

## Hoge Raad, 8 januari 2010, Alfa Romeo



### ONGEORLOOFDE CONCURRENTIE

#### Bewust profiteren van wanprestatie door dealers kan onrechtmatig zijn

- Indien een niet aan het distributiestelsel gebonden handelaar, producten verhandelt die hij heeft verkregen door bewust gebruik te maken van de omstandigheid dat een gebonden handelaar jegens de distributeur een contractuele verplichting schendt kan dit jegens die gebonden handelaren onrechtmatig zijn.

Indien een niet aan het distributiestelsel gebonden handelaar

(a) producten verhandelt die hij heeft verkregen door bewust gebruik te maken van de omstandigheid dat een gebonden handelaar, die wel behoort tot het selectieve distributiestelsel, jegens de distributeur een door deze hem opgelegde contractuele verplichting met betrekking tot het verder verhandelen van die producten of tot de daarbij te bedingen voorwaarden schendt,

(b) door het verhandelen van die aldus verkregen producten in concurrentie treedt met gebonden handelaren op wie een gelijke contractuele verplichting rust, en

(c) daarbij ter bevordering van het eigen bedrijf profiteert van de omstandigheid dat deze gebonden handelaren jegens hem in een ongunstige positie verkeren doordat zij zich aan de bedoelde contractuele verplichting houden,

kan dit jegens die gebonden handelaren onrechtmatig zijn.

- Bovendien kan de hiervoor onder (a) tot en met (c) omschreven - oneerlijke - concurrentie tegenover de distributeur onrechtmatig zijn indien het distributiestelsel wordt ondermijnd, bijvoorbeeld doordat andere aan het stelsel gebonden handelaren zich eveneens aan hun verplichtingen gaan onttrekken of hun gebondenheid aan het stelsel beëindigen, dan wel derden om die reden niet tot het stelsel willen toetreden.

3.5.3 Het hof heeft in het midden gelaten of de dealers in het distributiestelsel van ARN en Fiat ten opzichte van [verweerder] c.s. in een ongunstige positie verkeren, zodat bij de beoordeling van de klacht ervan moet worden uitgegaan dat dit het geval is. Bij die stand van zaken kan de omstandigheid dat die ongunstige positie

een gevolg is van het door ARN en Fiat verkozen distributiestelsel en de daarin geldende verkoopstandaarden, en die keuze [verweerder] c.s. niet regaardeert, niet leiden tot de door het hof daaraan verbonden conclusie dat geen sprake is van onrechtmatige concurrentie van [verweerder] c.s. jegens de dealers. Ten aanzien van de dealers valt in het algemeen niet in te zien op grond waarvan de keuze die de distributeur maakt voor bepaalde verkoopstandaarden binnen het distributiestelsel, voor rekening van de dealers zou moeten worden gebracht in die zin dat het profiteren van de ongunstige positie van de dealers niet onrechtmatig jegens hen zou zijn.

Wel kan onder omstandigheden de keuze van de distributeur voor bepaalde verkoopstandaarden een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de hiervoor genoemde concurrentie onrechtmatig is jegens de distributeur, maar zodanige omstandigheden heeft het hof niet kenbaar in zijn overwegingen betrokken.

Vindplaatsen: LJN: [BJ9352](#); BIE 2010, nr. 26, p. 160, m.nt. Van Nispen; IER 2010, nr. 53, p. 372, m.nt. Speyart

### Hoge Raad, 8 januari 2010

(D.H. Beukenhorst, A. Hammerstein, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel en W.D.H. Asser)

Arrest

in de zaak van:

ALFA ROMEO NEDERLAND B.V., gevestigd te Hilversum,

EISERES tot cassatie,

advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel,

t e g e n

1. [Verweerder 1], wonende te [woonplaats],

2. [Verweerder 2], gevestigd te [vestigingsplaats],

VERWEERDERS in cassatie,

niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als ARN en [verweerder] c.s., verweerders afzonderlijk ook als [verweerder 1] respectievelijk [verweerder 2].

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

ARN heeft bij exploit van 10 maart 2006 [verweerder] c.s. in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Dordrecht en, na wijziging van eis, gevorderd, kort gezegd, [verweerder] c.s. op straffe van een dwangsom te veroordelen om:

a. primair: geen nieuwe motorvoertuigen van het merk Alfa Romeo te betrekken binnen de Europese Economische Ruimte (verder: EER) met het oogmerk deze voertuigen om commerciële redenen in staat van nieuw te (doen) wederverkopen;

subsidiair: deze voertuigen niet te betrekken van een Alfa Romeo-dealer binnen de EER, althans binnen Nederland.

b. geen nieuwe motorvoertuigen van het merk Alfa Romeo meer ten toon te stellen en te (weder-)verkopen zolang Fiat Auto S.p.A. binnen de gehele EER selectief distribueert.

c. de door [verweerder 1] en/of [verweerder 2] op voorraad gehouden, van erkende Alfa Romeo-dealers

binnen de EER afgenomen nieuwe motorvoertuigen van het merk Alfa Romeo niet langer om commerciële redenen in staat van nieuw te wederverkopen en met ARN in contact te treden omtrent de bestemming van deze voertuigen.

d. binnen 30 werkdagen na betekening van het vonnis aan ARN opgaaf te doen van de identiteit van de Alfa Romeo-dealer(s) of andere onderneming(en) van wie [verweerder 1] en/of [verweester 2] nieuwe voertuigen van het merk Alfa Romeo heeft betrokken gedurende de laatste 12 maanden voor de betekening van het vonnis.

e. [verweerder] c.s. hebben de vorderingen bestreden. De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 7 april 2006 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft ARN hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. ARN heeft in hoger beroep de grondslag van haar vordering vermeerderd. [verweerder] c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 17 januari 2008 heeft het hof, in het principale en incidentele beroep, het bestreden vonnis bekrachtigd.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

## **2. Het geding in cassatie**

Tegen het arrest van het hof heeft ARN beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Tegen [verweerder] c.s. is verstek verleend.

De zaak is voor ARN toegelicht door haar advocaat en door mr. C.M. Reijnen, advocaat bij de Hoge Raad.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Lan-gemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest](#) en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

De advocaat van ARN heeft bij brief van 15 oktober 2009 op die conclusie gereageerd.

## **3. Beoordeling van het middel**

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Sedert de zomer van 2005 maakt ARN haar bedrijf van de invoer in Nederland van personenauto's van het merk Alfa Romeo en van de distributie daarvan via een selectief distributiestelsel.

(ii) Dit distributiestelsel maakt onderdeel uit van het selectieve distributiestelsel van Fiat Auto S.p.A. (hierna: Fiat) en voldoet aan de voorwaarden van Verordening (EG) 1400/2002 betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector (PbEG 2002, L 203/30).

(iii) Het is de bij dit distributiestelsel aangesloten Alfa Romeo-dealers contractueel niet toegestaan nieuwe personenauto's van dit merk te verkopen aan niet-erkende wederverkopers (het doorleververbod).

(iv) [Verweester 2] is tot in 1994 een erkende Alfa Romeo-dealer geweest, en is dat thans niet meer. In haar bedrijf in [vestigingsplaats] verkoopt [verweester 2] en biedt zij gebruikte en nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo ten verkoop aan. Voorts exploiteert [verweester 2] aldaar een leasebedrijf van personenauto's van dat merk.

(v) [Verweerder 1] heeft de volledige zeggenschap in [verweester 2].

3.2 ARN heeft in dit kort geding kort gezegd gevorderd dat [verweerder] c.s. worden veroordeeld geen nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo binnen de EER althans in Nederland van een Alfa Romeo-dealer te betrekken en de handel in, en de wederverkoop als nieuw van zulke auto's te staken. Daartoe heeft ARN onder meer gesteld dat [verweerder] c.s. nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo betrekken van een erkende Alfa Romeo-dealer die aldus, bewust of onbewust, in strijd handelt met zijn contractuele verplichting om nieuwe auto's van dit merk niet te verkopen aan wederverkopers buiten het Alfa Romeo-distributienetwerk. ARN heeft - voor zover in cassatie van belang - gesteld dat [verweerder] c.s. aldus onrechtmatig jegens (onder meer) ARN handelen, omdat zij bewust profiteren van de wanprestatie van de desbetreffende erkende dealer.

3.3 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van ARN afgewezen, en het hof heeft het bestreden vonnis bekrachtigd.

3.4.1 Het hof heeft - voor zover in cassatie van belang - terecht vooropgesteld dat het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig is, en dat het antwoord op de vraag of dergelijk bewust profiteren van andermans wanprestatie onrechtmatig jegens die derde is, afhangt van de omstandigheden van het geval. 3.4.2 Het hof oordeelde vervolgens dat de door ARN gestelde bijkomende omstandigheden voorshands ontoereikend zijn om het handelen van [verweerder] c.s. als onrechtmatig te kunnen aanmerken. Daartoe heeft het hof, voorzover van belang en kort samengevat, het volgende overwogen.

Niet aannemelijk is geworden dat [verweerder] c.s. bij de aankoop van de auto's de dealers bewust hebben misleid of dat zij, indien ervan zou worden uitgegaan dat zij het initiatief tot de transacties met de dealers hebben genomen, bij de aankoop van de auto's de grenzen van het normale contractsverkeer hebben overschreden. Van een ongeoorloofde beïnvloeding door [verweerder] c.s. van de dealers om met [verweerder] c.s. te contracteren is niet gebleken. Het enkele initiatief tot het sluiten van een zodanige koopovereenkomst is niet onrechtmatig. Bovendien zijn ARN en Fiat in staat de herkomst van de betrokken auto's te achterhalen en het lek in het distributiestelsel te dichten (rov. 8).

Dat [verweerder] c.s. andere dealers in het distributiestelsel van ARN en Fiat concurrentie kunnen aandoen, is niet onrechtmatig. Van ongeoorloofde mededinging kan niet worden gesproken. [verweerder] c.s. voeren terecht aan dat de verkoopstandaarden die in het door ARN en Fiat gehanteerde distributiestelsel gelden, berusten op een eigen keuze van ARN en Fiat. Buitenstaanders zoals [verweerder] c.s. behoeven zich niet te richten naar die standaarden. Indien al juist zou zijn dat, zoals ARN heeft gesteld maar [verweerder] c.s. gemotiveerd hebben betwist, dealers in het distribu-

tiestelsel in een ongunstiger positie zouden verkeren dan niet tot het distributiestelsel behorende wederverkopers als [verweerder] c.s., dan is deze positie een gevolg van het door ARN en Fiat verkozen distributiestelsel, dat [verweerder] c.s. niet regardeert (rov. 10).

3.5.1 Het overwogene in rov. 10 getuigt volgens onderdeel 2 van een onjuiste rechtsopvatting.

Bij de beoordeling van deze klacht is van belang dat ARN heeft gesteld dat de gebonden handelaren in een ongunstiger positie ten opzichte van [verweerder] c.s. verkeren omdat kort gezegd zij als dealers zijn gebonden aan het doorleververbod en aan verkoopstandaarden van het selectieve distributiestelsel, en zij de (daarmee gepaard gaande) investeringen moeilijker kunnen terugverdienen door het optreden van [verweerder] c.s.

[verweerder] c.s. hebben dienaangaande onder meer aangevoerd dat de invulling van de verkoopstandaarden op een eigen keuze van ARN berust. De fabrikant en de importeur kunnen deze standaarden zo kostbaar maken als zij willen, bijvoorbeeld door hogere eisen te stellen aan de kwalificaties waaraan de showroom, het personeel van de dealer of de wijze van aflevering van de auto's moet voldoen, aldus het betoog van [verweerder] c.s. in de feitelijke instanties, zoals samengevat in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.20. Blijkbaar heeft het hof dit verweer onderschreven.

3.5.2 Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld.

Indien een niet aan het distributiestelsel gebonden handelaar

(a) producten verhandelt die hij heeft verkregen door bewust gebruik te maken van de omstandigheid dat een gebonden handelaar, die wel behoort tot het selectieve distributiestelsel, jegens de distributeur een door deze hem opgelegde contractuele verplichting met betrekking tot het verder verhandelen van die producten of tot de daarbij te bedingen voorwaarden schendt,

(b) door het verhandelen van die aldus verkregen producten in concurrentie treedt met gebonden handelaren op wie een gelijke contractuele verplichting rust, en

(c) daarbij ter bevordering van het eigen bedrijf profiteert van de omstandigheid dat deze gebonden handelaren jegens hem in een ongunstige positie verkeren doordat zij zich aan de bedoelde contractuele verplichting houden,

kan dit jegens die gebonden handelaren onrechtmatig zijn.

Bovendien kan de hiervoor onder (a) tot en met (c) omschreven - oneerlijke - concurrentie tegenover de distributeur onrechtmatig zijn indien het distributiestelsel wordt ondermijnd, bijvoorbeeld doordat andere aan het stelsel gebonden handelaren zich eveneens aan hun verplichtingen gaan onttrekken of hun gebondenheid aan het stelsel beëindigen, dan wel derden om die reden niet tot het stelsel willen toetreden.

3.5.3 Het hof heeft in het midden gelaten of de dealers in het distributiestelsel van ARN en Fiat ten opzichte van [verweerder] c.s. in een ongunstige positie verkeren, zodat bij de beoordeling van de klacht ervan moet worden uitgegaan dat dit het geval is. Bij die stand van

zaken kan de omstandigheid dat die ongunstige positie een gevolg is van het door ARN en Fiat verkozen distributiestelsel en de daarin geldende verkoopstandaarden, en die keuze [verweerder] c.s. niet regardeert, niet leiden tot de door het hof daaraan verbonden conclusie dat geen sprake is van onrechtmatige concurrentie van [verweerder] c.s. jegens de dealers. Ten aanzien van de dealers valt in het algemeen niet in te zien op grond waarvan de keuze die de distributeur maakt voor bepaalde verkoopstandaarden binnen het distributiestelsel, voor rekening van de dealers zou moeten worden gebracht in die zin dat het profiteren van de ongunstige positie van de dealers niet onrechtmatig jegens hen zou zijn.

Wel kan onder omstandigheden de keuze van de distributeur voor bepaalde verkoopstandaarden een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de hiervoor genoemde concurrentie onrechtmatig is jegens de distributeur, maar zodanige omstandigheden heeft het hof niet kenbaar in zijn overwegingen betrokken.

Op grond van een en ander slaagt het onderdeel.

3.6 Onderdeel 1 klaagt, kort gezegd, dat het oordeel dat [verweerder] c.s. niet onrechtmatig hebben gehandeld door te profiteren van het feit dat de dealers in het distributiestelsel van ARN en Fiat tegenover [verweerder] c.s. in een ongunstiger positie verkeren als gevolg van hun contractuele verplichtingen aan die distributeurs, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting in het licht van de in de cassatiedagvaarding onder A 6 (i) - (ix) genoemde, deels veronderstellenderwijze als vaststaand aan te nemen omstandigheden.

Dit onderdeel behoeft na het voorgaande geen behandeling, omdat het slagen van onderdeel 2 meebrengt dat na verwijzing het door het onderdeel aan de orde gestelde geschilpunt opnieuw dient te worden onderzocht. 3.7 Onderdeel 3, dat ervan uitgaat dat hetgeen het hof overweert in rov. 8, mede dragend is voor het oordeel in rov. 10, kan niet tot cassatie leiden omdat het berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest, zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.28.

3.8 Onderdeel 4 kan niet tot cassatie leiden omdat het eveneens berust op een onjuiste lezing van het arrest, zoals is uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.30 - 2.32.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 17 januari 2008;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ARN begroot op €455,98 aan verschotten en €2.600,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president D.H. Beukenhorst als voorzitter en de raadsheren A. Hammerstein, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel en W.D.H. Asser, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 8 januari 2010.

**Conclusie A-G Langemeijer**

08/01232

Mr. F.F. Langemeijer

Zitting 2 oktober 2009

Conclusie inzake:

Alfa Romeo Nederland B.V.

tegen

1. [Verweerder 1]

2. [Verweester 2]

In dit kort geding, betreffende een stelsel van selectieve distributie van automobielen, is de vraag aan de orde of een autohandelaar buiten dit stelsel zich schuldig heeft gemaakt aan ongeoorloofde mededinging, met name door te profiteren van wanprestatie.

**1. De feiten en het procesverloop**

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten(1):

1.1.1. Sedert de zomer van 2005 maakte eiseres tot cassatie, Alfa Romeo Nederland B.V. (hierna: ARN), haar bedrijf van de invoer in Nederland van personenauto's van het merk Alfa Romeo en van de distributie daarvan via een selectief distributiestelsel van dealers(2).

1.1.2. Contractueel is het de bij dit distributiestelsel aangesloten Alfa Romeo-dealers niet toegestaan nieuwe personenauto's van dit merk te verkopen aan niet-erkende wederverkopers.

1.1.3. De tweede gedaagde in cassatie, [verweester 2], is tot in 1994 een erkende Alfa Romeo-dealer geweest en is dat thans niet meer. In haar bedrijf in [vestigingsplaats] verkoopt [verweester 2] gebruikte en nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo en biedt deze ten verkoop aan. Voorts exploiteert [verweester 2] ter plaatse een autoleasebedrijf.

1.1.4. Enig aandeelhouder en bestuurder van [verweester 2] is [A] B.V. De eerste gedaagde in cassatie, [verweerder 1], is enig bestuurder van genoemde vennootschap en van de Stichting Administratiekantoor [A], die daarvan de aandelen houdt.

1.2. Op 10 maart 2006 heeft ARN [verweerder 1] en [verweester 2] in kort geding gedagvaard voor de rechtbank te Dordrecht. ARN heeft (na wijziging van eis en samengevat) gevorderd dat [verweerder] c.s. op straffe van verbeurte van een dwangsom zal worden veroordeeld om:

a. geen nieuwe motorvoertuigen van het merk Alfa Romeo te betrekken binnen de Europese Economische Ruimte (EER) met het oogmerk deze voertuigen om commerciële redenen in staat van nieuw te (doen) wederverkopen;

(subsidiar:) deze voertuigen niet te betrekken van een Alfa Romeo-dealer binnen de EER, althans binnen Nederland.

b. geen nieuwe motorvoertuigen van het merk Alfa Romeo meer ten toon te stellen en te (weder-)verkopen zolang Fiat Auto S.p.A. binnen de gehele EER selectief distribueert.

c. de door [verweerder 1] en/of [verweester 2] op voorraad gehouden, van erkende Alfa Romeo-dealers

binnen de EER afgenomen nieuwe motorvoertuigen van het merk Alfa Romeo niet langer om commerciële redenen in staat van nieuw te wederverkopen en met ARN in contact te treden omtrent de bestemming van deze voertuigen.

d. binnen 30 werkdagen na betekening van het vonnis aan ARN opgaaf te doen van de identiteit van de Alfa Romeo-dealer(s) of andere onderneming(en) van wie [verweerder 1] en/of [verweester 2] nieuwe voertuigen van het merk Alfa Romeo heeft betrokken gedurende de laatste 12 maanden voor de betekening van het vonnis.

1.3. Aan deze vorderingen heeft ARN samengevat het volgende ten grondslag gelegd. Fiat Auto S.p.A. te Turijn (hierna kortweg: Fiat) houdt zich onder meer bezig met het vervaardigen en distribueren van personenauto's die in de gehele EER onder het merk Alfa Romeo op de markt worden gebracht. Fiat hanteert sinds 1 oktober 2003 een systeem van selectieve distributie. Dit houdt in dat zij de auto's distribueert via importeurs en daarbij aangesloten dealers. Deze moeten voldoen aan bepaalde kwalitatieve voorwaarden met betrekking tot de inrichting van hun bedrijf, de opleiding van het personeel, de wijze van productpresentatie e.d. (zgn. verkoopstandaarden) en aan andere verplichtingen, onder meer met betrekking tot de wijze waarop de auto's veiligheidscontroles ondergaan en rijklar aan de klant worden afgeleverd. Teneinde de bij de organisatie aangesloten dealers te garanderen dat zij de daarvoor benodigde investeringen kunnen terugverdienen hanteert Fiat tevens kwantitatieve selectievoorwaarden, waarmee het aantal dealers wordt beperkt. Het gaat hierbij om een gesloten distributiestelsel, hetgeen inhoudt dat de dealers zich contractueel hebben verbonden om nieuwe auto's van het merk Alfa Romeo niet te verkopen aan wederverkopers die geen deel uitmaken van het Alfa Romeo-distributienetwerk. Zij mogen nieuwe personenauto's van dit merk dus slechts verkopen aan consumenten en aan andere erkende Alfa Romeo-dealers. Voor Nederland heeft Fiat ARN aangesteld als importeur.

ARN heeft ontdekt dat [verweester 2] aan consumenten in Nederland personenauto's van het merk Alfa Romeo in staat van nieuw te koop aanbiedt, soms al vóórdat de gecoördineerde introductie in Nederland van het desbetreffende nieuwe model door ARN heeft plaatsgevonden. Deze handelwijze is slechts mogelijk indien [verweester 2] deze nieuwe auto's direct of indirect betreft van een erkende Alfa Romeo-dealer die - bewust of onbewust - in strijd handelt met zijn contractuele verplichting om nieuwe auto's van dit merk niet te verkopen aan wederverkopers buiten het Alfa Romeo-distributienetwerk, zoals [verweester 2]. [Verweester 2] en [verweerder 1] zijn met het gesloten distributiestelsel van Alfa Romeo bekend. ARN stelde dat [verweester 2] en/of [verweerder 1] deze contractbreuk hebben uitgelokt door misleiding van de desbetreffende dealer of op een andere onoirbare wijze. Daarnaast stelde ARN dat [verweester 2] en/of [verweerder 1] bewust profiteren van de wanprestatie van de desbetreffende erkende dealer en daarmee onrechtmatig

handelen jegens ARN. ARN heeft zich jegens Fiat contractueel verbonden om in Nederland dit distributiestelsel te handhaven.

1.4. [verweerder] c.s. heeft het spoedeisend belang van ARN bij de gevorderde voorzieningen bestreden. Inhoudelijk heeft [verweerder] c.s. betwist onrechtmatig jegens ARN te hebben gehandeld. Op de inhoud van het verweer kom ik hierna nog terug.

1.5. Bij vonnis van 7 april 2006(3) heeft de voorzieningenrechter de vordering van ARN afgewezen. De voorzieningenrechter achtte een spoedeisend belang aanwezig (rov. 5.1 Rb). De voorzieningenrechter stelde - in hoger beroep onbestreden - voorop dat op grond van art. 4 Verordening (EG) 1400/2002 de vordering niet toewijsbaar is voor zover zij ertoe strekt [verweerder] c.s. te verbieden als tussenpersoon in opdracht van een specifieke eindgebruiker nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo aan te kopen. Hetzelfde geldt voor zover [verweester 2] op eigen naam nieuwe personenauto's van dit merk aankoopt ten behoeve van het door [verweester 2] geëxploiteerde autoleasebedrijf, waarbij de voorzieningenrechter ervan uitging dat het om operational lease gaat(4) (rov. 5.3 - 5.4 Rb).

1.6. Volgens het vonnis stranden de vorderingen van ARN bij gebrek aan belang voor zover zij zijn gebaseerd op oneerlijke concurrentie jegens een ander dan ARN zelf (rov. 5.5 Rb). Met betrekking tot het gestelde onrechtmatig handelen jegens ARN zelf stelde de voorzieningenrechter voorop dat het enkele handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, niet onrechtmatig is jegens die derde; of een dergelijk handelen onrechtmatig is jegens die derde, hangt af van de omstandigheden van het geval (rov. 5.6.3 Rb). De voorzieningenrechter achtte de volgende, door ARN naar voren gebrachte omstandigheden daartoe onvoldoende: dat [verweester 2] weet dat de Alfa Romeo-dealer, bij wie zij een nieuwe auto van dit merk koopt met de bedoeling deze door te verkopen, wanprestatie pleegt; dat ARN c.q. Fiat een gesloten selectief distributiestelsel in stand houdt; dat [verweester 2], anders dan de erkende dealers, zich niet hoeft te houden aan de door ARN voorgeschreven verkoopstandaarden; dat [verweester 2] in het verleden Alfa Romeo-dealer is geweest; dat ARN c.q. Fiat aan de erkende Alfa Romeo-dealers instructies geeft omtrent de wijze van aflevering, waarvan sommige betrekking hebben op de veiligheid, terwijl [verweester 2] die instructies niet krijgt en (dus) niet naleeft (rov. 5.6.4 - 5.6.9 Rb).

1.7. ARN heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. In verband met de vraag, jegens wie [verweester 2] onrechtmatig zou handelen, heeft ARN in hoger beroep de grondslag van haar vordering vermeerderd in die zin dat het handelen van [verweerder] c.s. (ook) onrechtmatig is jegens [B] B.V. en jegens één van de tot het distributienetwerk behorende Alfa Romeo-dealers, te weten B.V. [D], handelend onder de naam [C]. Deze twee vennootschappen hebben een door hen op grond van onrechtmatige daad gepretendeerde vordering tegen

[verweerder] c.s. gecedeerd aan ARN(5). [Verweerder] c.s. heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

1.8. Bij arrest van 17 januari 2008(6) heeft het hof het beroepen vonnis bekrachtigd. De redengeving omvat de volgende stappen:

- Uitgangspunt is dat het selectieve distributiestelsel van Fiat resp. ARN voldoet aan de voorwaarden van Verordening (EG) 1400/2002. Dit betekent dat de distributieovereenkomsten tussen de importeurs en de dealers, niettegenstaande de daarin voorkomende beperkingen van de mededinging, van het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG zijn vrijgesteld. Eén van die beperkingen vormt het contractuele verbod om nieuwe auto's van het merk Alfa Romeo te verkopen aan niet-erkende wederverkopers (rov. 5).

- De Verordening bevat geen regels ten aanzien van het handelen van derden, zoals [verweester 2], die geen partij zijn bij de distributieovereenkomst. In het bijzonder staat de Verordening niet eraan in de weg dat een marktdeelnemer die noch een erkende dealer is, noch een door de consument gevolmachtigde tussenpersoon, zich bezighoudt met de parallelimport van nieuwe voertuigen en deze vervolgens als onafhankelijk wederverkoper doorverkoopt (rov. 5)(7).

- Het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, is op zichzelf niet onrechtmatig jegens die derde. Of een dergelijk, gewoonlijk als profiteren of gebruikmaken van wanprestatie aangeduid, handelen jegens die derde onrechtmatig is, hangt af van de omstandigheden van het geval (rov. 6)(8).

- Evenals de voorzieningenrechter acht het hof de door ARN aangevoerde omstandigheden niet toereikend om het handelen van [verweerder] c.s. als onrechtmatig te kwalificeren (rov. 7). Het hof acht niet voldoende aanemelijk gemaakt dat [verweerder] c.s. bij de aankoop van de auto's een of meer dealers/verkopers bewust heeft misleid of anderszins op een ongeoorloofde wijze beïnvloed. De enkele omstandigheid dat [verweerder] c.s. het initiatief tot aankoop hebben genomen is niet voldoende om van uitlokking te spreken (rov. 8).

- Volgens het hof heeft ARN niet voldoende feiten en omstandigheden gesteld die haar stelling kunnen schragen dat het handelen van [verweerder] c.s. het merkimago, de veiligheid en/of de kwaliteit van de (distributie van) nieuwe Alfa Romeo-voertuigen aantast (rov. 9). Weliswaar is duidelijk dat [verweerder] c.s. de dealers binnen het distributienetwerk van ARN en Fiat concurrentie aandoet, maar dat is niet onrechtmatig. [Verweerder] c.s. voert terecht het verweer dat de in het distributienetwerk van ARN en Fiat gehanteerde verkoopstandaarden berusten op een eigen keuze van ARN en Fiat. Indien al juist zou zijn dat de erkende dealers binnen dit netwerk in een ongunstiger positie verkeren dan niet gebonden buitenstaanders als [verweester 2] ([verweerder] c.s. heeft die stelling gemotiveerd betwist, door te verwijzen naar de aan het dealerschap verbonden voordelen zoals kortingen), dan is die positie een gevolg van het door ARN en Fiat verkozen distributiestelsel, dat [verweerder] c.s. niet regardeert (rov. 10).

1.9. ARN heeft - tijdig(9) - beroep in cassatie ingesteld. In cassatie is tegen [verweerder] c.s. verstek verleend. ARN heeft het cassatiemiddel schriftelijk laten toelichten.

## 2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Art. 81, lid 1, EG verbiedt, kort gezegd, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het artikellid noemt in het bijzonder een aantal verboden gedragingen.

2.2. Het derde lid van art. 81 houdt in dat de bepalingen van het eerste lid van dat artikel onder bepaalde voorwaarden buiten toepassing kunnen worden verklaard. Van deze uitzonderingsmogelijkheid is gebruik gemaakt in Verordening (EG) 1400/2002 van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector(10), hierna ook wel aangeduid als: "de groepsvrijstelling". De Verordening biedt onder bepaalde, nauwkeurig omschreven voorwaarden aan autofabrikanten de mogelijkheid om een selectief distributiestelsel op te zetten. Het begrip 'selectief distributiestelsel' wordt in art. 1, lid 1 onder f, omschreven als volgt:

"een distributiestelsel waarbij de leverancier zich ertoe verbindt de contractgoederen of -diensten, direct of indirect, alleen te verkopen aan distributeurs of herstellende die op grond van gespecificeerde criteria zijn uitgekozen en waarbij deze distributeurs of herstellende zich ertoe verbinden deze goederen of diensten niet aan niet-erkende distributeurs of onafhankelijke herstellende te verkopen, onverminderd de mogelijkheid om reserveonderdelen aan onafhankelijke herstellende te verkopen of de verplichting om alle technische informatie, diagnoseapparatuur, gereedschap en opleiding welke noodzakelijk zijn voor de herstelling en het onderhoud van motorvoertuigen of voor de tenuitvoerlegging van milieubescherpende maatregelen, aan onafhankelijke marktdeelnemers te verstrekken".

2.3. De groepsvrijstelling voor de automobielsector is de vrucht van uitvoerige, in de considerans van de Verordening omschreven overwegingen. Daarbij moest een middenweg worden gezocht tussen enerzijds de bevordering van de vrije mededinging in de gemeenschappelijke markt en anderzijds het bevorderen van economische efficiency binnen een productie- of distributieketen door een betere coördinatie tussen de deelnemende ondernemingen mogelijk te maken(11). Het toepassingsgebied is omschreven in art. 2 van de Verordening. In dit cassatiegeding is buiten geschil dat het onderhavige stelsel van selectieve distributie van nieuwe personenauto's als zodanig binnen het toepassingsgebied van de groepsvrijstelling valt. Dit geldt ook voor het contractueel verbod voor aangesloten Alfa Romeo-dealers om nieuwe personenauto's van dit merk

te verkopen aan wederverkopers die zelf niet tot het netwerk van erkende Alfa Romeo-dealers behoren. De Verordening kent algemene voorwaarden (art. 3), bepalingen omtrent de zgn. 'harde kern'-bepalingen (art. 4) en bijzondere voorwaarden voor de vrijstelling (art. 5)(12). De Europese Commissie heeft een brochure uitgegeven met voorlichting over de Verordening en haar antwoord op frequent asked questions(13).

2.4. De groepsvrijstelling - voor zover van belang voor dit geding - heeft blijkens art. 2 van de Verordening betrekking op verticale overeenkomsten, die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen nieuwe motorvoertuigen kunnen kopen, verkopen of doorverkopen. De beperking heeft geen betrekking op de verkoop van gebruikte auto's. Het is dus mogelijk, dat een particulier bij een erkende dealer in het gesloten distributienetwerk een nieuwe auto van dit merk koopt, deze op de weg in gebruik neemt en vervolgens in gebruikte staat doorverkoop. Een gesloten distributiestelsel kan worden omzeild indien een particulier een nieuwe auto bij een (buitenlandse) dealer koopt en deze in staat van nieuw doorverkoop. De Europese Commissie heeft daaromtrent in haar brochure het standpunt ingenomen dat de vraag of een motorvoertuig 'nieuw' is, moet worden beantwoord aan de hand van het handelsgebruik. Voor een afnemer is een voertuig niet langer 'nieuw' wanneer het voertuig eenmaal is ingeschreven en door een andere consument op de weg is gebracht. Een voertuig dat voor één dag door een dealer is geregistreerd zonder dat het is gebruikt, geldt voor de Commissie nog steeds als 'nieuw'. Ook kan een gesloten distributiestelsel worden omzeild indien een autohandelaar zich tegenover een erkende dealer ten onrechte voordoet als een tussenpersoon of agent met aankoopbevoegdheid namens een individuele consument in de zin van de considerans van de Verordening onder 14. De Europese Commissie heeft daaromtrent in haar brochure het standpunt ingenomen dat de verkopende autodealer aan een zodanige tussenpersoon om een bewijs van zijn volmacht mag vragen(14).

2.5. In hoger beroep heeft ARN de vraag besproken wat een bij het distributiestelsel aangesloten Alfa Romeo-dealer (in binnen- of buitenland) kan hebben bezield om nieuwe personenauto's van dit merk aan [verweerder] c.s. te verkopen, hoewel verkoop aan een wederverkoper buiten de kring van erkende Alfa Romeo-dealers contractueel niet is toegestaan. ARN noemde de mogelijkheid dat [verweerder 1] zich tegenover die dealer heeft voorgedaan als een gewone consument en de mogelijkheid dat [verweerder 2] zich ten onrechte heeft voorgedaan als een operationeel leaseaansluiting, die voor de toepassing van de Verordening als een eindverbruiker wordt beschouwd(15). Het hof heeft de door ARN gestelde uitlokking van wanprestatie door middel van misleiding of andere onvoorspelbare beïnvloeding van de dealer/verkoper echter niet aannemelijk geacht. Dat oordeel, feitelijk van aard, is in cassatie niet bestreden.

2.6. Het middel noemt onder 6 een achttal omstandigheden die in cassatie - ten dele: veronderstellenderwijs - zouden vaststaan, te weten:

- (i) dat [verweerder] c.s. bewust profiteert van wanprestatie van aan ARN's en/of Fiats (destijds mede door [B] B.V. beheerde) distributiestelsel gebonden dealers, door van hen nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo te kopen met de bedoeling deze ten toon te stellen en tot wederverkoop ervan over te gaan;
- (ii) dat [verweerder] c.s. door het verhandelen van deze voertuigen in concurrentie treden met de gebonden Alfa Romeo-dealers;
- (iii) dat [verweerder] c.s. profiteert van het feit dat de gebonden dealers vanwege hun gebondenheid aan het doorleververbod en de kwaliteitsstandaarden in een ongunstiger positie verkeren (dan [verweester 2]), zulks terwijl deze dealers op een 'level playing field' mochten vertrouwen en het door deze verstoring voor de gebonden dealers moeilijker wordt om hun investering terug te verdienen(16);
- (iv) dat [verweerder] c.s. aldus het distributienetwerk van ARN ondermijnt;
- (v) dat het distributiestelsel van ARN en Fiat gesloten is en niet-exclusief;
- (vi) dat [verweerder] c.s. gecoördineerde productintroducties van ARN en haar gebonden dealers doorkruist;
- (vii) dat [verweerder] c.s. consumenten misleidt over haar relatie met de producent;
- (viii) dat [verweerder] c.s. afdoet aan ARN's mogelijkheden haar investeringen in de door haar via het distributiestelsel gehandhaafde kwaliteitsstandaarden terug te verdienen.

2.7. Onderdeel I klaagt dat, indien het hof van oordeel is dat [verweerder] c.s. onder de zo-even genoemde omstandigheden niet onrechtmatig jegens ARN c.s. handelt door te profiteren van de wanprestatie van de erkende dealer(s) bij wie zij nieuwe auto's van dit merk betreft, dat oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Ter toelichting op deze klacht wordt aangevoerd dat wanneer iemand door het verhandelen van producten die hij daartoe bewust heeft verkregen door gebruikmaking van wanprestatie in een contractuele verplichting van een gebonden handelaar jegens de betreffende distributeur (door ARN genoemd: vereiste i), in concurrentie treedt met andere gebonden handelaren op wie een gelijke contractuele verplichting rust (vereiste ii), en hiermee profiteert van het feit dat laatstgenoemde handelaren door hun contractuele binding aan die distributeur tegenover de profiteur in een ongunstiger positie verkeren (vereiste iii), handelt de profiteur volgens het middelonderdeel in beginsel onrechtmatig jegens die distributeur, indien dit handelen de door die distributeur in stand gehouden verkooporganisatie ondermijnt. Dit geldt volgens ARN temeer indien de desbetreffende verkooporganisatie gesloten en niet-exclusief is.

2.8. Subsidiar, voor het geval het hof niet is uitgegaan van de in onderdeel I bestreden rechtsopvatting, klaagt onderdeel II dat het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd, door in rov. 10 te overwegen dat de in het

door ARN en Fiat gehanteerde distributiestelsel geldende verkoopstandaarden berusten op een eigen keuze van ARN en Fiat. Dat is volgens de klacht een aan dergelijke distributiestelsels inherente omstandigheid, die niet in de weg staat aan eventuele onrechtmatigheid van het profiteren van wanprestatie. Volgens de klacht had het hof alle door ARN aangevoerde omstandigheden kenbaar en in onderling verband bij zijn oordeel moeten betrekken.

2.9. Deze twee middelonderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Het beginsel van de relativiteit van de contractswerking en, vooral, het beginsel van de vrije concurrentie in het economische verkeer brengen mee dat het enkele feit dat een producent langs contractuele weg een verkooporganisatie voor zijn producten in het leven roept, voor een niet tot deze verkooporganisatie behorende handelaar (de zgn. 'buitenstaander') niet zonder meer een rechtsplicht scheidt om zich van het verhandelen van die producten te onthouden(17). Het bewust uitlokken van wanprestatie levert in beginsel een onrechtmatige daad op jegens de benadeelde derde(18). Bewuste uitlokking is in dit geval door het hof onvoldoende aannemelijk geacht. Het drijven van handel met een gebonden handelaar van wie men weet dat deze daardoor een overeenkomst met een derde (de producent) schendt, is op zichzelf niet onrechtmatig jegens deze derde. Daarvoor is meer nodig, namelijk een bijkomende omstandigheid die het handelen van de buitenstaander jegens de producent onbetamelijk maakt; in dit verband gelden "stringente voorwaarden"(19). Zie voor deze maatstaf HR 26 januari 2007, NJ 2007, 78, rov. 3.4:

"Ingevolge vaste rechtspraak van de Hoge Raad is het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dat handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig (HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246). Van onrechtmatigheid is pas sprake indien die aangesproken partij weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door het sluiten van de desbetreffende overeenkomst, kort gezegd, wanprestatie pleegt jegens een derde, en bovendien sprake is van bijkomende omstandigheden (zie onder meer HR 17 mei 1985, nr. 6663, NJ 1986, 760). Dezelfde normen hebben te gelden wanneer (...) op de in de vorige zin bedoelde wederpartij niet een verbintenis uit overeenkomst rust, maar uit de wet."

2.10. De klacht bouwt voort op het zo-even genoemde arrest, HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246 m.nt. HB, waarop in het debat in hoger beroep al een beroep was gedaan. In die zaak ging het om een Duitse vennootschap die haar producten slechts aan die ondernemingen in Duitsland verkocht die zich tegenover haar hadden verplicht deze producten niet te exporteren en uitsluitend te leveren aan detailhandelaren die zich op hun beurt verplichtten zich van export te onthouden. Hiermee beoogde die Duitse vennootschap haar producten exclusief te exporteren via haar alleenimporteurs in andere landen. Vervolgens bleek dat Nederlandse handelaren producten van deze vennootschap in Nederland verhandelen, welke zij hadden verkregen doordat een in Duitsland gevestigde handelaar, naar zij

wisten, zijn jegens die Duitse vennootschap aangegane verplichting om niet te exporteren had geschonden.

2.11. De Hoge Raad stelde voorop dat het handelen met iemand terwijl men weet dat deze door dit handelen een door hem met een derde gesloten overeenkomst schendt, op zichzelf jegens die derde niet onrechtmatig is. Echter, degene die door het verhandelen van producten welke hij heeft verkregen door gebruik te maken van de omstandigheid dat een handelaar een contractuele verplichting schendt, in concurrentie treedt met handelaren op wie een gelijke contractuele verplichting rust, kan in strijd komen met de zorgvuldigheid welke hem jegens dezen betaamt, indien hij de met behulp van contractbreuk verkregen gelegenheid benut om ter bevordering van het eigen bedrijf bij het verhandelen van de producten te profiteren van de omstandigheid dat zijn concurrenten, doordat zij zich aan de bedoelde contractuele verplichting (bijv. met betrekking tot de prijs) houden, tegenover hem in een ongunstige positie verkeren. Er is dan sprake van oneerlijke concurrentie jegens de gebonden handelaren. Volgens de Hoge Raad kan zodanige concurrentie, waarbij voordeel wordt getrokken van de door de fabrikant van die producten tot stand gebrachte verkooporganisatie en de daardoor gevestigde contractuele gebondenheid van hen die trouw blijven aan hun verplichtingen, leiden tot een verstoring van die verkooporganisatie. Zij kan immers tot gevolg hebben dat anderen die tot deze verkooporganisatie behoren eveneens hun verplichtingen gaan verzuimen(20) of hun gebondenheid gaan beëindigen en dat derden de met het deelnemen aan de verkooporganisatie gepaard gaande gebondenheid niet willen aanvaarden. Ofschoon de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid niet zo ver gaat dat men zich jegens een fabrikant van het verhandelen van zijn door wanprestatie verkregen producten zou moeten onthouden enkel omdat daardoor diens verkooporganisatie wordt ondermijnd, kan het ondermijnen van de verkooporganisatie, indien dit geschiedt door concurrentie als hiervoor omschreven, onder omstandigheden jegens die fabrikant in strijd met die zorgvuldigheid zijn.

2.12. Uitgaande van deze maatstaf, heeft het hof in rov. 6 mogen overwegen dat het nemen van initiatief (door [verweerder] c.s.) tot het sluiten van koopovereenkomsten met gebonden dealers op zichzelf nog niet onrechtmatig is jegens ARN. Het hof sluit niet uit dat [verweerder] c.s. bewust profiteert van de wanprestatie van de (binnen- of buitenlandse) Alfa Romeo-dealer van wie zij nieuwe auto's van dit merk betreft, maar is van oordeel dat dit onder de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig is jegens ARN c.s. Het hof heeft het onder (i) genoemde vereiste van onderdeel I dus in zijn oordeel betrokken.

2.13. Met betrekking tot het onder (ii) genoemde vereiste van onderdeel I gaat het hof blijkens rov. 10 ervan uit dat [verweerder] c.s. gebonden dealers in het distributienetwerk van ARN en/of Fiat, concurrentie kan aandoen. Die concurrentie is volgens het hof onder de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig. Hieruit

volgt dat het hof ook dit vereiste in zijn oordeel heeft betrokken.

2.14. Met betrekking tot het onder (iii) genoemde vereiste van onderdeel I, laat het hof uitdrukkelijk in het midden of de gebonden dealers, vanwege hun gebondenheid aan het doorleververbod en de verkoopstandaarden van Alfa Romeo, in een ongunstiger positie verkeren dan [verweester 2]. Over deze vraag verschillen partijen van mening. Dit betekent dat in cassatie recht moet worden gedaan op de hypothetische grondslag dat de gebonden dealers inderdaad in een ongunstiger positie verkeren. Het hof heeft beslist dat deze ongunstiger positie "een gevolg [is] van het door ARN en Fiat verkozen distributiestelsel", dat [verweerder] c.s. volgens het hof niet regardeert (rov. 10 slot).

2.15. Zoals ARN in onderdeel II opmerkt, is aan een stelsel van selectieve distributie eigen, dat de bij dat stelsel aangesloten bedrijven gebonden zijn aan bepaalde verplichtingen jegens elkaar en/of jegens de producent of diens importeur. De omstandigheid dat zij zich contractueel hebben verbonden om bepaalde inspanningen te verrichten of bepaalde handelingen achterwege te laten kan hen - voor wat betreft de door hen aan de consument in rekening te brengen verkoopprijs - in een ongunstiger concurrentiepositie brengen dan de 'buitenstaander' die, als een zgn. 'free rider', profijt trekt van het imago van het selectief gedistribueerde product zonder dat hij de kosten behoeft te maken die nodig zijn om dat imago in stand te houden. De bestreden overweging miskent aldus de maatstaf die in het aangehaalde arrest van 12 januari 1962 is gegeven.

2.16. De vraag dringt zich op, waarom het hof deze weg heeft gekozen. Gezien het in hoger beroep tussen partijen gevoerde debat, acht ik het waarschijnlijk dat het hof bij het nemen van de bestreden beslissing het oog heeft gehad op de jurisprudentie waarop [verweerder] c.s. een beroep had gedaan. [Verweerder] c.s. had aangevoerd dat het feit dat een verkooporganisatie op een zodanige wijze is ingericht dat zij voor een bepaalde vorm van concurrentie kwetsbaar is, anderen niet ervan behoeft te weerhouden zich van die vorm van concurrentie te bedienen; vgl. HR 27 juni 1986, NJ 1987, 191, m.nt. E.A. Nieuwenhoven Helbach, rov. 4.3: "Tegen de achtergrond van het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf wettigt echter de omstandigheid dat het bedrijf van Decca zo is ingericht dat zij de voor het voortzetten daarvan benodigde inkomsten uitsluitend kan verkrijgen door verhuur van bepaalde toestellen op zich zelf niet een ander te verbieden soortgelijke toestellen te verkopen tegen een prijs die aankoop van zo'n toestel aantrekkelijker maakt dan huren van Decca: een ieder draagt het risico van de wijze waarop hij zijn bedrijf heeft ingericht."

2.17. Bij de waardering van dit argument mag niet worden vergeten dat de zaak Decca niet een geval betrof van bewust profiteren van wanprestatie. De maatstaf uit het arrest van 27 juni 1986 is niet in tegenspraak met die uit het arrest van 12 januari 1962, omdat beide arresten uitgaan van het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf. In het arrest van 12 januari 1962 is

aangegeven dat, niettegenstaande het uitgangspunt van de vrijheid van handel en bedrijf, onder bepaalde omstandigheden het bewust profiteren van andermans wanprestatie toch in strijd kan zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

2.18. Tot op zekere hoogte acht ik de overweging van het hof, dat een ieder het risico draagt van de wijze waarop hij zijn bedrijf heeft ingericht, wel relevant. Ik denk hierbij met name aan de door ARN als grondslag voor haar vordering aangevoerde - en ook in het cassatiemiddel genoemde - omstandigheid dat [verweerster 2] de door ARN gecoördineerde productintroducties doorkruist door bepaalde nieuwe modellen van Alfa Romeo in Nederland aan te bieden kort vóórdat de door ARN georganiseerde 'officiële' presentatie van deze nieuwe modellen in Nederland plaatsvindt. Volgens ARN is het om logistieke redenen voor de fabrikant Fiat niet doenlijk nieuwe modellen in de gehele EER op hetzelfde tijdstip op de markt te brengen(21). [Verweerster 2] heeft tot verweer aangevoerd dat de bij ARN aangesloten dealers ook zelf die nieuwste modellen hadden kunnen betrekken bij een buitenlandse erkende dealer(22). Met betrekking tot dit punt van geschil gaat het derhalve om de stelling dat de interne bedrijfsorganisatie van Fiat en/of ARN zodanig is ingericht dat zij voor een bepaalde vorm van concurrentie kwetsbaar is. In het kader van een belangenafweging mag de rechter mijns inziens beslissen dat een omstandigheid zoals de aangevoerde "logistieke problemen" van Fiat onvoldoende grond opleveren voor het oordeel dat [verweerder] c.s. onrechtmatig jegens ARN handelt.

2.19. De in HR 12 januari 1962 gegeven maatstaf verlangt in feite het maken van een analyse, of daadwerkelijk sprake is van een concurrentievoordeel van de in rechte aangesproken 'buitenstaander' ten opzichte van de bij het selectieve distributiestelsel aangesloten dealers. Dit spreekt het meest tot de verbeelding in het geval van een gesloten verkooporganisatie anno 1962 met verticale prijsafspraken: de prijsbreker heeft een voordeel ten opzichte van de bij het stelsel aangesloten dealers die aan een minimumverkoopprijs vastzitten. Van prijsafspraken is in dit geding geen sprake: de selectieve distributie heeft bij ARN de vorm gekregen van bepaalde verkoopstandaarden en verplichtingen van de dealer met betrekking tot de aflevering van de auto's en de nazorg. De maatstaf van HR 12 januari 1962 noemt prijsafspraken als voorbeeld, maar is niet tot prijsafspraken beperkt. Indien waar is, zoals ARN in appel heeft gesteld, dat de aangesloten dealers grote investeringen moeten doen om aan die standaarden en verplichtingen te kunnen voldoen, is niet bij voorbaat uit te sluiten dat er sprake is van een ongunstiger concurrentiepositie van de aangesloten dealers ten opzichte van een 'buitenstaander' als [verweerster 2].

2.20. Anderzijds zou ik met de verwijzing naar HR 12 januari 1962 nu ook weer niet de indruk willen wekken dat, zodra er sprake is van een ongunstiger concurrentiepositie van de bij het distributiestelsel aangesloten dealers, gecombineerd met het bewust profiteren van wanprestatie van één van die dealers, de vordering uit

hoofde van onrechtmatige daad onmiddellijk voor toewijzing gereed ligt. In de feitelijke instanties heeft [verweerder] c.s. aangevoerd dat de invulling van de verkoopstandaarden op een eigen keuze van Fiat resp. ARN berust: de fabrikant en de importeur kunnen deze standaarden zo kostbaar maken als zij willen, bijvoorbeeld door hogere eisen te stellen aan de kwalificaties waaraan de showroom, het personeel van de dealer of de wijze van aflevering van de auto's moet voldoen(23). Zolang geen concessie behoeft te worden gedaan aan de veiligheid en de kwaliteit van de voertuigen, is er volgens [verweerder] c.s. niets op tegen dat aan consumenten een keuze wordt geboden tussen een auto met al deze bijkomende voordelen en service, te verkrijgen bij de erkende dealer, en dezelfde auto, maar dan te verkrijgen in een minder kostbare verkoopomgeving tegen een lagere prijs. Mogelijk heeft dat argument van [verweerder] c.s. het hof overtuigd, toen het hof overwoog dat de - door het hof veronderstelde - ongunstiger positie van de aangesloten dealers het gevolg is van het door ARN en Fiat verkozen distributiestelsel. Indien de bestreden overweging in deze zin mag worden gelezen, is het hof voorbij gegaan aan de essentie van hetgeen door ARN was aangevoerd. ARN had namelijk gesteld dat [verweerder] c.s. door haar free rider-gedrag profijt trekt van de investeringen tot verbetering en behoud van het luxe imago van auto's van dit merk, waartoe de bij ARN aangesloten dealers zich hebben verplicht. Dat [verweerder] c.s. van dat imago profiteert is op zichzelf niet onrechtmatig, maar is mogelijk wel onrechtmatig in combinatie met het bewust profiteren van de wanprestatie van een of meer aangesloten dealers jegens ARN (respectievelijk jegens [B]), te weten indien de aangesloten dealers zich tegenover [verweerster 2] in een ongunstiger concurrentiepositie bevinden doordat zij zich aan de bedoelde verkoopstandaarden moeten houden en door [verweerster 2] de eerlijke concurrentie wordt verstoord.

2.21. Het hof heeft weliswaar acht mogen slaan op de eigen keuze van ARN c.q. Fiat, maar deze omstandigheid alléén rechtvaardigt - zonder verdere motivering, welke ontbreekt - niet de gevolgtrekking van het hof dat er geen sprake is van oneerlijke concurrentie van [verweerster 2] tegenover de erkende dealers. Het bestreden oordeel is onvoldoende gemotiveerd: niet inzichtelijk wordt gemaakt waarom de vrijheid van handel en bedrijf in dit geval belangrijker is dan het belang dat ARN en de erkende dealers hebben om met uitsluiting van autohandelaren die niet bij het selectieve distributiestelsel zijn aangesloten, nieuwe personenauto's van het merk Alfa Romeo in Nederland te kunnen blijven aanbieden. Een toetsbare afweging van de verschillende aan de orde zijnde belangen ontbreekt in het arrest. De verschillende in het geding zijnde belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen(24), waarbij onder andere rekening zal kunnen worden gehouden met het gevaar dat de handelwijze van [verweerster 2] leidt tot wanprestatie van erkende Alfa Romeo dealers(25) en met de ernst van het door [ver-

weerster 2] aan de verkooporganisatie toegebrachte na-deel(26).

2.22. In het geding na verwijzing zal alsnog kunnen worden bepaald of sprake is van ongeoorloofde concurrentie jegens erkende dealers, waarbij in het bijzonder van belang is of de handelwijze van [verweerster 2] leidt tot een situatie waarin erkende dealers in een ongunstiger concurrentiepositie verkeren. Dit onderzoek vereist dat ARN aan de rechter inzicht verschaft in de investeringen die de erkende dealers moeten doen om te kunnen voldoen aan de door Fiat en ARN gehanteerde verkoopstandaarden. Is van een zulk een ongunstiger concurrentiepositie sprake, dan moet vervolgens worden onderzocht of deze oneerlijke concurrentie leidt tot een zodanige verstoring van de verkooporganisatie van ARN (resp. [B]) als cedent) dat [verweerder] c.s. in strijd handelt met de jegens ARN (resp. [B]) in acht te nemen zorgvuldigheid. Daarbij zal in het oog moeten worden gehouden dat niet elke selectieve distributieorganisatie op zichzelf een beschermenswaardig belang is, maar slechts een selectieve distributieorganisatie die voldoet aan de voorwaarden voor vrijstelling, in dit geval: op grond van Verordening (EG) 1400/2002. Elementen die aan de voorwaarden van de groepsvrijstelling vreemd zijn (zoals bijvoorbeeld de meergenoemde "logistieke problemen" van Fiat) kunnen mijns inziens ter zijde worden gelegd als niet relevant. De vrijstelling van het kartelverbod strekt zich uitsluitend uit tot verkooporganisaties die aan de in de Verordening nauwkeurig omschreven eisen voldoen.

2.23. Op zoek naar verdere criteria ter beantwoording van de vraag wanneer de handelwijze van [verweerder] c.s. de verkooporganisatie van ARN ondermijnt, lijkt de omvang van de parallelimport op het eerste gezicht een relevant gegeven: van de import en verkoop van slechts enkele auto's door een parallelimporteur zal de verkooporganisatie niet instorten. Echter, bij nader inzien kan, voor het antwoord op de vraag of sprake is van ondermijning van een selectieve verkooporganisatie, mede van belang zijn, welke impact de gewraakte handelwijze van een parallelimporteur heeft op het gedrag van de aangesloten dealers. Wanneer deze zich hierdoor genoodzaakt zien hun consumentenverkoop-prijs te verlagen, niet meer in staat zijn de investeringen op te brengen die nodig zijn om te voldoen aan de verkoopstandaarden en daarom het selectieve distributiestelsel de rug toekeren of de verkoopstandaarden niet langer naleven, kan worden gesproken van een ondermijning van het distributiestelsel.

2.24. Een criterium dat in de rechtspraak van de Hoge Raad (nog) niet wordt gehanteerd, zou kunnen zijn: de vraag of - en zo ja, in hoeverre - [verweerster 2] bereid is opening van zaken te geven met betrekking tot de herkomst van de auto's van het merk Alfa Romeo die zij in nieuwe staat aan het publiek aanbiedt. Indien ARN weet, welke erkende dealer in binnen- of buitenland zich niet houdt aan het contractuele verbod om nieuwe personenauto's te verkopen aan niet tot het distributiestelsel behorende wederverkopers, kan zij zelf maatregelen treffen om de ondermijning van haar verkooporganisatie tegen te gaan door de overtreder aan te

pakken met contractuele boeten, beëindiging van de dealerovereenkomst of andere privaatrechtelijke sancties. Parallelimport met bekendmaking van de herkomst van de auto behoeft niet steeds te worden aangemerkt als ondermijning voor de selectieve verkooporganisatie.

2.25. Een ander gezichtspunt zou kunnen zijn: de vraag of de gewraakte handelwijze van [verweerster 2] leidt tot aantasting van het imago van het merk. Hier ligt een verband met het merkrecht: vgl. [HvJ EG 23 april 2009, C-59/08 \(Copad/Dior\)](#), rov. 22-32, waar het ging om de verkoop van producten door een licentiehouder aan derden, die geen deel uitmaakten van het netwerk van selectieve distributie. Voor het onderhavige geschil baat dit gezichtspunt ARN niet. Volgens het hof heeft ARN onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die haar standpunt kunnen schragen dat het handelen van [verweerster 2] het merkimago, de veiligheid en/of de kwaliteit van (de distributie van) nieuwe Alfa Romeo voertuigen aantast (rov. 9).

2.26. Als onderdeel I slaagt, komt onderdeel II niet meer aan de orde. Dit onderdeel behoeft na het voorgaande geen verdere bespreking.

2.27. Onderdeel III gaat uit van de veronderstelling dat de overwegingen, welke het hof in rov. 8 heeft gewijd aan de stelling dat [verweerster 2] een of meer dealers bewust heeft misleid en heeft uitgelokt om wanprestatie te plegen, mede dienen ter onderbouwing van het in rov. 10 gegeven oordeel m.b.t. het profiteren van wanprestatie. In dat geval doet de vaststelling dat bewuste misleiding of uitlokking van wanprestatie niet aanvaardbaar is gemaakt, niet eraan af dat - onder de door ARN aangevoerde omstandigheden - sprake is van een onrechtmatig profiteren van wanprestatie.

2.28. De klacht mist feitelijke grondslag omdat zij berust op een onjuiste interpretatie van het bestreden arrest. Volgens ARN beruiste het gestelde onrechtmatig handelen van [verweerder] c.s. primair op het uitlokken van wanprestatie door middel van misleiding of onoirbare beïnvloeding van een of meer erkende dealers. Daarnaast had ARN aangevoerd dat [verweerder] c.s. profiteert van de wanprestatie van een of meer erkende dealers, onder omstandigheden die dit onrechtmatig maken. In deze volgorde heeft het hof de grondslagen van de vordering behandeld. Uit niets kan worden opgemaakt dat het in rov. 8 vervatte oordeel mede het oordeel in rov. 10 draagt.

2.29. Onderdeel IV klaagt dat het hof zich ten onrechte heeft beperkt tot de beoordeling of het gestelde handelen van [verweerder] c.s. onrechtmatig is jegens ARN zelf en/of jegens [B], in hun hoedanigheid van distributeur van Alfa Romeo in Nederland resp. beheerder van het distributiestelsel van Fiat. Volgens de klacht heeft het hof verzuimd afzonderlijk te beoordelen of het handelen van [verweerder] c.s. onrechtmatig is jegens [C].

2.30. Deze klacht faalt omdat uit rov. 10 blijkt dat het hof heeft onderzocht of [verweerder] c.s. onrechtmatig heeft gehandeld jegens "andere leveranciers, met name dealers in het distributiestelsel van ARN en Fiat", een categorie waartoe [C] behoorde.

2.31. Voor het geval dat de verwerping van dit standpunt besloten ligt in rov. 10, klaagt ARN nader dat het hof onvoldoende kenbaar onderscheid heeft gemaakt tussen de vorderingen van ARN en [B] enerzijds en [C] anderzijds. De positie van [C], één van de erkende dealers in Nederland, is een andere dan die van ARN of [B].

2.32. Ook deze klacht faalt. Het hof heeft het onderscheid tussen de vorderingen van ARN, [B] en [C] niet miskend. Aan het hof is niet ontgaan dat ook een aan ARN overgedragen vordering van [C] aan de orde was en dat deze vennootschap een erkende Alfa Romeo-dealer was: zie rov. 2 en 13. Uit rov. 10, eerste zin, valt op te maken dat het hof heeft beoordeeld of de handelwijze van [verweerster 2] oneerlijke concurrentie oplevert ten opzichte van dealers in het distributiestelsel van ARN en Fiat, waaronder [C]. Daarmee is het hof naar behoren ingegaan op de grondslag van de vordering die [C] jegens [verweerder] c.s. pretendeerde en door ARN in rechte werd verdedigd.

### 3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar een ander gerechtshof.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden,

1 Vgl. rov. 1 van het bestreden arrest in verbinding met rov. 2.2 - 2.5 van het vonnis in eerste aanleg.

2 Naar ik uit het dossier begrijp, is ARN een dochtermaatschappij van [E] B.V. en indirect van [B] B.V. Volgens het landelijk insolventieregister zou ARN op 21 april 2009 in staat van faillissement zijn verklaard. Zie voor de procesrechtelijke gevolgen hiervan: art. 27 Fw.

3 LJN: AX1093

4 Vgl. art. 1, lid 1 onder w, van Verordening 1400/2002.

5 Het verzet van [verweerder] c.s. tegen deze vermeerdering van de grondslag van de eis is door het hof ongegrond verklaard (rov. 3).

6 LJN: BC2567; NJ 2008, 276.

7 Het hof noemt in dit verband: HvJ EG 15 februari 1996, C-309/94 (Jur. blz. I-677) en HvJ EG 20 februari 1997, C-128/95 (Jur. blz. I-967).

8 Het hof noemt in dit verband [HR 23 december 2005, NJ 2006, 33](#).

9 Art. 402 lid 2 in verbinding met art. 339 lid 2 Rv.

10 Pb EG L 203/30.

11 Considerans van de Verordening onder 5.

12 De werking van de Verordening is inmiddels, op 28 mei 2008, door de Europese Commissie geëvalueerd. Het evaluatierapport is, evenals andere achtergrondinformatie over (economische aspecten van) de automobiemarkt, te raadplegen via [ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles).

13

[ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/legislation/explanatory\\_brochure\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_nl.pdf), ook overgelegd als productie in appel. Zie voorts: I. van Wijngaarden, Dis-

tributie van motorvoertuigen: een overzicht, NTER 2006, blz. 3 - 12.

14 Zie de brochure, vindplaats in de vorige noot, blz. 50 (vraag 39).

15 MvG onder 4.28 - 4.33. Zie verder rov. 8.

16 Zie voor het antwoord op de vraag, wat ARN met 'level playing field' bedoelt: MvG blz. 11 - 12.

17 C.E. du Perron, Overeenkomst en derden, 1999 (diss.), hoofdstuk 4, i.h.b. blz. 144.

18 Du Perron, diss., blz. 149 e.v. Zie bijv. HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760, m.nt. CJHB en WMK (rov. 3.3), waarin de Hoge Raad betekenis toekende aan "de mate waarin het Eilandgebied de wanprestatie van AR-CU NV heeft beïnvloed"; [HR 28 oktober 1994, NJ 1995, 140](#) (rov. 3.4).

19 HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 en 424, rov. 3.1.

20 Vgl. HR 4 juni 1965, NJ 1965, 381: "(...) 's Hof's beoog hierop neerkomt, dat de omstandigheid dat met het bewerkstelligen van de overgang van een verkooppunt van Caltex naar een concurrent voordelen zijn te behalen van de grootte als Kamsteeg zich weet te verschaffen, voor Caltex het gevaar doet ontstaan, dat andere depothouders er zich daardoor toe zullen laten brengen zich op enigerlei wijze aan hun verplichtingen jegens Caltex te onttrekken (...)".

21 MvG blz. 16. De in MvA blz. 16 kort aangestipte vraag of de Verordening 1400/2002 hiervoor ruimte laat, blijft in dit cassatiemiddel onbesproken.

22 Pleitnota tijdens [verweerder] c.s. 1e aanleg, blz. 10.

23 Zie o.m.: MvA, tevens MvG incid., blz. 25.

24 Vgl. Mon. Nieuw BW B-57 (Cahen), p. 4.

25 Vgl. HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246, m.nt. HB en HR 4 juni 1965, NJ 1965, 381.

26 Vgl. HR 1 mei 1985, NJ 1986, 760, rov. 3.3: "...terwijl ook van belang kunnen zijn de ernst van het nadeel dat de erven Boye als gevolg van doorbreking van het beding lijden en de voorzienbaarheid van dit nadeel op het moment van de aankoop ...".