



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?

Adriaanse, P.C.; Barkhuysen, T.; Houdijker, F.M.J. den; Zippro, E.J.

Citation

Adriaanse, P. C., Barkhuysen, T., Houdijker, F. M. J. den, & Zippro, E. J. (2008). Het EVRM-kader voor invoering van punitive damages in mededingingszaken. Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht? *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 25(7), 274-286. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13316>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13316>

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

Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken

Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?

Nr. 37

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen,
F.M.J. den Houdijker en E.-J. Zippro¹

In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag welke EVRM-waarborgen gelden bij invoering van een mogelijkheid tot het vorderen van punitive damages, ofwel een privaatrechtelijke boete, in het bijzonder in mededingingszaken. In de discussie hierover is de waarborgkant tot nu toe onderbelicht gebleven. Geconstateerd wordt dat het, in het licht van de rechtspraak van het EHRM, goed verdedigbaar is te stellen dat de privaatrechtelijke boete moet worden aangemerkt als criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Daarmee zouden fundamentele 'strafrechtelijke' EVRM-waarborgen gaan gelden in een privaatrechtelijke context. De discussie over mogelijke invoering van de privaatrechtelijke boete kan gelet daarop geen louter instrumenteel debat over effectiviteit zijn. Een verschuiving van publiekrecht naar privaatrecht of een stimulering van private handhavingsacties juist ter aanvulling van een tekort in de publieke handhavingssfeer, met gebruikmaking van een punitieve boetevariant, kan alleen plaatsvinden als terdege rekening wordt gehouden met eveneens te bespreken fundamentele EVRM-rechtswaarborgen.

1. Inleiding

De zoektocht naar mogelijkheden om rechtsregels te doen naleven, ofwel naar rechtshandhaving,² is zo oud als het

recht zelf. Die zoektocht wordt tegenwoordig in sterke mate mede bepaald door ontwikkelingen in het internationale en in het bijzonder Europese recht, terwijl het juridische debat over rechtshandhaving zich tegelijkertijd uit-

1 Paul Adriaanse, Tom Barkhuysen en Marina den Houdijker zijn verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden als universitair docent, hoogleraar respectievelijk promovenda. Erik-Jan Zippro is als universitair docent verbonden aan de afdeling Burgerlijk recht van de Universiteit Leiden en

hoopt op korte termijn te promoveren op een proefschrift over privaatrechtelijke handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht.

2 Zie F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 8.

strekt over traditionele grenzen van strafrecht, bestuursrecht en privaatrecht.³

Eén variant van het rijke scala aan handhavingsmogelijkheden is punitieve privaatrechtelijke rechtshandhaving door middel van *punitive damages* (hierna vooral aangeduid als de privaatrechtelijke boete) toegepast in schadevergoedingszaken. Deze handavingsvariant, die we vooral vanuit het Amerikaanse mededingingsrecht kennen, wordt in Europa en ook in Nederland, mogelijk uit vrees voor 'Amerikaanse toestanden',⁴ vaak nog beschouwd als een vreemde eend in de bijt. Toch zijn op zowel Europees als op nationaal niveau verschuivingen in de rechtshandhaving waarneembaar, die de discussie over mogelijke invoering van de privaatrechtelijke boete, in het bijzonder in de context van het mededingingsrecht, hebben aangewakkerd.⁵

Wij willen aan deze discussie een bijdrage leveren door dit juridisch fenomeen te bespreken in het licht van relevante waarborgnormen, in het bijzonder art. 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM).⁶ Dit Straatsburgse perspectief is ingegeven door de veronderstelling dat het (potentieel) bestraffende karakter van punitieve privaatrechtelijke handhaving wellicht in verband moet worden gebracht met het EVRM-begrip *criminal charge*. Daarvan uitgaande doet de mogelijke invoering van deze handavingsvorm complexe juridische vragen over de toepasselijke rechtswaarborgen rijzen, waarvan wij er enkele willen bespreken.⁷ Ter vergelijking moet worden opgemerkt dat ook in de Verenigde Staten juist vanuit het perspectief van fundamentele rechtswaarborgen steeds vaker kritische kanttekeningen worden geplaatst bij deze private handavingsvorm. Deze bespreking heeft dan ook vooral tot doel vanuit een EVRM-rechtelijk perspectief in kaart te brengen met welke waarborgaspecten rekening moet worden gehouden als invoering van *punitive damages*, ofwel de privaatrechtelijke boete, wordt overwogen.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In par. 2 geven we eerst een nadere invulling aan en toelichting op het begrip

'privaatrechtelijke boete'. Vervolgens plaatsen we in par. 3 de toegenomen aandacht voor de privaatrechtelijke boete en meer in het algemeen private handhaving tegen een algemene achtergrond van verschuivingen in de rechtshandhaving op zowel Europees als nationaal niveau. In par. 4 spitsen we dit toe op ontwikkelingen in het Europese mededingingsrecht. Ter vergelijking volgt in par. 5 een bespreking op hoofdlijnen van de privaatrechtelijke boete in het Amerikaanse mededingingsrecht. Daarna wordt in par. 6 op basis van de literatuur een kort overzicht gegeven van enkele voor- en nadelen van invoering van de privaatrechtelijke boete. In het licht van voorgaande paragrafen komen wij in par. 7 dan tot beantwoording van de vraag met welke rechtswaarborgen de handhaving met behulp van punitieve privaatrechtelijke sancties omgegeven moet zijn om recht te doen aan het EVRM en in het bijzonder art. 6 EVRM. De jurisprudentie van het EHRM vormt daarbij vanzelfsprekend een belangrijke onderzoeksbron. We sluiten deze bijdrage in par. 8 af met enkele concluderende opmerkingen.

2. De privaatrechtelijke boete of *punitive damages*

In aansluiting bij Bolt & Lensing verstaan wij onder de privaatrechtelijke boete een bedrag dat aan de eiser in een civiele zaak wordt toegekend wegens onrechtmatig gedrag van de wederpartij bovenop de compensatoire schadevergoeding en dat strekt tot vergelding van onrecht en tot preventie van toekomstig onrecht van de laedens en anderen.⁸ Het gaat bij de privaatrechtelijke boete dus om een bedrag dat losstaat van de werkelijke schade.⁹ *Punitive damages* is een veelgebruikt synoniem in deze context.¹⁰

Een veelal in het Engelse recht gebruikt synoniem van de term privaatrechtelijke boete vormt de term *exemplary damages*. Het gebruik van deze term heeft in het Engelse recht de voorkeur om aan te geven dat de sanctie (opleggen van de boete) als functie heeft een voorbeeld te stellen.¹¹ Met de term *exemplary damages* wordt dan ook de

3 Zie bijv. W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, 826, p. 982-991; T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, 760, p. 915; F.M.J. den Hondijker, 'Bestuurlijke punitieve sancties. Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, afdeling publiekrecht', *NJB* 2007, 311, p. 337-338; J.M. Polak, 'De strafbeschikking en de bestuurlijke boete vergeleken. Twee preadviezen met stellingen', *NJB* 2006, 1022, p. 1320; Y. Buruma, 'Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht', *NJB* 2006, 924, p. 1198-1202.

4 Zie in dit verband T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834; O.A. Haazen, 'Amerikaanse toestanden', *NJB* 2006, 878, p. 1156; A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV, Zwolle: W.E.J. Tjenk Willink 1996.

5 Vgl. P. Nebbia, 'Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?', *European Law Review* 2008, p. 23-43.

6 Buiten beschouwing blijven andere privaatrechtelijke constructies, zoals contractuele boeteclausules.

7 Wij gaan niet in op de wenselijkheid van introductie van deze handavingsvorm binnen de systematiek van het Nederlandse privaatrecht en evenmin op de vraag naar de (juridische) toelaat-

baarheid dan wel wenselijkheid van de inzet van privaatrecht ter handhaving van publiekrechtelijke normen. Zie naast de hiervoor genoemde verwijzingen over laatstgenoemde vraag recent A.A. Freriks, 'Private handhaving – bestuursrechtelijke betekenis van (semi)private figuren in de handhaving van publieke normstelling', in S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?*, Preadvies voor de VAR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 163-229.

8 A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1993, p. 5; S.D. Lindenberg, 'Smartegeld, geen straf', *Nemesis* 1995, p. 127; E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001, p. 1749-1756.

9 Zie ook S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 19-20.

10 Andere benamingen zijn *vindictive damages*, *punitive damages*, *treble damages*, *retributory damages*, *penal damages*, *additional damages*, *plenary damages*, *imaginary damages*, *plenary damages* en *smart money*. Zie Bolt & Lensing 1993, p. 5 en vgl. D. Owen, 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', 74 *Mich. L. Rev.* 1976, p. 1265, noot 24.

11 Het gebruik is echter ook in het Engelse recht niet altijd consequent. Zie Lindenberg 1998, p. 19, voetnoot 45.

preventieve functie van de boete benadrukt. De term privaatrechtelijke boete of *punitive damages* brengt meer het bestraffende doel tot uitdrukking.¹²

Naar Nederlands recht zijn privaatrechtelijke boetes of *punitive damages* (nog) niet mogelijk. Aan ons schadevergoedingsrecht ligt het beginsel van volledige schadevergoeding ten grondslag. Dit beginsel brengt mee dat de benadeelden enerzijds niet meer vergoed kunnen krijgen dan de werkelijk geleden schade, maar anderzijds ook niet minder. Uitgaande van dit beginsel lijkt voor een privaatrechtelijke boete in het Nederlandse recht geen plaats. In de andere lidstaten van de Europese Unie (EU) wijkt de situatie wat betreft de privaatrechtelijke boete niet veel af van de situatie in Nederland. Alleen Cyprus, Ierland en het Verenigd Koninkrijk kennen in algemene zin een vorm van *punitive* of *exemplary damages*.¹³

3. Algemene context van verschuivingen in de rechtshandhaving

Het fenomeen van de privaatrechtelijke boete als vorm van punitieve privaatrechtelijke handhaving kan zowel op Europees als op nationaal niveau worden geplaatst in een context van verschuivingen in de rechtshandhaving. Op Europees niveau gaat de toename van EU-regelgeving op tal van beleidsterreinen, in meer of mindere mate, gepaard met toenemende Europese bemoeienis met de rechtshandhaving. Deze bemoeienis vindt plaats via beleid van met name de Europese Commissie, via juridische sturingsinstrumenten als wetgeving en jurisprudentie of anderszins via het formuleren van bijvoorbeeld *best practices*, *guidelines* en *benchmarks*. Liet de Europese Gemeenschap de handhaving van Europese normen, met uitzondering van het mededingingsrecht, tot voor kort vooral aan de lidstaten over, tegenwoordig zien we op steeds meer terreinen toenemende Europese sturing inzake controle op de naleving en sanctionering van overtredingen.¹⁴ Veel aandacht is in dat verband uitgegaan naar een verschuiving op het gebied van milieubescherming, waarin de lidstaten expliciet wordt opgedragen met het strafrecht samenhangende maatregelen te nemen, terwijl het strafrecht bij uitstek altijd werd (en wordt) gerekend tot het bevoegdheidsdomein van de lidstaten. Zoals blijkt uit het *milieustrafrecht*-arrest en het *zeelozingen*-arrest, beide uitspraken van het Hof van Justitie van de EG (HvJ EG), is het achterliggende motief voor deze ontwikkeling ontegenzeggelijk de vergroting van de effectiviteit van Europese normen in de lidstaten.¹⁵

In dat licht moet ook een parallelle Europese ontwikkeling worden gezien, namelijk de stimulering van een actieve bijdrage van particulieren aan de effectuering en private handhaving van het Europese recht in de lidstaten. Particulieren wordt de mogelijkheid geboden met een beroep op rechtstreeks werkend Europees recht acties in rechte te beginnen, om daarmee naleving van Europese normen af te dwingen en zo nodig compensatie voor geleden schade te verkrijgen. Hoewel het HvJ EG al in 1963 in zijn bekende *Van Gend & Loos*-uitspraak voorzag dat het toezicht van particulieren op de naleving van Europese regels in de lidstaten, zich zou kunnen 'paren' aan het toezicht dat de Commissie als publieke actor wordt geacht uit te oefenen,¹⁶ wordt pas de laatste jaren serieus ingezet op deze mogelijke vorm van handhaving, met name op terreinen als het mededingingsrecht, het milieurecht en het staatssteunrecht.¹⁷ Vanuit het perspectief van de procederende particulier zal die handhaving zich in veel gevallen overigens manifesteren in de vorm van juridische acties gericht op 'eigen gewin' en niet primair op handhaving van het recht in het algemeen belang, maar voor het beoogde doel maakt dat wellicht weinig verschil. Teneinde deze acties te stimuleren en ook effectief te doen zijn, worden aan de realisering daarvan in procedures bij de nationale rechter diverse Europese (jurisprudentiële) randvoorwaarden gesteld. In dat verband is, met name op het terrein van het Europese mededingingsrecht, meermaals geopperd dat de te verkrijgen schadevergoeding wellicht meer zou moeten bedragen dan de werkelijk geleden schade.¹⁸ Daarmee komt de mogelijkheid van punitieve privaatrechtelijke handhaving door middel van de privaatrechtelijke boete vanuit Europees perspectief in beeld. In par. 4 zal hierop nader worden ingegaan.

Los van deze Europese ontwikkelingen is ook op nationaal niveau sprake van verschuivingen in de rechtshandhaving. Waar Europa, zoals aangegeven, in plaats van het bestuursrecht wellicht sterker gaat inzetten op handhaving via het strafrecht, valt in Nederland op veel terreinen juist een verschuiving in omgekeerde richting waar te nemen, namelijk vanuit het strafrecht naar het bestuursrecht, vooral met inzet van de bestuurlijke boete.¹⁹ Achterliggende gedachte van deze verschuiving in Nederland was onder meer de handhaving effectiever te maken door deze uit de met zware waarborgen omgeven strafrechtelijke sfeer te halen. Nog afgezien van mogelijke vragen die dit oproept gelet op de hiervoor beschreven Europese tegen-gestelde ontwikkeling, kunnen bij deze verschuiving ook vanuit rechtswaarborgenperspectief vragen worden ge-

12 Bolt & Lensing 1993, p. 5.

13 Zie D. Waelbroeck, D. Slater en G. Even-Shoshan (eds.), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules, comparative report 2004* (Ashurst report), p. 84.

14 Zie verder P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 323-332.

15 Zie o.m. HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03 (*Commissie t. Raad*), *Jur.* 2005, p. I-7875, AB 2005, 435, m.nt. AdMvV, NJ 2006, 210, m.nt. Mok; HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05 (*Commissie t. Raad*), AB 2008, 47, m.nt. AdMvV, NJ 2008, 48, m.nt. Mok.

16 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 (*Van Gend & Loos*), *Jur.* 1963, p. 3.

17 Zie bijv. HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage t. Crehan*), *Jur.* 2001, p. I-6297; HvJ EG 13 juli 2006, gev. zaken C-295/04 – C-298/04 (*Manfredi e.a.*), *Jur.* 2006, p. I-6619; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06 (*CELF t. CIDE*), n.n.g.

18 Zie verwijzingen in par. 4 van deze bijdrage.

19 Zie recent de Wet bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte, *Stb.* 2008, 44. Zie F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?', in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël & J.A.M.A. Sluysmans, *Bestuurlijke punitieve sancties*, Preadviezen Jonge VAR 2005, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 9-53.

steld, zowel gelet op het EVRM als op EU-normen.²⁰ Een bestuurlijke boete wordt immers nog wel als bestraffend beschouwd en daarmee als *criminal charge* in de zin van het EVRM. Daarnaast horen we in het Nederlandse discours ook regelmatig geluiden die wijzen op de noodzaak van een effectievere privaatrechtelijke handhaving, waarbij het verdisconteren van een punitief, ofwel bestraffend element ook in die rechtssfeer niet onbesproken is gebleven.²¹ Ook mengvormen van publieke en private handhaving komen voor. Een dergelijke ontwikkeling zien we bijvoorbeeld op het terrein van het consumentenrecht, waar de Consumentenautoriteit krachtens de Wet handhaving consumentenbescherming zowel bestuurlijke boetes kan opleggen alsook gebruik kan maken van privaatrechtelijke handhavingsmogelijkheden.²²

Kortom, het beeld van de rechtshandhaving is momenteel diffuus, zowel door ontwikkelingen op Europees als op nationaal niveau, waarbij traditioneel onderscheidende kenmerken van diverse rechtsgebieden door elkaar zijn gaan lopen. Tegen die algemene achtergrond gaan wij nu nader in op reeds genoemde ontwikkelingen omtrent mogelijke toepassing van punitieve privaatrechtelijke rechtshandhaving in de vorm van de privaatrechtelijke boete in het Europees mededingingsrecht.

4. De privaatrechtelijke boete in het Europees mededingingsrecht

Het toezicht op en de handhaving van het Europees mededingingsrecht is sinds de herziening van enkele jaren geleden sterk gedecentraliseerd. Naast publiekrechtelijke handhaving door zowel de Commissie als nationale mededingingsautoriteiten, is nu ook een duidelijke rol weggelegd voor particulieren, in het bijzonder concurrenten. Deze inzet op private handhaving van het Europees recht is hiervoor al in algemene zin gesignaleerd. Die ontwikkeling is in het Europees mededingingsrecht tot op heden echter nog niet zo ver gegaan dat tevens van de lidstaten wordt geëist te bewerkstelligen dat particulieren in rechte het opleggen van een privaatrechtelijke boete moeten kunnen vorderen. Dat neemt niet weg dat hierover wel prejudiciële vragen zijn gesteld aan het HvJ EG en de Commissie de discussie hierover heeft geëntameerd. Reden genoeg om punitieve private handhaving in het Europees mededingingsrecht op dit punt nader te bezien.

4.1. Europese rechtspraak

Met de uitspraak van het HvJ EG in de zaak *Courage t. Crehan* was reeds komen vast te staan dat, gelet op de effectiviteit en de handhaving van het Europees mededingingsrecht, particulieren ten opzichte van andere betrokken particulieren schadeclaims moeten kunnen indienen voor inbreuken op het in art. 81 lid 1 EG neergelegde kartelverbod.²³ Enkele jaren later kreeg het HvJ EG in de zaak *Manfredi* van de Italiaanse *Giudice di Pace* te Bitonto (enigszins te vergelijken met de sector kanton van de rechtbank) de prejudiciële vraag voorgelegd of art. 81 EG aldus moet worden uitgelegd dat het de nationale rechter ook verplicht punitieve schadevergoeding toe te kennen. Het HvJ EG oordeelde in de zaak *Manfredi* dat bij gebreke van communautaire bepalingen ter zake, de nationale rechtsorde van elke lidstaat de criteria dient te bevatten ter bepaling van de omvang van de schadevergoeding, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen. Daarbij zegt het HvJ EG enerzijds dat bijzondere vergoedingen, zoals exemplaire of punitieve schadevergoeding, in het kader van vorderingen uit hoofde van de communautaire mededingingsregels moeten kunnen worden toegekend, indien dit in het kader van soortgelijke, op het nationale recht gebaseerde vorderingen mogelijk is (gelijkwaardigheidsbeginsel). Anderzijds belet het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.²⁴ Onder de genoemde voorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid is de keuze op dit punt dus aan de lidstaten.

4.2. Het Groenboek

In het kader van de stimulering van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht heeft de Commissie in het Groenboek 'schadevergoedingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' een aantal mogelijkheden gesuggereerd.²⁵ Een van de suggesties is de toekenning van *double damages* indien schade is geleden als gevolg van horizontale kartels.²⁶ Deze verdubbeling kan in het voorstel van de Commissie automatisch zijn, aan voorwaarden verbonden zijn of een discretionaire bevoegdheid van de rechter zijn.

De Nederlandse regering steunt de gesuggereerde optie van de Commissie (toekenning van *double damages* bij schade die geleden is als gevolg van horizontale kartels) niet, nu schadevergoeding in haar ogen alleen dient ter

20 Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties' en 'Bestuurlijke punitieve sancties in Nederland in het licht van Europeesrechtelijke vereisten', in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties*, Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2006, p. 18-50 en p. 99-157.

21 Zie m.n. Bolt & Lensing 1993 en Van Boom 2007, p. 982-991.

22 *Stb.* 2006, 591

23 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage t. Crehan*), *Jur.* 2001, p. I-6297.

24 HvJ EG 13 juli 2006, gev. zaken C-295/04 en C-298/04 (*Manfredi*), *Jur.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM, r.o. 92-94.

25 Groenboek *Schadevergoedingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*, Brussel 19 december 2005, COM (2005) 672. Zie voor een bespreking van het Groenboek en de ontwikkelingen met betrekking tot de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht onder meer E.-J. Zippro, 'Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht', *AA* 2006, p. 598-608. Groenboeken zijn reflectiedocumenten die de Commissie over een bepaald beleidsterrein publiceert. Deze documenten zijn vooral bestemd voor discussie. In sommige gevallen liggen zij aan de basis van verdere ontwikkelingen op het gebied van wetgeving. Bron: http://europa.eu/documents/comm/index_nl.htm.

26 Optie 16.

compensatie van geleden schade.²⁷ De Nederlandse regering acht het privaatrecht in zijn algemeenheid niet geschikt voor maatregelen met een straffend karakter. Zij acht de mogelijkheid om een dubbele schadevergoeding te verkrijgen moeilijk te verenigen met het *ne bis in idem*-beginsel indien reeds bestuursrechtelijk is opgetreden.

■ 4.3. Het Witboek

In april 2008 is het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels verschenen.²⁸ Het Witboek vormt een vervolg op het Groenboek. In het Witboek staat volgens de Commissie het recht op volledige compensatie voor slachtoffers centraal. De hoofddoelstelling van het Witboek is:

‘voor slachtoffers de juridische voorwaarden te verbeteren voor de uitoefening van het hun door het Verdrag verleende recht op herstel van alle schade die zij hebben geleden door een schending van de communautaire mededingingsregels.’

In het Witboek worden over acht deelonderwerpen voorstellen gedaan tot ontwikkeling van bijzondere regelgeving. Een aantal onderwerpen wil de Commissie via Europese wetgeving (richtlijn of verordening) regelen. De voorstellen die in het Witboek worden gedaan hebben betrekking op collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding, toegang tot bewijsmateriaal, de bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten, het bewijs van schuld, schadevergoeding, het *‘passing-on’*-verweer en indirecte afnemers, verjaringstermijnen, kosten van schadevergoedingsacties en de verhouding tussen clementieregelingen en schadevergoedingsacties.²⁹

De Commissie benadrukt dat de beleidskeuzen die in het Witboek worden voorgesteld, bestaan uit ‘evenwichtige maatregelen die zijn geworteld in de Europese rechtscultuur en tradities’. Uit het feit dat de in het Groenboek nog voorgestelde *double damages* in het Witboek ontbreken, kan wellicht worden afgeleid dat de Commissie deze niet aanmerkt als een ‘evenwichtige maatregel die geworteld is in de Europese rechtscultuur en traditie’.³⁰ Dat neemt niet weg dat de Commissie in het bij het Witboek behorende werkdocument wel aangeeft dat de suggesties in het Witboek niet moeten worden gezien als een limitering van de maatregelen die kunnen worden genomen om het recht dat slachtoffers van schendingen van het mededin-

gingsrecht hebben op compensatie te effectueren. De suggesties in het Witboek moeten eerder worden gezien als noodzakelijke minimumvoorwaarden voor een effectieve handhaving van de rechten van de slachtoffers van een schending van het mededingingsrecht.³¹ De Commissie lijkt de keuze om al dan niet een privaatrechtelijke boete in te voeren vooralsnog aan de afzonderlijke lidstaten over te laten. In het bijbehorende werkdocument van de Commissie wordt niettemin opgemerkt:

‘If it were to emerge, though, that the current situation in Europe of very limited repair of the harm caused by infringements of the competition rules does not structurally change over the coming years, it should be considered what further incentives are required to ensure that victims of competition law infringements actually bring their antitrust damages action. In that context the appropriateness of the current definition of damages might have to be reconsidered.’³²

De discussie over de mogelijke invoering van een privaatrechtelijke boete blijft dus actueel, ondanks het feit dat de privaatrechtelijke boete in het Witboek als zodanig niet meer wordt genoemd.

5. De privaatrechtelijke boete in het Amerikaans mededingingsrecht

Algemeen gezegd, bestaat in de Verenigde Staten de opvatting dat hij die zeer onzorgvuldig, zeer laakbaar of opzettelijk heeft gehandeld en daarbij schade heeft veroorzaakt, gehouden is niet alleen de geleden schade te vergoeden, maar ook een boodschap hoort te krijgen waaruit de afkeurenswaardigheid blijkt van het vertoonde gedrag.³³ Met het oog daarop worden onder meer *punitive damages* mogelijk geacht. Het bevorderen van de privaatrechtelijke rechtshandhaving is, naast het bestraffen van de dader, speciale preventie (afschrikken van de dader), generale preventie (afschrikken van anderen dan de dader), het voorkomen van eigen richting, vergoeding van anders niet-vergoedbare schade en het vergoeden van de kosten van juridische bijstand, één van de oogmerken van toekenning van *punitive damages*.³⁴

In de Verenigde Staten is speciale wetgeving ingevoerd om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Een voorbeeld van dergelijke speciale wetgeving vormt het bestaan van *treble damages*, een vorm van de privaatrechtelijke boete waarbij de lae-

27 Nederlandse reactie op het Groenboek, par. 2.3, vraag E, p. 8. Bron: <http://www.ez.nl>.

28 COM/2008/165. Witboeken zijn documenten met voorstellen voor communautaire maatregelen op een bepaald gebied. Zij sluiten soms aan op een groenboek. Bron: http://europa.eu/documents/comm/index_nl.htm.

29 Het *passing-on*-verweer is het verweer dat eiser de door de mededingingsversturende activiteiten veroorzaakte schade uiteindelijk niet zelf heeft geleden, omdat hij die heeft doorberekend in de prijzen voor zijn afnemers. Zie over het *passing-on*-verweer recentelijk nog E.-J. Zippo, ‘Het passing-on verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding’, in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 23), Deventer: Kluwer 2007, p. 187-207 en R.W.E. van Leuken, ‘Zo. Nu eerst een ...

passing-on verweer?’, WPNR 2007/6734, p. 1024-1031 en WPNR 2007/6735, p. 1048-1054.

30 Zie het bij het Witboek behorende werkdocument (*Commission Staff Working Paper* (SEC (2008) 404)), par. 182.

31 Idem, par. 312 en par. 316.

32 Idem, par. 194 en 195.

33 Zie F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht? De vergoeding van letselschade in de Verenigde Staten* (diss. Amsterdam UvA), Lelystad: Koninklijke Vermande 1996, p. 139.

34 Schirmeister 1996, p. 139; D.D. Ellis, ‘Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages’, 56 *So. Cal. L. Rev.* (1982), p. 3. Zie voor de argumenten tegen punitive damages in het bijzonder Schirmeister 1996, p. 147 e.v.

dens het drievoudige van de geleden schade dient te vergoeden. *Treble damages* worden overigens (ook in de Verenigde Staten) niet per definitie als *punitive damages* gezien.³⁵ Het verschil zit hem volgens sommigen in het perspectief van waaruit naar de overcompensatie wordt gekeken: is het een straf voor de laedens (*punitive*) of is het een maatregel om het voor de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht financieel aantrekkelijker te maken een procedure te beginnen? Daarnaast wordt dan als verschil aangenomen dat bij *punitive damages* de rechter beoordelingsruimte heeft bij de vaststelling van de hoogte van de *punitive damages*, terwijl de rechter deze beoordelingsruimte bij de oplegging van *treble damages* niet heeft.³⁶ Dit doet echter niet af aan het feit dat *treble damages*, gelet op het niet-compensatoire karakter, toch als een verschijningsvorm van *punitive damages*, ofwel de privaatrechtelijke boete, kunnen worden beschouwd. *Treble damages* kunnen door de gelaedeerde worden verkregen op grond van par. 4 van de *Clayton Act* indien de laedens de mededingingsregels zoals neergelegd in de *Sherman Act* of andere mededingingswetgeving heeft geschonden. Par. 4 van de *Clayton Act* luidt:³⁷

'(...) any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the anti-trust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.'

Als gevolg van de mogelijkheid het drievoudige van de opgelopen schade te kunnen vorderen, inclusief de proceskosten en redelijke kosten voor rechtsbijstand van een advocaat (de vergoeding van de advocaatkosten is een uitzondering op de algemene regel van federaal procesrecht dat elke partij haar eigen kosten draagt onafhankelijk van de uitkomst van het geding), kan de hoogte van de schadeclaims aanzienlijk zijn. De afschrikkende werking die daarvan uit kan gaan, is door de Amerikaanse federale wetgever beoogd.³⁸ Niettemin heeft de Amerikaanse hoogste rechter, het *Supreme Court* in de zaak *BMW of North America, Inc. v. Gore* geoordeeld dat de hoogte van *punitive damages* onder omstandigheden *grossly excessive* kan zijn en daarmee in strijd kan komen met het 14e Amendement van de Amerikaanse grondwet inzake *due process*.³⁹

Het idee dat de gelaedeerde *treble damages* zou kunnen

verkrijgen van de laedens is zoals eerder opgemerkt in de EU tot nu toe niet ingeburgerd en niet geaccepteerd. Een oorzaak van het geringe aantal civielrechtelijke procedures dat wordt gevoerd ter verkrijging van schadevergoeding op grond van het mededingingsrecht kan dan ook worden gevonden in het feit dat de prikkel van *treble damages* in de EU ontbreekt. In de Verenigde Staten heeft de mogelijkheid tot verkrijging van *treble damages* de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht namelijk een flinke impuls gegeven.⁴⁰

6. Enkele voor- en nadelen van invoering van de privaatrechtelijke boete

In navolging van Bolt & Lensing hebben Haak & VerLoren van Themaat in hun rapport voor het Ministerie van Economische Zaken de argumenten voor en tegen de invoering van *punitive damages* onderzocht, toegespitst op de mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland.⁴¹ Als argument voor de invoering van een privaatrechtelijke boete noemen zij in de eerste plaats het feit dat de gelaedeerde door de hogere vergoeding een extra stimulans krijgt om in actie te komen. In de tweede plaats krijgt de potentiële laedens een extra stimulans om de mededingingsregels niet te overtreden. In de derde plaats kan de privaatrechtelijke boete helpen bij de aanvulling van het handhavingstekort dat ontstaat doordat de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de Commissie niet in staat zijn alle overtredingen van de mededingingsregels te beboeten. In de vierde plaats kan een duidelijkere band tussen de laedens en de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht ontstaan als gevolg van het feit dat de privaatrechtelijke boete aan de gelaedeerden moet worden betaald en niet aan de staat of aan de Commissie in Brussel. Het rechtsgevoel van de gelaedeerden wordt op deze wijze beter bevredigd en de laedens zal beter leren van zijn fouten en meer realiseren welke norm is geschonden, aldus Haak & VerLoren van Themaat.

Er worden ook de nodige nadelen verbonden aan de invoering van een privaatrechtelijke boete. In de eerste plaats lijkt de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht met minder waarborgen omgeven dan de bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving. In de tweede plaats bestaat het gevaar van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel indien de privaatrechtelijke boete wordt gecombineerd met bestuursrechtelijke sancties van de NMa en de Commissie. In de derde plaats kan verdeeld worden dat de oplegging van straffen een exclusieve

35 Zie E. Paulis, 'Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law', in: J. Basedow (red.), *Private Enforcement of EC Competition*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 13.

36 C.A. Heinze, 'Discussion, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law', in: Basedow 2007, p. 17.

37 § 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15, Suits by persons injured (a) Amount of recovery; prejudgment interest.

38 Zie ook de conclusie van A-G Geelhoed bij HvJ EG 13 juli 2006, gev. zaken C-295/04 en C-298/04, (*Manfredi*), *Jur.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34, m.nt. MRM.

39 Supreme Court 20 mei 1996 (*BMW of North America, Inc. v. Gore*),

U.S.L.W. 4335 (1996). Zie nader A.J. Verheij, 'Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen', *AA* 1997, p. 71-81.

40 Zie ook M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat, *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005, p. 61; P.H. Rosochowicz, 'Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law' <http://www.kernbureau.uva.nl/acle>.

41 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 62 e.v. Zij noemen *punitive damages* overigens *exemplary damages*.

overheidstaak is die niet thuis hoort in het privaatrecht. In de vierde plaats moet worden beseft dat in de Verenigde Staten geen recht op wettelijke rente bestaat. Het verschil in uitkomst tussen *treble damages* in de Verenigde Staten en *single damages* in Nederland en de rest van Europa is dus minder groot dan het op het eerste gezicht lijkt. Bij invoering van een privaatrechtelijke boete in combinatie met het al bestaande recht op de wettelijke rente dreigt het verkregen bedrag disproportioneel hoog te worden. In de vijfde plaats is een privaatrechtelijke boete in vervolgzaken (zaken waarin al een uitspraak van een mededingingsautoriteit beschikbaar is) minder gerechtvaardigd, nu de gelaedeerden op vrij eenvoudige wijze voortbouwen op het werk van de mededingingsautoriteiten.⁴² Het is in beginsel een beleidskeuze van de wetgever om een privaatrechtelijke boete in te voeren. Van genoemde voor- en nadelen is echter het gevaar van een met te weinig waarborgen omgeven procedure en het gevaar van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel een juridisch probleem en geen beleidsmatige keuze. De privaatrechtelijke boete zal alleen kunnen worden ingevoerd indien voldaan wordt aan de waarborgen die door met name het EVRM worden gesteld.

7. De privaatrechtelijke boete en EVRM-waarborgen

In deze paragraaf zal daarom worden bezien met welke rechtswaarborgen de handhaving met behulp van punitieve privaatrechtelijke sancties door middel van de privaatrechtelijke boete omgeven moet zijn om recht te doen aan het EVRM en in het bijzonder art. 6 EVRM.⁴³ Zou aan deze vereisten van het EVRM niet tegemoet worden gekomen dan zou de Nederlandse staat daarvoor bij het EHRM in Straatsburg aansprakelijk kunnen worden gehouden. De staat is immers via zijn wetgevende en rechtsprekende autoriteiten gehouden de naleving van het EVRM te verzekeren, ook in een privaatrechtelijke context.⁴⁴ Het zwaartepunt zal in deze paragraaf liggen op de beantwoording van de vraag of handhaving langs punitieve privaatrechtelijke weg binnen het toepassingsbereik van art. 6 EVRM valt (par. 7.1). Daarnaast zal kort worden ingegaan op de materiële gevolgen van de toepasselijk-

heid van het verdragsartikel (par. 7.2). Gelet op eerder genoemde verschuivingen in de rechtshandhaving als gevolg van ontwikkelingen in het recht van de Europese Unie, is het van belang in algemene zin op te merken dat ook bij de uitvoering daarvan minimaal moet worden uitgegaan van de waarborgen die het EVRM biedt.⁴⁵

7.1. De toepasselijkheid van art. 6 EVRM

De toepasselijkheid van art. 6 EVRM wordt, uitgaande van de Engelse verdragstekst, bepaald aan de hand van de begrippen *civil rights and obligations* en *criminal charge*. Het ligt voor de hand om aan te nemen dat een punitieve privaatrechtelijke vordering kan worden aangemerkt als een *civil obligation* voor diegene die met een dergelijke vordering geconfronteerd wordt. Toewijzing van de vordering leidt immers tot de verplichting tot betaling van een geldsom. Hiermee is de toepasselijkheid van het eerste lid van art. 6 EVRM een gegeven. Overigens kan die toepasselijkheid ook voortvloeien uit de aanname van een *civil right* voor degene die de vordering tot betaling van een privaatrechtelijke boete instelt.

Een lastiger te beantwoorden vraag is of het opleggen van een privaatrechtelijke boete ook kan worden aangemerkt als een *criminal charge*. Indien dat zo is, zouden ook art. 6 lid 2 en 3 van toepassing zijn en zouden er strengere procedurele eisen gelden. In het hiernavolgende zal eerst worden ingegaan op de vraag of een privaatrechtelijke boete als *criminal* in de zin van art. 6 EVRM kan worden aangemerkt (par. 7.1.1) en daarna op de vraag of het opleggen van zo een boete als een *charge* kan worden gezien (par. 7.1.2). Overigens worden beide vragen wel in samenhang bezien.

Voordat we de privaatrechtelijke boete langs de *criminal charge*-criteria leggen, is het goed om te bezien of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zelf hiertoe al eens is overgegaan. Er is slechts één zaak, de ontvankelijkheidsbeslissing *Blake t. het Verenigd Koninkrijk*, waarin het EHRM zich heeft uitgesproken over de vraag of het opleggen van een privaatrechtelijke boete een *criminal charge* betreft.⁴⁶ De verplichting van Blake tot betaling van zogeheten 'restitutionary damages'⁴⁷ werd in die zaak als *civil obligation* en niet als *criminal charge* aangemerkt, omdat de boete een direct gevolg was van door

42 Zie voor een uitgebreider overzicht van de voor- en nadelen van de invoering van een privaatrechtelijke boete bij de civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 62 e.v. Zie ook C. Cauffman, 'Naar een punitief Europees verbintenisrecht?', *TvPr.* 2007, p. 799-873, op p. 851-863.

43 Andere relevante EVRM-waarborgen, zoals art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM inzake eigendomsrecht blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Zij bieden in beginsel niet meer bescherming dan art. 6 EVRM reeds doet. Ook art. 7 EVRM (geen straf zonder wet) komt niet nader aan de orde. Bij invoering van de privaatrechtelijke boete zal met deze bepaling echter wel rekening moeten worden gehouden, in die zin dat toekenning hiervan slechts mogelijk is bij overtreding van voldoende nauwkeurig omschreven gedragingen alsmede daarbij behorende boetes. Vgl. Cauffman 2007, p. 841-847.

44 Zie nader (met verwijzingen naar jurisprudentie) T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het*

Straatsburgse perspectief, Preadvies VBR, Deventer: Kluwer 2005, p. 38-50. Zie hierover F.W. Grosheide & G.E. van Maanen, 'Een groeifonds of een grabbelton? Art. 1 Eerste Protocol en de Nederlandse rechtsorde. Bespreking van de preadviezen van Barkhuysen & van Emmerik voor de voorjaarsvergadering van de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2005, 27, p. 142-151.

45 Zie thans art. 6 EU-Verdrag en zoals voorzien in art. 6 van het Verdrag van Lissabon. Zie ook art. 52 lid 3 en art. 53 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (*PbEU* 2007, C 303/1).

46 EHRM 25 oktober 2005, zaaknr. 68890/01, zie i.h.b. par. 96-100.

47 *Restitutionary damages* verschillen van *punitive damages* in die zin dat de hoogte van de eerstgenoemde privaatrechtelijke boete wordt gebaseerd op het voordeel dat iemand heeft genoten van een schending van een (civielrechtelijke) norm, zie: A. McDougall & A. Verzariu, 'Case Comment: Vitamins Litigation: Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account of Profits in Private Competition Law Claims', *European Competition Law Review* 2008, p. 181-184, op p. 183.

Blake gepleegde contractbreuk. Los van dat laatste speelde de civielrechtelijke context van het geschil als zodanig echter geen doorslaggevende rol bij deze kwalificatie. Deze ontvankelijkheidsbeslissing verzet zich er daarmee niet tegen om niet-contractuele verplichtingen – waarover wij het hier met name hebben – tot betaling van een privaatrechtelijke boete als *criminal charge* aan te merken.⁴⁸

7.1.1. Criminal

Het EHRM bepaalt aan de hand van een drietal criteria of een sanctie als *criminal* in de zin van art. 6 EVRM moet worden aangemerkt.⁴⁹ Het eerste en meteen niet doorslaggevende criterium betreft de classificatie van de overtreding naar nationaal recht. Overtredingen die strafrechtelijk zijn genormeerd, zullen in de regel als *criminal* worden aangemerkt. Dat wil nog niet zeggen dat niet-strafrechtelijk genormeerde overtredingen, zoals de privaatrechtelijke boete, daarmee buiten de reikwijdte van het begrip *criminal* blijven. Deze kunnen alsnog als *criminal* worden aangemerkt door toepassing van het tweede criterium (aard van de overtreding) en derde criterium (aard en zwaarte van de sanctie).

Voor het vaststellen van de aard van de overtreding dient te worden onderzocht of de overtreding een norm betreft die bindend is voor alle burgers – al dan niet in een bepaalde hoedanigheid. Daarnaast zal moeten worden vastgesteld of de overtreding bestraft wordt met een sanctie die *deterrent and punitive* van karakter is.⁵⁰ Voor het vaststellen van het karakter van de privaatrechtelijke boete is dus in de eerste plaats relevant ten behoeve van de overtreding van welke normen de privaatrechtelijke boete wordt opgelegd. Wordt de boete gebruikt om de naleving van algemeen geldende (publiek- dan wel civielrechtelijke) normen te verzekeren, dan kan gesteld worden dat er aanleiding bestaat de privaatrechtelijke boete als *criminal* aan te merken. Aangezien ook een privaatrechtelijke boete naar zijn aard punitief is, nu deze verder strekt dan louter compensatie of herstel en (daarmee) is bedoeld om af te schrikken en niet om te verzoenen, kan de boete eveneens

als *deterrent and punitive* worden aangemerkt. Op basis van het tweede *criminal charge*-criterium moet een privaatrechtelijk genormeerde boete ter handhaving van bijvoorbeeld mededingingsrechtelijke bepalingen dus als *criminal* in de zin van art. 6 EVRM worden aangemerkt.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM kan de hoogte van een boete, het derde en laatste *criminal charge*-criterium, na deze conclusie op grond van het tweede criterium geen afbreuk meer doen aan het bestraffende karakter van de boete in kwestie.⁵¹ Wel is het zo dat het EHRM in de *Jussila*-uitspraak⁵² heeft uitgemaakt dat ten aanzien van lichte sancties die een *criminal charge* impliceren voor feiten die niet tot de harde kern van het strafrecht behoren, gedifferentieerd kan worden in de mate waarin de art. 6 EVRM-waarborgen daadwerkelijk van toepassing zijn. Er bestaat echter nog veel onduidelijkheid omtrent de praktische uitwerking en gevolgen van deze principiële beslissing van het EHRM. Het is niet duidelijk waaruit de bescherming in een concreet geval moet bestaan.⁵³ Voordat dit laatste punt actueel wordt, dient echter eerst een andere belangrijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van art. 6 lid 2 en 3 EVRM te worden besproken, te weten het vereiste dat sprake moet zijn van een *charge*.

Overigens weegt voor het EHRM bij de interpretatie van de hiervoor besproken criteria mee of een norm die thans (mede) bestuurs- of privaatrechtelijk wordt gehandhaafd, in het verleden strafrechtelijk werd gehandhaafd. Is dat het geval, dan zal het EHRM sneller aannemen dat sprake is van een *criminal charge* om zo te voorkomen dat staten onder de verzwaarde rechtswaarborgen van art. 6 EVRM ten aanzien van *criminal charges* uit kunnen komen.⁵⁴ Het Hof kiest daarmee in zekere zin dus voor een strategische interpretatie van het begrip *criminal (charge)*.

7.1.2. Charge

Drie auteurs die zich eerder bogen over de vraag of het opleggen van een privaatrechtelijke boete een *criminal charge* behelst, trekken de begrippen *criminal* en *charge* volledig uiteen.⁵⁵ Met name de invulling van het *charge*-begrip achten zij vervolgens problematisch nu naar hun

48 Overigens wijst het EHRM aan hem gerichte vorderingen tot toekenning van *aggravated, exemplary of punitive damages* ten laste van verdragsstaten die het EVRM schenden consequent af. Dit is echter een bevoegdheidskwestie in het kader van art. 41 EVRM en zeker geen indicatie voor het Straatsburgse oordeel omtrent het al dan niet *criminal* karakter van nationale privaatrechtelijke boetes. Zie voor een dergelijke (standaard)afwijzing bijvoorbeeld de zaak EHRM 27 juli 2004, zaaknr. 26144/95 (*İkincişoy t. Turkije*), par. 147, incl. verwijzingen naar eerdere rechtspraak.

49 EHRM 8 juni 1976, zaaknr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, NJ 1978, 223, m.nt. Meuwissen bij NJ 1978, 224 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 82 en EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937, m.nt. Alkema bij NJ 1988, 938; AA 1985, p. 145-154, m.nt. Swart (*Öztürk t. Duitsland*), par. 50.

50 Uit de invulling van het tweede criterium wordt duidelijk hoezeer dit criterium verbonden is met een deel van het derde, namelijk de aard van de sanctie. Het EHRM erkent dit overigens ook zelf: EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937, m.nt. Alkema bij NJ 1988, 938; AA 1985, p. 145-154, m.nt. Swart (*Öztürk t. Duitsland*), par. 52.

51 Het sanctiezwaarte-criterium speelt alleen een zelfstandige rol in die gevallen waarin op basis van de eerste twee criteria niet gesteld kan worden dat een sanctie een *criminal* karakter heeft, maar

waar de sanctie dusdanig zwaar is, dat om die reden toch van een *criminal charge* gesproken moet worden. Het bekendste voorbeeld betreft de *Engel*-zaak, EHRM 8 juni 1976, zaaknr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72, NJ 1978, 223, m.nt. Meuwissen bij NJ 1978, 224 (*Engel e.a. t. Nederland*), par. 85. De sanctie betrof hier vrijheidsbeneming.

52 EHRM 23 november 2006, zaaknr. 73053/01, AB 2007, 51, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik; NJCM-Bulletin 2007, p. 167-178, m.nt. Den Houdijker (*Jussila t. Finland*).

53 De *Jussila*-uitspraak zelf leert alleen dat het niet horen van *Jussila* in verband met de hem opgelegde belastingrechtelijke boete (verhoging) van € 308,80 door de beugel van art. 6 EVRM kon. Het mededingingsrecht wordt in de uitspraak overigens uitdrukkelijk genoemd als een rechtsgebied dat geen *hard core*-strafrecht betreft en waarbinnen dus niet alle rechtswaarborgen van art. 6 EVRM onverkort hoeven te gelden.

54 Vgl. EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937, m.nt. Alkema bij NJ 1988, 938, AA 1985, p. 145-154, m.nt. Swart (*Öztürk t. Duitsland*), par. 51.

55 Bolt & Lensing 1993, p. 58-59; J. Boot, 'Privaatrecht & boete', AA 2008, p. 200-208, p. 204-205. Dezelfde benadering bij deze auteurs leidt overigens niet tot eenzelfde resultaat: Bolt & Lensing: (soms) wel een *criminal charge*; Boot: geen *criminal charge*.

mening geen handeling vanwege de staat wordt verricht wanneer de ene private partij van de andere private partij de betaling van een privaatrechtelijke boete vordert. Een al te gescheiden interpretatie van beide begrippen – en daarmee een al te formele benadering van de verschillen tussen het civiele proces en een strafproces – doet wat ons betreft echter geen recht aan de strategische interpretatie van het *criminal charge*-begrip als zodanig, waarvoor het EHRM van oudsher kiest. Het EHRM is hiertoe overgegaan om te voorkomen dat staten hun verplichtingen onder art. 6 EVRM kunnen ontlopen door sanctiebepalingen buiten het strafrecht te plaatsen.⁵⁶ Beide elementen van het *criminal charge*-begrip worden weliswaar afzonderlijk autonoom geïnterpreteerd, maar een strategische interpretatie komt ons inziens ook het *charge*-begrip toe.

Voor een meer strategische invulling van het begrip *charge* (de officiële mededeling dat iemand wordt verdacht van een overtreding of een andere maatregel waaruit blijkt dat op betrokkene een dergelijke verdenking rust⁵⁷) pleit in de eerste plaats de vaste overweging van het Straatsburgse Hof dat het er de voorkeur aan geeft het begrip *charge* niet formeel, maar materieel in te vullen:

*'(...) the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...) prompts the Court to prefer a 'substantive', rather than a 'formal', conception of the 'charge' contemplated by Article 6 par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question.'*⁵⁸

In de *Deweer*-zaak, waaruit voorgaand citaat afkomstig is, stonden de feiten dat geen sprake was van een strafrechtelijk onderzoek, Deweer niet gearresteerd was en geen officiële aankondiging van een op handen zijnde vervolging had ontvangen er niet aan in de weg om te concluderen dat wel sprake was van een *charge*. Voldoende was dat Deweer consequent werd aangemerkt als 'overtreder' en als iemand die zijn 'vervolging' kon voorkomen door betaling van een afkoopsom.

Ook voor een meer op de casuïstiek gerichte en daarmee (potentieel) strategischer benadering pleit de inmiddels standaardoverweging van het EHRM dat eveneens sprake kan zijn van een *charge* in de zin van art. 6 EVRM wanneer iemands positie 'has been 'substantially affected''.⁵⁹ Voor een door een civiele partij gevorderde, maar uiteindelijk door de rechter opgelegde privaatrechtelijke boete is hiervan sprake.

Wie tot slot van mening is dat het feit dat de procedure in gang wordt gezet door een civiele partij afbreuk doet aan het *charge*-element, zij gewezen op de zaak *Minelli t. Zwitserland*.⁶⁰ Het feit dat een smaadprocedure diende te worden opgestart door een klacht van een private partij deed

in die zaak geen afbreuk aan het strafrechtelijke karakter van de procedure, aldus het EHRM. Daarbij overwoog het Hof weliswaar dat de procedure in de *Minelli*-zaak voor het overige strafrechtelijk genormeerd was en dat er strafrechtelijke sancties konden worden opgelegd; de ontvankelijkheidsbeslissing *Blake t. het Verenigd Koninkrijk* leert echter dat het civielrechtelijke karakter van een procedure op zichzelf niet voldoende is om het bestaan van een *criminal charge* op voorhand af te wijzen.

De conclusie moet zijn dat bij de vaststelling of sprake is van een *charge* aan de hand van juist de eis van het substantieel geraakt zijn, het al dan niet *criminal* zijn van een sanctie een grote rol speelt. Gelet op hetgeen hiervoor overwogen is in par. 7.1.1, moet geconcludeerd worden dat goed verdedigd kan worden dat de *criminal charge*-waarborgen van art. 6 EVRM op het verschijnsel van de privaatrechtelijke boete van toepassing zijn.⁶¹ Daaraan kan nog worden toegevoegd dat men ten aanzien van het *charge*-begrip in het bijzonder niet uit het oog dient te verliezen dat het uiteindelijk de overheid in de vorm van de wetgever is die de mogelijkheid van een privaatrechtelijke boete creëert en het de overheid in de vorm van de rechter is die tot betaling van de boete kan verplichten. Bovendien vertoont het uitbrengen van de dagvaarding door een deurwaarder waarmee een civiele procedure een aanvangt neemt, parallellen met het begin van een strafrechtelijke procedure. Er is sprake van een officiële notificatie door een semi-overheidsorgaan waaruit blijkt dat iemand 'verdacht' wordt van een normovertreding waarop een punitieve sanctie staat.

7.2. Waarborgen ten aanzien van de privaatrechtelijke boete

Wanneer de privaatrechtelijke boete binnen het bereik van art. 6 EVRM valt, dient het opleggen van dergelijke boetes met bepaalde waarborgen omgeven te zijn. Hierna volgt een relatief kort overzicht van wat een en ander nu praktisch met zich brengt. Daarbij geldt overigens steeds dat in deze bijdrage vooral het geldende kader in beeld wordt gebracht. Op basis daarvan zou dan verder moeten worden nagedacht hoe deze EVRM-waarborgen die vooral zijn ontwikkeld in een publiekrechtelijke context, een plaats kunnen worden gegeven in civiele procedures.

In zijn algemeenheid garandeert art. 6 lid 1 EVRM dat eenieder bij geschillen over het vaststellen van *civil rights and obligations* en bij het bepalen van de gegrondheid van een *criminal charge* recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn en door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Voorts moet de uitspraak in beginsel in het openbaar worden gedaan. Het EHRM heeft art. 6 lid 1 EVRM voorts zodanig uitgelegd dat daaronder ook valt een recht op toegang tot de rechter, alhoewel dat niet ex-

56 EHRM 21 februari 1984, zaaknr. 8544/79, NJ 1988, 937, m.nt. Alkema bij NJ 1988, 938; AA 1985, p. 145-154, m.nt. Swart (*Öztiürk t. Duitsland*), par. 49.

57 EHRM 10 december 1982, NJ 1987, 828, m.nt. Van Dijk (*Foti e.a. t. Italië*), par. 52.

58 EHRM 27 februari 1980, zaaknr. 6903/75, NJ 1980, 561 (*Deweer t. België*), par. 44. Bevestigd in EHRM 26 maart 1982, zaaknr. 8269/

78 (*Adolf t. Oostenrijk*), par. 30.

59 EHRM 21 december 2000, zaaknr. 36887/97, EHRC 2001, 18 (*Quinn t. Ierland*), par. 41.

60 EHRM 25 maart 1983, zaaknr. 8660/79, NJ 1986, 698 (*Minelli t. Zwitserland*), par. 28.

61 Vergelijk, zij het iets voorzichtiger, Cauffman 2007, p. 849-850.

pliciet in het artikel wordt vermeld.⁶² In geval van een *criminal charge* geldt op grond van art. 6 lid 2 EVRM de onschuldpresumptie en op grond van art. 6 lid 3 EVRM gelden nog aanvullende eisen voor een adequate verdediging.

■ 7.2.1. Full jurisdiction en evenredigheid

Uit de jurisprudentie inzake art. 6 lid 1 EVRM blijkt dat eisen worden gesteld aan de rechterlijke toetsing. In het kader van een procedure moet op grond van vaste jurisprudentie ten minste één rechterlijke instantie de vaststelling van de feiten en de toepassing van alle geldende rechtsnormen kunnen toetsen en daarover ook met volledige rechtsmacht (*full jurisdiction*) kunnen beslissen. Uitgangspunt is dat de rechter ook de feiten volledig moet kunnen toetsen.⁶³ Een en ander zou in het civiele proces niet tot problemen aanleiding hoeven te geven. Wel zou discussie kunnen ontstaan over de vraag in hoeverre de civiele rechter in het kader van de oplegging van een privaatrechtelijke boete zonder meer uit mag gaan van de vaststelling van een overtreding door, bijvoorbeeld, een mededingingsautoriteit.⁶⁴

Voor wat betreft punitieve sancties die als *criminal charge* kwalificeren, kan uit het 'full jurisdiction'-vereiste worden afgeleid dat een rechter ook moet kunnen toetsen of een direct uit de wet voortvloeiende sanctie evenredig is wanneer daarover wordt geklaagd (er bestaat op grond van het EVRM dus geen verplichting tot een ambtshalve toets). Dit sluit blijkens de jurisprudentie van het EHRM een systeem van wettelijk gefixeerde boetes echter niet uit, mits de wetgever zelf het vereiste van evenredigheid in acht heeft genomen en de rechter kan toetsen of die wettelijke regeling juist is toegepast. Daarbij moet worden aangetekend dat de jurisprudentie op dit punt nog niet uitgekristalliseerd lijkt.⁶⁵ Dit impliceert dat de rechter bij een mogelijke wettelijke introductie van een privaatrechtelijke boete in ieder geval de bevoegdheid moet krijgen de evenredigheid van een uiteindelijk op te leggen boete te waarborgen. Daarbij zou, bijvoorbeeld, aan een hardheidsclausule in de toepasselijke wettelijke regeling kunnen worden gedacht.

■ 7.2.2. Onschuldpresumptie, zwijgrecht en *nemo-tenetur*
De al genoemde onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM is een andere belangrijke inhoudelijke waarborg die geldt indien er sprake is van een *criminal charge*. Daaruit vloeit voort dat uit moet worden gegaan van de onschuld van een 'verdachte' en dat het aan het sanctieopleggend orgaan is de schuld aan te tonen.⁶⁶ Daarbij sluit het EVRM wettelijke vermoedens van schuld niet geheel uit, zij het dat daaraan grenzen worden gesteld. Het evenwicht tussen het belang dat met de presumptie wordt gediend en de rechten van de verdediging moet worden bewaard.⁶⁷ In ieder geval moet het gaan om een weerlegbaar vermoeden van schuld.⁶⁸ Uit het zwijgen van de betrokkene mag de schuld worden afgeleid wanneer er voldoende ander bewijsmateriaal beschikbaar is waaruit deze schuld mede blijkt.⁶⁹ Uit de onschuldpresumptie vloeit ook voort dat alleen de overtreder zelf mag worden bestraft.⁷⁰ De onschuldpresumptie houdt verder in dat betrokken autoriteiten zich moeten onthouden van openbare mededelingen die daarop een inbreuk vormen. Dit vereist genuanceerde berichtgeving over de mate waarin de schuld in het kader van een lopende procedure al dan niet is komen vast te staan.⁷¹ Aan een onmiddellijke tenuitvoerlegging van sanctiebesluiten voordat deze na een rechterlijke toetsing definitief zijn geworden, staat de onschuldpresumptie in beginsel evenmin in de weg. Ook daarvoor geldt echter dat deze bevoegdheid op grond van art. 6 lid 2 EVRM binnen redelijke grenzen moet worden toegepast en dat daarbij een rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen. Dit laatste wordt strikt door het EHRM getoetst waarbij geldt dat het financiële belang van degene die de boete int op zichzelf geen rechtvaardiging biedt, omdat met boeteoplegging niet primair het genereren van inkomsten wordt beoogd. Bij deze toetsing is ook van belang of de oorspronkelijke rechtspositie van betrokkenen in geval van een succesvol beroep bij de rechter kan worden hersteld.⁷²

Voor punitieve sancties is daarnaast van belang dat in art. 6 EVRM ook het zwijgrecht en het *nemo-tenetur*-beginsel geacht worden besloten te liggen.⁷³ Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de bescherming van art. 6 EVRM zich hier echter beperkt tot materiaal dat 'niet onafhankelijk' (dat is dus afhankelijk) van de wil van de betrokkene

62 EHRM 21 februari 1975, zaaknr. 4451/70, NJ 1975, 462 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*), par. 36. Waarbij het recht op toegang tot de rechter niet louter in theorie mag bestaan, maar praktisch aanwezig en effectief moet zijn: EHRM 9 oktober 1979, zaaknr. 6289/73 (*Airey t. Ierland*).

63 EHRM 23 juni 1981, zaaknr. 6878/75 e.v. (*Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België*), par. 51; EHRM 10 februari 1983, zaaknr. 7299/75 (*Albert & Le Compte t. België*), NJ 1987, 315, par. 29.

64 Zie over deze vraag uitgebreid W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies 2007 voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2007, p. 25-26.

65 EHRM 23 september 1998, zaaknr. 2781/95, NJCM-Bulletin 2000, p. 873 e.v., m.nt. Kuijer & Lenos (*Malige t. Frankrijk*), par. 43-50; EHRM 2 juli 2002, zaaknr. 33402/96, EHRC 2002, 72, m.nt. Mols (*Gökten t. Frankrijk*), par. 58.

66 EHRM 6 december 1988, zaaknr. 10590/83 (*Barberá Messegue & Jabardo t. Spanje*), par. 77.

67 EHRM 23 juli 2002, zaaknr. 34619/97, EHRC 2002, 88, m.nt. Wid-

dershoven (*Janosevic t. Zweden*), par. 96-110.

68 EHRM 7 oktober 1988, zaaknr. 10519/83, NJCM-Bulletin 1983, p. 495 e.v., m.nt. TS (*Salabiaku t. Frankrijk*), par. 28.

69 EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 14310/88, NJ 1995, 509, m.nt. Kn (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*), par. 51-54.

70 EHRM 29 augustus 1997, zaaknr. 19958/92 (*A.P., M.P. & T.P. t. Zwitserland*), par. 48 (straf mag niet aan erfgenaam overtreder worden opgelegd).

71 EHRM 10 februari 1995, zaaknr. 15175/89, NJ 1997, 523, m.nt. EJD (*Allenet de Ribemont t. Frankrijk*), par. 36-41.

72 EHRM 23 juli 2002, zaaknr. 34619/97, EHRC 2002, 88, m.nt. Widdershoven (*Janosevic t. Zweden*), par. 96-110.

73 EHRM 25 februari 1993, zaaknr. 34619/97, EHRC 2002, 88, m.nt. Widdershoven (*Funke t. Frankrijk*), par. 44; EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 14310/88, NJ 1995, 509, m.nt. Kn (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*), par. 45-47. Vgl. ook EHRM 29 juni 2007, zaaknr. 15809/02, EHRC 2007, 104 (*O'Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*).

bestaat. Daarbij moet met name aan afgedwongen mondelinge en schriftelijke verklaringen worden gedacht.⁷⁴ Overig materiaal valt in beginsel buiten het beschermingsbereik. Gaat het echter om documenten als bankafschriften, waarvan eigenlijk gezegd kan worden dat ze onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan, maar waarvan de sanctieopleggende instantie – bij de privaatrechtelijke boete de rechter – niet met zekerheid weet of ze bestaan en, zo ja, waar deze zich bevinden, dan lijkt afgifte daarvan ook geweigerd te kunnen worden met een beroep op het *nemo-tenetur*-beginsel.⁷⁵ Een en ander impliceert dat zodra er sprake is van een *charge* de cautie moet worden gegeven. In civiele zaken waarin een privaatrechtelijke boete zou kunnen worden opgelegd, lijkt het moment waarop de gedagvaarde partij voor het eerst wordt verzocht te concluderen voor antwoord daarvoor op het eerste gezicht het meest aangewezen moment. Verder mag materiaal dat door betrokken autoriteiten in de toezichtfase eventueel op basis van een inlichtingenplicht is verkregen voordat er sprake was van een *charge*, in beginsel niet gebruikt worden voor de boeteoplegging in een privaatrechtelijke context, voor zover dat materiaal althans niet onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat.⁷⁶

■ 7.2.3. Samenloop van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving

In het verlengde van het voorgaande, doch los van art. 6 EVRM, is tot slot nog interessant het vraagstuk van de samenloop van de privaatrechtelijke boete met publiekrechtelijke handhaving via het straf- of bestuursrecht. Kan er nog een privaatrechtelijke boete worden opgelegd als er al eerder een publiekrechtelijke bestraffing heeft plaatsgevonden (de zogeheten *follow-on*-problematiek) en omgekeerd? Voor de beantwoording van deze vraag zijn relevant het *ne bis in idem*-beginsel, het *una via*-beginsel en – in *follow-on*-zaken – ook de onschuldpresumptie.⁷⁷

■ 7.2.3.1. Ne bis in idem en una via

Het Nederlandse privaatrecht zelf kent geen *ne bis in idem* en *una via*-regelingen die moeten voorkomen dat iemand voor het feit waarvoor hij onherroepelijk is 'bestraft' of 'vrijgesproken' nog een keer wordt betrokken in een procedure gericht op oplegging van een punitieve sanctie voor hetzelfde feit.⁷⁸ Een normering van de samenlooppro-

blematiek treft men op nationaal niveau alleen aan in het strafrecht, zie art. 68 Wetboek van Strafrecht (Sr) en, na de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb, in het bestuursrecht, via art. 5:43 en art. 5:44 Awb (en de spiegelbeeldige bepaling art. 243 Wetboek van Strafvordering (Sv)). Ook verdragsrechtelijke normen betrekking hebbend op het *ne bis in idem* en *una via*-vraagstuk bieden om verschillende redenen weinig houvast voor de bespreking van de samenloopproblematiek ten aanzien van de privaatrechtelijke boete met andere op bestraffing gerichte procedures. Het EVRM normeert *ne bis in idem* in het Zevende Protocol, maar dit protocol is door Nederland niet geratificeerd. Bovendien is de Straatsburgse jurisprudentie omtrent het beginsel niet bepaald eenduidig te noemen.⁷⁹ Het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) kent art. 14 lid 7. Dit verdrag is door Nederland als bekend wel geratificeerd, maar in relatie tot genoemd artikel met het voorbehoud dat er niet meer bescherming uit voortvloeit dan geldt op basis van het nationale art. 68 Sr. Wel wordt door de regering aangenomen dat het beginsel van *ne bis in idem* ook in bredere zin geldt als ongeschreven recht, maar zonder dat duidelijk wordt op grond waarvan en wat de precieze reikwijdte is.⁸⁰

Gelet op de insteek van deze bijdrage vormt de communautaire jurisprudentie over *ne bis in idem* op het terrein van het mededingingsrecht nog een aangewezen bron. In de communautaire rechtspraak in het algemeen wordt het *ne bis in idem*-beginsel, onder verwijzing naar art. 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM, inmiddels erkend als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, waarvan de rechter de eerbiediging verzekert.⁸¹ Ook hier echter geldt dat over de precieze strekking en reikwijdte nog de nodige vragen onbeantwoord zijn.⁸² Wanneer het gaat om de relatie tussen de Commissie en de lidstaten ligt in mededingingsrechtelijke zaken de nadruk op de verschillende doelen van een bestraffing. Indien de bestraffing 'different ends' naleeft is geen sprake van dubbele bestraffing.⁸³ Ten aanzien van het achtereenvolgens opleggen van een bestuurlijke en een privaatrechtelijke boete (of vice versa) wegens overtreding van het Europese mededingingsrecht lijkt echter moeilijk vol te houden dat sprake is van 'different ends'. Het Europeesrechtelijke *ne bis in idem*-beginsel geldt – buiten de Schengen-context – bovendien niet in situaties waarin mededingingsautoriteiten van

74 EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, NJ 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), par. 68-74.

75 EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96, EHRC 2001, 45, m.nt. Albers (J.B. t. Zwitserland), par. 65-71.

76 EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, NJ 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), par. 74.

77 Het hier geschetste kader lijkt in beginsel ook te gelden voor de problematiek van cumulatie van meerdere verzoeken van verschillende procespartijen aan dezelfde (vermeend) overtreder tot betaling van een privaatrechtelijke boete. Op specifiek daarmee samenhangende vragen gaan wij in deze bijdrage echter niet verder in.

78 Wel gelden binnen het civiele recht de eisen van redelijkheid en billijkheid.

79 Nu Nederland de desbetreffende bepaling niet heeft geratificeerd laten we dit punt verder rusten, meer hierover: E. Ankaert & J. Put, 'Het EVRM en bestuurlijke punitieve sancties', in: E. Ankaert e.a. *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadvis VVSRBN), Alphen aan den Rijn: Kluwer

2006, p. 5-17, i.h.b. p. 13-14.

80 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, p. 136. Vgl. F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 62-68.

81 Zie HvJ EG 15 oktober 2002, gev. zaken C-238/99 P e.a. (Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie), Jur. 2002, p. I-8375, r.o. 59; GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-223/00 (Kyowa Hakko Kogyo/Commissie), Jur. 2003, p. II-2553, r.o. 96; GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-224/00 (Archer Daniels Midland Company/Commissie), Jur. 2003, p. II-2597, r.o. 85; HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-308/04 P (SGL Carbon/Commissie), Jur. 2006, p. I-5977, r.o. 26.

82 Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties', in: E. Ankaert e.a. 2006, p. 18-50, p. 38.

83 Waarbij wel op basis van een algemene billijkheidseis bij het vaststellen van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden met eerdere sancties die reeds zijn opgelegd. Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik 2006, p. 36.

derde staten optreden én behelst alleen een verbod op dubbele vervolging of bestraffing binnen dezelfde staat en niet in verschillende staten.⁸⁴ Zo biedt de gemeenschapsrechtelijke uitwerking van het *ne bis in idem*-beginsel dus geen bescherming in geval van samenloop van een beboeting door bijvoorbeeld de Amerikaanse, dan wel de Britse mededingingsautoriteiten en een nationaalrechtelijke vordering tot betaling van een privaatrechtelijke boete voor dezelfde overtreding. Wel kan (ook) hier het billijkheids- en evenredigheidsvereiste matigend werken.

Al met al biedt het nationale, internationale en Europese recht weinig precieze houvast voor het beoordelen van de samenloopproblematiek. Vooral het in de desbetreffende regelgeving neergelegde *principe* van het voorkomen van een dubbele vervolging en bestraffing zal leidend moeten zijn bij de beoordeling van vermeende samenloop van strafrechtelijk/bestuurrechtelijke vervolging en bestraffing en een civiele procedure waarin een privaatrechtelijke boete wordt geëist. Nu heeft de Nederlandse wetgever er in de Vierde Tranche Awb voor gekozen om een eigen regeling op te stellen om de samenloop tussen het strafrecht en het bestuursrecht te normeren.⁸⁵ De regeling berust niet direct op Europese ontwikkelingen (en op onderdelen biedt de regeling ook meer bescherming dan de relevante verdragsrechtelijke bepalingen die voor Nederland niet of niet ten volle gelden). Gelet op het voorgaande verdient het aanbeveling om bij een verdere verschuiving van de handhaving naar het privaatrecht met aan het uiterste einde de invoering van een privaatrechtelijke boete, ook het privaatrecht te voorzien van een regeling die de samenloop tussen het privaatrecht enerzijds en het bestuursrecht en het strafrecht anderzijds in goede banen leidt. Daarbij zou de genoemde Awb-regeling model kunnen staan.

■ 7.2.3.2. Onschuldpresumptie

De toch wat zwakke positie van het *ne bis in idem*-beginsel in gevallen van samenloop van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving krijgt versterking uit een wellicht wat onverwachte hoek. De onschuldpresumptie, zoals neergelegd in art. 6 lid 2 EVRM zou eraan in de weg kunnen staan om na een strafrechtelijke vrijspraak of een

bestuursrechtelijke vernietiging van een boetebesluit over te gaan tot oplegging van privaatrechtelijke boetes. In een tweetal EHRM-uitspraken gewezen op 11 februari 2001 tegen Noorwegen, staat de – uit het oogpunt van art. 6 lid 2 EVRM mogelijk problematische – relatie tussen een strafrechtelijke vrijspraak en een daaropvolgende civiele procedure centraal.⁸⁶ Ringvold en Y werden in een strafrechtelijke procedure vrijgesproken, maar vervolgens geconfronteerd met de schadevergoedingsacties van hun vermeende slachtoffers. Bijzonder daarbij is dat de onschuldpresumptie niet alleen van toepassing is wanneer sprake is van een *criminal charge*, maar dat de presumptie ook bescherming kan bieden in civiele procedures wanneer: ‘there were such links between the criminal proceedings and the ensuing compensation proceedings as to justify extending the scope of Article 6 § 2 to cover the latter’.⁸⁷ In *Ringvold t. Noorwegen* stelt het EHRM dat hiervan geen sprake is. Interessant daarbij is de opmerking van het Hof dat van belang is dat de schadevergoedingsprocedure primair diende ‘to remedy the injury and suffering caused to the victim’ en dat ‘neither the purpose of the award nor its size conferred on the measure the character of a criminal sanction for the purposes of Article 6 § 2’.⁸⁸ Dit lijkt onze aanname te bevestigen dat wanneer een toegekend bedrag strekt tot meer dan louter compensatie de procedure waarin dat gebeurt binnen de reikwijdte van het *criminal charge*-begrip valt.⁸⁹ Een privaatrechtelijke boete volgend op een strafrechtelijke vrijspraak of een bestuursrechtelijke vernietiging is zo gezien problematisch, juist vanwege het bestraffende in plaats van ‘herstellende’ karakter van de sanctie in kwestie.

De zaak *Y. t. Noorwegen* lijkt in dezelfde richting te wijzen. In die zaak werd art. 6 lid 2 EVRM wel van toepassing verklaard op de schadevergoedingsprocedure en werd er een inbreuk op de onschuldpresumptie vastgesteld. Het EHRM was van mening dat de Noorse rechter in de civiele procedure wel heel expliciet stelde dat, ondanks de vrijspraak van Y, zijn schuld was komen vast te staan: ‘the High Court finds it clearly probable that [the applicant] has committed the offences against Ms T’.⁹⁰ Het opleggen van een privaatrechtelijke boete lijkt eenzelfde vaststelling

84 HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-308/04 P (*SGL Carbon/Commissie*), Jur. 2006, p. I-5977, r.o. 32, resp. GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-223/00 (*Kyowa Hakko Kogyo/Commissie*), Jur. 2003, p. II-2553, r.o. 101-102; GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-224/00 (*Archer Daniels Midland Company/Commissie*), Jur. 2003, p. II-2597, r.o. 90-91. Dit laatste wordt overigens anders wanneer het Verdrag van Lissabon in werking zal treden, aangezien dan ook bindende kracht zal toekomen aan art. 50 van het Handvest van de Grondrechten dat erin voorziet dat niemand opnieuw wordt berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure voor een strafbaar feit waarvoor hij in de Unie reeds onderroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet. Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik 2006, p. 41.

85 Zie daarover nader VAR-werkgroep Vierde Tranche Awb, *De Vierde Tranche Awb, Commentaar en vraagpunten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

86 Recent bevestigd in: EHRM 15 mei 2008, zaaknr. 31283/04 (*Orr t. Noorwegen*).

87 EHRM 11 februari 2003, zaaknr. 34964/97 (*Ringvold t. Noorwegen*), par. 41. Het EHRM is niet snel genegen een civiele (niet punitieve) schadevergoedingsactie van al dan niet vermeende slachtoffers als een *criminal charge* jegens de al dan niet vermeende dader aan

te merken: ‘Otherwise, as rightly pointed out by the Government, Article 6 § 2 would give a criminal acquittal the undesirable effect of pre-empting the victim’s possibilities of claiming compensation under the civil law of tort, entailing an arbitrary and disproportionate limitation on his or her right of access to court under Article 6 § 1 of the Convention.’ Bovendien zou in dat geval iemand die weliswaar strafrechtelijk is vrijgesproken, maar die volgens de civielrechtelijk (bewijs)maatstaven heel wel aansprakelijk gesteld zou kunnen worden, elke aansprakelijkheid voor zijn of haar daden kunnen ontlopen, *Ringvold*-uitspraak par. 38 en *Y*-uitspraak par. 41.

88 EHRM 11 februari 2003, zaaknr. 34964/97 (*Ringvold t. Noorwegen*), par. 39.

89 In deze zin: T. Hickman & F. Safee, ‘Case Comment Hammern v. Norway, O v. Norway, Ringvold v. Norway and Y v. Norway’, *European Human Rights Law Review* 2003, p. 539-546, p. 545.

90 EHRM 11 februari 2001, zaaknr. 56568/00 (*Y. t. Noorwegen*), par. 44. Zie EHRM 4 oktober 2007, zaaknr. 12148/03 (*Sanchez Cardenas t. Noorwegen*), par. 37, waarin eenzelfde opmerking door een nationale rechter door het EHRM als schending van art. 8 EVRM wordt aangemerkt.

van schuld in te houden, weliswaar niet zozeer in dezelfde expliciete bewoordingen, maar wel door een even expliciete bestraffing middels de als straf opgelegde plicht tot het betalen van een geldsom.

8. Enkele concluderende opmerkingen

In deze bijdrage is ingegaan op de vraag welke EVRM-waarborgen gelden bij invoering van een mogelijkheid tot het vorderen van *punitive damages*, ofwel een privaatrechtelijke boete, in het bijzonder in mededingingszaken. Tegen een achtergrond van verschuivingen in de rechtshandhaving, zowel op Europees als op nationaal niveau, blijft dit een actueel thema. In de discussie hierover is de waarborgkant tot nu toe echter onderbelicht gebleven. Dat is een probleem omdat Nederland voor het EHRM aansprakelijk kan worden gehouden indien onvoldoende rechtswaarborgen zouden worden geboden ten aanzien van de privaatrechtelijke boete.

Allereerst hebben wij geconstateerd dat het, in het licht van de rechtspraak van het EHRM, goed verdedigbaar is te stellen dat de privaatrechtelijke boete moet worden aangemerkt als *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. Vanuit die aanname hebben we vervolgens vastgesteld dat niet alleen gewaarborgd moet zijn dat sprake is van toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, een eerlijke en openbare behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn en *full jurisdiction*, maar dat in een concrete zaak ook een evenredigheidstoets moet kunnen

worden uitgevoerd ten aanzien van de voorgeschreven privaatrechtelijke boete en dat moet worden uitgegaan van de onschuldpresumptie, het zwijgrecht en het beginsel van *nemo-tenetur*, zoals neergelegd in art. 6 lid 2 en 3 EVRM.

Bij de bespreking van deze waarborgen in relatie tot de privaatrechtelijke boete zijn diverse specifieke vragen gerezen. Datzelfde geldt voor de mogelijke samenloop met andere handhavingsactiviteiten. In deze bijdrage zijn wij op enkele van deze vragen nader ingegaan. In dat verband is onder meer gewezen op de wettelijke regeling inzake samenloop, zoals opgenomen in de Vierde Tranche Awb, die mogelijk ter inspiratie kan dienen bij invoering van de privaatrechtelijke boete in het Nederlandse recht.

Uit het in deze bijdrage op hoofdlijnen geschetste beeld van de geldende EVRM-waarborgen trekken wij als belangrijkste conclusie dat de discussie over mogelijke invoering van de privaatrechtelijke boete geen louter instrumentele discussie over effectiviteit kan zijn. Een verschuiving van publiekrecht naar het privaatrecht of een stimulering van private handhavingsacties juist ter aanvulling van een tekort in de publieke handhavingssfeer, met gebruikmaking van een punitieve boetevariant, kan alleen plaatsvinden als terdege rekening wordt gehouden met fundamentele rechtswaarborgen, zoals voortvloeiend uit het EVRM.

Kortom: geen Europese toestanden, maar wel Europese waarborgen.