

LJN: AM2362, Hoge Raad , C02/317HR

Datum 16-01-2004

uitspraak:

Datum 16-01-2004

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: 16 januari 2004 Eerste Kamer Nr. C02/317HR JMH/MD Hoge Raad der Nederlanden
Arrest in de zaak van: [eiseres], gevestigd te [vestigingsplaats], EISERES tot cassatie, advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, t e g e n 1. [verweerster 1], 2. [verweerder 2], 3. [verweerder 3], gevestigd resp. wonende te [woonplaats], VERWEERDERS in cassatie, advocaat: mr. R.F. Thunnissen. 1. Het geding in feitelijke instanties...

Uitspraak

16 januari 2004

Eerste Kamer

Nr. C02/317HR

JMH/MD

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[eiseres], gevestigd te [vestigingsplaats],

EISERES tot cassatie,

advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk,

t e g e n

1. [verweerster 1],

2. [verweerder 2],

3. [verweerder 3],

gevestigd resp. wonende te [woonplaats],

VERWEERDERS in cassatie,

advocaat: mr. R.F. Thunnissen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseres tot cassatie - verder te noemen: [eiseres] - heeft bij exploit van 18 juli 2001 verweerders in cassatie - verder te noemen: [verweerder] c.s. - in kort geding gedagvaard voor de president van de rechtbank te Arnhem en - na wijziging van eis bij pleidooi - gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad en op de minuut:

1. [verweerder] c.s. te veroordelen om binnen 24 uur na betekening van het in deze te wijzen vonnis in de rayons GL 264, 266, 267 en 268 alle takel- en bergingswerkzaamheden, voor zover die vallen onder het systeem van de Stichting Incidentmanagement (IMN), te staken op straffe van een dwangsom c.q. boete van f 10.000,-- (€ 4.525,--) per overtreding;

2. [verweerder] c.s. te verbieden om - zolang [eiseres] uit hoofde van een overeenkomst met de Stichting IMN op eerste afroep in de hierboven vermelde rayons takel- en bergingswerkzaamheden mag verlenen - dergelijke werkzaamheden, voor zover die vallen onder het systeem van de Stichting IMN, uit te voeren op straffe van een dwangsom c.q. boete van f 10.000,-- (€ 4.525,--) per overtreding.

[Verweerder] c.s. hebben de vordering bestreden.

De president heeft bij vonnis van 28 augustus 2001 de vordering onder 2 toegewezen, zij het met matiging van de gevorderde dwangsom tot een bedrag van f 5.000,-- per overtreding, met een maximum van f 250.000,--, althans de tegenwaarde van de hiervoor vermelde bedragen in euro's, en het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben [verweerder] c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. Bij arrest van 27 augustus 2002 heeft het hof het vonnis van de president vernietigd en, opnieuw rechtdoende, alsnog de vordering van [eiseres] en het meer of anders gevorderde afgewezen. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

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

[Verweerder] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) In Nederland waren ten tijde van de bestreden uitspraak negen alarmcentrales werkzaam, die zich in opdracht van verzekeraars bezighouden met het doen bergen en veiligstellen van bij ongevallen betrokken dan wel anderszins gestrande personenauto's. De alarmcentrales werken alle ten behoeve van een of meer verzekeraars. Alle in Nederland werkzame verzekeraars op het terrein van personenautoverzekeringen zijn bij één van deze alarmcentrales aangesloten. Er zijn ongeveer 250 bergingsbedrijven in Nederland actief. Een zeer groot aantal van hen is aangesloten bij de Nederlandse Vereniging van Bergingsspecialisten (hierna: VBS).

(ii) Vóór 1998 sloten de alarmcentrales, die Nederland in rayons hadden verdeeld, voor takel- en bergingswerkzaamheden in de desbetreffende rayons met (in de praktijk) leden van de VBS exclusieve standaardcontracten af. Voor ieder rayon was één berger geselecteerd en gecontracteerd. Deze bestaande bergingsregeling had zowel betrekking op de zogenaamde "eerste berging" (het vrijmaken van de rijbaan en het afvoeren van het voertuig naar een daarvoor in aanmerking komende veilige locatie) als op de "tweede berging" (het op de eerste berging volgende doortransport naar een bestemming, zijnde meestal een schadeherstelbedrijf in de nabijheid van de woonplaats van de verzekerde). [Eiseres] had een exclusief contract voor het rayon GL 264; [verweerder] had een exclusief contract voor het rayon GL 268.

(iii) Tegen deze marktverdeling zijn bezwaren van mededingingsrechtelijke aard gerezen. Acht van de negen alarmcentrales hebben vervolgens samen met het Ministerie van Verkeer en Waterstaat een nieuw systeem (de Bergingsregeling Incident Management) ontworpen en een Stichting Incident Management Nederland (hierna: stichting IMN) opgericht. In het nieuwe systeem behoeft de politie niet meer naar de plaats van het ongeval te rijden om poolshoogte te nemen, kentekens te controleren en vervolgens de alarmcentrale in te schakelen, die opdracht aan de berger geeft. In plaats daarvan wordt een ongeval onmiddellijk doorgegeven aan het centrale meldpunt van de stichting IMN dat meteen een berger vraagt uit te rijden en pas daarna uitzoekt welke alarmcentrale voor de betrokken voertuigen verantwoordelijk is.

(iv) De acht alarmcentrales hebben aan de directeur-generaal van de NMa gevraagd om ontheffing in de zin van art. 17 Mededingingswet (Mw.) van het verbod van art. 6 Mw. voor de Bergingsregeling Incident Management.

(v) Op 30 maart 1999 heeft de directeur-generaal van de NMa besloten dat de Bergingsregeling Incident Management voldoet aan de voorwaarden voor ontheffing en heeft daartoe overwogen

hetgeen is vermeld onder 1.1.5 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.

(vi) Aangezien de NMa de invoering van een periodiek aanbestedingssysteem een absolute voorwaarde vond om aan het nieuwe systeem een ontheffing te kunnen geven, heeft de stichting IMN een extern expertisebureau ingeschakeld dat een aanbestedingsprocedure heeft ontwikkeld waarin alle bergingsbedrijven door middel van een vragenformulier konden inschrijven. [Eiseres] heeft ingeschreven voor het verrichten van takel- en bergingswerkzaamheden in de rayons GL 264, 266, 267 en 268, terwijl [verweerder] zich heeft ingeschreven voor de rayons GL 267, 268 en L 351.

(vii) De stichting IMN heeft bij brief van 31 augustus 1999 aan [verweerder] bericht dat zij heeft besloten geen overeenkomst met haar te willen aangaan voor uitvoering van de werkzaamheden in het kader van de eerste berging in de rayons GL 267, 268 en L 351. Het door [verweerder] tegen dit besluit ingediende beroepschrift is door de - in het kader van de aanbestedingsprocedure ingestelde - Commissie van Beroep ongegrond verklaard.

(viii) Na beoordeling van de ingediende offertes heeft de stichting IMN op 24 november 1999 met [eiseres] een overeenkomst gesloten waarbij aan [eiseres] het recht werd verleend om gedurende de looptijd van de overeenkomst (van 1 december 1999 tot 1 december 2002) in de rayons GL 264, 266, 267 en 268 de eerste berging te verrichten.

(ix) [Eiseres] heeft verscheidene malen geconstateerd dat [verweerder] haar diensten aan gestrande automobilisten in de desbetreffende rayons aanbiedt, met name in rayon GL 268. [verweerder] luistert namelijk de politiescanner af en rukt meteen met haar takelwagen uit als zij hoort dat ergens een ongeval heeft plaatsgevonden, terwijl [eiseres] eerst in actie komt nadat zij via het centrale meldpunt van de stichting IMN van het ongeval in kennis is gesteld. Daardoor is [verweerder] soms eerder ter plaatse dan [eiseres] en gaan bestuurders van gestrande motorvoertuigen in op het aanbod van [verweerder] om de auto ter plaatse weg te slepen. [Verweerder] heeft deze gang van zaken erkend.

3.2 [Eiseres] heeft in dit kort geding gevorderd hetgeen hiervóór onder 1 is vermeld. De vorderingen strekken er onder meer toe dat [verweerder] wordt veroordeeld om in de rayons GL 264, 266, 267 en 268, alle takel- en bergingswerkzaamheden, voor zover deze vallen onder het systeem van de stichting IMN, te staken. [Eiseres] heeft aan deze vorderingen ten grondslag gelegd dat [verweerder] onrechtmatig jegens [eiseres] handelt door in de desbetreffende rayons haar diensten aan te bieden aan gestrande automobilisten, terwijl zij weet dat de stichting IMN aan [eiseres] het exclusieve recht heeft verleend om in deze rayons op eerste afroep takel- en bergingsdiensten te verlenen.

3.3 De president heeft de vorderingen grotendeels toegewezen. Op het hoger beroep van [verweerder] heeft het hof het vonnis vernietigd en de vorderingen afgewezen op grond van, voor zover in cassatie van belang, de volgende overwegingen. In de overeenkomst tussen de stichting IMN en [eiseres] wordt niet met zoveel woorden aan [eiseres] enig exclusief recht toegekend (rov. 4.4). Er is geen sprake van een onrechtmatige schending door [verweerder] van een aan [eiseres] verleend exclusief recht. Het aan [eiseres] verleende recht bestaat slechts daarin, dat de stichting IMN zich tegenover [eiseres] heeft verplicht om in het door haar aan [eiseres] gegunde rayon slechts aan [eiseres] opdracht te verlenen tot het verrichten van eerste bergingswerkzaamheden. [Verweerder] verricht de bergingswerkzaamheden op eigen initiatief en dus buiten de stichting IMN om. Aldus vindt geen schending plaats van het aan [eiseres] verleende contractuele recht. Dit recht brengt niet mee dat derden zich ervan dienen te onthouden om in dat rayon zelf eerste bergingswerkzaamheden te verrichten. Er is geen wettelijke regel die [verweerder] verbiedt om buiten de stichting IMN om bergingsovereenkomsten met gestrande automobilisten te sluiten. Een algemene regel, die inhoudt dat het verrichten van eerste bergingswerkzaamheden buiten de stichting IMN en door deze in te schakelen bergers om tegenover de op dit punt jegens de stichting IMN exclusief gerechtigde berger onrechtmatig zou zijn, vindt evenmin steun in het ongeschreven recht (rov. 4.5).

In rov. 4.6 overweegt het hof dat ook onder de in deze rechtsoverweging genoemde omstandigheden van dit geval niet kan worden gezegd dat [verweerder] door die werkzaamheden zelf te verrichten zonder daarbij rekening te houden met de rechten welke [eiseres] jegens de stichting IMN aan haar overeenkomst met IMN kan ontlenen, in strijd handelt met de zorgvuldigheid die haar in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens [eiseres].

3.4.1 De onderdelen 1 - 3 bevatten geen klacht. Onderdeel 5, dat de Hoge Raad eerst behandelt, voert het volgende aan. Het hof overweegt in rov. 4.5 dat geen onrechtmatige schending plaatsvindt van het

aan [eiseres] verleende contractuele recht, "slechts" daarin bestaande dat de stichting IMN zich tegenover [eiseres] heeft verplicht om in de aan [eiseres] gegunde rayons slechts aan [eiseres] opdracht te verlenen tot het verrichten van eerste bergingswerkzaamheden. Door aldus te overwegen, aldus het onderdeel, heeft het hof miskend dat [verweerder] de contractuele rechten schendt die [eiseres] kan ontlenen aan een naar aanleiding van een concreet ongeval aan [eiseres] verleende opdracht tot eerste berging, namelijk door die opdracht binnen te halen en [eiseres] te verhinderen om die opdracht uit te voeren en dat dat onrechtmatig is althans kan zijn jegens [eiseres], zoals in onderdeel 4 uiteengezet.

3.4.2 Het onderdeel faalt. Het hof heeft geoordeeld dat niet is gesteld of gebleken dat de eerste berging van voertuigen van gestrande automobilisten slechts zou mogen plaatsvinden door de stichting IMN of via door haar in te schakelen bergingsbedrijven en in 's hofs oordeel ligt besloten dat [eiseres] aan haar overeenkomst met de stichting IMN geen rechten jegens derden kan ontlenen. Tegen de achtergrond van 's hofs in cassatie onbestreden oordeel dat er geen wettelijke regel is, die [verweerder] verbiedt om, buiten de stichting IMN om, rechtstreeks met gestrande automobilisten bergingsovereenkomsten te sluiten, en in aanmerking genomen dat tussen [eiseres] en de stichting IMN gemaakte afspraken niet bindend zijn voor [verweerder] noch voor de desbetreffende automobilisten, geeft het door het onderdeel bestreden oordeel van het hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dit niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

3.5.1 Onderdeel 4 keert zich met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 4.6. Het strekt ten betoge dat 's hofs oordeel, dat ook onder de omstandigheden van dit geval er geen sprake van is dat [verweerder] in strijd handelt met de zorgvuldigheid die haar in het maatschappelijk verkeer jegens [eiseres] betaamt, onbegrijpelijk althans onjuist is in verband met het volgende:

- a. het hof had aan de omstandigheid dat [verweerder] het politieradioverkeer af luistert om uit te rukken wanneer zij verwacht eerder dan [eiseres] op de plaats van het ongeval aanwezig te kunnen zijn, de conclusie moeten verbinden dat [verweerder] door het aanwenden van onoirbare middelen, namelijk het af luisteren van radiogesprekken van de politie, bewust opdrachten binnenhaalt, waarvan zij weet dat deze reeds aan [eiseres] zijn verstrekt en aldus [eiseres] verhindert om de aan haar verstrekte opdrachten uit te voeren;
- b. van [eiseres] kan niet verlangd worden dat zij zich van dezelfde onoirbare middelen bedient om te voorkomen dat [verweerder] een opdracht waarvan zij weet dat deze reeds aan [eiseres] is verleend in de wacht sleept.

3.5.2 Het onderdeel is in zoverre niet gegrond, omdat het miskent dat noch het Wetboek van Strafrecht noch enige andere wettelijke regeling meebrengt dat het beluisteren van een politieradiozender ongeoorloofd is. Het onderdeel vermeldt ook niet waarop het zijn hiermee niet in overeenstemming zijnde standpunt baseert.

3.5.3 Het onderdeel strekt voorts ten betoge dat het hof ten onrechte geen aandacht besteedt aan de omstandigheid dat [verweerder], om een zekere autoriteit uit te stralen, zich soms laat vergezellen van een medewerker die er als een politieagent uitziet. Nu [eiseres] niets heeft gesteld dat zou kunnen meebrengen dat [verweerder], doordat zij zich laat vergezellen door een medewerker die er aldus uitziet, van automobilisten opdrachten verkrijgt die zij anders niet zou hebben verkregen, getuigt 's hofs kennelijke oordeel dat het hier niet om een essentiële, door het hof te beoordelen, stelling ging, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel faalt.

3.6 Onderdeel 6 heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen afzonderlijke behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op € 301,34 aan verschotten en € 1.365,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president P. Neleman als voorzitter en de raadsheren H.A.M. Aaftink, D.H. Beukenhorst, O. de Savornin Lohman en A.M.J. van Buchem-Spapens, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer J.C. van Oven op 16 januari 2004.

Conclusie

C 02/317 HR

Mr. F.F. Langemeijer

Zitting 24 oktober 2003 (bij vervroeging: kort geding)

Conclusie inzake:

[eiseres]

tegen

1. [verweerster 1]
2. [verweerder 2]
3. [verweerder 3]

In dit kort geding is de vraag voorgelegd of sprake is van ongeoorloofde mededinging door een bergingsbedrijf.

1. De feiten en het procesverloop

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

1.1.1. In Nederland zijn negen alarmcentrales actief die zich in opdracht van verzekeraars bezighouden met het doen bergen en veiligstellen van bij ongevallen betrokken of anderszins gestrande personenauto's. Alle in Nederland werkzame verzekeraars op het terrein van personenautoverzekeringen zijn bij één van deze alarmcentrales aangesloten. Er zijn circa 250 bergingsbedrijven in Nederland actief. Een zeer groot aantal van hen is aangesloten bij de Nederlandse Vereniging van Bergingsspecialisten (VBS).

1.1.2. Vóór 1998 sloten de alarmcentrales, die Nederland in rayons hadden verdeeld, voor takel- en bergingswerkzaamheden in de desbetreffende rayons met (in de praktijk:) leden van de VBS exclusieve standaardcontracten af. Voor ieder rayon werd één berger geselecteerd en gecontracteerd. De regeling had zowel betrekking op de zgn. eerste berging (het vrijmaken van de rijbaan en het afvoeren van het voertuig naar een veilige plaats) als op de tweede berging (het transport van die veilige plaats naar de bestemming, meestal een schadeherstelbedrijf). Eiseres in cassatie, [eiseres], had zo'n exclusief contract voor het rayon GL 264 en verweerster in cassatie, [verweerder], voor het rayon GL 268.

1.1.3. Tegen deze marktverdeling zijn bezwaren van mededingingsrechtelijke aard gerezen. Vervolgens hebben (acht van de negen) alarmcentrales samen met Rijkswaterstaat een nieuw systeem ontworpen en een stichting Incident Management Nederland (IMN) opgericht. In het nieuwe systeem behoeft de politie niet meer naar de plaats van het ongeval te rijden om poolshoogte te nemen, kentekens te controleren en vervolgens de alarmcentrale in te schakelen die opdracht aan een berger geeft. In plaats daarvan wordt een ongeval onmiddellijk doorgegeven aan het centrale meldpunt van de stichting IMN, dat meteen een berger verzoekt uit te rijden en pas daarna uitzoekt welke alarmcentrale voor de betrokken voertuigen verantwoordelijk is.

1.1.4. De desbetreffende alarmcentrales hebben aan de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ingevolge art. 17 Mededingingswet (Mw) voor deze nieuwe regeling ontheffing verzocht van het verbod van art. 6 Mw.

1.1.5. Op 30 maart 1999 heeft de directeur-generaal van de Nma besloten dat de Bergingsregeling Incident Management voldoet aan alle voorwaarden voor ontheffing. Daarbij is het volgende overwogen:

"Het is aannemelijk dat het beschikken over een bestand aan goed geoutilleerde takel- en bergingsbedrijven, die 24 uur per dag beschikbaar zijn, gekoppeld aan directe inschakeling van deze bedrijven na melding van een stranding, zal leiden tot een verbetering van de verkeersveiligheid en het terugdringen van filevorming in omvang en duur. Verzoeksters IM hebben derhalve aannemelijk gemaakt dat de door hen voorgestelde ordening (...) bijdraagt aan de economische vooruitgang en/of verbetering van de productie en/of distributie. Door de driejaarlijkse aanbesteding van de rayons zal bovendien de efficiëntie en effectiviteit binnen de bergingsbranche worden bevorderd. Periodieke aanbesteding zal leiden tot prijsconcurrentie tussen de bergers. (...) De door de verzoeksters IM voorgestelde periode voor aanbesteding van de rayons voor de eerste berging, leidt er toe dat de Bergingsregeling Incident Management de mededinging niet verder beperkt dan noodzakelijk is voor het te bereiken doel. (...) Doordat de Bergingsregeling Incident Management wordt beperkt tot de eerste berging, blijft er voldoende restconcurrentie bestaan tussen de alarmcentrales onderling, en de bergers onderling."

1.1.6. Aangezien de d-g Nma een periodieke aanbesteding van de opdracht als voorwaarde had gesteld voor het verlenen van een ontheffing, heeft de stichting IMN een aanbestedingsprocedure ontwikkeld waarmee alle bergingsbedrijven konden inschrijven. [Eiseres] heeft ingeschreven voor het verrichten van takel- en bergingswerkzaamheden in de rayons GL 264, 266, 267 en 268, terwijl [verweerder] zich heeft ingeschreven voor de rayons GL 267, 268 en L 351.

1.1.7. De stichting IMN heeft bij brief van 31 augustus 1999 aan [verweerder] bericht dat zij heeft besloten geen overeenkomst met haar te willen aangaan voor de eerste berging in de rayons GL 267, 268 en L 351. Een door [verweerder] tegen dit besluit ingediend beroep is ongegrond verklaard door een in het kader van de aanbestedingsprocedure ingestelde Commissie van Beroep(2).

1.1.8. Na beoordeling van de ingediende offertes heeft de stichting IMN op 24 november 1999 met [eiseres] een overeenkomst gesloten waarbij aan [eiseres] het recht is verleend om gedurende de looptijd van de overeenkomst (van 1 december 1999 tot 1 december 2002) in de rayons GL 264, 266, 267 en 268 de eerste bergingen te verrichten.

1.1.9. [Eiseres] heeft meermalen geconstateerd dat [verweerder] haar diensten aan gestrande automobilisten in de desbetreffende rayons aanbiedt, met name in rayon GL 268. [Verweerder] luistert met een scanner de politieradio af en rukt met haar takelwagen uit wanneer zij hoort dat ergens een ongeval heeft plaatsgevonden, terwijl [eiseres] eerst in actie komt nadat zij via het centrale meldpunt van de stichting IMN in kennis is gesteld van het ongeval. Daardoor is [verweerder] soms eerder ter plaatse dan [eiseres] en gaan bestuurders van gestrande motorvoertuigen in op het aanbod van [verweerder] om hun auto weg te slepen. [Verweerder] heeft deze gang van zaken erkend.

1.2. [Eiseres] heeft de v.o.f. [verweester] en haar vennoten gedagvaard in kort geding en heeft gevorderd dat hen wordt verboden takel- en bergingswerkzaamheden te verrichten in de rayons GL 264, 266, 267 en 268, voor zover deze werkzaamheden vallen onder het systeem van de stichting IMN. [Eiseres] heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd dat [verweerder] onrechtmatig jegens [eiseres] handelt door in de betreffende rayons haar diensten aan te bieden aan gestrande automobilisten, terwijl zij weet dat de stichting IMN aan [eiseres] een exclusief recht heeft verleend om in deze rayons op eerste afroep takel- en bergingsdiensten te verlenen.

1.3. [Verweerder] heeft als verweer gevoerd dat, ook al zou [eiseres] met de stichting IMN zijn overeengekomen dat haar een exclusief recht van eerste berging binnen deze rayons toekomt, de stichting IMN niet méér rechten kan overdragen dan zij zelf heeft. De overeenkomst tussen [eiseres] en de stichting IMN brengt niet mee dat derden, zoals [verweerder], verplicht zijn de bedongen exclusiviteit te respecteren en zich zouden moeten onthouden van werkzaamheden van eerste berging in deze rayons.

1.4. De president van de rechtbank te Arnhem heeft bij vonnis van 28 augustus 2001 de vordering grotendeels toegewezen. De president overwoog dat [verweerder] verplicht is de exclusieve rechten van [eiseres] op het verrichten van de eerste bergingswerkzaamheden te respecteren. Deze monopoliepositie is door de Nma gesanctioneerd en is voorafgegaan door een openbare aanbestedingsprocedure (rov. 3 en 4). Zelfs wanneer zou worden aangenomen dat [verweerder] deze rechten niet hoeft te respecteren, dan geldt in ieder geval dat [verweerder] handelt in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt (rov. 6-10). Hierbij heeft de president het volgende in aanmerking genomen:

- [eiseres] moet op alle dagen van het jaar 24 uur per dag beschikbaar zijn, terwijl [verweerder] zelf kan bepalen wanneer zij haar diensten aanbiedt;
- [eiseres] dient te voldoen aan de door de stichting IMN gestelde kwaliteitseisen, terwijl [verweerder] zich aan dergelijke verplichtingen kan onttrekken;
- [eiseres] heeft forse investeringen gedaan om te kunnen voldoen aan haar verplichtingen op grond van de overeenkomst met de stichting IMN.

1.5. [Verweerder] heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem. Het hof heeft op 27 augustus 2002 het vonnis van de president vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Volgens het hof is hier geen sprake van een exclusief recht op het verrichten van bergingswerkzaamheden dat tegen derden, zoals [verweerder], kan worden ingeroepen. Evenmin is volgens het hof sprake van gedragingen in strijd met de zorgvuldigheidsnorm.

1.6. [Eiseres] heeft - tijdig(3) - cassatieberoep ingesteld. [Verweerder] heeft verweer gevoerd. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht. Vervolgens hebben zij van re- en dupliek gediend.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. De onderdelen 1 - 3 van het middel bevatten geen klacht. In onderdeel 5, dat als eerste wordt besproken omdat het mede van belang is voor het lot van onderdeel 4, wordt geklaagd over rov. 4.5. Het hof overweegt hier dat het aan [eiseres] verleende (contractuele) recht slechts daarin bestaat dat de stichting IMN zich jegens [eiseres] verplicht om, in het gegunde rayon, uitsluitend aan [eiseres] opdracht te verlenen tot het verrichten van eerste bergingswerkzaamheden. Onderdeel 5 klaagt dat het hof door deze samenvatting miskent dat [verweerder] de (contractuele) rechten schendt die [eiseres] kan ontlenen aan de naar aanleiding van een concreet ongeval verleende opdracht tot eerste berging: [verweerder] verhindert [eiseres] telkens om een door de stichting IMN aan [eiseres] verstrekte bergingsopdracht uit te voeren.

2.2. Feitelijk is juist dat, wanneer een gestrande automobilist aan [verweerder] opdracht tot berging geeft, de uitvoering van die opdracht door [verweerder] in de weg staat aan de uitvoering van een eventueel door de stichting IMN aan [eiseres] gegeven opdracht tot berging van dezelfde auto. Juridisch heeft dit echter geen betekenis. Dat is wat het hof bedoelt, wanneer het in rov. 4.5 overweegt dat niet gesteld of gebleken is dat de eerste berging van voertuigen van gestrande automobilisten slechts zou mogen plaatsvinden door de stichting IMN en de via haar ingeschakelde bergingsbedrijven. Het hof heeft aangegeven dat [eiseres] aan haar overeenkomst met de stichting IMN geen rechten jegens derden kan ontlenen. In dit verband overweegt het hof, in cassatie onbestreden, dat er geen wettelijke regel is die [verweerder] verbiedt om, buiten de stichting IMN om, rechtstreeks met gestrande automobilisten bergingsovereenkomsten te sluiten(4). Eerst in de cassatiereplik (blz. 2) betoogt [eiseres] dat een ongeval waardoor de rijbaan wordt geblokkeerd een onrechtmatige daad jegens de Staat oplevert, zodat de Staat (met name Rijkswaterstaat) de bevoegde instantie is om maatregelen te nemen teneinde de verkeersstremming op te heffen; Rijkswaterstaat laat dit over aan de bergingsbedrijven die door de gezamenlijke verzekeraars worden ingeschakeld. Dat moge zijn, althans voor zover het ongeval plaatsvindt op een Rijksweg, maar het neemt niet weg dat óók de gestrande automobilist bevoegd is de verkeersstremming op te heffen door opdracht tot berging te geven aan een door hem ingeschakeld bergingsbedrijf.

2.3. Er zou eerst dan sprake kunnen zijn van het uitlokken van wanprestatie, wanneer een

automobilist zich reeds gebonden zou hebben aan de dienstverlening van [eiseres] (of, meer in het algemeen, aan de inschakeling van een door de stichting IMN aan te wijzen bergingsbedrijf) en [verweerder] die automobilist zou bewegen om zijn contractuele verplichtingen te verzaken en zijn auto alsnog door [verweerder] te laten bergen. Daarvan is geen sprake. Aangezien tussen [eiseres] en de stichting IMN gemaakte afspraken niet bindend zijn voor [verweerder] noch voor de desbetreffende automobilisten, staat het [verweerder] en de automobilisten vrij een overeenkomst tot het verrichten van eerste bergingswerkzaamheden te sluiten(5). Onderdeel 5 faalt.

2.4. Onderdeel 4 bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten het oordeel in rov. 4.6 dat [verweerder] in de gegeven omstandigheden niet handelt in strijd met de zorgvuldigheid die haar in het maatschappelijk verkeer jegens [eiseres] betaamt. [eiseres] voert in dit verband aan:

- a. dat het hof aan de vaststaande omstandigheid dat [verweerder] het politieradioverkeer afluistert teneinde uit te rukken wanneer zij verwacht eerder dan [eiseres] op de plaats van het ongeval aanwezig te zullen zijn, de conclusie had moeten verbinden dat [verweerder] door het aanwenden van ontoelaatbare middelen (afluisteren) bewust opdrachten binnenhaalt waarvan zij weet dat deze reeds aan [eiseres] zijn verstrekt en aldus [eiseres] verhindert die opdrachten uit te voeren;
- b. dat van [eiseres] niet verlangd kan worden dat zij dezelfde onoordeelbare middelen (het afluisteren) gebruikt om te voorkomen dat [verweerder] de opdracht in de wacht sleept;
- c. dat het hof ten onrechte geen aandacht heeft besteed aan de stelling dat [verweerder], om een zekere autoriteit uit te stralen, zich soms laat vergezellen van een medewerker die er als een politieagent uitziet.

2.5. De stellingen onder a en b veronderstellen dat het afluisteren van het politieradioverkeer wettelijk niet geoorloofd is. Die veronderstelling is niet juist. Radiozenders mogen vrij worden beluisterd. [Eiseres] heeft in dit verband een beroep gedaan op art. 441 Sr. Dit artikel, ingevoerd bij wet van 23 december 1992, Stb. 1993, 33 (Wet computercriminaliteit), verbood niet de ontvangst maar wel bepaald gebruik van uit het radioverkeer opgevangen gegevens. Het artikel luidde toen:

"Met hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft hij die de inhoud of de strekking van hetgeen door middel van een onder zijn beheer staande of door hem gebruikte radio-elektrische ontvangerinrichting is opgevangen en, naar hij redelijkerwijs moet vermoeden, niet voor hem of mede voor hem bestemd is, hetzij aan een ander meedeelt, indien hij redelijkerwijs moet vermoeden, dat dan openlijke bekendmaking van de inhoud of de strekking volgen zal en zodanige bekendmaking volgt, hetzij openlijk bekend maakt, hetzij daarvan aantekening houdt, hetzij op enigerlei wijze gebruikt."(6)

2.6. Bij de inwerkingtreding van de (veeg-)wet van 12 april 1995, Stb. 227, zijn de woorden aan het slot van deze bepaling ("hetzij daarvan aantekening houdt, hetzij op enigerlei wijze gebruikt") komen te vervallen. In de memorie van toelichting wordt hieromtrent opgemerkt:

"De wijziging van artikel 441 in verband met de Wet computercriminaliteit (Stb. 1993, 33) heeft niet bedoelde neveneffecten. De vrijheid om etherverkeer te ontvangen wordt ingeperkt door artikel 139c, tweede lid, onder 1, in welk artikel dit ontvangen wordt verboden wanneer daartoe een bijzondere inspanning is vereist dan wel gebruik is gemaakt van niet-toegestane ontvangstapparatuur. Er is onvoldoende grond om in aanvulling daarop, wanneer wel legaal etherverkeer is opgevangen, het houden van aantekeningen of ander gebruik van de aldus opgevangen informatie te verbieden. De openlijke bekendmaking van deze informatie blijft verboden. Aan de vrijheid om inlichtingen te geven, als bedoeld in artikel 19, tweede lid van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Trb. 1978, 177), wordt anders meer afbreuk gedaan dan strikt nodig is om de rechten van anderen te beschermen."(7)

Sinds de inwerkingtreding, 14 mei 1995, is het derhalve weer toegestaan gebruik te maken van gegevens die zijn verkregen via het afluisteren van het politieradioverkeer, mits gebruik wordt gemaakt van toegestane ontvangstapparatuur. In dit geding is niet gesteld of gebleken dat [verweerder] gebruik maakt van niet-toegestane ontvangstapparatuur.

2.7. Ook overigens valt niet in te zien waarom het hof aan het afluisteren van het radioverkeer door [verweerder] het door [eiseres] gewenste gevolg zou hebben moeten verbinden. Voor zover het

politieradioverkeer de melding van het ongeval omvat, kan [verweerder] uit het bericht hoogstens opmaken dat op een bepaalde plaats een verkeersongeval of andere verkeersstremming heeft plaatsgevonden. Weliswaar kan [verweerder] hieruit begrijpen dat een dergelijk bericht het meldpunt van de stichting IMN activeert en daarmee het door IMN gecontracteerde bergingsbedrijf (in deze rayons: [eiseres]), maar daarmee is niet gezegd dat [verweerder] op een oneerlijke wijze concurrentie voert(8). De argumenten onder a en b gaan om deze reden niet op.

2.8. Voor wat betreft het argument onder c, is namens [eiseres] in eerste aanleg betoogd (pleitnotities blz. 4):

"Soms is [eiseres] eerder dan [verweerder] ter plaatse maar soms arriveert de takelwagen van [eiseres] ook nadat [verweerder] reeds ten tonele is verschenen.

Om naar buiten toe een zekere autoriteit uit te stralen maakt [verweerder] gebruik van de diensten van een medewerker van het Politie Instituut Verkeer en Milieu (LSOP) die het kennelijk leuk vindt om in zijn vrije tijd met een takelwagen mee te rijden maar daarbij wel zijn uniform aanhoudt dan wel - indien nodig - zijn politiebade tevoorschijn haalt.

Het behoeft volgens [eiseres] geen nader betoog dat een dergelijke situatie voor alle betrokkenen (automobilist, politie en andere hulpverleners) tot verwarring en zelfs (grote) irritatie leidt."

Uit de gedingstukken kan niet worden opgemaakt dat deze stelling door [verweerder] is bestreden. De president en het hof hebben deze stelling niet afzonderlijk besproken.

2.9. Het hof heeft deze stelling kennelijk - en niet onbegrijpelijk - niet als een essentiële stelling, maar als een bijkomstigheid beschouwd. [Eiseres] heeft immers niet gesteld dat [verweerder], doordat zij zich laat vergezellen door een als zodanig herkenbare politieman, bij automobilisten opdrachten binnenhaalt die [verweerder] daarzonder niet zou hebben gekregen. Evenmin heeft [eiseres] gesteld dat de betrokken politieman de automobilisten aanspreekt of zich anderszins inlaat met de vraag aan wie de opdracht tot eerste berging zal worden gegeven. [Eiseres] heeft niet gesteld dat [verweerder] art. 435b Sr overtreedt; overigens zou ook dan gelden, dat dit niet een bepaling is welke strekt tot bescherming van het belang van [eiseres]. De slotsom is dat onderdeel 4 faalt.

2.10. Onderdeel 6 mist zelfstandige betekenis en behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

1 Zie het vonnis in eerste aanleg onder 1-10, waarnaar het hof in rov. 3 van het bestreden arrest verwijst, hier enigszins verkort weergegeven.

2 [Verweerder] heeft zich hiertegen verzet in een eerder kort geding tegen de stichting IMN, maar is in hoger beroep in het ongelijk gesteld.

3 Op grond van art. 402 lid 2 jo. 339 lid 2 Rv bedraagt de termijn acht weken.

4 In eerste aanleg heeft [eiseres] een copie overgelegd van de Beleidsregels Incident Management (besluit van de minister van Verkeer en Waterstaat d.d. 27 april 1999, Stcrt. 89). Art. 4 lid 4 daarvan bepaalt: "Bestuurders, houders en eigenaren van motorvoertuigen, dienen zich in geval van een incident waarbij berging van het voertuig noodzakelijk is, te onthouden van het zelf rechtstreeks geven van opdracht aan een bergingsbedrijf tot eerste berging van hun motorvoertuig. Zij dienen in plaats daarvan zo mogelijk de politie in te schakelen dan wel een hulpverleningsdienst die in staat is adequate bergingshulp te verlenen." [Eiseres] heeft in dit geding geen beroep gedaan op deze regel. Het zou haar ook niet baten: blijkens de officiële toelichting op de regeling gaat het slechts om een niet-gesancioneerde gedragsregel, waarvoor geen andere wettelijke basis wordt aangegeven dan dat een eigenaar op grond van art. 6:162 BW jo. art. 5 WVV 1994 jegens de Staat verplicht is een overlast veroorzakend voertuig van de rijbaan te verwijderen.

5 In gelijke zin: HR 27 februari 1998, NJ 1998, 494.

6 De in de cassatiereplik aangehaalde passage uit de memorie van antwoord (Kamerstukken II 1990/91, 21 551, nr. 6, blz. 6, over "het zich begeven naar een bepaalde plaats op basis van gegevens die worden verkregen door het afluisteren van de politiemobilofoon") heeft betrekking op het slot van dit artikel: "hetzij op enigerlei wijze gebruikt".

7 Kamerstukken II 1993-1994, 23 855, nr. 3 , blz. 1.

8 Zie over oneerlijke concurrentie o.m.: P.A.C.E. van der Kooij en S.J.A. Mulder, Hoofdzaken mededingingsrecht (2001), hoofdstuk 7; losbl. Onrechtmatige daad, IV, aant. 260 e.v.