

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/634287 / HA ZA 17-819

Vonnis van 29 augustus 2018

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PRIJSVRIJ.NL B.V.,
gevestigd te 's-Hertogenbosch,
eiseres in de hoofdzaak en in het incident ex artikel 843a Rv,
advocaat mr. H. Knotter te 's-Hertogenbosch,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
THOMAS COOK NEDERLAND B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,
gedaagde in de hoofdzaak,
verweerster in het incident ex artikel 843a Rv,
advocaat mr. G.A. Smit te Amsterdam,

en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
D-RT GROEP B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
D-REIZEN B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VAKANTIEEXPERTS B.V.,
gevestigd te Hoofddorp,
verweersters in het incident ex artikel 843a Rv,
advocaat mr. B. Niemeijer te Alphen aan den Rijn.

Partijen zullen hierna afzonderlijk Prijsvrij, TCN, DRT, D-Reizen en VX genoemd worden.
DRT, D-Reizen en VX zullen gezamenlijk worden aangeduid als DRT c.s. TCN en DRT
c.s. gezamenlijk zullen worden aangeduid als TCN c.s.

1. **De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure(s) blijkt uit:

-
- de dagvaarding van 26 november 2015, waarbij TCN is gedagvaard voor de kantonrechter van deze rechtbank;
 - de akte overlegging producties van Prijsvrij met producties;
 - de dagvaarding van 4 december 2015, waarbij DRT c.s. in het incident ex artikel 843a Rv zijn gedagvaard voor de rechtbank Noord-Holland (Haarlem);
 - de akte overlegging producties van Prijsvrij (in het incident ex artikel 843a Rv) met producties;
 - het vonnis in incident van de rechtbank Noord-Holland van 17 februari 2016 waarbij de zaak tegen DRT c.s. is verwezen naar de kantonrechter van deze rechtbank en gevoegd met de zaak tegen TCN;
 - het incidentele vonnis van de kantonrechter van deze rechtbank van 23 juni 2016, waarbij de vordering van DRT c.s. tot interventie in de zaak van Prijsvrij tegen TCN is afgewezen ;
 - de conclusie van antwoord in het incident ex artikel 843a Rv van DRT c.s.;
 - de conclusie van antwoord in het incident ex artikel 843a Rv van TCN;
 - het incidenteel vonnis van de kantonrechter van deze rechtbank in het incident ex artikel 843a Rv van 27 oktober 2016, waarbij is bepaald dat iedere beslissing wordt aangehouden totdat TCN en DRT c.s. in de hoofdzaak hebben geconcludeerd voor antwoord;
 - de conclusie van antwoord van TCN met producties;
 - het vonnis van de kantonrechter van deze rechtbank van 12 januari 2017 waarbij de zaak is verwezen naar re- en dupliek;
 - de conclusie van repliek tevens houdende aanvulling gronden/wijziging eis van Prijsvrij met producties;
 - de conclusie van dupliek van TCN;
 - het vonnis van de kantonrechter van deze rechtbank van 10 augustus 2017, waarbij de zaak is verwezen naar de meervoudige (handels)kamer van de rechtbank en waarbij pleidooi is bepaald;
 - het proces-verbaal van het pleidooi gehouden op 18 juni 2018 en de daarin genoemde stukken;
 - de (fax)brief van mr. Knotter van 5 juli 2018 met opmerkingen naar aanleiding van het proces-verbaal;
 - de (fax)brief van mr. Smit van 10 juli 2018 met opmerkingen naar aanleiding van het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

Partijen

2.1. Prijsvrij is sinds 2010 een online reisagent. Zij stelt zichzelf ten doel om reizen voor een zo laag mogelijke prijs aan de consument aan te bieden. Dit bereikt zij onder meer door het niet in rekening brengen aan de klant van boekingskosten. Zij verkoopt uitsluitend door touroperators georganiseerde reizen, met name pakketreizen.

2.2. TCN is een Nederlandse touroperator, onderdeel van het Britse concern Thomas Cook Group. In Nederland is TCN (onder meer) actief onder de merken Neckermann en Vrij Uit. Zij is een onderneming die haar reizen verkoopt zowel via onafhankelijke reisagenten als rechtstreeks aan de consument.

2.3. D-Reizen en VX zijn reisagenten die zowel online als (ook) via fysieke reisbureaus reizen aanbieden.

2.4. In 2011 heeft een Duitse onderneming alle 110 Thomas Cook reisbureaus van TCN overgenomen. Vervolgens zijn deze 110 reisbureaus in april 2012 samengegaan met VX, dat op dat moment zo'n 140 reisbureaus exploiteerde. In mei 2014 zijn de Thomas Cook reisbureaus, VX en D-reizen samengegaan en hebben zij zich verenigd in het huidige DRT.

Agentuurovereenkomst tussen Prijsvrij en TCN

2.5. Op of omstreeks 29 juli 2011 hebben Prijsvrij en TCN een schriftelijke agentuurovereenkomst (hierna: de Agentuurovereenkomst) gesloten. Alvorens deze overeenkomst tot stand kwam, heeft Prijsvrij een brochure ontvangen met de titel "Voorwaarden voor een Thomas Cook agentschap". In deze brochure is als een van de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een agentschap opgenomen: "*Commissiestaffel conform bijlage en afhankelijk van de jaaromzet. Beginnend agentschap wordt ingeschaald op de basis standaard commissie van (4.1.1) voor het eerste jaar*" (hierna: de brochure). In de brochure zijn tabellen opgenomen waarin met percentages de te hanteren commissie voor agenten is opgenomen, welke percentages afhankelijk zijn van de jaaromzet van de agent.

2.6. Uit hoofde van de Agentuurovereenkomst is Prijsvrij vanaf 1 augustus 2011 als handelsagent voor TCN actief geweest. De Agentuurovereenkomst bevat de volgende voor dit geschil relevante bepalingen:

"(...)

in aanmerking nemende dat:

* steeds de meest recente Algemene ANVR-Agentuurvoorwaarden (...), hierna te noemen de 'ANVR Agentuurvoorwaarden' op deze overeenkomst van toepassing zijn, voor zover hiervan niet in deze overeenkomst en/of in de bijlagen wordt afgeweken. (...);

(...)

* de afspraken in deze agentuurovereenkomst voorgaan in geval van strijdigheid met een bepaling uit de ANVR-Agentuurvoorwaarden;

(...)

* de aanvullende bepalingen en wijzigingen op de ANVR-Agentuurvoorwaarden zijn onder verwijzing naar de desbetreffende artikelen opgenomen in deel A. Overige aanvullende bepalingen en wijzigingen zijn opgenomen in deel B; (...)

Deel A. Artikelsgewijze aanvullingen en wijzigingen op ANVR-Agentuurvoorwaarden

Artikel 1 Agentuurovereenkomst

1.1 Deze agentuurovereenkomst kan slechts worden gewijzigd en aangevuld door middel van geschriften die door beide partijen zijn ondertekend.
(...)

Artikel 2 Duur en beëindiging van de agentuurovereenkomst

2.1 Deze agentuurovereenkomst geldt voor boekingen gemaakt vanaf 01 augustus 2011 en geldt voor onbepaalde tijd, met uitzondering van de Merkafspraken, welke tussentijds kunnen worden herzien.

2.2 Onverminderd de beëindigingsbepalingen in de ANVR-Agentuurvoorwaarden, is TCN gerechtigd deze agentuurovereenkomst op elk moment met onmiddellijke ingang te beëindigen indien:

2.2.1 Reisagent haar betalingsverplichtingen jegens TCN niet nakomt; en/of

2.2.2 Reisagent wijzigingen doorvoert (...); en/of

2.2.3 TCN de (...) automatische incasso niet kan uitvoeren.

2.3 Onverminderd het bepaalde in de eerste twee leden van dit artikel, is TCN gerechtigd deze agentuurovereenkomst met inachtneming van een termijn van drie maanden op te zeggen, indien de jaaromzet (...) lager is dan de (...) overeengekomen minimale jaaromzet. (...)

Artikel 10 Provisie

10.1 De hoogte van de provisie die de Reisagent voor diens bemiddeling bij het tot stand komen van de reisovereenkomst tussen TCN en de reiziger zal ontvangen, wordt vermeld in de Merkafspraken als bedoeld in artikel B.1.

10.2 TCN behoudt zich het recht voor om de berekening van de provisie per merk afzonderlijk te bepalen en aan te geven voor welke reiscomponenten en/of toeslagen al dan niet provisie wordt berekend (percentage of andere vorm) (...)

Deel B. Overige aanvullingen en wijzigingen op ANVR Agentuurvoorwaarden

I Merkafpraak

I.1 TCN voert diverse merken: Neckermann en Vrij Uit (niet limitatief) (hierna (...) te noemen: de Merken). TCN is per merk vrij te bepalen, of, en zo ja, voor welke reisprogramma's en onder welke commerciële voorwaarden de Reisagent zal worden ingeschakeld.

I.2 Per merk gelden tussen partijen afspraken zoals vastgelegd in de Merkafpraak. De nieuwste afspraken zijn steeds automatisch van toepassing op alle bestaande en toekomstige boekingen.

I.3 TCN behoudt zich het recht voor deze Merkafpraak tussentijds eenzijdig te wijzigen, met inachtneming van een kennisgeving aan de Reisagent van 1 maand voor de gewenste ingangsdatum.

(...)"

In artikel 2.2 van de ANVR-Agentuurvoorwaarden is opgenomen dat beide partijen de Agentuurovereenkomst kunnen opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden. Voor deze opzegmogelijkheid hoeven partijen geen reden op te voeren.

Commissie / Merkafspraken

2.7. Bij het sluiten van de Agentuurovereenkomst was de Merkafpraak 2010/2011 van toepassing, waarin een provisiestructuur werd gehanteerd als opgenomen in de onder 2.5 genoemde brochure. Omdat er vóór 1 november 2011 geen nieuwe Merkafpraak tot stand was gekomen, is de Merkafpraak 2010/2011 tijdelijk verlengd. Voor de boekingsjaren (lopende van 1 november tot en met 31 oktober in het jaar daaropvolgend) 2011/2012 en

2012/2013 zijn wel steeds nieuwe Merkafspraken tot stand gekomen. In al deze Merkafspraken werd gewerkt met de gestaffelde commissieregeling als opgenomen in de brochure, gebaseerd op de hoogte van de jaarmzet.

2.8. De Merkafpraak tussen TCN en Prijsvrij voor het boekjaar 2012-2013 luidt – voor zover van belang – als volgt:

“(…)

1. Looptijd

Deze merkafpraak loopt van 1 november 2012 tot en met 31 oktober 2013, waarna deze van rechtswege zal eindigen tenzij partijen uiterlijk een (1) maand voor afloop overeenkomen deze te verlengen. (...)

(...)

3. Provisieregeling en Betalingsbonus

3.1. In afwijking op de ANVR-Agentuurvoorwaarden, berekent TCN provisie over de gehele reissom, inclusief reserveringskosten.

3.2. De hoogte van de provisie is gebaseerd op de totale omzet behaald door Reisagent (...) in het voorgaande boekjaar (...)

(...)

3.4 TCN kent Reisagent gedurende de looptijd van deze Merkafpraak de navolgende provisiestructuur toe conform de daarbij vermelde omzestaffel(s). Voor Prijsvrij.nl met ANVR nr. (...) is deze staffel voor **boekjaar 2012/2013 bepaald op:**

(...)”.

Onder dit artikel zijn opnieuw de in 2.5 bedoelde tabellen met omzetafhankelijke provisiestructuur opgenomen.

2.9. Per 1 november 2013 heeft Prijsvrij geen nieuwe Merkafpraak voor het boekingsjaar 2013/2014 ontvangen. Inmiddels was Prijsvrij ook met VX een samenwerkingsverband aangegaan. Omdat VX met TCN een raamovereenkomst had gesloten inzake alle 150 bij VX aangesloten reisbureaus, had VX bij TCN een hogere commissie bedongen dan de commissie zoals opgenomen in de in 2.5 genoemde brochure gehanteerde staffel. Op grond van de samenwerking tussen Prijsvrij en VX kon Prijsvrij gebruik maken van deze hogere commissie.

2.10. Op 29 november 2013 is op de website Twinkle.nl een artikel verschenen met de titel “**Thomas Cook: ‘Minder commissie voor online kortinggevers’**”. In dit artikel is het volgende te lezen:

“Thomas Cook wil online spelers die de producten van de touroperator met fikse kortingen verkopen aan consumenten minder commissie gaan geven dan andere retailers. De webretailers zijn de touroperator een doorn in het oog.

‘We weten dat ook andere agenten deze gang van zaken een doorn in het oog is. Level playing field moet wederkerig zijn’, zegt commercieel directeur van Thomas Cook Nederland (...). Thomas Cook wil nu via differentiatie van de commissiestructuur een eind maken aan de fikse kortingsacties van online spelers. (...)”.

2.11. Op 16 april 2014 heeft VX per e-mail aan Prijsvrij het volgende bericht:

“(…) Vanochtend uitgebreid gesproken met (…), TC Sales.

Zij bevestigde nogmaals dat de teruggang in commissie naar (…) inderdaad voor Prijsvrij zal gaan gelden.

Dit onder de contractuele beargumentatie (structurele kortingen/OTA zijn) zoals aan jou gezonden.

Lijkt mij verstandig in dit geval dat jij haar hiervoor benadert en op basis van jullie argumenten deze bilaterale discussie voert.

Ik begreep van haar dat hierover nog geen contact is geweest, vandaar even mijn bericht.”

2.12. Op 6 mei 2014 heeft Prijsvrij van TCN een e-mail ontvangen met onder meer de volgende inhoud:

“(…)

Echter, zoals aangegeven sluiten wij as vrijdag de overkoepelende deal met VX, waar dit specifieke onderdeel als bijlage in mee moet. Ik heb begrepen van VX (…) dat dit onderwerp reeds medio april bij jullie bekend is gemaakt. (…)

Ik stel dan ook voor het commissie verhaal per mail/telefonisch af te ronden deze week, wat volgens mij moet lukken (…)

1. Provisies

1.1 In afwijking op de ANVR-Agentuurvoorwaarden, berekent TCN provisie over de gehele reissom, inclusief reserveringskosten.

1.2 Alle ondernemers binnen VakantieXperts worden ingedeeld conform staffel (A). Ondernemers die structurele korting verlenen, worden ingedeeld conform staffel (B). Onder structurele korting worden alle kortingen beschouwd die geen incidenteel karakter hebben. (Zie bijlage I)

1.3 Alle ondernemers die via enig ANVR nummer structureel korting verlenen, worden automatisch ingedeeld in staffel B.

1.4 De ondernemers (ANVR nummers) waarop staffel (B) van toepassing is, staan vermeld in bijlage I. Deze ondernemers blijven gedurende de looptijd van het contract in staffel (B) ingedeeld. Mocht Thomas Cook Nederland op enig moment gedurende de looptijd van het contract constateren dat een ondernemer die in staffel (A) is ingedeeld (…), structurele kortingen verleent, dan zal Thomas Cook Nederland deze ondernemer per de 1^e van de maand volgend op de dag waarop dit is geconstateerd, indelen in staffel (B).”

Vervolgens zijn in de e-mail twee tabellen opgenomen, een met Provisiestaffel A en een met Provisiestaffel B (met een hogere provisie in A dan in B).

2.13. Bij e-mail van 16 mei 2014 heeft Prijsvrij in reactie op de e-mail van 6 mei 2014 aan TCN laten weten dat voor 2013/2014 nog geen Merkafpraak tot stand was gekomen en dat afspraken tussen TCN en VX voor Prijsvrij niet bindend zijn, omdat Prijsvrij ook een zelfstandige contractuele relatie heeft met TCN. In juli/augustus 2014 is over de voorgestelde Merkafpraak 2013/2014 opnieuw tussen partijen gecorrespondeerd. TCN heeft daarbij onder meer het volgende aan Prijsvrij geschreven:

“(…)

12/13 had je een commissie van (...)% + (...)% betalingsbonus. Echter, dit jaar loop je al volledig mee op de commissie set van VX wat inhoudt (...)%.

De betalingsbonus hebben we voor de gehele markt als sinds 01/11/13 uit de merkafpraak gehaald.

In principe moet ik nu dus de nieuwe commissieset door gaan voeren en met terugwerkende kracht van alles gaan verrekenen. Bij deze wil ik afspreken met je dat we het zo laten en we ons gaan focussen op de laatste maanden van dit seizoen, ok?

Als je mij even een bevestiging stuurt op de mail en dat je akkoord bent met de merkafpraak, dan zie ik de getekende versie wel tegemoet (...)."

en:

"(...) Helaas heb ik nog geen terugkoppeling mogen ontvangen inzake merkafpraak 13-14, graag ontvangen wij de getekende versie retour. Daarnaast hebben wij voor boekjaar 14-15 de nieuwe merkafpraak per post verzonden aan jullie. In de bijlage vind je tevens deze brief. Dit is de basismerkafpraak. Mochten jullie echter voor boekjaar 14-15 aangesloten zijn bij D-RT dan ontvangen wij graag een getekende verklaring retour (zie bijlage) waarin jullie aangegeven dat D-RT gemachtigd is om voor jullie de onderhandelingen te doen. (...)."

Uit de e-mailwisseling blijkt niet dat Prijsvrij op enig moment akkoord is gegaan met de Merkafpraak 2013/2014.

2.14. Bij brief van 22 augustus 2014 heeft TCN aan Prijsvrij een voorstel gestuurd voor een Merkafpraak voor het boekjaar 2014-2015. Hierin is een niet van omzet afhankelijke provisiestructuur opgenomen:

2.15. Bij e-mail van 27 augustus 2014 heeft TCN aan Prijsvrij bericht dat zij nog geen terugkoppeling heeft mogen ontvangen op de op 22 augustus 2014 toegestuurde Merkafpraak 2014-2015. Vervolgens is TCN vanaf augustus 2014 volgens deze Merkafpraak gaan werken en is zij aan Prijsvrij minder commissie gaan betalen.

2.16. Aan een e-mailcorrespondentie tussen partijen in de periode 30 september – 6 oktober 2014 worden de volgende citaten ontleend:
Prijsvrij aan TCN, 30 september:

"Ik kreeg van onze finance afdeling de melding dat er de laatste tijd met regelmaat afwijkende provisies berekend worden. Percentages die wij niet kunnen herleiden. (...) Kan jij hier naar kijken en hier terugkoppeling opgeven?"

TCN aan Prijsvrij, 30 september:

"Dat kan: er zijn in augustus jl nieuwe Merkafspraken voor boekjaar 14/15 verstuurd. Boeking gemaakt op/vanaf 1/9/14 met vertrek op/vanaf 1/11/2014 krijgen de nieuwe percentages genoemd in de Merkafpraak 2014-2015. (...)"

Prijsvrij aan TCN, 30 september:

“(…) Mij is niet bekend dat boekingen gemaakt vanaf 1/9/14 met vertrek vanaf 1/11/2014 onder een andere commissie set vallen. Je verwijst naar het voorstel van 14/15, maar ook hierin wordt dit niet benoemd.

Verder wil ik benadrukken dat de nieuwe merkafspraken ontvangen zijn, maar wij aan hebben gegeven niet akkoord te kunnen gaan met het voorstel. (…)

2.17. Tussen partijen (en raadslieden) is hierna tot februari 2015 nog uitvoerig verder gecorrespondeerd over de (voorwaarden van de) Merkafspraken 2013/2014 en 2014/2015, waarbij TCN bleef aandringen op het akkoord van Prijsvrij, die dit op haar beurt weigerde te geven. TCN heeft daarbij ten aanzien van de Merkafpraak 2014/2015 onder meer ook geschreven dat de procedure niet is veranderd en dat de Merkafpraak altijd heeft “gelopen vanaf 1 november (vertrekkende passagiers)”.

2.18. Bij brief van 3 april 2015 heeft TCN zonder opgave van redenen de Agentuurovereenkomst en de “*tot de Agentuurovereenkomst behorende en thans tussen partijen nog geldende zogenaamde 'Merkafspraken'*” opgezegd tegen 31 oktober 2015.

2.19. Onder de producties bevinden zich de volgende door Prijsvrij overgelegde online publicaties:

* een bericht dat op 24 april 2015 is gepubliceerd op de website twinklemagazine.nl en waaraan het volgende citaat wordt ontleend:

“Ceo D-rt Groep: ‘D-reizen had online niet de goede focus’

De nieuwbakken ceo van de D-rt Groep (...) wil de online aanwezigheid van dochterbedrijf D-reizen de komende maanden ‘gaan herstellen’. (...)

De website is te breed ontwikkeld (...) zegt [de ceo] in de jongste uitgave van vakblad Trav Magazine. ‘De online tak had niet de goede focus. Daarom zijn we nu bezig met een herstelprogramma. Dat is over vijf maanden al klaar, want we hebben keuzes gemaakt hoe we het versneld op orde kunnen krijgen (...)’.

* een op 14 juli 2015 op de website van Thomas Cook verschenen bericht, waaraan het volgende citaat is ontleend:

**“Thomas Cook maakt duidelijke keuzes met support voor Retail Partners
Het retail landschap verandert snel, ook Thomas Cook blijft steeds in beweging. Dit houdt in dat er continue kritisch gekeken wordt naar allerlei zaken binnen de bedrijfsvoering en ook naar de partnerships met Retail partners.**

(...) De Partner Accountmanagers gaan de efficiency met de Retail partners opzoeken. Zoeken naar een win-win situatie, het echte Partnership voor een Partner in de breedste zin van het woord. (...) zal deze wijzigingen als Hoofd Sales door voeren in het komende jaar. (...)

“In de komende dagen spreken we de retailers over de toekomst waar duidelijk wordt gesteld dat Thomas Cook niet meer toe staat dat er afgeweken wordt van de door haar gestelde prijzen”, aldus (...), Managing Director van Thomas Cook Nederland. “Onze scherpe prijzen, vooral ook in het laagseizoen zorgen voor betere verkoopmogelijkheden waardoor we samen met de Retail partners competitief kunnen zijn. (...)”

Thomas Cook is er van overtuigd dat de reisagent in staat is te sturen en dat wordt op deze manier extra gestimuleerd. Zij streeft naar een betere samenwerking met haar Retail partners waardoor een beter rendement te behalen valt door de juiste producten te pushen in de verkoop met duidelijke, eenduidige prijzen.”

* een op 20 augustus 2015 op www.travmagazine.nl gepubliceerd bericht:

“Thomas Cook: elke reis dezelfde prijs

(...)

Thomas Cook wijzigt de huidige agentuurovereenkomsten per 1 november 2015 in een ‘eigenlijke agentuurovereenkomst’. Dit betekent dat de prijzen van de reizen van Vrij Uit en Neckermann in elk verkoopkanaal hetzelfde zullen zijn. Het is dus niet meer mogelijk dat websites of andere partijen een deel van de commissie teruggeven aan de klant in de vorm van lagere prijzen.

‘Prijs speelt een belangrijke rol in de keuze van de klant en daarom willen wij zorgen voor transparantie in ons prijsbeleid’, zegt (...), Managing Director van Thomas Cook Nederland. (...).”

2.20. Per 1 november 2015 heeft TCN de overeenkomsten met haar agenten in die zin aangepast dat daaruit duidelijk naar voren komt dat sprake is van ‘eigenlijke agentuur’ in de zin van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen van de Commissie (PbEU 2010 C 130/1, hierna de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen).

Overeenkomst VX-Prijsvrij

2.21. Bij brief van 8 juli 2014 heeft VX de onder 2.9 aangehaalde commissie-overeenkomst tussen haarzelf en Prijsvrij per 1 november 2014 opgezegd. In de brief is vermeld dat VX nog wel de commissievergoeding over het boekjaar 2013/2014 is verschuldigd.

2.22. In het dossier bevindt zich een e-mailwisseling tussen (een) medewerker(s) van DRT (waartoe VX inmiddels behoorde, zie 2.4) en Prijsvrij in maart 2015 over de hoogte van de te berekenen commissie. Hieraan wordt het volgende ontleend:
VX aan Prijsvrij, 4 maart 2015:

“Vanochtend heb ik uitgebreid gesproken met (...), Sales TCN inzake de merkafpraak 13/14.

Van haar begreep ik dat Prijsvrij zich destijds niet gebonden achtte aan de merkafpraak van VakantieXperts over boekjaar 13/14 en daarom een separate merkafpraak met TCN heeft gemaakt.

Hiermee zijn wij niet in staat de aan VakantieXperts toegewezen condities over 13/14 aan Prijsvrij beschikbaar te stellen.

In de finale commissiespecificatie vanuit TCN is hierin voor jullie dan ook geen uitkering gedefinieerd.”

Prijsvrij aan VX, 4 maart 2015:

“Dat is mooi verhaal maar onjuist. Onze afspraken kunnen ook niet door een verhaal van [TCN, rb] ongedaan gemaakt worden.

Ik zie dan ook graag de stukken die jij hebt ontvangen van TC waaruit dit dan zou moeten blijken.
Wij hebben gewoon een overeenkomst met VX hieromtrent en ik ga er vanuit dat we voor einde week de overeengekomen bonus bijgeschreven zien op onze rekening.”

VX aan Prijsvrij, 6 maart 2015:

“De overeenkomst bepaalt dat VakantieXperts zich inspant een hoger verkregen commissie bij leveranciers tevens aan Prijsvrij ter beschikking te kunnen stellen.

In het geval van TCN over 2013/14 zijn wij hierin niet geslaagd. TCN heeft haar standpunt voor indeling Prijsvrij als OTA met een basiscommissie van binnen de gesprekken met VakantieXperts niet willen herzien.

(...)

Contractueel is dit binnen de definitieve versie van het TCN/VX contract 2013/14 als onderstaand verwoord:

Bijlage II.2 Separate commerciële afspraken

Prijsvrij.nl basiscommissie

(...)”.

Bewijsbeslag

2.23. Bij twee beschikkingen van 21 oktober 2015 van de rechtbank Noord-Holland is aan Prijsvrij verlop verleend bewijsbeslag te leggen ten laste van TCN onder (i) TCN zelf en onder (ii) DRT c.s. Bij zowel TCN als bij DRT c.s. zijn digitale gegevens in beslag genomen (aangeduid met Dataset I respectievelijk Dataset II) die zich thans in gerechtelijke bewaring bevinden bij Equilibristen Gerechtsdeurwaarders (hierna: de gerechtelijke bewaarder).

3. Het geschil

3.1. TCN vordert dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad

in het incident ex artikel 843a Rv:

- a) primair: beveelt dat de twee onder 2.23 genoemde beschikkingen van 21 oktober 2015 in die zin kunnen worden toegepast dat selectie, althans separatie van Dataset I en Dataset II plaatsvindt in overeenstemming met de in de dagvaarding omschreven procedure en derhalve door deze te doorzoeken aan de hand van de door Prijsvrij samengestelde lijst met zoekwoorden en dat TCN en DRT c.s. dit dienen te gedogen;
althans subsidiair: beveelt dat de twee beschikkingen van 21 oktober 2015 in die zin kunnen worden toegepast dat de selectie althans separatie van Dataset I en Dataset II plaatsvindt op een door de rechtbank te bepalen wijze en door een door de rechtbank te benoemen onafhankelijke deskundige en dat TCN en DRT c.s. dit dienen te gedogen;
- b) TCN en DRT c.s. veroordeelt te gedogen dat (kopieën) van de op basis van de op de bevolen wijze geselecteerde bescheiden (‘Definitieve Dataset I’ en ‘Definitieve

- Dataset II') door de gerechtelijke bewaarder aan Prijsvrij worden afgegeven, althans dat Prijsvrij inzage daarin krijgt;
- c) TCN en DRT c.s. veroordeelt om binnen één week na betekening van het ten deze te wijzen vonnis, aan de raadsman van Prijsvrij een afschrift of uittreksel te verstrekken van en/of inzage te geven in de bescheiden;
 - d) het bepaalde onder c) op straffe van een dwangsom van € 50.000,- ineens, alsmede een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag dat TCN en/of DRT c.s. geheel of gedeeltelijk in gebreke blijven na het verstrijken van één week na betekening van het in dezen te wijzen vonnis;
 - e) ten laste van TCN en DRT c.s. die voorziening treft ex artikel 843a Rv die de rechtbank in goede justitie geraden acht;
 - f) bepaalt dat Dataset I en Dataset II in gerechtelijke bewaring blijven bij de gerechtelijke bewaarder en niet eerder geretourneerd hoeven te worden aan TCN respectievelijk DRT c.s. dan nadat de selectieprocedure bedoeld onder a) is afgerond, waarna uitsluitend geselecteerde documenten en bescheiden in bewaring zullen blijven en al het overige geretourneerd zal worden, met verstrekking aan TCN respectievelijk DRT c.s. van een kopie van de documenten en bescheiden die in gerechtelijke bewaring zullen blijven;
 - g) TCN respectievelijk DRT c.s. te veroordelen in de kosten van het incident;

in de hoofdzaak:

primair

- h) verklaart voor recht dat de opzegging van de Agentuurovereenkomst door TCN d.d. 3 april 2015 nietig is wegens strijd met artikel 6 lid 1 Mededingingswet (Mw) en/of artikel 101 lid 1 VWEU;
- i) verklaart voor recht dat de Agentuurovereenkomst na 31 oktober 2015 niet is geëindigd, maar wordt geacht voor onbepaalde duur te zijn voortgezet als gevolg waarvan TCN is gehouden al haar verplichtingen uit hoofde van de Agentuurovereenkomst integraal jegens Prijsvrij na te komen;
- j) TCN te veroordeelt om binnen vijf dagen na betekening van het vonnis onverkort uitvoering te geven aan hetgeen bepaald in de Agentuurovereenkomst, waaronder begrepen doch niet beperkt tot het aan Prijsvrij ter beschikking stellen van haar volledige TCN content ten behoeve van de verkoop via de website van Prijsvrij;
- k) het bepaalde onder j) op straffe van een dwangsom van € 50.000,- ineens, alsmede een dwangsom van € 5.000,- voor iedere dag dat gedaagde geheel of gedeeltelijk in gebreke blijft na het verstrijken van vijf dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis;
- l) verklaart voor recht dat TCN aansprakelijk is voor de schade die Prijsvrij heeft geleden en nog steeds lijdt voor zover TCN na 31 oktober 2015 haar verplichtingen uit hoofde van de Agentuurovereenkomst niet (volledig) is nagekomen, TCN veroordeelt tot vergoeding van deze schade, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- m) TCN veroordeelt tot betaling van een voorschot op de door Prijsvrij geleden schade als bedoeld onder l), het voorschot begroot op een bedrag van € 7.466,- per dag (of € 6.492,- per dag indien het gevorderde onder u) wordt afgewezen), te vermenigvuldigen met het aantal dagen dat is verstreken vanaf 1 november 2015 tot en met de dag waarop TCN gehoor geeft aan het gevorderde onder j) door haar

verplichtingen uit hoofde van de Agentuurovereenkomst onverkort na te komen, althans een bedrag de hoogte van het voorschot in goede justitie te bepalen, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf de dag dat TCN het bedrag per dag van € 7.466,- volgens voornoemde berekening aan Prijsvrij verschuldigd is geworden, althans vanaf de dag waarop het vonnis is gewezen tot aan de dag der algehele voldoening;

subsidiair

- n) verklaart voor recht dat de opzegging door TCN van de Agentuurovereenkomst in strijd is met artikel 6 lid 1 Mw en/of artikel 101 lid 1 VWEU en derhalve onrechtmatig is, dat TCN aansprakelijk is voor de schade die Prijsvrij hierdoor heeft geleden en nog zal lijden, waarbij TCN wordt veroordeeld tot vergoeding van deze schade, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- o) TCN veroordeelt tot betaling van een voorschot op de door Prijsvrij geleden schade als bedoeld onder n), het voorschot te begroot op een bedrag van € 7.466,- per dag (of € 6.492,- per dag indien het gevorderde onder u) wordt afgewezen), te vermenigvuldigen met het aantal dagen dat is verstreken vanaf 1 november 2015 tot en met de dag waarop in de schadestaatprocedure vonnis is gewezen, althans een bedrag de hoogte van het voorschot in goede justitie te bepalen, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW tot aan de dag der algehele voldoening;

meer subsidiair

- p) verklaart voor recht dat de opzegging door TCN van de Agentuurovereenkomst onregelmatig is, dat TCN aansprakelijk is voor de schade die Prijsvrij hierdoor met ingang van 1 november 2015 reeds heeft geleden en nog zal lijden, waarbij gedaagde wordt veroordeeld tot vergoeding van deze schade, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- q) TCN veroordeelt tot betaling van een voorschot op de door Prijsvrij geleden schade als bedoeld onder p), het voorschot begroot op een bedrag van € 7.466,- per dag (of € 6.492,- per dag indien het gevorderde onder u) wordt afgewezen), te vermenigvuldigen met het aantal dagen dat is verstreken vanaf 1 november 2015 tot en met de dag waarop in de schadestaatprocedure vonnis is gewezen, althans een bedrag de hoogte van het voorschot in goede justitie te bepalen, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 1 november 2015 tot aan de dag der algehele voldoening;
- r) TCN veroordeelt tot betaling aan Prijsvrij van een klantvergoeding ten bedrage van € 1.483.418,12, althans een klantvergoeding de hoogte daarvan in goede justitie te bepalen, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 1 november 2015, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

meest subsidiair

- s) verklaart voor recht dat TCN in strijd met artikel 6 lid 1 Mw en/of artikel 101 lid 1 VWEU en derhalve onrechtmatig heeft gehandeld jegens Prijsvrij door de aan Prijsvrij te verlenen commissie afhankelijk te stellen van het al dan niet verlenen van kortingen en/of rekenen van boekingskosten door Prijsvrij;
- t) indien en voor zover het gevorderde onder u) wordt afgewezen, verklaart dat TCN aansprakelijk is voor de schade die Prijsvrij hierdoor heeft geleden en nog zal

lijden, waarbij TCN wordt veroordeeld tot vergoeding van deze schade, zulks nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

in alle gevallen

- u) TCN veroordeelt tot betaling van een bedrag van € 390.553,-, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans artikel 6:119 BW, vanaf het moment dat TCN deze commissie als gevolg van de door Prijsvrij geboekte omzet verschuldigd is geraakt aan Prijsvrij, althans vanaf 16 juni 2015, althans vanaf 1 november 2015, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- v) verklaart voor recht dat TCN middels de samenwerking met ICS waarbij gedurende de periode 11 november 2012 tot 11 november 2015 een structurele korting werd verleend van , het level playing field jegens Prijsvrij heeft geschonden, dat TCN jegens Prijsvrij aansprakelijk is voor de schade die Prijsvrij als gevolg van voornoemde schending heeft geleden, TCN veroordeelt tot vergoeding van deze schade, welke schade in ieder geval begroot kan worden op een bedrag van € 1.645.480, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 1 januari 2013, althans vanaf het moment dat Prijsvrij de betreffende kortingen heeft verleend en de schade feitelijk heeft geleden, althans vanaf 16 juni 2015, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening en de resterende schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- w) verklaart voor recht dat Prijsvrij als gevolg van de kortingsactie van D-Reizen gedurende de periode 25 september 2015 tot en met 31 oktober 2015 het level playing field jegens Prijsvrij heeft geschonden, dat TCN jegens Prijsvrij aansprakelijk is voor de schade die Prijsvrij als gevolg van voornoemde schending heeft geleden en TCN veroordeelt tot vergoeding van deze schade ten bedrage van € 29.012,56, althans TCN veroordeelt tot vergoeding van deze schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf het moment dat Prijsvrij de betreffende kortingen heeft verleend en de schade feitelijk heeft geleden, althans vanaf 1 november 2015, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening en de resterende schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- x) TCN veroordeelt tot betaling van een bedrag van € 56.934,88, zijnde de bonus over boekingsjaar 2013/2014, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 1 november 2014, althans vanaf 16 juni 2015, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
- y) TCN veroordeelt in de kosten van deze procedure waaronder begrepen de totale beslagkosten ten bedrage van € 29.229,93 (incl. btw) + p.m., kosten van de gerechtelijke bewaring en de onderzoekskosten, met inbegrip van de na het gewezen vonnis verschuldigde nakosten, en daarbij te bepalen dat gedaagde de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over de proceskosten is verschuldigd vanaf 14 dagen na de dag van het te dezen te wijzen vonnis.

3.2. De cursief gemaakte passages betreffen een wijziging van eis die Prijsvrij bij gelegenheid van de pleidooizitting heeft ingebracht en waartegen TCB bezwaar heeft gemaakt.

3.3. TCN voert verweer.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, ingegaan.

4. De beoordeling

in de hoofdzaak

4.1. Het belangrijkste geschilpunt tussen partijen is of de hiervoor onder de feiten weergegeven gedragingen van TCN ten opzichte van Prijsvrij aan te merken zijn als een inbreuk op het mededingingsrecht. Prijsvrij stelt dat sprake is geweest van zowel verticale als horizontale prijsbinding zonder dat TCN aannemelijk heeft gemaakt dat daarvoor enige rechtvaardiging bestaat.

4.2. Prijsvrij beroept zich vooral op artikel 6 Mededingingswet (Mw). Dit luidt als volgt:

1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
2. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.
3. Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
 - a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
 - b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.
4. Een onderneming of ondernemersvereniging die zich op het derde lid beroept, bewijst dat aan dat lid is voldaan.

4.3. In artikel 7 Mw is bepaald dat artikel 6, eerste lid Mw niet geldt voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna: oafg in zowel enkel- als meervoud), indien het aantal betrokken ondernemingen en de gezamenlijke omzet dan wel het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken partijen bepaalde, in dat artikel genoemde, grenzen niet te boven gaan.

4.4. Op grond van artikel 12 Mw geldt artikel 6, eerste lid Mw niet voor overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en oafg van ondernemingen waarvoor krachtens een verordening van de Raad van de Europese Unie of een verordening van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna de Commissie) artikel 81, eerste lid van het Verdrag buiten toepassing is verklaard. Een van die verordeningen is de Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van Artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (hierna: de groepsvrijstellingsverordening).

4.5. De Mededingingswet is geschoeid op Europeesrechtelijke leest (in het bijzonder de huidige artikelen 101 e.v. VWEU), hetgeen meebrengt dat de in deze wet gebruikte begrippen in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJ) en het Gerecht van Eerste Aanleg moeten worden uitgelegd, terwijl ook de beschikkingspraktijk van de Commissie en de door haar uitgevaardigde Bekendmakingen en Richtsnoeren belangrijke aanwijzingen voor die uitleg kunnen opleveren.

Overeenkomst of oafg?

4.6. Voor het aannemen van een overeenkomst of oafg in de zin van artikel 6 Mw is voldoende dat sprake is van in ieder geval twee ondernemingen die een gezamenlijke intentie hebben afgestemd om zich op een bepaalde manier te gedragen. Aan het aannemen van een overeenkomst of oafg tussen twee ondernemingen worden in de jurisprudentie geen hoge eisen gesteld. Ook als sprake is van twee ondernemingen binnen één concern kan aan de vereisten van artikel 6 Mw zijn voldaan. Voor het aannemen van overeenstemming tussen de ondernemingen is voldoende dat blijkt uit berusting van de betrokken partijen. Ook op het eerste gezicht zuiver eenzijdige handelingen van een onderneming kunnen worden beschouwd als overeenkomsten wanneer zij vallen binnen de sfeer van de contractuele betrekkingen die de onderneming onderhoudt, bijvoorbeeld in het kader van een selectief distributienetwerk met haar erkende wederverkopers en waarmee deze wederverkopers althans stilzwijgend hebben ingestemd (zie onder meer Bayer v Commissie ECLI:EU:C:2004:2 en Ford v Commissie, HvJ 17 september 1985, 25/84 en 26/84).

4.7. Bij de beoordeling van overtreding van artikel 6 Mw wordt onderscheid gemaakt tussen horizontale en verticale afspraken. Een samenwerking is horizontaal van aard indien een overeenkomst wordt gesloten of aan oafg wordt deelgenomen tussen ondernemingen die op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus van de markt werkzaam zijn. In de meeste gevallen komt horizontale samenwerking neer op samenwerking tussen concurrenten. Van verticale samenwerking is sprake bij een overeenkomst of oafg waarbij twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de oafg, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen.

Is doel of strekking dat vrije concurrentie op de Nederlandse markt wordt voorkomen, beperkt of verstoord?

4.8. Volgens vaste rechtspraak van het HvJ valt een overeenkomst of oafg slechts onder het verbod van artikel 101 VWEU (en dus artikel 6 Mw), indien deze ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging erdoor wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Uit vaste rechtspraak kan eveneens worden afgeleid dat uit het voegwoord “of” binnen deze bepaling, volgt dat eerst moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst of oafg. Wanneer de mededingingsbeperkende strekking van een overeenkomst of oafg vaststaat, behoeven de gevolgen voor de mededinging niet te worden onderzocht. Wegens deze vergaande consequentie moet de kwalificatie als afspraak met mededingingsbeperkende strekking terughoudend worden toegepast en slechts worden aangenomen bij afspraken die intrinsiek in bepaalde mate nadelig zijn. De daarbij aan te leggen toets is of op grond van de bewoordingen en doelstellingen van de overeenkomst of oafg alsook de economische en juridische context tot het oordeel kan worden gekomen dat deze “evident schadelijk zijn voor de goede werking van de normale mededinging”. Bij een overeenkomst of oafg die

direct of indirect tot doel heeft een vaste verkoopprijs of een vaste minimumprijs op te leggen, wordt in rechtspraak en Europese regelgeving aangenomen dat een mededingingsbeperkende strekking evident is. Hier wordt gesproken van (indirecte) prijsbinding of van een hardcore strekkingsbepanking (zie ook conclusie AG in ECLI:NL:PHR:2017:290 bij het arrest Stichting 'Geborgde Dierenarts' en KNMvD/Agib, zie hierna).

4.9. In het arrest van 14 juli 2017 (ECLI:NL:HR:2017:1354, Stichting 'Geborgde Dierenarts' en KNMvD/Agib) heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar Europese jurisprudentie op dit punt, geoordeeld dat de vaststelling van een mededingingsbepanking als strekkingsbeding geen apart onderzoek meer vereist naar de vraag van merkbaarheid op de markt van een dergelijk beding.

Toepassing op deze zaak

4.10. Prijsvrij heeft aangevoerd dat TCN zowel op horizontaal niveau (met VX/DRT) als op verticaal niveau (in de verhouding tussen TCN en haar agent Prijsvrij) heeft samengewerkt met als doel haar – Prijsvrij – financieel te benadelen voor het verlenen van kortingen aan consumenten. Als onderbouwing heeft zij gewezen op de volgende feiten en omstandigheden:

- uit de hiervoor onder 2.10 tot en met 2.14 genoemde gedragingen van TCN voor het opzeggen van de Agentuurovereenkomst blijkt ondubbelzinnig dat TCN voor ogen stond om Prijsvrij lagere commissies te verstrekken vanwege de structurele kortingen die zij aanbiedt. Met de Merkafpraak 2013-2014 heeft Prijsvrij niet ingestemd, maar de lagere commissies in de Merkafpraak 2014-2015 zijn haar eenzijdig opgelegd;
- in de maanden na de opzegging van de Agentuurovereenkomst is D-Reizen gaan investeren in herstel van haar online aanwezigheid (waarbij zij verwijst naar de onder 2.19 aangehaalde publicaties). Daarnaast heeft TCN in juni 2014 haar content zo heeft gemanipuleerd dat de consument bij Prijsvrij een andere (veel hogere) prijs kreeg aangeboden dan de prijs die TCN en haar partner D-Reizen aanboden (waarbij zij heeft verwezen naar printscreens van identieke reizen die in die periode te boeken waren bij Prijsvrij, TCN of D-reizen met verschillende prijzen);
- TCN en VX/DRT hebben over de verlaging van de commissies voor Prijsvrij samengespannen. Voordat TCN en Prijsvrij gingen onderhandelen over een individuele merkafpraak voor Prijsvrij, sloten TCN en VX namelijk een merkafpraak over 2013/2014 waarin een onderscheid werd gemaakt tussen distributeurs die korting verleenden en distributeurs die dat niet deden. Prijsvrij was de enige bij VX aangesloten partij die geen provisies in rekening bracht;
- de voor Prijsvrij gunstigere overeenkomst tussen haar en VX werd opgezegd rond dezelfde tijd dat TCN de beloningsstructuur is gaan wijzigen, aldus steeds Prijsvrij.

4.11. De rechtbank stelt vast dat TCN deze stellingen van Prijsvrij niet feitelijk heeft betwist. Haar verweer op deze punten hield niet meer in dan dat Prijsvrij denkt in complottheorieën en dat haar – TCN's – eigen motieven niet zagen op een verboden prijsbinding. Dat echter sprake is geweest van het aansturen op merkafspraken die voor de hoogte van de commissie aansloten bij het al dan niet verlenen van korting, is door TCN niet betwist. Uit de feiten vloeit voort dat deze aansturing zich in ieder geval aanvankelijk heeft gericht op al haar agenten. Evenmin heeft TCN betwist dat Prijsvrij voor het boekjaar 2014-2015 heeft moeten berusten in de lagere commissie die – anders dan voorheen – niet

langer afhankelijk was gesteld van de behaalde omzet. Ook heeft zij niet gemotiveerd betwist dat andere agenten over dat jaar nog wel omzetafhankelijke commissie ontvingen. Tot slot heeft TCN niet betwist dat in de merkafpraak tussen haarzelf en VX een aparte bepaling is opgenomen over de hoogte van de commissie die Prijsvrij van VX kon ontvangen via de overeenkomst tussen Prijsvrij en VX (zie hiervoor onder 2.22). Uit al deze feiten en omstandigheden leidt de rechtbank af dat in ieder geval sprake is geweest van aanpassingen van de Agentuurovereenkomst door TCN waarmee in ieder geval VX (stilzwijgend) heeft ingestemd, althans waarin zij heeft berust, zodat van een zuivere eenzijdige handeling van TCN geen sprake is. Daarmee is in ieder geval voldaan aan de vereisten van een oafg in de zin van artikel 6 Mw. Tijdens de pleidooizitting heeft TCN erop gewezen dat het onder 2.12 opgenomen voorstel, waarin is opgenomen dat de door TCN te betalen commissie afhankelijk zou zijn van het al dan niet verlenen van structurele kortingen, nimmer is aanvaard, ook niet door de andere reisagenten, en dat uit dit voorstel dus ook geen instemming van VX en/of DRT kan worden afgeleid. Dit doet aan het voorgaande niet af: de rechtbank leidt de (stilzwijgende) instemming af uit de onder 2.22 weergegeven e-mailwisseling, het feit dat TCN voor het boekjaar 2013/2014 in de Merkafpraak tussen haarzelf en VX een aparte clause heeft opgenomen, waarin VX is opgelegd een lagere commissie te hanteren voor Prijsvrij (zie 2.22), en de omstandigheid dat de VX de overeenkomst die zij had met Prijsvrij heeft opgezegd op min of meer het moment waarop TCN haar beloningsstructuur heeft gewijzigd. Uit het onder 2.12 weergegeven voorstel volgt bovendien wel dat TCN daarmee duidelijk tot doel heeft gehad de commissie afhankelijk te maken van het al dan niet verlenen van korting, en daarmee is naar het oordeel van de rechtbank onmiskenbaar sprake geweest van indirecte prijsbinding en daarmee van een hardcore strekkingsbeperking, als hiervoor onder 4.8 bedoeld.

4.12. Aan het verweer van TCN dat Prijsvrij niet heeft voldaan aan de op haar rustende stel- en bewijsplicht gaat de rechtbank voorbij. Uit 4.10 volgt dat Prijsvrij voldoende feiten en omstandigheden heeft aangedragen om haar stellingen feitelijk te onderbouwen. Gelet op 4.8 en 4.9 is bij een hardcore restrictie als prijsbinding geen economische analyse van gevolgen, effecten en merkbaarheid op de relevante markt vereist. Eerder was het aan TCN geweest feiten of omstandigheden te stellen waaruit kan worden afgeleid dat ondanks de prijsbinding toch geen sprake was van mededingingsbeperking. Dit heeft zij nagelaten.

Uitzondering van toepassing?

4.13. TCN heeft geen beroep gedaan op een van de in artikel 6, lid 3, Mw genoemde uitzonderingsbepalingen. Wel heeft zij een beroep gedaan op de groepsvrijstelling van artikel 7 Mw. Dit beroep kan haar niet baten. Hardcore restricties, zoals prijsbinding, zijn van de groepsvrijstelling uitgesloten (zie artikel 4 van de groepsvrijstellingsverordening en afdeling III.3 van de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen).

4.14. Omdat het gaat om uitleg naar Europees recht, heeft de rechtbank ambtshalve de groepsvrijstellingsverordening en de Richtsnoeren bij de beoordeling betrokken. De Richtsnoeren bevatten door de Europese Commissie opgestelde richtlijnen voor de toetsing van verticale overeenkomsten aan de Mededingingsregels. In deze Richtsnoeren is onder meer bepaald dat binnen een agentuurovereenkomst alle verplichtingen van de agent in verband met de contracten waarover hij onderhandelt en/of die hij sluit namens de principaal, buiten het toepassingsgebied van artikel 101 lid 1 VWEU vallen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen eigenlijke en oneigenlijke agentuur. Is sprake van oneigenlijke

agentuur, dan valt de overeenkomst gewoon onder het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU, en dus van artikel 6 Mw.

4.15. Prijsvrij heeft in de dagvaarding gesteld dat in de verhouding tussen haar en TCN geen sprake was van eigenlijke agentuur. Zij heeft daartoe aangevoerd dat TCN haar Agentuurovereenkomst zo heeft ingericht dat alle risico's van het incasseren van de reissom liggen bij de agent. TCN heeft dit niet betwist. Ook vloeit uit de feiten voort dat TCN in de periode voorafgaand aan 1 november 2015 alle agentuurovereenkomsten met agenten heeft moeten aanpassen om deze te kunnen laten voldoen aan de eisen die de Richtsnoeren stellen aan eigenlijke agentuur. Daaruit kan worden afgeleid dat voordien van eigenlijke agentuur geen sprake was. Ook op grond van de Richtsnoeren kan derhalve niet worden geoordeeld dat de verboden prijsbinding, waaraan TCN zich schuldig heeft gemaakt, is uitgezonderd van het verbod van artikel 6 Mw.

Opzegging overeenkomst

4.16. In de rechtspraak is een aantal keer aangenomen dat de opzegging van een overeenkomst die in verband kan worden gebracht met verboden verticale prijsbinding op grond van artikel 6 Mw als nietig kan worden beschouwd (HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2213, Batavus/X, en Hof Arnhem 18 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC5311, M.F. Design/Eastborn Slaapsystemen). Vereist daarvoor is wel dat de wederpartij stelt en – indien nodig – bewijst dat de opzegging tot doel heeft om het gewenste hogere prijsniveau te handhaven of te herstellen. De rechtbank overweegt hieromtrent als volgt.

4.17. Prijsvrij stelt dat niet anders kan worden geconcludeerd dan dat de opzegging verband hield met de hiervoor aangenomen verticale prijsbinding door TCN. Zij wijst erop dat TCN meer dan eens publiekelijk heeft laten weten dat zij “niet meer toestaat dat er afgeweken wordt van de door haar gestelde prijzen”. TCN heeft ook niet betwist dat haar bedrijfsstrategie erop was gericht dat reisagenten geen kortingen zouden verlenen. De opzegging is geschied zonder opgave van reden, terwijl Prijsvrij onbetwist heeft gesteld dat zij in een paar jaar tijd de jaarlijkse omzet die zij via TCN behaalde heeft uitgebouwd van naar en dat zij door de klant altijd goed wordt beoordeeld.

4.18. TCN betwist dat de opzegging van de agentuurovereenkomst met Prijsvrij verband hield met enige prijsbinding van haar kant. Zij stelt zich – voor het eerst bij antwoord in deze procedure – op het standpunt dat uit de jaarlijkse evaluatie van al haar agenten eind 2014/begin 2015 bleek dat Prijsvrij voor TCN steeds minder waarde toevoegde als agent. Weliswaar waren de omzetten van Prijsvrij hoog en namen deze elk jaar toe, maar het rendement op die omzetten van Prijsvrij (de marge voor TCN) bleef fors achter op het rendement op de omzet van de gemiddelde agent. Zelfs nadat de commissie voor Prijsvrij voor boekjaar 2014/2015 was verlaagd, kostte Prijsvrij TCN meer aan provisie dan het haar opleverde als marge.

4.19. De rechtbank is met Prijsvrij van oordeel dat het op de weg van TCN had gelegen deze betwisting nader te onderbouwen met bijvoorbeeld cijfermateriaal of andere objectieve bescheiden. Uit de hiervoor beschreven, door TCN niet betwiste, feiten en omstandigheden valt immers af te leiden dat TCN zich specifiek op Prijsvrij heeft gericht bij haar pogingen om grip te houden op door haar agenten verleende kortingen. Voor het boekjaar 2013/2014

heeft TCN immers actief aangestuurd op een Merkafspraken waarbij met zoveel woorden de commissie van al haar agenten afhankelijk werd gesteld van op reizen verleende kortingen. Toen een dergelijke afspraak niet haalbaar bleek, heeft zij in de Merkafspraken tussen haarzelf en VX een aparte clausule opgenomen, waarin VX is opgelegd een lagere commissie te hanteren voor Prijsvrij (zie 2.22). In de vele correspondentie tussen partijen die is overgelegd, waarin werd onderhandeld over de (merk)afspraken voor het komende boekjaar, is bovendien op geen enkel moment door TCN melding gemaakt van tegenvallende resultaten van Prijsvrij. Ook in de opzegging is de tegenvallende omzet niet als reden genoemd. Tegen deze achtergrond kon TCN niet volstaan met de enkele, niet onderbouwde en pas achteraf ingenomen stelling dat de opzegging van de Agentuurovereenkomst een gevolg was van slechte marges op de werkzaamheden van Prijsvrij.

Beslissingen

in de hoofdzaak

4.20. De rechtbank komt dan ook tot de conclusie dat de opzegging van de Agentuurovereenkomst nietig is wegens strijd met artikel 6 Mw. De door Prijsvrij gevorderde verklaring voor recht met die strekking (de primaire vordering onder h), zie 3.1), kan dan ook worden toegewezen. Een verklaring voor recht dat de opzegging (tevens) nietig is op grond van artikel 101 lid VWEU (zoals door Prijsvrij na eisenwijziging gevorderd) voegt niets toe, zodat dit bij gebrek aan belang zal worden afgewezen.

4.21. Nu het primair gevorderde wordt toegewezen, heeft TCN geen belang bij haar bezwaar tegen de wijziging van eis (zie 3.2), aangezien deze subsidiaire vorderingen betreft aan de beoordeling waarvan niet wordt toegekomen. Het bezwaar wordt dan ook afgewezen.

4.22. De rechtbank stelt vast dat met het oordeel dat de opzegging van de Agentuurovereenkomst nietig is wegens strijd met artikel 6 Mw het belangrijkste en meest principiële geschilpunt tussen partijen is beslecht. De rechtbank kan zich voorstellen dat TCN dit oordeel in hoger beroep zal willen bestrijden. Om proceseconomische redenen zal dan ook reeds in dit stadium van de procedure hoger beroep worden opengesteld van dit tussenvonnissen en zal iedere verdere beslissing worden aangehouden. Alle overige vorderingen houden immers in meer of mindere mate verband met dit geschilpunt.

4.23. Indien partijen wensen voort te procederen, wordt opgemerkt dat de rechtbank zich in ieder geval nog onvoldoende voorgelicht acht over wat volgens partijen de gevolgen zouden moeten zijn van de nietigheid van de opzegging van de Agentuurovereenkomst. Tijdens de pleidooizitting is hierover voor het eerst gedebatteerd en de standpunten van partijen zijn nog onvoldoende duidelijk. De zaak zal dan ook worden verwezen naar de rol van 19 december 2018 zodat partijen zich nader kunnen uitlaten over de voortgang van de procedure, waarna de rechtbank daarover zal beslissen.

in het incident ex artikel 843a Rv

4.24. Bij deze stand van zaken kan de rechtbank nog niet beoordelen of en in hoeverre Prijsvrij belang heeft bij haar incidentele vorderingen op grond van artikel 843a Rv. De

rechtbank zal derhalve ook de beslissing op die vorderingen aanhouden in afwachting van het verdere verloop van het geding in de hoofdzaak, zeker nu TCN en DRT c.s. niet hebben gesteld dat zij hinder ondervinden van de gelegde bewijsbeslagen.

in de hoofdzaak en in het incident ex artikel 843a Rv

4.25. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank

in de hoofdzaak .

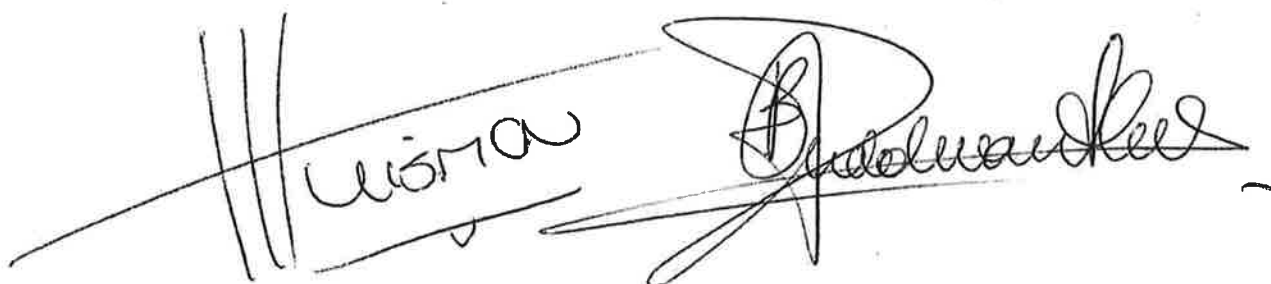
5.1. stelt tussentijds hoger beroep open van dit tussenvonnissen,

5.2. indien geen hoger beroep wordt ingesteld: verwijst de zaak naar de rol van **19 december 2018** voor een akte aan de zijde van Prijsvrij als bedoeld onder 4.23, waarna TCN hierop bij antwoordakte zal mogen reageren,

in de hoofdzaak en het incident

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.A. Dudok van Heel, mr. E. Bonga-Sigmond en mr. C.H. Rombouts en in het openbaar uitgesproken op 29 augustus 2018.



UITGEGEVEN VOOR GROSSE
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

