

A U V
03 DEC. 2009

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht, voorzieningenrechter

zaaknummer / rolnummer: 437668 / KG ZA 09-1941 HJ/BB

Vonnis in kort geding van 3 december 2009

in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **AUTO VAESSEN B.V.**,
gevestigd te Heerlen,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **AUTO- EN TAKELBEDRIJF VULLINGS B.V.**,
gevestigd te Best,
3. de vennootschap onder firma **AUTOBEDRIJF POST**,
gevestigd te Groningen,
4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **KIA VAN ZEIST B.V.**,
gevestigd te Apeldoorn,
eiseressen bij dagvaarding van 18 september 2009,
advocaat mr. C.A.I.J. Ruiten te Breda,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **KIA MOTORS NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Vianen,
gedaagde,
advocaat mr. W.B.J. van Overbeek en mr. H.M. Cornelissen te Amsterdam.

Partijen zullen hierna eiseressen en Kia Motors Nederland worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Bij tussenvonnissen van 16 oktober 2009 heeft de voorzieningenrechter de NMA verzocht als amicus curiae in de zin van artikel 44a Rv antwoord te geven op een tiental vragen inzake de toepassing van het mededingingsrecht.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

2

1.2. Op 6 november 2009 heeft de NMA de voorzieningenrechter, door middel van beantwoording van de bij het tussenvonnis gestelde vragen, in deze procedure geadviseerd. Dit advies luidt als volgt.

Inleiding

1. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) heeft kennis genomen van het tussenvonnis van 16 oktober 2009 en de daarin geformuleerde vragen van de Voorzieningenrechter, alsmede van de processtukken van partijen. De NMa¹ zal hieronder eerst enkele inleidende opmerkingen maken en vervolgens de voorgelegde vragen beantwoorden, met in achtneming van de wettelijke kaders van de Amicus Curiae-bevoegdheid en de uitgangspunten die de NMa in de Richtsnoeren Amicus Curiae² heeft geformuleerd.
2. De Amicus Curiae (hierna: de AC) is bevoegd om de rechter een (niet-bindend) advies te geven over de uitleg van het communautaire mededingingsrecht, waarbij hij uitgaat van de feiten en omstandigheden zoals deze door de rechter aan hem worden voorgelegd. De AC is niet bevoegd om de reguliere onderzoeksbevoegdheden die de Mededingingswet aan de NMa toekent, in te zetten ten behoeve van een AC-advies. Dit neemt niet weg dat de AC zich wel bevoegd acht om kanttekeningen te plaatsen bij de feiten en aan te geven welke feiten relevant zijn en welke feiten ontbreken voor zijn advies en de beantwoording van de gestelde vragen.
3. Naast of in plaats van het vragen van een AC-advies, is de nationale rechter ook bevoegd om de Europese Commissie vragen te stellen of om advies te vragen. De Voorzieningenrechter heeft hiervoor (vooralsnog) niet gekozen. De AC heeft gezien dat eiseressen als productie 30 een e-mailwisseling tussen hun raadsman en een medewerker van de Europese Commissie hebben overgelegd. De NMa wijst erop dat de mening van de betreffende Commissie-medewerker niet het officiële standpunt van de Europese Commissie vertegenwoordigt, zoals ook expliciet is vermeld onderaan de betreffende e-mail. Om die reden zal de AC de betreffende e-mail niet betrekken bij de beantwoording van de gestelde vragen. Daarmee is echter niet gezegd dat de NMa zich niet kan vinden in het gestelde.
4. Wat de relevante feiten betreft, neemt de AC het navolgende tot uitgangspunt voor de beantwoording van de vragen: eiseressen vorderen – kort gezegd – een gebod dat hun (contractuele) relatie met gedaagde wordt voortgezet en dat zij als KIA erkend reparateur erkend blijven (rechtsoverweging 3.1 van het tussenvonnis van 16 oktober 2009). Daarbij gaat het niet om een voortzetting van hun oude (erkend) reparateurovereenkomsten aangezien deze tengevolge van het faillissement van KIA Nederland formeel zijn beëindigd maar om een voortzetting van hun status als erkend reparateur binnen het nieuwe distributiestelsel van KIA Motors Nederland (hierna: KMN). De antwoorden hebben betrekking op de nieuwe als productie 22 door eiseressen overgelegde reparateurovereenkomst van 1 augustus 2009, en niet op de brief van KMN van 8 mei 2009. De NMa merkt op dat de vier bijlagen, die ingevolge artikel 21.1 van de reparateurovereenkomst van 1 augustus 2009 daarvan onderdeel uitmaken, niet bij productie 22 zijn gevoegd. De NMa heeft derhalve van deze bijlagen geen

¹ Op grond van artikel 15 van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa 2009 (Staatscourant 1 oktober 2009, nr. 14819) is de Directeur van de Juridische Dienst gemachtigd beslissingen te nemen inzake het optreden als Amicus Curiae.

² Staatscourant 20 augustus 2004, nr. 158, blz.19.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

3

kennisgenomen, terwijl deze wel relevante informatie kunnen bevatten (zie hierna randnummers 7, 8 en 15).

5. Blijkens de overgelegde stukken staat vast dat eiseressen (kunnen) voldoen aan de uitrustingseisen en andere kwalitatieve voorwaarden genoemd in de reparateursovereenkomst en dat KMN geen specifieke reden heeft genoemd waarom zij met deze partijen haar (contractuele) relatie niet wil voortzetten.
6. Op andere onderdelen lijken partijen wel van mening te verschillen. Het betreft hier omstandigheden die bepalend (kunnen) zijn voor de vraag in hoeverre onafhankelijke reparateurs een concurrentienadeel hebben ten opzichte van erkende reparateurs. Volgens eiseressen zou dat nadeel vooral zitten in de garantie, waarvan de duur kan oplopen tot 7 jaar en de distributie in KIA-onderdelen aan derden. KMN heeft hier ter zitting het volgende tegen ingebracht:

“4.23 Met betrekking tot garantie, weghulp of andere gratis service hanteert KMN nooit de voorwaarde dat het voertuig door een Kia-reparateur moet zijn onderhouden (par. 50 dagvaarding). Voor zover dat al uit het overgelegde garantieboekje zou blijken (productie 27 eiseressen) dan geldt dat dit een oud boekje van KNL betreft. De hier aanwezige mensen van KMN kunnen bevestigen dat een verplichting voor het laten onderhouden van het voertuig door een Kia-reparateur nooit als voorwaarde voor kosteloze garantie e.d. gehanteerd wordt.”

7. Van bijzonder belang is de stelling van eiseressen dat KIA-rijders hun garantie zouden verliezen als zij (een keer) “ontrouw” zijn, omdat zij hun auto laten herstellen bij een niet-erkende reparateur. Deze stelling acht de NMa zonder nadere onderbouwing niet zonder meer aannemelijk gelet op rechtsoverweging 4.12.3 van het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 30 september 2009 in het kort geding tussen Auto Arink e.a. en KMN. Bovendien kan dit gegeven relevant zijn voor de beoordeling, zoals hierna wordt toegelicht.
8. Uit de stukken die aan de NMa zijn overgelegd kan niet worden opgemaakt of de wijze waarop KMN de uitrustingseisen en andere kwalitatieve voorwaarden genoemd in de reparateursovereenkomst toepast in feite betekenen dat slechts KIA-dealers in aanmerking komen voor een reparateursovereenkomst en er geen erkende KIA-reparateurs (zullen) zijn die uitsluitend KIA-reparateur zijn (en niet tevens dealer). Mogelijk volgt dit uit het onderzoek van Urban Science Benelux B.V. waarvan in productie 1 van KMN slechts de voorpagina is opgenomen. Evenmin volgt uit de overgelegde stukken welke precies de relevante feitelijke omstandigheden op de diverse markten zijn: zo is niet duidelijk in welke mate het voor reparateurs van belang is om erkend KIA-reparateur te zijn (vanwege bijvoorbeeld uitstralingseffecten) en of hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen eigenaren van nieuwe(re) auto's en tweedehands auto's. Deze feitelijke omstandigheden kunnen relevant zijn voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van het aan de Voorzieningenrechter voorgelegde geschil. Zij bepalen de relevante context waarbinnen een mogelijke mededingingsbeperking moet worden beoordeeld zoals het CBb in zijn uitspraak inzake Modint heeft vastgesteld.³ Kortheidshalve verwijst de NMa u naar deze uitspraak.

³ CBb 28 oktober 2005, LJN: AU5316.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

4

-
9. De hiernavolgende antwoorden op de door de Voorzieningenrechter gestelde vragen zien uitsluitend op mededingingsrechtelijke vraagstukken in de automobielsector. Voor deze sector geldt in aanvulling op de Groepsvrijstelling Vo. 2790/1999 voor verticale overeenkomsten een aparte Groepsvrijstelling Vo. 1400/2002. Laatstgenoemde groepsvrijstelling vervalt per 1 mei 2010. Inmiddels is de Europese Commissie een consultatie gestart en afgelopen zomer heeft zij een Mededeling over het toekomstig toetsingskader voor het mededingingsrecht in de motorvoertuigensector gepubliceerd.⁴ Daarin geeft de Europese Commissie aan dat zij vanaf 1 mei 2010 een nieuw stelsel voor de secundaire markten voor reparatie- en onderhoudsdiensten en de distributie van reserveonderdelen wil introduceren. Voor de verkoop van nieuwe motorvoertuigen daarentegen is de Europese Commissie voornemens de Groepsvrijstelling te verlengen tot 31 mei 2013 bij wijze van overgang naar de nieuwe Groepsvrijstelling voor verticale overeenkomsten.

Vraag 1 en vraag 2

10. De NMa acht het voor een juiste mededingingsrechtelijke beoordeling van het aan de Voorzieningenrechter voorgelegde geschil van belang om de eerste twee vragen tezamen te beantwoorden. Beide vragen hebben betrekking op het toepassingsbereik van artikel 81 EG respectievelijk de Groepsvrijstelling voor de distributie van motorvoertuigen Vo. 1400/2002 (hierna: de Groepsvrijstelling).
11. De vraag of sprake is van een overtreding van artikel 81 lid 1 EG moet worden beantwoord door te onderzoeken of ieder van de volgende drie elementen aanwezig zijn:
- i. een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging,⁵
 - ii. tussen ondernemingen,
 - iii. die ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁶
12. Het onder punt iii genoemde element (hierna: "(merkbare) mededingingsbeperking") staat centraal in vraag 1 van de Voorzieningenrechter. De NMa is van mening dat door in de vraagstelling de Groepsvrijstelling voorop te stellen wordt uitgegaan van een onjuist mededingingsrechtelijk analytisch kader voor het element (merkbare) mededingingsbeperking. De vraag of gedragingen van KMN en haar contractspartijen in strijd komen met artikel 81 lid 1 EG moet worden beantwoord door eerst te onderzoeken of deze gedragingen binnen de reikwijdte van het verbod van artikel 81 lid 1 EG vallen. Pas wanneer is vastgesteld dat dit het geval is, rijst de vraag of artikel 81 lid 3 EG soelaas biedt. De Groepsvrijstelling van Verordening 1400/2002 vormt een invulling van artikel 81 lid 3 voor bepaalde groepen overeenkomsten. Wanneer de Groepsvrijstelling de betreffende gedraging niet buiten het bereik van artikel 81 lid 1 EG plaatst, rest de vraag of individuele toepassing van artikel 81 lid 3 EG de gedraging buiten het kartelverbod brengt. Sinds de invoering van de decentrale toepassing van artikel 81 EG op grond van Verordening 1/2003 geldt voor de nationale rechter de verplichting

⁴ Mededeling 'Het toekomstig kader voor het mededingingsrecht in de motorvoertuigensector' COM(2009) 388 def. van 22 juli 2009.

⁵ Of een besluit van een ondernemersvereniging.

⁶ Die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

5

(ook) het derde lid van artikel 81 EG toe te passen. Artikel 3 lid 1 van Verordening 1/2003 verwijst immers naar artikel 81 (in zijn geheel) en niet uitsluitend naar het eerste lid van die verdragsbepaling. Op grond van artikel 2 van Verordening 1/2003 rust de bewijslast dat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan op de partij die zich daar op beroept. Dat zou in dit geval KMN zijn.

13. Startpunt bij de beoordeling van het element (merkbare) mededingingsbeperking dient naar de mening van de NMa daarom te zijn (het verbod) neergelegd in artikel 81 lid 1 EG. De Gemeenschapsrechter heeft geoordeeld dat een selectief distributiestelsel buiten de reikwijdte van artikel 81 lid 1 EG valt wanneer aan vier voorwaarden is voldaan, te weten:
 - i. De eigenschappen van het betrokken product maken een systeem van selectieve distributie noodzakelijk;
 - ii. De keuze van de wederverkopers geschiedt op grond van objectieve kwalitatieve criteria die uniform zijn vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en op niet-discriminatoire wijze worden toegepast;
 - iii. Het betrokken systeem beoogt een resultaat te bereiken waardoor de mededinging wordt verbeterd;
 - iv. De voorgeschreven criteria gaan niet verder dan noodzakelijk is.
14. De vraag of aan deze vier voorwaarden wordt voldaan moet objectief worden beoordeeld gelet op het belang van de consument, aldus het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak GALEC.⁷
15. Nu KMN in ieder geval niet aan de voorwaarde onder punt ii voldoet en haar uitrustings-eisen en andere kwalitatieve voorwaarden discriminatoir toepast, beperkt zij *de facto* het aantal erkende reparateurs op de markt en valt het distributiestelsel van KMN niet buiten artikel 81 lid 1 EG. De beoordeling of sprake is van een (merkbare) mededingingsbeperking (naar doel of effect) is vervolgens afhankelijk van een aantal feiten en omstandigheden, die niet uit de overgelegde stukken blijken. Het gaat hier om feiten over:
 - i. *het beleid van KMN ten aanzien van en de verhouding tussen het aanbieden van Dealerovereenkomsten en Reparaturovereenkomsten*. KMN wijst in haar brief van 7 oktober 2009 aan de Voorzieningenrechter erop dat het om twee overeenkomsten gaat die om praktische redenen zijn opgenomen in één contract. Dit zegt niets over de vraag aan wie zij de contracten aanbiedt.⁸ Uit artikel 4 van de Groepsvrijstelling volgt dat dit wel relevant is voor de mededingingsrechtelijke beoordeling: artikel 4 onder h bepaalt dat een erkende reparateur niet mag worden verplicht tot het wederverkopen van auto's. Hieruit leidt de NMa af dat een koppeling van beide contracten een hardcore mededingingsbeperking oplevert en dat een individuele beoordeling onder lid 3 van artikel 81 EG nodig is. Indien de Voorzieningenrechter dus zou vaststellen dat KMN een distributiestelsel vormgeeft waarbij geen erkende reparateurs worden toegelaten die niet tevens dealer zijn, zou KMN in strijd met artikel 81 lid 1 EG handelen.
 - ii. *de (intensiteit van) de mededinging tussen de erkende reparateurs onderling (intra-brand competition op reparateursniveau)*: uit de Mededeling van de Europese Commissie over het

⁷ Gerecht van Eerste Aanleg 12 december 1996, T-88/92 (GALEC, parfums Givenchy), r.o. 106.

⁸ KMN spreekt in randnummer 1.7 van haar pleitaantekeningen van een "KIA-netwerkpartner" en een "KIA-Dealer (niet aftersalesverantwoordelijkheid)". De AC is niet duidelijk wat hiermee precies wordt bedoeld in relatie tot randnummer 4.30 van KMN's pleitaantekeningen.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

6

toekomstig toetsingskader voor het mededingingsrecht in de motorvoertuigensector volgt dat "de mededinging tussen erkende reparateurs voor een bepaald merk vooral belangrijk is voor automobilisten met een vrij jong voertuig (dwz tot vier jaar oud). Een hoog percentage van de reparaties aan jonge auto's wordt uitgevoerd door de erkende reparateur, omdat de consument ervoor kiest en vooral omdat er doorgaans een hogere restwaarde wordt aangegeven aan een voertuig dat regelmatig door erkende reparateurs is onderhouden"(randnummer 34). De (intensiteit van) de mededinging van onderhoud van nieuwe(re) auto's zal toenemen naarmate meer reparateurs worden toegelaten als erkende reparateur en afnemen naarmate er minder reparateurs worden toegelaten ook al voldoen zij aan de uitrustingsvoorwaarden. Indien de Voorzieningenrechter dus zou vaststellen 1) dat het voor reparateurs gelet op de specifieke kenmerken van de (hier relevante markten binnen de) automobielsector van belang is om erkend reparateur te zijn en 2) dat niet-erkende reparateurs vanwege het ontbreken van erkenning beperkt zijn in hun mogelijkheden te concurreren met wel erkende reparateurs, dan acht de NMa aannemelijk dat artikel 81 lid 1 EG is overtreden.

16. In het licht van het voorafgaande toetsingskader voor het element (merkbare) mededingingsbeperking laten zich de eerste en tweede vraag als volgt beantwoorden:

Vraag 1

17. Een doorleververbod – waarop het eerste deel van uw eerste vraag betrekking heeft – dat gebruikelijk wordt ingesteld bij een selectief distributiestelsel vormt, anders dan KMN betoogt, geen constituerend bestanddeel van de definitie van een 'selectief distributiestelsel'. Een doorleververbod wordt bij een dergelijk selectief distributiestelsel in de regel opgelegd om de werking van het selectieve stelsel te verzekeren.
18. Zelfs indien het door KMN opgeworpen argument dat haar distributiestelsel niet als een selectief distributiestelsel in de zin van de Groepsvrijstelling kan worden aangemerkt omdat zij geen doorleververbod heeft opgelegd aan haar erkende reparateurs juist zou zijn, dan zou dit nog niet relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of KMN's contracteerbeleid (dat wil zeggen: de wijze waarop zij reparateurovereenkomsten sluit en de manier waarop zij haar contractspartijen uitkiest) in strijd komt met artikel 81 lid 1 EG. Daarvoor is immers relevant het kader zoals hiervoor in de randnummers 13 en 14 is geschetst. KMN's argument betekent slechts dat zij niet een selectief distributiestelsel *in de zin van de Groepsvrijstelling* hanteert. Dat wil zeggen dat als komt vast te staan dat KMN in strijd met artikel 81 lid 1 EG handelt, zij geen gebruik kan maken van de in de Groepsvrijstelling geboden vrijstelling van het kartelverbod.
19. Met het tweede deel van de eerste vraag wenst de Voorzieningenrechter te vernemen of naar het oordeel van de NMa de reparateurovereenkomst bepalingen bevat die als mededingingsbeperking zijn aan te merken. Naar de letter bevat de reparateurovereenkomst geen mededingingsbeperkende bepalingen. Om de hiervoor reeds genoemde redenen mag echter niet alleen op de bepalingen van de reparateurs (en de bijlagen die ontbreken) worden afgegaan.

Vraag 2

Artikel 81

20. Met het het eerste gedeelte van de tweede vraag wenst de Voorzieningenrechter te vernemen of, ook als de reparateurovereenkomst buiten het toepassingsgebied van de Groepsvrijstelling valt, de overeenkomst wellicht toch in strijd is met artikel 81 lid 1 EG, omdat zij zou leiden tot een beperking van de mededinging. Deze vraag is reeds hiervoor in essentie beantwoord. Hierna

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

7

zal de AC nog enkele aanvullende opmerkingen maken die tevens een rol spelen bij de beantwoording van uw vraag, maar die omwille van de uitleg niet zijn verweven in het voorafgaande toetsingskader voor het element (merkbare) mededingingsbeperking.

21. Om te bezien of artikel 81 lid 1 EG is overtreden moet ook worden onderzocht of de weigering van eiseressen is te herleiden tot afstemming in de vorm van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Uit de rechtspraak van het HvJEG blijkt dat, als het weigeren bepaalde handelaren toe te laten tot een selectief stelsel is ingegeven door een duidelijk gezamenlijk belang van de fabrikant/importeur en de erkende handelaren, afstemming al snel mag worden aangenomen. Zo herleidde het HvJ EG in de zaak *AEG-Telefunken* de weigering prijsdiscounters tot het selectieve distributienet toe te laten tot een duidelijk gezamenlijk belang van de fabrikant en de erkende dealers.⁹ Zonder nader onderzoek kan deze rechtspraak niet zonder meer worden toegepast op het onderhavige geval. Onderzocht dient te worden of het besluit om eiseressen niet toe te laten alleen kan worden toegerekend aan KMN of dat sprake is van een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging.
22. Indien de Voorzieningenrechter na onderzoek zou vaststellen dat de weigering eiseressen toe te laten als erkend reparateur wel is terug te voeren op een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen KMN enerzijds en de dealers die tevens erkend reparateur zijn en de erkende reparateurs anderzijds (vanuit de gedachte dat die minder concurrenten hebben), zou vervolgens moeten worden onderzocht of deze weigering is te kwalificeren als een mededingingsbeperking in de zin van artikel 81 lid 1 EG (zie hierboven randnummers 11 tot en met 19). De Voorzieningenrechter vraagt in dat verband meer in het bijzonder of de weigering leidt tot feitelijke exclusiviteit voor de toegelaten reparateurs en dus tot het verdelen van de markt.
23. Naar het de NMa voorkomt is geen sprake van feitelijke exclusiviteit omdat het repareren van auto's van het merk KIA een vrij toegankelijke activiteit is en blijft, ook na de weigering. Een groeiend aantal auto's in de EU wordt gerepareerd door onafhankelijke reparateurs, die dat kennelijk kunnen doen zonder tot een netwerk van een leverancier te behoren. De Groepsvrijstelling bevat bepalingen die ertoe dienen zeker te stellen dat onafhankelijke reparateurs kunnen beschikken over de noodzakelijke informatie en middelen om herstelwerkzaamheden uit te voeren en reserveonderdelen te verkopen.¹⁰ Deze bepalingen zijn voor de beoordeling van de stellingen van eiseressen relevant omdat een significant aantal KIA-reparateurs tevens nieuwe voertuigen verkopen en wél deel uitmaken van een selectief distributiestelsel.
24. Van een marktverdeling lijkt evenmin sprake. Doorgaans denkt men daarbij aan de situatie dat partijen op grond van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging *met elkaar* de markt verdelen. Dat gebeurt hier echter niet omdat tussen erkende reparateurs niets lijkt te worden verdeeld. Dat de klant in de regel naar een garage bij hem of haar in de buurt zal gaan doet daar niet aan af en betekent met name niet dat elke erkende reparateur/dealer een soort lokaal monopolie zou hebben. Ook het feit dat eiseressen zich ten opzichte van erkende reparateurs mogelijk in een nadelige positie bevinden, betekent niet dat de markt wordt verdeeld.

⁹ Zaak 107/82, Jur. 1983, p. 3151. Zie in die zin ook Hof Leeuwarden 6 oktober 2009, LJN: BJ9567.

¹⁰ Artikel 1 lid 1 letter f en artikel 4 lid 2.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

8

Artikel 82

25. Met het tweede gedeelte van de tweede vraag wenst de Voorzieningenrechter te vernemen of KMN wellicht misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG.
26. De toepasselijkheid van artikel 82 EG vereist allereerst dat de relevante markt wordt afgebakend. Het is aannemelijk dat een aparte markt voor KIA-reserveonderdelen en herstelwerkzaamheden kan worden onderscheiden. De Groepsvrijstelling bevat een duidelijke aanwijzing in die richting, aangezien artikel 3 lid 1 marktaandeeldrempels bevat voor onder meer de markt voor herstellings- of onderhoudsdiensten. Dat wijst erop dat er per merk motorvoertuig een aparte markt bestaat.¹¹ Of daarbinnen nog aparte (deel)markten bestaan komt hierna aan de orde.
27. Voor de vraag of de importeur op die aldus afgebakende markt een machtspositie heeft, dient gekeken te worden naar het netwerk van de erkende reparateurs van het merk in kwestie.¹² Als de bij het KIA-netwerk aangesloten reparateurs (zowel reparateurs die niet tevens dealer zijn, als reparateurs die wel tevens dealers zijn) meer dan 50% van alle herstellingen voor hun rekening nemen, is van een machtspositie sprake.¹³
28. Of misbruik plaatsvindt is echter niet zonder meer aannemelijk. Indien reserveonderdelen, know-how, gereedschap, trainingen etc. verkrijgbaar zijn via erkende reparateurs of dealers en voor het behouden van garantie niet de eis wordt gesteld dat *after sales* diensten enkel bij erkende reparateurs worden afgenomen¹⁴, lijkt de weigering om reparateurs toe te laten tot het netwerk geen misbruik op te leveren. Ook het enkele feit dat niet erkende reparateurs een hogere prijs voor onderdelen moeten betalen dan erkende reparateurs hoeft niet te wijzen op een misbruik, als het verschil wordt verklaard door een vergoeding voor redelijke kosten voor handeling.
29. Een leveringsweigering wordt pas aangemerkt als manier om de concurrentie uit te sluiten en daarom als misbruik aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:¹⁵
- i. de weigering betreft een product dat of een dienst die objectief onmisbaar is om daadwerkelijk op een stroomafwaartse markt te kunnen concurreren;
 - ii. de weigering resulteert waarschijnlijk in de uitschakeling van een daadwerkelijke mededinging op de stroomafwaartse markt, en
 - iii. de weigering leidt waarschijnlijk tot schade voor de gebruikers
30. De Commissie legt de lat voor het aannemen van misbruik betrekkelijk hoog.

¹¹Voor reserveonderdelen is dat al vroeg uitgemaakt in de zaak *Jugon/Liptons*, zaak 22/78, Jur. 1979, p. 1869. Vgl. ook de zaken over type goedkeuringscertificaten, *General Motors*, zaak 26/75, Jur. 1975, p. I-1367.

¹²Zie ook het antwoord op vraag 72 van de verklarende brochure.

¹³Hof van Justitie, 13 februari 1979, C85/76 Hofmann-Laroche, Jurispr. 1979, p. 461

¹⁴Tenzij voor deze beperking een objectieve rechtvaardiging bestaat.

¹⁵Zie de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

9

-
31. Ook discriminatie is echter een mogelijke vorm van misbruik, indien als gevolg daarvan nadeel bij de mededinging wordt berokkend. De in deze vraag door de Voorzieningenrechter genoemde omstandigheden zijn op het eerste gezicht niet voldoende zwaarwegend om van nadeelsberokkening te kunnen spreken. Het is inherent aan ieder systeem van erkende reparateurs dat er een bepaalde mate van verschil bestaat tussen hen en onafhankelijke reparateurs, omdat anders het onderscheid tussen beide categorieën zou vervagen. Als het maken van verschil op voorhand misbruik van machtspositie zou opleveren, valt ook niet in te zien waarom de Groepsvrijstelling duidelijk een aparte categorie van onafhankelijke reparateurs onderscheidt van erkende reparateurs.

Vraag 3

32. In het eerste deel van deze vraag gaat de Voorzieningenrechter ervan uit dat niet erkende reparateurs geen garantiewerkzaamheden kunnen verrichten en geen aanvraag voor coulance mogen doen.
33. Deze omstandigheden hoeven het antwoord op de vorige vraag niet te wijzigen. Voor de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG is relevant dat de Groepsvrijstelling niet als voorwaarde stelt dat onafhankelijke reparateurs garantiewerkzaamheden kunnen verrichten. Waar die eis kennelijk niet wordt gesteld aan een selectief distributiestel, valt niet goed in te zien dat die eis wél gesteld zou moeten worden aan een stelsel dat niet beantwoordt aan de definitie van 'selectief distributiestelsel'.
34. Zou hier al sprake zijn van een mededingingsbeperking, dan is aannemelijk dat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan. De klant moet namelijk de zekerheid hebben dat hij zijn aanspraken uit hoofde van de door de fabrikant aangeboden garantieregeling kan geldend maken. Die verplichting kan de fabrikant/importeur alleen maar aangaan als hij de zekerheid heeft dat de garantiewerkzaamheden worden verricht door ondernemingen waarvoor hij kan instaan.
35. Omdat coulancereparaties hier van ondergeschikt belang zijn, lijkt hetgeen over coulance in de stukken wordt opgemerkt de mededingingsrechtelijke beoordeling in deze zaak niet te kunnen beïnvloeden.
36. In het vervolg van deze vraag legt de Voorzieningenrechter de situatie voor dat klanten die hun auto bij een onafhankelijke reparateur hebben laten herstellen daarmee hun garantie "verspelen" en niet meer kunnen profiteren/genieten van het voordeel dat onder garantie uitgevoerde reparaties of herstelde onderdelen geheel of gedeeltelijk voor rekening van de dealer c.q. erkende reparateur komen. Althans zo begrijpt de Amicus Curiae de vraagstelling. Zoals al aangegeven in randnummer 7 kan deze aanname zonder nader bewijs niet zonder meer aannemelijk worden geacht.
37. Verder rijst in dit verband de vraag hoe deze aanname verenigd kan worden met de aan het begin van de vraag gehanteerde aanname dat onafhankelijke reparateurs "de door hen in reparatie genomen auto voor garantie bij een dealer of reparateur van het KIA-netwerk mogen brengen". Voor de vraag of de klant zijn garantie verspeelt, zou het dan kennelijk erop aankomen of de onafhankelijk reparateur, aan wie hij zijn auto in reparatie geeft, zelf (ongeautoriseerd) de garantiewerkzaamheden verricht of dat hij die aan een erkend reparateur uitbesteedt. De klant moet echter weten waar hij aan toe is; wat onder de garantie valt en wat niet.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

10

-
38. Indien er niettemin van moet worden uitgegaan dat de klant die "ontrouw" is daarmee zijn garantie verspeelt, dan lijkt dit een duidelijk voorbeeld van wat de Commissie "misbruik van garantieregelingen" noemt en dat zij voornemens is bij de beoogde herziening van de Groepsvrijstelling in 2010 aan te pakken:

*"Om de doeltreffendheid van de handhaving te vergroten, stelt de Commissie voor om in toekomstige sectorspecifieke bepalingen de omstandigheden toe te lichten waarin weigering om volledige en niet-discriminerende toegang tot de technische informatie aan onafhankelijke marktdeelnemers te verstrekken of misbruik van garanties de kwalitatieve selectieovereenkomsten binnen het toepassingsgebied van artikel 81 brengt en handhavingsmaatregelen tot gevolg heeft."*¹⁶

39. Er is, in die veronderstelling, zonder meer sprake van een concurrentienadeel omdat weinig klanten, ook als er per saldo een gering aantal reparaties onder garantie wordt verricht, het risico willen lopen hun garantie te verliezen. Hoe langer de duur van de garantie, hoe sterker dit concurrentiebeperkende effect zich doet gevoelen.
40. Voor het antwoord maakt het geen verschil of er een aparte markt zou bestaan voor "onderhoud en reparatie van KIA-voertuigen waarvoor garantie geldt". Het bestaan van een dergelijke markt is niet uitgesloten. Om hier zekerheid over te verkrijgen is echter een economische analyse noodzakelijk, waarvoor binnen deze procedure en de grenzen van de Amicus Curiae-bevoegdheid geen plaats is.
41. Ten slotte geldt dat de remedie voor de in deze vraag veronderstelde mededingingsbeperking niet noodzakelijkerwijs hoeft te zijn dat onafhankelijke handelaren worden toegelaten tot het net. Het zou volstaan te bepalen dat pretense afspraken die erop zijn gericht "ontrouwe" klanten hun garantieaanspraken te ontzeggen, moeten worden beëindigd.
42. In het laatste deel van deze vraag vraagt de Voorzieningenrechter naar het KIA-onderhoudsboekje en de KIA Internationale Wegenhulpgarantie, afgekort KIW.
43. De inhoud van het KIA-onderhoudsboekje is in zoverre van belang dat daaruit kan worden afgeleid onder welke omstandigheden klanten recht op garantie hebben. In het als productie 27 van eiseressen overgelegde boekje staat onder meer: "Om aanspraak te kunnen maken op de garantie dient u uw Kia-voertuig samen met het garantie en onderhoudsboekje naar een erkende Kia-dealer te brengen." Dit bevestigt dat alleen KIA-dealers garantiwerkzaamheden kunnen uitvoeren. Dat is echter niet onlogisch is, omdat de fabrikant alleen voor de erkende dealers en reparateurs kan instaan. Er blijkt niet uit dat klanten die (een maal) hun auto bij een niet-erkende reparateur hebben laten onderhouden, hun garantieaanspraken zouden verliezen.
44. De KIW behelst de service dat de eindgebruiker tegen een relatief bescheiden bijdrage in heel Europa bij een KIA-dealer terecht kan. Om voor een verlengde KIW in aanmerking te komen (KIA ouder dan 3 jaar) moet de auto over een "ononderbroken onderhoudshistorie" beschikken. Dat wil zeggen "dat alle onderhoudsbeurten volgens fabrieksvoorschriften door de erkende Kia-

¹⁶Zie punt 33 van de Mededeling 'Het toekomstig kader voor het mededingingsrecht in de motorvoertuigensector' (COM(2009) 388 def. van 22 juli 2009).

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

11

dealer uitgevoerd zijn.”¹⁷ Nu dit programma aanspraken geeft tegenover dealers door heel Europa als een soort internationale wegenwachtdekking is de eis dat de auto steeds moet zijn onderhouden door een erkende dealer niet onredelijk te noemen. De KIA-rijder kan overigens in het buitenland wel geholpen worden door een niet KIA-dealer.¹⁸ De impact van deze regeling op eiseressen lijkt hoe dan ook verwaarloosbaar.

Vraag 4

45. Kennelijk krijgt de KIA-rijder de gratis pechhulp-service voortaan alleen nog gratis aangeboden van een KIA-dealer tevens erkend reparateur als hij zich ertoe verbindt onderhoud en reparaties alleen bij die dealer te laten verrichten. Het betreft hier op het eerste gezicht een commerciële afspraak die op zichzelf niet een mededingingsbeperking vormt en evenmin iets wezenlijks toevoegt aan de eventuele mededingingsbeperking (zie hierboven randnummers 10 tot en met 24). Dit neemt echter niet weg dat deze gratis pechhulpdiensten mogelijk in concurrentie worden aangeboden met andere (betaalde) pechhulpdiensten zoals die van autoverzekeringsmaatschappijen. Op die concurrentie heeft de vraag evenwel geen betrekking.

Vraag 5

46. De Voorzieningenrechter vraagt of “voldoende sprake is van vrije toetreding tot de markt voor reparatie van KIA-personenauto’s op de wijze als wordt vereist in artikelen 81 en 82 EG”. Voor het antwoord wordt verwezen naar het antwoord op de eerste en de tweede vraag. Het antwoord luidt in elk geval ontkennend als KIA-klanten hun garantie kwijtraken als zij niet al hun *after sales*-diensten afnemen bij dealers - erkende reparateurs.

Vraag 6

47. Met deze vraag wenst de Voorzieningenrechter te vernemen wat de betekenis is van het – niet betwiste – feit dat KMN voor de distributie van nieuwe voertuigen wel gebruik maakt van een selectief stelsel, dat – naar de Voorzieningenrechter kennelijk aanneemt – is gedekt door de Groepsvrijstelling.
48. Er is niets in de Groepsvrijstelling dat erop wijst dat het een fabrikant of importeur niet zou zijn toegestaan voor nieuwe auto’s een selectief stelsel te hanteren als hij dat ook niet doet voor de *after sales market*. De vrijstelling voor zijn selectieve distributiestelsel verspeelt hij daarmee niet. KMN mag dus voor de verkoop van nieuwe auto’s gebruik maken van de Groepsvrijstelling, terwijl zij dat voor wat betreft de contracten met betrekking tot reparatie en onderhoud niet doet.
49. Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling onder artikel 81 EG dienen de contracten wel in samenhang te worden beoordeeld. Voor het bepalen van een mededingingsbeperkend effect van de weigering eiseressen toe te laten is namelijk mede van belang de omvang van de marktpositie van de erkende reparateurs, inclusief KIA-dealers die tevens erkend reparateur zijn. Dit volgt ook uit artikel 4 lid 1 sub h van de Groepsvrijstelling dat alleen geldt voor erkende reparateurs. Hun moet het worden toegestaan enkel reparateur te zijn (zie ook overweging 22 bij de Groepsvrijstelling).

¹⁷Zie paragraaf 3.2 van het document “KIA Internationale Wegenhulpgarantie” (productie 38 van eiscressen).

¹⁸Zie blz. 10, onderaan van het document “KIA Internationale Wegenhulpgarantie” (productie 38 van eiscressen).

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

12

Vraag 7

50. Van andere gedragingen in strijd met artikel 81 of 82 EG is niet gebleken.

Vraag 8

51. Een marktaandeel van 80% vormt een belangrijke aanwijzing dat KMN een economische machtspositie heeft op de in de vraag genoemde markt voor de reparatie en onderhoud van KIA-voertuigen van minder dan 4 jaar oud. Of dit inderdaad de relevante productmarkt vormt, zou nader onderzocht moeten worden.

Vraag 9

52. In algemene zin vloeit uit schending van het Europese mededingingsrecht geen contractverplicht voort. Slechts in uitzonderlijke situaties ontstaat een contractverplicht, bijvoorbeeld bij een leveringsweigering in geval van een *essential facility* (artikel 82 EG). Ook een overtreding van artikel 81 EG leidt niet automatisch tot een contractverplicht. In de zaak *Automec* is uitgemaakt dat een leverancier niet verplicht is op grond van artikel 81 EG om met handelaren contractuele betrekkingen aan te knopen. Aanleiding voor de zaak was de klacht van *Automec* over het feit dat BMW Italië haar niet had toegelaten tot haar selectieve distributiestelsel.¹⁹ Als de Voorzieningenrechter na onderzoek zou vaststellen dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking en dus dat KMN in strijd met artikel 81 lid 1 EG handelt, dan dient KMN dit probleem op te lossen hetgeen op tal van manieren kan.

Vraag 10

53. De NMa heeft na al het vorenstaande slechts één verdere opmerking en die betreft de verhouding tussen het mededingingsrecht en het verbintenissenrecht. De verhouding tussen de contractvrijheid/contractverplicht en het mededingingsrecht is geen eenvoudig leerstuk, zoals ook de Europese Commissie in haar Mededeling onderkent. De vraag is of een kort gedingprocedure zich leent voor beantwoording van dergelijke vragen.
54. Indien de Voorzieningenrechter van oordeel zou zijn dat de vorderingen van eiseressen op grond van het verbintenissenrecht geheel of gedeeltelijk toewijsbaar zijn, met als resultaat dat KMN (tot een bepaald tijdstip) eiseressen moet toelaten tot haar netwerk dan wel anderszins behandelen als erkend reparateur, dan hoeft hij aan het mededingingsrecht niet toe te komen. Er is namelijk niets in het Europees mededingingsrecht dat er in dat geval toe zou verplichten vastgestelde gedragingen ook nog te toetsen aan de artikelen 81 en 82 EG.
55. Omgekeerd, indien de Voorzieningenrechter van oordeel is dat het nationale verbintenissenrecht niet een voldoende grondslag biedt voor een dergelijk gebod, dan zal hij moeten toekomen aan de vraag of KMN in strijd met het mededingingsrecht heeft gehandeld, nu eiseressen dat uitdrukkelijk hebben gesteld.'

¹⁹Zaak T-24/90, Jur. 1992, p. II-2223.

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

13

1.3. Vervolgens hebben partijen van de voorzieningenrechter (uiteindelijk) tot uiterlijk 23 november 2009 de gelegenheid gekregen om op het advies van de NMA te reageren. Van beide partijen is op 23 november 2009 een reactie op het advies van de NMA binnengekomen. Op de door partijen ten aanzien van het advies ingenomen standpunten zal voor zover van belang hierna onder de beoordeling worden ingegaan.

2. De beoordeling

2.1. Vooropgesteld wordt dat in het tussenvonnis van 16 oktober 2009 reeds is overwogen dat Kia Motors Nederland niet op civielrechtelijke basis gehouden is om met eiseressen een contractuele relatie aan te gaan waarbij zij hun status van erkend Kia-reparateur zullen behouden en dat voor de beslissing dus doorslaggevend is of Kia Motors Nederland met de standaard Kia reparateurovereenkomst, zoals door eiseressen als productie 22 in het geding gebracht, in strijd handelt met artikel 81 lid 1 EG-verdrag en artikel 82 EG-verdrag dan wel de Mededingingswet en of daaruit een contracteerplicht voor Kia Motors Nederland volgt.

2.2. Voor wat betreft die laatste vraag heeft de voorzieningenrechter in het tussenvonnis tevens overwogen dat uit het feit dat een mededingingsrechtelijk verbod wordt overtreden niet rechtstreeks een contracteerplicht kan worden afgeleid, maar dat het nalaten te contracteren wel een nalaten in strijd met een wettelijke plicht kan betekenen en dus een onrechtmatige daad kan zijn, hetgeen betekent dat een gebod tot het opheffen van die onrechtmatige situatie in kort geding in beginsel kan worden toegewezen.

2.3. De voorzieningenrechter houdt zich aan deze overwegingen.

2.4. De NMA heeft zich in haar advies van 6 november 2009 uitgebreid uitgelaten over de vraag of Kia Motors Nederland met de standaard Kia reparateurovereenkomst in strijd handelt met artikel 81 lid 1 EG-verdrag en artikel 82 EG-verdrag. Zij heeft daarbij aan de hand van de door de voorzieningenrechter gestelde vragen verscheidene aspecten besproken. Ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 81 lid 1 EG-verdrag is de NMA in haar advies onder punt 15 tot de conclusie gekomen dat het distributiestelsel dat Kia Motors Nederland wenst in te voeren niet buiten dit artikel valt omdat Kia Motors Nederland haar uitrustings-eisen en andere kwalitatieve voorwaarden discriminatoir toepast waarmee zij de facto het aantal erkende reparateurs op de markt beperkt. Naar de mening van de NMA moet dan ook thans worden beoordeeld of sprake is van een (merkbare) mededingingsbeperking. De NMA heeft hierover onder punt 15 i verklaard dat dit onder meer afhankelijk is van het beleid van Kia Motors Nederland ten aanzien van en de verhouding tussen het aanbieden van dealerovereenkomsten en reparateurovereenkomsten. De NMA heeft daarbij te kennen gegeven dat een koppeling van beide contracten een hardcore mededingingsbeperking oplevert. Dit

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

14

betekent volgens de NMA dat indien Kia Motors Nederland een distributiestelsel vormgeeft waarbij geen erkende reparateurs worden toegelaten die niet tevens dealer zijn, zij in strijd met artikel 81 lid 1 EG-verdrag handelt. De voorzieningenrechter neemt dit oordeel over.

2.5. Partijen verschillen van mening over de vraag hoe Kia Motors Nederland haar dealerovereenkomsten en reparateurovereenkomsten aanbiedt. Eiseressen hebben gesteld dat Kia Motors Nederland in haar te voeren distributiestelsel geen erkende reparateurs meer toelaat die niet tevens (sub)dealer zijn. Zij hebben ter onderbouwing van deze stelling als productie 40 een kaartje van Nederland in het geding gebracht, afkomstig van de website van Kia Motors Nederland, met daarop aangegeven alle erkend reparateurs als stand-alone Kia-reparateurs. Volgens eiseressen blijkt daaruit dat zij nog de enige stand-alone Kia-reparateurs zijn en dat dus bij afwijzing van de vordering een situatie zal ontstaan die volgens de NMA zal leiden tot een hardcore mededingingsbeperking. Dat Kia Motors Nederland stelselmatig niet-dealers uit haar aftersales netwerk weert blijkt volgens eiseressen ook uit de weigering van Kia Motors Nederland om meer dan 20 voormalig (sub)dealers als stand-alone erkend Kia-reparateur toe te laten, hetgeen heeft geleid tot een procedure bij de voorzieningenrechter te Utrecht, waarin op 30 september 2009 uitspraak is gedaan. Kia Motors Nederland heeft zich op het standpunt gesteld dat zij haar distributiestelsel op een zodanige wijze heeft vormgegeven dat ook de mogelijkheid bestaat om erkend Kia-reparateur te worden zonder tevens Kia-dealer te zijn. Volgens Kia Motors Nederland heeft zij juist daarom naast een dealerovereenkomst een reparateurovereenkomst opgesteld. In dit verband heeft Kia Motors Nederland tevens verwezen naar de (niet in het geding gebrachte) dealerovereenkomst waarin onderscheid wordt gemaakt tussen een Kia-dealer en een Kia-reparateur en waarin volgens haar op de mogelijkheid is gewezen dat stand-alone Kia-reparateurs alsnog worden aangesteld. Kia Motors Nederland heeft in dit verband ten slotte gewezen op de in de dealerovereenkomst opgenomen mogelijkheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk op te zeggen, waarmee volgens haar Kia-dealeractiviteiten kunnen worden beëindigd onder gelijktijdige voortzetting van de Kia-reparateuractiviteiten. Vooralsnog is de aanstelling van stand-alone Kia-reparateurs echter nog niet nodig geweest, zo heeft Kia Motors Nederland betoogd. Zij heeft daartoe verklaard dat de geselecteerde Kia-dealers allen hebben aangegeven tevens Kia-reparateur te willen worden, waardoor reeds een representatief landelijk Kia-reparatienetwerk is ontstaan. Dat betekent naar de mening van Kia Motors Nederland echter niet dat in de toekomst geen nieuwe Kia-reparateurs zullen worden aangesteld.

2.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat, gelet op hetgeen partijen over en weer hebben gesteld (zoals weergegeven onder 2.5), voorshands ervan uitgegaan moet worden dat Kia Motors Nederland (indien eiseressen als erkend reparateurs buiten beschouwing worden gelaten) een distributiestelsel vormgeeft waarbij geen erkende reparateurs worden toegelaten die niet tevens dealer zijn. Voorshands moet er dus van worden uitgegaan dat door haar in strijd met het mededingingsrecht

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

15

wordt gehandeld. Het argument van Kia Motors Nederland dat de contracten zo zijn vormgegeven dat zelfstandige reparateurs in de toekomst wel zouden kunnen worden aangesteld doet hier niet aan af, nu immers niet is gesteld of gebleken dat er (behoudens eiseressen) feitelijke nog zelfstandige reparateurs zijn.

Dit alles neemt niet weg dat voor een definitief oordeel over de vraag of er sprake is van een koppeling van de dealer- en reparateursovereenkomsten, die volgens de NMA in strijd met artikel 81 lid 1 EG-verdrag zou zijn, een nader onderzoek naar de feiten nodig is, waarvoor een kort geding zich niet leent. Het is aan de bodemrechter om (na onderzoek) vast te stellen of de wijze waarop Kia Motors Nederland haar distributiestelsel heeft opgesteld betekent dat slechts Kia-dealers in aanmerking komen voor een reparateursovereenkomst en er geen erkende Kia-reparateurs zullen zijn die niet tevens Kia-dealer zijn.

2.7. Dat er voorshands van uitgegaan wordt dat Kia Motors Nederland zich schuldig maakt aan het ongeoorloofd beperken van de mededinging betekent niet dat deze ongeoorloofde situatie alleen kan worden opgeheven door met eiseressen een contractuele relatie aan te gaan waarbij zij hun status van erkend Kia-reparateur zullen behouden. Nu echter vooralsnog niet is gebleken op welke andere wijze de ongeoorloofde situatie, met inachtneming van de belangen van eiseressen, kan worden beëindigd, zal de huidige situatie, waarbij Kia Motors Nederland eiseressen blijft erkennen als Kia-reparateurs, moeten worden gehandhaafd totdat in een bodemprocedure is beslist dat Kia Motors Nederland daartoe niet gehouden is. Eiseressen wordt daarbij een termijn van een maand gegeven om de bodemprocedure met het uitbrengen van een dagvaarding aan te vangen.

2.8. Het handhaven van de bestaande situatie is bovendien gerechtvaardigd omdat uit het advies van de NMA en de reacties van partijen daarop blijkt dat voor een definitief oordeel over de vraag of Kia Motors Nederland in strijd met het mededingingsrecht handelt op verschillende andere punten een nader feitenonderzoek door de bodemrechter noodzakelijk is. Het gaat daarbij onder andere om de vraag of Kia-rijders hun garantie verliezen als zij hun auto (een keer) laten herstellen bij een niet erkende Kia-reparateur (nummer 7 van het advies van de NMA) en om de vraag wat precies de relevante feitelijke omstandigheden op de diverse markten zijn, zoals in welke mate het voor reparateurs van belang is om erkend Kia-reparateur te zijn (vanwege bijvoorbeeld uitstralingseffecten) en of hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen eigenaren van nieuwe(re) auto's en tweedehands auto's (nummer 8 van het advies). Verder zal onderzocht moeten worden of het besluit om eiseressen niet toe te laten alleen kan worden toegerekend aan Kia Motors Nederland of dat sprake is van een overeenkomst dan wel onderling afgestemde feitelijke gedraging (nummer 21 van het advies) en of de markt voor de reparatie en onderhoud van Kia-voertuigen van minder dan 4 jaar oud een relevante productmarkt vormt (nummer 51 van het advies van de NMA).

2.9. Nu toewijzing van het primair gevorderde (het voor onbepaalde tijd voortzetten van de (contractuele) relatie met eiseressen, althans totdat deze

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

16

rechtsgeldig is geëindigd) onomkeerbare gevolgen zou hebben -en in wezen een verklaring voor recht zou inhouden- terwijl voor een definitieve beslissing van de vraag of wel of niet is gehandeld in strijd met het mededingingsrecht nader onderzoek nodig is, is de primaire vordering niet toewijsbaar. De subsidiaire vordering wordt, gelet op het hiervoor overwogene, als volgt toegewezen.

2.10. Ten aanzien van de te voeren bodemprocedure wordt nog opgemerkt dat daar ook de vraag weer open ligt of op grond van gewekt vertrouwen, redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke betamelijkheid, dan wel (ten aanzien van Auto- en Takelbedrijf Vullings B.V.) op grond van een gedane toezegging, voor Kia Motors Nederland de verplichting bestaat tot het aangaan van een overeenkomst waarbij eiseressen hun status van erkend Kia-reparateur zullen behouden.

2.11. Kia Motors Nederland zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van eiseressen zullen worden begroot op:

- dagvaarding	EUR	85,98
- vast recht		262,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	EUR	1.163,98

3. De beslissing

De voorzieningenrechter

3.1. veroordeelt Kia Motors Nederland de (contractuele) relatie met eiseressen voort te zetten, in die zin dat Kia Motors Nederland eiseressen blijft erkennen als Kia erkend reparateur, totdat in een bodemprocedure is beslist dat Kia Motors Nederland daartoe niet gehouden is,

3.2. bepaalt dat Kia Motors Nederland per overtreding van hetgeen onder 3.1 is bepaald, aan de betreffende eiseres een dwangsom verbeurt van EUR 50.000,= en van EUR 5.000,= voor elke dag dat de overtreding voortduurt, tot een maximum van EUR 500.000,=,

3.3. bepaalt dat eiseressen aan het onder 3.1 en 3.2 bepaalde geen rechten kunnen ontfen indien zij niet uiterlijk binnen een maand na vonnisdatum een dagvaarding in de bodemprocedure hebben uitgebracht,


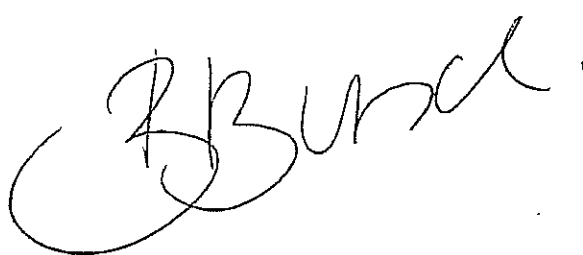
3.4. veroordeelt Kia Motors Nederland in de proceskosten aan de zijde van eiseressen tot op heden begroot op EUR 1.163,98,

437668 / KG ZA 09-1941
3 december 2009

17

-
- 3.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,
3.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. B.P.W. Busch, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 3 december 2009.



type: BB
coll:

