

LJN: BF0377, Rechtbank Utrecht , 207371/ HA ZA 06-215

Datum uitspraak: 10-09-2008
Datum publicatie: 10-09-2008
Rechtsgebied: Civiel overig
Soort procedure: Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie: Besluit van NVM als ondernemingsvereniging in de zin van art. 6 Mw. met mededingsbeperkende strekking door specificaties van kantoorautomatiseringspakket pas aan derde-leveranciers ter beschikking te stellen nadat dochtervennootschap van NVM software reeds had gelanceerd.

Uitspraak

vonnis
RECHTBANK UTRECHT

Sector handels- en familierecht

zaaknummer / rolnummer: 207371 / HA ZA 06-215

Vonnis van 10 september 2008

in de zaak van

MR. ANTOON EDUARD VEERMAN
in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HPC Hard & Software Services B.V.,
wonende te Utrecht,
eiser,
advocaat mr. J.M. van Noort,

tegen

de vereniging
NEDERLANDSE VERENIGING VAN MAKELAARS IN ONROERENDE GOEDEREN EN
VASTGOEDDESKUNDIGEN NVM,
gevestigd te Nieuwegein,
gedaagde,
advocaat mr. P.C. van As.

Partijen zullen hierna de curator en NVM genoemd worden.

1. De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding
 - de conclusie van antwoord
 - het tussenvonnissen van 3 mei 2006 waarin een comparitie van partijen is bepaald die geen doorgang heeft gevonden
 - de conclusie van repliek
 - de conclusie van dupliek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. HPC Hard & Software Services B.V. (hierna: HPC) hield zich bezig met de ontwikkeling en verkoop van softwareproducten aan makelaarskantoren. Op 14 januari 2004 is HPC in staat van faillissement verklaard.

2.2. NVM is een vereniging voor makelaars en andere vastgoeddeskundigen. In juli 2005 telde NVM ongeveer

3751 leden. Van alle beëdigde makelaars was destijds 80% lid van NVM. NVM ondersteunt haar leden onder meer door het aanbieden van een faciliteit om gegevens over onroerend goedobjecten met elkaar uit te wisselen. In 1992 besloot NVM over te gaan tot de ontwikkeling van een vernieuwd objectuitwisselingssysteem.

2.3. HPC had in 1985 een softwarepakket ontwikkeld dat werd gebruikt voor de uitwisseling van informatie over onroerend goedobjecten, HPC Vraag en Aanbod genaamd. Het objectuitwisselingssysteem HPC Vraag en Aanbod werd onder meer gebruikt door alle leden van de Haagse Makelaarsbeurs, een subvereniging van NVM met meer dan 100 kantoren. In totaal had HPC ongeveer 120 makelaarskantoren in de Haagse regio als klant.

2.4. Daarnaast had HPC in de tweede helft van de jaren negentig software voor de kantoorautomatisering van makelaarskantoren ontwikkeld, genaamd Office Management Applicatie (hierna: OMA). In 1998 is dit pakket in de regio Den Haag op de markt gebracht.

2.5. Door NVM is in de jaren negentig een landelijk objectuitwisselingssysteem ontwikkeld, het zogeheten Masterplan 2000. Masterplan 2000 beschikte tevens over functionaliteiten voor de kantoorautomatisering van makelaarskantoren. Deze functionaliteiten waren ondergebracht in de basismodule Makelaardij. Aanvankelijk waren het uitwisselingssysteem en de kantoorautomatiseringsfunctionaliteiten in Masterplan 2000 aan elkaar gekoppeld, zodat afname van de basismodule Makelaardij niet los gezien kon worden van de afname van het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000.

2.6. Bij brief van 27 augustus 1998 bericht de NVM afdeling Den Haag aan HPC onder meer als volgt: "Wij stellen voorop, dat het u als ondernemer vrij staat uw producten onder de aandacht te brengen van de makelaars, lid NVM, en deze te vergelijken met de door de NVM ontwikkelde software. Het is alom bekend, dat de NVM – bij monde van het Algemeen Bestuur en recentelijk door de landelijke algemene ledenvergadering – zich expliciet heeft uitgesproken, dat alle leden, dus ook de leden van de afdeling 's Gravenhage, zich niet kunnen onttrekken aan de verplichte deelname aan het Masterplan 2000. (...) De uitzonderingspositie van onze afdeling is recentelijk door de landelijke ledenvergadering geschrapt. Daarnaast zijn in dezelfde vergadering de nieuwe landelijke lidmaatschapsregels vastgesteld, waarin de regels voor de uitwisseling en de aansluiting op het data-netwerk nog eens expliciet aan de orde zijn gesteld. (...) Het bestuur van de NVM afdeling 's Gravenhage verzoekt u met klem in uw presentatie op 15 september a.s. – duidelijk en zonder voorbehoud – aan de aanwezigen kenbaar te maken, dat zowel de landelijke ledenvergadering als het Algemeen Bestuur van de NVM zich expliciet hebben uitgesproken voor verplichte deelname aan het Masterplan 2000 door alle leden".

2.7. Bij brief van 19 oktober 1998 bericht NVM aan de NVM afdeling Den Haag onder meer als volgt: "Tussen het algemeen bestuur van de NVM en het bestuur van de afdeling Den Haag is afgesproken dat binnen de afdeling Den Haag Masterplan 2000 integraal zal worden ingevoerd. Nu bereiken ons berichten dat u van deze afspraak wilt afwijken. (...) Als uitgangspunt voor deze discussie stelt het algemeen bestuur dat het de verantwoordelijkheid is van het algemeen bestuur om erop toe te zien, dat:

- de volledigheid, discipline, inhoudelijkheid en kwaliteit van het uitwisselingssysteem uniform is voor alle NVM-leden.
- de marktinformatie t.a.v. de vastgoedmarkt uniform is en van de hoogste kwaliteit.
- de beheersbaarheid van het Masterplan 2000 systeem gewaarborgd is voor alle leden van NVM."

2.8. Bij brief van 24 maart 1999 bericht de NVM afdeling Den Haag aan haar leden onder meer als volgt: "De afgelopen jaren is uitvoerig binnen onze Afdeling gediscussieerd over de vraag of wel of niet moet worden overgegaan op het Masterplan 2000. (...) Uiteindelijk heeft dit geresulteerd in een gezamenlijk advies aan de leden van de Haagse afdeling om in ieder geval wel over te gaan op het Masterplan, waarbij het aan het eigen inzicht van de leden werd overgelaten om daarbij "slechts" één licentie of meerdere licenties te bestellen. Inmiddels hebben verreweg de meeste leden een aanvraagformulier bij het MDC (Makelaars Diensten Centrum B.V., toevoeging rechtbank) voor de installatie van het Masterplan ingediend, waarbij een deel één licentie en een deel meerdere licenties heeft besteld. Zoals u weet hebben het Afdelings- en het Beursbestuur de afgelopen periode overleg gepleegd met het Algemeen Bestuur en het MDC over de mogelijkheid om het door het HPC ontwikkelde OMA-programma aan te sluiten op het Masterplan-programma. Hoewel het Algemeen Bestuur aanvankelijk heeft aangegeven in beginsel niet onwelwillend tegenover een dergelijke aansluiting te staan, mits aan een aantal – nogal vaag – omschreven voorwaarden zou kunnen worden voldaan, heeft de Landelijk Voorzitter recent aan een delegatie van het Afdelings- en Beursbestuur medegedeeld, dat het Algemeen Bestuur toch niets voelt voor de rechtstreekse aansluiting van een ander uitwisselingsprogramma (zoals OMA) op de "black box" (van het Masterplan)."

2.9. Bij brief van 12 mei 1999 bericht NVM aan HPC onder meer als volgt: "Uw brief over het standpunt met betrekking tot de koppeling tussen Masterplan 2000 en O.M.A. is binnen het algemeen bestuur besproken. Het algemeen bestuur wil de volgende kanttekeningen plaatsen bij uw benadering. Reeds in 1992 (18 juni) is door de ledenvergadering van de NVM besloten over te gaan tot ontwikkeling van Masterplan 2000. (...) Als overgangssituatie heeft de Algemene Ledenvergadering toegestaan dat tot de implementatie van Masterplan 2000 de Haagse leden een eigen uitwisselingssysteem in stand houden. (...) Het

reeds aangehaalde besluit van 1992 met de algehele keuze voor aansluiting van alle leden op Masterplan 2000 is in mei van het afgelopen jaar nogmaals door de gezamenlijke leden bevestigd bij de vaststelling van het nieuwe "Reglement Lidmaatschapszaken", waarbij het "Reglement op de uitwisseling" is komen te vervallen en de uitzonderingspositie van de afdeling Den Haag niet langer is opgenomen. Momenteel is in feite dus sprake van een gedoogsituatie tot eind 1999. (...) Reeds in 1992 was het u bekend dat het niet zinvol zou zijn om te investeren in de ontwikkeling van een programma dat de aansluiting op het NVM-net regelt. (...) De uitwisseling is bij uitstek een verenigingsaangelegenheid.

Voor de beheersbaarheid van het systeem is het absoluut noodzakelijk dat er gebruik gemaakt wordt van één uniform systeem. (...) Binnen het uitwisselingssysteem is er dan ook geen plaats voor onderdelen die niet rechtstreeks door de beheerder kunnen worden aangestuurd. Buiten het uitwisselingssysteem staat het de leden vrij een eigen kantoor-automatiseringssysteem te hanteren. (...) Gezien het bovenstaande is het niet haalbaar andere in-/uitvoersystemen dan Masterplan 2000 toe te laten tot het NVM-uitwisselingssysteem."

2.10. Op 21 augustus 2000 hebben NVM en HPC de "Voorloper samenwerkingsovereenkomst NVM-HPC" ondertekend (hierna: Aansluitovereenkomst), waardoor HPC in staat werd gesteld een eenzijdige koppeling tussen OMA en Masterplan 2000 tot stand te brengen.

In de Aansluitovereenkomst is onder meer het volgende bepaald:

"(...) ontvangt u hierbij de door HPC getekende bijlage met afspraken eerder gemaakt voor de Haagse Makelaarsbeurs. De bijlage maakt onderdeel uit van de nog te sluiten en partijen genoegzaam bekende samenwerkingsovereenkomst. (...) Afsgesproken is het bijgevoegde document als voorloper te beschouwen van de samenwerkingsovereenkomst. Het bijgevoegde document is van toepassing met de volgende aanpassingen:

- Van toepassing op alle NVM makelaarskantoren(...)
- NVM heeft een inspanningsverplichting inzake promotie van het O.M.A. pakket van HPC onder NVM makelaars. (...)

Overweging

"(...) De NVM heeft begrip voor de situatie bij de Haagse makelaars, doch is van mening dat de beheersbaarheid van het systeem ernstig in gevaar komt. Partijen zijn het er over eens dat beheersbaarheid niet slechts de techniek betreft. Beheersbaarheid richt zich met name op de toekomst, de continuïteit en de flexibiliteit van het gehele NVM-uitwisselingssysteem. Deze zaken kunnen niet gegarandeerd worden indien verschillende partijen op verschillende manieren het uitwisselingssysteem (onbewust) kunnen beïnvloeden, met alle mogelijke storingen van dien. (...) De beheersbaarheid van het systeem kan niet gewaarborgd blijven als verschillende partijen op hun eigen manier data in het systeem invoeren. Absolute voorwaarde is dan ook dat er niets aan het systeem mag worden gekoppeld waardoor het systeem, van black box tot en met de centrale computer, beïnvloed kan worden. Dit houdt in dat in ieder geval de invoer van gegevens via andere systemen dan Masterplan 2000 nooit aan de orde kan zijn. Het gebruik van de output uit het uitwisselingssysteem is toegestaan, mits het uitwisselingssysteem (...) daardoor op geen enkele wijze wordt beïnvloed. In verband met de beheersbaarheid is het invoeren van gegevens via een automatiseringssysteem in MP2000 niet toegestaan en blijft dat niet toegestaan."

2.11. Bij brief van 13 juni 2001 bericht NVM aan HPC onder meer als volgt:

"In de afgelopen weken heeft nadere besluitvorming plaatsgevonden omtrent het te voeren beleid van de NVM inzake kantoorautomatisering. Het uitgangspunt blijft dat Masterplan 2000 onveranderd het uitwisselingssysteem is voor de leden van NVM. (...) Derhalve zal het alleen mogelijk zijn om objecten via Masterplan 2000 in te voeren en uit te wisselen naar de Centrale database. Het is wel mogelijk om de objecten vanuit Masterplan 2000 in te lezen in een andere applicatie en deze te gebruiken. Dit staat bekend als de zogenaamde "HPC koppeling".

2.12. Bij brief van 4 juli 2001 bericht NVM aan de leden van NVM Wonen onder meer als volgt:

"In een extra bijeenkomst van de Adviesraad (...) is gebrainstormd over de invloed van e-business op de uitoefening van ons beroep. (...) In een brief van 16 mei jl. hebben wij u een matrix gezonden met een productvergelijking van een aantal relatiebeheer- en kantoorautomatiseringproducten die gekoppeld kunnen worden aan de NVM uitwisseling. Die producten zijn beoordeeld op de huidige specificaties van het Masterplan 2000. (...) door deze recente ontwikkelingen kunnen wij u thans niet garanderen dat die relatiebeheer- en kantoorautomatiseringproducten kunnen blijven voldoen aan eventuele nieuwe specificaties die gaan gelden voor het aangepaste (nieuwe) Masterplan. (...) Eind september (...) zullen we u daar uitgebreid over informeren. (...) Wij menen dat de geschetste ontwikkeling belangrijk kan zijn voor uw eventuele keuze voor een bepaald kantoorautomatiseringspakket. Wij raden u op dit moment aan nog even te wachten met het maken van die keuze."

2.13. In het verslag van een gesprek dat op 17 juli 2001 tussen HPC en NVM heeft plaatsgevonden is onder meer het volgende opgenomen:

"Het is lastig een grote organisatie met veel commissies, afdelingen, besturen e.d. op één lijn te krijgen. (...) Besturen en commissies vergaderen en proberen gezamenlijk de nieuwe koers voor de NVM en haar leden te bepalen. Dit kost tijd. (...) Boodschap naar HPC is derhalve, we kunnen nu niets verhelderen, wachten tot september."

2.14. Op 29 januari 2002 liet NVM de gebruikers van eenzijdige koppelingen met Masterplan 2000 weten dat de

mogelijkheid van een tweezijdige koppeling snel zou worden gerealiseerd. Op 19 maart 2002 bericht NVM aan HPC dat testbestanden voor tweezijdige koppeling ter certificering konden worden aangeboden.

2.15. Begin 2002 stelt NVM een pakket van eisen op ten behoeve van de vervanging van Masterplan 2000, het zogeheten TIARA systeem (hierna: TIARA).

2.16. Bij brief van 18 april 2002 bericht NVM aan HPC onder meer als volgt:

"Na de beoordeling en selectie van het pakket door het makelaarspanel zal er met 1 of meerdere leveranciers onderhandeld worden over de wensen en eisen van de NVM (...). In de zomer van 2002 zal het AB (Algemeen Bestuur, toevoeging rechtbank) met de gekozen leverancier onderhandelen over de stappen welke moeten leiden tot een nieuw NVM-basispakket voor de NVM makelaarskantoren. Nadrukkelijk blijft de wens van de NVM overeind dat de makelaar vrij is in de keuze van zijn kantoorautomatisering, mits de leverancier door de NVM gecertificeerd is. De keuze van een NVM pakket betekent daarom niet dat uw pakket geen bestaansrecht meer heeft."

2.17. Door HPC is meegedaan aan de in de brief van 18 april 2002 aangekondigde selectie. HPC is op 7 augustus 2002 door NVM op de hoogte gesteld dat HPC niet tot de laatste drie kandidaten behoorde. In diezelfde brief vermeldt NVM tevens: "Deze afwijzing vormt echter op geen enkele wijze een beletsel of beperking om uw product onder eigen vlag bij NVM-kantoren af te zetten."

2.18. Op 15 november 2002 zendt NVM aan HPC een uitnodiging voor een informatiedag te houden op 10 december 2002 met betrekking tot het nieuwe uitwisselingssysteem TIARA (de zogeheten derde fase-koppeling). Op 5 december 2002 ontvangt HPC een brief van NVM dat de geplande informatiedag geen doorgang kan vinden omdat "de besluitvorming over een aantal fundamentele zaken als aansluitvoorwaarden, tarieven en het moment van aansluiting op de uniforme uitwisseling niet voor 10 december kan worden afgerond." De verwachting wordt uitgesproken dat de bijeenkomst in februari 2003 doorgang zal kunnen vinden. Ook die geplande informatiedag wordt uitgesteld. Als nieuwe datum wordt 26 september 2003 vastgesteld. Op 29 januari 2004 schrijft NVM aan HPC dat de aangekondigde gegevens (XML-definities en aansluitdocumentatie) per 1 maart 2004 aan de leveranciers van kantoorautomatiseringspakketten kunnen worden verstrekt.

2.19. Op 18 november 2002 wordt aan HPC een leverancierscertificaat verstrekt, waarin zij geautoriseerd wordt tot het leveren van objectinformatie van haar NVM leden aan het NVM Centrale Uitwisselingssysteem door middel van het pakket O.M.A., de zogeheten tweezijdige koppeling met Masterplan 2000.

2.20. Bij brief van 7 april 2003 bericht NVM aan haar leden onder meer als volgt:

"Nu realisatie van het nieuwe NVM-uitwisselingssysteem (TIARA) en van het nieuwe daarop aansluitende NVM-kantoorautomatiseringspakket (vervanging Masterplan 2000) dichterbij komen, worden NMV-leden veelvuldig door allerlei partijen benaderd voor productdemonstraties, ICT-adviezen en productvergelijkingen. (...) Het Algemeen bestuur adviseert u kritisch en terughoudend te zijn. (...) Omdat de aansluitvoorwaarden nog niet definitief zijn, is met nog geen enkele leverancier een aansluitovereenkomst gesloten. (...) Daarnaast is NVM bezig met de selectie van één leverancier voor het NVM-kantoorautomatiseringspakket. (...) Tenzij uw kantoor situatie dit absoluut niet toelaat, is het in de regel verstandig(er) de ontwikkelingen af te wachten en in tussentijd een pas op de plaats te maken."

2.21. In het bulletin NVM Intern van mei 2003 is onder meer het volgende opgenomen:

"De komende maanden gaat de NVM de functionaliteit en de prijs van het NVM-pakket vaststellen alsmede de modules daarop. Vervolgens zullen aansluitingsovereenkomsten worden gesloten van de Centrale databank met de jointventure en eventueel ander KA (kantoorautomatiserings, toevoeging rechtbank)-leveranciers. Voor die andere pakketten geeft de NVM echter geen garantie. Wat dat betreft gaf het AB de waarschuwing "Wees achterdochtig" af. "Met nog geen enkel pakket is een TIARA-aansluiting overeengekomen, dus geloof toeleveranciers niet. Wacht de ontwikkelingen af als ook de informatie van de NVM zelf. Wacht ook met de eventuele aanschaf van een nieuw automatiseringspakket tot dat prijs en functionaliteiten van het NVM-pakket bekend zijn en vaststaat voor welke ander pakketten een aansluitovereenkomst wordt gesloten."

2.22. Bij brief van 27 mei 2003 bericht NVM aan HPC onder meer als volgt:

"In de ledenvergadering (...) heeft het Algemeen Bestuur bekend gemaakt dat de NVM, Funda en BaseNet een intentieverklaring hebben ondertekend. In deze intentieverklaring (...) het mogelijk zal maken om als opvolger van Masterplan 2000® een basispakket voor kantoorautomatisering aan de NVM-leden te kunnen aanbieden."

2.23. In de brochure over het Realworkspakket dat in de loop van 2003 verscheen is onder meer het volgende opgenomen:

"De regionale uitrol zal starten in Januari 2004. Hoe deze uitrol per afdeling zal gaan verlopen zal in de loop van het laatste kwartaal via de NVM bekend gemaakt worden. Indien u geen keuze maakt voor een andere kantoorautomatiseringspakket, dan zult u via de NVM standaard het Realworks Connect systeem ontvangen."

2.24. In september 2003 laat NVM aan haar leden weten dat zij samen met BaseNet een joint venture, Realworks

B.V., heeft opgericht om een kantoorautomatiseringspakket te kunnen aanbieden. Realworks B.V. verkreeg de status als preferred supplier van kantoorautomatiseringspakketten voor NVM-makelaars, Realworks genaamd.

2.25. De specificaties die nodig waren om een kantoorautomatiseringspakket aan het nieuwe uitwisselingssysteem (op internettechnologie gebaseerde) TIARA te kunnen koppelen werd aan de preferred supplier vrijgegeven. In het verslag van het gesprek op 11 juni 2003 tussen HPC en NVM is onder meer hierover opgenomen: "Na dit (test)traject worden de specs vrijgegeven. Hierdoor zal de nieuwe aanbieder (Voorlopig Real Works) wel een tijdelijke voorsprong verkrijgen op het gebied van uitwisseling." Op 2 oktober 2003 laat NVM aan HPC per email weten dat behalve aan Realworks de specificaties voor de koppeling met TIARA aan geen enkele andere partij ter beschikking zijn gesteld.

2.26. Bij brief van 4 december 2003 bericht NVM aan HPC onder meer als volgt:
"Het Algemeen Bestuur van de NVM heeft besloten om de informatie, die nodig is om de kantoorautomatiseringspakketten op Tiara aan te sluiten, vrij te geven zodra het gehele systeem is uitgetest en de pilot heeft bewezen dat het systeem stabiel is."

2.27. Bij brief van 26 februari 2004 met als onderwerp "Pakketkeuze kantoorautomatisering" bericht NVM aan haar leden onder meer als volgt:
"Naar aanleiding van vragen van diverse leden wil ik hiermee het standpunt van het Algemeen Bestuur over het bovengenoemde onderwerp nogmaals onder uw aandacht brengen. In de loop van 2002 heeft de NVM op verzoek van haar leden onderzoek gedaan naar een opvolger voor het Makelaardijpakket van Masterplan 2000. (...) Vanuit de leden is vervolgens het expliciete verzoek gekomen om vanuit de NVM de kwaliteit en continuïteit van het geselecteerde pakket, Basenet, te waarborgen. Hiertoe is de NVM met Basenet een samenwerkingsvorm aangegaan, Realworks, waarin de NVM een duidelijk meerderheidsbelang heeft genomen. (...) Ten aanzien van andere kantoorautomatiseringspakketten zal de NVM deze verantwoordelijkheid niet op haar nemen. De keuze van de NVM voor Realworks laat onverlet de vrijheid van de leden een ander pakket dan Realworks als opvolger van Masterplan 2000 te kiezen. Deze keuzevrijheid is eerder door het Algemeen Bestuur nadrukkelijk aan de leden gecommuniceerd. (...) Deze informatie zou moeten worden verstrekt in de vorm van een zgn. functiematrix, waarin de mate van beschikbaarheid van de belangrijkste functies van de pakketten Realworks, HPC en Factotum Media wordt gepresenteerd. Deze partijen zijn al gecertificeerd voor de huidige zgn. fase-2 koppeling via de NVM-box en hebben momenteel de meeste installaties."

2.28. In de Nieuwsbrief TIARA-Realworks d.d. 5 maart 2004 is opgenomen dat de NVM makelaars vanaf maart 2004 het pakket TIARA-Realworks kunnen afnemen. De specificaties voor de koppeling van andere kantoorautomatiseringspakketten aan TIARA worden begin maart 2004 aan andere leveranciers dan Realworks B.V. ter beschikking gesteld.

3. Het geschil

3.1. De curator vordert dat de rechtbank, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, NVM veroordeelt tot vergoeding van de door haar onrechtmatig gedrag veroorzaakte schade, nader op te maken bij staat, en tot betaling van de kosten van de procedure.

3.2. NVM voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De curator stelt dat NVM in strijd heeft gehandeld met artikel 6 en 24 Mw en artikel 81 en 82 EG Verdrag. Dit heeft geresulteerd in een beperking van de mededinging, waardoor de mogelijkheden voor HPC om met NVM te concurreren op de markt voor kantoorautomatiseringspakketten voor makelaars beperkt zijn en waardoor HPC uiteindelijk als concurrent is uitgeschakeld. De curator stelt dat de gedragingen van NVM elk op zichzelf onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW zijn, maar eveneens kunnen worden gezien als een reeks van elementen die gezamenlijk een onrechtmatig handelen jegens HPC oplevert. Tengevolge van dit handelen van NVM heeft HPC schade geleden welke NVM dient te vergoeden. De schade bestaat uit verliezen die zijn geleden omdat investeringen die in OMA zijn gedaan niet konden worden terugverdiend en uit gederfde winst door de verminderde verkoop van OMA. De curator begroot deze schade op ongeveer € 5.6 miljoen, te vermeerderen met wettelijke rente.

Strijd met artikel 6 Mw en artikel 81 EG Verdrag

4.2. Volgens de curator is sprake van schending van artikel 6 lid 1 Mw en artikel 81 EG Verdrag nu NVM als ondernemingsvereniging in de zin van artikel 1 sub g Mw kan worden aangemerkt en NVM besluiten heeft genomen die de mededinging hebben beperkt. Haar leden zijn ondernemingen in de zin van artikel 1 sub f Mw. NVM heeft haar leden verboden om gebruik te maken van het objectuitwisselingssysteem HPC Vraag en Aanbod. Daarnaast heeft NVM door de koppeling van haar kantoorautomatiseringspakket basismodule Makelaardij met het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000 de verkoop van HPC's OMA gehinderd. Tenslotte heeft NVM HPC tegengewerkt bij de koppeling van OMA aan Masterplan 2000 en aan TIARA. De handelingen van

NVM hebben de keuzevrijheid van de NVM-leden, en daarmee de concurrentie, beperkt. Onder verwijzing naar EG HvJ 19 februari 2002, Wouters e.a./NovA, zaak 309/99, Jur. 2002, p. I-1577, stelt de curator dat hierdoor de efficiëntie is aangetast en daarmee de productie en technische ontwikkeling in de zin van artikel 81 lid 1 sub b EG Verdrag, waardoor de handelingen in strijd zijn met artikel 6 Mw en artikel 81 EG Verdrag.

Bovendien kunnen de besluiten van NVM volgens de curator gezien worden als een collectieve boycot. Onder verwijzing naar overweging 59 van het besluit 29 augustus 2002 van de NMa in de zaak AUV/Aesculaap (zaaknr 2422) stelt de curator dat een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 6 Mw ook kan bestaan uit een eenzijdig handelen van de vereniging en haar leden die tot een collectieve boycot van een andere onderneming leidt. Ook levert een collectieve boycot strijd op met artikel 81 EG Verdrag volgens de curator.

4.3. Voor de beoordeling of sprake is van schending van artikel 6 Mw en artikel 81 EG Verdrag dient eerst te worden vastgesteld of er sprake is van een handeling die door genoemde artikelen is verboden. Artikel 6 lid 1 Mw verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. In onderhavige procedure dient derhalve te worden vastgesteld of er sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging. Uit de wetsgeschiedenis bij de Mw volgt dat de Europese mededingingsregels als oriëntatiepunt voor de Mw hebben te gelden. Dit betekent dat voor de beoordeling of er sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging aansluiting kan worden gezocht bij de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJ) aangaande artikel 81 EG-Verdrag. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ (zie HvJ EG 27 januari 1987, Verband der Sachversichererzaak, 45/85, Jur. 1987, p. 405) is er sprake van een besluit in de zin van artikel 81 EG-Verdrag indien de handelwijze van NVM een getrouwe weergave vormt van de wil om het marktgedrag van haar leden ter zake te coördineren.

4.4. De curator stelt zich op het standpunt dat de door NVM in de periode 1999-2004 genomen besluiten - in ruime zin begrepen - aangaande Masterplan 2000 en haar opvolger TIARA, ieder voor zich maar ook gezamenlijk een schending van artikel 6 Mw opleveren. De rechtbank constateert dat de door de curator bestreden besluiten op duidelijk van elkaar te onderscheiden situaties betrekking hebben, zodat de rechtbank eerst per door de curator genoemde handeling zal beoordelen of sprake is van een besluit in de zin van artikel 6 Mw.

Besluit in de zin van artikel 6 Mw

4.5. De rechtbank begrijpt uit de stellingen van de curator dat uit de volgende besluiten dan wel (niet-bindende) beslissingen blijkt dat het gaat om de wil tot coördinatie van het gedrag van de NVM-leden in de zin van artikel 6 Mw:

- a) Het verplichten van de NVM-leden tot gebruik van het objectuittwisselingssysteem van Masterplan 2000;
- b) Het verplichten van de NVM-leden tot gebruik van de basismodule Makelaardij;
- c) Het aanvankelijk slechts toestaan van een eenzijdige koppeling van OMA met Masterplan 2000;
- d) Het vertragen van de komst van een tweezijdige koppeling met Masterplan 2000 en het daarmee samenhangende certificeringsproces van leveranciers van kantoorautomatiseringspakketten;
- e) Het besluit om de technische specificaties voor de koppeling van een kantoorautomatiseringspakket met TIARA aanvankelijk uitsluitend aan de preferred supplier ter beschikking te stellen.

4.6. Ten aanzien van 4.5.a) voert NVM primair als verweer dat de schade die door de curator wordt gevorderd te maken heeft met het niet kunnen terugverdienen van de investeringen in OMA. Aangezien de discussie over het objectuittwisselingssysteem begin jaren '90 speelde en OMA pas eind jaren '90 werd ontwikkeld zijn de argumenten ten aanzien van de situatie onder a) niet relevant voor de schadevordering van de curator, aldus NVM. De rechtbank passeert dit verweer. Juist is dat OMA begin jaren '90 nog niet door HPC op de markt was gebracht. Echter, HPC heeft met medeweten van NVM, OMA in de gedoogperiode - waarvan de afloop eerst eind jaren '90 is vastgesteld - met succes bij de Haagse makelaars afgezet. Uit de brief van 24 maart 1999 (zie 2.8) blijkt ook met zoveel woorden dat er zelfs nog begin 1999 overleg is geweest om OMA aan te sluiten op Masterplan 2000, zodat het argument van NVM dat elke investering in OMA voor risico van HPC kwam geen stand kan houden.

Subsidiar voert NVM ten aanzien van 4.5.a) aan dat zij geen besluit heeft genomen tot een verbod of boycot om van het objectuittwisselingssysteem HPC Vraag & Aanbod gebruik te maken.

4.7. De rechtbank stelt voorop dat tussen partijen niet in het geding is dat NVM als een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 6 Mw kan worden beschouwd. Door NVM is ook niet betwist dat zij een besluit heeft genomen om Masterplan 2000 voor haar leden verplicht te stellen. De stelling van NVM dat zij geen besluit heeft genomen waarbij expliciet het gebruik van HPC Vraag & Aanbod wordt verboden of geboycot is als zodanig juist. Dit laat echter onverlet dat als zodanig het besluit om Masterplan 2000 verplicht te stellen wel als besluit van een ondernemingsvereniging kan worden beschouwd als dit de wil tot coördinatie van het marktgedrag van haar leden tot uitdrukking brengt. Uit het verplicht stellen van het gebruik van het objectuittwisselingssysteem van Masterplan 2000 kan een dergelijke wil tot coördinatie zonder meer worden afgeleid (zie onder meer het geciteerde in 2.6 en 2.7). Uit de communicaties blijkt juist dat het gebruik van één objectuittwisselingssysteem door de leden makelaars door NVM gezien wordt als een waarborging van kwaliteit ten behoeve van hun

dienstverlening als makelaars. Bij de beoordeling (zie hierna) of dit besluit tot mededingingsbeperkende effecten heeft geleid zal nader op de bovengenoemde stelling van NVM worden ingegaan.

4.8. Het primaire verweer van NVM ten aanzien van de stellingen van de curator genoemd onder 4.5.b) tot en met 4.5.d) is dat het hier niet gaat om besluiten van de ondernemingsvereniging NVM maar om eenzijdige handelingen van NVM als onderneming, waarop artikel 6 Mw c.q. artikel 81 EG Verdrag niet van toepassing is. NVM stelt, onder verwijzing naar het besluit van de NMa inzake Bloemenveiling Aalsmeer (30 december 1998 in zaken 1028, 1029 en 1030), dat zij niet alleen is opgetreden als ondernemingsvereniging maar ook als onderneming, namelijk als exploitant van software. In die hoedanigheid heeft NVM een totaalpakket voor makelaars op de markt gezet, dus inclusief objectuitwisselingssysteem en kantoorautomatiseringscomponent. De rechtbank volgt dit verweer van NVM niet. Het onderscheid dat NVM aanbrengt tussen besluiten van NVM in haar rol als ondernemingsvereniging en die van onderneming komt niet tot uitdrukking in de onder de feiten genoemde documenten op basis waarvan de curator zijn stellingen baseert. Integendeel, uit het geciteerde in 2.6, 2.7 en 2.8 blijkt dat het bij de verplichting om in ieder geval de basismodule Makelaardij te gebruiken in combinatie met

het objectuitwisselingssysteem van Masterplan (4.5.b), gaat om een besluit dat NVM in haar hoedanigheid als ondernemingsvereniging ten aanzien van haar leden heeft genomen. In het aangehaalde NMa besluit ging het om een besluit dat zich niet tot de leden richtte, hetgeen in het onderhavige geval juist wel het geval is.

4.9. Ook de onder 4.5.c) en 4.5.d) genoemde beslissingen zijn afkomstig van NVM vanuit haar positie als ondernemingsvereniging die over de genoemde onderwerpen met haar leden communiceert. Uit de overlegde stukken blijkt ook dat de discussie over Masterplan 2000 en de mogelijkheden over koppelingen van andere kantoorautomatiseringspakketten dan de module Makelaardij bij voortdurende communicatie van de ondernemingsvereniging NVM gericht op haar leden heeft afgespeeld. Met name de Haagse NVM-afdeling en NVM hebben langdurig hun standpunten over dit onderwerp gewisseld. Uit de gevoerde correspondentie en mededelingen van NVM over dit onderwerp blijkt telkenmale dat zij zich beroept op de uitkomsten van het besluitvormingsproces van haar leden. Uit de communicaties van NVM blijkt ook dat de belangen van de leden van NVM als uitgangspunt worden genomen bij de verplichtstelling van de basismodule Makelaardij en de discussie over de eenzijdige en tweezijdige koppeling. Dit sluit overigens niet uit dat overwegingen van meer bedrijfsmatige aard, zoals technische eisen, daarbij een rol hebben gespeeld, maar in haar communicaties naar haar leden stond dat niet primair. Dit blijkt onder meer expliciet uit de brief van 12 mei 1999 (zie 2.9) en voorts uit de brief van 13 juni 2001 (zie 2.11). Ook is in de Aansluitovereenkomst (zie 2.10) met zoveel woorden opgenomen dat de beheersbaarheid niet slechts de techniek betreft.

Een en ander betekent dat toetsing zal plaatsvinden in het kader van artikel 6 Mw en niet in het kader van artikel 24 Mw.

4.10. Ten aanzien van het onder 4.5.e) genoemde besluit geldt dat NVM als zodanig niet ontkent dat zij dit besluit heeft genomen (zie ook 2.26), maar zij stelt dat zij ook hier als onderneming in het kader van haar economische activiteit van de exploitatie van software handelde en niet in haar hoedanigheid van ondernemingsvereniging. NVM voert aan dat het uitstellen van het leveren van de specificaties gerelateerd was aan het voorkomen van compatibiliteitsproblemen, hetgeen als een eenzijdige handeling van NVM als onderneming moet worden beschouwd. De rechtbank deelt dit verweer van NVM niet. Uit de communicaties inzake TIARA en het vrijgeven van de specificaties blijkt dat het gaat om adviezen (zie 2.12: "Wij raden u op dit moment aan nog even te wachten met het maken van die keuze"), aanbevelingen (zie 2.20: "Het Algemeen bestuur adviseert u kritisch en terughoudend te zijn" en "(...) af te wachten en in tussentijd een pas op de plaats te maken") en waarschuwingen (zie 2.21: "Wees achterdochtig") van NVM aan haar leden. Ook hierbij geldt dat ongetwijfeld technische aspecten mede een rol speelden maar primair bevatten de communicaties van NVM aanbevelingen aan haar leden waaruit de wil tot coördinatie van het gedrag van haar leden blijkt. Niet noodzakelijk is dat de leden de adviezen of aanbevelingen hebben opgevolgd.

Daarbij geldt dat de communicaties over het objectuitwisselingssysteem en kantoorautomatiseringspakket alle geplaatst dienen te worden in de context van het meermalen herhaalde beleid van NVM ten aanzien van de automatisering van haar leden makelaars, waarbij doelstellingen worden nagestreefd die zich uitdrukkelijk niet beperken tot technische zaken. Gewezen kan worden op de door het algemeen bestuur geformuleerde uitgangspunten over deelname van de leden aan aanvankelijk Masterplan 2000 (zie 2.7). Nergens blijkt uit dat bij de beslissing inzake de vervanging van het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000 door het objectuitwisselingssysteem van TIARA deze doelstellingen zijn gewijzigd.

Dit betekent dat ook dit besluit kwalificeert als een besluit van een ondernemingsvereniging in de zin van artikel 6 Mw. De punten die NVM aanvoert ter rechtvaardiging van dit besluit zullen hierna worden beoordeeld in het kader van het volgende toetsmoment, namelijk of een en ander een mededingingsbeperkende strekking of gevolg heeft gehad.

4.11. Nu de rechtbank tot de conclusie is gekomen dat de besluiten a) tot en met e) elk als besluit van NVM in haar hoedanigheid van ondernemingsvereniging heeft te gelden behoeft de stelling van de curator dat ook de besluiten gezamenlijk als één besluit in de zin van artikel 6 Mw hebben te gelden geen beoordeling meer.

Mededingingsbeperkende strekking of gevolg

4.12. Thans dient beoordeeld te worden of de als besluiten aangemerkte handelingen van NVM ertoe strekken of ten gevolge hebben gehad dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Om schending van artikel 81 EG Verdrag te kunnen aannemen is vereist dat de besluiten de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden. De rechtbank is van oordeel dat de curator voor dit laatste onvoldoende heeft gesteld. De enkele verwijzing door de curator dat aan dit criterium is voldaan omdat het handelen van NVM niet alleen de markt afsluit voor nationale aanbieders van software voor makelaars maar ook voor internationale aanbieders is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onvoldoende. De rechtbank begrijpt eerder uit de stellingen dat hij het standpunt inneemt dat door de besluiten van NVM de concurrentie op de Nederlandse markt voor (toegang tot) de objectuitwisselingssystemen voor makelaars en de Nederlandse markt voor kantoorautomatiseringspakketen gericht op de Nederlandse makelaardij is belemmerd.

4.13. De rechtbank stelt voorop dat de vordering van de curator bestaat uit de vergoeding van de schade die HPC geleden zou hebben als gevolg van het mededingingsbeperkende handelen van NVM in verband met het niet kunnen terugverdienen van de in OMA gedane investeringen en de verminderde afzetmogelijkheden. Door de curator is geen verklaring voor recht gevorderd dat er sprake is van een door artikel 6 Mw verboden besluit, waaronder ook besluiten kunnen vallen die de strekking hebben om de mededinging te beperken en niet tevens ook tot gevolg moeten hebben gehad dat de mededinging is beperkt. Dit betekent dat de curator voor het slagen van zijn vordering moet stellen en zonodig bewijzen zodat in voldoende mate aannemelijk wordt dat de mogelijkheid tot schade als gevolg van de mededingingsbeperkende effecten van elk van de onder 4.5 genoemde besluiten zich bij HPC heeft voorgedaan. De rechtbank is van oordeel dat zelfs als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de besluiten genoemd onder 4.5.a) tot en met 4.5.d) onder het verbod van artikel 6 Mw zouden vallen, de curator in onvoldoende mate de mogelijkheid tot schade als gevolg van die besluiten aannemelijk heeft gemaakt en overweegt daartoe als volgt.

4.14. De rechtbank is van oordeel dat het verplichtstellen van het gebruik van het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000 (4.5.a) als zodanig niet heeft geleid tot de gevorderde schade in verband met OMA. Nog daargelaten dat weliswaar geen sprake

is van een verbod tot het gebruik van het objectuitwisselingssysteem HCP Vraag & Aanbod, kan de facto het verplichtstellen van het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000 daarmee wel gelijk worden gesteld. Uit de stellingen van de curator blijkt dat ten tijde van de ontwikkeling en introductie van Masterplan 2000 ook HPC bezig was met het vervangen van HCP Vraag & Aanbod door een ander systeem, genaamd HPC-net. Door partijen is uitvoerig gedebatteerd over de kwaliteiten van het nieuwe objectuitwisselingssysteem HPC-net in vergelijking met Masterplan 2000. Wat hier ook van zij, door de curator is in onvoldoende mate gesteld op welke wijze de keuze van NVM voor het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000 de mededinging inzake OMA merkbaar heeft beperkt. Ook is niet gebleken op welke wijze HPC door het niet meer kunnen aanbieden van het – kennelijk ook aan vernieuwing toe zijnde – objectuitwisselingssysteem HCP Vraag & Aanbod in haar afzet van OMA mogelijk is geschaad of tevergeefse investeringen daarin heeft gedaan. Het in algemene zin stellen dat hierdoor de vraag naar OMA is beperkt is daartoe zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onvoldoende.

4.15. Ten aanzien van de besluiten om NVM-leden de verplichting op te leggen om ook de basismodule Makelaardij te gebruiken (4.5.b) en vervolgens om slechts een eenzijdige koppeling toe te staan (4.5.c) geldt het volgende. Strikt genomen houdt de verplichtstelling van het gebruik van de basismodule Makelaardij geen verbod in om een ander kantoorautomatiseringspakket te gebruiken. Een en ander betekende echter wel dat indien makelaars van OMA gebruik wilden (blijven) maken zij ook de licentiekosten van de basismodule Makelaardij moesten betalen, hetgeen als zodanig wel tot mededingingsbeperkende effecten zou hebben kunnen leiden. Tussen partijen staat vast dat NVM eind 1999 het gebruik van Masterplan 2000, dus inclusief de basismodule Makelaardij, verplicht heeft gesteld. Op 21 augustus 2000 hebben partijen de Aansluitovereenkomst getekend, waarin afspraken over eenzijdige koppeling van OMA aan het objectuitwisselingssysteem van NVM nader zijn uitgewerkt. Gelet op de relatief korte periode dat OMA niet eenzijdig kon worden gekoppeld aan het objectuitwisselingssysteem (maar wel gebruikt kon worden) en de kennelijke instemming van HPC met de eenzijdige koppeling had het op de weg van de curator gelegen om nauwkeurig aan te geven op welke wijze dit desondanks tot schade heeft geleid als gevolg van tevergeefse investeringen in of verminderde afzet van OMA. Een niet nader onderbouwde schatting van het aantal pakketten OMA die HPC had kunnen verkopen volstaat daartoe niet. Temeer omdat de curator ook heeft gesteld dat elk besluit op zich tot schending van artikel 6 Mw leidt en daarmee onrechtmatig is. Door geen of althans onvoldoende inzicht per besluit te geven in de mogelijkheid tot de gevorderde schade geplaatst in de chronologie van de gebeurtenissen heeft de curator onvoldoende gesteld voor toewijzing van zijn vordering voor wat betreft de onder 4.5.b) en 4.5.c) genoemde besluiten.

4.16. Op 29 januari 2002 heeft NVM aan HPC medegedeeld een tweezijdige koppeling toe te staan mits werd voldaan aan bepaalde certificeringseisen. Uiteindelijk wordt op 18 november 2002 HPC gecertificeerd tot tweezijdige koppeling van OMA aan het objectuitwisselingssysteem van NVM. De stelling van de curator dat het besluit om tweezijdige koppeling toe te staan is vertraagd (4.5.d), kan zonder voldoende nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet leiden tot het oordeel dat dit (vertraagd) nemen van dit besluit tot de gevorderde schade heeft

geleid. Ook hierbij geldt dat het op de weg van de curator had gelegen om te stellen en zonodig te bewijzen dat door dit (vertraagd nemen van het) besluit er tot het moment van certificering sprake is geweest van tevergeefse investeringen in dan wel verminderde afzet van OMA. Daarbij speelt een rol dat de curator niet kan volstaan met in zijn algemeenheid erop te wijzen dat NVM tijd wilde winnen om haar eigen producten te promoten. Weliswaar zou kunnen worden gesteld dat in de brief van 4 juli 2001 (zie 2.12) NVM inderdaad haar leden afraadt om op dat moment al een keuze te maken voor een nieuw kantoorautomatiseringspakket maar uit de brief volgt ook dat dit te maken heeft met de ontwikkelingen die spelen op het gebied van e-business voor de makelaardij. Door geen onderscheid te maken in de effecten van het (vertraagd nemen van het) besluit inzake de tweezijdige koppeling op de investeringen in en afzetmogelijkheden van OMA met betrekking tot de koppeling met het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000 en met betrekking tot de koppeling met het objectuitwisselingssysteem van TIARA heeft de curator niet voldaan aan zijn stelplicht. Dit betekent dat ook op grond van het besluit onder 4.3.d) de vordering van de curator niet kan worden toegewezen.

4.17. De rechtbank zal thans beoordelen of het besluit om de specificaties voor de koppeling van een kantoorautomatiseringspakket met TIARA aanvankelijk uitsluitend aan de preferred supplier ter beschikking te stellen (4.5.e) een mededingingsbeperkend effect heeft gehad in de zin van artikel 6 lid 1 Mw. De rechtbank stelt voorop dat niet in geding tussen partijen is dat TIARA als zodanig als een vervanging van Masterplan 2000 kan worden beschouwd en TIARA gebaseerd is op toentertijd beschikbaar gekomen technologische mogelijkheden. Ook staat tussen partijen vast dat van het begin af aan duidelijk was dat NVM een selectie zou houden voor een preferred supplier van een kantoorautomatiseringspakket en dat de keuze niet op HPC is gevallen. Eveneens is onbetwist dat NVM na de selectie een meerderheidsbelang in de vennootschap van de preferred supplier heeft genomen.

4.18. Bij de beoordeling of het besluit inzake het vrijgeven van de specificaties van TIARA een mededingingsbeperkende strekking heeft moet rekening worden gehouden met de feitelijke achtergrond en binnen de economische en juridische context waarin zij toepassing vindt (zie ook CBB 28 oktober 2005, LJN: AU5316, Modint). Het besluit dient derhalve te worden onderzocht binnen het feitelijk kader waarin de mededinging zich zonder de beweerde beperking zou afspelen. In verband met het besluit inzake het vrijgeven van de specificaties zou het volgens de curator gaan om een beperking van de Nederlandse markt voor kantoorautomatiseringspakketen gericht op de Nederlandse makelaardij.

4.19. NVM heeft ten aanzien van haar besluit om de specificaties pas later aan derde leveranciers ter beschikking te stellen verschillende werven gevoerd. NVM stelt dat zij als houder van de intellectuele eigendomsrechten van TIARA helemaal niet gehouden is om op grond van de artikel 6 Mw toegang te verlenen tot TIARA. Bovendien staat het haar in dit verband vrij om door middel van een selectieprocedure een preferred supplier te verkiezen, waarbij het juist inherent aan een dergelijke aanbestedingsprocedure is dat de geselecteerde een bepaalde exclusiviteit geniet ten opzichte van anderen.

4.20. De rechtbank constateert dat de vordering van de curator hiertegen ook niet is gericht. De kern van het verwijt van de curator komt erop neer dat door NVM juist bij voortdurend aan HPC en aan haar leden is gecommuniceerd dat - ondanks de selectie van een preferred supplier - het aan niet geselecteerde leveranciers vrij staat om, mits gecertificeerd, hun eigen aan TIARA te koppelen kantoorautomatiseringspakket aan te bieden en dat het makelaars vrij staat om een dergelijk gecertificeerd pakket te gebruiken in combinatie met TIARA. De rechtbank wijst in dit verband naar hetgeen is geciteerd in 2.12, 2.16, 2.17, 2.20, 2.21, 2.23, 2.25, 2.26 en 2.27. NVM heeft ook, conform haar reeds in 2002 gedane aankondiging, uiteindelijk begin maart 2004 de specificaties voor TIARA vrijgegeven. Dit terwijl het kantoorautomatiseringspakket Realworks van de joint venture waarin NVM een meerderheidsbelang bezat op dat tijdstip zover ontwikkeld was dat het kon worden gelanceerd. Door NVM is nog gesteld dat zij alleen maar een meerderheidsbelang in de joint venture had genomen, een weerlegging van de stelling van de curator dat door het besluit van NVM de eigen onderneming Realworks B.V. is bevoordeeld is dit, zonder nadere toelichting die ontbreekt, niet.

4.21. De rechtbank kan niet anders dan concluderen dat HPC vanaf 15 november 2002 zich in bedrijfsmatige zin gerechtvaardigd heeft geprepareerd op het gereedmaken van OMA op de zogeheten derde-fasekoppeling met TIARA. Anders dan NVM aanvankelijk had gecommuniceerd zijn echter de specificaties voor de derde-fasekoppeling telkens weer uitgesteld totdat zij uiteindelijk eerst begin maart 2004 zijn vrijgegeven. Door het op gelijke datum van het vrijgeven van de specificaties het kantoorautomatiseringspakket Realworks te lanceren is het evident dat HPC en andere aanbieders een aanzienlijke achterstand hadden om hun pakketten aan te kunnen bieden. Daarbij komt dat de lancering van het nog steeds verplichte objectuitwisselingssysteem TIARA en het Realworkspakket als geheel gelanceerd werd (zie 2.28), waardoor een keuze voor het gecombineerde nieuwe pakket tegenover een nieuwe objectuitwisselingssysteem gecombineerd met een nog niet op de markt verschenen pakket in het voordeel heeft kunnen werken voor Realworks B.V. De uitrol van TIARA heeft uiteindelijk gefaseerd plaatsgevonden van 1 maart 2004 tot eind mei 2004.

Ook de aanpak van NVM dat indien leden geen keuze maakten vóór 1 januari 2004 zij automatisch het Realworkspakket ontvingen valt in het voordeel van Realworks B.V. uit. Het verweer dat dit voordeel is ingehaald doordat de uiteindelijke lancering van TIARA niet op 1 januari 2004 heeft plaatsgevonden maar begin maart 2004 is niet

relevant. Een en ander laat namelijk onverlet dat de specificaties pas werden verstrekt nadat TIARA en het Realworkspakket waren gelanceerd. Ook het feit dat de licentie van het Realworkspakket met een termijn van een maand kon worden opgezegd maakt daarbij nauwelijks een verschil. Dit leidt niet alleen onvermijdelijk tot minimaal extra administratieve handelingen, ook is het niet waarschijnlijk dat een makelaar zijn personeel eerst korte tijd aan het gebruik van een nieuw kantoorautomatiseringspakket zal laten wennen om vervolgens zijn personeel weer te moeten laten trainen voor een ander kantoorautomatiseringspakket.

4.22. Door NVM wordt als zodanig de voorkeursbehandeling ten aanzien van het Realworkspakket niet ontkend. NVM acht deze voorkeursbehandeling nu eenmaal het gevolg van het feit dat zij het testen van het pakket uitsluitend deed met de door haar geselecteerde leverancier van het standaardpakket Realworks van NVM. Dit mede omdat het haar aan de mankracht ontbrak om ook derde leveranciers te begeleiden in het testen van de koppeling van hun kantoorautomatiseringspakket met TIARA. NVM acht de kennisvoorsprong daardoor onvermijdelijk. De rechtbank passeert ook dit verweer van NVM omdat dit eerder een beschrijving geeft van de feitelijke situatie maar niet als rechtvaardiging kan dienen voor het achterstellen van HPC en andere leveranciers, terwijl NVM nadrukkelijk de markt voor kantoorautomatiseringspakket voor TIARA had vrijgegeven, ten faveure van Realworks B.V. waarin NVM als onderneming een meerderheidsbelang had.

4.23. Door NVM is ook nog aangevoerd dat haar besluit om de specificaties pas vrij te geven zodra dit technisch verantwoord was, te maken had met het feit dat zij andere leveranciers niet onnodig op kosten wilde jagen en ook haar leden wilde behoeden voor nog niet stabiele pakketten. Als zodanig is het voorkomen dat makelaars onnodige investeringen doen een belang dat behoort binnen het domein van een ondernemingsvereniging. Echter dit argument kan niet als rechtvaardiging dienen indien dit tegelijkertijd, zoals in het onderhavige geval, tot gevolg heeft dat Realworks B.V. een voorsprong verkrijgt. De rechtbank sluit niet uit dat redenen van technische aard een rol hebben gespeeld omdat het ging om de vernieuwing van zowel het objectuitswisselingsstelsel als het kantoorautomatiseringspakket, maar dit laat onverlet dat het vrijgeven van de specificaties op het moment van lancering van het Realworkspakket mededingingsbeperkend kan werken op de door NVM als zodanig vrijgegeven markt voor kantoorautomatiseringspakketten die aan TIARA gekoppeld kunnen worden. Juist is, zoals door NVM gesteld, dat uit het verslag van 11 juni 2003 blijkt dat HPC wist dat er eerst met Realworks B.V. getest zou worden. Echter in het verslag is ook vermeld dat het zou gaan om een periode van drie maanden, terwijl de periode uiteindelijk bijna negen maanden is geworden (HPC is overigens anderhalve maand voor het verstrijken van deze periode failliet gegaan). De rechtbank acht dit een zodanige overschrijding van de gemaakte voorstelling van de planning door NVM dat HPC hier geen rekening mee hoeft te houden. Temeer nu NVM telkenmale aankondigingen deed de specificaties vrij te geven maar dit desondanks telkens weer uitstelde tot uiteindelijk het Realworkspakket gereed was voor lancering.

Ook is nog door NVM in algemene zin ter rechtvaardiging van het verlaat vrijgeven van specificaties aangevoerd, dat er overeenstemming ontbrak over aansluitvoorwaarden, de tarieven en het moment van aansluiting. Zonder nadere toelichting over bijvoorbeeld met wie die overeenstemming ontbrak, is niet op voorhand begrijpelijk dat deze voorwaarden van commerciële en organisatorische aard, het vrijgeven van de specificaties aan alle niet geselecteerde leveranciers zolang heeft kunnen belemmeren.

Indien de rechtbank uit de in deze overweging genoemde stellingen van NVM ook als een beroep op het noodzakelijkheidsvereiste uit lid 3 van artikel 6 Mw heeft moeten beschouwen, dan blijkt uit voorgaande beoordeling dat de rechtbank van oordeel is dat hiervoor geen grond bestond, zodat geen plaats is voor de wettelijke uitzondering. Nog daargelaten dat NVM op grond van het vierde lid van artikel 6 Mw ook de drie andere cumulatieve voorwaarden uit het derde lid had moet stellen en bewijzen, hetgeen zij niet heeft gedaan.

4.24. De rechtbank komt op grond van het voorgaande tot de volgende conclusie. Door het besluit als hiervoor weergegeven onder 4.5.e) hadden de NVM makelaars bij de uitrol van TIARA uitsluitend de optie om het Realworkspakket af te nemen. Andere leveranciers van kantoorautomatiseringspakketten, waaronder HPC, waren in die periode door hun achterstand niet in staat om een vergelijkbaar alternatief aan te bieden. Dit betekent dat Realworks B.V. bij de lancering van TIARA zich in een gunstiger positie bevond ten aanzien van haar concurrenten.

Dit leidt dan ook tot het oordeel dat het besluit om de specificaties voor de koppeling van een kantoorautomatiseringspakket met TIARA aanvankelijk uitsluitend aan de preferred supplier ter beschikking te stellen de strekking heeft om de mededinging op de markt voor kantoorautomatiseringspakketten gericht op de Nederlandse makelaardij in Nederland te beperken. Dit is op grond van artikel 6 lid 1 Mw verboden. Dit gedrag is in strijd met de wet en kan derhalve als onrechtmatig worden gekwalificeerd in de zin van artikel 6:162 BW. Gelet op de vordering van de curator ziet de rechtbank geen aanleiding om ambtshalve de nietigheid ingevolge het tweede lid van artikel 6 Mw uit te spreken. Door de curator is veroordeling gevorderd van de daardoor veroorzaakte schade, nader op te maken bij staat.

4.25. NVM heeft een beroep gedaan op artikel 3:310 lid 1 BW en stelt dat ten aanzien van een deel van de vorderingen de verjaringstermijn van vijf jaar is verstreken. De rechtbank acht uitsluitend het besluit inzake TIARA onrechtmatig. Eerst begin 2002 is het plan opgevat om Masterplan 2000 te gaan vervangen door TIARA. Eind 2002 zijn de eerste berichten over het vrijgeven van de specificaties door NVM verspreid. De datum van de dagvaarding is 25 januari 2006, zodat van het verstrijken van de verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW

geen sprake is. De rechtbank begrijpt overigens uit de stellingen van NVM dat zij zich op het standpunt stelt dat slechts een deel van de vorderingen de verjaringstermijn is verstreken, en dan vooral in verband met de stellingen van de curator dat alle besluiten ieder dan wel gezamenlijk als onrechtmatig zijn te kwalificeren. Nu de rechtbank de besluiten ten aanzien van Masterplan 2000 en de diverse koppelingen daarop niet als onrechtmatig heeft geëuid, is dit beroep van NVM niet meer relevant.

4.26. Tussen partijen staat vast dat het Realworks pakket gelanceerd is op het moment dat de specificaties aan derde leveranciers negen maanden na aankondiging daarvan zijn vrijgegeven. Door de curator is onder meer gesteld dat hierdoor winstderving heeft plaatsgevonden omdat HPC hierdoor een achterstand had opgelopen in de mogelijkheid OMA geschikt voor koppeling aan TIARA aan te bieden. De rechtbank is van oordeel dat de curator met betrekking tot het besluit weergegeven onder 4.5.e) in voldoende mate de mogelijkheid van schade aannemelijk heeft gemaakt, zodat naar de schadestaatprocedure zal worden verwezen. Dit besluit had immers tot gevolg dat niet waarschijnlijk is dat de afzet van OMA geschikt voor Masterplan 2000 op hetzelfde niveau kon worden gecontinueerd nu aan alle NVM-makelaars bekend was gemaakt dat Masterplan 2000 vervangen zou worden door TIARA en dit ook een vervanging dan wel aanpassing van het daarop aan te sluiten kantoorautomatiseringspakket vergde, terwijl HPC door het niet vrijgeven van de specificaties ook nog geen alternatief voor het Realworkspakket kon aanbieden.

Ten aanzien van de causaliteit geldt dat partijen daar in het licht van de totale vordering van de curator over hebben gedebatteerd en in onvoldoende mate specifiek ten aanzien van het als onrechtmatig beoordeelde besluit inzake TIARA. De rechtbank is van oordeel dat de causaliteitsverweren dan ook in de schadestaatprocedure verder dienen te worden beoordeeld. In die procedure zal dan ook in meer specifieke zin kunnen worden gedebatteerd over welke schade HPC vóór de datum van haar faillissement, namelijk 14 januari 2004, heeft geleden als gevolg van het vrijgeven van de specificaties inzake de derde-koppeling begin maart 2004.

Strijd met artikel 24 Mw en artikel 82 EG Verdrag

4.27. Nu slechts een deel van de vordering van de curator valt onder het verbod van artikel 6 Mw zal thans worden beoordeeld of de overige vorderingen op grond van de andere door de curator aangevoerde grondslag kunnen worden toegewezen. Volgens de curator leveren de gedragingen van NVM ook misbruik van (economische) machtspositie op in de zin van artikel 24 Mw en artikel 82 EG Verdrag. Hierdoor heeft NVM de concurrentie door HPC op de markt voor kantoorautomatiseringspakketten uitgeschakeld. Naast haar functie als belangenbehartiger van haar leden heeft NVM ook zelfstandige economische activiteiten uitgeoefend op het gebied van automatisering. Dit betekent dat NVM kan worden aangemerkt als onderneming in de zin van artikel 24 Mw en artikel 82 EG Verdrag, aldus de curator.

4.28. De rechtbank constateert dat de curator in zijn betoog dat er sprake is van misbruik van machtspositie dezelfde omstandigheden aanvoert die hij ten onderbouwing heeft aangevoerd voor de schending van artikel 6 Mw. Het gaat daarbij om de verplichting om zowel het objectuitwisselingssysteem en kantoorautomatiseringspakket af te nemen, de aanvankelijke weigering tot koppeling van OMA met het objectuitwisselingssysteem van Masterplan 2000, het vervolgens alleen toestaan van een eenzijdige koppeling en het vertragen van de tweezijdige koppeling.

Uit de beoordeling inzake artikel 6 Mw volgt dat de rechtbank van oordeel is dat deze omstandigheden het gevolg zijn van besluiten van NVM genomen in haar hoedanigheid als ondernemingsvereniging en niet in haar hoedanigheid als onderneming. Nu door de curator geen andere handelingen zijn gesteld dan die hebben geleid tot het oordeel dat sprake is van een besluit van een ondernemingsvereniging is een beoordeling in het kader van artikel 24 Mw niet meer aan de orde.

Proceskosten

4.29. NVM zal als de in grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten van de curator worden begroot op:

- exploitkosten EUR 0,00
- vast recht 244,00
- salaris procureur 904,00 (2 punten x tarief EUR 452,00)
Totaal EUR 1.148,00

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt NVM tot betaling van de schade die HPC heeft geleden als gevolg van het besluit van NVM om de specificaties voor de koppeling van het kantoorautomatiseringspakket OMA van HPC aan het objectuitwisselingssysteem TIARA van NVM op 1 maart 2004 ter beschikking te stellen, onder bepaling, dat deze schadevergoeding nader opgemaakt dient te worden bij staat en vereffend dient te worden volgens de wet;

5.2. veroordeelt NVM in de proceskosten, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op EUR 1.148,00,

5.3. verklaart dit vonnis ten aanzien van 5.2 uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het meer of ander gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. Ch.E. Bethlem en in het openbaar uitgesproken op 10 september 2008.
