in zekere mate aannemelijk moeten maken.

Het Hof Den Haag heeft de route van de verzwaarde stelplicht niet gevolgd, maar volgt de weg van het Hof Amsterdam in de zaak *British American Tobacco Nederland BV/Chipknip CV*.¹⁴ In deze zaak betreffende excessieve tarieven voor het aanbrengen van een leeftijdsverificatiesysteem op de bancaire chipkaart heeft British American Tobacco (BAT) betoogd dat de bewijslast had moeten worden omgekeerd ter zake van het punt van de excessiviteit van de door BAT te betalen vergoedingen. In ieder geval had de rechtbank Chipknip moeten opdragen inzicht te geven in haar kosten voor

5. Zie ook HvJ EU 11 november 1986, zaak 226/84 (*British Leyland*), Jur. 1986, p. 3263.

6. HvJ EU 17 juli 1997, zaak C-242/95 (*GT-Link/DSB*), Jur. 1997, p. I-4449.

7. Uit dit arrest blijkt slechts dat – bij gebreke van een transparante boekhouding – de omstandigheid dat de prijzen die een openbare onderneming met een machtspositie hanteert abnormaal laag zijn in vergelijking met de prijzen die concurrerende bedrijven toepassen, een aanwijzing zou kunnen vormen voor het maken van misbruik.

8. Richtlijn 2006/111/EG, PbEU 2006, L 318/17 (voorheen Richtlijn 2000/52/EG, PbEG 2000, L 193/75 en Richtlijn 80/723/EG, PbEG 1980, L 195/35).

9. Zie in deze zin ook de annotatie van M.M. Slotboom en B.J.J. Haan onder het onderhavige arrest in *M&M* 2010, p. 159.

10. Zie over de marginale rol van de omkeringsregel in mededingingszaken Zippio 2009, p. 352-354.

11. H.W.B. thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2009, p. 81-82; A. Hedeman, *De verzwaarde stelplicht; de afbakening van een processuele mededelingsplicht*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2009.

12. Zie HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Antje Timmer/Deutman) m.nt. WLH; HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/de Bruijn); HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver) m.nt. CJHB.

13. Thoe Schwartzberg 2009, p. 83.

14. Hof Amsterdam 23 december 2008, LJN BG8028 (*British American Tobacco Nederland BV/Chipknip CV*).

het ter beschikking stellen van ruimte op de bancaire chipkaart, aldus BAT. Het Hof Amsterdam oordeelde dat 'de rechtbank terecht de stelplicht en bewijslast van de (gestelde) excessiviteit op BAT heeft gelegd, ook al kan worden geconstateerd dat het voor BAT moeilijk is het verlangde bewijs te leveren'. Volgens het Hof Amsterdam is die laatste omstandigheid op zichzelf niet voldoende om de bewijslast om te keren, ook niet nu het hier om een mogelijke schending van het Europese mededingingsrecht gaat. Hoewel een schending van het mededingingsrecht niet voldoende is om de bewijslast om te keren, behoort mijns inziens een verzwaarde stelplicht (of verzwaarde motiveringsplicht) in mededingingszaken wel tot de mogelijkheden. Met name in civiele procedures waarbij het misbruikverbod centraal staat, kan de rechter met een verzwaarde stelplicht tegemoetkomen aan de moeilijke bewijspositie van de eiser. In *British American Tobacco Nederland BV/Chipknip CV* en het onderhavige arrest *Havenbedrijf Rotterdam/de oliesector* is door het hof geen gebruikgemaakt van de mogelijkheid tot het opleggen van een verzwaarde stelplicht aan de gedaagde.

4.4 De bijzondere exhibitieplicht ex art. 843a Rv

De op de eiser (de oliesector) rustende bewijslast maakt het niet eenvoudig om in een civielrechtelijke procedure aan te tonen dat een onderneming met een economische machtspositie (het Havenbedrijf) excessieve prijzen hanteert. De bestaande mogelijkheden voor de eiser om informatie te verkrijgen over de relatie tussen de gevraagde prijzen en de gemaakte kosten van de gedaagde zijn niet altijd toereikend. In het Nederlands recht bestaat ook geen algemene exhibitieplicht voor partijen. Partijen zijn jegens elkaar en ten opzichte van de rechter niet verplicht tot het verschaffen van documenten en andere informatie. Wel bestaat er een bijzondere exhibitieplicht. De bijzondere exhibitieplicht ex art. 843a Rv biedt aan partijen de mogelijkheid om relevante stukken die voor het bewijs van overtreding van de mededingingsregels van belang kunnen zijn, maar door de wederpartij worden achtergehouden, op te eisen. Te denken valt aan stukken die van belang zijn voor het bewijzen van kartelafspraken of stukken die aantonen dat er misbruik wordt gemaakt van een machtspositie.¹⁵

Indien de gelaedeerde bekend is met het bestaan van bepaalde bewijsmiddelen maar hier niet over beschikt, kan hij bij degene die de bescheiden onder zich heeft inzage, afschrift of uittreksel van de desbetreffende bescheiden vorderen, mits de gelaedeerde daarbij een rechtmatig belang heeft.¹⁶ De rechter bepaalt zo nodig ex art. 843a lid 2 Rv de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft.¹⁷ Onder het begrip 'bescheiden' worden volgens art. 843a Rv mede ver-

staan op een gegevensdrager aangebrachte gegevens. Naast geschriften vallen ook computerbestanden, geluidsbanden, foto's en films onder de exhibitieplicht. Voor een geslaagd beroep op art. 843a Rv moet aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste dient de verzoeker een rechtmatig belang te hebben, ten tweede moet het gaan om bepaalde bescheiden, ten derde dient het te gaan om bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin eiser of verzoeker of zijn rechtsopvolger partij is. Door de eerste twee eisen te stellen, wordt voorkomen dat zogenoemde *fishing expeditions* mogelijk worden. Tegelijkertijd zijn dat nu juist de voorwaarden die het voor de eiser in een civiele procedure over excessieve prijzen moeilijk maken om aan relevante informatie te komen. Uit de onderhavige uitspraak blijkt niet dat een beroep op art. 843a Rv is gedaan, maar veelal zal de eiser in een zaak over excessieve prijzen ook niet precies weten welke bepaalde bescheiden hij als bewijsmateriaal nodig heeft. Daar komt nog bij dat het best zo kan zijn dat het relevante materiaal niet direct aanwezig is bij gedaagde en een nader onderzoek naar de kostenstructuur noodzakelijk zal zijn.

In lid 4 van art. 843a Rv zijn twee andere beperkingen opgenomen, die duidelijk maken dat er grenzen zijn aan de verplichting tot het produceren van stukken. De eerste beperking houdt in dat gewichtige redenen aan de verplichting tot het produceren van stukken in de weg kunnen staan (vgl. art. 22 Rv). In mededingingszaken zou door de aangesprokene partij een beroep kunnen worden gedaan op gewichtige redenen in de zin van art. 843a lid 4 Rv, zoals vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Zo oordeelde het Hof Amsterdam in *British American Tobacco Nederland BV/Chipknip CV* dat er niet voldoende aanleiding is om Chipknip te gelasten financiële stukken openbaar te maken, teneinde inzage te geven in de wijze waarop zij de tarieven voor het gebruik van de Chipknip heeft berekend. Tegenover de moeilijke bewijspositie van BAT staat volgens het Hof Amsterdam het evenmin te verwaarlozen belang van Chipknip om de relevante financiële gegevens geheim te kunnen houden voor potentiële concurrenten.¹⁸

De rechter honoreert een beroep op gewichtige redenen normaal gesproken niet snel. Het feit dat bedrijfsinformatie of concurrentiegevoelige informatie in de openbaarheid komt, is niet voldoende om onder de exhibitieplicht uit te komen. De belangen die met geheimhouding zijn gediend, kunnen dan ook vaak gewaarborgd worden door verschillende constructies. Zo kunnen niet relevante delen van de bescheiden onzichtbaar worden gemaakt, kan gebruik worden gemaakt van de geheimhoudingsplicht ex art. 29 Rv, kan gebruik worden gemaakt van een special counsel voor wie beperkingen gelden bij de mogelijkheid om informatie aan de procespartijen zelf te verschaffen (de constructie waarbij bescheiden slechts mogen worden verstrekt aan iemand die informatie betreffende de bescheiden niet of slechts beperkt mag verschaffen aan een van de procespartijen) en kan door partijen worden afgesproken dat alleen de rechter van een stuk mag kennisnemen.

15. Een partij kan nakoming van de bijzondere exhibitieplicht (art. 843a Rv) vorderen tijdens de procedure door middel van een incidentele vordering. Indien het gaat om de verkrijging van een afschrift of inzage van een mededingingsrechtelijk gezien relevant stuk bij een derde, is de dagvaardingsprocedure van toepassing.

16. Bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 ging het alleen om de dwanguitgaven van akten. Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 2001 wordt gesproken over bescheiden.

17. Deze exhibitieplicht is zowel binnen als buiten het geding van toepassing.

18. Hof Amsterdam 23 december 2008, LJN BG8028 (*British American Tobacco Nederland BV/Chipknip CV*).

Indien de mededingingsinbreuk nog niet is vastgesteld, zal de rechter het belang van de gelaedeerde bij inzage, afschrift of uittreksel van de bescheiden moeten afwegen tegen het belang van de vermeende laedens bij geheimhouding van de vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Des te waarschijnlijker de inbreuk op het mededingingsrecht is, des te waarschijnlijker is het dat de rechter de laedens zal veroordelen tot het aan de gelaedeerde verstrekken van inzage, afschrift of uittreksel van mogelijk bedrijfsvertrouwelijke gegevens. De tweede beperking houdt in dat er geen goede grond voor een exhibitieplicht bestaat, indien productie van bewijsmiddelen uit een oogpunt van een behoorlijke rechtsbedeling kan worden gemist. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarbij bewijs van de relevante feiten redelijkerwijs ook langs andere weg kan worden verkregen, zoals door een getuigenverhoor of deskundigenonderzoek.

4.5 Bewijsbeslag

De laedens van een mededingingsovertreding die beschikt over bescheiden die tegen hem kunnen worden gebruikt in een civiele procedure, zal kunnen proberen om het bewijsmateriaal onopgemerkt te laten verdwijnen. Bij de bestrijding van deze gang van zaken is het van belang de vraag te beantwoorden of beslag kan worden gelegd op bescheiden ter conservering van een bewijspositie. Bij een strikte lezing van art. 843a Rv valt te concluderen dat slechts aanspraak bestaat op inzage, afschrift of uittreksel. Nu conservatoir beslag normaalgesproken bedoeld is om goederen waarbij vrees voor verduistering bestaat veilig te stellen in verband met verhaal van een geldvordering, is beslag tot afgifte strikt gezien niet geschikt. Beslaglegging tot afgifte geschiedt ter verkrijging van het originele stuk, terwijl op grond van art. 843a Rv slechts aanspraak bestaat op inzage, afschrift of uittreksel. In de rechtspraak wordt de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag soms wel toegelaten.¹⁹ Daarbij gelden dan wel de beperkingen zoals die ook in art. 843a zijn terug te vinden. Het moet bij het leggen van bewijsbeslag dan ook om bepaalde bescheiden gaan. Hier doet zich hetzelfde probleem voor als bij de bijzondere exhibitieplicht. De eiser zal vaak niet precies weten welke bepaalde bescheiden hij als bewijsmateriaal nodig heeft. Daar komt nog bij dat het best zo kan zijn dat het relevante materiaal niet direct aanwezig is bij gedaagde en een nader onderzoek naar de kostenstructuur noodzakelijk zal zijn.

Het conservatoir bewijsbeslag strekt uitsluitend tot het conserveren van de bestaande situatie en niet om de beslaglegger de mogelijkheid te bieden om met het beslag bewijs te vergaren. Mogelijke bedrijfsgeheimen vormen geen obstakel voor het leggen van conservatoir bewijsbeslag in mededingingszaken. De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die bewijsbeslag laat leggen, zal niet bij de inbeslagname of het

maken van afschriften aanwezig mogen zijn. Veelal wordt een neutrale derde ingeschakeld om de stukken inclusief mogelijke bedrijfsgeheimen te bekijken. Deze derde kan bijvoorbeeld een notaris, advocaat of accountant zijn. Op deze manier wordt voorkomen dat door de gerekwesteerde (de houder van de bescheiden) schade wordt geleden.

4.6 Het bevel ex art. 162 Rv tot openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers

De rechter kan in de loop van het rechtsgeding, op verzoek van de eiser of ambtshalve, aan de wederpartij de openlegging bevelen van de boeken, bescheiden en geschriften, die zij ingevolge de wet moet houden, maken of bewaren. De rechter kan uit de niet-voldoening aan zijn bevel de gevolgtrekking maken die hem geraden zal voorkomen. Op deze manier kan nog geprobeerd worden informatie over de excessieve prijsvorming te verkrijgen. Deze bepaling is helaas minder bruikbaar omdat bij een schending van art. 102 VWEU of art. 24 Mw de eiser vaak informatie van de wederpartij zal nodig hebben die door de wederpartij niet bij wet moet worden gehouden, gemaakt of bewaard. Daarnaast dient de rechter weer een belangenafweging te maken waardoor de eiser genooddaakt is inzichtelijk te maken wat diens concrete belangen zijn.²⁰

4.7 De inlichtingencomparitie

Een comparitie kan ten doel hebben tot een schikking te komen, maar kan evenzeer dienen tot het verkrijgen van inlichtingen, nodig voor de oplossing van een mededingingsrechtelijke vraag. Zeker in het geval te weinig of onduidelijke mededingingsrechtelijk relevante feiten zijn gesteld, of als de rechter ingelicht wil worden over de mogelijkheden die partijen zien tot bewijslevering, komt de inlichtingencomparitie van pas. Bij de instructie kan ook worden besproken of moet worden overgegaan tot het gelasten van deskundigeninbreng in de procedure, waarbij aan de orde kan komen wie als deskundige(n) benoemd zou kunnen worden. Tevens kan aan de orde komen of de rechter zal overgaan tot het bevelen van een getuigenverhoor. Te denken valt aan getuigen die verklaringen kunnen afleggen over mededingingsbeperkende gedragingen die niet op papier staan. De rechter zal veelal een schikkings- en inlichtingencomparitie bevelen. Overigens kan de rechter, los van de comparitie na antwoord, ex art. 87 en 88 Rv op elk gewenst moment een (inlichtingen)comparitie bevelen (en vanzelfsprekend ook een schikkingscomparitie), zodat de zojuist genoemde mogelijkheden ieder moment tot zijn beschikking staan.

Ex art. 22 Rv kan de rechter in alle gevallen en in elke stand van de procedure (dus ook buiten de inlichtingencomparitie om) partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Wanneer een partij zonder gewichtige redenen weigert het bevel van de rechter op te volgen, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, aldus art. 22 Rv. In dit verband wordt wel gesproken van

19. Dit stond tot voor kort ook in de beslagsyllabus die wordt gepubliceerd onder verantwoordelijkheid van het Landelijk overleg van de voorzitters van de sectoren civiel van de rechtbanken (LOVC). De beslagsyllabus is tegenwoordig minder stellig geworden over het bestaan van de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag in zaken die niet het intellectuele eigendomsrecht bevatten. In de laatste versie van de beslagsyllabus wordt de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag overgelaten aan de rechtspraak.

20. Zie ook Slotboom & Haan 2010, p. 160.

een processueel vermoeden dat werkt in het nadeel van de partij die niet voldoet aan het bevel tot nadere informatievervalsing. Op grond van het niet voldoen aan de informatieverschaffingsplicht wordt een feit aangenomen behoudens tegenbewijs.²¹ In een mededingingsrechtelijk geschil is de betekenis van deze bepaling niet onbelangrijk. De rechter kan via deze bepaling bepaalde stukken, documenten, gegevens en andere bescheiden van partijen verlangen die de noodzakelijke informatie bevatten over het al dan niet hebben gemaakt van afspraken in strijd met het kartelverbod of het al dan niet misbruik maken van een machtspositie. De memorie van toelichting acht het, naast de algemene sanctie van de gevolgtrekking die de rechter geraden oordeelt, ook denkbaar dat de rechter op vordering van een partij het bevel versterkt met een dwangsom.²² Op deze manier speelt het bevel tevens in de verhouding tussen procespartijen een rol. Partijen kunnen op deze manier ook over en weer aanspraak maken op schriftelijke bescheiden die mededingingsrechtelijk relevant zouden kunnen zijn.

Partijen hebben op grond van art. 22 Rv de mogelijkheid, indien daartoe gewichtige redenen bestaan, bepaalde stukken niet over te leggen of de gevraagde inlichtingen niet te verstrekken. De plicht van partijen om op bevel van de rechter nadere informatie te verschaffen, geldt in dat geval niet. Het is aan de rechter om te beoordelen of de weigering gerechtvaardigd is. Gewichtige redenen kunnen zowel vertrouwelijke gegevens van persoonlijke als van bedrijfsmatige aard zijn. De nadere invulling van dit criterium is door de wetgever aan de rechtspraak overgelaten. Het niet verschaffen van de gevraagde gegevens kan leiden tot het verlies van de procedure wegens het niet rond krijgen van de bewijsvoering. Erkenning van de gewichtige redenen doet het bewijsrisico echter niet verspringen naar de andere partij. Het is dan ook aan te raden in dit soort gevallen de rechter te verzoeken om ex art. 27 Rv de zaak met gesloten deuren te behandelen en ex art. 29 Rv aan partij en een geheimhoudingsverplichting op te leggen.

4.8 Het (voorlopig) deskundigenonderzoek en getuigenverhoor

Het houden van een (al dan niet voorlopig) getuigenverhoor of deskundigenbericht behoort – tezamen met de voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht minder relevante voorlopige descende – tot de mogelijkheden om relevant bewijs te verkrijgen voor het aantonen van excessieve prijsvorming.

In de hier besproken zaak van het Havenbedrijf/de oliesector vernietigt het hof als gevolg van de verdeling van de bewijslast het vonnis van de rechtbank zodat het door de rechtbank bevolen deskundigenonderzoek naar de kosten van het Havenbedrijf niet doorgaat. Zo heeft het hof geconcludeerd dat het niet aan het gelegenheid geven tot bewijslevering toe-

komt nu de oliesector niet aan zijn stelplicht heeft voldaan. Mede gelet op het feit dat de oliesector ook onvoldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, ziet het hof geen aanleiding om ambtshalve over te gaan tot benoeming van deskundigen die zouden moeten onderzoeken of het Havenbedrijf excessieve tarieven aan de oliesector in rekening brengt. Een dergelijk onderzoek zou volgens het hof neerkomen op een zeer omvangrijk, tijdrovend en kostbaar onderzoek dat – bij gebreke van voldoende stellingen en van concrete aanwijzingen dat van excessieve tarieven sprake is – zou neerkomen op een *fishing expedition*.

Volgens het hof heeft de oliesector niet behoorlijk gemotiveerd aangegeven hoe groot het verschil is tussen het opgelegde zeehavengeld (het tarief) en de onderliggende kosten. Slotboom en Haan wijzen er terecht op dat het hof op deze manier de eiser in een vicieuze cirkel lijkt te brengen.²³ Het hof ziet geen aanleiding om (ambtshalve) over te gaan tot benoeming van deskundigen, omdat de eiser niet aannemelijk kan maken dat er daadwerkelijk sprake is van een excessief verschil tussen prijzen en kosten. Dat er daadwerkelijk sprake is van een excessief verschil tussen prijzen en kosten zal vaak alleen met een deskundigenonderzoek kunnen worden aangetoond.

5 Conclusie

De privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie wegens het hanteren van excessieve prijzen is niet eenvoudig. De bewijslast die op de eiser rust, brengt met zich mee dat het moeilijk is om in een civiele procedure aan te tonen dat een onderneming met een machtspositie excessieve prijzen in rekening brengt. In de eerste plaats zal de eiser moeten aantonen dat het verschil tussen enerzijds de prijs die de gedaagde in rekening brengt en anderzijds de onderliggende kosten die de gedaagde moet maken excessief is. Deze eerste stap zal in een civiele procedure al een flink obstakel vormen. Dat is ook te zien aan de uitkomst van de onderhavige zaak. Vervolgens zal de eiser nog moeten aantonen dat die prijs – op zichzelf genomen of in verhouding met concurrerende producten – onredelijk is in verhouding tot de economische waarde van het product of de dienst.

Het verzamelen van bewijsmateriaal in de voorfase – zoals het verkrijgen van informatie over de verhouding tussen de prijzen en kosten van de vermeende schender van het mededingingsrecht – kan voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een groot probleem vormen. Dit probleem speelt vooral bij zaken waar (nog) geen oordeel van een mededingingsautoriteit op tafel ligt. De processuele middelen om naar Nederlands recht voorafgaande aan een procedure bewijs te vergaren, zijn beperkt tot de exhibitieplicht, de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag, het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht (een voorlopige descende zal in mededingingsrechtelijke zaken minder snel een rol van betekenis spelen). Inbreuken op het mededingingsrecht zullen

21. Dit kan onder zeer bijzondere omstandigheden (bij toedoen van de wederpartij) zelfs tot een omkering van de bewijslast leiden ten gunste van de partij op wie volgens de hoofdregel ex art. 150 Rv de bewijslast rust.

22. Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 54 (MvT).

23. Slotboom & Haan 2010, p. 160.

met behulp van deze processuele middelen niet altijd eenvoudig bewezen kunnen worden.

De gelaedeerde van een vermeende mededingingsinbreuk zal vaak niet weten welke bescheiden dienen te worden opgevraagd. De bijzondere exhibitieplicht ex art. 843a Rv biedt in die gevallen geen uitkomst. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag. Helaas is het niet mogelijk bewijsbeslag op alle elektronische bestanden en papieren bescheiden te leggen en vervolgens te onderzoeken of eventuele mededingingsovertredingen kunnen worden afgeleid uit de verzamelde gegevens. De gelaedeerde zal vaak niet weten welke personen moeten worden opgeroepen voor een voorlopig getuigenverhoor. Ingeval die personen wel bekend zijn, moeten ze vervolgens nog bereid zijn zich omtrent de vermeende mededingingsinbreuk in belastende zin uit te laten. Bij het voorlopig deskundigenbericht moet duidelijk worden gemaakt wat de deskundige precies zal moeten onderzoeken. Tevens moet de deskundige toegang kunnen hebben tot gegevens over de markt en de positie van de vermeende laedens op die markt.

Daarbij komt dat de genoemde beschikbare middelen aanzienlijke kosten met zich mee kunnen brengen. Deze kosten dienen door de gelaedeerde te worden voorgeschieden. Bovendien worden ze slechts gedeeltelijk vergoed ingeval uiteindelijk een mededingingsinbreuk wordt aangenomen. Wat het verzamelen van bewijsmateriaal in de procedurele fase betreft, geldt hetzelfde als in de voorfase. Wel kan de rechter met behulp van een inlichtingencomparitie of met een bevel ex art. 162 Rv tot openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die de wederpartij ingevolge de wet moet houden, maken of bewaren nog proberen informatie te verkrijgen. Tevens kan de rechter met behulp van de route van de verzwaarde stelplicht tegemoetkomen aan de moeilijke bewijspositie van de eiser.

Het lijkt verstandig om in gevallen waarbij door een houder van een economische machtspositie excessieve prijzen in rekening worden gebracht eerst een klacht in te dienen bij de Europese Commissie of de NMa. Na de uitspraak van de mededingingsautoriteit zal het misbruik vaststaan en is het een stuk eenvoudiger om in een civielrechtelijke vervolgprocedure schadevergoeding te vorderen. In de praktijk is het ook voor de Europese Commissie en de NMa lastig om prijzen van ondernemingen met een machtspositie als excessief te kwalificeren. Mededingingsautoriteiten nemen in dergelijke gevallen niet snel aan dat sprake is van een inbreuk op het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie. Het is ook deels aan de onduidelijkheid over de juiste methode van onderzoek naar excessieve prijsvorming te wijten dat de privaatrechtelijke handhaving van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie geen eenvoudige zaak is.