

LJN: BN9390, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.023.470/01 Print uitspraak

Datum uitspraak: 06-07-2010

Datum publicatie: 05-10-2010

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Hoger beroep kort geding

Inhoudsindicatie: mededingingsrecht, opzegging overeenkomst, 101 VWUE, stelplicht.

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer : 200.023.470/01

Rolnummer rechtbank : 316588 / KG ZA 08-936

arrest van de negende civiele kamer d.d. 6 juli 2010

inzake

Foka B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
appellante,
hierna te noemen: Foka,
advocaat: mr. T.A. Vermeulen te Rotterdam,

tegen

Loewe Opta Benelux N.V.,
gevestigd te Antwerpen, België,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Loewe,
advocaat: mr. R.A. Franken te Utrecht.

Het geding

Bij exploit van 10 december 2008 is Foka in hoger beroep gekomen van een door de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam, sector civiel (hierna: de voorzieningenrechter), tussen partijen gewezen vonnis van 13 november 2008. Bij memorie van grieven heeft Foka vijf grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft Loewe de grieven bestreden.

Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. Aan de orde is de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Met de voorzieningenrechter is ook het hof van oordeel dat de Nederlandse rechter op grond van art. 31 EEX-Verordening bevoegd is over de gevorderde voorlopige voorzieningen te oordelen.

2. Het hoger beroep dient er mede toe omissies in eerste aanleg te herstellen. In dat kader staat het Foka vrij haar vordering te wijzigen of de grondslag daarvan aan te vullen of te wijzigen. Het verweer van Loewe onder 3 en 4 van de memorie van antwoord wordt daarmee verworpen. Het hof zal bij de beoordeling van de grieven uitgaan van de volledige inhoud van de memorie van grieven.

3. De door de voorzieningenrechter vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan.

4. Het gaat in deze zaak om het volgende. Foka exploiteert sedert ruim 80 jaar een detailhandelszaak in (inmiddels) fotoapparatuur en aanverwante producten, alsmede televisietoestellen en audioapparatuur.

Loewe is producent van elektronische apparaten, met name televisietoestellen, die zij onder het merk Loewe op de markt brengt. Op 12 april 2002 hebben partijen een schriftelijke “Loewe-partnerovereenkomst” gesloten, alsmede een “Aanvullende overeenkomst ‘Dealer’” (hierna tezamen met de hieronder te noemen aanvullende overeenkomst van 2 juli 2008: de partnerovereenkomst).

Art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst bepaalt: “De Loewe-producten mogen niet op een misleidende wijze aangeboden worden, noch verkocht worden tegen bodemprijzen, speciale prijzen en/of actieprijsen, noch in combinatiepakket met andere niet-Loewe-producten en/of zodanig geadverteerd worden”.

Op 2 juli 2008 hebben partijen een aanvullende overeenkomst “Loewe Partner Plus” gesloten. Per aangetekende brief van 27 augustus 2008 heeft Loewe de partnerovereenkomst met ingang van 1 oktober 2008 opgezegd, zoals onder 2.2 van het bestreden vonnis weergegeven.

5. In deze procedure heeft Foka gevorderd – kort gezegd – dat Loewe Foka weer toegang verleent tot haar dealersysteem, en aan Foka producten te leveren van het merk Loewe tegen de condities en op de manier waarop zij de afgelopen drie jaar aan haar heeft geleverd, op straffe van een dwangsom, met proceskostenveroordeling. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat de opzegging per 1 oktober 2008 ongeldig is, omdat art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst in strijd is met art. 81 EG (thans art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) omdat dit een verkapt manier is van verticale prijsbinding.

De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. Tegen dit oordeel en de gronden waarop het berust richten zich de grieven.

6. Grief I richt zich tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat niet voldoende aannemelijk is geworden dat Foka de tussen partijen gesloten aanvullende overeenkomst aangaande de publiciteitstussenkomst niet correct is nagekomen. Aangezien de voorzieningenrechter hier in het voordeel van Foka heeft beslist, heeft Foka geen belang bij deze grief.

7. Met de grieven II en III legt Foka, naar het hof begrijpt, de vraag aan het hof voor of sprake is van een situatie waarin voorshands ervan moet worden uitgegaan dat zij Loewe-producten onder de inkoopprijs heeft verkocht en vervolgens of dit een rechtsgeldige reden voor

opzegging is. Het hof begrijpt de toelichting op grief II aldus dat Foka zich ook in hoger beroep subsidiair op het standpunt stelt dat, indien zij Loewe-producten onder de inkoopprijs heeft aangeboden, de opzegging van de partnerovereenkomst op deze grond nietig is vanwege de onder 5 weergegeven strijd met het Europese mededingingsrecht. Grief III leest het hof primair aldus dat Foka van mening is dat de voorzieningenrechter het Belgische recht onjuist heeft toegepast.

8. Partijen zijn het er in hoger beroep over eens dat de vraag of de overeenkomst al dan niet rechtsgeldig is opgezegd, beoordeeld dient te worden naar Belgisch recht. Tussen partijen is niet (langer) in geschil dat ingevolge de Loewe-partnerovereenkomst de bevoegde rechter de Rechtbank te Antwerpen is. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter in deze procedure in kort geding is, zoals hiervoor onder 1 al is overwogen, gebaseerd op art. 31 EEX-Verordening.

9. In een procedure in kort geding gelden de volgende uitgangspunten. Van toepassing zijn de regels van de gewone procedure, voor zover zij niet onverenigbaar zijn met de aard van het kort geding en de daarin vereiste spoed. De voorzieningenrechter heeft vrijheid bij de beoordeling of de feiten die hij nodig heeft om tot het al of niet toewijzen van de vordering te komen voldoende zijn gesteld en voldoende zijn komen vast te staan (HR 21 april 1978, NJ 1979, 194). Het gaat bij een kort geding om het treffen van een voorlopige of bewarende maatregel - in de context van deze zaak: een maatregel ter zake van een onderwerp dat binnen de werkingssfeer van de EEX-Verordening valt - die bedoeld is om een feitelijke of juridische situatie te handhaven ter bewaring van rechten waarvan erkenning langs andere weg wordt gevraagd voor de rechter die kennis neemt van het bodemgeschil (HR 6 februari 2004, NJ 2005, 403). De voorzieningenrechter dient zijn oordeel af te stemmen op een door hem te geven prognose van de beslissing van de bodemrechter. De voorzieningenrechter heeft steeds de vrijheid een voorziening te weigeren als hij de zaak niet vatbaar acht om in kort geding genoegzaam te worden toegelicht, bijvoorbeeld omdat de feiten binnen het kader van het kort geding niet voldoende tot klaarheid kunnen worden gebracht, zij het dat hij terughoudend gebruik moet maken van deze bevoegdheid (HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659). . De omstandigheid dat een rechtsvraag in geding is waarop het antwoord niet evident is, kan eveneens leiden tot behoedzaamheid (HR 29 november 2002, NJ 2003, 78). Voorts is in dit verband van belang dat voor zover Foka zich beroept op een inbreuk op art. 101 VWUE, ingevolge art. 2 van Verordening (EG) 1/2003 de stelplicht en de bewijslast van die inbreuk op haar rusten.

10. Uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag of Loewe de partnerovereenkomst mocht opzeggen is dat in de overeenkomst is bepaald dat zij opzegbaar is, mits met naleving van een opzegtermijn van een maand.

11. Aanvankelijk heeft Loewe voor de opzegging geen reden gegeven. Eerst tijdens de zitting in eerste aanleg heeft Loewe als reden voor de opzegging gegeven dat Foka onder de inkoopprijs verkoopt. Loewe heeft haar stelling dat Foka onder de inkoopprijs verkoopt onderbouwd met stukken uit diverse jaren (2006, 2007 en 2008, deels na de opzegdatum 1 oktober – productie 7 bij pleidooi in eerste aanleg). Uit de producties komt naar voren dat het (deels) om nieuwe modellen gaat. Foka heeft daartegen bij pleidooi in eerste aanleg aangevoerd dat het door Loewe aangehaalde voorbeeld een toestel betreft dat uit de collectie is gehaald. In hoger beroep voegt zij hieraan toe dat Loewe een grote partij tegen zeer lage prijzen aan Foka heeft verkocht bestaande uit restantvoorraad van toestellen die Loewe uit de collectie had genomen. Aldus verschillen partijen van mening over de feiten. Gelet op de door

Loewe overgelegde producties komt het hof echter voorshands aannemelijk voor dat sprake is geweest van verkoop onder de inkoopprijs. Voor (nadere) bewijslevering terzake leent deze procedure zich niet.

12. Het hof zal thans onderzoeken of de grond voor de opzegging, art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst, in strijd is met art. 101 VWEU. De voorzieningenrechter heeft het toepasselijke recht geciteerd onder 3.1 tot en met 3.2.2 van het bestreden vonnis. Het hof verwijst hiernaar.

13. De eerste vraag die in dit verband aan de orde is, is of sprake van een overeenkomst dan wel een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Die vraag beantwoordt het hof bevestigend. Weliswaar is de opzegging door Loewe van de partnerovereenkomst op zichzelf een eenzijdige (rechts)handeling, maar deze vindt haar (rechts)grond in een contractuele bepaling, te weten art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst.

14. Vervolgens moet worden bezien of sprake is van beperking van de mededinging. Ook die vraag beantwoordt het hof bevestigend. In art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst legt Loewe Foka de verplichting op de Loewe-producten niet op een misleidende wijze aan te bieden, of te verkopen tegen bodemprijzen, speciale prijzen en/of actieprijsen. Voorshands kan hieruit afgeleid worden dat kennelijk is beoogd het prijsniveau voor de wederverkoop te beïnvloeden. Andere mededingingsbeperkingen in de overeenkomst zijn niet gesteld, zodat, als al sprake is van mededingingsbeperking, deze tot dit punt is beperkt. In haar beschikking van 5 juli 2000 (COMMP.F.1.36516 Nathan-Bricolux) heeft de Europese Commissie ten aanzien van vergelijkbare beperkingen in een zaak betreffende exclusieve distributie de conclusie getrokken dat zelfs zonder dat expliciet of objectief wordt vastgesteld vanaf welk niveau sprake is van bodemprijzen, speciale prijzen of actieprijsen, de autonomie van de distributeur om kortingen toe te kennen daardoor wordt beperkt, in vergelijking met een situatie waarin zij haar prijs volledig vrij kan vaststellen. De mededinging wordt daardoor vervalst of beperkt.

15. Aansluitend is aan de orde of sprake is van een merkbare beperking van de mededinging. Wil daarvan sprake zijn dan moet de overeenkomst op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, een invloed heeft op de mededinging die niet van geringe betekenis dient te zijn. Teneinde een en ander te kunnen bepalen dient de rechter in elk geval te beschikken over gegevens over de omzet van de partijen, de betrokken productmarkt en de betrokken geografische markt, het marktaandeel van de partijen op die markten en over de mate van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten.

Het hof constateert dat ook in hoger beroep niet of nauwelijks een inhoudelijk debat over deze punten is gevoerd. Met name Foka, op welke partij de stelplicht rust, heeft terzake niets gesteld. Dit betekent dat in dit geding te onduidelijk is of sprake is van nietigheid van art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst wegens strijd met art. 101 VWEU. Dit betekent dat de beantwoording van voormelde vraag nader onderzoek behoeft, waartoe deze procedure in kort geding zich niet leent. Klemmende redenen waarom een dergelijk feitelijk onderzoek wel zou moeten worden gevoerd binnen dit kortgeding zijn onvoldoende gesteld of gebleken.

16. Subsidiar – zo begrijpt het hof het vervolg op de toelichting op grief III – doet Foka een beroep op misbruik van bevoegdheid van Loewe, onder verwijzing naar HR 3 december 1999, NJ 2000, 120 en de redelijkheid en billijkheid. Zij legt hieraan een betoog ten grondslag dat geheel is gestoeld op Nederlands recht. Over het Belgische recht heeft Foka zich echter in het

geheel niet uitgelaten.

17. Tijdens de zitting in eerste aanleg heeft Loewe gemotiveerd aangevoerd dat de opzegging in overeenstemming is met het Belgische recht. Zij heeft er daarbij op gewezen dat het handelen van Foka onder Belgisch recht strafbaar is. Het hof neemt voorshands aan dat Loewe hier doelt op art. 40 van de Belgische Wet op de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument. Deze bepaling verbiedt elke handelaar een product met verlies te koop aan te bieden of te verkopen. Foka heeft niet bestreden dat deze regeling via de toepasselijkheid van Belgisch recht in de partnerovereenkomst is geïncorporeerd, dus het hof zal daarvan uitgaan.

Voorts heeft Foka niet weersproken dat de partnerovereenkomst naar Belgisch recht op zichzelf in beginsel opzegbaar is. Nu het een duurovereenkomst betreft, komt het principe van opzegbaarheid het hof ook niet onaannemelijk voor. Het hof ziet er niet aan voorbij dat in art. 3 lid 3 van Verordening (EG) 1/2003 is bepaald dat lidstaten bevoegd zijn om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen. Dat roept de vraag op of deze bepaling toelaat dat art. 40 van de Belgische Wet op de handelspraktijken (ook) wordt toegepast in een situatie als de onderhavige waarin het nationale recht van die lidstaat op een overeenkomst van toepassing is maar het handelen niet plaatsvindt op het grondgebied van die lidstaat. Deze (rechts)vraag leent zich echter niet voor een beantwoording in kort geding. Dit betekent dat er voorshands van moet worden uitgegaan dat de overeenkomst op de aangegeven grond opzegbaar is.

17. Samenvattend oordeelt het hof dat Loewe gemotiveerd en gestaafd met producties naar voren heeft gebracht dat Foka Loewe-producten heeft aangeboden tegen prijzen die liggen onder de inkoopprijs en aldus heeft gehandeld in strijd met art. 6 van de Loewe-partnerovereenkomst. Foka heeft dit onvoldoende weersproken.

Verder moet er voorshands van worden uitgegaan dat de Loewe partnerovereenkomst naar Belgisch recht op deze grond opzegbaar is.

Voor het oordeel dat de opzegging in strijd is met het Europese mededingingsrecht bestaat voorshands geen ruimte. Het hof acht de opzegging door Loewe daarom voorshands ook niet onrechtmatig op die grond.

Dit betekent dat (op grond van het voorliggende materiaal) voorshands onvoldoende aannemelijk is dat in een in België te voeren bodemprocedure geoordeeld zal worden dat Loewe ook na 1 oktober 2008 aan Foka producten en diensten dient te leveren.

18. De grieven I tot en met III falen. De grieven IV en V hebben geen zelfstandige betekenis en behoeven derhalve geen afzonderlijke bespreking meer. Nu de grieven falen, zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd en zal Foka als in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam van 13 november 2008;
- veroordeelt Foka in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Loewe tot op heden begroot op €313,-- aan verschotten en €894,-- aan salaris advocaat;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.C.M. van Dijk, W.A.J. van Lierop en T.G.M. Simons en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 6 juli 2010 in aanwezigheid van de griffier.