



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht?

Zipro, E.J.

### Citation

Zipro, E. J. (2005). Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de  
privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht? *Bw-Krant Jaarboek*, 21,  
181-203. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36641>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36641>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## 10 | Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht?

E.J. Zippro<sup>1</sup>

### 1 INLEIDING

Het met behulp van privaatrechtelijke technieken handhaven van mededingingsrecht wordt in de Engelstalige literatuur vaak aangeduid met de uitdrukking *private enforcement*.<sup>1</sup> Met privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht bedoel ik het instellen van een vordering door een particulier (niet-overheid) voor de nationale burgerlijke rechter op grond van schending van de regels van Europees of Nederlands mededingingsrecht met behulp van een rechtsfiguur uit het privaatrecht.<sup>2</sup>

Rechtshandhaving vindt in toenemende mate plaats op verschillende niveaus die nauw met elkaar verweven zijn. Handhaving van mededingingsrecht bestaat op internationaal niveau (Wereldhandelsorganisatie), op Europees niveau (Europese Commissie), op nationaal niveau met behulp van het bestuursrecht (Nederlandse Mededingingsautoriteit), op nationaal niveau met behulp van het privaatrecht (particulieren zoals consumenten en ondernemers) en in enkele gevallen op nationaal niveau met behulp van het strafrecht (Openbaar Ministerie).<sup>3</sup> De mogelijke introductie van strafrechtelijke sancties

---

■ E.J. Zippro is universitair docent afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 W. van Gerven, 'Privaatrecht handhaaft mededingingsrecht: 'Alice in Wonderland'', in: *Mok-aria, Opstellen aangeboden aan prof.mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70<sup>e</sup> verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 64.

2 In vergelijkbare zin Van Gerven 2002, p. 64 (zie noot 1). Met de aanduiding particulier doel ik zowel op natuurlijke personen als rechtspersonen.

3 De handhaving van de Wet economische mededinging, die gold tot 1 januari 1998, is in handen van het OM. De Mededingingswet wordt niet strafrechtelijk gehandhaafd. Zie ook *Kamerstukken II 1995/96, 24 707*, nr. 3, p. 43. Het Wetboek van Strafrecht bevat geen specifieke delictomschrijvingen die betrekking hebben op door de Mededingingswet verboden gedragingen. De toepasselijkheid van artikel 184 Sr betreffende het niet voldoen aan een ambtelijk bevel op overtredingen van artikel 69 lid 1 Mw (overtreding van de medewerkingsplicht) wordt in artikel 69 lid 3 Mw zelfs uitgesloten. Bij overtreding van de Mededingingswet kunnen echter soms algemene delicten uit het Wetboek van Strafrecht een rol spelen. Denk aan actieve corruptie (artikelen 177 Sr en 177a Sr), passieve corruptie (artikelen 362 en 363 Sr), de bekendmaking van een bedrijfsgeheim of het schenden van een ambtsgeheim (artikelen 272 en 273 Sr), oneerlijke mededinging (artikel 328 bis Sr), oplichting (artikel 326 Sr), private omkoping (artikel 328ter Sr), schending van geheimhouding van vertrouwelijke gegevens door de betrokken ambtenaren (artikel 272 Sr en artikel 125a lid 3 Ambtenarenwet) en valsheid in geschrifte (artikel 225 Sr e.v.). Zie L.E.J. Korsten, *Memo Mededinging 2004/2005*, Deventer: Kluwer 2004, p. 330. Zie over het strafrecht

in het mededingingsbeleid van de lidstaten van de EU is onderwerp van discussie.<sup>4</sup> In de Verenigde Staten bestaat reeds strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht waarbij bestuurders van ondernemingen achter de tralies kunnen belanden wegens overtreding van de mededingingsregels. In de zogenaamde bouwfraudezaak zien we dat ook in Nederland het Openbaar Ministerie een rol kan spelen bij overtredingen van het mededingingsrecht.<sup>5</sup>

Naast de in dit artikel centraal staande privaatrechtelijke handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht speelt in de praktijk de bestuursrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht een zeer belangrijke rol. Aan de Europese zijde van de Atlantische oceaan zal men bij handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht zelfs primair denken aan de bestuursrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht door de Europese mededingingsautoriteit (Europese Commissie) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).<sup>6</sup> Dit in tegenstelling tot de Amerikaanse zijde van de Atlantische oceaan waar privaatrechtelijke handhaving de voornaamste manier is om het mededingingsrecht te handhaven. Het zijn twee manieren om het mededingingsrecht te effectueren die elkaar ondersteunen maar niet kunnen vervangen.<sup>7</sup>

Handhaving van het mededingingsrecht door middel van technieken uit het privaatrecht komt in de praktijk nog niet veel voor. Het aantal mededingingszaken waarbij de gang naar de burgerlijke rechter wordt gemaakt is zowel

---

telijk optreden tegen mededingingsafspraken bij de bouwfraude Y. Buruma, 'Inzake de beladen bouwnijverheid. Voorbeschouwing op een parlementaire enquête', *NJB* 2002, p. 701-708.

4 Zie bijvoorbeeld D.J.M. de Grave, 'Bestrafing van overtreding van mededingingsregels: een impressie vanuit de VS', *AM* 2002, p. 206-208.

5 In de bouwfraude zaak stond de vermeende schaduwboekhouding van het Groningse bouwbedrijf Koop Tjuchem centraal. Uit de boekhouding zou blijken dat in de bouwwereld een omvangrijk zwart betalingssysteem bestond waarbij opdrachtgevers stelselmatig te hoge kosten in rekening kregen gebracht. Op deze manier probeerden de bouwbedrijven de kosten bij het maken van offertes bij openbare inschrijvingen te compenseren. Begin negentiger jaren is dit verboden, maar daarvoor was een rekenvergoeding gebruikelijk. De overheid, grote instellingen en organisaties zouden voor aanzienlijke bedragen zijn opgelicht. Daarnaast speelde bij de bouwfraude de bouw van de spoortunnel bij Schiphol een belangrijke rol. De drie bedrijven die dit project hebben uitgevoerd zouden zich volgens het OM te Haarlem in de periode 1990-1998 schuldig hebben gemaakt aan het vervalsen van facturen, opdrachtbonnen en financiële overzichten. De valsheid in geschrifte zou bestaan uit het opmaken van facturen voor werkzaamheden die in werkelijkheid niet waren verricht of voor een lagere prijs waren verricht. Het zou hierbij gaan om VOF Combinatie Schiphol Spoortunnel (KSS), Strukton Betonbouw BV en Hollandse Beton- en Waterbouw BV (HBW).

6 Het Europees mededingingsrecht kan ook door een nationale (mededingings)autoriteit worden toegepast. In Nederland is die taak opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).

7 Zie ook de conclusie van Van Gerven 2002, p. 75 (zie noot 1).

in relatieve zin als in absolute zin aan de magere kant. Dit is niet alleen in Nederland het geval maar ook in de andere lidstaten van de EU.

In de Verenigde Staten daarentegen is, zoals hiervoor reeds gezegd, de situatie anders. Uit onderzoek van Jones blijkt dat in de periode van 1941 tot en met 1985 maar liefst 29 588 vorderingen zijn ingesteld op grond van het antitrust recht.<sup>8</sup> Sinds 1985 worden er in de Verenigde Staten 600 tot 1000 vorderingen per jaar gebaseerd op het mededingingsrecht.<sup>9</sup> In de Verenigde Staten heeft nooit de verwachting bestaan dat het US Department of Justice het mededingingsbeleid zou vormen zoals in Europa de Europese Commissie heeft gedaan en nog steeds doet. De verhouding private handhaving vs. publieke handhaving varieert in de Verenigde Staten van 10:1 tot 20:1. Negentig tot vijfennegentig procent van het aantal mededingingszaken wordt daar privaatrechtelijk gehandhaafd. Vergeleken met de Verenigde Staten heeft de Europese Commissie in de Europese Gemeenschap bijna exclusieve controle op de regulering van het mededingingsrecht.<sup>10</sup>

Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de 25 lidstaten van de EU is echter wel degelijk plaats. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal de publiekrechtelijke handhaving nooit kunnen vervangen, maar wel een belangrijker rol kunnen gaan spelen dan tot nu toe het geval is geweest. Nu de nieuwe Verordening 1/2003 per 1 mei 2004 van kracht is geworden zijn de perspectieven voor de privaatrechtelijke handhaving flink verbeterd ten opzichte van de situatie onder Verordening 17/62. De nieuwe SamenwerkingsMededeling die door de Commissie is gepubliceerd zal de burgerlijke rechter behulpzaam kunnen zijn bij zijn zoektocht door het Europees mededingingsrecht.<sup>11</sup>

De vraag is echter of het huidige burgerlijk- en burgerlijk procesrecht van de 25 lidstaten van de EU voldoende instrumenten biedt om de privaatrechtelijke handhaving van het Europees en nationaal mededingingsrecht naar behoren te waarborgen. Rechtsvorderingen ingesteld wegens schending van het mededingingsrecht zijn afhankelijk van regels van nationaal recht. Zowel het mededingingsrecht als het privaatrecht bevatten geen specifieke bepalingen aangaande kartelschade. Zijn meer mogelijkheden nodig in de 25 afzonderlijke stelsels van privaatrecht binnen de Europese Unie? Moet bij het scheppen van meer mogelijkheden niet veel meer Europese *eenheid* worden gecreëerd binnen de 25 verschillende stelsels van privaatrecht?

---

8 Clifford A. Jones, *Private enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 79. Deze gegevens zijn afkomstig uit het 'Annual Report of the Director for the years 1941-1985' (Washington, DC) van het 'Administrative Office of the United States Courts'.

9 Jones 1999, p. 79 (zie noot 8).

10 Jones 1999, p. 85 (zie noot 8).

11 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/54.

In deze bijdrage zal ik beginnen met een korte bespreking van de publiekrechtelijke handhaving. Dit om de functie van de privaatrechtelijke handhaving in een duidelijker perspectief te plaatsen. Na de bespreking van de publiekrechtelijke handhaving zal ik de exclusieve bevoegdheden van de burgerlijke rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht behandelen en ingaan op de uit het Europees recht voortvloeiende minimumvereisten die worden gesteld aan de (privaatrechtelijke) handhaving van het Europees (mededingings)recht. Vervolgens zal ik de vraag behandelen of er behoefte is aan een Europese richtlijn of verordening met afwijkende bepalingen van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht. Daarbij komt ook de rechtsgrondslag van een dergelijke verordening of richtlijn aan bod. Vervolgens zal ik bespreken of er bij het opstellen van een eventuele Europese richtlijn of verordening valt aan te sluiten bij de reeds bestaande rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg (GVEA EG) en het Hof van Justitie (HvJ EG). Ik besluit met een bespreking van de consequenties van een Europese richtlijn of verordening met afwijkende bepalingen van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voor de eenheid en verscheidenheid van het privaatrecht binnen de EU.

## 2 PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING

Om de (aanvullende) rol van de privaatrechtelijke handhaving helder voor ogen te hebben is het noodzakelijk de publiekrechtelijke handhaving kort te bespreken. De Commissie en de NMa zijn bevoegd en belast met de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zij spelen dan ook, samen met de burgerlijke rechter, een belangrijke rol bij de handhaving van het mededingingsrecht.

De Commissie is bevoegd en belast met de publiekrechtelijke handhaving van het *Europees* mededingingsrecht (artikel 4 van Verordening 1/2003) en in geval de Commissie geen procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III van Verordening 1/2003 moet leiden (vaststelling en beëindiging van inbreuken, voorlopige maatregelen, toezeggingen of de vaststelling van niet-toepasselijkheid in het kader van het algemeen belang), is tevens de NMa bevoegd en belast met de handhaving van het *Europees* mededingingsrecht (artikel 5 en artikel 11 lid 6 van Verordening 1/2003). De NMa is daarnaast belast met de publiekrechtelijke handhaving van het *Nederlands* mededingingsrecht. Zowel de Commissie als de NMa zijn bevoegd om inbreukmakers op de mededingingsregels te bevelen de schending van het kartelverbod of het misbruik maken van een machtspositie te doen stoppen. Indien dit nodig is kan een last onder dwangsom worden opgelegd op grond van de artikelen 7 en 24 Verordening 1/2003 en de artikelen 56 en 58 Mededingingswet. Een last onder dwangsom strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtre-

ding te voorkomen. Naast een last onder dwangsom kunnen de Commissie en de NMA ook boetes opleggen tot een bedrag van maximaal 10% van de jaaromzet op grond van artikel 23 lid 2 Verordening 1/2003 en de artikelen 56 en 57 Mw. In geval de ondernemingen niet voldoen aan de bestaande medewerkingsplicht kan op grond van artikel 23 lid 1 Verordening 1/2003 een sanctie worden opgelegd in de vorm van een geldboete van ten hoogste 1% van de in het voorafgaande boekjaar behaalde totale omzet of kan op grond van artikel 69 Mw een boete worden opgelegd van ten hoogste € 450 000,- of, indien het een onderneming of een ondernemersvereniging betreft en indien dat meer is, van ten hoogste 1% van de omzet van de onderneming, onderscheidenlijk van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uitmaken, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

De geldigheid van een beschikking van de Commissie kan worden betwist bij het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG).<sup>12</sup> Daarnaast staat ex artikel 225 lid 1 EG een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening open bij het Hof van Justitie (HvJ EG).<sup>13</sup> Deze rechtstreekse beroepen moeten worden onderscheiden van prejudiciële vragen die door de nationale rechters kunnen en in hoogste instantie soms zelfs moeten worden gesteld aan het HvJ EG.<sup>14</sup>

---

12 Het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) bestaat sinds 1989. Dit gerecht bestaat uit één rechter per lidstaat en heeft geen advocaten-generaal. In sommige gevallen kan één van de rechters als advocaat-generaal worden ingezet. Ook de rechters van het GvEA EG worden voor zes jaar benoemd in onderlinge overeenstemming door de regeringen van de lidstaten. Net als bij het HvJ EG (in enge zin), kiezen zij uit hun midden een president.

13 Het GvEA EG heeft, net als het HvJ EG, tot taak de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en toepassing van de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en van de door de bevoegde EG-instellingen vastgestelde bepalingen. Ter vervulling van zijn voornaamste taak, is het GvEA EG bevoegd in eerste aanleg kennis te nemen van alle rechtstreekse beroepen van particulieren en van lidstaten, met uitzondering van die waarvoor een 'rechterlijke kamer' bevoegd is in de zin van artikel 225a EG en die welke aan het Hof zijn voorbehouden. Rechtstreekse beroepen kunnen worden ingedeeld in verschillende categorieën. Gedacht moet worden aan een *beroep tot nietigverklaring* tegen handelingen van EG-instellingen (230, 231 EG), een *beroep wegens nalaten* bij verzuim van EG-instellingen (232 EG), een *beroep tot schadevergoeding* strekkende tot vergoeding van schade wegens onrechtmatig handelen van een gemeenschapsinstelling (235 EG), een *beroep op grond van een arbitragebeding* bij geschillen betreffende door de Gemeenschap gesloten publiek- of privaatrechtelijke overeenkomsten waarin een dergelijk beding is opgenomen (238 EG) en *beroepen van ambtenaren* bij geschillen tussen de Gemeenschap en haar ambtenaren en andere personeelsleden (236 EG).

14 Voor de hoogste rechter bestaat er op grond van artikel 234 en artikel 68 EG een rechtsplicht tot verwijzing als er een vraag van Europees recht rijst. Zoals bekend hoeft de hoogste rechter geen prejudiciële vraag te stellen in geval de ingeroepen Europese regel geen enkele uitleg behoeft (*acte clair*) en in geval het HvJ EG een dergelijk geval al eerder heeft uitgelegd of verduidelijkt (*acte éclairé*). Zie HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 (Cilfit), *Jur.* 1982, p. 3415. In geval de nationale rechter zijn verwijzingsverplichting ex artikel 234 EG schendt, kan dit tot aansprakelijkheid van de staat leiden met als gevolg de verplichting tot het betalen van schadevergoeding. Zie HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 (Köbler), *Jur.* 2003, p. I-10239.

Op grond van artikel 230 EG kan iedere natuurlijke of rechtspersoon beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken. In geval het beroep gegrond is, wordt de betwiste handeling door het GVEA EG of het HvJ EG nietig verklaard (artikel 231 EG).<sup>15</sup>

Voor beroepen tegen besluiten op grond van de Mededingingswet bepaald artikel 93 Mw in afwijking van artikel 8:7 Awb dat de sector bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam bevoegd is. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven is op grond van artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bevoegd kennis te nemen van het hoger beroep tegen een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam. Cassatieberoep tegen de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven is niet mogelijk.

### 3 EXCLUSIEVE BEVOEGDHEID VAN DE BURGERLIJKE RECHTER

Het GVEA EG, het HvJ EG, de sector bestuursrecht van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hebben optredend als bestuursrechters *niet* de bevoegdheid om schadevergoeding aan gelaedeerden toe te kennen voor de schade die is geleden als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht. Alleen de nationale burgerlijke rechter is bevoegd om schadevergoeding toe te kennen in geval schade is ontstaan wegens schending van de Europese of nationale mededingingsregels. De gelaedeerde kan bij de dreiging van onrechtmatig handelen ook een rechterlijk verbod of bevel vorderen, al dan niet versterkt met een dwangsom (artikel 611a Rv e.v.).

Daarnaast is de burgerlijke rechter op grond van artikel 81 lid 2 EG en artikel 6 lid 2 Mw exclusief bevoegd om een overeenkomst die in strijd is met het kartelverbod nietig te verklaren.<sup>16</sup> Rechtshandelingen die in strijd zijn met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie zoals neergelegd in artikel 82 EG en artikel 24 lid 1 Mw zullen nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.<sup>17</sup> Het EG-Verdrag en de Mededingingswet bevatten namelijk geen expliciete nietigheidsbepaling voor het maken van

---

15 De term 'Hof van Justitie' kan betrekking hebben op twee zaken. Allereerst op de instelling: Hof en Gerecht van Eerste Aanleg gezamenlijk, en daarnaast op het Hof als rechtsprekende instantie.

16 De nietigheid van verboden kartelovereenkomsten vloeit rechtstreeks voort uit de bepalingen in het EG-Verdrag en de Mw, maar vloeit naar Nederlands recht ook reeds voort uit artikel 3:40 lid 2 BW.

17 Bij het overtreden van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie zou ook nog een beroep kunnen worden gedaan op vernietigbaarheid wegens misbruik van omstandigheden in de zin van artikel 3:44 lid 1 en lid 4 BW. Artikel 3:40 lid 2 leidt echter reeds tot de nietigheid van de rechtshandeling die in strijd is met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie.

misbruik van een economische machtspositie, zoals dat wel het geval is bij overeenkomsten die in strijd zijn met het kartelverbod. Rechtshandelingen die in strijd zijn met de regels betreffende het concentratietoezicht zullen ook nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

De uit artikel 81 lid 2 EG voortvloeiende nietigheid is een bijzondere bepaling nu een begrip uit het privaatrecht is opgenomen in het EG-Verdrag. Het was niet denkbeeldig geweest dat de nietigheid van een overeenkomst ex artikel 81 lid 2 EG per definitie zou hebben gegolden voor de hele overeenkomst, maar het HvJ EG heeft uitgemaakt dat de nietigheid alleen die delen van de overeenkomst betreft die in strijd zijn met artikel 81 lid 1 EG.<sup>18</sup> Het gevolg is dat de andere delen van de overeenkomst niet worden getroffen door de uit het EG-Verdrag voortvloeiende nietigheid. De nationale rechter moet volgens zijn nationale recht, binnen de grenzen die gesteld zijn door het HvJ EG, bepalen of het restant van de overeenkomst in stand blijft.<sup>19</sup> Zie voor het Nederlands recht artikel 3:41 BW (partiële nietigheid).<sup>20</sup> In geval de nationale rechter een gedeeltelijke nietigheid uitspreekt en slechts een van de partijen nakoming van de resterende overeenkomst wil afdwingen zal de overeenkomst in elke EU lidstaat een andere werking kunnen hebben, afhankelijk van het op de overeenkomst toepasselijke recht.<sup>21</sup>

#### 4 COMMUNAUTAIRE MINIMUMVEREISTEN BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING

Het HvJ EG heeft voor vorderingen die gebaseerd zijn op Europees recht minimumvereisten gesteld waaraan het nationale recht moet voldoen. Zo dient een sanctie voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.<sup>22</sup> Het HvJ EG overweegt in de zaak *Griekse maïs*:<sup>23</sup>

---

18 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 (*Société La Technique Minière*), *Jur.* 1966, p. 392.

19 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 (*Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA*), *Jur.* 1983, p. 4173. Zie ook J.F. Appeldoorn, *Eenheid in verscheidenheid. De gespreide toepassing van artikel 81 EG* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 136.

20 Zie over partiële nietigheid ook J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 251-294 en A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 269-275. Van Schaick wijst op het feit dat de term partiële nietigheid niet deugt, nu niet de nietigheid partieel is, maar de rechtshandeling partieel volledig nietig is. Het bijvoeglijk naamwoord partieel zegt dan ook niets over het zelfstandig naamwoord nietigheid. Het gaat om een partieel nietige rechthandeling. Van Schaick 1994, p. 269.

21 Appeldoorn 2004, p. 136 (zie noot 19). Zie verder Hijma 1988, p. 251-294 (zie noot 20).

22 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 (*Griekse maïs*), *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 23-25.

23 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 (*Griekse maïs*), *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 22-25.

‘De Commissie stelt, dat artikel 5 EEG-Verdrag (thans artikel 10 EG, EJZ) de Lid-Staten de verplichting oplegt, overtreders van het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze te bestraffen als overtreders van nationale bepalingen (...).

Dienaangaande zij opgemerkt, dat wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de Lid-Staten krachtens artikel 5 EEG-Verdrag (thans artikel 10 EG, EJZ) verplicht zijn, alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren.

Daartoe dienen de Lid-Staten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling.’

Hoewel de lidstaten zelf de bevoegdheid hebben om te bepalen welke soort procedures van toepassing zijn en hoe ze zijn ingericht (beginsel van de procedurele autonomie) is daarmee niet gezegd dat het nationale procesrecht altijd zonder voorbehoud kan worden toegepast. In de jurisprudentie van het HvJ EG komen twee voorwaarden naar voren waaraan de toepassing van het nationale procesrecht moet voldoen, namelijk het non-discriminatie of assimilatiebeginsel en het effectiviteitsbeginsel.<sup>24</sup> In het arrest *Rewe* zijn deze twee voorwaarden (de zogenaamde *Rewe-riedel*) voor het eerst geformuleerd.<sup>25</sup> Het *non-discriminatie of assimilatiebeginsel* (in de meer recente rechtspraak van het HvJ EG wel aangeduid als het *gelijkwaardigheidsbeginsel*)<sup>26</sup> houdt in dat regels die van toepassing zijn in een geschil met een communautaire dimensie niet ongunstiger mogen zijn dan die welke voor nationale vorderingen gelden. Het *effectiviteitsbeginsel* (ook wel *doeltreffendheidsbeginsel* genoemd) houdt in dat de regels die van toepassing zijn in een geschil met een communautaire dimensie de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken.<sup>27</sup> Deze twee beginselen zijn in de latere rechtspraak verder uitgewerkt. Ze spelen niet alleen een rol bij de rechtsbescherming, maar zijn ook van belang bij de (privaatrechtelijke) handhaving en de mogelijke sancties die het gevolg zijn van een schending van het Europees (mededingings)recht.<sup>28</sup>

---

24 J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 74-75.

25 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 (*Rewe*), *Jur.* 1976, p. 1989.

26 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96 (*Edis*), *Jur.* 1998, p. I-4951, r.o. 36-37.

27 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 (*Comet*), *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12.

28 Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 75 (zie noot 24).

De in de zaak *Griekse maïs* geformuleerde eis dat een sanctie voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikkend dient te zijn vormt een nadere uitwerking van het effectiviteitsbeginsel. Er wordt dan ook wel gesproken van de handhavingsautonomie als species van de procedurele autonomie, nu in beginsel (voorzover het gemeenschapsrecht niet anders bepaalt) de handhaving en de daarbij behorende sanctionering van een overtreding van het gemeenschapsrecht een zaak is van de individuele lidstaten.<sup>29</sup> Bij de handhaving van het gemeenschapsrecht moet echter ook worden voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.

Het *beginsel van een effectieve rechtsbescherming* wordt wel als een derde eis gezien waar het procesrecht aan moet voldoen.<sup>30</sup> Op grond van dit beginsel moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontleen aan het gemeenschapsrecht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Het HvJ EG formuleerde het beginsel voor het eerst in de zaak *Johnston*.<sup>31</sup> In deze zaak vormde op grond van artikel 53 lid 1 van de *Sex Discrimination Order (Northern Ireland)* een verklaring van de minister een onweerlegbaar bewijs dat de maatregelen waarop de verklaring betrekking had waren genomen ten behoeve van de nationale veiligheid, openbare veiligheid of openbare orde. De minister gaf vervolgens een verklaring af dat de weigering om mevrouw Johnston een voltijdse aanstelling als politieagent te geven genomen was ten behoeve van de nationale veiligheid, openbare veiligheid en openbare orde. Rechterlijke toetsing was door deze verklaring niet mogelijk. Het HvJ EG oordeelt dat artikel 53 van de *Sex Discrimination Order* in strijd is met artikel 6 van richtlijn 79/207 betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Artikel 6 verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te nemen zodat een ieder die meent te zijn benadeeld door discriminatie de mogelijkheid heeft zijn rechten voor een gerecht te kunnen effectueren. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is volgens het HvJ EG verankerd in deze bepaling. In latere rechtspraak knoopt het HvJ EG niet meer aan bij artikel 6 of een vergelijkbare bepaling, maar speelt het beginsel een volledig zelfstandige rol.<sup>32</sup>

In de zaak *Factortame* werd duidelijk dat het beginsel van een effectieve rechtsbescherming flink kan ingrijpen in de nationale procedurele autonomie.<sup>33</sup> In deze zaak werd duidelijk dat de nationale rechter een voorlopige voorziening moet kunnen nemen tegen een wet die waarschijnlijk in strijd

---

29 Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 75 (zie noot 24).

30 Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 338-339 (zie noot 24).

31 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 (*Johnston*), *Jur.* 1986, p. 1651. Zie voor de invloed van het beginsel op het gebied van sancties HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 (*Von Colson*), *Jur.* 1984, p. 1891.

32 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-340/89 (*Vlassopoulou*), *Jur.* 1991, p. I-2357.

33 HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 (*Factortame*), *Jur.* 1990, p. I-2433. Zie ook reeds ver voor de invoering van het beginsel van effectieve rechtsbescherming HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (*Simmenthal*), *Jur.* 1978, p. 629.

is met het gemeenschapsrecht. Regels van nationaal recht die zich verzetten tegen het nemen van een voorlopige voorziening moeten buiten toepassing blijven. Hoewel het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan worden beschouwd als een nadere uitwerking van het effectiviteitsvereiste zijn er ook verschillen. Het effectiviteitsvereiste is in wezen een negatief criterium (nationale procesregels mogen de vorderingen niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken), terwijl het beginsel van een effectieve rechtsbescherming een positief criterium is op grond waarvan nationale bevoegdheden en rechtsmiddelen moeten worden gecreëerd. Het arrest *Factortame* en de daarna komende rechtspraak heeft duidelijk gemaakt dat de zaak *Botervaarten* (waarin door het HvJ EG werd bepaald dat het gemeenschapsrecht niet heeft willen voorzien in andere beroepsmogelijkheden voor de handhaving van het gemeenschapsrecht voor de nationale rechter dan die welke reeds in het nationale recht bestonden) achterhaald is.<sup>34</sup>

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen of het HvJ EG slechts toetst aan de minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit zoals geformuleerd in de zaak *Rewe* of aan de zwaardere toets van een effectieve rechtsbescherming zoals in *Johnston* en *Factortame*. In de zaken *Van Schijndel* en *Peterbroeck* speelde de vraag of de nationale rechter verplicht is het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen.<sup>35</sup> Het HvJ EG heeft in beide zaken duidelijk gemaakt dat de ambtshalve toepassing van het gemeenschapsrecht valt onder de procedurele autonomie zodat enkel wordt getoetst aan de minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit. In de voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belangrijke zaak *Courage/Crehan* (zie paragraaf 8) kiest het HvJ EG voor een middenweg tussen *Factortame* en *Rewe* in.<sup>36</sup>

Het moge duidelijk zijn dat in geval de wetgeving van de lidstaten niet voldoet aan bovenstaande minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit, de desbetreffende nationale regels in beginsel zullen moeten wijken voor deze vereisten van Europees recht.<sup>37</sup>

---

34 HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80 (*Botervaarten*), *Jur.* 1981, p. 1805. Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 85 (zie noot 24).

35 HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (*Peterbroeck*), *Jur.* 1995, p. I-4599 en HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), *Jur.* 1995, p. I-4705.

36 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), *Jur.* 2001, p. I-6297. Zie ook Jans, De Lange, Prechal & Widdershoven 2002, p. 86 (zie noot 24).

37 Daarbij moet worden aangetekend dat het HvJ EG in *Van Schijndel* en *Peterbroeck* heeft duidelijk gemaakt dat voor de toepassing van de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit '(...) ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, (moet) worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.' Zie HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 (*Van Schijndel*), *Jur.*

5 EEN VERORDENING OF RICHTLIJN MET BIJZONDERE BEPALINGEN VAN BURGERLIJK- EN BURGERLIJK PROCESRECHT TEN BEHOEVE VAN DE PRIVAAT-RECHTELIJKE HANDHAVING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT?

De mogelijkheden om het mededingingsrecht met behulp van het privaatrecht af te dwingen bestaan wel degelijk, maar schieten vaak te kort. Denk aan problemen betreffende collectieve claims en *class actions*.<sup>38</sup> Daarnaast valt te denken aan de bewijslastverdeling, beperkingen aan het te gebruiken bewijs, *discovery* en het produceren van bewijsmateriaal (met *discovery* bedoel ik de voor aanvang van het proces verplichte openbaarmaking van alle voor de zaak relevante documenten), het gebruik maken van deskundigenbewijs, causaal verband, het *passing on* verweer en de positie van de indirecte verkrijger (met het *passing on* verweer bedoel ik het verweer van de gedaagde dat de eiser geen schade lijdt, omdat hij zijn schade heeft doorberekend aan anderen). Problemen betreffende eigen schuld, het berekening van schadevergoeding en de wettelijke rente, de tijdsduur van de civiele procedure en de kosten van een civiele procedure spelen ook een rol. Tevens valt te denken aan het niet bestaan van *treble damages* (in de Verenigde Staten bestaat in mededingingszaken de verplichting voor de laedens om driemaal de geleden schade te vergoeden die door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt) en het verbod van *no cure no pay*. Kortom, een hele waslijst aan hindernissen die moeten worden overwonnen bij het handhaven van het mededingingsrecht met behulp van technieken uit het privaatrecht.

Van Gerven is dan ook terecht van mening dat men

‘de civiele rechter in de lidstaten niet met een, wat de toepassing van artikel 81 EG betreft, aanzienlijk uitgebreide opdracht van *private enforcement* mag belasten indien niet tevens door middel van een verordening of richtlijn wordt voorzien in wettelijke regels – benevens in financiële middelen, bijkomend personeel en opleiding – die de rechters moeten toelaten om die taak naar behoren te vervullen.<sup>39</sup>

Hij verwacht dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht anders, zoals in het verleden het geval was, een dode mus zal blijken te zijn. De wettelijke regels die Van Gerven in gedachten heeft bestaan uit

---

1995, p. I-4705, r.o. 19 en HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 (Peterbroeck), *Jur.* 1995, p. I-4599, r.o. 14. Er zal dus een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang dat de nationale bepaling tracht te bereiken en het effectiviteitsbeginsel.

38 *Class actions* moeten onderscheiden worden van collectieve acties, bij collectieve acties zijn geïdentificeerde eisers betrokken wier belangen collectief worden waargenomen door een gemandateerde belangenvereniging of een overheidsinstantie. Van Gerven 2002, p. 74, voetnoot 33 (zie noot 1).

39 Van Gerven 2002, p. 69 (zie noot 1).

‘zowel materieel- als procesrechtelijke regels inzake remedies die particuliere eisers kunnen aanwenden wanneer zij zich in hun rechten gekrenkt achten ingevolge inbreuken op de communautaire mededingingsbepalingen vanwege andere particulieren.’<sup>40</sup>

Het voorstel van Van Gerven ziet op het uitvaardigen door de Gemeenschaps-wetgever van een verordening of richtlijn met bepalingen over

‘nietigheid, schadevergoeding, terugvordering, voorlopige voorzieningen, eventueel collectieve claims ter bescherming van *diffuse interests*, meer bepaaldelijk die van consumenten, eventueel ook inzake *exemplary damages* dan wel *restitutionary damages*.’<sup>41</sup>

Van Gerven pleit voor wat betreft schadevergoeding verder voor de precisering van de voorwaarden van onrechtmatigheid en causaliteit en het vastleggen van de soorten van voor vergoeding in aanmerking komende schadeposten, waaronder zogenaamde *prejudgment* interesten (wettelijke rente). Tevens pleit hij voor bepaalde technieken waardoor het bewijs van causaliteit en van de omvang van schade voor de benadeelde wordt vergemakkelijkt en voldoende soepele en betaalbare *pretrial* onderzoeksmaatregelen die eisers toelaten een inbreuk op het spoor te komen en op afdoende manier te bewijzen.<sup>42</sup>

## 6 DE RECHTSGRONDSLAG VAN EEN VERORDENING OF RICHTLIJN MET BIJZONDERE REGELS VAN BURGERLIJK- EN BURGERLIJK PROCESRECHT TEN BEHOEVE VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

Specifieke regels ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht moeten een rechtsgrondslag hebben in het EG-Verdrag. Die rechtsgrondslag kan gevonden worden in artikel 83 EG. De Gemeenschaps-wetgever kan op grond van artikel 83 EG een richtlijn of verordening aannemen met specifieke regels voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Op grond van deze bepaling in het EG-Verdrag worden, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, de verorde-

40 Van Gerven 2002, p. 69-70 (zie noot 1).

41 *Exemplary damages* is een synoniem van *punitive damages*. *Punitive damages* kunnen worden omschreven als bedragen die in een civiele procedure wegens onrechtmatig gedrag worden toegekend en losstaan van de schade. Zie S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998, p. 19-20. De categorie *restitutionary damages* kan worden gezien als een bijzondere toepassing van het leerstuk ongerechtvaardigde verrijking. *Restitutionary damages* zijn niet gebaseerd op de schade die de gelaedeerde heeft geleden, maar op het wegnemen van het profijt dat de laedens heeft behaald op grond van zijn onrechtmatige gedraging.

42 Van Gerven 2002, p. 70 (zie noot 1). Zie ook W. van Gerven, ‘Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before national courts’, in: *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2003, p. 53-93.

ningen of richtlijnen dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 81 en 82 EG door de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen vastgesteld.

7 COMMUNAUTAIRE EENHEID EN NATIONALE VERSCHIEDENHEID? HET ZOEKEN VAN AANSLUITING BIJ DE REEDS BESTAANDE RECHTSPRAAK

Nu de vorming van aparte regels van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een politiek gevoelig onderwerp betreft zal het nog niet makkelijk zijn om de vereiste gekwalificeerde meerderheid te krijgen in de raad van ministers.<sup>43</sup> Desondanks is het niet onwaarschijnlijk dat er binnen enkele jaren een aparte verordening of richtlijn wordt aangenomen met regels van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht die van toepassing zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Deze verordening of richtlijn zal zorgen voor meer communautaire *eenheid* bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de EU, namelijk een bijzonder burgerlijk (proces)recht voor mededingingszaken dat in alle EU lidstaten hetzelfde is. Daarnaast zal deze ontwikkeling kunnen leiden tot meer *verscheidenheid* binnen het nationale stelsel van privaatrecht. Naast het 'algemeen' nationaal burgerlijk- en burgerlijk procesrecht dat ten dele reeds in meer of mindere mate wordt gekleurd door Europese regelgeving, zal ook een daarvan afwijkend 'bijzonder' deel gelden enkel en alleen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

De Commissie is nu reeds bezig met een nog in 2005 te verschijnen Groenboek betreffende de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht.<sup>44</sup> Het Groenboek zal een aantal mogelijke oplossingen geven om de privaatrechtelijke handhaving in de EU zo goed mogelijk van de grond te krijgen. Het doel van het Groenboek is de stimulering van een debat betreffende de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht en het raadplegen van zo veel mogelijk belanghebbenden.

De Gemeenschapswetgever zou zich mijns inziens bij het opstellen van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zoveel mogelijk behoren aan te sluiten bij de reeds

---

43 Zie ook W. van Gerven, 'Enacting private enforcement legislation: not starting from scratch', paper EU/IBA Conference March 2005, p. 4.

44 Zoals bekend is een door de Commissie te publiceren Groenboek een document dat tot doel heeft een denkproces te bevorderen en een raadpleging over een bepaald onderwerp op Europees niveau op gang te brengen. Het overleg dat naar aanleiding van een Groenboek plaatsvindt kan leiden tot de publicatie van een Witboek. In een Witboek worden de resultaten van de discussie opgenomen in de vorm van concrete actiemaatregelen van de EU.

bestaande rechtspraak van het HvJ EG. Vanuit deze bestaande rechtspraak zullen oplossingen moeten worden gevonden bij de daadwerkelijke knelpunten die een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de weg staan. Hoe is het gesteld met de bestaande rechtspraak?

## 8 HET ARREST *COURAGE/CREHAN*, EUROPESE CRITERIA WAARUIT EEN RECHT EN DERHALVE EEN CLAIM TOT SCHADELOOSSTELLING VOORTVLOEIT?

### 8.1 Inleiding

Uit het arrest *Courage/Crehan* lijken Europese criteria te ontstaan waaruit een recht en derhalve een claim tot schadeloosstelling kan voortvloeien. Van Gerven legt dan ook met betrekking tot zijn voorstel tot het uitvaardigen door de Gemeenschapswetgever van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht terecht een verband met het principearrest *Courage/Crehan*.<sup>45</sup>

### 8.2 De uitspraak

In *Courage/Crehan* wilde het *Court of Appeal* (England and Wales, Civil Division) weten, of een partij bij een overeenkomst die een exclusieve afnameplicht bevat die in strijd is met artikel 81 EG, met een beroep op artikel 81 EG aanspraak kan maken op schadevergoeding.

Het betrof hier een café-uitbater (pachter) en een brouwer en de café-uitbater meende aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding wegens haar gebondenheid aan de exclusieve-afnameplicht. Crehan voerde aan dat Courage haar bier aan zelfstandige pubhouders tegen aanmerkelijk lagere prijzen verkocht dan de prijzen die waren opgenomen op de prijslijst die werd toegepast op pubhouders die pachter van IEL waren (een onderneming van onder meer Courage) en aan haar gebonden waren door een exclusieve-afname-clausule. Crehan stelde dat de door deze clausule gebonden pubhouders als gevolg van dit prijsverschil minder winst maakten en genoodzaakt waren hun activiteit stop te zetten. Naar Engels recht kon een contractant die zelf partij was bij de mededingingsbeperkende overeenkomst geen schadevergoeding vorderen, omdat de contractant zich dan op het eigen onrechtmatig handelen zou dienen te beroepen. Het Engelse *Court of Appeal* wilde weten of de bepaling in het Engelse recht, volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatige handelingen te beroepen, verenigbaar was met het gemeenschapsrecht.

---

<sup>45</sup> Van Gerven 2002, p. 70 (zie noot 1); HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), *Jur.* 2001, p. I-6297.

Het Engelse *Court of Appeal* stelde vier prejudiciële vragen.<sup>46</sup> Moet artikel 81 EG aldus worden uitgelegd dat een partij bij een onwettige overeenkomst met een beroep op dat artikel in rechte aanspraak kan maken op bescherming tegenover de andere contractpartij? Zo ja, kan de partij die aanspraak maakt op bescherming, dan vergoeding vorderen van de schade die zij beweert te hebben geleden omdat zij gebonden is door de contractuele clausule die krachtens artikel 81 EG verboden is? Is een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatige handelingen te beroepen, verenigbaar met het gemeenschapsrecht? Welke omstandigheden moet de nationale rechter in aanmerking nemen indien het antwoord op de vorige vraag luidt dat een dergelijke regel in bepaalde omstandigheden in strijd kan zijn met het gemeenschapsrecht? Het HvJ EG verklaarde voor recht:

'1) Een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG), kan zich op schending van deze bepaling beroepen om bescherming in rechte (relief) tegenover de andere contractpartij te verkrijgen.

2) Artikel 85 van het Verdrag verzet zich tegen een regel van nationaal recht, die een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van dit artikel, belet vergoeding te vorderen van door de uitvoering van deze overeenkomst veroorzaakte schade, op de enkele grond dat de verzoeker partij is bij de overeenkomst.

3) Het gemeenschapsrecht verzet zich niet tegen een regel van nationaal recht, die een partij bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen, het recht ontzegt zich ter verkrijging van schadevergoeding op zijn eigen onrechtmatig handelen te beroepen, wanneer vaststaat dat deze partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de versterking van de mededinging.'

### 8.3 Argumentatie

Met een beroep op de standaardarresten *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL* en *Francoovich* wordt er door het HvJ EG in *Courage/Crehan* aan herinnerd dat het EG-Verdrag een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen die in de rechtsordes van de lidstaten is opgenomen en waarmee de nationale rechter rekening dient te houden.<sup>47</sup> Het HvJ EG overweegt ten overvloede dat rechtssubjecten van die rechtsorde niet alleen de lidstaten zijn, maar ook hun onderdanen. Niet alleen schept het gemeenschapsrecht verplichtingen ten laste van particu-

---

<sup>46</sup> R.o. 16.

<sup>47</sup> HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (*Van Gend & Loos*), *Jur.* 1963, p. 3; HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64 (*Costa/ENEL*), *Jur.* 1964, p. 1203; HvJ EG 19 november 1991, zaak C-6/90 en C-9/90 (*Francoovich en Bonifaci*), *Jur.* 1991, p. I-5357.

lieren, ook scheidt het gemeenschapsrecht rechten die particulieren uit eigen hoofde kunnen doen gelden. Deze rechten ontstaan niet alleen

‘wanneer het Verdrag ze uitdrukkelijk toekent, maar ook als weerslag van duidelijk bepaalde verplichtingen die het Verdrag zowel aan particulieren als aan de lidstaten en de gemeenschapsinstellingen oplegt’.<sup>48</sup>

Hoe motiveert het HvJ EG de beslissing in *Courage/Crehan*? Het HvJ EG verwijst *ten eerste* naar enkele erkende principes betreffende de status van artikel 81 EG in de Europese rechtsorde. Zo overweegt het HvJ EG, onder verwijzing naar het arrest *Eco Swiss*, dat artikel 81 EG een fundamentele bepaling vormt die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt.<sup>49</sup> Het HvJ EG wijst aan de hand van het arrest *Béguelin* op het absolute karakter van de nietigheid van de overeenkomst die voortvloeit uit artikel 81 lid 2 EG.<sup>50</sup> Dat de artikelen 81 EG lid 1 EG en 82 EG rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven wordt door het HvJ EG nog eens bevestigd met een verwijzing naar de arresten *BRT* en *SABAM, BRT I* en *Guérin automobiles/Commissie*.<sup>51</sup> Uit deze overwegingen volgt volgens het HvJ EG dat *elke* particulier zich in rechte op schending van artikel 81 EG kan beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling. Het HvJ EG overweegt verder:

‘aangaande de mogelijkheid om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, zij er allereerst aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van het gemeenschapsrecht, de volle werking van dat recht dient te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten dient te beschermen.’<sup>52</sup>

Vervolgens overweegt het HvJ EG dat

‘aan de volle werking van artikel 85 van het Verdrag (thans artikel 81 EG, toevoeging EJZ), in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, zou worden afgedaan indien niet *eenieder* vergoeding kon vorderen van schade

48 R.o. 19.

49 R.o. 20; HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 (*Eco Swiss*), *Jur.* 1999, p. I-3055, r.o. 36.

50 R.o. 22; HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 (*Béguelin*), *Jur.* 1971, p. 949, r.o. 29.

51 R.o. 23; HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 (*BRT* en *SABAM, BRT I*), *Jur.* 1974, p. 51, r.o. 16; HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-282/95 P (*Guérin automobiles/Commissie*), *Jur.* 1997, p. I-1503, r.o. 39.

52 HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 (*Simmenthal III*), *Jur.* 1978, p. 629, r.o. 16; HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 (*Factortame I*), *Jur.* 1990, p. I-2433, r.o. 19.

die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.<sup>53</sup>

Het HvJ EG overweegt *ten tweede* dat een dergelijk recht de communautaire mededingingsregels gemakkelijker toepasbaar maakt. Gevolg is dat verborgen overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen volgens het HvJ EG bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de EG.<sup>54</sup> In die omstandigheden kan volgens het HvJ EG

‘niet a priori worden uitgesloten, dat een dergelijke vordering wordt ingediend door een partij bij een overeenkomst die in strijd met de mededingingsregels zou worden geacht’.<sup>55</sup>

Nu er echter geen communautaire regelgeving voor dergelijke vorderingen bestaat is het volgens het HvJ EG echter (en dat is *ten derde*)

‘een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel)’.<sup>56</sup>

Onder die voorwaarden (het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel) kan de nationale rechter (en dat is *ten vierde*) volgens het nationale recht een vordering van een van de partijen ontzeggen wegens ongerechtvaardigde verrijking.<sup>57</sup> Onder dezelfde voorwaarden

‘staat het gemeenschapsrecht er evenmin aan in de weg dat het nationale recht een partij ten aanzien waarvan is vastgesteld dat zij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging, het recht ontzett schadevergoeding te vorderen van haar contractpartij.’

---

53 R.o. 26.

54 R.o. 27.

55 R.o. 28.

56 R.o. 29; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 (Palmisani), *Jur.* p. I-4025, r.o. 27.

57 R.o. 30; HvJ EG 4 oktober 1979, zaak 238/78 (Ireks-Arkady), *Jur.* 1979, p. 2955, r.o. 14; HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 (Just), *Jur.* 1980, p. 501, r.o. 26; HvJ EG 21 september 2000, gevoegde zaken C-441/98 en C-442/98 (Kapniki Michailidis), *Jur.* 2000, p. I-7145, r.o. 31.

In de meeste rechtsstelsels van de lidstaten is dan ook het beginsel erkend dat een justitiabele niet mag profiteren van het eigen onrechtmatig handelen. Dit beginsel is door het HvJ EG zelf reeds toegepast in zijn rechtspraak.<sup>58</sup>

Het HvJ EG overweegt vervolgens dat tot de beoordelingsfactoren die door de nationale rechter in aanmerking kunnen worden genomen, de economische en de juridische context behoren waarin de partijen zich bevinden, alsmede de onderhandelingspositie en het respectieve gedrag van de contractpartijen.<sup>59</sup> Het HvJ EG maakt daarbij een onderscheid tussen de civielrechtelijke gevolgen van de schending van het mededingingsrecht en de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 EG. Het HvJ EG heeft reeds eerder bepaald dat het voor de toepassing van artikel 81 EG van weinig belang is of partijen, 'wat hun positie en hun economische functie betreft, al dan niet op voet van gelijkheid staan'.<sup>60</sup> Daarentegen kan het voor de privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht van groot belang zijn of partijen al dan niet op voet van gelijkheid staan. De hoogte van een mogelijke schadevergoedingsverplichting kan variëren naar mate partijen 'wat hun positie en hun economische functie betreft, al dan niet op voet van gelijkheid staan'. Het HvJ EG oordeelt dan ook dat de jurisprudentie, volgens welke het voor de toepassing van artikel 81 EG van weinig belang is of partijen al dan niet op voet van gelijkheid staan, alleen betrekking heeft op de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 EG en niet op de privaatrechtelijke gevolgen van schending van deze bepaling.<sup>61</sup>

#### 8.4 Gevolgen

Het arrest *Courage/Crehan* heeft duidelijk gemaakt dat vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht op grond van het Europees Gemeenschapsrecht zelf voor de nationale rechters moeten kunnen worden ingesteld.<sup>62</sup> Of het nationale recht het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht al dan

---

58 HvJ EG 7 februari 1973, zaak 39/72 (Slachtpremies), *Jur.* 1973, p. 101, r.o. 10.

59 R.o. 32. Het HvJ EG overweegt in r.o. 33: 'Inzonderheid moet de bevoegde nationale rechter nagaan, of de partij die schade beweert te hebben geleden door het sluiten van een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen, zich ten opzichte van de wederpartij in een duidelijk zwakkere positie bevond, zodat haar vrijheid om over de clausules van bedoelde overeenkomst te onderhandelen alsmede haar vermogen om de schade te voorkomen of de omvang daarvan te beperken, met name door tijdig alle beschikbare rechtsmiddelen aan te wenden, uiterst beperkt zo niet nihil zouden zijn geweest'.

60 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 (Grundig-Consten), *Jur.* 1966, p. 450 en 575.

61 R.o. 35.

62 Het HvJ EG maakt in *Courage* duidelijk dat de aansprakelijkheid die gebaseerd is op het Gemeenschapsrecht zowel contractueel als delictueel kan zijn. Zie Van Gerven 2002, p. 72 (zie noot 1).

niet mogelijk maakt is niet meer van doorslaggevend belang. De consequenties van deze uitspraak van het HvJ EG voor de Nederlandse situatie zijn op het eerste gezicht niet groot, nu een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht ook op grond van ons Burgerlijk Wetboek toewijsbaar kan zijn. Het HvJ EG zal er echter niet onderuit komen om, net zoals dat in en na *Francoovich* is gedaan op het terrein van de staatsaansprakelijkheid, in zijn vervolgrechtspraak criteria te ontwikkelen waaraan voldaan moet zijn om recht te hebben op schadevergoeding.<sup>63</sup> De voorwaarden om recht te hebben op schadevergoeding zijn helaas niet helder gedefinieerd in *Courage/Crehan*, nu het HvJ EG zich moest beperken tot het specifieke verweer van Crehan.<sup>64</sup> In *Francoovich* kunnen echter veel concrete aanwijzingen worden gevonden voor wat betreft de voorwaarden voor onrechtmatigheid.<sup>65</sup> In de jurisprudentie betreffende artikel 288 lid 2 EG is ook een aanzienlijk aantal 'aanduidingen te vinden (...) omtrent de voor vergoeding in aanmerking komende schadeposten, de bewijslast en de bewijskracht van bewijsmiddelen.'<sup>66</sup>

## 9 HARMONISATIE VAN HET RECHT BETREFFENDE DE ONRECHTMATIGE DAAD

Het arrest *Courage* heeft niet alleen betekenis voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht maar ook voor de harmonisatie van het recht betreffende de onrechtmatige daad.<sup>67</sup> In *Francoovich* ging het nog om het onrechtmatig handelen van de overheid, in *Courage* gaat het om het onrechtmatig handelen van particulieren. Volgens Van Gerven

'komt het erop aan deze harmonisatie – of ze nu gebeurt via rechtspraak van de Gemeenschapsrechter dan wel, en liever omdat ze dan grondiger kan worden aangepakt, via een verordening of richtlijn van de Gemeenschapswetgever – zoveel mogelijk te laten gebeuren aan de hand van beginselen die de lidstaten gemeen hebben.'

63 Van Gerven 2002, p. 72 (zie noot 1).

64 Crehan bracht als verweer naar voren dat een regel van nationaal recht volgens welke de rechter een partij niet mag toestaan zich ter verkrijging van schadevergoeding op haar eigen onrechtmatige handelingen te beroepen, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

65 Zie ook Van Gerven 2002, p. 72 (zie noot 1). Van Gerven wijst op het feit dat wat de onrechtmatigheidsvoorwaarde betreft, 'natuurlijk niet de factor in acht (dient) te worden genomen, zoals in voormelde rechtspraak, dat in de overtreden norm een beleidsmargin kan besloten liggen voor de betrokken overheid'. Voor een particulier die de mededingingsregels schendt 'geldt veeleer een objectief (fout) beginsel van toerekenbare onrechtmatigheid' aldus in terechte zin Van Gerven.

66 Van Gerven 2002, p. 72-73 (zie noot 1). Zie HvJ EG 19 mei 1992, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90 (Mulder), *Jur.* I-1992, p. 3061 en HvJ EG 27 januari 2000, zaken C-104/80 en C-37/90 (Mulder e.a./Raad & Commissie), *Jur.* I-2000, p. 203.

67 Van Gerven 2002, p. 74-75 (zie noot 1).

Hij wijst onder aanhaling van een citaat van het afscheidscollege van Mok op het feit dat

‘dergelijke beginselen moeten helpen vermijden (...) dat specifieke handhavingsregels voor het mededingingsrecht al te veel “gaan afwijken van een centraal gedeelte van het commune recht”, het verbintenissenrecht, waardoor fundamentele “begrippen of systemen” al te zeer worden uitgehold en “niet meer in staat zijn hun dienende functie te vervullen”.’<sup>68</sup>

Op het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de gemeenschap ex artikel 288 EG is reeds een flinke hoeveelheid rechtspraak van het HvJ EG verschenen. Artikel 288 EG (tweede alinea) bepaalt dat de Gemeenschap inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid de schade die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt moet vergoeden overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.<sup>69</sup> Ook de *Francovich* jurisprudentie van het HvJ EG kan worden gezien als een voorbeeld van de toepassing van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens schending van het Europees recht.<sup>70</sup> Hoewel de aansprakelijkheid van de lidstaten geen zelfstandige procedure in het EG-Verdrag is, heeft het HvJ EG in *Francovich* bepaald dat lidstaten tot schadevergoeding verplicht zijn in geval de rechten van particulieren worden aangetast als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan een lidstaat kan worden toegerekend. Het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, is volgens het HvJ EG inherent aan het systeem van het EG-Verdrag.<sup>71</sup> Ook bij aansprakelijkheid van de lidstaten zullen de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid moeten worden vastgesteld overeenkomstig de algemene beginselen

---

68 Van Gerven 2002, p. 75 (zie noot 1). Het aangehaalde citaat uit het afscheidscollege van Mok luidt: ‘Nu dienen systemen en begrippen ertoe om ons te dienen en niet om ons te regeren. Dat neemt niet weg dat, wanneer men begrippen of systemen te zeer utholt, ze niet meer in staat zijn hun dienende functie te vervullen. Men moet dus wel behoedzaam te werk gaan, wanneer men, ter wille van een doel als consumentenbescherming (hoe wenselijk dit op zichzelf mag zijn), gaat afwijken van een centraal gedeelte van het commune recht, als hoedanig men de bedoelde regels van verbintenissenrecht wel mag aanduiden.’ Zie M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (Afscheidscollege RU Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 14.

69 Deze bepaling geldt ook voor de schade die door de Europese Centrale Bank of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Zie de derde alinea van artikel 288 EG.

70 HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich* en *Bonifaci*), *Jur.* 1991, p. I-5357.

71 R.o. 35

welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.<sup>72</sup> Het HvJ EG overweegt in *Brasserie du pêcheur/Factortame* (r.o. 27-29):

‘Bij ontbreken van bepalingen in het Verdrag die uitdrukkelijk en precies de gevolgen regelen van schendingen van het gemeenschapsrecht door de Lid-Staten, staat het aan het Hof, bij de uitoefening van de hem door artikel 164 van het Verdrag toegekende opdracht de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en de toepassing van het Verdrag, over een dergelijke vraag uitspraak te doen volgens de algemeen erkende interpretatiemethoden, met name met een beroep op de algemene beginselen van het communautaire rechtsstelsel en eventueel op de algemene beginselen die de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben.

Overigens verwijst artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, in verband met de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens schade veroorzaakt door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies.

Het aldus in artikel 215 van het Verdrag uitdrukkelijk geformuleerde beginsel van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap is slechts een uitdrukking van het algemeen beginsel dat deel uitmaakt van de rechtsstelsels van de Lid-Staten, dat een onrechtmatige handeling of verzuim de verplichting meebrengt de veroorzaakte schade te vergoeden. Deze bepaling brengt tevens de verplichting voor de overheidsinstanties tot uitdrukking om de in de uitoefening van hun functies veroorzaakte schade te vergoeden.’

Concluderend zijn er dus drie vormen van niet-contractuele aansprakelijkheid op grond van schending van het Europees recht te onderscheiden. De Artikel 288 EG aansprakelijkheid en de *Francoovich* aansprakelijkheid die werken in de verhouding jegens de overheid (verticale aansprakelijkheid) en de *Courage/Crehan* aansprakelijkheid die werkt tussen private partijen (horizontale aansprakelijkheid). Deze drie vormen mogen dan wel verschillend zijn, het HvJ EG en het GVEA EG zullen veel begrippen en concepten bij alledrie de vormen van niet-contractuele aansprakelijkheid in dezelfde betekenis gebruiken. In zowel de twee vormen van overheidsaansprakelijkheid als bij de aansprakelijkheid die werkt tussen private partijen zullen de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid moeten worden vastgesteld overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.<sup>73</sup> Met

---

72 Van Gerven 2005, p. 6 (zie noot 43) en zijn verwijzing naar HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur/Factortame*), *Jur.* 1996, p. I-1029. Zie ook HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P (*Bergaderm*), *Jur.* 2000, p. I-5291.

73 Zie ook Van Gerven 2005, p. 6 (zie noot 43) en zijn verwijzing naar rechtsoverweging 31 in *Courage/Crehan*, waar het HvJ EG bepaald dat ‘overeenkomstig een beginsel dat in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten wordt erkend en door het Hof reeds is toegepast (zie arrest van 7 februari 1973, *Commissie/Italië*, 39/72, *Jurispr.* blz. 101, punt 10) (...) een justitiabele niet (mag) profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen, wanneer dit is komen

behulp van het reeds bestaande rechtsvergelijkend onderzoek zijn deze algemene beginselen ook bruikbaar bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees recht in het algemeen en het Europees mededingingsrecht in het bijzonder.<sup>74</sup> Dit zou in beginsel tot meer eenheid kunnen leiden tussen de rechtsstelsels van de 25 lidstaten in de EU en de rechtspraak van het HvJ EG en het GVEA EG. De criteria die in de jurisprudentie betreffende de artikel 288 EG aansprakelijkheid en de *Francovich* aansprakelijkheid voortvloeien, zullen in ieder geval ook, 'behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen',<sup>75</sup> van toepassing kunnen zijn bij de niet-contractuele aansprakelijkheid van particulieren wegens schending van het mededingingsrecht zoals in *Courage/Crehan*. Deze criteria zouden door de communautaire wetgever als uitgangspunt moeten worden gebruikt bij het opstellen van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

## 10 CONCLUSIE

De Commissie zal de nationale rechter voorlopig kunnen helpen door, zoals Van Gerven voorstelt, de bestaande rechtspraak die de afgelopen veertig jaar door het HvJ EG en GVEA EG tot stand is gebracht op het gebied van de niet-contractuele aansprakelijkheid in kaart te brengen.<sup>76</sup> Dit zou kunnen in de vorm van een mededeling of bekendmaking zoals de reeds bestaande Samen-

---

vast te staan.' Het HvJ EG leidt dit beginsel af uit de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. Zie ook Van Gerven 2002, p. 73, voetnoot 30 (zie noot 1).

74 Zie voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht in de 25 EU-lidstaten de rechtsvergelijkende studie in het Ashurst rapport. D. Waelbroeck, D. Slater & G. Even-Shoshan, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, comparative report*, Brussel: Ashurst 2004. Zie voor een meer algemeen rechtsvergelijkend werk voor wat betreft de niet-contractuele aansprakelijkheid in de EU bijvoorbeeld W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford: Hart Publishing 2000.

75 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur/Factortame*), *Jur.* 1996, p. I-1029, r.o. 42. In deze zaak ging het overigens wel om het verschil tussen aansprakelijkheid van de gemeenschap in verhouding tot aansprakelijkheid van een lidstaat. Het HvJ EG overwoog: 'Anderzijds mogen de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade ten gevolge van een schending van het gemeenschapsrecht, *behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen*, niet verschillen van die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen, kan namelijk niet verschillen naargelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft.' Zie ook HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P (*Bergaderm*), *Jur.* 2000, p. I-5291, r.o. 41.

76 Van Gerven 2005, p. 13 (zie noot 43).

werkings Mededeling waarin de meer procedurele kwesties worden behandeld voor de samenwerking tussen de nationale rechters en de Commissie.<sup>77</sup>

Na de verschijning van het Groenboek zal het tijd worden om, met als uitgangspunt de bestaande rechtspraak van het HvJ EG en het GVEA EG, te beginnen aan het ontwerp van een op artikel 83 EG gebaseerde speciale verordening of richtlijn met bijzondere regels van communautair burgerlijk- en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Er zullen meer remedies voor particuliere eisers nodig zijn in de 25 afzonderlijke stelsels van privaatrecht binnen de Europese Unie om tot een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te komen. De belemmeringen voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zullen zoveel mogelijk moeten worden weggenomen door de invoering van zowel materieel- als procesrechtelijke remedies die particuliere eisers kunnen aanwenden wanneer zij schade hebben geleden als gevolg van een inbreuk op de Europese mededingingsregels door andere particulieren. Te denken valt aan het mogelijk maken van bijvoorbeeld collectieve claims en *class actions*. Ook zullen bepalingen kunnen worden opgenomen betreffende bewijslastverdeling, beperkingen aan het te gebruiken bewijs, *discovery*, het produceren van bewijsmateriaal, het gebruik maken van deskundigenbewijs, causaal verband, het *passing on* verweer en de positie van de indirecte verkrijger. Daarnaast valt te denken aan communautaire regels betreffende eigen schuld, het berekening van schadevergoeding en de wettelijke rente, de tijdsduur van de civiele procedure en de kosten van een civiele procedure. Tevens valt te denken aan de invoering van *treble damages* en de afschaffing van het verbod van *no cure no pay*.

Mochten dergelijke vergaande maatregelen worden ingevoerd dan zal dit leiden tot meer communautaire eenheid voor wat betreft de regels van burgerlijk- en burgerlijk procesrecht die van belang zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Daar staat tegenover dat een dergelijke richtlijn of verordening tot een grotere verscheidenheid zal leiden tussen het 'algemeen deel' van het privaatrecht en het 'bijzonder deel' van het privaatrecht dat van toepassing zou zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De vraag is of de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belangrijk genoeg is om deze toekomstige communautaire eenheid en nationale verscheidenheid te rechtvaardigen.

---

77 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/54.

