

# vonnis

---

## RECHTBANK BREDA

Sector civiel recht  
Team handelsrecht

### Vonnis in kort geding in hoofdzaak en vrijwaring van 26 november 2008

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: 195876 / KG ZA 08-582 van

de vennootschap naar Duits recht  
**VISCAAL FAHRZEUGGROSSHANDEL GMBH**,  
gevestigd te Itterbeck, Duitsland,  
eiseres in de hoofdzaak,  
advocaat mr. N. Hijmans te Almelo,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AUTOBEDRIJF VAN MOSSEL WAALWIJK B.V.**,  
gevestigd te Waalwijk,  
gedaagde in de hoofdzaak,  
advocaat mr. B.J.M.P. Cremers,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer 196230 / KG ZA 08-598 van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**AUTOBEDRIJF VAN MOSSEL WAALWIJK B.V.**,  
gevestigd te Waalwijk,  
eiseres in vrijwaring,  
advocaat mr. B.J.M.P. Cremers,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**PON'S AUTOMOBIELHANDEL B.V.**,  
gevestigd te Leusden,  
gedaagde in vrijwaring,  
advocaat mr. W.B.J. van Overbeek te Amsterdam,

Partijen zullen hierna Viscaal, Van Mossel en Pon's genoemd worden.

#### 1. De procedure

1.1. Van Mossel wordt toegelaten tot het voeren van een geding in vrijwaring, met dien verstande dat de vrijwaringzaak onder rolnummer 196230 / KG ZA 08-598 gezamenlijk met de hoofdzaak in dit kort geding behandeld zal worden.

- 1.2. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding in de hoofdzaak met producties 1 tot en met 8,
  - de dagvaarding in vrijwaring,
  - de mondelinge behandeling,
  - de pleitnota van Viscaal,
  - de pleitnota van Van Mossel met producties 1 tot en met 5,
  - de pleitnota van Pon's met producties 1 tot en met 14.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2. Het geschil**

### In de hoofdzaak met rolnummer 195876 / KG ZA 08-852

- 2.1. Viscaal vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad en op alle dagen en uren:
- a. Van Mossel zal veroordelen om binnen één week na betekening van dit vonnis tot uitlevering van de door Viscaal bestelde personenauto's over te gaan binnen de overeengekomen termijn, althans in ieder geval binnen 16 weken na de datum van bestelling;
  - b. zulks op verbeurte van een terstond opeisbare en niet voor matiging vatbare dwangsom van €10.000,-- voor iedere overtreding en een dwangsom van €1.000,-- per dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt;
  - c. Van Mossel zal veroordelen in de kosten van deze procedure.

2.2. Van Mossel voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### In de vrijwaringzaak met rolnummer 196230 / KG ZA 08-598

2.3. Van Mossel vordert dat de voorzieningenrechter bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

1. primair:

Pon's zal gebieden te gehengen en gedogen dat Van Mossel aan Viscaal levert ter voldoening aan het vonnis in de hoofdzaak, zonder dat zulks negatieve consequenties zal hebben voor de uitbetaling door Pon's aan Van Mossel van volumebonussen en/of voor de dealerovereenkomst tussen partijen van 29 september 2003, een en ander onder de bepaling dat Pon's een onmiddellijk opeisbare aan Van Mossel te betalen dwangsom zal verbeuren van €50.000,-- per overtreding van dit gebod en van €5.000,-- per dag of dagdeel dat een overtreding voortduurt;

subsidiair:

Pon's zal veroordelen om aan Van Mossel te voldoen het bedrag van de dwangsommen die Van Mossel ten opzichte van Viscaal zal verbeuren als gevolg van het feit dat Pon's verhindert dat Van Mossel aan Viscaal levert ter voldoening aan het vonnis in de hoofdzaak door aan de leveringen andere eisen te stellen dan (a) de voorwaarden die partijen in 2005 met betrekking tot levering aan Viscaal zijn overeengekomen en/of (b)

---

volgens Verordening 1400/2002 zijn toegestaan, zijnde andere eisen dan de verstrekking van een mandaat met vermelding van de naam, het adres en de handtekening van de consument en een datum;

2. Pon's zal veroordelen in de kosten van dit geding, zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaring, onder de bepaling dat (I) de proceskosten voldaan dienen te worden binnen veertien dagen na betekening van dit vonnis en (II) voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

### 3. De feiten

3.1. Op grond van de niet of onvoldoende weersproken stellingen en de overgelegde producties wordt uitgegaan van de navolgende feiten:

- a. Van Mossel is een Nederlandse autodealer van personenauto's van de merken Volkswagen en Audi.
- b. Pon's is de Nederlandse importeur van ondermeer personenauto's van de merken Volkswagen en Audi.
- c. Het tussen Van Mossel en Pon's gesloten dealercontract bepaalt in artikel 2 lid 8:  
*"De verkoop van nieuwe en/of ongebruikte contractproducten/motorvoertuigen aan niet voor de verkoop van deze contractproducten erkende wederverkopers, is noch aan dealer noch aan enig lid van de Volkswagen Verkooporganisatie toegestaan. Motorvoertuigen gelden als "ongebruikt" volgens de eerste zin hierboven indien het aantal gereden kilometers minder dan 1000 bedraagt; een kentekenbewijs is niet van betekenis. Op overtreding hiervan staat de sanctie als vermeld in artikel 19 lid 1 sub 7. Dealer zal de contractproducten uitsluitend verkopen aan eindgebruikers die een tussenpersoon hebben ingeschakeld, indien de tussenpersoon voorafgaand aan de koop een schriftelijke volmacht van die eindgebruiker overlegt voor de aankoop van een specifiek motorvoertuig. De volmacht dient naam, adres en handtekening van de eindgebruiker te bevatten, alsmede de datum waarop de volmacht is verleend. Indien de tussenpersoon het motorvoertuig waarvoor hij is gemachtigd ook in ontvangst zal nemen, dient de volmacht zulks expliciet te vermelden. Dealer zal uitsluitend aan de eindgebruiker (en derhalve op diens naam) factureren. Dealer dient het origineel van de volmacht in zijn bezit te hebben en dit vijf jaar te bewaren."*
- d. Viscaal heeft vanaf 2005 als tussenpersoon ten behoeve van Duitse eindgebruikers personenauto's van de merken Volkswagen en Audi bij Van Mossel besteld en afgenomen. Daartoe overlegde Viscaal aan Van Mossel per bestelling vooraf een schriftelijke volmacht van haar Duitse eindgebruiker, met daarop de naam, het adres, de handtekening van de eindgebruiker, de datum en een summiere beschrijving van de te bestellen personenauto, waarna Van Mossel aan Viscaal factureerde en Viscaal op haar beurt voor betaling van de factuur aan Van Mossel zorg droeg.
- e. Bij brief van 20 maart 2008 deelde Pon's aan alle Volkswagen en Audi-dealers ondermeer mede dat zij de bestelprocedure voor personenwagens bestemd voor eindgebruikers in het buitenland via een tussenpersoon heeft vereenvoudigd en verduidelijkt en:  
*"De wijzigingen ten opzichte van de in augustus 2006 ingevoerde bestelprocedure luiden als volgt:  
- indien een particuliere of zakelijke klant, ongeacht waar deze in de EU/EER/Zwitserland is*

---

*gevestigd, een gevolmachtigd tussenpersoon inschakelt om in zijn naam een nieuwe auto te bestellen, kan de order –uiteraard- namens de klant door deze tussenpersoon worden getekend, mits de tussenpersoon over een daartoe strekkende volmacht beschikt. De procedure is op dit punt verduidelijkt (zie onderdeel 3B en 4B huidige versie).*

*- uit Europese rechtspraak volgt dat wanneer een particuliere of zakelijke klant, ongeacht waar deze in de EU/EER/Zwitserland is gevestigd, een gevolmachtigd tussenpersoon inschakelt, dit mogelijk moet zijn, op voorwaarde dat er een rechtstreekse contractuele band ontstaat tussen de dealer en de eindgebruiker. Dit brengt met zich mee dat de aldus bestelde auto door de dealer wordt gefactureerd aan de eindgebruiker. Desalniettemin zijn wij bij wijze van proef bereid het rechtstreeks factureren aan de eindgebruiker niet langer verplicht te stellen, doch alléén voor gevallen waarin de eindgebruiker in zijn volmacht aan de tussenpersoon uitdrukkelijk heeft aangegeven dat hij (=de tussenpersoon) ook voor de financiële afwikkeling van zijn (= de eindgebruiker) koopovereenkomst met de dealer heeft zorg te dragen. In die gevallen dient uw orderbevestiging en factuur expliciet te vermelden dat het voertuig is verkocht en geleverd ten behoeve van uitsluitend de desbetreffende eindgebruiker. Waar op de Gis-orderbevestiging en –factuur staat “aan u verkocht en geleverd”, moet u in die gevallen dus toevoegen ”t.b.v. uw volmachtgever [naam eindgebruiker]”. Mocht de praktijk daartoe aanleiding geven, dan zullen wij niet aarzelen deze opschorting ongedaan te maken, hetzij voor de gehele dealerorganisatie, hetzij voor bepaalde dealers, hetzij met betrekking tot transacties waarbij bepaalde tussenpersonen en/of eindafnemers betrokken zijn.*

*(...)*

*Tenslotte benadrukken wij andermaal dat in geval van niet-naleving van bovenstaande verplichtingen, in voorkomende gevallen zonder nadere aankondiging zal worden overgegaan tot het nemen van ingrijpende (boete-) maatregelen, met als meest verstrekkende maatregel beëindiging van de relatie met onmiddellijke ingang.”*

- f. Bij brief van 19 september 2008 deelde Pon's aan Van Mossel ondermeer mede:  
*“Overigens hebben zich recent opnieuw enkele ontwikkelingen voorgedaan die ons met zorg vervullen en waarvoor wij zeer binnenkort uw aandacht zullen vragen. Los daarvan hadden wij u op 29/7 aangezegd dat in verband met talloze onregelmatigheden die bij het optreden van Viscaal Fahrzeuggrosshandel GmbH keer op keer boven water komen, de (voorwaardelijke) dispensatie voor wat betreft het rechtstreeks factureren vanaf dat moment(i.e. vanaf 30/7) niet langer van toepassing is bij Viscaal. U dient zelf aan de eindgebruiker te factureren en deze betaalt aan u en niet aan Viscaal.”*
- g. Van Mossel deelde bij brief van 25 september 2008 aan Pon's ondermeer mede:  
*“Over uw laatste alinea met betrekking tot Viscaal Fahrzeuggrosshandel GmbH (Viscaal) wil ik het volgende opmerken:*
- U heeft mij niet gemeld dat wij vanaf 30-07-2008 moesten stoppen met rechtstreekse facturering aan Viscaal. Wel hebben we over Viscaal gesproken, maar hierin zijn naar onze mening geen standpunten ingenomen of afspraken gemaakt.*
  - Van Mossel is van mening dat hiervoor geen juridische grond aanwezig is.*
  - Wij hebben u aangeboden Viscaal zelf te bedienen, zodat Van Mossel geen risico's loopt ten aanzien van claims van Viscaal.*
  - Vanaf heden zullen wij stoppen met de rechtstreekse facturering aan Viscaal, mits Pon's Automobielhandel garant wil staan voor de juridische gevolgen.*
  - Van Mossel zal Pon's in vrijwaring oproepen, indien wij claims ontvangen van Viscaal. (..)”*

- 
- h. Bij brief van 25 september 2008 heeft Van Mossel aan Viscaal medegedeeld dat Pon's haar verboden heeft om personenauto's nog rechtstreeks aan Viscaal te factureren en dat Pon's haar heeft opgedragen om voortaan rechtstreeks aan de eindgebruiker te factureren en de eindgebruiker vervolgens direct aan Van Mossel dient te betalen.
- i. Sinds 25 september 2008 heeft Viscaal nog 57 personenauto's in bestelling staan bij Van Mossel, waarvan 43 auto's gestald staan bij Van Mossel en 14 auto's nog niet door Pon's aan Van Mossel zijn geleverd.
- j. Bij brief van 7 oktober 2008 deelde Pon's aan Van Mossel ondermeer mede:

*“Viscaal*

*Krachtens artikel 2 lid 8 van ons dealercontract, onze bestelvoorschriften en onze brief van 22 augustus 2006 (..) is het een dealer niet toegestaan een tussenpersoon te factureren. De dealer dient volgens deze documenten in alle gevallen de eindgebruiker te factureren.*

*Met onze brief van 20 maart jl. hebben wij dit voorschrift bij wijze van proef en onder voorwaarden versoepeld. De eindgebruiker dient dan wel in de volmacht uitdrukkelijk aan te geven dat de tussenpersoon ook voor de financiële afwikkeling zorg dient te dragen.*

*Ons is geen enkel geval bekend waarin Viscaal als tussenpersoon optreedt op basis van een volmacht waarin de koper uitdrukkelijk aangeeft dat hij wenst dat Viscaal ook zorg draagt voor de financiële afwikkeling van de transactie van VMG. Sterker nog, in de praktijk blijkt dat diverse van de door ons onderzochte Viscaal-volmachten uiterst twijfelachtig zijn. Wij verwijzen u voor het overige naar onze brief van 23 juni jl.*

*Tijdens ons gesprek van 29 juli jl. hebben wij u uitdrukkelijk aangegeven dat u voortaan in geen enkel geval Viscaal meer rechtstreeks mag factureren. Hierover hebben wij geen misverstand laten bestaan. In afwachting van onze bespreking van o.m. het Deloitte-rapport zullen wij die laatste eis thans nog even laten rusten. Wel dient sprake te zijn van een klantopdracht als hiervoor omschreven. Bovendien dient u voortaan, voorafgaand aan de levering, door Viscaal een “tussenpersoonverklaring”(ongewijzigd) te laten tekenen, conform het bijgaande model. Tijdens onze bespreking van 29 juni jl. gaf u aan dit laatste een bruikbare werkwijze te vinden. (...)*

- k. Bij voornoemde brief van 7 oktober 2008 is als bijlage een “tussenpersoonformulier” ingesloten, waarop ondermeer staat vermeld:

*“Indien genoemd voertuig in strijd met voormelde bepalingen met commercieel winstbejag wordt doorverkocht, verplicht Tussenpersoon zich jegens Pon's Automobielhandel B.V. te Leusden tot het betalen aan laatstgenoemde van een onmiddellijk opeisbare en niet voor matiging vatbare boete gelijk aan 20% van de aankoopprijs van het voertuig.”*

#### **4. De beoordeling**

##### In de hoofdzaak met rolnummer 195876 / KG ZA 08-852

4.1. Viscaal grondt haar vordering op de stelling dat Van Mossel toerekenbaar tekort schiet in de nakoming van haar verplichting tot levering uit hoofde van de tussen partijen in maart 2005 gemaakte afspraken. Viscaal stelt voorts dat het door Pon's aan Van Mossel opgelegde verbod om aan Viscaal te leveren indien Viscaal niet voldoet aan de door Pon's

---

opgelegde voorwaarden in strijd is met het Europese recht en in het bijzonder met de EG-verordening 1400/2002. Viscaal heeft ter zitting verklaard dat hij er in de toekomst geen moeite mee heeft om op de volmacht van de eindgebruiker tevens te verklaren dat de eindgebruiker koper uitdrukkelijk aangeeft dat hij wenst dat Viscaal ook zorg draagt voor de financiële afwikkeling van de transactie, maar hij er moeite mee heeft om de eindgebruikers die reeds een volmacht hebben afgegeven nogmaals te benaderen met deze aanvullende eis. Ten aanzien van de tussenpersoonverklaring voert Viscaal als verweer dat de daarin opgenomen boeteclausule onredelijk en diffamerend is omdat Viscaal alle door haar als tussenpersoon in 2008 bij Van Mossel bestelde auto's daadwerkelijk aan de eindgebruiker heeft geleverd.

4.2. Van Mossel voert als verweer dat zij zich in een spagaat bevindt, omdat zij in beginsel contractueel gehouden is over te gaan tot levering aan Viscaal, maar daartoe door Viscaal niet gehouden kan worden vanwege de door Pon's uitgesproken dreiging dat zij de dealerovereenkomst met Van Mossel zal beëindigen in het geval Van Mossel over gaat tot levering aan Viscaal. Van Mossel stelt dan ook dat het onder deze omstandigheden uit hoofde van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien Viscaal haar aan de nakomingplicht houdt.

De voorzieningenrechter overweegt als volgt:

4.3. Ter zitting hebben Van Mossel en Viscaal eensluidend verklaard dat Van Mossel steeds onmiddellijk Viscaal op de hoogte heeft gebracht van wijzigingen van de eisen die Pon's stelde aan levering van personenauto's aan een eindgebruiker met gebruik van een tussenpersoon. Viscaal is ook goed op de hoogte van de wijze waarop het selectieve distributiestelsel werkt en eveneens goed op de hoogte van Europese regelgeving op dat punt. Viscaal moet ook geweten hebben dat Van Mossel jegens Pon's verplicht was om aan alle gewijzigde voorwaarden te voldoen. Feitelijk heeft Viscaal niet aan alle voorwaarden voldaan, namelijk niet aan de voorwaarde dat door Van Mossel rechtstreeks aan de eindgebruiker wordt gefactureerd tenzij de eindgebruiker uitdrukkelijk verklaart dat Viscaal ook zorg zal dragen voor de financiële afwikkeling en niet aan de voorwaarde dat Viscaal een tussenpersoonverklaring met boeteclausule overlegt. In deze context is het in beginsel volgens normen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Viscaal Van Mossel wil houden aan de leveringsplicht en tegelijkertijd weigert om aan de hem bekende voorwaarden (alsnog) te voldoen.

4.4. De voorgaande conclusie luidt slechts anders indien Viscaal terecht stelt dat het Europese recht verbiedt aan Pon's, dus ook aan Van Mossel, om eisen te stellen op de punten waaraan Viscaal niet heeft voldaan. In deze procedure staat aldus ter beoordeling of de door Pon's opgelegde leveringsvoorschriften zoals deze gelden na 20 maart 2008 in strijd zijn met verordening EG 1400/2002. Dit betreft de eis dat Van Mossel slechts aan Viscaal mag factureren indien de eindgebruiker uitdrukkelijk verklaart dat Viscaal ook zorgt voor de financiële afwikkeling en de eis dat Viscaal een tussenpersoonverklaring overlegt waarin een boeteclausule van 20% van de verkoopprijs is opgenomen.

---

4.5. De verordening (EG) NR. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 (PB L 203 van 1 augustus 2002), betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3, van het verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen in de motorvoertuigensector bepaalt in artikel 2 lid 1 dat onverminderd artikel 81 lid 3 EG-verdrag en onverminderd de bepalingen van de verordening artikel 81 lid 1 EG-verdrag buiten toepassing wordt verklaard voor verticale overeenkomsten die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen nieuwe motorvoertuigen, reserveonderdelen voor motorvoertuigen of herstellings- en onderhoudsdiensten voor motorvoertuigen kunnen kopen, verkopen of doorverkopen.

Artikel 4 lid 1 aanhef en sub b van de Verordening bepaalt:

*“De vrijstelling is niet van toepassing op verticale overeenkomsten die, op zich of in combinatie met andere factoren waarover de partijen controle hebben, direct of indirect, tot doel hebben (...) de beperking van (...) de klanten aan wie de distributeur (...) de contractgoederen (...) mag verkopen.”*

De considerans van de verordening vermeldt onder (14):

*“Het recht van een distributeur om nieuwe motorvoertuigen passief of, indien toepasselijk, actief te verkopen aan eindgebruikers dient ook het recht te omvatten deze voertuigen te verkopen aan eindgebruikers die een tussenpersoon of een agent met aankoopbevoegdheid toestemming hebben verleend een nieuw motorvoertuig in hun naam te kopen, in ontvangst te nemen, te vervoeren of in bewaring te houden.”*

De verklarende brochure bij de Verordening (op te roepen via de internetsite [http://ec.europa.eu/comm/competition/car\\_sector/explanatory\\_brochure\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/car_sector/explanatory_brochure_nl.pdf)) vermeldt op pagina 49:

#### *5.2 Tussenpersonen*

*Een tussenpersoon of agent met aankoopbevoegdheid is een persoon of een onderneming die zonder deel uit te maken van het distributiestelsel in naam van de consument een nieuw motorvoertuig koopt. Tussenpersonen moeten worden onderscheiden van onafhankelijke wederverkopers, die voertuigen kopen met het oog op wederverkoop en niet namens een bepaalde consument handelen. Ook moeten zij worden onderscheiden van verkoopagenten, die klanten zoeken voor één of meerdere dealers. Leveranciers mogen slechts eisen dat hun dealers zekerheid hebben dat de consument de tussenpersoon van tevoren toestemming heeft verleend om een bepaald voertuig te kopen en/of in ontvangst te nemen. De enige beperking van de werkzaamheden van een tussenpersoon die in een onder Verordening 1400/2002 vallende overeenkomst is toegestaan, is dus de overlegging van een geldig mandaat van een individuele consument.*

*Op dit mandaat moeten de naam, het adres en de handtekening van de consument en een datum staan. De consument moet bepalen hoe specifiek het mandaat is met betrekking tot het voertuig. Er mogen geen verdere eisen worden gesteld als er een tussenpersoon is betrokken bij de aankoop van een nieuw motorvoertuig. De Commissie heeft haar mededelingen die betrekking hadden op de werkzaamheden van tussenpersonen ingetrokken.*

4.6. Nu in hoofdstuk 5.2 van de verklarende brochure bij de Verordening helder is verwoord dat de enige beperking van de werkzaamheden van een tussenpersoon die in een onder Verordening 1400/2002 vallende overeenkomst is toegestaan de overlegging van een geldig mandaat van een individuele consument is, is voorshands aannemelijk dat de door Pon's aan Van Mossel opgelegde leveringsvoorschriften, te weten de eis dat Van Mossel slechts aan Viscaal mag factureren indien de eindgebruiker uitdrukkelijk verklaart dat Viscaal ook zorgt voor de financiële afwikkeling en de eis dat Viscaal een tussenpersoonverklaring overlegt waarin een boeteclausule van 20% van de verkoopprijs is opgenomen ingevolge Verordening EG 1400/2002 niet zijn toegestaan, zodat door Pon's geen beroep kan worden gedaan op de vrijstelling van deze Verordening.

4.7. Vervolgens rijst de vraag of de eisen die Pon's stelt automatisch worden getroffen door nietigheid wegens strijd met artikel 81 lid 1 EG-verdrag. Volgens Pon's is dit niet een automatisch gevolg en dient getoetst te worden of de voorwaarde in strijd is met artikel 81 lid 1 EG-verdrag. Volgens Van Mossel blijkt uit de Verordening EG 1400/2002 en de toelichting daarop dat dit wel een automatisch gevolg is, omdat de door Pon's gestelde eisen strijdig zijn met de zogenaamde hard-core bepaling in artikel 4 van Verordening EG 1400/2002 en dus per definitie de mededinging beperken.

4.8. Aan Van Mossel kan worden toegegeven dat, indien de door Pon's opgelegde eisen in strijd zijn met artikel 4 van Verordening EG 1400/2002 deze eisen de mededinging beperken, hetgeen artikel 81 lid 1 EG-verdrag verbiedt.

4.9. Voor de toepassing van artikel 81 EG-verdrag is de eerste voorwaarde dat de betrokken overeenkomsten de handel tussen lidstaten aanzienlijk kunnen beïnvloeden. Nu Viscaal optreedt als tussenpersoon bij transacties tussen een Nederlandse autodealer en een Duitse eindgebruiker is aan die eerste voorwaarde voldaan. Vervolgens verbiedt artikel 81, lid 1 EG-verdrag alle overeenkomsten die de mededinging aanzienlijk beperken of vervalsen. Dit is het geval als in de verticale overeenkomsten voor een specifieke aan- en verkoop niet alleen de prijs en de kwantiteit worden bepaald, maar ook beperkingen worden opgelegd aan de leverancier of de afnemer. De door Pon's aan Van Mossel gestelde eisen zijn aan te merken als dergelijke beperkingen en derhalve in strijd met artikel 81 lid 1 EG-verdrag.

Overeenkomsten die vallen onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG-verdrag, zijn ingevolge het tweede lid van dit artikel van rechtswege nietig. Deze nietigheid werkt vanaf het moment dat de overeenkomst gesloten wordt. (zaak 48/72 Haecht II) en treft alleen de verboden clausules in de overeenkomst. In het onderhavige geval luidt de conclusie dat de twee meergenoemde door Pon's aan Van Mossel gestelde eisen wegens strijd met artikel 81 lid 1 EG-verdrag ab initio nietig zijn en Pon's van de overeenkomst, voor zover het deze twee vereisten betreft, geen nakoming kan vorderen.



4.10. Het gevolg van hetgeen hierover is overwogen is dat Van Mossel die personenauto's zal moeten uitleveren die Pon's ten behoeve van Viscaal reeds aan Van Mossel heeft geleverd. De primaire vordering zal dan ook worden toegewezen, waarbij de gevorderde dwangsom zal worden gemaximeerd als hierna te melden.

In de vrijwaringzaak met rolnummer 196230 / KG ZA 08-598

4.11. Van Mossel baseert haar vorderingen op de stelling dat de door Pon's aan haar en Viscaal opgelegde voorwaarden in strijd zijn met de verordening en met artikel 81 lid 1 EG-verdrag.

4.12. Pon's betwist dat zij in 2005 met Van Mossel en Viscaal afspraken heeft gemaakt die afwijken van haar leveringsvoorschriften. Pon's stelt daarnaast dat, indien er al afspraken zouden zijn gemaakt in 2005, het haar vrij staat deze afspraken te wijzigen. Pon's stelt zich op het standpunt dat de voorwaarde dat de eindgebruiker in zijn volmacht aangeeft dat de tussenpersoon de koopovereenkomst met de dealer ook financieel afwikkelt en de voorwaarde dat Viscaal een tussenpersoonverklaring invult niet in strijd zijn met de verordening. Indien dit wel zo zou zijn, is volgens Pon's de enige consequentie dat de vrijstelling niet van toepassing is. Volgens Pon's zijn voornoemde voorwaarden niet in strijd met artikel 81 EG-verdrag, omdat deze voorwaarden niet de mededinging beperken.

Pon's stelt dat het de leverancier is toegestaan om maatregelen te nemen teneinde misbruik te voorkomen en verwijst in dit verband naar een als productie 6 overgelegde brief van Paollo Cesarini, afdelingshoofd bij de Europese Commissie van 18 juli 2006, waarin is vermeld:

*“Ik refereer aan uw bovengenoemde brief. U stelt daarin de vraag of de nieuwe Porschevoertuigen waarvoor u bemiddelt aan u in rekening gebracht mogen worden, of dat Porsche van haar dealers kan eisen dat dezen slechts mogen factureren aan de betreffende eindklant.*

*Wij zijn inderdaad van mening dat een bemiddelaar het voertuig op eigen naam kan verwerven voor zover het gaat om een bemiddelingstransactie in opdracht van een eindklant en de bemiddelaar het nieuwe voertuig onmiddellijk levert aan die eindklant. Dit moet echter een uitzondering op de regel blijven dat de factuur wordt gesteld op naam van de eindklant. Indien een dergelijke constructie niet in strijd is met bepalingen van het betreffende toepasbare nationale burgerlijke- en belastingrecht, mag een autofabrikant dus van zijn dealers niet eisen dat bij bemiddelingstransacties de factuur uitsluitend wordt gesteld op naam van de eindklant. Aangezien echter in dergelijke gevallen het gevaar van misbruik groot is, heeft de autofabrikant echter het recht extra bewijzen te verlangen, waaruit blijkt dat het gaat om een echte bemiddelingstransactie. Een dergelijk bewijs is met name de koopovereenkomst tussen de bemiddelaar en de eindklant, waarbij eventuele commerciële geheimen zoals de prijs onleesbaar worden gemaakt.”*

Volgens Pon's hebben haar leveringsvoorschriften geen nadelige invloed op de activiteiten van Viscaal, indien Viscaal daadwerkelijk als tussenpersoon optreedt. Pon's betoogt dan ook dat zij het vermoeden heeft dat Viscaal niet een echte tussenpersoon is, omdat haar leveringsvoorschriften slechts grote gevolgen hebben voor Viscaal indien Viscaal optreedt als niet erkende wederverkoper.

---

De voorzieningenrechter overweegt als volgt:

4.13. Nu door Pon's geen enkele nadere onderbouwing is gegeven van haar stelling dat Viscaal door haar als tussenpersoon bestelde auto's niet heeft geleverd aan de in de volmacht genoemde eindgebruikers, moet voorshands worden geconcludeerd dat niet is gebleken van feiten of omstandigheden die een rechtvaardigingsgrond zouden kunnen opleveren voor de door Pon's aan Van Mossel opgelegde eis dat zij Viscaal systematisch andere documenten moet laten ondertekenen dan een geldig mandaat van een individuele consument, waarin de naam, het adres en de handtekening van de consument en een datum staat. In het onderhavige geval, waarin een duidelijk bewijs van bedrog ontbreekt, is sprake van een onnodige beperking (in de zin van artikel 4 lid 1 onder b en c van de Verordening en in de zin van de considerans van de verordening onder (14) indien Pon's aan Van Mossel opdraagt om Viscaal een tussenpersoonverklaring, als bijgevoegd bij de brief van 7 november 2008, te laten ondertekenen.

4.14. Op grond van hetgeen hiervoor, alsmede hetgeen in de hoofdzaak is overwogen, ligt de primaire vordering in beginsel voor toewijzing gereed, nu die primaire vordering neer komt op een aan Pon's op te leggen verbod om de dealerovereenkomst met Van Mossel op grond van de onderhavige argumentatie, het niet voldoen aan voorwaarden die in strijd zijn met artikel 81 lid 1 EG-verdrag, en derhalve nietig, de levering door Van Mossel aan Viscaal te beëindigen.

4.15. Voor zover de primaire vordering betrekking heeft op de uitbetaling door Pon's aan Van Mossel van volumebonussen, komt dit gedeelte van de vordering in deze procedure niet voor toewijzing in aanmerking, omdat bij deze financiële afwikkeling onvoldoende spoedeisende belangen zijn betrokken.

## **5. De kosten**

### In de hoofdzaak met rolnummer 195876 / KG ZA 08-852

5.1. Van Mossel zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Viscaal worden begroot op:

- dagvaarding	EUR	71,80
- vast recht		254,00
- salaris procureur		<u>816,00</u>
Totaal	EUR	1.141,80

### In de vrijwaringzaak met rolnummer 196230 / KG ZA 08-598

---

5.2. Pon's zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Van Mossel in de hoofdzaak en in de vrijwaringzaak worden begroot op:

- dagvaarding	EUR	71,80
- vast recht		254,00
- salaris procureur		816,00
- kosten in de hoofdzaak		<u>1.141,80</u>
Totaal	EUR	2.283,60

## 6. De beslissing

De voorzieningenrechter

### In de hoofdzaak met rolnummer 195876 / KG ZA 08-852

6.1. veroordeelt Van Mossel om binnen één week na betekening van dit vonnis tot uitlevering van de door Viscaal bestelde en bij Van Mossel aanwezige personenauto's over te gaan binnen de overeengekomen termijn, althans in ieder geval binnen 16 weken na de datum van bestelling;

6.2. bepaalt dat Van Mossel voor iedere overtreding van voornoemde veroordeling aan Viscaal een dwangsom verbeurt van EUR 10.000,--, en een dwangsom van EUR 1.000,-- per dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met bepaling dat in totaal aan dwangsommen maximaal EUR 50.000 kan worden verbeurt;

6.3. veroordeelt Van Mossel in de proceskosten, aan de zijde van Viscaal tot op heden begroot op EUR 1.318,00;

6.4. verklaart dit vonnis in deze zaak tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

6.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

### In de vrijwaringzaak met rolnummer 196230 / KG ZA 08-598

6.6. gebiedt Pon's te gehengen en gedogen dat Van Mossel aan Viscaal levert ter voldoening aan het vonnis in de hoofdzaak, zonder dat zulks negatieve consequenties zal hebben voor de dealerovereenkomst tussen partijen van 29 september 2003;

6.7. bepaalt dat Pon's aan Van Mossel voor iedere overtreding van voornoemd gebod aan Van Mossel een dwangsom verbeurt van EUR 50.000,--, en een dwangsom van EUR 5.000,-- per dag of gedeelte van een dag dat deze overtreding voortduurt, met bepaling dat in totaal aan dwangsommen maximaal EUR 250.000 kan worden verbeurt;

- 
- 6.8. veroordeelt Pon's in de proceskosten, aan de zijde van Van Mossel tot op heden begroot op EUR 2.283,60, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag ingaande veertien dagen na de dag van de uitspraak van dit vonnis;
- 6.9. verklaart dit vonnis in deze zaak tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 6.10. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.P. Leijten en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. D. van de Kreeke-Schütz op 26 november 2008.