Universiteit
Leiden
The Netherlands

Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Zippro, E.J.

Citation
Zippro, E. J. (2008). *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*. Deventer: Kluwer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/15355

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/15355

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

Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 27 november 2008
klokke 16.15 uur

door

Erik-Jan Zippro

geboren te Purmerend in 1975

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. H.J. Snijders
Referent:	prof. mr. J.P.L. van Marissing (Nyenrode Business Universiteit Breukelen)
Overige leden:	prof. mr. A.S. Hartkamp (Radboud Universiteit Nijmegen)
	prof. mr. Jac. Hijma
	prof. mr. M.V. Polak
	prof. mr. J.A. Winter (Vrije Universiteit Amsterdam)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2009 E.-J. Zippro

ISBN 978-90-13-05895-6
NUR 827-708

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Aan hen, die mij het leven schonken
en aan hen, met wie ik het delen zal.

Woord vooraf

Schending van mededingingsrecht leidt vaak tot schade bij ondernemers en consumenten. De boetes en dwangsommen die de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) kunnen opleggen aan overtreders van de mededingingsregels, verdwijnen direct naar 'Brussel' of de Staat en komen niet terecht in de portemonnee van gedupeerde ondernemers en consumenten. Voor verkrijging van schadevergoeding zijn benadeelden aangewezen op het privaatrecht.

De mogelijkheden en obstakels voor ondernemers, consumenten en andere gedupeerden om de geleden schade als gevolg van een schending van het mededingingsrecht vergoed te krijgen, hebben de afgelopen jaren veelvuldig in de belangstelling gestaan. Te denken valt aan het door de Europese Commissie gepubliceerde Groenboek en Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels. In de praktijk valt bijvoorbeeld te denken aan de vergoeding van de schade die geleden is door de gedupeerden van de bouwfraude, het Nederlandse bierkartel, het wereldwijde vitaminekartel en de mededingingsbeperkende gedragingen van machtspositiehouder Microsoft.

Dit boek gaat over de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De handhaving van het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie staat centraal. Tevens wordt enige aandacht besteed aan de handhaving van het concentratietoezicht (toezicht op fusies, overnames en *joint ventures*). De privaatrechtelijke handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun valt buiten het object van onderzoek. Onderzocht wordt in hoeverre en op welke wijze het Europees en Nederlands mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken binnen de Nederlandse rechtsorde kan worden gehandhaafd, mede gelet op de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht.

In het kader van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht wordt in dit boek onder meer aandacht besteed aan de verhouding tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, de evolutie van de rol van de nationale rechter, de rol van de arbiter, ambtshalve toepassing van mededingingsrecht, de verkrijging van schadevergoeding, het rechterlijk verbod en bevel, het *passing-on* verweer en indirecte acties, *punitive damages*, het instellen van collectieve acties, bewijsproblemen en aspecten van internationaal privaatrecht.

Met veel plezier en in alle vrijheid heb ik aan dit boek kunnen werken. Dat was vooral mogelijk door het vertrouwen en de steun die ik van mijn promotor prof. mr. H.J. Snijders (Leiden) heb mogen ontvangen. Beste Henk, veel dank voor de plezierige samenwerking de afgelopen jaren. Op deze plaats wil ik ook de leden van de promotiecommissie bedanken voor de aandacht die zij aan dit proefschrift hebben willen besteden en de suggesties die zij hebben gedaan. Het betreft prof. mr. A.S. Hartkamp (Nijmegen), prof. mr. Jac. Hijma (Leiden), prof. mr. J.P.L. van Marissing (Nyenrode), prof. mr. M.V. Polak (Leiden) en prof. mr. J.A. Winter (VU Amsterdam). Prof. mr. J.A. Winter heeft met zijn inspirerende colleges over het Europees mededingingsrecht een doorslaggevende rol gespeeld bij de ontwikkeling van mijn belangstelling voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, waarvoor ik hem dankbaar ben. Prof. J. Cartwright (Oxford) wil ik bedanken voor zijn waardevolle opmerkingen van taalkundige aard bij de Engelstalige samenvatting.

De (oud) collega's en vrienden van de afdeling Burgerlijk recht wil ik bedanken voor de mooie tijd die ik in Leiden heb mogen meemaken, zowel op Rapenburg 38 als op de tweede verdieping van het Kamerlingh Onnes Gebouw (KOG). Familie en vrienden van Barbara en mij wil ik bedanken voor de steun en de nodige ontspanning. Ik sluit af met een woord van dank aan mijn lieve ouders, mijn lieve en zorgzame vrouw Barbara en mijn prachtige wolk van een dochter Belle-Sophie. Ik bof maar met jullie! Aan hen draag ik dit boek ook op.

Het is tijd voor een nieuw hoofdstuk. Wees gerust…, dat bedoel ik slechts in figuurlijke zin. Ik ben nu echt klaar met dit boek. Het manuscript is afgesloten tijdens de viering van Leidens Ontzet 2008.[1] Ik voel mij zelf ook ontzet.[2]

Leiden, 3 oktober 2008

1 Met latere ontwikkelingen is slechts incidenteel rekening gehouden.

2 Het woord 'ontzet' heeft volgens Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal drie betekenissen. De eerste betekenis duidt op een bevrijding, met name van legers, vestingen of schepen die door de vijand in het nauw worden gebracht. De tweede betekenis duidt op het ontwricht geraakt zijn. De derde betekenis duidt op het door schrik verbijsterd zijn. Synoniemen van deze laatste betekenis zijn onthutst en ontsteld. Ik laat de door mij beoogde betekenis verder in het midden.

Verkorte inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XXXI

1 INLEIDING 1
- 1.1 Probleemstelling 1
- 1.2 Doelstellingen van de handhaving van mededingingsrecht 11
- 1.3 Verschuivingen in de rechtshandhaving op verschillende niveaus 12
- 1.4 Convergentie van Europees en Nederlands mededingingsrecht 15
- 1.5 Belang van het mededingingsrecht voor de beoefenaar van het privaatrecht 19
- 1.6 Afbakening 21
- 1.7 Terminologie en begripsbepaling 23
- 1.8 Methode van onderzoek 28

2 DOELSTELLINGEN EN INHOUD VAN HET MEDEDINGINGSRECHT 31
- 2.1 Inleiding 31
- 2.2 Doelstellingen 32
- 2.3 Inhoud van het mededingingsrecht 45
- 2.4 Samenvattende conclusies 115

3 PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT 119
- 3.1 Inleiding 119
- 3.2 Doelstelling publiekrechtelijke *handhaving* van mededingingsrecht 120
- 3.3 Doelstelling publiekrechtelijke *toepassing* van mededingingsrecht 120
- 3.4 De Europese Commissie en de NMa 121
- 3.5 Het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) en het Hof van Justitie (HvJ EG) 131
- 3.6 De Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) 132
- 3.7 De indiening van een klacht bij de NMa 133
- 3.8 De indiening van een klacht bij de Europese Commissie 140
- 3.9 Oprichting van een rechtspersoon ter behartiging van de consumentenbelangen 142
- 3.10 Strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht 147
- 3.11 Samenvattende conclusies 158

4 PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT; CONTOUREN VAN DE DIVERSE MOGELIJKHEDEN EN ONTWIKKELINGEN 161
4.1 Inleiding 161
4.2 Reactieve handhaving versus proactieve handhaving 161
4.3 Handhaving in de praktijk 163
4.4 Waarom is de privaatrechtelijke handhaving nog onvoldoende effectief? 166
4.5 De ontwikkelingen na aanneming van Verordening 1/2003 167

5 DE EVOLUTIE VAN DE ROL VAN DE NATIONALE RECHTER BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT 189
5.1 Inleiding 189
5.2 Geschiedenis 190
5.3 De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie: de situatie onder de oude Verordening 17/62 194
5.4 De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie: de situatie onder de nieuwe Verordening 1/2003 207
5.5 Ambtshalve toepassing van mededingingsrecht 251
5.6 De rol van de burgerlijke rechter bij het concentratietoezicht 276
5.7 Samenvattende conclusies 282

6 DE ROL VAN DE ARBITER BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT 285
6.1 Inleiding 285
6.2 Rust op arbiters de plicht om Europees recht toe te passen? 287
6.3 Betekenis voor de arbitrage van de lijdelijkheidsleer van *Van Schijndel* 293
6.4 Het stellen van prejudiciële vragen 299
6.5 Arbitrage en de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht onder het regime van Verordening 1/2003 303
6.6 Samenvattende conclusies 308

7 SCHADEVERGOEDING OP GROND VAN SCHENDING VAN MEDEDINGINGSRECHT 311
7.1 Inleiding 311
7.2 Doelstellingen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht 313
7.3 Doelstellingen van schadevergoeding volgens de Commissie, het HvJ EG en de nationale wetgever 321
7.4 Het arrest *Courage/Crehan*, een zelfstandig recht op schadevergoeding? 325
7.5 Harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid 332
7.6 Vestiging van de aansprakelijkheid 337
7.7 Omvang van de aansprakelijkheid 366

	7.8	Aansprakelijkheid van meerdere laedentes	389
	7.9	Het *passing-on* verweer en indirecte acties	391
	7.10	*Punitive damages*	532
	7.11	Wettelijke rente	459
	7.12	Clementieregelingen en de doorwerking in het aansprakelijkheidsrecht	461
	7.13	Ongegronde vermogensverschuiving	464
	7.14	Verjaring	470
	7.15	Samenvattende conclusies	477
8	COLLECTIEVE ACTIES		485
	8.1	Inleiding	485
	8.2	Strooischade	485
	8.3	De collectieve actie (artikel 3:305a BW)	490
	8.4	De gebundelde actie	503
	8.5	Zaakwaarneming	506
	8.6	Financiering en organisatie	507
	8.7	Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade	514
	8.8	*Class actions*	518
	8.9	Het voorstel van de Commissie in het Witboek	527
	8.10	Samenvattende conclusies	535
9	BEWIJS		543
	9.1	Inleiding	543
	9.2	Van formeel bewijs naar vrij bewijs	544
	9.3	Bewijslastverdeling	546
	9.4	Bewijsproblemen in de voorfase	551
	9.5	Bewijsproblemen in de procedurele fase	584
	9.6	De actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid	656
	9.7	Samenvattende conclusies	663
10	ENKELE ASPECTEN VAN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT		671
	10.1	Algemeen	671
	10.2	Jurisdictieproblemen en het gevaar van *forum shopping*	672
	10.3	Rechterlijke bevoegdheid	674
	10.4	Toepasselijk recht	703
	10.5	Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen	725
	10.6	Samenvattende conclusies	7238
11	CONCLUDERENDE SLOTBESCHOUWING		743
	11.1	Inleiding	743
	11.2	In hoeverre is privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nodig?	744
	11.3	Privaatrechtelijke rechtsfiguren om het mededingingsrecht te handhaven	754

11.4	De rol van de rechter onder het regime van Verordening 1/2003	761
11.5	De gevolgen van de modernisering van het mededingingsrecht voor de privaatrechtelijke handhaving	761
11.6	De visie van de Europese Commissie; handhaving door particulier initiatief	762
11.7	De rechtvaardiging voor speciale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht	764
11.8	De rechtsgrondslag van een verordening of richtlijn met specifieke regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht	767
11.9.	Het subsidiariteitsbeginsel	770
11.10	Botsende belangen tussen privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving	770
11.11	De privaatrechtelijke handhaving van *hardcore* restricties	772
11.12	De privaatrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties	773
11.13	Kosten	775
11.14	Mogelijke opbrengsten, de invoering van *punitive damages*?	778
11.15	Collectieve acties of *class actions* ter verkrijging van schadevergoeding of ter ontneming van voordeel	780
11.16	Afsluitende conclusie	782

SAMENVATTING	787
SUMMARY	793
LITERATUURLIJST	799
JURISPRUDENTIEREGISTER	841
LIJST VAN AANGEHAALDE DOCUMENTEN VAN DE COMMUNAUTAIRE INSTELLINGEN EN VERDRAGEN	863
LIJST VAN AANGEHAALDE NATIONALE DOCUMENTEN	867
WETSARTIKELENREGISTER	869
TREFWOORDENREGISTER	877
CURRICULUM VITAE	887

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XXXI

1 INLEIDING 1

1.1 Probleemstelling 1
1.1.1 Inleiding 1
1.1.2 Definitie 2
1.1.3 Schild of zwaard; defensieve en offensieve privaatrechtelijke handhaving 3
1.1.3.1 Inleiding 3
1.1.3.2 Het schild van nietigheid 3
1.1.3.3 De zwaarden van schadevergoeding, het rechterlijk verbod en gebod en ongedaanmaking 4
1.1.4 Rechtvaardiging van het onderzoek 5
1.1.5 Vraagstelling 8
1.1.5.1 Algemeen 8
1.1.5.2 Opzet en plan van behandeling van de deelvragen 9
1.2 Doelstellingen van de handhaving van mededingingsrecht 11
1.3 Verschuivingen in de rechtshandhaving op verschillende niveaus 12
1.4 Convergentie van Europees en Nederlands mededingingsrecht 15
1.4.1 Algemeen 15
1.4.2 Toepassingsbereik van het Europees mededingingsrecht en het Nederlands mededingingsrecht 16
1.4.2.1 Extraterritoriale toepassing 16
1.4.2.2 Afbakening tussen het Europees mededingingsrecht en het Nederlands mededingingsrecht 17
1.5 Belang van het mededingingsrecht voor de beoefenaar van het privaatrecht 19
1.6 Afbakening 21
1.7 Terminologie en begripsbepaling 23
1.7.1 Privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijk mededingingsrecht 23
1.7.2 Privaatrechtelijke handhaving of private handhaving van mededingingsrecht? 24
1.7.3 Toepassing en handhaving van mededingingsrecht 25
1.7.4 Europees mededingingsrecht 26
1.7.5 Nederlands mededingingsrecht 26
1.7.6 Modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht 27

1.7.7 Doelstellingen, doeleinden, doelen en functies 28
1.8 Methode van onderzoek 28

2 DOELSTELLINGEN EN INHOUD VAN HET MEDEDINGINGSRECHT 31
2.1 Inleiding 31
2.2 Doelstellingen 32
2.2.1 Algemeen 32
2.2.2 Verhoging van de welvaart 33
2.2.3 Interne markt 35
2.2.3.1 Integratiedoelstelling vs. economische doelstelling 35
2.2.3.2 Doelstelling van het Europees mededingingsrecht 35
2.2.3.3 Doelstelling van het Nederlands mededingingsrecht 36
2.2.4 Bescherming van de welvaart van consumenten 38
2.2.5 Spreiding van economische macht en herverdeling van middelen 41
2.2.6 Bescherming van concurrenten; *small is beautiful* 42
2.2.7 Industriepolitiek en sociaal-economisch beleid 44
2.3 Inhoud van het mededingingsrecht 45
2.3.1 Inleiding 45
2.3.2 Belang van de materiële norm 46
2.3.3 Artikel 81 EG 47
2.3.3.1 Inleiding 47
2.3.3.2 Het kartelverbod; artikel 81 EG, eerste lid 50
a. Onderneming 50
b. Overeenkomsten 52
c. Besluiten van ondernemersverenigingen 53
d. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen 53
e. Verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging 55
f. Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten 62
2.3.3.3 De nietigheidssanctie; artikel 81 EG, tweede lid 64
a. Nietigheid van rechtswege 64
b. Gedeeltelijke nietigheid 65
c. Terugwerkende kracht van de nietigheidssanctie 68
d. Conversie van de nietige rechtshandeling 70
e. Tijdelijke of voorbijgaande nietigheid 75
f. Voortbouwende overeenkomsten 78
2.3.3.4 Vrijstelling van het kartelverbod; artikel 81 EG, derde lid 81
2.3.4 Artikel 82 EG 84
2.3.4.1 Inleiding 84
2.3.4.2 De relevante markt 86
a. Algemeen 86
b. Relevante product- of dienstenmarkt 87
c. Relevante geografische markt 88
2.3.4.3 Economische machtspositie 89
2.3.4.4 Misbruik 95
a. Algemeen 95
b. Misbruik en machtspositie, een causaal verband? 99

c. Vormen van misbruik 99
d. Objectieve rechtvaardiging van het gedrag 101
2.3.4.5 Nietigheid 102
2.3.5 Artikel 6 Mw 106
2.3.6 Artikel 24 Mw 110
2.3.7 Stappenplan voor de nationale rechter en arbiter 112
2.3.7.1 Stappenplan bij de toepassing van artikel 81 EG en/of artikel 6 Mw 112
2.3.7.2 Stappenplan bij de toepassing van artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw 114
2.4 Samenvattende conclusies 115

3 PUBLIEKRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT 119
3.1 Inleiding 119
3.2 Doelstelling publiekrechtelijke *handhaving* van mededingingsrecht 120
3.3 Doelstelling publiekrechtelijke *toepassing* van mededingingsrecht 120
3.4 De Europese Commissie en de NMa 121
3.4.1 De Europese Commissie 121
3.4.1.1 Algemeen 121
3.4.1.2 Beschikkingen en sancties van de Commissie 121
3.4.1.3 Onderzoeksbevoegdheden 124
3.4.2 De NMa 126
3.4.2.1 Algemeen 126
3.4.2.2 Beschikkingen en sancties van de NMa 126
3.4.2.3 Onderzoeksbevoegdheden 129
3.5 Het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) en het Hof van Justitie (HvJ EG) 131
3.6 De Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) 132
3.7 De indiening van een klacht bij de NMa 133
3.7.1 Inleiding 133
3.7.2 Belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb 134
3.7.2.1 Algemeen 134
3.7.2.2 Rechtstreeks betrokken belang 136
3.7.2.3 Eigen belang dat objectief bepaalbaar is 136
3.7.2.4 Actueel belang 137
3.7.2.5 Persoonlijk geïndividualiseerd belang 137
3.7.3 Prioriteringsbeleid van de NMa 139
3.8 De indiening van een klacht bij de Europese Commissie 140
3.8.1 Algemeen 140
3.8.2 Rechtmatig belang in het Europees recht 141
3.9 Oprichting van een rechtspersoon ter behartiging van de consumentenbelangen 142
3.9.1 Rechtspersoon als belanghebbende bij de NMa 142
3.9.2 Vijf voorwaarden voor een organisatie om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt 143

3.9.3 Consumentenorganisaties als belanghebbende bij de NMa 144
3.9.4 Rechtspersoon als belanghebbende bij de Commissie 146
3.10 Strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht 147
3.10.1 Algemeen 147
3.10.2 Het verleden, de Wet economische mededinging (WEM) 147
3.10.3 Het heden, artikel 328bis Sr en het vervolgingsrecht van het OM 148
3.10.3.1 Artikel 328bis Sr 148
3.10.3.2 Het vervolgingsrecht van het OM 149
3.10.4 De toekomst, herintroductie van strafrechtelijke sancties 151
3.10.4.1 Algemeen 151
3.10.4.2 De kritiek 153
3.10.4.3 Een duaal stelsel 155
3.10.5 Deelconclusie 156
3.11 Samenvattende conclusies 158

4 PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT; CONTOUREN VAN DE DIVERSE MOGELIJKHEDEN EN ONTWIKKELINGEN 161
4.1 Inleiding 161
4.2 Reactieve handhaving versus proactieve handhaving 161
4.3 Handhaving in de praktijk 163
4.3.1 De stand van zaken in de EU 163
4.3.2 De stand van zaken in Nederland 164
4.3.3 De stand van zaken in de VS 165
4.3.3.1 Inleiding 165
4.3.3.2 Een ander systeem van handhaving 165
4.3.3.3 De aantrekkingskracht van privaatrechtelijke handhaving in de VS 166
4.4 Waarom is de privaatrechtelijke handhaving nog onvoldoende effectief? 166
4.5 De ontwikkelingen na aanneming van Verordening 1/2003 167
4.5.1 Inleiding 167
4.5.2 Handhaving van mededingingsrecht onder Verordening 1/2003 167
4.5.3 Het Ashurst rapport 168
4.5.4 Het Nederlandse rapport van Houthoff Buruma 170
4.5.5 Het Groenboek van de Europese Commissie 172
4.5.5.1 Inleiding 172
4.5.5.2 Toegang tot bewijsmiddelen 173
4.5.5.3 Bewijs van schuld 174
4.5.5.4 Schadevergoeding 175
4.5.5.5 Het *passing-on* verweer en de procesbevoegdheid van indirecte afnemers 176
4.5.5.6 Bescherming van consumentenbelangen 177
4.5.5.7 Proceskosten 177
4.5.5.8 Coördinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving 178
4.5.5.9 Rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht 178
4.5.5.10 Andere punten 179

4.5.6 Het Witboek van de Europese Commissie 179
4.5.6.1 Inleiding 179
4.5.6.2 Collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding 181
4.5.6.3 Toegang tot bewijsmateriaal 181
4.5.6.4 Bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten 181
4.5.6.5 Bewijs van schuld 182
4.5.6.6 Schadevergoeding 182
4.5.6.7 Het *passing-on* verweer en indirecte afnemers 183
4.5.6.8 Verjaringstermijnen 183
4.5.6.9 Kosten van schadevergoedingsacties 184
4.5.6.10 De verhouding tussen clementieregelingen en schadevergoedingsacties 184
4.5.6.11 Conclusie 185
4.5.7 Europees privaatrecht; codificatie van het Europees burgerlijk en burgerlijk procesrecht? 186
4.5.8 Tussenbeschouwing en plan van aanpak 188

5 DE EVOLUTIE VAN DE ROL VAN DE NATIONALE RECHTER BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT 189

5.1 Inleiding 189
5.2 Geschiedenis 190
5.2.1 Ontwikkelingen in het Europees mededingingsrecht 190
5.2.2 Analoge ontwikkelingen in het Nederlands mededingingsrecht 192
5.3 De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie: de situatie onder de oude Verordening 17/62 194
5.3.1 Inleiding 194
5.3.2 De soorten beschikkingen van de Commissie 195
5.3.3 Consequenties voor de nationale rechter 197
5.3.3.1 Algemeen 197
5.3.3.2 Negatieve verklaring 198
5.3.3.3 Individuele ontheffing 199
5.3.3.4 Verbodsbeschikking 199
5.3.3.5 Boetebeschikking 200
5.3.3.6 Troostbrief 200
5.3.4 De periode tussen de aanmelding van de overeenkomst en de beschikking 202
5.3.5 Destijds geldende hulpregels voor de omgang met het toetsingverbod 205
5.3.6 Deelconclusie 207
5.4 De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie: de situatie onder de nieuwe Verordening 1/2003 207
5.4.1 Inleiding 207
5.4.2 Van machtigingssysteem naar een systeem van wettelijke uitzonderingen met controle achteraf 208
5.4.3 De mogelijkheid om groepsvrijstellingen in te trekken 210

5.4.4	De bevoegdheid om toezeggingen met een verbindend karakter te handhaven	211
5.4.5	Achtergronden van de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht	212
5.4.6	Kanttekeningen	215
5.4.7	Een fundamenteel constitutioneel probleem	218
5.4.8	*Masterfoods* en artikel 16 Verordening 1/2003: de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter	220
5.4.9	De SamenwerkingsMededeling	225
5.4.9.1	Inleiding	225
5.4.9.2	Inhoud van de SamenwerkingsMededeling	225
5.4.9.3	De SamenwerkingsMededeling, een stappenplan voor de nationale rechter	226
5.4.9.4	Verordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren	240
5.4.10	De oplossing van conflictsituaties bij gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van communautaire mededingingsregels door de Commissie en de nationale rechter	242
5.4.10.1	De civielrechtelijke zaak is nog aanhangig en de Commissie heeft reeds een beschikking genomen of is voornemens een beschikking te nemen	242
5.4.10.2	Appellabele of cassabele beslissing van de nationale rechter en de Commissie heeft een beschikking genomen of is voornemens een beschikking te nemen	243
5.4.10.3	In kracht van gewijsde gegane beslissing van de nationale rechter waarbij geen schending wordt aangenomen en de Commissie is voornemens een beschikking te nemen waarbij wel een schending wordt vastgesteld	244
5.4.10.4	In kracht van gewijsde gegane beslissing van de nationale rechter waarbij een schending wordt aangenomen en de Commissie is voornemens een beschikking te nemen waarbij geen schending wordt vastgesteld	248
5.4.10.5	Beschikking waarbij de Commissie op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 een toezegging een verbindend karakter verleent	249
5.5	Ambtshalve toepassing van mededingingsrecht	251
5.5.1	Inleiding	251
5.5.2	De regels van nationaal recht	252
5.5.3	Communautaire minimumeisen aan de toepassing van het nationale recht	254
5.5.4	De zaak *Van Schijndel*	258
5.5.4.1	Inleiding	258
5.5.4.2	Oordeel van het HvJ EG naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad	260
5.5.5	Begrenzingen toelaatbaar?	261
5.5.6	*Van Schijndel* en de verhouding met de latere rechtspraak van het HvJ EG	263
5.5.6.1	Inleiding	263

5.5.6.2 De verhouding met de arresten betreffende de richtlijnen die strekken tot consumentenbescherming 264
5.5.6.3 Europeesrechtelijke bepalingen inzake ambtshalve aanvulling van gronden die het nationaal burgerlijk procesrecht beperken 269
5.5.6.4 Andere nationale regels van procesrecht die de nationale regels betreffende ambtshalve aanvulling van gronden beperken 269
5.5.6.5 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in cassatie 270
5.5.6.6 Een botsing tussen *Manfredi* en *Van Schijndel*? 270
5.5.6.7 Conclusie 271
5.5.7 Overige problemen bij de aanname van een verplichting tot ambtshalve toepassing buiten de rechtsstrijd van partijen om 272
5.5.8 Naar een actievere opstelling van de burgerlijke rechter? 274
5.6 De rol van de burgerlijke rechter bij het concentratietoezicht 276
5.6.1 Inleiding 276
5.6.2 Concentratietoezicht en de directe werking van de artikelen 81 EG en 82 EG 277
5.6.3 Civielrechtelijke consequenties van het verbod op een fusie, overname of *joint venture* 278
5.6.3.1 Schending van het verbod op het tot stand brengen van een concentratie 278
5.6.3.2 Schending van aan de beschikking verbonden voorwaarden en verplichtingen 280
5.6.4 Nevenrestricties 282
5.7 Samenvattende conclusies 282

6 DE ROL VAN DE ARBITER BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT 285
6.1 Inleiding 285
6.2 Rust op arbiters de plicht om Europees recht toe te passen? 287
6.2.1 Inleiding 287
6.2.2 De zaak *Eco Swiss/Benetton* 287
6.2.3 Weigering van een exequatur wegens schending van een fundamentele bepaling als artikel 81 EG en de artikelen 1063 lid 1 en 1076 lid 1 sub b Rv 290
6.2.4 Hebben arbiters de plicht om het Europees mededingingsrecht ambtshalve toe te passen? 291
6.2.5 Europees mededingingsrecht wordt niet toegepast wegens een fatale termijnoverschrijding volgens nationaal procesrecht 292
6.3 Betekenis voor de arbitrage van de lijdelijkheidsleer van *Van Schijndel* 293
6.3.1 Inleiding 293
6.3.2 Geldt de 'Schijndeliaanse leer' ook voor de arbitrage? 293
6.3.3 Ambtshalve toepassing van Europees mededingingsrecht buiten de rechtsstrijd van partijen om? 294
6.3.4 Nederlands mededingingsrecht van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv? 296

6.3.5	Bindend advies	297
6.3.6	Conclusie	298
6.4	Het stellen van prejudiciële vragen	299
6.4.1	Inleiding	299
6.4.2	Rechterlijke instantie als bedoeld in artikel 234 EG	300
6.5	Arbitrage en de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht onder het regime van Verordening 1/2003	303
6.5.1	Inleiding	303
6.5.2	De situatie onder de oude Verordening 17/62	304
6.5.3	De situatie onder de nieuwe Verordening 1/2003	304
6.5.4	De relatie tussen arbiters en de Europese Commissie	307
6.6	Samenvattende conclusies	308
7	SCHADEVERGOEDING OP GROND VAN SCHENDING VAN MEDEDINGINGSRECHT	311
7.1	Inleiding	311
7.2	Doelstellingen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht	313
7.2.1	Hoofddoel van het schadevergoedingsrecht	313
7.2.2	Doelstellingen en/of functies van schadevergoeding	314
7.2.2.1	Compensatie	314
7.2.2.2	Rechtshandhavingsfunctie	315
7.2.2.3	Preventiefunctie	317
7.2.2.4	Straffunctie	318
7.2.2.5	Genoegdoeningsfunctie	319
7.2.2.6	Ongedaanmaking van verrijking	320
7.3	Doelstellingen van schadevergoeding volgens de Commissie, het HvJ EG en de nationale wetgever	321
7.3.1	Doelstellingen volgens de Commissie en het HvJ EG	321
7.3.2	Doelstellingen volgens de nationale wetgever	324
7.4	Het arrest *Courage/Crehan*, een zelfstandig recht op schadevergoeding?	325
7.4.1	Inleiding	325
7.4.2	De uitspraak	325
7.4.3	Argumentatie	327
7.4.4	Gevolgen	331
7.5	Harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid	332
7.6	Vestiging van de aansprakelijkheid	337
7.6.1	Inleiding	337
7.6.2	Onrechtmatige daad	338
7.6.3	Onrechtmatige gedraging	339
7.6.4	Toerekenbaarheid	342
7.6.4.1	Algemeen	342
7.6.4.2	Het Groenboek	345
7.6.4.3	Het Witboek	346
7.6.5	Schade	346

7.6.6	Causaliteit, *condicio sine qua non*-verband tussen de schade en de inbreuk op het mededingingsrecht	347
7.6.6.1	Algemeen	347
7.6.6.2	Schade of causaliteit? Een verschil in perspectief	349
7.6.6.3	Objectiefrechtelijke leer, uitgangspunt	351
7.6.6.4	Objectiefrechtelijke leer, uitzonderingen	351
7.6.6.5	De omkeringsregel	352
7.6.6.6	Meervoudige causaliteit	354
	a. Samenwerkende oorzaken	354
	b. Afzonderlijke oorzaken	355
	c. Hypothetische causaliteit	355
	d. Alternatieve causaliteit	356
	e. Onzekere causaliteit; proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband	359
7.6.7	Relativiteit	361
7.7	Omvang van de aansprakelijkheid	366
7.7.1	Inleiding	366
7.7.2	Het nader causaal verband: toerekening van schade naar redelijkheid	366
7.7.3	Aard en omvang van de schadevergoeding	370
7.7.3.1	Vermogensschade: geleden verlies en gederfde winst	370
7.7.3.2	Kartelschade	372
7.7.3.3	Schade als gevolg van het misbruik maken van een machtspositie	373
7.7.3.4	Begroting van de schade	374
7.7.3.5	Witboek	377
7.7.3.6	Winstafdracht	379
7.7.3.7	Voordeelstoerekening	385
7.7.3.8	Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht	386
7.7.3.9	Rechterlijk matigingsrecht	389
7.8	Aansprakelijkheid van meerdere laedentes	389
7.8.1	Hoofdelijke aansprakelijkheid	389
7.8.2	Hoofdelijke aansprakelijkheid, interne draagplicht en regres	390
7.8.3	Beperkte hoofdelijke aansprakelijkheid (eigen schuld), interne draagplicht en regres	391
7.9	Het *passing-on* verweer en indirecte acties	391
7.9.1	Het *passing-on* verweer; het doorberekeningsargument als schild	391
7.9.1.1	Inleiding	391
7.9.1.2	Het *passing-on* verweer in de Verenigde Staten	394
7.9.1.3	Het *passing-on* verweer in Duitsland	395
7.9.1.4	Het *passing-on* verweer in Nederland	397
	a. Abstract of concreet?	397
	b. Voordeelstoerekening	398
	c. Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht	399
	d. Effectiviteit en rechtvaardigheid	400
	e. EU-conforme uitleg van artikel 6:97 BW	401
7.9.1.5	De betekenis van het *passing-on* verweer bij de vordering uit onverschuldigde betaling	402

7.9.2 Indirecte acties; het doorberekeningsargument of *passing-on* argument als zwaard 404
7.9.2.1 Algemeen 404
7.9.2.2 Relativiteit 406
7.9.2.3 Indirecte acties in de Verenigde Staten 407
7.9.2.4 Nadere analyse van de argumenten van het *U.S. Supreme Court* 409
a. Inleiding 409
b. Directe afnemers betere handhavers dan indirecte afnemers? 409
c. Meervoudige aansprakelijkheid en dubbele betaling van schadevergoeding 410
d. Lokaliseren van de plaats waar de schade ligt en bewijsproblemen 411
7.9.3 Het *passing-on* verweer, indirecte acties en het Gemeenschapsrecht 412
7.9.3.1 Het *passing-on* verweer en het Gemeenschapsrecht 412
7.9.3.2 Indirecte acties en het Gemeenschapsrecht 418
7.9.4 Het Groenboek; de door de Commissie voorgestelde opties betreffende het *passing-on* verweer en de procesbevoegdheid van indirecte afnemers 419
7.9.4.1 Algemeen 419
a. Het *passing-on* verweer is ontvankelijk en zowel directe als indirecte afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden 420
b. Het *passing-on* verweer is niet-ontvankelijk en alleen directe afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden 421
c. Het *passing-on* verweer is niet-ontvankelijk en zowel directe als indirecte afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden 422
d. Een procedure in twee fasen waarbij het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk is 423
7.9.4.2 Standpunt van de Nederlandse regering 424
7.9.5 Het Witboek 425
7.9.5.1 Het recht van de laedens om zich te beroepen op het *passing-on* verweer 425
7.9.5.2 Het weerlegbaar vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan indirecte afnemers 425
7.9.6 Conclusie 427
7.10 *Punitive damages* 432
7.10.1 Inleiding 432
7.10.2 Korte geschiedenis 434
7.10.3 *Punitive damages* bij de privaatrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht 435
7.10.3.1 *Punitive damages* en het HvJ EG 435
7.10.3.2 Het Groenboek, *punitive damages* bij horizontale kartels? 436
7.10.3.3 Het Witboek, *punitive damages* een zaak voor de afzonderlijke lidstaten? 438
7.10.4 *Treble damages* bij de privaatrechtelijke handhaving van Amerikaans mededingingsrecht 439
7.10.4.1 Algemeen 439
7.10.4.2 *Treble damages* en de oorsprong van de Sherman Act 1890 440

7.10.5 De privaatrechtelijke boete in Nederland 443
7.10.6 Enkele voor- en nadelen van invoering van de privaatrechtelijke boete 443
7.10.7 *Punitive damages* en de rechtswaarborgen die voortvloeien uit het EVRM 445
7.10.7.1 *Punitive damages* als *civil obligation* en *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM? 445
7.10.7.2 Fundamentele waarborgen ten aanzien van *punitive damages* 450
a. Algemeen 450
b. De *praesumptio innocentiae*, het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel 451
c. *Full jurisdiction* en evenredigheid 452
7.10.7.3 Samenloop privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving 453
a. Inleiding 453
b. Strijd met het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel 454
c. Onschuldpresumtie 458
7.10.7.4 Conclusie 454
7.11 Wettelijke rente 459
7.12 Clementieregelingen en de doorwerking in het aansprakelijkheidsrecht 461
7.13 Ongegronde vermogensverschuiving 464
7.13.1 Inleiding 464
7.13.2 Ongerechtvaardigde verrijking 465
7.13.2.1 De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking 465
7.13.2.2 Samenloop 468
7.13.3 Onverschuldigde betaling 469
7.14 Verjaring 470
7.14.1 Algemeen 470
7.14.2 Verjaring van de vordering tot verkrijging van schadevergoeding 471
7.14.2.1 Algemeen 471
7.14.2.2 Korte, subjectieve verjaringstermijn 472
7.14.2.3 Lange, objectieve verjaringstermijn 474
7.14.3 Verjaring van de vordering uit onverschuldigde betaling 475
7.14.4 Het Witboek 475
7.15 Samenvattende conclusies 477

8 COLLECTIEVE ACTIES 485
8.1 Inleiding 485
8.2 Strooischade 485
8.2.1 Inleiding 485
8.2.2 Twee typen strooischade 586
8.2.3 Collectieve voordeelsontneming of collectieve schadevergoeding 487
8.2.4 De vergoeding van strooischade in mededingingszaken overbodig? 487

8.2.5	Handhaving van het objectieve recht in plaats van individuele compensatie	488
8.3	De collectieve actie (artikel 3:305a BW)	490
8.3.1	Rechterlijk verbod en gebod	490
8.3.2	Verklaring voor recht	492
8.3.2.1	Algemeen	492
8.3.2.2	Gezag van gewijsde	494
8.3.3	Onverschuldigde betaling	495
8.3.4	Schadevergoeding	496
8.3.4.1	Algemeen	496
8.3.4.2	Een mogelijke oplossing; de collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding	498
8.3.4.3	Een mogelijke oplossing; de algemeen belang-actie	501
8.3.4.4	Deelconclusie	502
8.4	De gebundelde actie	503
8.4.1	Inleiding	503
8.4.2	De procesvolmacht en de lastgeving ter incasso	504
8.4.3	Cessie	505
8.5	Zaakwaarneming	506
8.6	Financiering en organisatie	507
8.6.1	Algemeen	507
8.6.2	Meeliften op de uitkomst van de door een ander gefinancierde procedure (*free riding*)	507
8.6.3	Opheffing van het geldende verbod op de hantering van *contingency fees* (*no cure no pay* en *quota pars litis*) en *conditional fees* (*no win no fee*)	508
8.6.3.1	Algemeen	508
8.6.3.2	Het verbod op *no cure no pay* in strijd met het mededingingsrecht?	508
8.6.3.3	*No cure no pay* en *quota pars litis* toegestaan bij letsel- en overlijdensschade?	509
8.6.3.4	De Commissie Advocatuur en de kabinetsreactie	510
8.6.3.5	Bestaande mogelijkheden	511
8.6.4	Verbetering van de positie van de initiatiefnemer	512
8.7	Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade	514
8.8	*Class actions*	518
8.8.1	Algemeen	518
8.8.2	Vereisten waaraan dient te zijn voldaan voor het instellen van een *class action*	519
8.8.3	*Class actions* en schikkingen	520
8.8.3.1	Algemeen	520
8.8.3.2	*Sell-out* schikkingen	520
8.8.3.3	'Gedwongen' schikkingen	521
8.8.4	Financiering van *class actions*	523
8.9	Het voorstel van de Commissie in het Witboek	527
8.9.1	Algemeen	527
8.9.2	Representatieve collectieve acties door daartoe bevoegde entiteiten	527

	8.9.3	Collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* regeling	529
	8.9.4	De verhouding tussen de verschillende collectieve schadeacties	530
	8.9.5	Deelconclusie	532
	8.10	Samenvattende conclusies	535
9	BEWIJS		543
	9.1	Inleiding	543
	9.2	Van formeel bewijs naar vrij bewijs	544
	9.2.1	Inleiding	544
	9.2.2	Een korte reis door de tijd	544
	9.3	Bewijslastverdeling	546
	9.3.1	De bewijslastverdeling in Verordening 1/2003	546
	9.3.2	De te bewijzen criteria ter vaststelling van een mededingingsovertreding	547
	9.3.3	De verplichting tot uitvoering van een marktanalyse	550
	9.4	Bewijsproblemen in de voorfase	551
	9.4.1	Inleiding	551
	9.4.2	De exhibitieplicht	552
	9.4.2.1	Algemeen	552
	9.4.2.2	Rechtmatig belang	555
	9.4.2.3	Bepaalde bescheiden	557
	9.4.2.4	Partij aangaande een rechtsbetrekking	558
	9.4.2.5	Het soort bescheiden dat kan worden opgevraagd	559
	9.4.2.6	Te zijner beschikking of onder zijn berusting	560
	9.4.2.7	Opvragen van bescheiden bij derden	561
	9.4.2.8	Gewichtige redenen	561
	9.4.2.9	Eindrapport fundamentele herbezinning	563
	9.4.3	Bewijsbeslag	565
	9.4.4	Voorlopig getuigenverhoor	568
	9.4.4.1	Algemeen	568
	9.4.4.2	Recente ontwikkelingen	571
	9.4.5	Voorlopig deskundigenbericht	573
	9.4.6	Voorlopige descente	575
	9.4.7	Arbitrage en voorlopige bewijsverrichtingen voor de overheidsrechter	575
	9.4.8	Deelconclusie	576
	9.4.9	Voorgestelde oplossingen	577
	9.4.9.1	Het Groenboek	577
	9.4.9.2	Andere ontwikkelingen op Europees niveau	579
	9.4.9.3	Naar een verruiming van *discovery*-mogelijkheden?	581
	9.4.9.4	Het Witboek; toegang tot bewijsmateriaal door middel van openbaarmaking tussen procespartijen	582
	9.5	Bewijsproblemen in de procedurele fase	584
	9.5.1	Inleiding	584
	9.5.2	Het bewijs door getuigen	585
	9.5.2.1	Algemeen	585

9.5.2.2 De weigerachtige getuige 586
9.5.2.3 De anonieme getuige 587
9.5.2.4 Rogatoire commissie 588
9.5.3 Deskundigenbewijs verkort in historisch perspectief verklaard 589
9.5.3.1 Inleiding 589
9.5.3.2 Kort historisch perspectief 589
9.5.3.3 Van waarnemingsbewijs naar bewijs door niet-juridisch deskundigen? 590
9.5.4 Forensische economie; de inzet van economische deskundigheid 591
9.5.4.1 Inleiding 591
9.5.4.2 Economische analyses en handhaving van mededingingsrecht 593
a. Verenigde Staten 593
b. Europese Unie 593
9.5.4.3 Efficiëntie versus rechtszekerheid 595
9.5.4.4 Economische deskundigheid in de rechtszaal 596
9.5.5 Amerikaans mededingingsrecht en de eisen aan de economisch deskundige 599
9.5.5.1 Inleiding 599
9.5.5.2 Uitsluitingsregels 600
a. De '*common knowledge rule*' 600
b. De '*field of expertise rule*' 601
c. De '*ultimate issue rule*' 601
d. De '*basis rule*' 601
9.5.5.3 Uitsluiting van deskundigenbewijs wegens onbetrouwbaarheid 602
9.5.5.4 Methodologische tekortkomingen en aanbevelingen 605
9.5.5.5 De ontwikkelingen na *Daubert* 608
9.5.5.6 Deelconclusie 609
9.5.6 Hoe te beoordelen of de (economisch) deskundige deskundig is? 611
9.5.6.1 Algemeen 611
9.5.6.2 Kennis, ervaring, vaardigheden en attitude van de deskundige 611
9.5.6.3 Registervorming 613
9.5.6.4 *Disclosure statement* 614
9.5.7 De doorwerking van een besluit van een mededingingsautoriteit 616
9.5.7.1 Inleiding 616
9.5.7.2 Doorwerking van een besluit van de Commissie 617
a. Bindende rechtskracht van een beschikking van de Commissie 617
b. Bindende rechtskracht alleen op het dictum of ook op de feitenvaststelling 618
9.5.7.3 Doorwerking van een besluit van de NMa en buitenlandse mededingingsautoriteiten 620
9.5.7.4 Formele rechtskracht van het besluit van de NMa 621
a. Bevoegdheid en ontvankelijkheid 621
b. Formele rechtskracht 623
c. Formele rechtskracht alleen op het dictum of ook op de feitenvaststelling 627
9.5.7.5 Vrije bewijswaardering 627

9.5.7.6 Behoren inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten bindend te zijn? 628
9.5.7.7 Het Witboek; bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten 631
a. Het voorstel van de Commissie 631
b. Kanttekeningen 632
9.5.8 De vertrouwelijkheid van informatie en dossierstukken en de rechter 637
9.5.8.1 Inleiding 637
9.5.8.2 Uitwisseling van vertrouwelijke informatie 637
9.5.8.3 Deelconclusie 642
9.5.9 De toegang van benadeelde derden tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten 643
9.5.9.1 Inleiding 643
9.5.9.2 *Verein für Konsumenteninformation/Commissie* 643
9.5.9.3 Eurowob en bewijsvergaring 646
9.5.9.4 Wob en bewijsvergaring 647
9.5.9.5 Clementieregelingen en bescherming tegen openbaarmaking 648
9.5.9.6 Deelconclusie 649
9.5.10 De geheimhoudingsplicht 650
9.5.10.1 Toegang tot informatie voor partijen die betrokken zijn bij de procedure van de Commissie 650
9.5.10.2 Het gebruik maken van inlichtingen en gegevens ten behoeve van een civielrechtelijke procedure op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG 652
9.5.10.3 De geheimhoudingsplicht; het overdragen van zakengeheimen en vertrouwelijke informatie 653
9.5.10.4 Toegang tot zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens en beroep bij het GvEA EG 655
9.6 De actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid 656
9.6.1 Inleiding 656
9.6.2 Partij-autonomie 656
9.6.3 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten 658
9.6.4 De inlichtingencomparitie 658
9.6.5 Bevel tot openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers ex artikel 162 Rv 660
9.6.6 Getuigenbewijs 661
9.6.6.1 Algemeen 661
9.6.6.2 De getuigplicht 661
9.6.7 Deelconclusie 663
9.7 Samenvattende conclusies 663

10 ENKELE ASPECTEN VAN INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT 671
10.1 Algemeen 671
10.2 Jurisdictieproblemen en het gevaar van *forum shopping* 672
10.3 Rechterlijke bevoegdheid 674
10.3.1 Inleiding 674

10.3.2 Het commune internationaal bevoegdheidsrecht 675
10.3.2.1 Dagvaardingsprocedures 675
a. Hoofdregel (*forum rei*) 675
b. Aanvullende gronden voor de internationale bevoegdheid 676
c. Samenhang van vorderingen 676
10.3.2.2 Verzoekschriftprocedures 677
10.3.3 Van EEX-Verdrag naar EEX-Verordening 678
10.3.4 Hoofdregel van het formeel toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling 680
10.3.5 Alternatieve bevoegdheidsregels 681
10.3.5.1 Algemeen 681
10.3.5.2 Verbintenissen uit onrechtmatige daad 682
10.3.5.3 Verbintenissen uit overeenkomst 684
10.3.5.4 Accessoire bevoegdheid bij meerdere verweerders 687
10.3.6 Opnieuw *forum shopping* 689
10.3.7 Kort geding 691
10.3.8 *Forum non conveniens*-leer 692
10.3.9 Litispendentie en connexiteit 693
10.3.9.1 Inleiding 693
10.3.9.2 Litispendentie 693
10.3.9.3 Connexiteit 696
10.3.9.4 Misbruik van de litispendentieregeling 697
10.3.10 Massaclaims 699
10.4 Toepasselijk recht 703
10.4.1 Inleiding 703
10.4.2 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad 703
10.4.3 Rome II-Vo 705
10.4.3.1 Inleiding 705
10.4.3.2 Voorgeschiedenis 706
10.4.3.3 Artikel 6 Rome II-Vo 707
10.4.3.4 Kanttekeningen 712
10.4.4 Mogelijke praktische problemen met betrekking tot het toepasselijk recht 714
10.4.5 EVO 715
10.4.5.1 Inleiding 715
10.4.5.2 Formeel en materieel toepassingsgebied 715
10.4.5.3 Verwijzingsregels 715
10.4.6 Rome I-Vo 717
10.4.6.1 Inleiding 717
10.4.6.2 Formeel en materieel toepassingsgebied 717
10.4.6.3 Verwijzingsregels 717
10.4.7 Weens Koopverdrag 718
10.4.8 Voorrangsregels en *scope-rules* 720
10.4.9 Massaclaims 722
10.4.9.1 Materieel toepasselijk recht 722
10.4.9.2 Formeel toepasselijk recht 724
10.5 Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen 725

10.5.1 Inleiding 725
10.5.2 Erkenning en tenuitvoerlegging onder het commune recht 727
10.5.2.1 Erkenning 727
10.5.2.2 Tenuitvoerlegging 727
10.5.2.3 Conclusie 728
10.5.3 Erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling onder de EEX-Verordening 729
10.5.3.1 Materieel en formeel toepassingsgebied 729
10.5.3.2 Erkenningsregeling 730
10.5.3.3 Weigeringsgronden 731
10.5.3.4 Tenuitvoerleggingsregeling (de exequaturprocedure) 734
10.5.4 Massaclaims 734
10.5.4.1 Inleiding 734
10.5.4.2 Massaclaims uit de lidstaten 735
10.5.4.3 Massaclaims uit andere landen (niet-lidstaten) 736
10.5.4.4 Omvang van het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak of schikking 737
10.6 Samenvattende conclusies 738

11 CONCLUDERENDE SLOTBESCHOUWING 743
11.1 Inleiding 743
11.2 In hoeverre is privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nodig? 744
11.2.1 Bijdragen aan de doelstellingen van handhaving van mededingingsrecht 744
11.2.2 Nadelen van de privaatrechtelijke handhaving 746
11.2.2.1 Preventieve werking schiet tekort 746
11.2.2.2 Particuliere belangen komen niet altijd overeen met het maatschappelijk belang 748
11.2.2.3 De kosten van privaatrechtelijke handhaving zijn relatief hoog 750
11.2.3 Voordelen van de privaatrechtelijke handhaving 751
11.2.3.1 Algemeen 751
11.2.3.2 De vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid 751
11.2.3.3 De aanvullende preventieve werking en de aanvulling van het handhavingstekort 752
11.2.4 Conclusie 753
11.3 Privaatrechtelijke rechtsfiguren om het mededingingsrecht te handhaven 754
11.3.1 Inleiding 754
11.3.2 De vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst 754
11.3.3 De vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking 755
11.3.3.1 Algemeen 755
11.3.3.2 Onrechtmatige daad 756
11.3.3.3 Ongerechtvaardigde verrijking 757
11.3.4 De vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald 758

11.3.5	De vordering tot verkrijging van een rechterlijk verbod of bevel (verbods- of gebodsactie)	759
11.3.6	De vordering tot verkrijging van een verklaring voor recht	760
11.4	De rol van de rechter onder het regime van Verordening 1/2003	761
11.5	De gevolgen van de modernisering van het mededingingsrecht voor de privaatrechtelijke handhaving	761
11.6	De visie van de Europese Commissie; handhaving door particulier initiatief	762
11.7	De rechtvaardiging voor speciale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht	764
11.7.1	Fundamentele vragen en enkele kanttekeningen	764
11.7.2	Drie rechtvaardigingsgronden voor de invoering van speciale regels	765
11.8	De rechtsgrondslag van een verordening of richtlijn met specifieke regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht	767
11.8.1	Algemeen	767
11.8.2	Artikel 83 EG	767
11.8.3	Artikel 94 EG en artikel 95 EG	768
11.8.4	Artikel 308 EG	769
11.9.	Het subsidiariteitsbeginsel	770
11.10	Botsende belangen tussen privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving	770
11.11	De privaatrechtelijke handhaving van *hardcore* restricties	772
11.11.1	Algemeen	772
11.11.2	Bewijsproblemen betreffende de relevante feiten	772
11.12	De privaatrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties	773
11.12.1	Het handhavingstekort	773
11.12.2	Bewijsproblemen betreffende de merkbare mededingingsbeperkende gevolgen	774
11.13	Kosten	775
11.13.1	Algemeen	775
11.13.2	De introductie van *contingency fees* of *conditional fees*	776
11.13.3	Verwijzing in de kosten van het geding	777
11.14	Mogelijke opbrengsten, de invoering van *punitive damages*?	778
11.15	Collectieve acties of *class actions* ter verkrijging van schadevergoeding of ter ontneming van voordeel	779
11.16	Afsluitende conclusie	782

SAMENVATTING	787
SUMMARY	793
LITERATUURLIJST	799
JURISPRUDENTIEREGISTER	841
LIJST VAN AANGEHAALDE DOCUMENTEN VAN DE COMMUNAUTAIRE INSTELLINGEN EN VERDRAGEN	863
LIJST VAN AANGEHAALDE NATIONALE DOCUMENTEN	867
WETSARTIKELENREGISTER	869
TREFWOORDENREGISTER	877
CURRICULUM VITAE	887

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
A-G	Advocaat-Generaal
ALI	The American Law Institute
ALL ER	All England Law Reports
AM	Actualiteiten Mededingingsrecht
art.	artikel(en)
A&V	Aansprakelijkheid & Verzekering
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BWKJ	BW-krant Jaarboek
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CMLR	Common Market Law Review
Commissie	Commissie van de Europese Gemeenschappen
c.s.	cum suis
DCFR	Draft Common Frame of Reference
d.d.	de dato
d-g	directeur-generaal
diss.	dissertatie
EC	European Community
ECLR	European Competition Law Review
e.d.	en dergelijke
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EEX-Verdrag	EEG-Bevoegdheids- en Executieverdrag
EEX-Vo	EEX-Verordening; Verordening 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EG	Europese Gemeenschap(pen) / EG-Verdrag na 1 mei 1999
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap/ EG-Verdrag voor 1 mei 1999

EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ELRev.	European Law Review
ESB	Economisch-statistische berichten
EU	Europese Unie
EV	Eindverslag
e.v.	en volgende
EVEX	EEG-EVA-Bevoegdheids- en Executieverdrag
EVO	EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GvEA EG	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HNJV	Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Inv.	Invoeringswet
IPR	Internationaal Privaatrecht
JBPr	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
jo	juncto
Jur.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (tot 1990)
Jur. I	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (sinds 1990)
Jur. II	Jurisprudentie van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
KG	Kort Geding
Ktr.	Kantonrechter
LG	Landgericht
lidstaten	lidstaten van de Europese Unie
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
losbl.	losbladige
L&S	Letsel & Schade
M&M	Markt & Mededinging
m.nt.	met noot van
Mon.	Monografieën
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
Mw	Mededingingswet
NAI	Nederlands Arbitrage Instituut
NbBW	Nieuwsbrief BW
NBrM	Nieuwsbrief Mededingingsrecht
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht

NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJkort	Nederlandse Jurisprudentie kort
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
n.n.g.	nog niet gepubliceerd
nr.	nummer
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NV	Naamloze Vennootschap
NV II	Nota naar aanleiding van het verslag
NVvP	Nederlandse Vereniging voor Procesrecht
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OLG	Oberlandesgericht
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (tot 1 februari 2003)
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie (vanaf 1 februari 2003)
Pres.	President van de Rechtbank in kort geding
Raad	Raad van de Europese Unie
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
Rome I-Vo	Rome I-Verordening; Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst
Rome II-Vo	Rome II-Verordening; Verordening 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
SER	Sociaal Economische Raad
SEW	Sociaal-Economische Wetgeving, Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
T&C	Tekst & Commentaar
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TM	Toelichting-Meijers
t/m	tot en met

TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
TVVS	Maandblad voor Ondernemingsrecht en Rechtspersonen
UvA	Universiteit van Amsterdam
VAR	Vereniging voor Administratief Recht (Vereniging voor Bestuursrecht)
vgl.	vergelijk
Vo	Verordening
VR	Verkeersrecht
VS	Verenigde Staten
vs.	versus
VU	Vrije Universiteit
VV	Voorlopig Verslag
VVSRBN	Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland
VvW	Voorstel van Wet
WCAM	Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade
WK	Weens Koopverdrag
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

1 Inleiding

1.1 PROBLEEMSTELLING

1.1.1 Inleiding

Schending van mededingingsrecht leidt vaak tot schade bij ondernemers en consumenten. De boetes en dwangsommen die de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) kunnen opleggen aan overtreders van de mededingingsregels, verdwijnen direct naar 'Brussel' of de Staat en komen niet terecht in de portemonnee van gedupeerde ondernemers en consumenten. Voor verkrijging van schadevergoeding zijn benadeelden aangewezen op het privaatrecht.

Naast de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht door de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit, bestaat de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.[1] Ondernemers en consumenten die slachtoffer zijn van een schending van mededingingsrecht, zullen de schending vaak zo spoedig mogelijk willen laten eindigen en hun schade vergoed willen krijgen. Indien partijen niet tot overeenstemming komen door middel van een schikking, kunnen de gelaedeerden zich tot de burgerlijke rechter wenden. De civiele procedure zal een burgerlijk recht tot inzet moeten hebben. De gelaedeerden zullen met het oog op de geleden schade in het verleden schadevergoeding kunnen vorderen van de laedens, en met het oog op de toekomst door middel van een rechterlijk verbod of gebod kunnen vorderen dat de schending van het mededingingsrecht wordt gestaakt.

De mogelijkheden en obstakels voor ondernemers, consumenten en andere gedupeerden om de geleden schade als gevolg van een schending van het mededingingsrecht vergoed te krijgen, hebben de afgelopen jaren veelvuldig in de belangstelling gestaan. Te denken valt aan de door de Europese Commissie gepubliceerde voorstellen in het Groenboek en het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededin-

1 Er bestaat de laatste tijd een tendens om naast de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht ook de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te (her)introduceren. Zie voor de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht § 1.3 en § 3.10.

gingsregels.[2] In de praktijk valt bijvoorbeeld te denken aan de schadevergoedingsacties die zijn ingesteld of worden voorbereid door de gedupeerden van de bouwfraude, het Nederlandse bierkartel,[3] het wereldwijde vitaminekartel[4] en de mededingingsbeperkende gedragingen van machtspositiehouder Microsoft.[5]

1.1.2 Definitie

Dit boek gaat over privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Met privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht bedoel ik het instellen van een vordering door een particulier (ondernemer of consument) of een als civiele partij handelende overheid voor de nationale burgerlijke rechter of een scheidsgerecht, op grond van een schending van de regels van het mededingingsrecht, met behulp van een rechtsfiguur uit het privaatrecht.[6] Het handhaven van mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken wordt in de Engelstalige literatuur vaak aangeduid met de uitdrukking *private enforcement*.[7] Met behulp van *private enforcement* of privaatrechtelijke handhaving komen particulieren (ondernemers en consumenten) of als civiele partij handelende overheden uit eigen belang in rechte op tegen schendingen van

2 Groenboek *Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*, Brussel, 19 december 2005, COM/2005/672 def.; Witboek *Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels*, Brussel, 2 april 2008, COM/2008/165 def.

3 Kartel tussen Heineken, Bavaria, Grolsch en InBev. Beschikking 18 april 2007 *(Nederlandse biermarkt)*, *PbEU* 2008, C-122/1. De Koninklijk Horeca Nederland heeft van de brouwers schadeloosstelling geëist. De brouwerijen dienen volgens de eis van Koninklijk Horeca Nederland de inkoopprijzen voor horecaondernemers met onmiddellijke ingang te verlagen. De consumentenbond heeft namens zijn leden gepleit voor een prijsverlaging ten behoeve van de consument.

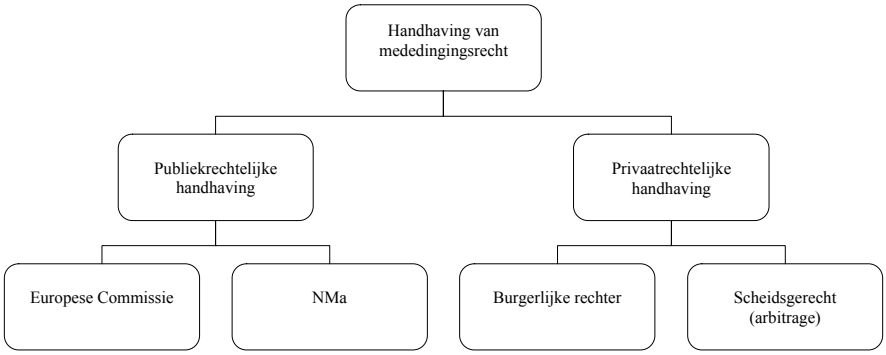
4 Kartel tussen onder meer Hoffman-La Roche (Zwitserland), BASF (Duitsland), Takeda (Japan), Daiichi (Japan), Eisai (Japan), Merck (Duitsland), Solvay (Belgie) en Aventis (Frankrijk). Aan het kartel deden nog vijf andere ondernemingen mee. De vordering jegens deze vijf andere karteldeelnemers was reeds verjaard. Beschikking 21 november 2001 *(Vitaminen)*, *PbEG* 2003, L 6/1. Zie ook GvEA EG 15 maart 2006, zaak T-15/02 *(BASF)*, *Jur.* 2006, p. II-497; GvEA EG 15 maart 2006, zaak T-26/02 *(Daiichi Pharmaceutical)*, *Jur.* 2006, p. II-713.

5 Het betreft onder meer de koppelverkoop van het Windows besturingssysteem met Windows Media Player en het door Microsoft opzettelijk beperken van de interoperabiliteit tussen het Windows besturingssysteem en de software van concurrenten. Zie GvEA EG 17 september 2007, zaak T-201/04 *(Microsoft)*, *Jur.* 2007, p. II-3601.

6 In vergelijkbare zin Van Gerven 2002, p. 64; Zippro 2005a, p. 181; Zippro 2006, p. 598.

7 Van Gerven 2002, p. 64. Zie over het onderscheid tussen *private enforcement* en *public enforcement* bijvoorbeeld Holmes 2004, p. 25-36. *Private enforcement* wordt ook wel vertaald met 'private handhaving'. Alhoewel dit een taalkundig juiste vertaling is, wordt meestal 'privaatrechtelijke handhaving' bedoeld. 'Private handhaving' is een breder begrip dan 'privaatrechtelijke handhaving'. Zie over dit onderscheid mijn bespreking in § 1.7.2. Uiteraard kan, afhankelijk van de persoonlijke voorkeur, ook gesproken worden over 'civielrechtelijke handhaving' of 'civiele handhaving'. De begrippen 'burgerlijkrechtelijke handhaving' of 'burgerlijke handhaving' worden zelden gebruikt.

publiekrechtelijke normen. Handhaving is in die zin niet alleen een klassieke overheidstaak, maar ook een zaak van particulier initiatief. Schematisch weergegeven, verhoudt privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht zich tot publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht als volgt:



1.1.3 Schild of zwaard; defensieve en offensieve privaatrechtelijke handhaving

1.1.3.1 Inleiding

Mededingingsrecht kan bij de privaatrechtelijke handhaving worden gebruikt als zwaard en als schild. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht omvat dan ook meer dan enkel verkrijging van schadevergoeding in geld.[8] Er kan gebruik worden gemaakt van het schild van nietigheid en de zwaarden van schadevergoeding (onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking), het rechterlijk verbod en gebod en ongedaanmaking (onverschuldigde betaling).

1.1.3.2 Het schild van nietigheid

Als schild wordt mededingingsrecht vaak ingeroepen teneinde onder een overeenkomst (of een of meer bepalingen daarvan) uit te komen door een beroep te doen op de nietigheid van de contractuele verbintenis wegens strijd met de mededingingsregels. Dit noem ik de defensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De krachtens het eerste lid van artikel 81 EG verboden overeenkomsten of besluiten, die niet vallen onder de uitzondering van het derde lid van artikel 81 EG, zijn van rechtswege nietig volgens

8 Zie over het onderscheid tussen het gebruik van de art. 81 en 82 EG als zwaard en als schild bijvoorbeeld Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 189-190.

het tweede lid van artikel 81 EG (zie § 2.3.3.3). Een soortgelijke bepaling staat in het tweede lid van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw).[9] Een rechtshandeling die strijdig is met het verbod op het misbruik maken van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG of 24 Mw, is nietig op grond van artikel 3:40 BW (zie § 2.3.4.5). Verdedigd kan ook worden dat de nietigheid van een rechtshandeling die strijdig is met artikel 82 EG wordt gebaseerd op grond van het gemeenschapsrecht zelf door middel van een analoge toepassing van de nietigheidssanctie van artikel 81 lid 2 EG (zie § 2.3.4.5).

1.1.3.3 De zwaarden van schadevergoeding, het rechterlijk verbod en gebod en ongedaanmaking

Het slachtoffer van een kartel of van het misbruik maken van een economische machtspositie kan het mededingingsrecht ook gebruiken als zwaard. Dit noem ik de offensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De gelaedeerde zal schadevergoeding kunnen vorderen van de laedens. Daarnaast zal de gelaedeerde kunnen vorderen dat de schending van het mededingingsrecht wordt gestaakt (rechterlijk verbod of gebod op grond van artikel 3:296 BW). Als grondslag voor de schadevergoedingsvordering kan worden gedacht aan onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Daarnaast kan nog gedacht worden aan een vordering uit onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW e.v.). De actie uit onverschuldigde betaling is geen schadevergoedingsvordering, maar een vordering tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie. Het gedeelte van de prijs boven het normale marktniveau zal onverschuldigd zijn betaald ingeval de betreffende overeenkomst (gedeeltelijk) nietig is op grond van artikel 81 lid 2 EG, artikel 6 lid 2 Mw, artikel 3:40 lid 1 BW (wegens strijd met de goede zeden en/of de openbare orde) of artikel 3:40 lid 2 BW (wegens strijd met een dwingende wetsbepaling zoals artikel 82 EG of artikel 24 Mw). Tevens zal het gedeelte van de prijs boven het normale marktniveau onverschuldigd zijn betaald ingeval de betreffende overeenkomst vernietigd is op grond van een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW (bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden) of artikel 6:228 BW (dwaling).[10]

---

9 De nietigheidssanctie zoals neergelegd in art. 81 lid 2 EG en art. 6 lid 2 Mw is naar Nederlands recht overbodig, nu de nietigheid reeds voortvloeit uit art. 3:40 lid 1 en lid 2 BW en art. 2:14 BW. De nietigheidssanctie van art. 81 lid 2 EG heeft echter een eigen invulling die niet per definitie overeenkomt met het nationale begrip nietigheid. Zie voor een nadere uitwerking § 2.3.3.3. Zie ook Appeldoorn 2004, p. 135.

10 In Nederland bestaan twee verschillende acties op grond van ongegronde vermogensverschuiving die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen. De actie uit onverschuldigde betaling enerzijds en de actie uit ongerechtvaardigde verrijking anderzijds. Onverschuldigde betaling is verwant met ongerechtvaardigde verrijking. Beide vorderingen kunnen echter niet worden vereenzelvigd. Enerzijds is een actie uit onverschuldigde betaling mogelijk, onafhankelijk van de vraag of daardoor A ten koste van B is verrijkt. Anderzijds is een actie uit ongerechtvaardigde verrijking toewijsbaar

1.1.4 Rechtvaardiging van het onderzoek

Waarom de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht aan een nader onderzoek onderwerpen? Voor de beantwoording van deze vraag zijn een aantal redenen te geven die samenhangen met het feit dat de burgerlijke rechter naar verwachting steeds vaker zal worden geconfronteerd met mededingingsrechtelijke kwesties.

In de eerste plaats heeft de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht ertoe geleid dat de burgerlijke rechter een volwaardiger taak heeft gekregen bij de handhaving van het mededingingsrecht.[11] Met de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht doel ik op het proces van hervorming van Verordening 17/62 en de daarmee gepaard gaande inwerkingtreding van Verordening 1/2003 per 1 mei 2004. Het doel van de nieuwe Verordening 1/2003 is een effectievere toepassing van het Europees mededingingsrecht. De belangrijkste wijzigingen zijn onder te verdelen in drie onderdelen. Ten eerste de afschaffing van de mogelijkheid tot het verkrijgen van een ontheffing van het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 81 lid 1 EG. Onder Verordening 1/2003 zullen ondernemingen zelf moeten beoordelen of ze voldoen aan de exceptie van artikel 81 lid 3 EG. Ten tweede de versterking van de controle achteraf op de naleving van de mededingingsregels, waarbij het zwaartepunt van de activiteiten van de Commissie bij het opsporen van de zware overtredingen van de artikelen 81 en 82 EG ligt. Ten derde de gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels.[12] Naast de Europese Commissie kunnen ook nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties de mededingingsafspraken aan het kartelverbod (artikel 81 EG) en de bepaling over het misbruik maken van een economische machtspositie (artikel 82 EG) toetsen. De civiele rechter zal, als gevolg van de door Verordening 1/2003 veroorzaakte verschuiving van de handhaving van het Europees mededingingsrecht van het communautaire (centrale) naar het nationale (decentrale) niveau, meer en meer in aanraking komen met vraagstukken van Europees mededingingsrecht. Zo kan een onderneming sinds 2004 ten overstaan van de nationale rechter een beroep doen op de vrijstellingsbepaling van artikel 81 lid 3 EG.

---

die niet op onverschuldigde betaling is gegrond. De vorderingen uit onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking verschillen niet alleen in de vereisten waaraan moet zijn voldaan, maar ook in het doel waarop zij zijn gericht. Bij onverschuldigde betaling strekt de vordering tot ongedaanmaking van de zonder rechtsgrond verrichte prestatie. Bij ongerechtvaardigde verrijking strekt de vordering tot vergoeding van schade. Zie voor de actie uit onverschuldigde betaling en de actie uit ongerechtvaardigde verrijking mijn bespreking in § 7.13.

11 Vgl. McCurdy 2004, p. 509-517.

12 Zie over de gedecentraliseerde toepassing van het Europees mededingingsrecht onder meer Temple Lang 1999, p. 3-20.

De nationale rechter behoort bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht ook een belangrijke plaats in te nemen. De directe werking van de artikelen 81 en 82 EG maakt dat men zich zonder meer op deze bepalingen kan beroepen in een procedure voor de nationale rechter, die tot taak heeft de subjectieve rechten van particulieren in hun wederzijdse betrekkingen te handhaven.[13] De taak van de nationale rechter lijkt alleen maar van groter belang te zijn geworden met de uit Verordening 1/2003 voortvloeiende decentralisatie van het Europees mededingingsrecht.[14] In Verordening 1/2003 wordt in de preambule de taak van de nationale rechterlijke instanties expliciet ingevuld met het toekennen van schadevergoeding aan slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht. Punt 7 van de preambule van Verordening 1/2003 luidt als volgt:

> 'De nationale rechterlijke instanties vervullen bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak. Zij beschermen de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende subjectieve rechten door geschillen tussen particulieren te beslechten, met name door aan de slachtoffers van inbreuken schadevergoeding toe te kennen. De rol van de nationale rechterlijke instanties is dienaangaande complementair aan die van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het is bijgevolg noodzakelijk hun de bevoegdheid toe te kennen de artikelen 81 en 82 van het Verdrag ten volle toe te passen.'

In de tweede plaats lijkt er binnen de EU en Nederland steeds meer belang te worden gehecht aan de vergoeding van de schade die door inbreuken op het mededingingsrecht wordt veroorzaakt. Dit is mede veroorzaakt doordat het aantal opgespoorde kartels door de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten flink is toegenomen als gevolg van het strenge handhavingsbeleid. De gelaedeerden worden daarbij door de mededingingsautoriteiten aangespoord om de geleden schade te verhalen op de inbreukmakers.

In de derde plaats krijgt de Nederlandse burgerlijke rechter sinds de invoering van de op de Europese mededingingsregels gebaseerde Mededingingswet op 1 januari 1998 meer zaken voor zich waarbij een beroep wordt gedaan op het *Nederlands* mededingingsrecht. Voorheen gold het misbruikstel-

---

13 Zie over de directe werking HvJ EG 6 april 1962, zaak 13/61 *(De Geus en Uitdenbogerd/Bosch)*, *Jur.* 1962, p. 93; HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 *(BRT/SABAM)*, *Jur.* 1974, p. 51, r.o. 16; HvJ EG 11 april 1989, zaak 66/86 *(Ahmed Saeed Flugreisen)*, *Jur.* 1989, p. 803, r.o. 32.

14 Verordening 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1/1. Zie ook Voorstel voor een Verordening van de Raad, COM (2000) 582 def., 27 september 2000 (betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1017/68, Verordening (EEG) nr. 2988/74, Verordening (EEG) nr. 4056/86 en Verordening (EEG) nr. 3975/87 ('uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag'). Zie over het destijds bestaande voorstel onder meer Wezenbeek-Geuke 2001, p. 17-27.

sel waarbij de burgerlijke rechter alleen een rol kon hebben ingeval de Minister van Economische Zaken had bepaald dat een gedraging in strijd was met het algemeen belang.

In de vierde plaats staat de vraag of de door een schending van het mededingingsrecht gedupeerde ondernemingen en consumenten recht hebben op schadevergoeding al geruime tijd in de belangstelling in de literatuur en de rechtspraktijk. Die belangstelling is nog eens verhoogd door het in opdracht van de Europese Commissie verschenen rapport *'Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules'* van het advocatenkantoor Ashurst van augustus 2004.[15] Deze studie heeft geleid tot het Groenboek betreffende schadevorderingen wegens schending van de communautaire mededingingsregels (verder: het Groenboek) en de tegelijkertijd gepubliceerde *'Commission Staff Working Paper'* van december 2005.[16] In april 2008 is het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels (verder: het Witboek) verschenen.[17] In Nederland heeft de verhoogde belangstelling geleid tot het in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken in november 2005 verschenen rapport *'De mogelijkheden voor civielrechtelijk handhaving van de mededingingsregels in Nederland'*, opgesteld door het advocatenkantoor Houthoff Buruma.[18] In 2007 is het door Van Lierop & Pijnacker Hordijk geschreven preadvies *'Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht'* uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht.[19]

De verkrijging van schadevergoeding door ondernemingen, consumenten en als civiele partij handelende overheden die het slachtoffer zijn van een mededingingsinbreuk, staat in Europa en Nederland meer dan ooit in het middelpunt van de belangstelling. Het betreft dan ook een onderwerp dat

---

15 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport). De studie is beschikbaar op de website van de Commissie: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html.

16 Groenboek *Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*, Brussel, 19 december 2005, COM/2005/672 def.; *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732. Groenboeken zijn reflectiedocumenten die de Commissie over een bepaald beleidsterrein publiceert. Deze documenten zijn vooral bestemd voor discussie en raadpleging van belanghebbende organisaties en personen. 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>.

17 Witboek *Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels*, Brussel, 2 april 2008, COM/2008/165 def.; *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404. Witboeken zijn documenten met voorstellen voor communautaire maatregelen op een bepaald gebied. Zij sluiten soms aan op een groenboek. Witboeken bevatten een officieel aantal voorstellen voor bepaalde beleidsterreinen; zij dienen om die voorstellen verder uit te werken. Bron: <http://europa.eu/documents/comm/index_nl.htm>.

18 Haak & VerLoren van Themaat 2005.

19 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007.

niet alleen wetenschappelijk maar ook maatschappelijk van aanzienlijk belang is. Zie bijvoorbeeld de krantenkop van een artikel van correspondent H.D. Hekking in *Het Financieele Dagblad* van 14 juni 2008 luidende: 'Kroes wil kartels bedelven onder een lawine van schadeclaims'. In het artikel wordt melding gemaakt van het feit dat de Europese Commissie, nadat zij in 2007 reeds een boete van een miljard euro heeft opgelegd aan de liftenmakers Otis, ThyssenKrupp, Schindler en Kone wegens het maken van illegale prijsafspraken, nu ook zelf als gedupeerde partij een schadeclaim heeft ingediend bij de liftenmakers. Het Berlaymont-gebouw in Brussel, het hoofdkwartier van de Europese Commissie, telt namelijk een aanzienlijke hoeveelheid liften en roltrappen. De Europese Commissie brengt op deze manier als gedupeerde partij in de praktijk wat zij zelf predikt.

In dit boek worden de problemen onderzocht die zich voordoen bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht in het algemeen, en de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van mededingingsrecht in het bijzonder. Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is een prominente plaats toebedeeld aan de nationale (burgerlijke) rechter. De nationale rechter zal bij de vervulling van die taak niet alleen op de hoogte moeten zijn van het bestaan en de inhoud van het mededingingsrecht (de juridische deskundigheid), maar zich (evenals procespartijen) ook bewust moeten zijn van de bewijsproblemen die zich kunnen voordoen bij de toepassing van het mededingingsrecht. Denk aan inlichtingen van feitelijke aard zoals statistieken, marktstudies en economische analyses op grond waarvan de rechter zijn uiteindelijke prognose kan vormen (de niet-juridische deskundigheid). Daarnaast valt te denken aan de problemen die procespartijen kunnen ondervinden op het gebied van de kosten van procederen in mededingingszaken en het procederen als collectiviteit. Deze feiten rechtvaardigen reeds een nader onderzoek naar de privaatrechtelijke handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht.

1.1.5 Vraagstelling

1.1.5.1 Algemeen

'Privaatrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht (…) is nooit geworden wat men ervan had kunnen verwachten' aldus Van Gerven.[20] De vraag is of de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, mede gelet op de modernisering van het Europees mededingingsrecht en de daarmee gepaard gaande decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht (de verschuiving van de handhaving van het Europees mededin-

20 Van Gerven 2002, p. 64.

gingsrecht van het communautaire naar het nationale niveau), alsnog kan worden wat men ervan had kunnen verwachten. De centrale vraagstelling die ik in dit boek wil beantwoorden, luidt als volgt:

> *In hoeverre en op welke wijze kan het Europees en Nederlands mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken binnen de Nederlandse rechtsorde worden gehandhaafd, mede gelet op de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht.*

Is, om met de woorden van Bos en Van Gerven te spreken, de mus van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht doodgeboren, of van alle noodzakelijke biologische kenmerken voorzien om te kunnen uitvliegen en een *'legal eagle'* te worden?[21] Bij de beantwoording van deze vraag dient ook rekening te worden gehouden met het grotere belang dat door de Europese Commissie wordt gehecht aan de vergoeding van de schade die door inbreuken op het mededingingsrecht wordt veroorzaakt. Tevens dient rekening te worden gehouden met de verhoogde belangstelling in de literatuur en de rechtspraktijk voor de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht.

1.1.5.2 Opzet en plan van behandeling van de deelvragen

De vraagstelling wil ik beantwoorden door per hoofdstuk een of meerdere deelvragen te beantwoorden.

Alvorens onderzoek te kunnen doen naar de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, is het noodzakelijk om de doelstellingen en de inhoud van het mededingingsrecht te bespreken. In hoofdstuk 2 behandel ik in het eerste deel (§ 2.2) de vraag wat de doelstellingen van het mededingingsrecht zijn. Deze bespreking pretendeert niet meer te zijn dan een beknopte weergave van de belangrijkste doelstellingen van het mededingingsrecht. Vervolgens komt in het tweede deel (§ 2.3) de vraag aan de orde wat de inhoud is van de Europese en Nederlandse mededingingsregels die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevant zijn. In dit deel behandel ik ook de civielrechtelijke nietigheidssanctie (de defensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht) bij het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie.

Hoofdstuk 3 behandelt, om de (aanvullende) rol van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht helder voor ogen te hebben, in hoofdlijnen de vraag op welke wijze de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht functioneert. Naast de bestuursrechtelijke handhaving (§ 3.1 t/m

21 Bos 2003, p. 313-318; Van Gerven 2002, p. 63-75.

§ 3.9) wordt ook enige aandacht geschonken aan de mogelijke (her)invoering van de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (§ 3.10).

In hoofdstuk 4 worden de contouren van de diverse mogelijkheden en ontwikkelingen besproken met betrekking tot de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

In hoofdstuk 5 onderzoek ik de evolutie van de rol van de nationale rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Daarbij besteed ik aandacht aan de vraag welke invloed de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht heeft gehad op de rol van de burgerlijke rechter met betrekking tot de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht.

In hoofdstuk 6 onderzoek ik de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Daarbij besteed ik, evenals bij het onderzoek naar de evolutie van de rol van de burgerlijke rechter in hoofdstuk 5, tevens aandacht aan de vraag welke invloed de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht heeft gehad op de rol van de arbiter met betrekking tot de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht.

In de hoofdstukken 7, 8 en 9 staan drie hoofdvragen centraal. Hebben ondernemingen en consumenten die het slachtoffer zijn van een inbreuk op de mededingingsregels een recht op schadevergoeding? Zo ja, welke obstakels vinden ondernemingen en consumenten op hun weg bij het instellen van een actie tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht? Wat zijn mogelijke oplossingen om deze obstakels te verkleinen en een doeltreffender systeem van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te creëren?

In hoofdstuk 7 wordt de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht onderzocht. In dit hoofdstuk komen een aantal deelvragen nader aan de orde. In de eerste plaats de vraag wat de doelstellingen zijn van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (§ 7.2). In de tweede plaats de vraag of er, onafhankelijk van het nationaal recht, een zelfstandig op het gemeenschapsrecht gebaseerd recht op schadevergoeding bestaat (§ 7.4 en § 7.5). In de derde plaats de vraag aan welke eisen moet worden voldaan om naar Nederlands recht aansprakelijkheid op grond van schending van het Europees en Nederlands mededingingsrecht te vestigen (§ 7.6). In de vierde plaats de vraag naar welke criteria moet worden gekeken om de omvang van de aansprakelijkheid (§ 7.7) en de aard en omvang van de schadevergoeding vast te stellen (§ 7.7.3, zie ook § 7.8 – § 7.13). In de vijfde plaats de vraag welke obstakels er voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk zijn bij de vestiging van de aansprakelijkheid op grond van schending van het mededingingsrecht en bij het vaststellen van de aard en omvang van de schadevergoeding (zie bijvoorbeeld § 7.9 over het *passing-on* verweer). In de zesde plaats de vraag of de positie van de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht moet

worden versterkt en zo ja, hoe die positie zou moeten worden versterkt (zie bijvoorbeeld eveneens § 7.9 over het *passing-on* verweer en § 7.10 over de mogelijkheid tot verkrijging van *punitive damages*).

In hoofdstuk 8 wordt gekeken welke rol collectieve acties bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kunnen spelen. Centraal staat de vraag welke mogelijkheden er zijn om als collectiviteit het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven. In het bijzonder zal worden ingegaan op de vraag met welke problemen groepen benadeelden te maken krijgen indien zij hun schade vergoed willen krijgen die geleden is als gevolg van een schending van de mededingingsregels. In dit hoofdstuk wordt ook onderzocht welke wijzigingen noodzakelijk zijn om de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding of ontneming van voordeel te verbeteren.

In hoofdstuk 9 wordt onderzocht welke bewijsproblemen zich bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voordoen en welke mogelijke oplossingen daarbij kunnen worden gehanteerd.

Hoofdstuk 10 behandelt enkele aspecten van internationaal privaatrecht die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen. Het gaat daarbij om vragen van rechterlijke bevoegdheid (§ 10.3), toepasselijk recht (§ 10.4) en erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen (§ 10.5).

In de slotbeschouwing in hoofdstuk 11 wordt antwoord gegeven op de centrale vraagstelling en worden mogelijke oplossingen gegeven voor een effectievere privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Naar aanleiding van de deelconclusies van de verschillende hoofdstukken behandel ik in dit hoofdstuk tevens de vraag of er behoefte is aan een Europese richtlijn of verordening met afwijkende bepalingen van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.

1.2 DOELSTELLINGEN VAN DE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT

Met de handhaving van mededingingsrecht worden drie doelstellingen nagestreefd. De eerste doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van de beëindiging van een schending van het mededingingsrecht* door bijvoorbeeld het opleggen van een rechterlijk verbod of gebod of een last onder dwangsom (speciale of concrete preventie). De tweede doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van herstel en compensatie van resterend nadeel* door bijvoorbeeld de verkrijging van schadevergoeding. De derde doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van (generale) preventie, afschrikking en straf* door bijvoorbeeld de oplegging van een bestuursrechtelijke boete. Deze doelstellingen van de handhaving van mededingingsrecht hangen samen met de in § 7.2.1 besproken doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Namelijk het rechtens handhaven van aanspraken

en de bescherming van de *status quo* (bescherming tegen een aantasting van rechten).[22]

In hoofdstuk 11 wordt antwoord gegeven op de vraag of de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kan bijdragen aan de verwezenlijking van deze drie doelstellingen. Zie verder § 7.2 en § 7.3 (doelstellingen van schadevergoeding), § 8.2.3 – § 8.2.5 (doelstelling van collectieve acties bij strooischade) en § 11.2.3 (voordelen van privaatrechtelijke handhaving).

1.3 VERSCHUIVINGEN IN DE RECHTSHANDHAVING OP VERSCHILLENDE NIVEAUS

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).[23] Op verschillende niveaus zijn verschuivingen in de rechtshandhaving waarneembaar.

Op Europees niveau gaat de toename van Europese regelgeving op veel beleidsterreinen gepaard met toenemende Europese bemoeienis met de rechtshandhaving.[24] Op steeds meer terreinen is een toenemende Europese sturing waarneembaar inzake de controle op de naleving en sanctionering van overtredingen.[25] De vergroting van de effectiviteit van EU-normen in de lidstaten lijkt de drijvende kracht te zijn achter deze toenemende Europese sturing.[26] De stimulering van particulier initiatief op het gebied van de handhaving van EU-regelgeving past in deze ontwikkeling. Tegen deze achtergrond dient ook de stimulering van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te worden geplaatst.

Parallel aan deze ontwikkeling is ook op nationaal niveau sprake van een verschuiving in de rechtshandhaving. In Nederland heeft de laatste jaren een

22 Het kan ook gaan om verwezenlijking van een nieuwe toestand waarop het recht aanspraak geeft. Zie Lindenbergh 2008, p. 7.

23 Zippro 2005a, p. 181. 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. Zie over het strafrechtelijk optreden tegen mededingingsafspraken bij de bouwfraude Buruma 2002, p. 701-708.

24 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 276.

25 Adriaanse e.a. 2008, p. 323-332; Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 276.

26 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 276. Zie HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03 *(Commissie/Raad)*, *Jur*. 2005, p. I-7879, *NJ* 2006, 210 m.nt. MRM; HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05 *(Commissie/Raad)*, *Jur*. 2007, p. I-9097, *NJ* 2008, 48 m.nt. MRM.

verschuiving in de rechtshandhaving van het strafrecht naar het bestuursrecht plaatsgevonden. Met name de bestuurlijke boete is een belangrijke rol gaan spelen in de rechtshandhaving. In het privaatrecht mag het denken in termen van rechtshandhaving zich ook in een groeiende populariteit verheugen.[27] Het privaatrecht, en dan met name het aansprakelijkheidsrecht, moet kunnen reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht.[28] Handhaving lijkt in het privaatrecht steeds belangrijker te worden. Gedragsbeïnvloeding en doelmatigheidsvragen kunnen dan ook in het privaatrecht een rol spelen.[29]

In de lidstaten van de EU lijkt zich voor wat betreft de verhouding tussen bestuursrecht en strafrecht een tegenovergestelde tendens voor te doen, waarbij de strafrechtelijke handhaving zich in een groeiende populariteit mag verheugen. De mogelijke (her)introductie van strafrechtelijke sancties in het mededingingsbeleid van de lidstaten van de EU is onderwerp van discussie.[30] In Nederland zien we bijvoorbeeld in de bouwfraudezaak dat het OM een rol kan spelen bij overtredingen van het mededingingsrecht.[31] In onder meer het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Ierland zijn experimenten gaande met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[32] 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.

---

27 Zie de dissertatie van Verheij 2002 en de oratie van Van Boom 2006.

28 Verheij 2002, p. 445 e.v.; Lindenbergh 2008, nr. 5; Hartlief 2008, p. 771.

29 Van Boom 2008, p. 765; Van Boom, Giesen & Verheij 2007.

30 Zie bijvoorbeeld De Grave 2002, p. 206-208.

31 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 Kombinatie Schiphol Spoortunnel (KSS), Strukton Betonbouw BV en Hollandse Beton- en Waterbouw BV (HBW).

32 Zo is bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk in 2002 een wetswijziging ingevoerd die tot gevolg heeft gehad dat per 20 juni 2003 de Britse mededingingsautoriteit (*Office of Fair Trading*) ook strafrechtelijk onderzoek kan verrichten. Bepaalde kartelovertredingen (specifieke *hardcore* kartelovertredingen, zie de Enterprise Act 2002, sections 188-189) kunnen door de *Office of Fair Trading* en door de *Serious Fraud Office* (overheidsorgaan belast met de vervolging van 'witteboordencriminaliteit') strafrechtelijk vervolgd worden. Er staat maximaal 5 jaar gevangenisstraf op (Enterprise Act 2002, section 190). Zie ook De Bree 2008, p. 212.

De voormalige Minister van Economische Zaken Brinkhorst heeft de Tweede Kamer toegezegd gevangenisstraffen wegens inbreuken op de mededingingsregelgeving mogelijk te maken.[33] De Tweede Kamer had daarop aangedrongen in het kader van de evaluatie van de Mededingingswet.[34] Minister van Economische Zaken Van der Hoeven heeft de Tweede Kamer laten weten dat in de eerste helft van 2009 het wetsontwerp kan worden verwacht dat zal voorzien in strafrechtelijke sancties voor leidinggevenden bij mededingingsinbreuken.[35] Dit voornemen sluit aan bij de per 1 oktober 2007 ingevoerde mogelijkheid voor de NMa om bestuurders van ondernemingen ook persoonlijk te beboeten tot een maximum van € 450.000 per persoon per overtreding (artikel 56 jo 57 Mw).[36] Uit de toelichting bij de gewijzigde Mededingingswet blijkt dat het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht (artikel 56 lid 4 Mw) betekent dat een door een onderneming gepleegde overtreding van de Mededingingswet ook degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven kan worden toegerekend.[37] Het opleggen van een boete aan de onderneming sluit het opleggen van een persoonlijke boete niet uit.

Naast de mogelijke introductie van strafrechtelijke sanctionering van bestuurders, leeft ook het idee om de NMa de bevoegdheid te geven straf-

33 *Handelingen II* 2005/06, nr. 91, p. 5579; brief van 16 juni 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 27, p. 1-2; *Handelingen II* 2005/06, nr. 91, p. 6124 e.v.

34 *Handelingen II* 2005/06, nr. 91, p. 5562 e.v.

35 Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 24 juli 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XIII, nr. 76.

36 Zie Elsen 2007, p. 211-219; Mok 2008, p. 229-231. In het kader van de evaluatie van de Mededingingswet (*Kamerstukken II* 2004/05, 30 071) heeft het kamerlid Heemskerk (PvdA) een amendement ingediend dat zou moeten leiden tot het strafbaar stellen van het opdracht geven tot dan wel feitelijk leiding geven aan handelingen in strijd met art. 6 lid 1 Mw of art. 24 lid 1 Mw. Volgens het amendement zou de maximale gevangenisstraf zes jaar moeten bedragen, waarbij de strafbaarheid zou moeten worden opgenomen in de Wet op de economische delicten (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 16). Het amendement is door de Tweede Kamer verworpen.

37 In de vierde tranche Awb wordt voorgesteld dit criterium (opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers) voor het gehele boeterecht in te voeren. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 77 e.v. Zie ook De Bree 2006, p. 208 en Frese 2006, p. 136-142. De Bree wijst hierbij op het feit dat nog niet duidelijk is op wie het oog gericht zal zijn. Zo wijst hij op het feit dat de feitelijke leidinggever in mededingingszaken de persoon kan zijn die de onderhandelingen en besprekingen voert met de mede-kartellisten. Om een bestuurder zoals een directeur of commissaris op grond van het criterium van art. 51 Sr aan te spreken is op grond van het *Slavenburg I* arrest (HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 126) nodig dat de desbetreffende persoon maatregelen achterwege heeft gelaten ter voorkoming van de verboden gedraging hoewel hij daartoe bevoegd was en redelijkerwijs gehouden was en voorwaardelijk opzettelijk heeft gehandeld (zodat een zekere mate van wetenschap noodzakelijk is, denk aan de wetenschap van eerdere feiten die door de rechtspersoon werden gepleegd). Zie HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 m.nt. A.C. 't Hart *(Slavenburg II)*. De Bree 2006, p. 208. Een bestuurder van een onderneming is niet per definitie feitelijk leidinggever aan de kartelovertreding of aan het misbruik maken van een machtspositie.

beschikkingen op te leggen. Het opleggen van strafbeschikkingen zal in dat geval ook voor het OM mogelijk moeten worden. De Tweede Kamer heeft in 2006 een motie aangenomen over de wenselijkheid van een duaal stelsel, waarbij de NMa wordt belast met het toezicht en met het opleggen van kleine boetes en waarbij het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen is voorbehouden aan de strafrechter.[38] Dit zou betekenen dat de mededingingsregels bestuursrechtelijk, privaatrechtelijk en strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd. Zie over de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht mijn bespreking in § 3.10.

Naast de in dit onderzoek centraal staande privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, speelt in de praktijk de bestuursrechtelijke handhaving van mededingingsrecht een zeer belangrijke rol. Aan de Europese zijde van de Atlantische oceaan zal men bij de handhaving van mededingingsrecht zelfs primair denken aan de bestuursrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht door de Europese mededingingsautoriteit (Europese Commissie) en de bestuursrechtelijke handhaving van Europees en Nederlands mededingingsrecht door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa).[39] Aan de Amerikaanse zijde van de Atlantische oceaan is echter de privaatrechtelijke handhaving de voornaamste manier om het mededingingsrecht te handhaven. Het zijn twee manieren om mededingingsrecht te effectueren die, zoals ik in dit boek zal duidelijk maken, elkaar ondersteunen maar elkaar niet kunnen vervangen.[40]

1.4 Convergentie van Europees en Nederlands mededingingsrecht

1.4.1 Algemeen

Wegens de convergentie van Europees en Nederlands mededingingsrecht wordt aandacht geschonken aan zowel het Europees als het Nederlands mededingingsrecht. Een onderzoek inzake de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal, in het geval geen rekening wordt gehouden met zowel het Europese als het nationale mededingingsrecht, geen compleet

38 Motie-Ten Hoopen/Aptroot over invoering van een duaal stelsel (30 071, nr. 29), aangenomen door de Tweede Kamer d.d. 29 augustus 2006, *Handelingen II* 2005/06, nr. 99, p. 6121.

39 Het Europees mededingingsrecht kan ook door een nationale (mededingings)autoriteit worden toegepast. In Nederlands is die taak opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Art. 5 van Verordening 1/2003 bepaalt dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten in individuele gevallen bevoegd zijn tot toepassing van de art. 81 en 82 EG. Zij kunnen ambtshalve of naar aanleiding van een klacht de beëindiging van een inbreuk bevelen, voorlopige maatregelen opleggen, toezeggingen aanvaarden en geldboeten, dwangsommen of andere sancties opleggen overeenkomstig hun nationaal recht. Zij kunnen ook beslissen dat er voor hen geen reden bestaat om op te treden. Zie § 3.4.2.

40 Zie ook de conclusie van Van Gerven 2002, p. 75.

beeld geven van de rol die de nationale (Nederlandse) rechter in de dagelijkse praktijk speelt bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De conclusies die worden getrokken uit het onderzoek naar de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht zullen, wegens de zojuist genoemde convergentie van Europees en Nederlands mededingingsrecht, voor een groot deel ook voor de privaatrechtelijke handhaving van het Nederlands mededingingsrecht gelden.

1.4.2 Toepassingsbereik van het Europees mededingingsrecht en het Nederlands mededingingsrecht

1.4.2.1 Extraterritoriale toepassing

Het Europees mededingingsrecht is van toepassing op het grondgebied van de EG.[41] Ten aanzien van niet binnen de EG gevestigde ondernemingen wordt het toepassingsbereik van het Europees kartelverbod (artikel 81 EG) en het Europees verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie (artikel 82 EG) in beginsel bepaald door het territorialiteitsbeginsel. Het HvJ EG heeft in de zaak *Houtslijp* aanvaard dat de communautaire mededingingsregels van toepassing kunnen zijn op buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen, wanneer de mededingingsbeperkende overeenkomst (in *Houtslijp* een prijsafspraak) binnen de Gemeenschap ten uitvoer wordt gelegd.[42] Bij de sanctionering van kartels komt het volgens het HvJ EG aan op de plaats waar het betrokken kartel in praktijk wordt gebracht (de plaats waar aan het kartel uitvoering wordt gegeven) en niet op de plaats waar het is gevormd.

In de zaak *Gencor* lijkt het GvEA EG voor wat betreft de communautaire regels inzake concentratiecontrole verder te gaan dan het territorialiteitsbeginsel en een criterium te hanteren dat gelijk kan worden gesteld aan de effectleer (dat wel wordt gezien als een ruime uitleg van het territorialiteitsbeginsel). Het GvEA EG heeft in de zaak *Gencor* verklaard dat de toepassing van de communautaire regels inzake concentratiecontrole op fusies tussen ondernemingen die buiten de Europese Unie gevestigd zijn 'volkenrechtelijk gerechtvaardigd [is], wanneer voorzienbaar is, dat een voorgenomen concentratie onmiddellijke en wezenlijke gevolgen in de Gemeenschap zal hebben.'[43]

41 Zie art. 299 lid 1 EG.

42 HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85 *(Houtslijp)*, *Jur.* 1988, p. 5193.

43 GvEA EG 25 maart 1999, zaak T-102/96 *(Gencor)*, *Jur.* 1999, p. II-753.

De vestigingsplaats van de betrokken onderneming doet niet ter zake voor het toepassingsbereik van het Europees mededingingsrecht.[44] Zo zal bijvoorbeeld het Europees mededingingsrecht van toepassing zijn op een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming indien een mededingingsbeperkende overeenkomst op de interne markt ten uitvoer wordt gelegd.

De Mededingingswet is van toepassing op gedragingen die op Nederlands grondgebied plaatsvinden. Voor de verdere toepasselijkheid van de Mededingingswet is door de wetgever aangesloten bij de Europese jurisprudentie.[45] Zo zal bijvoorbeeld het Nederlands mededingingsrecht van toepassing zijn op een in de Verenigde Staten gevestigde onderneming indien een mededingingsbeperkende overeenkomst op (een deel van) de Nederlandse markt ten uitvoer wordt gelegd. Het Europees mededingingsrecht zal daarnaast van toepassing kunnen zijn afhankelijk van de vraag of al dan niet wordt voldaan aan het interstatelijkheidsvereiste, zie § 1.4.2.2.

1.4.2.2 Afbakening tussen het Europees mededingingsrecht en het Nederlands mededingingsrecht

Het Europees mededingingsrecht is van toepassing indien voldaan wordt aan het interstatelijkheidsvereiste. Er dient sprake te zijn van een beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Voor de toepassing van artikel 82 EG is tevens vereist dat de desbetreffende onderneming over een machtspositie beschikt op een 'wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt'. Het begrip 'beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten' wordt in de communautaire jurisprudentie zeer ruim uitgelegd. Veel overeenkomsten en mededingingsbeperkende gedragingen die in Nederland worden aangegaan of verricht voldoen dan ook reeds snel aan de interstatelijkheidseis.[46] Aan de eis dat sprake dient te zijn van een machtspositie op een 'wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt' wordt in de communautaire jurisprudentie ook relatief snel voldaan.[47] Een flinke regio zal in Nederland zelfs kunnen worden gekwalificeerd als een 'wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt'.

Op grond van artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003 mag de toepassing van nationaal mededingingsrecht niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke

---

44 Zie ook reeds HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215. In *Continental Can* oordeelde het HvJ EG dat op een verrichting die de marktverhoudingen binnen de gemeenschap beïnvloedt, het gemeenschapsrecht van toepassing is ongeacht de vraag of de ondernemer op het grondgebied van een der lidstaten is gevestigd.

45 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr.3, p. 10 (MvT). In de MvT wordt ook verwezen naar HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85 *(Houtslijp)*, *Jur.* 1988, p. 5193.

46 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 3.

47 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90 *(Merci Convenzionali Porto di Genova)*, *Jur*. 1991, p. I-5889. Zie ook Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 3.

gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81 lid 1 EG niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81 lid 3 EG vallen. Het Nederlands mededingingsrecht heeft dan ook voornamelijk een zelfstandige betekenis voor schendingen van het mededingingsrecht waarbij sprake is van een plaatselijke of beperkte regionale omvang.[48] Lidstaten mag uit hoofde van Verordening 1/2003 niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.

Indien bij het kartelverbod niet voldaan wordt aan het interstatelijkheidsvereiste, is alleen het nationaal mededingingsrecht van toepassing. Indien bij het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie niet voldaan wordt aan het interstatelijkheidsvereiste en de eis dat de desbetreffende onderneming over een machtspositie beschikt op een 'wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt', is alleen het nationaal mededingingsrecht van toepassing. De werking van het Nederlands mededingingsrecht is tot de Nederlandse markt beperkt op grond van de definitie van het begrip economische machtspositie in artikel 1 sub i Mw en het kartelverbod in artikel 6 Mw (waarbij ik het concentratietoezicht buiten beschouwing laat).[49] Zie voor de inhoud en toepasselijkheid van de relevante mededingingsrechtelijke normen mijn bespreking in § 2.3.

Ondanks het feit dat het Europees mededingingsrecht relatief snel van toepassing is, lijkt in de praktijk het aantal zaken voor de nationale rechter waarin een beroep wordt gedaan op het Nederlands mededingingsrecht het aantal zaken waarin een beroep wordt gedaan op het Europees mededingingsrecht nog steeds te overtreffen. Daaruit kan worden afgeleid dat de huidige praktijk van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht zich nog grotendeels afspeelt rond kleinere geschillen. Wel dient hierbij de kanttekening te worden geplaatst dat het gaat om geschillen die voor de rechter zijn gebracht en niet tot een schikking hebben geleid. In zaken van grotere omvang zal

48 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 3.

49 Mok 2004, p. 101. De bepalingen van het nationaal concentratietoezicht zijn op grond van art. 29 Mw van toepassing op concentraties waarbij de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen in het voorafgaande kalenderjaar meer bedroeg dan €113 450 000, waarvan door ten minste twee van de betrokken ondernemingen ieder ten minste €30 000 000 in Nederland is behaald. Art. 30 Mw bepaalt de wijze waarop de omzet moet worden berekend. Voor kredietinstellingen, financiële instellingen en verzekeraars gelden op grond van art. 31 Mw bijzondere regels met betrekking tot de berekening van de omzet. Concentraties die op grond van Verordening 139/2004 zijn onderworpen aan het toezicht van de Europese Commissie vallen niet onder het toepassingsbereik van hoofdstuk 5 Mw. Zie over het concentratietoezicht § 5.6.

wellicht vaker geschikt worden.[50] Daarnaast zal het mededingingsrecht in geschillen van grotere omvang veelal aan de orde komen in arbitrageprocedures.

1.5 Belang van het mededingingsrecht voor de beoefenaar van het privaatrecht

Het Europees en Nederlands mededingingsrecht is niet enkel van belang voor de gespecialiseerde beoefenaar van het mededingingsrecht, maar kan van groot belang zijn voor elke civilist. In het verleden werd onder nationale rechters in het algemeen, en beoefenaars van het privaatrecht in het bijzonder, nog teveel de opvatting gehuldigd dat Europees recht in het algemeen en Europees en Nederlands mededingingsrecht in het bijzonder buitenaards recht is en geen deel uitmaakt van de 'gewone' (nationale) rechtsregels.[51] Dat beeld begint langzamerhand te veranderen.

Het besef dat het Nederlandse privaatrecht ten dele bestaat uit Europese regels die onderdeel zijn geworden van het Burgerlijk Wetboek in het algemeen en het algemene deel van het vermogensrecht in het bijzonder, is inmiddels doorgedrongen bij veel beoefenaren van het privaatrecht.[52] Het kan volgens Hartkamp zelfs als 'een feit van algemene bekendheid worden gezien dat het Europees recht in toenemende mate invloed op het nationale privaatrecht is gaan uitoefenen en dat die invloed ook het hart van het privaatrecht, het algemene deel vermogens- en verbintenissenrecht, heeft bereikt.'[53] Bij die Europese regels valt te denken aan de richtlijnen inzake productenaansprakelijkheid, colportage en consumentenkrediet, algemene voorwaarden, de reisovereenkomst, *timesharing*, contracten op afstand en de consumentenkoop.[54]

Naast deze bronnen van secundair gemeenschapsrecht zijn ook het primaire gemeenschapsrecht (het EG-Verdrag) en de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA EG onderdeel van het Nederlands privaatrecht. Op het eerste gezicht lijkt het hier te gaan om Europese regels en Europese jurisprudentie die geen

---

50 Dit is ook het beeld dat naar voren komt in het onderzoek van Rodger naar schikkingen die in het Verenigd Koninkrijk zijn overeengekomen met betrekking tot schadevergoedingsacties wegens schendingen van het mededingingsrecht in de periode 2000-2005. Zie Rodger 2008, p. 96-116.

51 Zie Van den Bossche 2000, p. 155: 'Teveel wordt het Europees recht in het algemeen en Europees mededingingsrecht in het bijzonder afkomstig geacht van Mars, en nationaal recht van Venus.'

52 Illustratief zijn de vele interessante bijdragen die verschenen zijn in Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007.

53 Hartkamp 2007a, p. 5. Zie ook het vlak voor het afsluiten van dit onderzoek verschenen nieuwe deel in de Asser serie over Europees recht en Nederlands vermogensrecht. Asser/Hartkamp 3-1* (2008).

54 Hartkamp & Sieburgh 2007, p. 2-3. Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (rechtspersonenrecht) bestaat ook voor een aanzienlijk deel uit geïmplementeerde Europese richtlijnen.

rechtstreekse invloed hebben op het Nederlandse privaatrecht. Het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht en de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht hebben echter tot gevolg dat het gemeenschapsrecht onderdeel is geworden van het Nederlandse privaatrecht en zonodig voorgaat op nationale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.[55] Tot het primaire gemeenschapsrecht zoals neergelegd in het EG-Verdrag behoren de in dit boek centraal staande bepalingen betreffende het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 81 EG en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie zoals neergelegd in artikel 82 EG.

Waarom is het Europees en Nederlands mededingingsrecht van belang voor de beoefenaar van het privaatrecht? Een voorbeeld om het belang van het mededingingsrecht voor de civilist te illustreren, is het feit dat een privaatrechtelijke overeenkomst die op het eerste gezicht niets met Europees of Nederlands mededingingsrecht te maken heeft, op grond van het mededingingsrecht nietig kan blijken te zijn. Zo kan ondernemer A op het eerste gezicht alleen onder het contract met B uit door het betalen van schadevergoeding. Tijdens de rechtszaak die B aanhangig heeft gemaakt wegens het plegen van wanprestatie door A kan A echter, met een beroep op het mededingingsrecht, onder de schadevergoedingsplicht uitkomen. Tijdens de civiele procedure stelt A dat de overeenkomst onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG of artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet valt. Het gevolg zou zijn dat de overeenkomst nietig is op grond van het tweede lid van artikel 81 EG of het tweede lid van artikel 6 Mw. Stelt de rechter daadwerkelijk vast dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met het kartelverbod, dan heeft het voor de bij de overeenkomst betrokken partijen geen zin nakoming van de niet bestaande overeenkomst te vorderen.[56] De wederpartij B blijft verbijsterd achter, zich afvragend of de bijscholingscursus burgerlijk recht (waarin geen Europeesrechtelijke aspecten aan bod kwamen) wel de investering waard is geweest.

Een week later blijkt er nog een dagvaarding op de deurmat van B te liggen waaruit blijkt dat tussenhandelaar en afnemer X schadevergoeding eist van B op grond van onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. X blijkt de ondernemers A en B aansprakelijk te hebben gesteld voor de schade die is ontstaan als gevolg van de kartelvorming tussen A en B. Het overtreden van het in het EG-Verdrag en de Mededingingswet opgenomen verbod om mededingingsbeperkende afspraken te maken is aan te merken als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. In het geval er schade is geleden en er wordt voldaan aan de vereisten van artikel 6:162 BW, namelijk een onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, causaal verband en relativiteit (zie hoofdstuk 7), kan de gelaedeerde de overtreder aanspreken uit onrechtmatige daad. Nog dezelfde

55 Hartkamp & Sieburgh 2007, p. 2; HvJ EG 15 juni 1964, zaak 6/64 *(Costa/ENEL)*, *Jur*. 1964, p. 1203.

56 Zie over de nietigheid van overeenkomsten in strijd met het kartelverbod mijn bespreking in hoofdstuk 2, § 2.3.3.3.

week blijkt ook een groep consumenten door middel van een collectieve actie een vordering uit onrechtmatige daad te hebben ingesteld jegens B (zie hoofdstuk 8). Zij eisen onmiddellijke stopzetting van de mededingingsbeperkende gedragingen die zijn ontstaan als gevolg van het kartel tussen A en B. Daarnaast vordert een consument het gedeelte van de door hem betaalde prijs van X terug dat boven het normale marktniveau ligt.

X ontvangt vervolgens een brief waarin een groep consumenten een actie dreigt in te stellen op grond van onverschuldigde betaling. Het gedeelte van de door hen betaalde prijs dat boven het normale marktniveau ligt, is volgens de groep consumenten onverschuldigd betaald nu de betreffende overeenkomst nietig is op grond van wederzijdse dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub c BW. De reeds getroffen onderneming B loopt, samen met de andere onderneming die betrokken was bij het contract (A), het risico om schadevergoeding te moeten betalen aan zowel de directe afnemers (tussenhandelaren) als de indirecte afnemers (eindconsumenten) wegens de schending van het mededingingsrecht. X twijfelt nog hoe serieus hij de actie uit onverschuldigde betaling moet nemen. Bovendien is hij benieuwd of hij ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat hij de te hoge prijzen die hij als gevolg van het kartel moest betalen, heeft doorberekend aan de eindconsumenten terwijl zijn schade is verhaald op B (zie voor deze laatste vragen mijn bespreking in § 7.9).

Uit de bovenstaande voorbeeld blijkt reeds dat de praktijkjurist die niet op de hoogte is van de rol die het mededingingsrecht kan spelen in op het eerste gezicht 'gewone' vermogensrechtelijke geschillen, van een koude kermis thuis kan komen. Veel beoefenaren van het vermogensrecht weten inmiddels dat het mededingingsrecht van belang kan zijn in civielrechtelijke verhoudingen.

1.6 AFBAKENING

Het onderzoek in dit boek beoogt een bijdrage te kunnen leveren aan het in kaart brengen en oplossen van de problemen waarmee procespartijen, de burgerlijke rechter en de arbiter geconfronteerd worden bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht. Het onderzoek ligt op het snijvlak van het Europees en Nederlands mededingingsrecht enerzijds en het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht anderzijds.

Het object van studie betreft de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Er is dan ook geen verdiepend onderzoek verricht naar het materieel Europees en Nederlands mededingingsrecht of de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Alvorens onderzoek te kunnen doen naar de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is het wel noodzakelijk om enige aandacht te besteden aan de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de doelstellingen en inhoud van het mededingingsrecht (zie reeds § 1.1.5.2). In hoofdstuk 2 wordt aandacht besteed aan de

doelstellingen en inhoud van het mededingingsrecht. Aangezien mededingingsrecht voor een belangrijk deel publiekrechtelijk wordt gehandhaafd, wordt in hoofdstuk 3 enige aandacht besteed aan de publiekrechtelijke handhaving. De publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal, op deze relatief korte uiteenzetting in hoofdstuk 3 na, niet onderzocht worden tenzij bepaalde aspecten daarvan van invloed zijn of kunnen zijn op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

De gekozen aanpak brengt met zich mee dat de bespreking van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht mogelijk tekort doet aan alle juridische aspecten en nuances op dit gebied. Hetzelfde geldt voor de bespreking van de doelstellingen en inhoud van het mededingingsrecht in hoofdstuk 2. Dit is om praktische redenen onvermijdelijk, aangezien het hoofddoel van de studie ligt op het terrein van de *privaatrechtelijke handhaving* van mededingingsrecht en niet op dat van de materiële inhoud van het mededingingsrecht of de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

De privaatrechtelijke handhaving van het Europees recht in het algemeen zal niet worden onderzocht. Zo wordt geen aandacht besteed aan de regelgeving inzake de vier vrijheden (vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal), alsmede andere vragen van Europees recht die buiten het mededingingsrecht vallen.[57] Het onderzoek richt zich op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in enge zin, namelijk de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag en de hiermee corresponderende artikelen 6 en 24 van de Nederlandse Mededingingswet. Tevens wordt in hoofdstuk 5 enige aandacht besteed aan de rol van de burgerlijke rechter bij het concentratietoezicht. Naast de verhouding tussen het concentratietoezicht en de directe werking van de artikelen 81 EG en 82 EG, komen de civielrechtelijke consequenties van het verbod op een fusie, overname of *joint venture* aan bod. De in het EG-Verdrag onder de mededingingsregels opgenomen bepalingen inzake staatssteun (de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag) worden niet betrokken in dit onderzoek. Voor de private handhavingsmogelijkheden in situaties van (beweerdelijk) onrechtmatige staatssteun verwijs ik naar het proefschrift van Adriaanse.[58]

De in dit boek gekozen aanpak brengt met zich mee dat de lezer geen uitputtende bespreking zal vinden van alle rechtspraak betreffende de toepassing door de Nederlandse burgerlijke rechter van het materiële mededingingsrecht. Voor een dergelijk overzicht betreffende de toepassing van het materiële

57 Zie voor een studie naar de plaats van de nationale rechter binnen het rechtsstelsel van de EG in het kader van de regels betreffende het vrij verkeer van goederen de dissertatie van Jarvis: Jarvis 1998.

58 Adriaanse 2006. Zie over de verhouding tussen de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de privaatrechtelijke handhaving van het Europese staatssteunrecht ook mijn bespreking van het proefschrift van Paul Adriaanse; Zippro 2007a, p. 2-4. Het proefschrift is tevens besproken door M.R. Mok, *SEW* 2006, p. 448 e.v.; B. de Bruijne, *M&M* 2006, p. 130-132 en F.O.W. Vogelaar, *RM Themis* 2007, p. 266-269.

mededingingsrecht door de Nederlandse burgerlijke rechter verwijs ik naar de jaarlijks verschijnende rechtspraakoverzichten in de juridische literatuur. Overzichten betreffende de rechtspraak van de burgerlijke rechter met betrekking tot het mededingingsrecht zijn vanaf 1999 jaarlijks te vinden in het tijdschrift *Markt & Mededinging*. De periode voor 1999 is overzichtelijk in kaart gebracht door Pijnacker Hordijk (van 1974 tot april 1987) en VerLoren van Themaat (van 1987 tot juli 1995).[59] Voor wat betreft de toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse burgerlijke rechter en bestuursrechter in 1998 en 1999 geeft de studie van Leeflang een interessant overzicht.[60] De rechtspraak van de burgerlijke rechter met betrekking tot het mededingingsrecht over de periode 2003-2005 is besproken door Haak & VerLoren van Themaat.[61] Zie voor een overzicht van de toepassing van het Europees mededingingsrecht (de artikelen 81 en 82 EG) door de nationale rechters in de EU de website van de Europese Commissie.[62]

1.7 Terminologie en begripsbepaling

1.7.1 Privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijk mededingingsrecht

Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht dient niet verward te worden met handhaving van privaatrechtelijk mededingingsrecht. In het mededingingsrecht wordt wel een onderscheid gemaakt tussen het publiekrechtelijk mededingingsrecht en het privaatrechtelijk mededingingsrecht.

In het publiekrechtelijk mededingingsrecht heeft de overheid zelf een taak bij de handhaving. De overheid ziet toe op de naleving en treedt als dat nodig is op tegen overtreders van de mededingingsregels. Het publiekrechtelijk mededingingsrecht wordt ook wel economisch bestuursrecht, sociaal-economisch recht of economisch ordeningsrecht genoemd. Economisch bestuursrecht (ook wel genoemd sociaal-economisch recht of economisch ordeningsrecht) omvat echter een breder terrein dan enkel het publiekrechtelijk mededingingsrecht. Bij economisch bestuursrecht kan bijvoorbeeld ook worden gedacht aan regelingen als de Wet op het financieel toezicht, de Prijzenwet, de Telecommunicatiewet, de Wet Personenvervoer 2000, de Elektriciteitswet 1998 en

59 Pijnacker Hordijk 1987, p. 484-504; VerLoren van Themaat 1996, p. 156-171. In andere lidstaten van de EU bestaan vaak vergelijkbare rechtspraakoverzichten. Zie bijvoorbeeld voor wat betreft de rechtspraak van de nationale rechter in mededingingszaken in het Verenigd Koninkrijk over de periode tot 2004 het driedelige overzichtsartikel van Rodger: Rodger 2006, p. 241-248, p. 279-292, p. 341-350. Zie ook Whish 1994, p. 60-67.

60 Zie Leeflang 2000. Deze studie heeft alleen een vervolg gekregen voor wat betreft de uitspraken van de Nederlandse bestuursrechter in de periode 2000-2004. Zie Leeflang, Gerbrandy & Pietermaat 2005.

61 Haak & VerLoren van Themaat 2005.

62 http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/.

de Winkeltijdenwet. De mededingingsregels uit het EG-Verdrag (primair EG-recht) vormen een belangrijk deel van wat wel het publiekrechtelijk mededingingsrecht wordt genoemd. Daarbij moet worden gedacht aan het kartelverbod, het verbod op misbruik van een economische machtspositie, de bepalingen inzake staatssteun en tenslotte het concentratietoezicht, welk toezicht gebaseerd is op een aparte concentratieverordening (secundair EG-recht). De Nederlandse Mededingingswet is weer grotendeels gebaseerd op de Europese mededingingsregels.

Het privaatrechtelijk mededingingsrecht bestaat enerzijds uit het intellectuele eigendomsrecht en anderzijds uit het recht inzake de ongeoorloofde mededinging. In het privaatrechtelijk mededingingsrecht heeft de overheid zelf geen taak bij de handhaving. Het zijn de ondernemers, consumenten en de organisaties die hun respectievelijke belangen behartigen zelf, die bepalen of zij al dan niet optreden tegen jegens hen geschonden normen die voortvloeien uit het intellectuele eigendomsrecht of het recht inzake ongeoorloofde mededinging.

In dit boek staat de privaatrechtelijke handhaving van het publiekrechtelijk mededingingsrecht centraal. Het privaatrechtelijk mededingingsrecht blijft buiten beschouwing. De handhaving van het publiekrechtelijk mededingingsrecht wordt vanuit een privaatrechtelijk perspectief bekeken. Het gaat namelijk om privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijk mededingingsrecht. Publiekrechtelijk mededingingsrecht wordt in het vervolg van dit boek dan ook aangeduid met het algemene begrip mededingingsrecht. Met de term mededingingsrecht wordt zowel het Europees mededingingsrecht als het Nederlands mededingingsrecht bedoeld, tenzij ik daar een expliciet onderscheid in maak.

1.7.2 Privaatrechtelijke handhaving of private handhaving van mededingingsrecht?

Private enforcement van mededingingsrecht wordt ook wel omschreven als de handhaving van mededingingsrecht door initiatief of interventie van een private partij.[63] Onder deze definitie vallen echter ook klachten die private personen indienen bij de mededingingsautoriteiten (zoals de Europese Commissie en de NMa). Zo kan sprake zijn van publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, veroorzaakt door het initiatief van een particulier (natuurlijke persoon of rechtspersoon). Tevens kan worden gedacht aan een particulier die als belanghebbende deelneemt in een al lopende procedure tussen een mededingingsautoriteit en de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding van de mededingingsregels kan worden toegerekend (op

63 Ehlermann & Atanaiu 2003, p. xxiii.

communautair niveau bij het Gerecht van Eerste Aanleg, op nationaal niveau in beroep bij de Rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht en in hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven).[64] Deze vormen van handhaving worden in dit boek niet onder de noemer 'privaatrechtelijke handhaving' begrepen.

Komninos definieert *private enforcement* als 'a litigation, in which private parties advance independent civil claims or counterclaims based on the EC competition provisions'.[65] Ik heb er in dit boek bewust voor gekozen niet te spreken over 'private handhaving' maar over 'privaatrechtelijke handhaving'. Dat wil zeggen handhaving door middel van een rechtsfiguur uit het privaatrecht. In de inleiding definieerde ik privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht als het instellen van een vordering door een particulier of een als civiele partij handelende overheid voor de nationale burgerlijke rechter of een scheidsgerecht, op grond van een schending van de regels van het mededingingsrecht, met behulp van een rechtsfiguur uit het privaatrecht.[66] Alhoewel het begrip privaatrechtelijke handhaving niet makkelijk te definiëren valt, is dit mijns inziens de minst slechte definitie. Het moet gaan om een civiele procedure waarbij een of meerdere procespartijen ageren tegen een (vermeende) overtreder van de mededingingsregels. Deze civiele procedure moet een burgerlijk recht tot inzet hebben, zoals bijvoorbeeld het recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Een vordering uit onverschuldigde betaling is ook denkbaar. Daarnaast kan het inroepen van de nietigheid van een overeenkomst bij een vordering tot nakoming van een overeenkomst die in strijd is met de mededingingsregels zeer effectief zijn. Tevens valt te denken aan een rechterlijk verbod of bevel ter zake van (dreigend) onrechtmatig handelen of nalaten.

1.7.3 Toepassing en handhaving van mededingingsrecht

In beginsel worden in dit boek de begrippen 'handhaving' en 'toepassing' van mededingingsrecht door elkaar gebruikt. Wel wordt bij mijn bespreking van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht (hoofdstuk 3) een verschil gemaakt tussen de publiekrechtelijke handhaving en de publiekrechtelijke toepassing van mededingingsrecht. Bij de publiekrechtelijke toepassing van het mededingingsrecht door de Commissie en de NMa wordt het mededingingsrecht niet alleen gehandhaafd, maar wordt ook beleid gemaakt (zie § 3.2 en § 3.3).

---

64 Zie nader hoofdstuk 3 over de publiekrechtelijke handhaving.

65 Komninos 2008, p. 2.

66 In vergelijkbare zin Van Gerven 2002, p. 64. Met de aanduiding particulier doel ik zowel op natuurlijke personen als rechtspersonen.

Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is het verschil tussen handhaving en toepassing minder duidelijk. De rechter past het mededingingsrecht toe. Private partijen proberen het mededingingsrecht te handhaven door er (al dan niet in rechte) een beroep op te doen. Uiteindelijk wordt het mededingingsrecht privaatrechtelijk gehandhaafd omdat het wordt toegepast.

1.7.4 Europees mededingingsrecht

Met Europees mededingingsrecht wordt in dit boek het Europees mededingingsrecht in enge zin bedoeld. Ik doel dan op het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 81 EG en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie zoals neergelegd in artikel 82 EG. Alleen in § 5.6 wordt het begrip Europees mededingingsrecht uitgebreid naar het concentratietoezicht (toezicht op fusies, overnames en *joint ventures*). De bepalingen inzake staatssteun vallen buiten het object van onderzoek. Voor de handhaving van het EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun en de rol die de privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving op initiatief van particuliere rechtssubjecten daarbij kan spelen, verwijs ik zoals reeds gezegd in § 1.6 naar de dissertatie van Adriaanse.[67]

1.7.5 Nederlands mededingingsrecht

Met Nederlands mededingingsrecht wordt in dit boek het Nederlands mededingingsrecht in enge zin bedoeld. Ik doel dan op het kartelverbod zoals neergelegd in hoofdstuk drie (artikel 6) van de Mededingingswet en het verbod om misbruik te maken van economische machtsposities zoals neergelegd in hoofdstuk vier (artikel 24) van de Mededingingswet. Het concentratietoezicht (toezicht op fusies, overnames en *joint ventures*), zoals geregeld in hoofdstuk vijf van de Mededingingswet, speelt bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een ondergeschikte rol. Uiteraard zijn er wel civielrechtelijke gevolgen verbonden aan het feit dat een fusie, overname of *joint venture* door de mededingingsautoriteiten (NMa of de Europese Commissie) wordt verboden. De fusie of overname zal civielrechtelijk nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW, maar in de praktijk wordt vaak gewacht op toestemming van de mededingingsautoriteiten alvorens een fusie of overname definitief doorgang te laten vinden. Het concentratietoezicht komt alleen in § 5.6 aan

67 Adriaanse 2006. Zie over deze dissertatie ook de recensies van M.R. Mok, *SEW* 2006, p. 448 e.v., B. de Bruijne, *M&M* 2006, p. 130-132, Zippro 2007a, p. 2-4 en F.O.W. Vogelaar, *RM Themis* 2007, p. 266-269.

bod. Het begrip Nederlands mededingingsrecht is ook alleen daar uitgebreid naar het concentratietoezicht.

1.7.6 Modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht

Met de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht bedoel ik, zoals reeds in § 1.1.4 is besproken, het proces van hervorming van Verordening 17/62 en de daarmee gepaard gaande inwerkingtreding van Verordening 1/2003 per 1 mei 2004.[68] Het doel van de nieuwe Verordening 1/2003 is een effectievere toepassing van het Europees mededingingsrecht. Er zijn drie belangrijke veranderingen doorgevoerd.

In de eerste plaats de afschaffing van de mogelijkheid tot het verkrijgen van een ontheffing van de Commissie van het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 81 lid 1 EG.[69] Onder de nu van kracht zijnde Verordening 1/2003 zullen ondernemingen zelf moeten beoordelen of ze voldoen aan de exceptie van artikel 81 lid 3 EG.

In de tweede plaats de versterking van de controle achteraf op de naleving van de mededingingsregels, waarbij het zwaartepunt van de activiteiten van de Commissie bij het opsporen van de zware overtredingen van de artikelen 81 en 82 EG ligt.

In de derde plaats een gedecentraliseerde toepassing van de mededingingsregels. Naast de Commissie kunnen ook nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechterlijke instanties de mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen volledig aan het kartelverbod (artikel 81 EG) en de bepaling over het misbruik maken van een economische machtspositie (artikel 82 EG) toetsen. De bevoegdheid om te toetsen aan artikel 81 lid 1 EG en artikel 82 EG bestond reeds, maar het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van artikel 81 lid 3 EG is onder Verordening 1/2003 verdwenen. De bevoegdheid om artikel 81 lid 3 EG toe te passen komt nu toe aan de nationale mededingingsautoriteiten én de nationale rechters. Met de term nationale rechter wordt bedoeld de nationale *burgerlijke* rechter, tenzij

---

68 Zie over de modernisering van het Europees mededingingsbeleid bijvoorbeeld Ehlermann 2000, p. 537-590; Rodger 1999, p. 653-663 en de bijdragen van diverse auteurs in Rivas & Horspool 2000. Ehlermann beschouwt de modernisering van het Europees mededingingsbeleid als een juridische en culturele revolutie.

69 Uitgezonderd de vaststelling van niet-toepasselijkheid op grond van art. 10 Verordening 1/2003. Indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van de art. 81 EG en 82 EG dit vereist, kan de Commissie op grond van art. 10 Verordening 1/2003 ambtshalve bij beschikking vaststellen dat art. 81 EG niet van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van art. 81 lid 1 EG is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van art. 81 lid 3 EG is voldaan. Met betrekking tot art. 82 EG kan de Commissie ook een dergelijke vaststelling doen.

uitdrukkelijk staat vermeld dat met deze term de nationale bestuursrechter wordt bedoeld.

1.7.7 Doelstellingen, doeleinden, doelen en functies

In dit boek maak ik geen principieel onderscheid tussen de begrippen 'doelstellingen', 'doeleinden', 'doelen' en 'functies'. Hoewel verdedigd kan worden dat er subtiele verschillen tussen de begrippen bestaan – zo zou een 'doelstelling' een gedetailleerde beschrijving van de te bereiken eindsituatie dienen te geven, geeft een 'doel' meer een richting aan dan een concrete achteraf toetsbare eindsituatie en ziet een 'functie' meer op de taak of bijzondere werking als zodanig -, heb ik voornamelijk gekozen voor het gebruik van het begrip 'doelstelling'. Met dit begrip doel ik met name op het gestelde doel; datgene waarnaar men streeft.[70] Een enkele keer neigt de betekenis van het begrip 'doelstelling' in dit boek meer naar de feitelijke werking als zodanig (functie) en minder naar het gestelde doel. Zie bijvoorbeeld § 7.2.2, waar ik in navolging van Lindenbergh de voorkeur geef aan de aanduiding 'functie'.[71] Naast de begrippen 'doelstellingen' en 'functies', gebruik ik soms de begrippen 'doeleinden' en 'doelen'.

1.8 Methode van onderzoek

De in dit boek gehanteerde methode van onderzoek naar de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is gebaseerd op analyse en interpretatie van verdragsrecht, wetgeving, rechtspraak en literatuur over het geldende Nederlandse en Europese recht.

Diverse communautaire rechtsbronnen zijn geanalyseerd. Het betreft onder andere het EG-Verdrag (in het bijzonder de artikelen 81 en 82 EG), secundaire communautaire regelgeving (met name Verordening 1/2003 als opvolger van Verordening 17/1962, maar ook bijvoorbeeld de EEX-Vo, de Rome II-Vo en Verordening 139/2004), rechtspraak van het HvJ EG en het GvEA EG en beschikkingen en andere documenten (mededelingen en bekendmakingen) van de Europese Commissie. Onder de laatste categorie valt bijvoorbeeld de Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de

70 Zie het Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal (14e druk 2005). Van Dale geeft als betekenissen: 'het bepalen, kiezen van een of zijn doel' en 'gesteld doel'. Synoniemen zijn 'doeleinde' en 'doelwit'.

71 Vgl. Lindenbergh 1998, p. 30-31; Lindenbergh 2008, p. 5 e.v. Van Dale vermeldt als (in deze context relevante) betekenis van het begrip 'functie': 'bijzondere werking en verrichting; als zodanig werken'. Volgens Lindenbergh gaat het bij het begrip 'functie' om de rol van een bepaald middel ter bevordering van een bepaald doel. Zie Lindenbergh 1998, p. 30.

artikelen 81 en 82 van het Verdrag (zie § 5.4.9). Naast de diverse communautaire rechtsbronnen is voor de beantwoording van de centrale vraagstelling veel aandacht besteed aan bronnen van Nederlands recht. Het betreft met name het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Mededingingswet. Daarnaast is gebruik gemaakt van jurisprudentie van de Hoge Raad, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en lagere rechterlijke instanties. Tevens is aandacht besteed aan de rechtswaarborgen die voortvloeien uit het EVRM (inclusief bestudering van de rechtspraak van het EHRM) en bronnen van Nederlands bestuursrecht en Nederlands strafrecht.

Extern rechtsvergelijkend onderzoek (buitenlands recht) is alleen uitgevoerd daar waar externe rechtsvergelijking het meest functioneel was voor het vinden van mogelijke oplossingen voor bestaande problemen bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Zie bijvoorbeeld de rechtsvergelijking met de Verenigde Staten bij de bespreking van het *passing-on* verweer en indirecte acties (§ 7.9), de bespreking van de mogelijkheid tot verkrijging van *treble damages* (§ 7.10.4), de bespreking van Amerikaanse *class actions* (§ 8.8) en de bespreking van de eisen die kunnen worden gesteld aan de inzet van economische expertise (§ 9.5.5). Een systematisch rechtsvergelijkend onderzoek naar de mogelijkheden van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht in de 27 lidstaten van de EU is achterwege gebleven. De resultaten van een dergelijk rechtsvergelijkend onderzoek in de destijds nog 25 lidstaten van de EU zijn reeds neergelegd in het in opdracht van de Europese Commissie geproduceerde Ashurst rapport en de daarbij gepubliceerde individuele landenrapporten.[72] Tevens kan worden verwezen naar de in 2007 verschenen rechtsvergelijkende studie naar de bestaande mogelijkheden van handhaving van het mededingingsrecht binnen 15 EU-lidstaten *(competition law project of the Common Core Group)*. De rechtsvergelijkende studie is uitgevoerd binnen het Trento project over de *Common Core of European Private Law*.[73]

Intern rechtsvergelijkend onderzoek is uitgevoerd door de mogelijkheden van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te vergelijken met de mogelijkheden van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

72 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004.
73 Möllers & Heinemann 2007.

2 Doelstellingen en inhoud van het mededingingsrecht

2.1 INLEIDING

In dit boek wordt de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht onderzocht. De doelstellingen en de inhoud van het mededingingsrecht staan niet centraal. Desondanks is het wenselijk enige aandacht te besteden aan de doelstellingen en de inhoud van het mededingingsrecht. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is namelijk geen doel op zichzelf, maar dient te worden onderzocht aan de hand van de algemene doelstellingen of doelen van het mededingingsrecht en het burgerlijk recht.[1]

Ik dit hoofdstuk bespreek ik de Europese en Nederlandse mededingingsregels die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevant zijn. Een korte inleidende bespreking van het materiële mededingingsrecht is, zoals in de loop van dit boek zal blijken, onontkoombaar omdat de materiële norm van aanzienlijk belang is bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan met enige kennis van het materiële mededingingsrecht beter worden gepositioneerd op de mededingingsrechtelijke landkaart. De bespreking van het materiële mededingingsrecht beoogt niet meer te zijn dan een inleiding, met name bedoeld voor de civielrechtelijk georiënteerde lezer met weinig specifieke kennis van mededingingsrecht. In § 2.3.3.3 wordt de civielrechtelijke nietigheid van mededingingsbeperkende overeenkomsten of besluiten besproken. In § 2.3.4.5 wordt de civielrechtelijke nietigheid van rechtshandelingen die in strijd zijn met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie besproken. De desbetreffende paragrafen kunnen ook voor de mededingingsrechtelijk georiënteerde lezer interessant zijn, met name de bespreking over conversie van de nietige rechtshandeling (§ 2.3.3.3 sub d) en de bespreking over voortbouwende overeenkomsten (§ 2.3.3.3 sub f).

Ik begin met een korte bespreking van de doelstellingen van het mededingingsrecht. Deze doelstellingen kunnen verschillen, afhankelijk van de vraag of het om Europese mededingingsregels, Nederlandse mededingingsregels of buitenlandse mededingingsregels gaat. De bespreking in dit hoofdstuk is slechts bedoeld om enig inzicht te geven in de vraag waarom mededingings-

1 Welzijn, rechtvaardigheid en menselijke waardigheid worden wel als drievuldig einddoel van het burgerlijk recht gezien. Zie Nieuwenhuis 2006, p. 9-18.

recht überhaupt bestaat en zinvol kan zijn. Een korte bespreking van de doelstellingen van het mededingingsrecht is, evenals een bespreking van de inhoud van het mededingingsrecht, noodzakelijk voor het doen van onderzoek naar de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Zo zal in § 7.6.7 duidelijk worden dat de doelstellingen van mededingingsrecht van belang kunnen zijn bij het vaststellen van de relativiteit van de onrechtmatige daad. Voor een uitgebreidere bespreking betreffende nut en noodzaak van mededingingsrecht verwijs ik naar de vele geschriften die omtrent dit onderwerp zijn verschenen van de hand van de beoefenaren van de economische wetenschap, in het bijzonder de industriële economie.

2.2 DOELSTELLINGEN

2.2.1 Algemeen

Mededinging neemt in onze maatschappij een belangrijke plaats in. Niet alleen in het bedrijfsleven, maar ook in bijvoorbeeld de wereld van politiek, sport, kunst, onderwijs en wetenschap concurreren mensen met elkaar. In veel geledingen van de maatschappij trachten mensen in de gunst van anderen te komen ter verwerving en vergroting van eigen welvaart, welzijn, aanzien en geluk.[2] Mededinging en concurrentie kan zelfs in verband worden gebracht met Darwins evolutietheorie zoals uiteengezet in *On the origin of species*.[3] Het mededingings*recht* beperkt zich echter tot het economische verschijnsel mededinging en is alleen van toepassing op ondernemingen.[4] Het beginsel van vrije ondernemingsgewijze productie brengt mee dat slecht bij uitzondering

2 Van der Kooij & Mulder 2007, p. 1. Welvaart, welzijn, aanzien en geluk hangen vaak nauw met elkaar samen.

3 Charles Darwin, *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life* (1859). Darwins theorie ging uit van vier uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt in zijn theorie is dat alle individuen binnen één soort toevallige variaties vertonen in alle kenmerken en eigenschappen. Het tweede uitgangspunt is dat alle organismen veel meer voortplantingscellen produceren dan er ooit volwassen nakomelingen zullen ontstaan. Het derde uitgangspunt is dat het aantal individuen binnen een soort min of meer constant blijft. Het vierde uitgangspunt is dat er derhalve in de strijd om het bestaan *(struggle for existence, struggle for life)* een hoge sterfte moet optreden. Darwin trok uit deze vier uitgangspunten drie conclusies. In de eerste plaats zullen sommige variaties in de strijd om het bestaan een grotere overlevingskans hebben dan andere *(survival of the fittest)*, en de ouders van de volgende generatie zullen op natuurlijke wijze geselecteerd worden uit die individuen welke het meest doeltreffend zijn aangepast aan hun milieu. In de tweede plaats draagt de erfelijkheid er zorg voor dat de nakomelingen op hun ouders lijken. In de derde plaats zal de daardoor verkregen verbeterde aanpassing behouden blijven. De eerste van zijn drie conclusies heeft onmiskenbaar met mededinging (concurrentie) te maken.

4 Het begrip onderneming zoals bedoeld in art. 81 EG en art. 6 Mw wordt in § 2.3.3.2 nader gedefinieerd.

de vrijheid van mededinging beperkt mag worden. De vrijheid van ondernemers om met elkaar te concurreren en elkaar met *geoorloofde* middelen van de markt te concurreren, kan dan ook als economisch grondrecht worden gekwalificeerd.[5]

Vaak wordt gesteld dat de doelstelling van het mededingingsrecht is gelegen in maximalisering van de welvaart door de optimale allocatie van productiefactoren. Maximalisering van de welvaart door de optimale allocatie van productiefactoren is echter niet de enige doelstelling van het mededingingsrecht. Er zijn veel verschillende beleidsdoelen nagestreefd in naam van het mededingingsrecht.[6] Daarvan hebben sommige niets te maken met welvaart en de optimale allocatie van productiefactoren. Als gevolg hiervan kan mededingingsrecht soms inconsistent en tegenstrijdig zijn.[7] Whish wijst er terecht op dat er geen simpele premisse is waar beslissingen uit voortvloeien door de toepassing van logica alleen. Het mededingingsrecht is onderhevig aan spanningen, nu opvattingen en inzichten betreffende het mededingingsbeleid in de tijd aan veranderingen onderhevig zijn.[8] Wel wordt algemeen aangenomen dat door een effectieve mededinging een aantal voordelen ontstaan. Zo wijst Whish op de stimulering van allocatieve efficiëntie en productie-efficiëntie, het ontstaan van lagere prijzen voor consumenten, de stimulering van innovatie en dynamische efficiëntie zodat er betere producten op de markt beschikbaar komen en het ontstaan van keuzevrijheid voor de consument.[9]

2.2.2 Verhoging van de welvaart

De overheid maakt bij het uitvoeren van economische politiek gebruik van diverse instrumenten. Daarbij kan gedacht worden aan begrotingsbeleid, monetair beleid, inkomens-, loon- en prijsbeleid, betalingsbalansbeleid, groeibeleid en mededingingsbeleid.[10] Het mededingingsrecht kan niet los worden gezien van mededingingstheorie en mededingingspolitiek.[11] Mededingingstheorie en mededingingspolitiek hebben nu eenmaal invloed op de vorming en interpretatie van het mededingingsrecht. Het mededingingsbeleid is erop gericht markten goed te laten werken. Volgens economen leidt een optimale werking van de markt tot hogere welvaart. Allocatieve efficiëntie, dynamische efficiëntie en productie-efficiëntie zijn belangrijke doelstellingen van het mededingingsbeleid die met behulp van marktwerking kunnen worden bereikt.

---

5 Van der Kooij & Mulder 2007, p. 2.
6 Zie over de doelstellingen van het Europees mededingingsrecht ook Wesseling 2000, p. 77-113.
7 Whish 2008, p. 19.
8 Whish 2008, p. 19.
9 Whish 2008, p. 18.
10 Zie bijvoorbeeld Heertje 2003, p. 174.
11 Van den Bergh 1997, p. 7; Van den Bergh 2003, p. 10-19.

Met *allocatieve efficiëntie* wordt bedoeld dat de beschikbare productiemiddelen daar moeten worden ingezet waar ze het meest aan de maatschappelijke welvaart bijdragen. Door de beschikbare productiemiddelen daar in te zetten waar ze het meest aan de maatschappelijke welvaart bijdragen, komt de productie optimaal tegemoet aan de vraag. Een verstoring van de mededinging door de vorming van een kartel of het hebben en misbruiken van een economische machtspositie verhindert het bereiken van allocatieve efficiëntie.[12] Door een verhoging van de allocatieve efficiëntie komt de productie beter overeen met de vraag van de afnemers.

Met *dynamische efficiëntie* wordt bedoeld de mate waarin ondernemingen in staat zijn tot innovatie doordat zij geprikkeld worden om te zoeken naar nieuwe producten.[13] Deze prikkeling ontstaat door de veranderende wensen van consumenten door de toepassing van nieuwe technieken.[14] Bij het ontbreken van enige prikkel zullen er onhandige en ouderwetse modellen geproduceerd blijven worden.[15]

Productie-efficiëntie houdt in dat goederen of diensten tegen zo laag mogelijke kosten worden geproduceerd. De ondernemer die achterblijft bij zijn concurrent en te hoge productiekosten heeft, wordt al snel afgestraft. Door de prikkel om te produceren tegen lagere kosten gaan ondernemers op zoek naar betere productiemethoden.

Al is het kartelrecht in de EG in het begin vooral gericht geweest op het bevorderen van de integratie van de interne mark (§ 2.2.3), geleidelijk aan is daar de doelstelling van het bevorderen van de concurrentie en de bescherming van de welvaart van de consument bijgekomen.[16] Een optimale werking van

12 Zie de bijdrage van de hand van E.J. Kloosterhuis in Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 17-18. Kloosterhuis neemt als voorbeeld een aanbieder van plastic boterhamzakjes die monopolist is. Stel nu dat aanbieders van papieren zakjes wel sterk met elkaar concurreren en consumenten een voorkeur hebben voor plastic zakjes maar dat door het bestaan van het monopolie de monopolist (te) hoge prijzen kan vragen voor de betreffende plastic boterhamzakjes. Afnemers zullen nu uitwijken naar de goedkopere vervangende producten, namelijk de papieren boterhamzakjes. Kloosterhuis laat zien dat door deze vraagverschuiving meer productiemiddelen moeten worden ingezet voor de productie van papieren zakjes en komt terecht tot de conclusie dat dit uit welvaartsoogpunt niet optimaal is. Ingeval de prijs voor plastic boterhamzakjes zou dalen, zou de vraag naar plastic zakjes toenemen en dus de inzet van productiemiddelen verschuiven naar de productie van plastic zakjes. Gevolg is dat een verbetering van de allocatieve efficiëntie optreedt omdat de productie meer in overeenstemming is met de voorkeuren van de afnemers. Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 17-18.

13 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 18.

14 Zie bijvoorbeeld Heertje 2003, p. 176.

15 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 18.

16 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 19; Wesseling 2000, p. 48-49; Craig & De Búrca 2007, p. 950-952. Zie ook mijn bespreking in § 7.7.12 over de relativiteit van de relevante mededingingsrechtelijke norm en de daar vermelde literatuur. In de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet komt de bescherming van de consument ook naar voren. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 9-10 en p. 23-24.

de markt die mede met behulp van het mededingingsrecht kan worden bereikt, zal uiteindelijk tot een hogere allocatieve efficiëntie leiden. Een hogere allocatieve efficiëntie zal uiteindelijk tot een hogere welvaart leiden.

2.2.3 Interne markt

2.2.3.1 Integratiedoelstelling vs. economische doelstelling

De Europese mededingingsregels hebben oorspronkelijk twee doelstellingen. De creatie en instandhouding van een hogere welvaart door middel van een optimale allocatie van productiefactoren en het bevorderen van de Europese marktintegratie.[17] Er wordt dan ook wel gesproken over de economische doelstelling en de integratiedoelstelling.[18] Het verwijderen van barrières voor het totstandkomen van de interne Europese markt werd oorspronkelijk zelfs belangrijker gevonden dan economische efficiëntieoverwegingen.[19] Het opruimen van belemmeringen voor het interstatelijk verkeer (zoals de interne markt en het mededingingsbeleid) hoort dan ook nog steeds, samen met het gemeenschappelijk aanpakken van problemen (zoals energiepolitiek, milieuvervuiling, terrorisme) en het benutten van schaalvoordelen (zoals buitenlandse politiek en de Economische en Monetaire Unie), tot de kerntaken van de EU.[20] In de loop der tijd zijn de economische efficiëntieoverwegingen belangrijker geworden. Economische efficiëntieoverwegingen vormen tegenwoordig de belangrijkste theoretische grondslag van het mededingingsrecht.[21]

2.2.3.2 Doelstelling van het Europees mededingingsrecht

Door het vrij verkeer van goederen, diensten, kapitaal en personen is binnen de EU een begin gemaakt met het instellen van een gemeenschappelijke markt, waardoor vraag en aanbod uit alle lidstaten elkaar kunnen ontmoeten.[22] De vier vrijheden kunnen echter niet garanderen dat marktdeelnemers op de communautaire markt overal gelijke kansen hebben.[23] Er bestaat pas een ruimte waarin de allocatie van productiefactoren primair geregeld wordt door het marktmechanisme, indien marktdeelnemers overal op de communautaire markt gelijke concurrentiekansen hebben (een open markt met vrije mededin-

17 Zie bijvoorbeeld Ehlermann 1992, p. 257. Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van de politieke doelen van het mededingingsrecht Gerber 1998.
18 Bishop & Walker 2002, p. 3-6.
19 Vgl. Bishop & Walker 2002, p. 5; Wesseling 2000, p. 32 e.v.
20 F. Bolkestein, *De Verenigde Staten van Europa*, paradisolezing 18 mei 2008.
21 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 16-53; Jones & Sufrin 2004, p. 2-18.
22 Barents & Brinkhorst 2006, p. 387.
23 HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88 *(Telecom I (FR)),Jur.* 1991, p. I-1223; HvJ EG 9 november 1995, zaak C-91/94 *(Tranchant), Jur.* 1995, p. I-3911.

ging ex artikel 4 EG). Voor gelijke concurrentiekansen voor ondernemingen is in de eerste plaats vereist dat ondernemingen zich marktconform gedragen. Om de concurrentie te beperken zijn ondernemingen geneigd afspraken te maken over de verdeling van markten. Deze afspraken kunnen de door het EG-Verdrag beoogde samensmelting van de nationale markten verhinderen.[24] Ondernemingen met een sterke economische positie (collectief of individueel) hebben minder van de concurrentie te vrezen en kunnen daarom makkelijker aan andere marktdeelnemers hun wil opleggen. Het bedrijfsleven mag geen afspraken maken of in stand houden die de invoer en uitvoer naar andere lidstaten kunnen belemmeren. Hetgeen aan de lidstaten door middel van met name het vrij verkeer van goederen (artikel 28 EG) en het vrij verkeer van diensten (artikel 49 EG) wordt verboden, kan niet aan de ondernemingen worden toegestaan.[25] Dit is een belangrijke reden voor het bestaan van de verboden die zijn neergelegd in de artikelen 81 en 82 EG.[26]

Naast het zorgen voor een open markt (de vier vrijheden) en het controleren van het ondernemingsgedrag (via het verbod om mededingingsbeperkende afspraken te maken ex artikel 81 EG en via het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie ex artikel 82 EG) is van belang het verbod op door de Commissie niet goedgekeurde staatssteun (artikelen 87 en 88 EG), de harmonisatie van wetgeving van de lidstaten en de Economische en Monetaire Unie (EMU).[27] In dit boek staat het controleren van het ondernemingsgedrag centraal vanuit het perspectief van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het is echter goed om bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht de plaats en de doelstelling van het Europees mededingingsrecht in het oog te houden.

Het mededingingsrecht kan helpen de handel tussen de lidstaten te stimuleren door het creëren van een zogenaamd '*fair level playing field*' voor ondernemingen in de EU. Als gevolg van het feit dat een van de doelen van het Europees mededingingsrecht het bevorderen van de Europese marktintegratie is, zijn er door de mededingingsautoriteit wel beslissingen genomen die niet zouden zijn genomen ingeval de interne markt geen rol zou spelen bij de totstandkoming van een beslissing.[28]

2.2.3.3 Doelstelling van het Nederlands mededingingsrecht

Hoewel het Nederlands mededingingsrecht zoveel mogelijk aansluit bij het Europees mededingingsrecht, is er wel een verschil in doelstelling. Het bevor-

24 Barents & Brinkhorst 2006, p. 387.
25 Barents & Brinkhorst 2006, p. 387; Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 5.
26 Barents & Brinkhorst 2006, p. 387; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 647. Zie HvJ EG 23 september 1964, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449.
27 Zie bijvoorbeeld Barents & Brinkhorst 2006, p. 301-302, p. 387-388, p. 408-420, p. 420-435; Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, hoofdstukken VIII, IX en X.
28 Zie Whish 2008, p. 23.

deren van de Europese marktintegratie is uiteraard geen doelstelling van het Nederlands mededingingsrecht. De doelstelling van het Nederlands mededingingsrecht sluit dan ook slechts gedeeltelijk aan bij de doelstelling van het Europees mededingingsrecht. De doelstelling sluit aan bij het Europees mededingingsrecht omdat het volgens de Nederlandse regering ongewenst is dat op één Europese markt significante verschillen bestaan in het mededingingsbeleid tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en de Europese Commissie.[29] De Mededingingswet moet bijdragen aan een goed functionerend marktmechanisme in de Europese context van de Nederlandse economie. De minister verwoordt het in de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet als volgt:

> 'De primaire functie van het marktmechanisme in een markteconomie is dat het ondernemers, werknemers en consumenten niet alleen stuurt, maar ook stimuleert en disciplineert. Wanneer dat mechanisme, om welke reden dan ook, die functies niet goed meer kan uitvoeren, dan vermindert dat het kwaliteitsbewustzijn en de prikkel om te zoeken naar nieuwe en betere producten en diensten. Ook dat zijn in zekere zin kosten; nadelige effecten die op den duur zwaar kunnen gaan wegen in het internationale spel om de gunsten van de consument en de investeerder.'[30]

Dynamische en scherp reagerende markten zijn volgens de Nederlandse regering essentieel voor een internationaal vervlochten markteconomie als de Nederlandse.[31] De minister vervolgt in de Memorie van Toelichting:

> 'Sturing en zelfbescherming tegen concurrentie door kartels of door kartelmatig functionerende samenwerkingsverbanden zijn schadelijk voor het prestatievermogen van een land. Hetzelfde geldt voor concentraties van economische macht. In deze visie staat Nederland niet alleen; het belang van een goede marktwerking wordt tegenwoordig onderschreven door de meeste handelspartners in de OESO en de Europese Unie. De laatste jaren is nationaal en internationaal de overtuiging gegroeid dat de werking van de goederen- en dienstenmarkten in Nederland te wensen over laat en dat de structurele problemen van Nederland op het gebied van werkgelegenheid en groei onder meer verband houden met een jarenlang te lankmoedig uitgevoerd mededingingsbeleid.'[32]

Voor wat betreft de materiële regels wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de mededingingsbepalingen in het EG-Verdrag en de jurisprudentie van het GvEA EG en het HvJ EG. Europeesrechtelijke precedenten werken daarom in de regel direct door in het Nederlands mededingingsrecht.[33] Voor de in-

29 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 7 (MvT).
30 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 3 e.v. (MvT).
31 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 3-4 (MvT).
32 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 3-4 (MvT).
33 Vgl. Mok 2004, p. 69-70.

houd van de materiële norm verwijs ik dan ook naar mijn bespreking van het Europees mededingingsrecht in § 2.3. In § 2.3.5 en 2.3.6 zal ik tevens enige aandacht schenken aan de bepalingen en criteria die afwijken van het Europees mededingingsrecht.

De minister verwoordt de inhoudelijke oriëntatie van het Nederlandse mededingingsrecht op het Europese mededingingsrecht in de Memorie van Toelichting als volgt:

> 'De bepalingen inzake mededingingsafspraken en misbruik van een economische machtspositie in dit wetsvoorstel zijn georiënteerd op die uit het EG-Verdrag, maar zijn geen kopie daarvan. Niet alle bepalingen en criteria uit de EG-mededingingsregels zijn passend voor een nationale mededingingswet. Het gaat daarbij vooral om belangen die samenhangen met en criteria die zijn afgestemd op de verhoudingen op de Europese markt. Een voorbeeld is het element van de beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten uit de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, dat niet is overgenomen in het verbod van mededingingsafspraken in artikel 6 en het verbod van misbruik van een economische machtspositie in artikel 24 van het voorstel van wet. Een ander voorbeeld zijn de criteria uit de EG-Bagatelbekendmaking die niet zijn overgenomen in de bagatelvrijstelling in artikel 7. Uitgangspunt is wel, dat de mededingingswet niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de EG-mededingingsregels. Met het zoveel mogelijk overnemen van de formulering van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag wordt beoogd, dat de toepassing van de mededingingswet in belangrijke mate wordt beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Gerecht van eerste aanleg en van het Hof van Justitie van de EG. Ook het systeem van concentratietoezicht in het voorstel van wet sluit zoveel mogelijk aan bij dat van het EG-recht.'[34]

2.2.4 Bescherming van de welvaart van consumenten

Bescherming van de welvaart van consumenten is een centrale doelstelling van het mededingingsrecht.[35] Uiteindelijk is mededinging bedoeld om de voordelen aan de consument te geven. Whish wijst er echter op dat de bescherming van de consumentenwelvaart niet alleen door de bescherming van het proces van mededinging wordt nagestreefd, maar soms ook door het nemen

34 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10 (MvT).

35 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01 *(Österreichische Postsparkasse)*, *Jur.* 2006, p. II-1601. R.o. 115 luidt: 'In dit verband zij eraan herinnerd dat de regels die een onvervalste mededinging op de interne markt beogen te verzekeren, uiteindelijk tot doel hebben het welzijn van de consument te verhogen.' Zie ook GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 *(GlaxoSmithKline)*, *Jur.* 2006, p. II-2969. R.o. 119 luidt: '(…) moet daarvoor bovendien worden onderzocht of [de overeenkomst] ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op de betrokken markt ten nadele van de eindgebruiker wordt belemmerd, beperkt of vervalst en het mededingingsrecht daarop dus van toepassing is.'

van directe maatregelen tegen ondernemingen die de mededingingsregels overtreden.[36] Te denken valt aan een gedwongen verlaging van de (consumenten)prijs. Deze op korte termijn succesvolle maatregelen kunnen op de lange termijn soms een averechts effect hebben. Zo kan de producent besluiten de markt helemaal te verlaten als er onredelijke maatregelen worden geëist op grond van het mededingingsrecht.

Voor wat betreft de Europese mededingingsregels is uit het derde lid van artikel 81 EG de bescherming van de welvaart van de consument af te leiden uit de voorwaarde dat 'een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt.' In de Engelstalige tekst van het EG-Verdrag is het woord 'gebruikers' vertaald met '*consumers*'. In *Österreichische Postsparkasse* heeft het GvEA EG dan ook overwogen dat de regels die een onvervalste mededinging op de interne markt beogen te verzekeren, uiteindelijk tot doel hebben het welzijn van de consument te verhogen.[37]

Gesteld zou kunnen worden dat er sprake is van een niet toegestane beperking van de mededinging ingeval de consument er op achteruit zou gaan, zelfs indien de totale welvaart door kartelvorming zal toenemen.[38] Een toename van efficiëntiebesparingen kan volgens het Europees mededingingsrecht mogelijke negatieve distributie-effecten voor consumenten niet compenseren.[39] In artikel 82 EG (sub b) worden de belangen van consumenten (in de Nederlandse vertaling wordt hier de term 'verbruikers' gehanteerd) expliciet genoemd. Het is nooit betwijfeld dat artikel 81 EG en artikel 82 EG dezelfde belangen beschermen. Daarnaast valt nog te wijzen op artikel 153 lid 2 EG, waarin is bepaald dat bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Gemeenschap op andere gebieden (dus inclusief het mededingingsbeleid) rekening wordt gehouden met de eisen ter zake van consumentenbescherming.[40]

Heertje verdedigt in zijn afscheidsrede zelfs de hypothese dat het mededingingsbeleid uiteindelijk beoogt de welvaart van de consumenten van nu en straks te verhogen en Pareto-verbeteringen tot stand te brengen die in de richting gaan van Pareto-optimaliteit. Het doel dat door middel van concurrentie kan worden bereikt is het realiseren van een Pareto-efficiënte allocatie, een situatie waarbij de middelen zo worden ingezet dat geen enkele consument beter af kan zijn zonder dat een andere consument er op achteruit gaat.[41]

---

36 Whish 2008, p. 19-20.

37 GvEA EG 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01 *(Österreichische Postsparkasse)*, *Jur.* 2006, p. II-1601, r.o. 115.

38 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 41-42, p. 52-53.

39 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 41.

40 Van Gerven 2007, p. 32, in het bijzonder voetnoot 52; Stuyck 2005, p. 1-30.

41 In de paretiaanse welvaartstheorie is sprake van Pareto-optimaliteit indien in de situatie waarbij sprake is van algemeen evenwicht tevens sprake is van het feit dat geen enkele consument in welvaart vooruit kan gaan zonder dat een andere consument in welvaart achteruit zal gaan. De paretiaanse welvaartstheorie maakt een verbinding tussen 'de

Heertje constateert dat achter de in het EG-Verdrag neergelegde bepalingen over de mededinging en de steunmaatregelen van staten geen consistente visie ten grondslag ligt.[42] Hij kan 'met enige goede wil' nog wel een sociale welvaartsfunctie onderkennen, 'voor zover het gaat om productie respectievelijk groei, technische ontwikkeling, werkgelegenheid en het bevorderen van concurrentie.'[43] Of en waarom deze aspecten van belang zijn wordt echter niet duidelijk.[44] In zijn visie komt, mede voor het scheppen van enige orde in het gefragmenteerde mededingingsbeleid, aan de paretiaanse welvaartstheorie grote praktische betekenis toe. Gelet op de publieke uitingen van de huidige mededingingscommissaris Kroes heeft zij in zijn visie pareto-optimaliteit tot norm voor haar beleid verheven. Maatregelen die de Commissie neemt op het terrein van de mededinging worden zijns inziens beslissend getoetst aan het verbeteren van de positie van de consument.

Heertje constateert mijns inziens terecht dat de publieke uitingen en voorstellen van de binnen de huidige Commissie verantwoordelijke mededingingscommissaris meer en meer in het teken staan van het versterken van de positie van de consument. De Italiaanse mededingingscommissaris Monti en zijn Nederlandse opvolgster Kroes hebben herhaaldelijk benadrukt dat het doel van de mededingingsregels gericht is op de bescherming van consumenten.[45] Kroes stelt zelfs het consumentensurplus voorop, ook als dit ten koste gaat van concurrenten.[46] Het doel van de Europese mededingingsregels lijkt dus steeds meer gericht op het verhogen van de welvaart door middel van de bescherming van de belangen van consumenten.

In § 7.6.7 zal blijken dat deze conclusie van belang is voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, nu bij acties van consumenten ter verkrijging van schadevergoeding dient te worden voldaan aan de eis dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (de relativiteit van de onrechtmatige daad). Zie voor de beschermingsomvang van de artikelen 81 en 82 EG en de artikelen 6 en 24 Mw mijn bespreking in § 7.6.7.

---

subjectieve en formele welvaart, die consumenten ontlenen aan het bevredigen van behoeften' enerzijds en 'de allocatie van de goederen' anderzijds. Zie over de paretiaanse welvaartstheorie Heertje 2006, p. 7-8. Heertje beschrijft het als een 'allocatietheorie die bij wijze van definitie verwijst naar een technisch bereikbare allocatie, met de eigenschap dat elke consument het nut maximeert dat aan zijn goederencombinatie wordt ontleend, gegeven het nutsniveau van andere consumenten. Daar de paretiaanse welvaartstheorie de welvaart van de burgers uitsluitend beschouwt uit het oogpunt van individuele voorkeuren als consumenten, houdt in die gedachtegang een Pareto-optimum ook optimale maatschappelijke welvaart in.' Heertje 2006, p. 8; Van Damme 2000. Zie over Pareto-optimaliteit in het kader van het mededingingsrecht Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 16-53.

42 Heertje 2006, p. 16.

43 Heertje 2006, p. 16.

44 Heertje 2006, p. 16 en de daar vermelde literatuur. Zie bijvoorbeeld Motta 2004.

45 Kroes 2005b; Monti 2003.

46 Kroes 2005b; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76.

2.2.5 Spreiding van economische macht en herverdeling van middelen

Spreiding van economische macht en de herverdeling van rijkdom kan een andere doelstelling van het mededingingsrecht zijn. De concentratie van rijkdommen in de handen van monopolisten, multinationals en andere conglomeraten kunnen een bedreiging vormen voor de democratie, de individuele keuzevrijheid en de economische mogelijkheden die eenieder ter beschikking staan.[47]

Whish wijst op de Verenigde Staten, waar gedurende lange tijd een fundamenteel wantrouwen bestond jegens grote conglomeraten. Als voorbeeld wijst hij op de waarschuwing van president F.D. Roosevelt aan het Amerikaanse congres in 1938. Roosevelt was een uitgesproken tegenstander van kartels.[48] Hij vreesde de rol die grote Amerikaanse ondernemingen zouden kunnen gaan spelen als ze zich aaneen sloten in kartels (die reeds in 1890 verboden waren door de Sherman Act) en relateerde kartels in de jaren dertig van de vorige eeuw direct aan de werkloosheid die gepaard ging met de toen heersende economische crisis. Roosevelt was ervan overtuigd dat Duitse kartels tevens medeverantwoordelijk waren voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog.[49] De Duitse kartels zouden ook een grote invloed kunnen uitoefenen op de Amerikaanse economie en de nationale veiligheid. Roosevelt waarschuwde:

> 'Unhappy events abroad have retaught us to simple truths about the liberty of a democratic people.
> The first truth is that the liberty of a democracy is not safe if the people tolerate the growth of private power to a point where it becomes stronger than their democratic state itself. That, in essence, is fascism – ownership of government by an individual, by a group or by any other controlling private power.
> The second truth is that the liberty of a democracy is not safe if its business system does not provide employment and produce and distribute goods in such a way as to sustain an acceptable standard of living.
> Both lessons hit home.
> Among us today a concentration of private power without equal in history is growing. This concentration is seriously impairing the economic effectiveness of private enterprise as a way of providing employment for labor and capital and

47 Whish 2008, p. 20; Amato 1997, p. 2-3.

48 Evenals zijn voorganger en naamgenoot Theodore Roosevelt (president van de VS van 1901-1909) die bekend is geworden als een fanatieke '*trust buster*'.

49 De bestuurders van de Duitse ondernemingen Krupp, Flick en IG Farben zijn tijdens de processen van Neurenberg ook veroordeeld voor hulp aan het nazi-regime bij de voorbereiding van Hitlers oorlogsvoering. Zie het *Flick-Prozess* (rechtszaak V), het *I.G.-Farben-Prozess* (rechtszaak VI) en het *Krupp-Prozess* (rechtszaak X).

> as a way of assuring a more equitable distribution of income and earnings among the people of the nation as a whole.'[50]

De situatie die Roosevelt beschreef, is vandaag de dag nog steeds actueel. Er bestaan verschillende multinationals met een grotere omzet dan tal van nationale staten. Daar staat tegenover dat de overheid zich, mede als gevolg van deze ontwikkelingen, meer en meer beweegt op bovenstatelijk niveau. Denk aan internationale organisaties als de Europese Unie (regionaal) en de Wereldhandelsorganisatie (internationaal). Een recent voorbeeld waarbij het mededingingsrecht werd ingezet tegen een multinational die werd beschuldigd van het maken van misbruik van een machtspositie is de strijd tegen Microsoft.[51] Het ingrijpen van de Amerikaanse en Europese overheid wegens schendingen van het mededingingsrecht door Microsoft kan worden gezien als een voorbeeld van de herverdelende doelstelling van het mededingingsrecht.[52]

2.2.6 Bescherming van concurrenten; *small is beautiful*

De bescherming van kleinere concurrenten tegen de grotere concurrenten kan worden gezien als een doelstelling van het mededingingsrecht die samenhangt met de zojuist besproken herverdelingsdoelstelling (§ 2.2.5). De kleinere concurrenten moeten een eerlijke kans krijgen om te slagen in de concurrentiestrijd. De bescherming van kleine en middelgrote ondernemingen wordt meestal gerechtvaardigd door te verwijzen naar het behoud van *equal opportunities*, een specifiek concept van rechtvaardigheid.[53] Hoewel deze zienswijze door economen niet erg overtuigend wordt gevonden, wordt in Europa ook waarde gehecht aan de decentralisering van macht en de bescherming van de beslissingsvrijheid van onafhankelijke ondernemingen (zie de herverdelingsdoelstelling zoals besproken in § 2.2.5).[54] Het nastreven van allocatieve efficiëntie, dynamische efficiëntie en productie-efficiëntie is in Europa niet het enige doel van het mededingingsrecht. In de EU worden kleine en middelgrote

---

50 F.D. Roosevelt, 'Message from the President of the United States Transmitting Recommendations Relative to the Strengthening and Enforcement of Anti-trust Laws, Recommendations to the Congress', 29 april 1938, S. Doc. No. 137, 75th Cong., 3rd. sess. Zie ook *The American Economic Review*, Vol. 32, No. 2, Part 2, 'Supplement, Papers Relating to the Temporary National Economic Committee' (Jun., 1942), p. 119-128.

51 Zie ook Whish 2008, p. 20.

52 Zie GvEA EG 17 september 2007, zaak T-201/04 *(Microsoft)*, *Jur.* 2007, p. II-3601. Het ingrijpen van de Europese overheid (de Commissie) is effectiever gebleken dan het ingrijpen van het *United States Department of Justice* en een twintigtal staten. Het *United States Department of Justice* is uiteindelijk (onder sterke politieke druk) in 2001 een controversiële schikking overeengekomen met Microsoft die nauwelijks gevolgen had voor de positie van Microsoft. Zie zeer kritisch McKenzie 2000.

53 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 50.

54 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 50-51.

ondernemingen door het mededingingsrecht beschermd ter bevordering van een gezond competitief klimaat.[55] Zie bijvoorbeeld de minimisbekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81 lid 1 EG.[56]

In zaken betreffende artikel 82 EG (misbruik van een economische machtspositie) is het mededingingsrecht ook gebruikt om de concurrent te beschermen. Whish wijst hierbij op de invloed die is uitgegaan van de zogenaamde *'Freiburg School of ordoliberalism'* of *'Freiburger Schule des Ordoliberalismus'*.[57] De aanhangers van deze stroming waren van mening dat de vrije markt, hoewel noodzakelijk in de liberale economie, niet toereikend is. Een economische constitutie is volgens deze stroming noodzakelijk om de economische macht van ondernemingen te beperken. Indien de staat geen actieve maatregelen zou nemen ter bevordering van de mededinging, zouden niet alleen monopolisten en oligopolisten ontstaan die de voordelen van marktwerking zouden belemmeren, maar zou ook mogelijk de democratie zelf worden ondermijnd. Economische macht zou namelijk makkelijk kunnen worden omgezet in politieke macht. Aan de andere kant moest de overheid geen onbelemmerde controle over het gedrag van deze ondernemingen verkrijgen, nu publieke macht even schadelijk kon zijn als private macht. Door middel van wet en regelgeving zou zowel de publieke macht als de private macht binnen de perken kunnen worden gehouden. Kleine en middelgrote ondernemingen zouden uiteindelijk bij deze regelgeving het meeste baat hebben.[58]

Ordoliberalisme is als stroming ontstaan gedurende de jaren dertig, veertig en vijftig van de vorige eeuw. Duitse economen probeerde een sociale markteconomie te ontwikkelen. Whish wijst op het feit dat deze stroming een directe invloed heeft gehad op de personen die waren betrokken bij de oprichting van de drie Europese gemeenschappen in de jaren vijftig. Dit zou hebben geleid tot beslissingen en uitspraken waarin het recht werd gebruikt om concurrenten te beschermen in plaats van het proces van mededinging te beschermen.[59] Deze bescherming voor kleine en middelgrote ondernemingen bestond vroeger ook in de Verenigde Staten, maar vormt onder invloed van de huidige economische inzichten geen doelstelling meer van het Amerikaanse antitrustrecht. Het is de vraag of het mededingingsrecht niet het bereiken van economische efficiëntie moet laten prevaleren boven de bescherming van kleinere concurrenten. Mededingingsrecht kan anders worden gebruikt om de inefficiënte ondernemingen in stand te houden en de prestaties van de efficiënte ondernemingen te belemmeren. De economen behorende bij de 'Chicago School' hebben in de Verenigde Staten veel kritiek geuit op de

55 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 50.
56 *PbEG* 2001, C 368/13.
57 Whish 2008, p. 21-22; Gerber 1998, hoofdstuk VII.
58 Whish 2008, p. 21-22.
59 Whish 2008, p. 21-22.

bescherming van de kleine concurrent en het belemmeren van het Darwinistische principe dat de meest efficiënte onderneming de inefficiënte onderneming overleeft. De 'Chicago School' legt de nadruk op de vraag of de onderzochte gedraging ertoe leidt dat consumenten hogere prijzen moeten betalen. Het uiteindelijk beschermen van inefficiëntere concurrenten tegen efficiëntere concurrenten is schadelijk voor de welvaart van de consument.

2.2.7 Industriepolitiek en sociaal-economisch beleid

Het mededingingsrecht kan een belemmering vormen voor het voeren van industriepolitiek, omdat de vrijheid van de overheden om zich actief te bemoeien met de industriële productie wordt beperkt. Mededingingsrecht kan echter ook gebruikt worden voor het voeren van industriepolitiek. Het betreft dan het voeren van economisch beleid om de industriële productie in een bepaalde richting te bevorderen. Industriepolitiek kan de omvang en samenstelling van de Europese of nationale industrie beïnvloeden. Bij het verlenen van een ontheffing op grond van artikel 81 lid 3 EG kunnen industriepolitieke overwegingen een rol spelen. Bij het toezicht van de mededingingsautoriteiten op concentraties en staatssteun kunnen ook allerlei politieke overwegingen een rol spelen. Industriepolitiek speelt bijvoorbeeld een belangrijke rol bij het creëren en in stand houden van Europese kampioenen. Denk bijvoorbeeld aan de Europese vliegtuigbouwer Airbus die het tegen de Amerikaanse vliegtuigbouwer Boeing moet opnemen op de wereldmarkt voor vliegtuigen. Op het gebied van staatssteun en de rol van industriepolitiek valt naast de luchtvaartindustrie bijvoorbeeld te denken aan de automobielindustrie (met name van belang voor landen met een belangrijke automobielindustrie zoals Duitsland en Frankrijk).[60] Politieke overwegingen spelen ook een rol bij het toestaan van de verlening van staatssteun aan de financiële sector. Staatssteun wordt soms toegestaan omdat instellingen die van groot belang zijn voor de financiële infrastructuur van de lidstaten (zoals grote banken en verzekeraars) niet ongecontroleerd mogen omvallen.

Het mededingingsrecht kan als politiek instrument gebruikt worden om te bepalen wie (commercieel gezien) de belangrijke beslissingen neemt, de markt zelf of de mededingingsautoriteiten die het gedrag van ondernemingen controleren.[61] Een bepaalde mate van controle op de vrije markt kan soms noodzakelijk zijn om een sociaal wenselijke uitkomst te krijgen. Mededingingsrecht kan dan ook worden gebruikt voor het voeren van sociaal-economisch beleid.

Indien de overheid aanzienlijke (beleids)bevoegdheden geeft aan de mededingingsautoriteiten, speelt vervolgens de politieke en democratische vraag

60 Zie Swaak 1999, p. 277 e.v.
61 Whish 2008, p. 23-24.

wie het uiteindelijk bij de mededingingsautoriteiten voor het zeggen hebben. Worden deze personen benoemd of gekozen? Hoe worden de besluiten van een mededingingsautoriteit gecontroleerd? Het zijn politieke vragen die van groot belang zijn bij toezichthouders in het algemeen en bij de handhaving van het mededingingsrecht door mededingingsautoriteiten in het bijzonder.[62] Aan de ene kant bestaat in de maatschappij de neiging om een (te) grote private macht van ondernemingen gevaarlijk te vinden en daarom als tegenwicht de macht van de overheid te vergroten, aan de andere kant bestaat in de maatschappij de neiging om een toename van de macht van de overheid erger te vinden dan een toename van de private macht. Dit hangt in grote mate af van de politieke gezindheid.[63]

De privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kan worden gezien als een manier om het initiatief bij de handhaving van het mededingingsrecht meer bij private partijen te leggen en minder bij de mededingingsautoriteiten. Op deze wijze spelen politieke belangen en mogelijke politieke willekeur een zo klein mogelijke rol. Het mededingingsrecht zou door middel van de privaatrechtelijke handhaving meer Recht met een hoofdletter R kunnen worden. Daarbij moet worden aangetekend dat de meeste mededingingsautoriteiten op enige afstand van de politiek staan. Een mededingingsautoriteit kan echter nog altijd op grond van beleidsmatige overwegingen besluiten dat bepaalde gedragingen binnen de mogelijkheden van de wetgeving worden uitgezonderd van het kartelverbod (door bijvoorbeeld een uitzonderingsmogelijkheid meer of minder ruim toe te passen). Tevens kan een mededingingsautoriteit beslissen dat bepaalde gedragingen die in strijd zouden kunnen zijn met het kartelverbod of het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie niet nader worden onderzocht of gehandhaafd wegens andere prioriteiten.

2.3 Inhoud van het mededingingsrecht

2.3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik, naast de doelstellingen van het mededingingsrecht, tevens de inhoud van de Europese en Nederlandse mededingingsregels die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevant

62 Whish 2008, p. 23-24.

63 Whish 2008, p. 23-24; Amato 1997, p. 4. Bij de verhouding tussen enerzijds macht in handen van particulieren en anderzijds macht in handen van de overheid valt te denken aan de in de vorige eeuw gevoerde ideologische strijd tussen het communisme en het kapitalisme. In het communisme zijn de productiefactoren gemeenschappelijk eigendom (beheert door een centrale autoriteit) en zorgt een bureaucratisch budgetmechanisme voor onderlinge afstemming van beslissingen. In het kapitalisme zijn de productiefactoren in handen van particulieren en zorgt een marktmechanisme voor onderlinge afstemming van beslissingen.

zijn. Ik bespreek in dit hoofdstuk de verschillende begrippen die worden gebruikt in artikel 81 EG en artikel 82 EG. Voor een grondiger bespreking verwijs ik naar de commentaren, handboeken en leerboeken over het materiële mededingingsrecht.[64] De literatuur en jurisprudentie op dit gebied is ruimschoots aanwezig en goed toegankelijk. Een korte uiteenzetting van het materiële mededingingsrecht is noodzakelijk omdat het belang van de materiële norm bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet valt te onderschatten. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan met enige kennis van het materiële mededingingsrecht beter worden gepositioneerd op de mededingingsrechtelijke landkaart.

2.3.2 Belang van de materiële norm

De begrippen die in de artikelen 81 en 82 EG worden gebruikt (zoals onderneming, overeenkomsten, besluiten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen, concurrentiebeperkingen, invloed op de tussenstaatse handel, misbruik en machtspositie), zijn in de rechtspraak van het HvJ EG en het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) nader verklaard. Het betreffen communautaire begrippen die niet dienen te worden verward met de vergelijkbare begrippen in het nationale burgerlijk recht. Zo zijn het Burgerlijk Wetboek en de daarbij horende jurisprudentie voor de uitleg van het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81 EG niet doorslaggevend. Nu de wetgever met de Mededingingswet heeft willen aansluiten bij de artikelen 81 en 82 EG dienen ook de vergelijkbare begrippen in de Mededingingswet communautair te worden uitgelegd.

De materieelrechtelijke normen bestaan uit algemeen en breed geformuleerde verbodsnormen en de gehanteerde mededingingsrechtelijke begrippen en concepten staan niet altijd vast.[65] Nu is dit laatste in het recht een algemeen voorkomend verschijnsel, zoals ook blijkt uit de veelvuldig geciteerde woorden van Vranken in zijn algemeen deel waar hij het recht als een discursieve grootheid omschrijft en dit vervolgens uitlegt als 'het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging zowel in abstracto als bij de beslissing in concreto'.[66] Desalniettemin zijn de materieelrechtelijke normen in het mededingingsrecht niet altijd even makkelijk te doorgronden,

64 Voor een uitgebreidere beschouwing over het materiële Europese mededingingsrecht verwijs ik naar de gangbare handboeken. Zie bijvoorbeeld Goyder 2003; Jones & Sufrin 2004; Van Bael & Bellis 2005; Ritter & Braun 2005; Furse 2006; Bellamy & Child 2007; Faull & Nikpay 2007; Whish 2008. Voor een uitgebreidere beschouwing over het Nederlandse mededingingsrecht verwijs ik naar het handboek van Mok 2004 en het (inleidende) studieboek van Slot, Swaak & Mulder 2007. Zie voor een beknopt artikelsgewijs commentaar op de Mededingingswet: Tekst & Commentaar Mededingingswet 2008.

65 Zie Brouwer 2001, p. 110 e.v.

66 Asser/Vranken (1995), nr. 105, p. 69.

nu het mededingingsrecht de vage normomschrijvingen van de verboden zoals neergelegd in de artikelen 81 en 82 EG en de artikelen 6 en 24 Mw kent.[67]

De Advocaat-Generaal Huydecoper verwoordt zijn gevoel betreffende het mededingingsrecht in een van zijn conclusies als volgt:

> 'Een verzuchting vooraf: weinig rechtsgebieden roepen in zo'n mate de kwalificatie "mandarijnen-wetenschap" op, als het gebied van het mededingingsrecht. De niet-ingewijde (zoals ik) moet hier met méér dan gewoonlijke omzichtigheid treden. Ik meld dat ter verontschuldiging, bij voorbaat, van mogelijke schreden hierna, die de beoefenaars van dit rechtsgebied als niet-passend zouden kunnen aanmerken.'[68]

Ondanks de kwalificatie 'mandarijnenwetenschap' is mededingingsrecht, zoals Bos terecht stelt, ook maar gewoon recht en is er in essentie geen verschil tussen mededingingsrecht en burgerlijk recht.[69] Op beide terreinen spelen open normen die voor verschillende interpretatie vatbaar zijn een belangrijke rol. 'Zoals het verbintenissenrecht naar zijn aard als het meest dynamische gedeelte van het burgerlijke recht mag worden beschouwd, zo mag ook het mededingingsrecht dat in de communautaire context worden bezien', aldus de woorden van Bos.[70] Merkbaarheid, beperking van de mededinging en beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten zijn begrippen die kunnen worden vergeleken met begrippen uit het burgerlijk recht als redelijkheid en billijkheid en de verkeersopvattingen.[71] Het inzicht van de rechter speelt bij de toepassing van deze begrippen een grote rol. Op beide gebieden heeft de wetgever voor de noodzaak tot individuele rechtvaardigheid inherente rechtsonzekerheid op de koop toegenomen.[72]

2.3.3 Artikel 81 EG

2.3.3.1 Inleiding

Uit het voorgaande is gebleken dat concurrentie geen doel is op zichzelf, maar een goed functionerende gemeenschappelijke markt waarborgt. Dit leidt uiteindelijk weer tot bescherming van de consumentenwelvaart. De artikelen 81 en 82 EG waarborgen een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst zoals is omschreven in

67 Zie over de vage normomschrijvingen ook Bos 2004, p. 122.
68 Conclusie AG Huydecoper onder HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 214 *(Dunnewind/Schuitema)*, overweging 26.
69 Bos 2004, p. 122.
70 Bos 2004, p. 122.
71 Bos 2004, p. 122.
72 Bos 2004, p. 122.

artikel 3 lid 1 sub g EG. Dit regime draagt vervolgens bij aan de instelling en functionering van de gemeenschappelijke markt zoals is omschreven in artikel 2 EG.[73]

Dat concurrentie geen doel op zichzelf is, maar een goed functionerende gemeenschappelijke markt waarborgt, is ook terug te zien in de artikelen 81 en 82 EG. Uit artikel 81 EG volgt dat niet iedere beperking van de concurrentie door ondernemersafspraken is verboden voor het hebben van een goed functionerende markt.[74] Artikel 81 lid 3 EG geeft namelijk de mogelijkheid een uitzondering te maken op het verbod om mededingingsbeperkende afspraken te maken zoals is bedoeld in het eerste lid van artikel 81 EG.

Artikel 81 EG verbiedt dat ondernemingen zich collectief (door overeenkomsten, besluiten of feitelijke gedragingen) onttrekken aan de concurrentie op de markten waarop zij opereren.[75] Uit welke elementen bestaat artikel 81 EG? Artikel 81 EG luidt:

> '1. Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:
> a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
> b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
> c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
> d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;
> e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.
> 2. De krachtens dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten zijn van rechtswege nietig.
> 3. De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard
> - voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen,
> - voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en
> - voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk

73 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 646.
74 HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215.
75 HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215.

aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.'

Uit de bovenstaande tekst kan worden afgeleid dat bij toepassing van artikel 81 EG de volgende vragen moeten worden beantwoord:

- Is er sprake van ondernemingen?
- Zo ja, gaat het om een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging?
- Zo ja, kan de betreffende overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden?
- Zo ja, strekt de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging ertoe of heeft de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging ten gevolge dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?

Luidt het antwoord op een of meer vragen ontkennend, dan is artikel 81 EG niet van toepassing en is er dus geen sprake van een verboden kartelafspraak in de zin van het EG-Verdrag. Dit neemt overigens niet weg dat – ingeval niet aan het criterium is voldaan dat de tussenstaatse handel wordt beïnvloed – het Nederlands kartelverbod zoals neergelegd in artikel 6 van de Mededingingswet van toepassing kan zijn.

Ingeval het antwoord op elk van de vier vragen bevestigend luidt, dan komen we toe aan de vragen behorende bij het derde lid van artikel 81 EG. Artikel 81 lid 3 EG geeft de mogelijkheid om een uitzondering te maken op het verbod om mededingingsbeperkende afspraken te maken zoals is omschreven in het eerste lid van artikel 81 EG. Bij toepassing van het derde lid van artikel 81 EG moeten de volgende vragen worden beantwoord:

- Draagt de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het besluit van een ondernemersvereniging bij aan de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang?
- Zo ja, komt een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede?
- Zo ja, worden er aan de betrokken ondernemingen geen beperkingen opgelegd welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn?

· Zo ja (er worden geen beperkingen opgelegd welke niet onmisbaar zijn), wordt er geen mogelijkheid gegeven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen?

Indien een van de bovenstaande vier vragen behorende bij het derde lid van artikel 81 EG negatief wordt beantwoord, dan is het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG van toepassing. Worden de vier bovenstaande vragen bevestigend beantwoord, dan wordt het kartelverbod zoals neergelegd in het eerste lid van artikel 81 EG buiten toepassing verklaard en is de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het besluit van een ondernemersvereniging toegestaan.

2.3.3.2 Het kartelverbod; artikel 81 EG, eerste lid

a. Onderneming

Bij het begrip onderneming gaat het om de zelfstandige uitoefening van een economische activiteit door een economische eenheid.[76] De economische eenheid kan bestaan uit een samenstel van materiële en menselijke factoren.[77] Primair is van belang of er zelfstandig goederen en/of diensten worden aangeboden.[78] In de jurisprudentie is bepaald dat de rechtsvorm van de economische eenheid niet van belang is.[79] Tevens is uitgemaakt dat de wijze van financiering en het al dan niet aanwezig zijn van een streven naar winst niet van belang zijn.[80] Wel is van belang dat de activiteit in concurrentie met

76 Zie HvJEG 25 oktober 1983, zaak 107/82 *(AEG-Telefunken)*, *Jur.* 1983, p. 3151. Zie ook HvJ EG 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83 *(CRAM en Rheinzink)*, *Jur.* 1984, p. 1679 en GvEA EG 1 april 1993, zaak T-65/89 *(British Gypsum)*, *Jur.* 1993, p. II-389.

77 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 653. Zie GvEA EG 17 december 1991, zaak T-6/89 *(Enichem Base)*, *Jur.* 1991, p. II-1623.

78 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 653. Zie HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-35/96 *(Douane-expediteurs)*, *Jur.* 1998, p. I-3851; HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *(Glöckner)*, *Jur.* 2001, p. I-8089; HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00 *(Cisal di Battistello)*, *Jur.* 2002, p. I-691.

79 In Kapteyn & VerLoren Van Themaat wordt bijvoorbeeld gewezen op een stichting (GvEA EG 23 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 *(SCK)*, *Jur.* 1997, p. II-1739) of een publiekrechtelijk overlegorgaan (HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83 *(BNIC/Clair)*, *Jur.* 1985, p. 391). Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 653.

80 HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *(Höfner)*, *Jur.* 1991, p. I-1979; HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 *(Poucet)*, *Jur.* 1993, p. I-637; HvJ EG 24 oktober 2002, zaak C-82/01 P *(ADP)*, *Jur.* 2002, p. I-9297. Zie voor het al dan niet van belang zijn van het streven naar winst HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94 *(FFSA)*, *Jur.* 1995, p. I-4013; HvJ EG 21 septemer 1999, zaak C-67/96 *(Albany)*, *Jur.* 1999, p. I-5751; HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 t/m C-117-97 *(Brentjens)*, *Jur.* 1999, p. I-6025; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97 *(Drijvende bokken)*, *Jur.* 1999, p. I-6121 en HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98 *(Pavlov)*, *Jur.* 2000, p. I-6451. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 653.

andere ondernemingen kan worden uitgeoefend.[81] Het begrip onderneming in de zin van artikel 81 EG is van groot belang voor de scheiding tussen overheidstaken en niet-overheidstaken. Bepaalde overheidsactiviteiten kunnen ook onder de artikelen 81 en 82 EG vallen.[82] Voor zover het niet gaat om specifieke overheidstaken, vallen overheden die de markt betreden onder het begrip onderneming in de zin van artikel 81 EG. Zuiver publiekrechtelijke taken vallen niet onder de werking van de mededingingsregels.[83] Het verrichten van activiteiten ter uitvoering van een wettelijke of bestuursrechtelijk opgedragen taak valt niet te kwalificeren als het verrichten van ondernemersactiviteiten. In het EG-Verdrag is in artikel 86 EG een speciale bepaling opgenomen voor openbare ondernemingen en ondernemingen die bijzondere of exclusieve rechten hebben.[84]

Indien vennootschappen niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen, zijn volgens het Europees mededingingsrecht verschillende vennootschappen die tot eenzelfde concern behoren een economische eenheid en dus een onderneming in de zin van de artikelen 81 EG en 82 EG.[85] Moeder- en dochtervennootschap maken mededingingsrechtelijk gezien deel uit van dezelfde onderneming.[86] Het GvEA EG heeft in *Akzo Nobel* geoordeeld dat de verhouding tussen de moeder en een volledige (100%) dochter voldoende is voor het bestaan van een weerlegbaar vermoeden dat de moeder beslissende invloed uitoefent op het gedrag van de dochter en dat zij als gevolg daarvan één onderneming zijn in de zin van het mededingingsrecht.[87] De moeder zal het

---

81 Dit kan zelfs het geval zijn als de overheid de marges om te concurreren heeft beperkt. Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 42. Zie HvJ EG 10 december 1985, gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82 *(SSI)*, *Jur.* 1985, p. 3831.

82 De grens tussen overheidsactiviteiten die wel en niet onder de mededingingsregels vallen is niet volledig duidelijk uit de jurisprudentie af te leiden. Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 654. Het voert te ver om hier verder op in te gaan. Voor een overzicht verwijs ik naar de handboeken over het materiële mededingingsrecht en de daarin opgenomen verwijzingen naar de beschikbare jurisprudentie.

83 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 653 en het daar genoemde voorbeeld van luchtverkeersleiding, HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92 *(SAT Fluggesellschaft)*, *Jur.* 1994, p. I-43 en HvJ EG 24 oktober 2002, zaak C-82/01 P *(ADP)*, *Jur.* 2002, p. I-9297. Zie ook HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95 *(Cali)*, *Jur.* 1997, p. I-1547. Het HvJ EG oordeelde dat voor zover een onderneming die in een haven milieu-inspectiediensten verricht een door de overheid opgedragen taak vervult zij geen ondernemersactiviteiten uitoefent. De onderneming kan uiteraard nog wel andere activiteiten verrichten die wel onder de noemer ondernemersactiviteiten vallen.

84 Zie over de art. 82 en 86 EG de dissertatie van Abdullah Khan 2002.

85 GvEA EG 30 september 2003, zaak T-203/01 *(Michelin/Commissie)*, *Jur.* 2003, p. II-4071, r.o. 290.

86 Zie GvEA EG 12 december 2007, zaak T-112/05 *(Akzo Nobel)*, Jur. 2007, p. II-5049, r.o. 57-59.

87 Er bestaat nog wel steeds discussie of de verhouding tussen de moeder en een volledige dochter voldoende is om een weerlegbaar vermoeden op te leveren dat de moeder beslissende invloed uitoefent op het gedrag van de dochter en dat zij als gevolg daarvan een onderneming zijn in de zin van het mededingingsrecht (*AEG*-jurisprudentie) of dat bijkomende omstandigheden zijn vereist voor de aanname van een dergelijk vermoeden (*Stora-*

vermoeden moeten weerleggen door bewijzen voor de autonomie van haar dochter aan te voeren.[88] De moedermaatschappij zal bijvoorbeeld dienen te bewijzen dat haar dochteronderneming haar instructies niet eerbiedigt en zich derhalve op de markt autonoom gedraagt.

b. Overeenkomsten

Bij het begrip overeenkomst gaat het om het bestaan van feitelijke wilsovereenstemming tussen twee of meerdere partijen.[89] Het begrip overeenkomst zoals is neergelegd in artikel 81 EG ziet dan ook op het tot uitdrukking brengen van de gezamenlijke wil van de betrokken ondernemingen om zich op de markt op een bepaalde manier te gedragen.[90] Vormvereisten zijn er niet.[91] Zo doet het, zoals in beginsel ook in het burgerlijk recht,[92] niet ter zake of een overeenkomst schriftelijk of mondeling is gesloten.[93] Tevens is het niet van belang of de overeenkomst een bindend karakter heeft of de status heeft van een herenakkoord ('*gentlements agreement*').[94] Bij overeenkomsten komt dus een gemeenschappelijk plan tot stand om op een bepaalde wijze te handelen, maar het is niet noodzakelijkerwijs juridisch bindend. Eenzijdige gedragingen van een onderneming kunnen zelfs als een overeenkomst worden gekwalificeerd, al moet het dan niet om echte eenzijdige gedragingen gaan maar om schijnbaar

jurisprudentie). Het GvEA EG kiest in *Akzo Nobel* voor de *AEG* interpretatie. Tegen het arrest is op 3 maart 2008 door Akzo Nobel beroep aangetekend bij het HvJ EG (zaak C-97/08 P). Akzo Nobel stelt dat het GvEA EG het begrip 'onderneming' in de zin van art. 81 EG en art. 23, lid 2 Verordening 1/2003, zoals het door het HvJ EG is uitgelegd in de rechtspraak inzake de toerekening van onrechtmatige handelingen van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij, onjuist heeft toegepast. Zie voor het weerlegbaar vermoeden bij een volledige dochter HvJ EG 25 oktober 1983, zaak 107/82 *(AEG)*, *Jur.* 1983, p. 3151, r.o. 50; GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 t/m T-307/94, T-313/94 t/m T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 *(LVM)*, *Jur.* 1999, p. II-931, r.o. 59, 961 en 984. Zie voor de bijkomende omstandigheden HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P *(Stora)*, *Jur.* 2000, p. I-9925.

88 GvEA EG 27 september 2006, zaak T-314/01 *(Avebe)*, *Jur.* 2006, p. II-3085, r.o. 136; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P *(Stora)*, *Jur.* 2000, p. I-9925, r.o. 29.

89 Zie HvJ EG 15 juni 1976, zaak 51/75 *(EMI Records I)*, *Jur.* 1976, p. 811; HvJ EG 15 juni 1976, zaak 86/75 *(EMI Records II)*, *Jur.* 1976, p. 871; HvJ EG 15 juni 1976, zaak 96/75 *(EMI Records III)*, *Jur.* 1976, p. 913; GvEA EG 15 november 1990, zaak T-1/89 *(Rhône Poulence)*, *Jur.* 1991, p. II-867; GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-317/94 *(Weig)*, *Jur.* 1998, p. II-1235; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-280/98 P *(Weig/Commissie)*, *Jur.* 2000, p. I-9757.

90 HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69 *(ACF Chemiefarma)*, *Jur.* 1970, p. 661; GvEA EG 17 december 1991, zaak T-7/89 *(Hercules)*, *Jur.* 1991, p. II-1711; GvEA EG 26 oktober 2000, zaak T-41/96 *(Bayer)*, *Jur.* 2000, p. II-3383. Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 654.

91 Zie HvJ EG 3 juli 1985, zaak 243/83 *(Binon)*, *Jur.* 1985, p. 2015; GvEA EG 26 oktober 2000, zaak T-41/96 *(Bayer)*, *Jur.* 2000, p. II-3383.

92 In art. 3:37 BW is bepaald dat verklaringen in beginsel vormvrij zijn, tenzij anders is bepaald. Zo kan uit de wet of een rechtshandeling een vormvereiste voortvloeien.

93 Zie HvJ EG 20 juni 1978, zaak 28/77 *(Tepea)*, *Jur.* 1978, p. 1391; GvEA EG 7 juli 1994, zaak T-43/92 *(Dunlop)*, *Jur.* 1994, p. II-441.

94 GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-791.

eenzijdige gedragingen waarbij de andere partij stilzwijgend instemt.[95] Het deelnemen aan een vergadering waarbij afspraken worden gemaakt en het vervolgens niet uitdrukkelijk afstand doen van de afspraken kan, gelet op het voorstaande, ook het bestaan van een overeenkomst betekenen.[96]

c. Besluiten van ondernemersverenigingen

Ondernemingen zijn veelal georganiseerd in verenigingsverband. De ondernemersvereniging kan besluiten nemen die de mededinging kunnen beïnvloeden. Niet-bindende aanbevelingen van ondernemersverenigingen kunnen ook onder de categorie 'besluiten van ondernemersverenigingen' vallen.[97] Zo zijn afspraken en overleg tussen leden of adviezen van de brancheorganisatie over prijzen, prijsverhogingen of commercieel gevoelige inkoop of verkoopvoorwaarden verboden. Zelfs gedetailleerde informatie over kostprijsontwikkelingen mag niet worden verstrekt wanneer deze informatie niet is gebaseerd op openbare gegevens. Tevens kan worden gedacht aan afspraken en overleg tussen leden of adviezen van de brancheorganisatie over bijvoorbeeld verdeling van klanten, vermindering van productie, capaciteit of investeringen.

d. Onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Ingeval ondernemingen hun gedrag onderling afstemmen zonder dat sprake is van wilsovereenstemming kan worden gesproken van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81 EG. Bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen is als gevolg van coördinatie tussen ondernemingen,

---

95 Het moet gaan om gedragingen van een partij in het kader van contractuele verhoudingen met andere partijen die daarmee stilzwijgend hebben ingestemd. Zie de in Kapteyn & VerLoren van Themaat aangehaalde voorbeelden uit de jurisprudentie, zoals het vermelden van exportverboden op facturen (HvJ EG 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36/78 t/m 82/78 *(BMW Belgium)*, *Jur.* 1979, p. 2435; HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-277/87 *(Sandoz Prodotti Farmaceutici Spa)*, *Jur.* 1990, p. I-45; HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-70/93 *(BMW)*, *Jur.* 1995, p. I-3439) en de weigering van een fabrikant een distributeur tot zijn selectieve distributiesysteem toe te laten of om aan een distributeur te leveren als deze weigeringen bedoeld zijn om de overeenkomsten tussen de fabrikant en zijn wederverkopers te consolideren (HvJEG van 25 oktober 1983, zaak 107/82 *(AEG-Telefunken)*, *Jur.* 1983, p. 3151 en HvJ EG 17 december 1985, gevoegde zaken 25/84 en 26/84 *(Ford)*, *Jur.* 1985, p. 2725). Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 655.

96 GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92 *(SPO)*, *Jur.* 1995, p. II-289; GvEA EG 27 oktober 1994, zaak T-35/92 *(John Deere)*, *Jur.* 1994, p. II-957 en GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95 *(Cement)*, *Jur.* 2000, p. II-491. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 655.

97 Zie HvJ EG 27 januari 1987, zaak 45/85 *(Sachversicherer)*, *Jur.* 1987, p. 405. In deze zaak had het Verbond van Verzekeraars een aanbeveling uitgevaardigd over een collectieve premieverhoging. Volgens het HvJ EG bleek dat de aanbeveling dwingend een bepaald gedrag voorschreef. Zie ook HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 t/m 215/78 en 218/78 *(Fedetab)*, *Jur.* 1980, p. 3125; HvJ EG 8 november 1983, gevoegde zaken 96/82 t/m 102/82, 104/82 t/m 105/82, 108/82 en 110/82 *(Navewa)*, *Jur.* 1983, p. 3369. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 655.

het gedrag op de markt van de deelnemers parallel aan de afstemming. Aan het parallel gedrag ligt geen overeenkomst ten grondslag. De gedraging moet gericht zijn op of leiden tot een concurrentiebeperking.[98] De risico's van onderlinge concurrentie moeten welbewust vervangen worden door een vorm van feitelijke samenwerking.[99] De coördinatie kan bijvoorbeeld bestaan uit informele gesprekken tijdens een borrel of een diner, waarbij belangrijke commerciële informatie kan worden uitgewisseld. Zo valt te denken aan informatie betreffende de berekening van kosten en zelfs informatie over de in rekening te brengen prijzen.[100] Naast de mogelijkheid van informele gesprekken kan ook gedacht worden aan de toezending van offertes. Door middel van deze kennis hebben de ondernemingen de mogelijkheid hun commerciële gedrag op elkaar af te stemmen.

Indien coördinatie en parallel gedrag bewezen zijn, wordt het causale verband tussen de coördinatie en het gedrag aangenomen. De bewijsvoering betreffende onderling afgestemde feitelijke gedragingen is niet eenvoudig. Indien er schriftelijk bewijs voorhanden is in de vorm van bijvoorbeeld e-mails, faxen of brieven, is de bewijsvoering vanzelfsprekend makkelijker rond te krijgen. Ingeval er geen schriftelijk bewijs beschikbaar is, wordt het rondkrijgen van de bewijsvoering reeds minder eenvoudig. Kenmerkend voor de vaststelling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging is dan de benodigdheid van een zorgvuldige analyse van de relevante markt en een zorgvuldige analyse van het gedrag van de desbetreffende ondernemingen. Om een onderling afgestemde feitelijke gedraging te bewijzen, zal in dat geval gebruik moeten worden gemaakt van de indirecte bewijsmethode. Dit houdt in dat gedrag dat gekwalificeerd wordt als een onderling afgestemde feitelijke gedraging, op geen andere wijze mag worden verklaard dan door een welbewuste onderlinge afstemming.[101] Het gedrag van de betreffende ondernemingen

98 HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 *(ICI)*, *Jur.* 1972, p. 619; HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 t/m 48/73, 50/73, 54/73 t/m 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73 *(Suiker Unie)*, *Jur.* 1975, p. 1663.

99 HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 *(ICI)*, *Jur.* 1972, p. 619; HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85 t/m 117/85, 125/85 t/m 129/85 *(Houtslijp)*, *Jur.* 1988, p. 5193; GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 t/m T-307/94, T-313/94 t/m T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 *(LVM)*, *Jur.* 1999, p. II-931; GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95 *(Cement)*, *Jur.* 2000, p. II-491.

100 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 65.

101 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 656 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-89/85 *(Houtslijp II)*, *Jur.* 1993, p. I-1575; GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-791; GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95 *(Cement)*, *Jur.* 2000, p. II-491; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-297/98 P *(Karton)*. *Jur.* 2000, p. I-10101.

mag niet kunnen worden verklaard door de structuur en de bijzondere kenmerken van de betreffende markt.[102]

Ingeval er sprake is van parallel gedrag, wordt dat in de jurisprudentie gezien als een belangrijke aanwijzing voor het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Parallel marktgedrag is echter niet hetzelfde als een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Voor het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging is vereist dat er een vorm van contact is geweest tussen partijen. Het bekendmaken van en uitwisselen van informatie betreffende prijzen zal een ernstige aanwijzing opleveren voor het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.[103]

e. Verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging

Artikel 81 EG spreekt over overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. De beperking van de concurrentie is strijdig met het doel van het mededingingsrecht de mededinging te bevorderen. Bij *verhindering* van de mededinging wordt elke vorm van concurrentie uitgesloten. Bij het *beperken* van de mededinging wordt de commerciële bewegingsvrijheid van de marktdeelnemers ingeperkt.[104] Bij het *vervalsen* van de mededinging moet men denken aan de situatie dat een of meerdere marktdeelnemers in een gunstiger positie worden gebracht dan andere marktdeelnemers.[105]

Het begrip mededingingsbeperking werd door de Commissie en het HvJ EG gedurende lange tijd formalistisch opgevat, waardoor in beginsel iedere beperking van de commerciële handelingsvrijheid een beperking van de mededinging opleverde.[106] Tegenwoordig wordt het begrip meer economisch en inhoudelijk uitgelegd.[107] Een overeenkomst die er op grond van zijn in-

---

102 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 65; Zie bijvoorbeeld HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-89/85 *(Houtslijp II)*, *Jur.* 1993, p. I-1575.

103 GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-791.

104 Niet gezegd kan worden dat iedere beperking van de commerciële vrijheid een beperking oplevert in de zin van art. 81 EG. Zie HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-70/93 *(Bayerische Motorwerke/ALD Auto-Leasing)*, *Jur.* 1995, p. 3459.

105 Zie ook Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 65.

106 Zie Korsten 2004, nr. 5.6, p. 85.

107 GvEA EG 18 september 2001, zaak T-112/99 *(Métropole)*, *Jur.* 2001, p. II-2459. Zie ook Loozen 2002, p. 11-17; Van Gerven e.a. 1997, p. 181-188. De *rule of reason* benadering waarbij reeds onder art. 81 lid 1 EG de mededingingsbeperkende elementen worden afgewogen tegenover de mededingingsbevorderende elementen is echter door het GvEA EG van de hand gewezen in het arrest *Métropole*. Het zou volgens het GvEA EG onverenigbaar zijn met de normatieve structuur van art. 81 lid 1 EG. Art. 81 lid 3 EG voorziet namelijk uitdrukkelijk in de mogelijkheid om een mededingingsbeperkende overeenkomst vrij te stellen. Slechts in het strikte kader van art. 81 lid 3 EG kunnen de positieve en negatieve gevolgen van een restrictie voor de mededinging tegen elkaar worden afgewogen. Zie ook GvEA EG 23 oktober 2003,

houd toe *strekt* de concurrentie te beperken is verboden. Het effect op de concurrentie hoeft bij een dergelijke overeenkomst niet meer te worden onderzocht, behoudens het toetsen van de merkbaarheid.[108] Het afbakenen van de relevante markt is bij dit soort overeenkomsten ook niet nodig.[109] Voorbeelden van dit soort overeenkomsten zijn afspraken betreffende marktverdeling tussen concurrenten, import of exportverboden, prijsafspraken en productiequota.

Hoewel het effect op de concurrentie niet meer hoeft te worden onderzocht bij overeenkomsten met een mededingingsrechtelijke strekking (behoudens de toetsing van de merkbaarheid), dient eerst nog te worden beoordeeld of een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft. Het staat niet per definitie vast dat een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft. In de zaak *Modint* overweegt het CBB dat (r.o. 7.3.1)

> 'de beoordeling of een overeenkomst een mededingingsbeperkende strekking heeft, [moet] plaatsvinden binnen het feitelijke kader waarin de mededinging zich, zonder de overeenkomst met haar beweerde beperkingen, zou afspelen. Dit brengt naar het oordeel van het College met zich dat, ook indien de onderzochte afspraken betrekking hebben op het gemeenschappelijk vaststellen van inkoopprijzen, pas na een economische en juridische analyse van die afspraken kan worden beoordeeld of het doel of gevolg daarvan is om de mededinging te beperken of niet (zie het arrest van het Hof van 15 december 1994, zaak C-250/92, Gøttrup-Klim/DLG, Jur. blz. I-5641, punt 45, de beschikking van de Commissie van 14 juli 1975 inzake Intergroup, Pb L 212/23, en de reeds aangehaalde beschikking van 24 juli 2002 inzake Visa International, punten 64 tot en met 69 en 79). De enkele vaststelling dat de afspraken betrekking hebben op inkoopprijzen kan op zichzelf de conclusie, dat die afspraken tot doel hebben de mededinging te beperken, dan ook niet dragen.'[110]

---

zaak T-65/98 *(Van den Bergh Foods)*, *Jur.* 2003, p. II-4653; GvEA EG 2 mei 2006, zaak T-328/03 *(O2)*, *Jur.* 2006, p. II-1231.

108 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 656 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449. Zie ook HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur.* 1966, p. 392; HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-277/87 *(Sandoz Prodotto Farmaceutici Spa)*, *Jur.* 1990, p. I-45; GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-p. 791; GvEA EG 23 februari 1994, gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92 *(Europay)*, *Jur.* 1994, p. II-49; GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95 *(Cement)*, *Jur.* 2000, p. II-491; HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-219/95 P *(Ferriere Nord)*, *Jur.* 1997, p. I-4411. Zie voor het toetsen van de merkbaarheid de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaarbaar beperken in de zin van art. 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) van 22 december 2001, *PbEG* 2001, C 368/07. Zie ook Rb. Rotterdam 17 augustus 2004, *LJN* AR4213 *(Modint/NMa)*.

109 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 656; GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-348/94 *(Enso-Espanola)*, *Jur.* 1998, p. II-1617.

110 CBB 28 oktober 2005, *LJN* AU5316 *(Modint/NMa)*.

Volgens het CBB zal de conclusie dat de afspraken tot doel hebben de mededinging te beperken, moeten berusten op onderzoek waarbij rekening is gehouden met onder meer de aard van de betrokken producten en diensten, de marktpositie en het gedrag van partijen, afnemers en concurrenten op de relevante markt, de vrijheid van de leden om de kerncondities niet toe te passen, de hoogte van de gemeenschappelijke kosten en de gevolgen van de afspraken voor de afnemers en de consumenten.

Afspraken die er niet toe strekken de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen maar die wel dat effect hebben, zijn eveneens verboden. Volgens vaste jurisprudentie moet bij overeenkomsten die als *gevolg* hebben of kunnen hebben dat de mededinging wordt beperkt, gekeken worden naar de context van de overeenkomst.[111] Door middel van een contextuele benadering moet worden vastgesteld of de concurrentie door de betreffende overeenkomst op waarneembare wijze wordt vervalst. Dit gebeurt door een vergelijking te maken met de situatie waarin de betreffende overeenkomst niet zou bestaan.[112] Er bestaat dus een belangrijk onderscheid met dito gevolgen voor het rechterlijk onderzoek en voor de motiveringsplicht van de rechter bij overeenkomsten met een mededingingsverstorende *strekking* en overeenkomsten met mededingingsverstorende *gevolgen*.[113] Er zal vaak een grondig onderzoek naar de marktstructuur nodig zijn om de concurrentiebeperkende gevolgen te kunnen vaststellen.[114] Een daadwerkelijke beperking van de concurrentie is niet vereist, het enkele feit dat de concurrentie beperkt *kan* worden is voldoende.[115] Een potentiële concurrentiebeperking is dus reeds voldoende.

---

111 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 657 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur.* 1966, 392; HvJ EG 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83 *(CRAM)*, *Jur.* 1984, p. 1679; HvJ EG 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84 *(British American Tobacco Company)*, *Jur.* 1987, p. 4487; GvEA EG 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 *(SCK)*, *Jur.* 1997, p. II-1739.

112 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 657 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84 *(Remia)*, *Jur.* 1985, p. 2545; HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *(Höfner)*, *Jur.* 1991, p. I-1979; GvEA EG 27 oktober 1994, zaak T-34/92 *(Fiatagri)*, *Jur.* 1994, p. II-905; GvEA EG 27 oktober 1994, T-35/92 *(John Deere)*, *Jur.* 1994, p. II-957; HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-8/95 P *(New Holland Ford)*, *Jur.* 1998, p. I-3175.

113 Zie HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*.

114 Zie de bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5.

115 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 658 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld GvEA EG 12 juni 1997, zaak T-504/93 *(Ladbroke)*, *Jur.* 1997, p. II-923; GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94 *(ENS)*, *Jur.* 1998, p. II-3141; HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P *(John Deere)*, *Jur.* 1998, p. I-3111; GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95 *(Cement)*, *Jur.* 2000, p. II-491; GvEA EG 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 *(SCK)*, *Jur.* 1997, p. II-1739.

Voor de aanname van een concurrentiebeperking moeten twee vragen bevestigend worden beantwoord. De eerste vraag luidt of de overeenkomst de vrijheid van het marktgedrag van een of meerdere deelnemers beperkt. De tweede vraag luidt of de overeenkomst de positie van derden raakt of kan raken (bijvoorbeeld concurrenten, afnemers of leveranciers).[116]

De mogelijkheid bestaat dat bepaalde maatregelen of gedragingen de mededinging slechts in geringe mate negatief beïnvloeden. In dat geval is niet voldaan aan het merkbaarheidsvereiste.[117] De merkbaarheid dient ook te worden beoordeeld in het licht van de economische en juridische context van de betreffende afspraak en de strekking en het gevolg daarvan. Daarbij dient niet alleen met de aard van de overeenkomst rekening te worden gehouden maar ook met de gezamenlijke marktmacht van partijen en andere structurele factoren.[118]

In de laatste bagatelbekendmaking geeft de Commissie aan dat horizontale overeenkomsten niet onder het kartelverbod vallen als de betrokken ondernemingen samen geen groter marktaandeel hebben dan 10 procent. Verticale overeenkomsten vallen volgens de Commissie niet onder het kartelverbod als de betrokken ondernemingen samen geen groter marktaandeel hebben dan 15 procent.[119] De Commissie concludeert echter dat alle strekkingsbedingen per definitie onder artikel 81 lid 1 EG vallen en niet kunnen profiteren van

116 Bij horizontale overeenkomsten zal in het algemeen reeds uit de inhoud van de overeenkomst, de hoeveelheid deelnemers en de positie van de deelnemers op de markt volgen dat een uitwerking op derden bedoeld zal zijn. Bij verticale overeenkomsten zoals selectieve distributie en franchising zal in het algemeen een nader onderzoek nodig zijn. De marktbeheersing en de daaruit volgende invloed op de positie van derden vloeit niet automatisch voort uit de beperking van de concurrentie tussen partijen. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 658.

117 Zie HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69 *(Völk/Vervaecke)*, *Jur.* 1969, p. 295. Zie ook GvEA EG 8 juni 1995, zaak T-7/93 *(Langnese-Iglo)*, *Jur.* 1995, p. II-1533; GEA EG 8 juni 1995, zaak T-9/93 *(Schöller)*, *Jur.* 1995, p. II-1611; HvJ EG 7 december 2000, zaak C-214/99 *(Neste)*, *Jur.* 2000, p. I-11121; GvEA EG 5 juli 2001, zaak T-25/99 *(Roberts)*, *Jur.* 2001, p. II-1881. Het begrip merkbaarheid dient niet verward te worden met de bagatelvoorziening zoals die is geregeld in art. 7 van de Mededingingswet. Deze bepaling vormt een wettelijk geregelde uitzondering op het kartelverbod voor mededingingsbeperkingen die de markt kwantitatief slechts in zeer geringe mate beïnvloeden. Wel wordt met het begrip merkbaarheid gedoeld op de periodieke bagatelbekendmakingen van de Commissie, *PbEG* 2001, C 368/13.

118 Zie ook de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten d.d. 6 januari 2001, *PbEG* C 3/2, nr. 20.

119 Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), *PbEG* 2001, C 368/13. Overeenkomsten tussen kleine en middelgrote ondernemingen vallen in het geheel niet onder art. 81 lid 1 EG. Zie de MKB-aanbeveling 96/280, *PbEG* 1996, L 107/4.

de *de-minimis*bekendmaking.[120] Dit maakt het onderzoek makkelijker nu daarmee moeilijke economische analyses niet meer relevant zijn.

Het is maar de vraag of de conclusie van de Commissie in overeenstemming is met de jurisprudentie. Op grond van het arrest *Völk/Vervaecke* kan worden geconcludeerd dat het ook bij een strekkingsbeding (marktverdelingsafspraak) mogelijk is dat de mededinging en handel tussen de lidstaten niet merkbaar wordt beperkt vanwege het geringe marktaandeel van de partijen bij de marktverdelingsafspraak.[121] Dat leidt in beginsel tot de conclusie dat het effect op de concurrentie bij een strekkingsbeding niet meer hoeft te worden onderzocht, behoudens het toetsen van de merkbaarheid. In de zaak *O2* heeft het GvEA EG geoordeeld dat een afspraak over prijzen betreffende het wederzijdse gebruik van netwerken van mobiele telecombedrijven (het delen van infrastructuur op grond van een netwerkverdelingsovereenkomst en het afsluiten van een *roamings*overeenkomst) niet per definitie onder het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG valt, terwijl de Commissie had aangenomen dat de *roamings*overeenkomst (met behulp van *roaming* kan men met een mobiele telefoon ook in het buitenland bellen en kan men binnen een land via het netwerk van een andere mobiele telefonieaanbieder bellen mits de toestellen uit het netwerk van de ene aanbieder een andere aanbieder accepteren) onder het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG viel.[122] In *GlaxoSmithKline* was het GvEA EG van oordeel dat een door ondernemingen ingesteld uitvoerverbod (een bepaling die de strekking had de parallelhandel tussen lidstaten te beperken) niet per definitie in strijd kan worden geacht met artikel 81 lid 1 EG.[123] Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) is ook van oordeel dat een overeenkomst die de strekking heeft de mededinging te beperken de concurrentie niet per definitie in relevante mate beperkt. Dit kan te maken hebben met de zwakke positie van de betrokken onderneming op de relevante markt. Bij de toetsing aan het merkbaarheidsvereiste (r.o. 6.5)

> 'moet rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin de overeenkomst effect sorteert, en in het bijzonder met de economische en juridische context waarin

120 Volgens punt 11 van de Bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis (de minimis), *PbEG* 2001, C 368 kunnen *hardcore* overtredingen onder de drempels van 10% (horizontale overeenkomsten) en 15% (verticale overeenkomsten) wel worden aangepakt.

121 Zie HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69 *(Völk/Vervaecke)*, *Jur.* 1969, p. 295. In dit arrest overweegt het HvJ EG dat 'een overeenkomst dan ook aan het verbod van art. 85 [thans art. 81 EG, EJZ] ontkomt wanneer zij, wegens de zwakke positie welke belanghebbenden op de markt voor de betrokken produkten innemen, de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt dat derhalve mogelijk is dat een overeenkomst houdende toekenning van alleenverkooprecht, zelfs indien daaraan absolute gebiedsbescherming verbonden is, wegens de zwakke positie van belanghebbenden op de markt voor de produkten, aan het verbod van art. 85, lid 1 [thans art. 81 lid 1 EG, EJZ], ontkomt'. Zie ook Loozen 2002, p. 11-17.

122 GvEA EG 2 mei 2006, zaak T-328/03 *(O2)*, *Jur.* 2006, p. II-1231. Zie ook GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 *(GlaxoSmithKline)*, *Jur.* 2006, p. II-2969.

123 GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 *(GlaxoSmithKline)*, *Jur.* 2006, p. II-2969.

> de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.'[124]

De toets die vereist is om vast te stellen of een mededingingsbeperkende gedraging of bepaling wel merkbaar is, kan niet worden gelijkgesteld met de toets die vereist is om vast te stellen of er sprake is van een mededingingsbeperkende gedraging of bepaling.[125] De zaken *O2* en *GlaxoSmithKline* zijn desalniettemin niet alleen vanuit het oogpunt van de merkbaarheidsvraag interessant, maar ook vanuit het oogpunt van het verschil in beoordeling van overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking en overeenkomsten met mededingingsrechtelijke gevolgen.

In de zaak *O2* heeft het GvEA EG bepaald dat bij niet-strekkingsbeperkende afspraken de mededingingsrechtelijke gevolgen vastgesteld moeten worden aan de hand van een *counterfactual analysis*-test. De mededingingssituatie die het gevolg is van de afspraak wordt vergeleken met de situatie waarin de afspraak niet zou hebben bestaan. Indien uit de vergelijking van de situatie in aanwezigheid en in afwezigheid van de onderzochte gedraging of bepaling blijkt dat de eindgebruikers ten gevolge van de afspraak bepaalde voordelen zijn onthouden, dan is de afspraak mededingingsbeperkend (zie *GlaxoSmithKline)*.

In *Grundig-Consten* heeft het HvJ EG bepaald dat bij strekkingsbeperkingen (*hardcore* beperkingen) de daadwerkelijke gevolgen van een afspraak niet meer hoeven te worden onderzocht. De analyse van de juridische en economische context hoeft niet verder te gaan dan de vaststelling of het gaat om een strekkingsbeperking. Op grond van *GlaxoSmithKline* kan echter verdedigd worden dat een *counterfactual analysis*-test ook vereist is bij sommige strekkingsbeperkingen.[126] Volgens het GvEA EG kan een overeenkomst die tot doel heeft de parallelhandel te beperken, in beginsel worden geacht tot doel te hebben de mededinging te beperken, maar enkel voor zover kan worden aangenomen dat daarmee de eindgebruikers bepaalde voordelen worden ontnomen. Volgens het GvEA EG dient onderzocht te worden of de strekkingsbedingen (in *GlaxoSmithKline* betrof het een bepaling die de strekking had de parallelhandel tussen lidstaten te beperken) ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de betrokken markt ten nadele van de eindgebruiker wordt belemmerd, beperkt of vervalst en het mededingingsrecht daarop dus van toepassing is. De plicht tot het in acht nemen van de juridische en economische context lijkt te impliceren dat zowel bij de strekkings- als bij de gevolgsvraag de *counterfactual analysis*-test moet worden toegepast. Hoewel het GvEA EG in

124 CBB 7 december 2005, *LJN* AU8309 *(Secon & G-Star/NMa)*. Zie ook Rb. Rotterdam 22 mei 2006, *LJN* AX8428 *(Aesculaap/NMa)*, r.o. 2.5.2.

125 Vgl. Ten Have & Langer 2006, p. 227.

126 Ten Have & Langer 2006, p. 224-227.

de zaak *GlaxoSmithKline* niet expliciet zegt dat een strekkingsanalyse een *counterfactual analysis*-test vereist, past het GvEA EG de test wel toe.[127]

Op het eerste gezicht lijkt als gevolg van deze ontwikkeling het onderscheid tussen strekkingsbeperkende afspraken en niet-strekkingsbeperkende gevolgen te vervagen. Bij de strekkingsvraag wordt echter in *GlaxoSmithKline* de relevante markt niet gedefinieerd terwijl bij de gevolgsvraag in *O2* een gedetailleerde marktafbakening wordt gegeven. Het GvEA EG past bij de vraag naar de mededingingsrechtelijke gevolgen de *counterfactual analysis*-test veel uitputtender en dieper toe dan bij de vraag naar de mededingingsrechtelijke strekking.[128] Ten Have & Langer leiden hier uit af dat de strekkingsdrempel nog steeds lager is dan de drempel voor de gevolgsvraag bij het bepalen van het mededingingsrechtelijke gevolgen van een afspraak of gedraging.[129] Wel zal in eenvoudigere gevallen het uitvoeren van een *counterfactual analysis*-test bij de strekkingsvraag direct kunnen leiden tot beantwoording van de gevolgsvraag, zodat het onderscheid tussen strekking en gevolg wegvalt.[130]

Het GvEA EG stelt in *GlaxoSmithKline* (r.o. 111):

> 'Wanneer uit het onderzoek van de voorwaarden van een overeenkomst in hun juridische en economische context op zich reeds blijkt van een verstoring van de mededinging, kan er dus van worden uitgegaan dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken of vervalsen zodat de gevolgen ervan niet behoeven te worden onderzocht.'

Hoe dient deze overweging van het GvEA EG nu te worden geïnterpreteerd in het licht van de zojuist genoemde *counterfactual analysis*-test? In de eerste plaats dient beoordeeld te worden of een gedraging of bepaling, gelet op de juridische en economische context, op zich reeds de mededinging beperkt (denk aan *hardcore* prijsafspraken die een evident negatief gevolg voor de mededinging en de consument hebben). Ingeval een gedraging of bepaling niet op zich reeds de mededinging beperkt, dient een strekkingsbeoordeling te volgen waarbij de eindgebruikers centraal staan in een beperkte *counterfactual analysis*-test (*GlaxoSmithKline*). Indien geen sprake is van een strekkingsbeperking dient te worden beoordeeld of sprake is van mededingingsbeperkende gevolgen. Hierbij speelt de volledige (uitputtender en diepgaandere) *counterfactual analysis*-test een belangrijke rol.

127 Ten Have & Langer 2006, p. 226.
128 Ten Have & Langer 2006, p. 226.
129 Ten Have & Langer 2006, p. 226.
130 Vgl. Ten Have & Langer 2006, p. 226.

f. Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten

Voor het van toepassing zijn van de Europese mededingingsregels is een merkbare potentiële beïnvloeding van de interstatelijke handel nodig.[131] Dit hangt nauw samen met de doelstelling van het EG-Verdrag de marktintegratie te bevorderen en een gemeenschappelijke markt in te stellen die gericht is op het tegengaan van de verdeling van de gemeenschappelijke markt door afscherming van nationale markten ex artikel 2 EG. Tevens hangt dit criterium nauw samen met de instelling en bescherming van de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt zoals is neergelegd in artikel 3 EG, eerste lid onder g.[132] De eis van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten is zowel van belang bij artikel 81 EG als bij artikel 82 EG. De invloed dient niet van geringe betekenis te zijn.[133] In het arrest *Grundig-Consten* oordeelt het HvJ EG (samenvatting):

> 'Het begrip "overeenkomsten welke de handel tussen de lid-staten ongunstig kunnen beïnvloeden" dient op het gebied van de kartels te worden gehanteerd ter afbakening van het gemeenschapsrecht tegenover het recht van de lid-staten. Hiertoe is het met name van belang vast te stellen of de overeenkomst direct of indirect, terstond dan wel slechts potentieel, de vrije handel tussen de lid-staten op zodanige wijze kan beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad; derhalve kan niet op grond van het enkele feit dat een overeenkomst – en wellicht zelfs in aanzienlijke mate – tot een toename van de handel tussen staten leidt, worden uitgesloten dat zij die handel "ongunstig kan beïnvloeden" in de zin van artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag.'[134]

In *Hugin* oordeelt het HvJ EG (r.o. 17):

> 'Onder het gemeenschapsrecht vallen [...] ondernemersafspraken en gedragingen die de vrije handel tussen lidstaten in gevaar kunnen brengen op een wijze die schadelijk kan zijn voor de verwezenlijking van één markt tussen de lidstaten, inzonderheid door afscherming van de nationale markten of door wijziging van de mededingingsstructuur in de gemeenschappelijke markt. Daarentegen vallen

131 Zie over dit aspect ook HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.

132 Dit blijkt ook uit het feit dat het in de jurisprudentie ontwikkelde criterium om het begrip 'ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten' te verduidelijken hetzelfde is als bij de omschrijving van het criterium 'maatregelen van gelijke werking' door het HvJ EG in de *Dassonville* uitspraak. Zo is volgens het HvJ EG iedere handelsregeling van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen te beschouwen. Zie HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74 *(Dassonville)*, *Jur.* 1974, p. 837.

133 HvJ EG 28 april 1998, zaak C-306/96 *(Javico)*, *Jur*. 1998, p. I-1983, r.o. 16.

134 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur*. 1966, p. 449.

> gedragingen waarvan de gevolgen zich binnen het grondgebied van een enkele lidstaat doen gevoelen, onder de nationale rechtsorde.'[135]

In het arrest *Glöckner* oordeelt het HvJ EG (r.o. 48):

> 'Wil van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten sprake zijn, dan moeten besluiten, overeenkomsten of feitelijke gedragingen op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat zij al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed kunnen uitoefenen op het handelsverkeer tussen lidstaten, en wel zo, dat men moet vrezen dat zij de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten kunnen belemmeren.'[136]

Een merkbare potentiële beïnvloeding van de interstatelijke handel wordt reeds aangenomen bij een wijziging van de relevante handelsstromen.[137] Het hoeft voor de toepasselijkheid van dit criterium niet per definitie te gaan om overeenkomsten die rechtstreeks de import of de export betreffen.[138] Het criterium dat uit de jurisprudentie voorvloeit is of met voldoende waarschijnlijkheid kan worden aangenomen dat een overeenkomst (in feite of potentieel) rechtstreeks of indirect de handel tussen lidstaten kan beïnvloeden met als gevolg dat de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad.[139] Is niet voldaan aan dit vereiste dan moeten op grond van de effectleer de mededingingsregels van het land of de landen waar de mededingingsafspraken effect kunnen hebben worden toegepast. Gaat het om overeenkomsten, besluiten of gedragingen die effect kunnen hebben op de Nederlandse markt dan zijn de Nederlandse mededingingsregels van toepassing. Het criterium functio-

135 HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78 *(Hugin)*, *Jur.* 1979, p. 1869.

136 HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *(Glöckner)*, *Jur.* 2001, p. I-8089.

137 Van Gerven e.a. 1997, p. 82 e.v., p. 92 e.v.

138 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 maart 1970, zaak 43/69 *(Bilger)*, *Jur.* 1970, p. 127; HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72 *(VCH)*, *Jur.* 1972, p. 977; HvJ EG 11 juli 1989, zaak 246/86 *(Belasco)*, *Jur.* 1989, p. 2117.

139 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 659 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449; HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur.* 1966, p. 392; HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69 *(Völk/Vervaeke)*, *Jur.* 1969, p. 295; HvJ EG 6 mei 1971, zaak 1/71 *(Cadillon/Höss)*, *Jur.* 1971, p. 351; HvJ EG 10 juli 1980, zaak 99/79 *(Lancôme/Etos)*, *Jur.* 1980, p. 2511; HvJ EG 16 juni 1981, zaak 126/80 *(Salonia)*, *Jur.* 1981, p. 1563; HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85 *(Houtslijp)*, *Jur.* 1988, p. 5193; GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-791; GvEA EG 14 juli 1994, zaak T-77/92 *(Parker)*, *Jur.* 1994, p. II-549; HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-219/95 P *(Ferriere Nord)*, *Jur.* 1997, p. I-4411; HvJ EG 28 april 1998, zaak C-306/96 *(Javico)*, *Jur.* 1998, p. I-1983.

neert dan ook voornamelijk als afbakeningscriterium voor de toepassing van het Europees mededingingsrecht of het nationaal mededingingsrecht.[140]

Overeenkomsten die slechts werking hebben op of waarvan het gevolg beperkt is tot het grondgebied van één lidstaat, kunnen een drempel voor concurrenten vormen en daardoor invloed hebben op de tussenstaatse handel.[141] Zelfs een toename van de tussenstaatse handel kan als een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten gelden als het bijvoorbeeld gaat om een verhoging van de prijzen op de binnenlandse markt om de export naar andere lidstaten te financieren.[142]

Het merkbaarheidsvereiste speelt ook bij de vraag of er sprake is van een potentiële beïnvloeding van de interstatelijke handel een rol.[143] De Commissie heeft in de mededeling betreffende het begrip beïnvloeding van de handel aangegeven aan welke eisen overeenkomsten moeten voldoen om aan te nemen dat ze in beginsel de handel tussen de lidstaten niet merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden.[144]

2.3.3.3 De nietigheidssanctie; artikel 81 EG, tweede lid

a. Nietigheid van rechtswege

De uit artikel 81 lid 2 EG voortvloeiende nietigheid is een bijzondere vorm van nietigheid. Artikel 81 lid 2 EG hevelt namelijk een begrip uit het burgerlijk

---

140 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449. Zie ook HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78 *(Hugin)*, *Jur.* 1979, p. 1869; HvJ EG 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79 t/m 3/79 *(Giry)*, *Jur.* 1980, p. 2327; HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 247/86 *(Alsatel)*, *Jur.* 1988, p. 5987.

141 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 659 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72 *(VCH)*, *Jur.* 1972, p. 977; HvJ EG 16 juni 1981, zaak 126/80 *(Salonia)*, *Jur.* 1981, p. 1563; HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84 *(Pronuptia)*, *Jur.* 1986, p. 353; HvJ EG 27 september 1988, zaak 65/86 *(Bayer/Süllhözaak)*, *Jur.* 1988, p. 5249; HvJ EG 11 juli 1989, zaak 246/86 *(Belasco)*, *Jur.* 1989, p. 2117; GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92 *(SPO)*, *Jur.* 1995, p. II-289; GvEA EG 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 *(SCK)*, *Jur.* 1997, p. II-1739. In Kapteyn & VerLoren van Themaat wordt gewezen op het feit dat ook overeenkomsten die op indirecte wijze invloed op de tussenstaatse handel uitoefenen verstorend kunnen werken op de versmelting van markten. Als voorbeeld wordt genoemd het vaststellen van minimuminkoopprijzen voor een halfproduct dat niet binnen de gemeenschap verhandeld wordt, maar dat de grondstof vormt voor een eindproduct dat wel binnen de gemeenschap wordt verhandeld. HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83 *(BNIC/Clair)*, *Jur.* 1985, p. 391.

142 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 659. Zie ook HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449; GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-791.

143 HvJ EG 18 februari 1971, zaak 40/70 *(Sirena)*, *Jur.* 1971, p. 69; HvJ EG 20 juni 1978, zaak 28/77 *(Tepea)*, *Jur.* 1978, p. 1391; HvJ EG 10 juli 1980, zaak 30/78 *(Distillers)*, *Jur.* 1980, p. 2229.

144 Zie voor de eisen die de Commissie stelt de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/81.

recht over naar het EG-Verdrag.[145] De krachtens het eerste lid van artikel 81 EG verboden overeenkomsten of besluiten, die niet vallen onder de uitzondering van het derde lid van artikel 81 EG, zijn van rechtswege nietig volgens het tweede lid van artikel 81 EG.

Hoewel de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG verwant is aan het in de lidstaten voorkomende begrip nietigheid, staat de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG op zichzelf en kent het een, zoals Appeldoorn terecht verdedigt, eigen invulling.[146] De op het kartelrecht zelf berustende nietigheid brengt mee dat men niet toekomt aan de vraag of artikel 3:40 BW van toepassing is.[147]

In de jurisprudentie van het HvJ EG is het begrip nietigheid nader uitgewerkt. In het arrest *Beguelin* heeft het HvJ EG verklaard dat de nietigheid ex artikel 81 lid 2 EG een absoluut karakter heeft en dat een krachtens deze bepaling nietige overeenkomst zonder effect blijft in de verhouding tussen de contractpartijen.[148]

b. Gedeeltelijke nietigheid

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.[149] In het arrest *Societe Technique Miniere* heeft het HvJ EG bepaald dat de in artikel 81 lid 2 EG bedoelde nietigheid van rechtswege slechts de bepalingen van de overeenkomst treft die met het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG onverenigbaar zijn.[150] De gevolgen van deze nietigheid voor alle andere onderdelen van de overeenkomst worden niet door het gemeenschapsrecht beheerst. Hetzelfde geldt voor eventuele op basis van een dergelijke overeenkomst geplaatste bestellingen en verrichte leveringen alsmede voor de daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen.

Het HvJ EG heeft in de zaak *Grundig-Consten* bepaald dat

> 'de nietigheid van rechtswege slechts geldt – hetzij voor de verschillende onderdelen van de door het verbod getroffen overeenkomst, dan wel voor de overeenkomst

145 Appeldoorn 2004, p. 135.
146 Appeldoorn 2004, p. 135.
147 Zie M.R. Mok in zijn annotatie onder HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 *(Vreugdenhil/BVH)*, sub 2.
148 HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 *(Beguelin)*, *Jur*. 1971, p. 949.
149 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur*. 1966, p. 392.
150 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur*. 1966, p. 392. Vgl. ook de conclusie van de A-G Roemer die nader ingaat op de door Société Technique Minière verdedigde gedachte van de totale nietigheid van de overeenkomst.

in haar geheel – indien deze delen met de overeenkomst zelve een onverbrekelijk geheel vormen.'[151]

De nietigheid van rechtswege, zoals is neergelegd in het tweede lid van artikel 81 EG, betreft dan ook alleen de met het eerste lid van artikel 81 EG onverenigbare bedingen.[152] 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.[153] Zie voor het Nederlands recht artikel 3:41 BW (partiële nietigheid).[154] Artikel 3:41 BW bepaalt dat indien een grond van nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling betreft, deze voor het overige in stand blijft, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekelijk verband met het nietige deel staat. Ingeval het restant van de overeenkomst, mede gelet op de inhoud en strekking van de handeling, een voor partijen zinvolle regeling vormt en de door partijen beoogde doelen nog al of niet gedeeltelijk kunnen worden behaald, zal van een onverbrekelijk verband niet snel mogen worden gesproken. Gevolg is dan dat de overeenkomst of het besluit slechts gedeeltelijk nietig zal zijn.[155] Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of de overeenkomst of het besluit volledig nietig is of niet.

Het op de overeenkomst van toepassing zijnde recht bepaalt hoe de geldigheid van het restant van de overeenkomst er uitziet.[156] Nu het nationaal burgerlijk recht van de lidstaten (voorlopig nog steeds) verschillend is, zal het restant van de overeenkomst afhankelijk van het op de overeenkomst toepasselijke recht tot verschillende uitkomsten kunnen leiden.[157] Bij de toepassing van het nationale recht moet de burgerlijke rechter wel binnen de grenzen van de door het HvJ EG ontwikkelde doctrine blijven. Afwijkingen van de uitleg van het HvJ EG zijn dan ook niet toegestaan.[158] De nietigheidssanctie zoals neergelegd in het tweede lid van artikel 81 EG is naar Nederlands recht over-

151 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur*. 1966, p. 449. Zie ook HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur.* 1966, p. 392. Vgl. art. 3:41 BW betreffende de partiële nietigheid waar ook wordt gesproken van een ' onverbrekelijk verband'.

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

153 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons)*, *Jur*. 1983, p. 4173. Zie ook Appeldoorn 2004, p. 136.

154 Zie over partiële nietigheid ook Hijma 1988, p. 251-294 en Van Schaick 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.

155 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur*. 1966, p. 449.

156 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur.* 1983, p. 4173.

157 Zia Appeldoorn 2004, p. 136. Zie verder Hijma 1988, p. 251-294.

158 Zie Appeldoorn 2004, p. 136.

bodig nu de nietigheid reeds voortvloeit uit de artikelen 2:14 BW en 3:40 BW.[159] Zoals ik zojuist heb betoogd heeft de nietigheidssanctie van artikel 81 lid 2 EG echter een eigen invulling die niet per definitie overeenkomt met het nationale begrip nietigheid.

In *Brasserie de Haecht II* heeft het HvJ EG bepaald dat geen nadere beslissing vereist is voor het intreden van de nietigheid.[160] De nationale rechter velt slechts een declaratoir vonnis en geen constitutief vonnis ingeval hij artikel 81 lid 2 EG van toepassing acht.[161] De gevolgen van de nietigheid dienen door de nationale rechter naar nationaal recht te worden beoordeeld. Het HvJ EG vat in dit kader in *Sociéte de Vente de Ciments et Bétons (Kerpen & Kerpen)* de jurisprudentie nog eens samen en overweegt (r.o. 11):

> 'In het arrest van 25 november 1971 (zaak 22/71, Beguelin, Jurispr. 1971, blz. 949) heeft het Hof verklaard, dat een onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag [thans artikel 81 lid 1 EG, EJZ] vallende overeenkomst nietig is en, aangezien de nietigheid een absoluut karakter heeft, zonder effect blijft in de verhouding tussen de contractpartijen. Uit de rechtspraak van het Hof, inzonderheid het arrest van 30 juni 1966 (zaak 56/65, Societe Technique Miniere, Jurispr. 1966, blz . 391), blijkt voorts, dat de in artikel 85, lid 2, bedoelde nietigheid van rechtswege slechts de bepalingen van de overeenkomst treft, die met artikel 85, lid 1, onverenigbaar zijn. De gevolgen van deze nietigheid voor alle andere onderdelen van de overeenkomst worden niet door het gemeenschapsrecht beheerst. Hetzelfde geldt voor eventuele op basis van een dergelijke overeenkomst geplaatste bestellingen en verrichte leveringen alsmede voor de daaruit voortvloeiende betalingsverplichtingen.'[162]

De bevoegdheid om een overeenkomst al dan niet gedeeltelijk nietig te verklaren, is en blijft een exclusieve taak voor de nationale rechter. Deze bevoegdheid komt ook de arbiter toe mocht er sprake zijn van een arbitrageprocedure (zie § 6.5.2).[163] De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten hebben deze bevoegdheid niet. Uiteraard kunnen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten wel een overtreding van de mededingingsregels vaststellen. De rechter en partijen kunnen daar vervolgens aan gebonden zijn (zie § 9.5.7).

---

159 Gewezen kan nog worden op art. 2:60 BW over uittredingsregelingen bij coöperaties.

160 HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur*. 1973, p. 77.

161 Appeldoorn 2004, p. 135. Appeldoorn wijst terecht op het feit dat een andere beslissing moeilijk in overeenstemming zou zijn te brengen met het feit dat aan art. 81 lid 2 EG rechtstreekse werking. toekomt. Zie HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 *(BRT/SABAM)*, *Jur*. 1974, p. 51.

162 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur.* 1983, p. 4173.

163 Zie over de taak en rol van de arbiter in het Europees en Nederlands mededingingsrecht mijn hoofdstuk 6.

c. Terugwerkende kracht van de nietigheidssanctie

Naar Nederlands recht is een nietige rechtshandeling van aanvang af nietig. Indien wordt gepresteerd kan het gepresteerde met een vordering op grond van onverschuldigde betaling worden teruggevorderd nu een nietige rechtshandeling geen rechtsgrond voor de prestatie oplevert. Het Nederlands recht hoeft hier echter niet doorslaggevend te zijn nu, hoewel het nationale recht de gevolgen van de nietigheid regelt, het Gemeenschapsrecht de werking van de nietigheid in de zin van artikel 81 lid 2 EG bepaalt.[164] Heeft de nietigheidssanctie op grond van het Gemeenschapsrecht 'terugwerkende kracht' (werking *ex tunc*)?[165] Het antwoord moet bevestigend luiden.[166] Het HvJ EG overweegt in *Brasserie de Haecht* (r.o. 26-27):

> 'Dat deze nietigheid [de nietigheid op grond van artikel 81 lid 2 EG, toevoeging EJZ] derhalve alle gevolgen, voor het verleden en voor de toekomst, van de overeenkomst of het besluit kan treffen;
> Dat bijgevolg de in artikel 85, lid 2 [thans artikel 81 lid 1 EG, toevoeging EJZ], bedoelde nietigheid *terugwerkende kracht* heeft.'[167]

De verboden overeenkomsten of besluiten worden geacht altijd en tegenover iedereen nietig te zijn geweest.[168] Het tweede lid van artikel 81 EG vormt dan ook het effectieve schild jegens de partij die nakoming van een verboden overeenkomst vordert. Opmerking verdient wel dat de aanduiding 'terugwerkende kracht' eigenlijk niet past bij de nietigheidssanctie (alleen vernietiging heeft terugwerkende kracht). Er is namelijk altijd sprake geweest van een toestand van niet-bestaan. De toestand van niet-bestaan kan daarom niet terugwerken.[169]

De nietigheid van rechtswege van verboden overeenkomsten en besluiten is een harde sanctie. De nationale rechter maakt in de praktijk echter gebruik van verschillende mogelijkheden om de gevolgen van de nietigheid te beper-

---

164 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur.* 1983, p. 4173.

165 Appeldoorn wijst op het feit dat de aanduiding 'terugwerkende kracht van nietigheid' gebrekkig is. Nietigheid is geen actieve gedraging of eigenschap van een overeenkomst. De toestand van niet-bestaan is altijd voorhanden geweest. Iets dat altijd voorhanden is geweest kan niet terugwerken. Zie Appeldoorn 2004, p. 137.

166 Zie ook Appeldoorn 2004, p. 137.

167 HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur*. 1973, p. 77.

168 Zie Van der Klis & Lavrijssen 1998, p. 79-83. Zie over nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen in het burgerlijk recht de dissertatie van Hijma: Hijma 1988. Geelkerken heeft in zijn dissertatie verdedigd dat de nietigheid van de overeenkomst slechts werking zou hebben vanaf de vaststelling van de nietigheid. Zo zou de rechtszekerheid van partijen volgens Geelkerken ernstig worden bedreigd door aan alle eerder gedane prestaties de rechtsgrond te ontnemen. Daarnaast zou het economisch verkeer teveel worden verstoord. Zie Geelkerken 1966.

169 Appeldoorn 2004, p. 137.

ken.[170] Zo komt het voor dat het gevolg van de nietigheidssanctie beperkt blijft tot een werking *ex nunc*.[171] Tevens kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid ertoe leiden dat de gevolgen van de nietigheid worden uitgesteld, denk aan het op een minder rigoureuze wijze geleidelijk afbouwen van de afspraken.

Ik heb mijn bedenkingen bij dergelijke relativeringen van de werking van de nietigheidssanctie van artikel 81 lid 2 EG door de nationale rechter. Gelet op de strekking van artikel 81 lid 2 EG is de preventieve werking die van de nietigheid uitgaat zo belangrijk dat relativeringen van de nietigheid niet snel toelaatbaar zullen worden geacht door het HvJ EG.[172] De regels van nationaal burgerlijk recht (zoals de artikelen 3:40 BW, 3:41 BW, 3:42 BW en 3:58 BW) zijn op de rechtsgevolgen van de nietigheid van het daardoor getroffen deel van de overeenkomst niet van toepassing.[173] De nietigheid die artikel 81 lid 2 EG met zich meebrengt heeft een absoluut karakter en het gevolg van de werking van de nietigheidssanctie beperken tot werking *ex nunc* werkt in de hand dat partijen de grenzen van hetgeen mededingingsrechtelijk toelaatbaar is, zullen opzoeken of overschrijden. Dit zou de afschrikkende werking van de nietigheidssanctie teniet doen.

De nationale rechter maakt in de praktijk ook gebruik van partiële nietigheid. Een overeenkomst bestaat uit een groot aantal verbintenissen. Betreft een grond van de nietigheid slechts een deel van een rechtshandeling, dan blijft deze ex artikel 3:41 BW voor het overige in stand, voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de handeling, niet in onverbrekelijk verband met het nietige deel staat. De nietigheid treft in dat geval maar een deel van de overeenkomst. Daarnaast vormt het feit dat de vorderingen die op de nietigheid worden gebaseerd zijn onderworpen aan de regels van verjaring (5 jaar ex artikel 3:309 e.v. BW) een beperking van de gevolgen van de nietigheid.

De nietigheid treft slechts de bepalingen van de overeenkomst die met artikel 81 EG onverenigbaar zijn (het gemeenschapsrecht bepaalt zoals gezegd de werking en omvang van de nietigheid). De gevolgen van de nietigheid voor andere onderdelen van de overeenkomst worden door het nationale burgerlijk recht van de lidstaat beheerst.[174] Bij de toepassing van het nationale burgerlijk recht moet de burgerlijke rechter wel binnen de grenzen van het in de jurisprudentie van het HvJ EG ontwikkelde effectiviteitsbeginsel of doeltreffendheidsbeginsel blijven. De regels die van toepassing zijn in een geschil met een communautaire dimensie mogen de uitoefening van de door de communautaire

170 Zie hierover ook bijvoorbeeld Van der Klis & Lavrijssen 1998, p. 83; Samkalden 2000, p. 204.
171 Van der Woude 2002, p. 182; Van der Klis & Lavrijssen 1998, p. 79.
172 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 28.
173 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 28. Hartkamp wijst op het feit dat niet valt uit te sluiten dat het HvJ EG voor het Europese recht identieke of vergelijkbare regels ontwikkelt.
174 HvJ EG 14 december 1983, zaak C-319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur.* 1983, p. 4173.

rechtsorde verleende rechten niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken.[175] Zo is het voorstelbaar dat het effectiviteitsbeginsel met zich meebrengt dat de door het nationale recht verbonden gevolgen aan de nietigheid de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken ingeval het nationale recht al te coulant met de gevolgen van de nietigheid omgaat.[176] Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien de rechter op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid de gevolgen van de nietigheid zeer lang uitstelt. Zie over het effectiviteitsvereiste of doeltreffendheidsbeginsel § 5.5.3.

d. Conversie van de nietige rechtshandeling

De rechter kan de overeenkomst ook geheel of gedeeltelijk converteren in een geoorloofde rechtshandeling ex artikel 3:42 BW. Daarbij moet worden aangetekend dat conversie niet is toegestaan wanneer dat onredelijk is jegens de derden-belanghebbenden. Een overeenkomst die verboden is op grond van het kartelverbod en gevolgen voor derden heeft, zal dan ook niet snel voor conversie in aanmerking komen.[177] Samkalden pleit er mijns inziens dan ook terecht voor dat deze derden in de gelegenheid moeten worden gesteld hun belang naar voren te brengen voordat tot conversie wordt besloten.[178] Deze conclusie lijkt mij juist, maar voordat aan deze fase wordt toegekomen, dient eerst nog de vraag te worden beantwoord of het Europees recht überhaupt ruimte biedt voor conversie van een nietige overeenkomst.

Mok is van mening dat conversie

> 'alleen betrekking [heeft] op nietigheid die op grond van het BW door nietigheid van rechtswege of door vernietiging is ingetreden en dus niet op nietigheid uit andere hoofde, m.n. op grond van het mededingingsrecht.'[179]

Daarbij wijst Mok op het oordeel van het HvJ EG in *Béguelin* dat een krachtens artikel 81 lid 2 EG nietige overeenkomst zonder effect blijft in de verhouding tussen de contractpartijen en niet aan derden kan worden tegengeworpen, gelet op het absolute karakter van de bedoelde nietigheid.[180] Nu het HvJ EG dit oordeel in zaak 319/82 *(Sociéte de Vente de Ciments et Bétons)* heeft herhaald en daaraan heeft toegevoegd dat de nietigheid van rechtswege slechts de bepalingen van de overeenkomst treft die met artikel 81 lid 1 EG onverenigbaar

175 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12.
176 Vgl. Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 70.
177 Zie ook Hof Arnhem 7 maart 2000, rolnr. 97/487 *(Oude Luttikhuis e.a./Coberco)*. In dit arrest oordeelde het Hof dat art. 81 lid 2 EG naar zijn aard geen ruimte laat voor conversie. Het ging hier om de nietigheid van een uittreeregeling van een coöperatie. Zie ook Knibbeler & Schillemans 2001, p. 178 e.v.
178 Samkalden 2000, p. 203 e.v.
179 Mok 2004, p. 175.
180 HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 *(Béguelin)*, *Jur*. 1971, p. 949.

zijn, concludeert Mok dat de contractbepalingen die onverenigbaar zijn met artikel 81 lid 1 EG niet door het nationale recht worden beheerst, zodat ook de conversiebepalingen van het nationale recht niet van toepassing zijn.[181]

In zijn noot onder *Vreugdenhil/BVH* wijst Mok conversie in de zin van artikel 3:42 BW ook af.[182] Mok schrijft:

> 'De bedingen die in strijd zijn met het kartelverbod zijn absoluut nietig. De nietigheidsbepaling van artikel 81, lid 2, is "bestemd om eerbiediging van het Verdrag te verzekeren." Het doel is dus (mede) preventie. Dat doel zou echter worden gemist als het civielrechtelijke risico van concurrentiebeperking slechts conversie in een toelaatbare rechtshandeling zou zijn. Art. 3:42 BW is derhalve op rechtshandelingen die nietig zijn op grond van art. 81, lid 2, van het EG-verdrag of art. 6, lid 2, Mw. niet van toepassing.'

In een vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch wordt deze visie gevolgd.[183] In deze zaak staat een concurrentiebeding van 5 jaar in een koopovereenkomst ter discussie. De rechtbank stelt vast dat er sprake is van een strekkingsbeding waarmee weliswaar een legitiem doel wordt nagestreefd, maar dat niet proportioneel is omdat de beschermingstermijn van vijf jaar verder strekt dan strikt noodzakelijk is voor het bereiken van dat legitieme doel. Indien de merkbaarheid van dit beding komt vast te staan, dan is er volgens de rechtbank sprake van een beding dat ingevolge artikel 6 lid 2 Mw van rechtswege nietig is. Conversie van het non-concurrentiebeding van 5 jaar tot 2 jaar kan volgens de rechtbank niet worden toegestaan. De rechtbank overweegt (r.o. 4.31):

> 'Op grond van artikel 3:42 BW kan de rechter in bepaalde gevallen een nietige rechtshandeling omzetten in een rechtsgeldige rechtshandeling. Op bedoelde mogelijkheid van conversie is door Heijmans geen uitdrukkelijk beroep gedaan en de rechtbank is met [gedaagde] van oordeel dat conversie hier ook niet aan de orde kan zijn. Artikel 6 Mw strekt immers tot bescherming van de markt, en niet tot bescherming van de partijen bij de mededingingsbeperkende overeenkomst. Het doel van artikel 6 Mw is om te voorkomen dat door ondernemingen overeenkomsten worden gesloten die de mededinging beperken. De absolute nietigheidssanctie van artikel 6 lid 2 Mw is bedoeld om partijen te stimuleren om aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer conversie wordt toegestaan en partijen hooguit het risico lopen dat hun niet geoorloofde overeenkomst wordt omgezet in een overeenkomst die nog net binnen de grenzen van artikel 6 Mw valt.'

---

181 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur.* 1983, p. 4173.

182 HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*.

183 Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2007, *LJN* BA2126 *(Heijmans/Nederveen)*.

Een in 2008 gewezen arrest van het Hof Leeuwarden volgt dezelfde lijn. Het Hof Leeuwarden acht in een zaak betreffende een minimumafnameverplichting in een franchiseovereenkomst die verder gaat dan wat volgens het Samenwerkingsbesluit Detailhandel (60%) of Verordening 2790/1999 (80%) is vrijgesteld van het kartelverbod, de minimumafnameverplichting nietig op grond van artikel 6 lid 2 Mw.[184] Conversie van het ongeoorloofde beding in een nog toelaatbare afnameverplichting werd door het Hof van de hand gewezen omdat daarmee de prikkel verdwijnt geoorloofde afspraken te maken en de meest belanghebbende partij bij een beding anders enkel het risico loopt van een conversie. Dat verdraagt zich niet met de absolute nietigheidsbepaling in de Mw, aldus het Hof Leeuwarden. Het Hof overweegt (r.o. 11):

> 'Dat een afnameverplichting voor een lager percentage (60% als verwoord in het hiervoor vermelde Samenwerkingsbesluit Detailhandel dan wel 80% als opgenomen in artikel 1b van Verordening EG nr. 2790/1999, de groepsvrijstellingsverordening verticalen) wel is toegelaten, betekent niet dat een dergelijk lager percentage van rechtswege in de franchiseovereenkomst is opgenomen zonder dat partijen daartoe overeenstemming hebben bereikt. Voor conversie van artikel 13.4 van de franchiseovereenkomst in een minder vergaande maatregel, die nog binnen de grenzen van het toelaatbare zou liggen, acht het hof – gelet op de aard van het bewuste nietigheidsvoorschrift en het stelsel van de wettelijke regeling waarvan dat voorschrift deel uitmaakt – geen ruimte aanwezig. De absolute nietigheidsbepaling, verwoord in lid 2 van artikel 6 MW, is immers bedoeld om preventief – aan ongeoorloofde beperkingen van de mededinging een einde te maken. Die prikkel wordt voor een belangrijk deel weggenomen wanneer een verboden bepaling wordt geconverteerd in een nog juist toelaatbare bepaling, nu de belanghebbende partij ten aanzien van het stipuleren van eventueel ongeoorloofde beperkingen van de mededinging in dat geval geen ander risico loopt dan dat van bedoelde conversie, zoals het hof ook heeft overwogen in zijn arrest van 7 november 2007, LJN BB8288 (Slager/Prisma).'

In de zaak *Brocacef/FGC* wordt door A-G Keus een minder stellig standpunt ingenomen.[185] Het gaat in *Brocacef/FGC* om de afwikkeling van een tussen partijen tot stand gekomen afnameovereenkomst. Aan deze afnameovereenkomst is feitelijk nooit uitvoering gegeven. De overeenkomst is al snel door FGC eenzijdig beëindigd en Brocacef zou reeds in verzuim zijn geweest. In het principale beroep komt onder andere de vraag aan de orde of de overeenkomst op grond van artikel 81 lid 2 EG nietig was en of een dergelijke nietigheid ruimte biedt voor partiële nietigheid of conversie. A-G Keus schrijft (§ 2.8):

> 'Voor het standpunt van Mok pleit de wijze waarop aan de rechtsfiguur van conversie wettelijk is vormgegeven. Art. 3:42 BW spreekt niet van een nietige

184 Hof Leeuwarden 30 januari 2008, *LJN* BC3424 *(Mitra/Franchisenemer)*.
185 HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 *(Brocacef/FGC)*.

bepaling die in een geldige bepaling wordt omgezet, maar van een nietige bepaling waaraan (niettemin) de werking van een andere rechtshandeling toekomt. Die voorstelling van zaken is (en in zoverre ben ik het met Mok eens) problematisch in het licht van de ook door Mok aangehaalde rechtspraak van het HvJ EG dat de nietigheid ingevolge art. 81 lid 2 EG een absoluut karakter heeft en dat een krachtens deze bepaling nietige overeenkomst in de verhouding tussen de contractspartijen zonder effect blijft. Voorts kan het door Mok aangevoerde argument dat de mogelijkheid van conversie in de hand werkt dat partijen de grenzen van hetgeen mededingingsrechtelijk toelaatbaar is, opzoeken of zelfs overschrijden, steun in de nationale dogmatiek niet worden ontzegd. Zo ligt een vergelijkbare redenering ten grondslag aan de opvatting dat conversie van een onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar beding in algemene voorwaarden niet te snel mag worden aangenomen. Anderzijds moet worden bedacht dat Europeesrechtelijk in beginsel geen bezwaar tegen partiële nietigheid bestaat en dat daarin de erkenning ligt besloten dat de nietigheidssanctie van art. 81 lid 2 EG niet dieper in de betrokken overeenkomst ingrijpt dan nodig is om haar inhoudelijk met het communautaire mededingingsrecht in overeenstemming te brengen. Daarbij komt dat het verschil tussen conversie en partiële nietigheid hoe dan ook maar betrekkelijk is en dat de nationale dogmatiek beide rechtsfiguren, althans met het oog op het risico dat partijen in hun vertrouwen daarop de grenzen van het toelaatbare opzoeken of zelfs overschrijden, op vergelijkbare wijze begrenst. Tegen deze achtergrond rijst de vraag of conversie, anders dan partiële nietigheid, per se op Europeesrechtelijke bezwaren stuit, óók als de rechtshandeling waarvan de rechtsgevolgen zullen gelden, met het communautaire mededingingsrecht verenigbaar is. Aangenomen dat een naar strekking met de nietige rechtshandeling voldoende vergelijkbare "andere, als geldig aan te merken rechtshandeling" als bedoeld in art. 3:42 BW voorhanden is, wordt met (van rechtswege intredende) conversie bewerkstelligd dat slechts met art. 81 EG verenigbare rechtsgevolgen intreden en in zoverre aan de strekking van art. 81 lid 2 EG juist recht gedaan. Wat er van dit alles zij, partijen zelf kunnen, naar ook Mok aanneemt, in elk geval een andere en mededingingsrechtelijk toelaatbare overeenkomst sluiten en dát is het geval dat het hof hier mijns inziens op het oog heeft gehad.'

A-G Keus nuanceert de opvatting van Mok door te wijzen op het feit dat het verschil tussen conversie en partiële nietigheid betrekkelijk is en dat de nationale dogmatiek beide rechtsfiguren op vergelijkbare wijze begrenst voor wat betreft het risico dat partijen de grenzen van het toelaatbare opzoeken of overschrijden. Keus vraagt zich af of conversie per definitie op Europeesrechtelijke bezwaren stuit. Hij denkt dat door conversie juist recht wordt gedaan aan de strekking van artikel 81 lid 2 EG.

Van Lierop & Pijnacker Hordijk wijzen op een oude beschikking van de Commissie in de zaak *Nutricia*.[186] In deze zaak waren partijen non-concurrentiebedingen van tien jaar overeengekomen in een overnameovereenkomst. De

186 Beschikking van 12 december 1983, zaak IV/30.389 *(Nutricia)*, *PbEG* 1983, L 376/22. Zie Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 76.

Commissie was van oordeel dat de bedingen excessief waren en als gevolg daarvan in strijd waren met artikel 81 lid 1 EG, maar slechts vanaf het moment dat de periode die de Commissie wel aanvaardbaar vond was verstreken. De Commissie past hierbij dus een vorm van conversie toe.

Bij conversie gaat het om de gevolgen van een nietig beding. Dat is mijns inziens iets anders dan de gevolgen van niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG vallende bedingen. Op grond van het arrest *Société Technique Minière* gaat het daarbij om een vraag van gemeenschapsrecht en niet om een vraag van nationaal recht.[187] Via een prejudiciële vraag zou aan het HvJ EG kunnen worden gevraagd of conversie in overeenstemming is met het kartelverbod in de zin van artikel 81 lid 2 EG. De door Van Lierop & Pijnacker Hordijk genoemde voorbeelden waarbij in de Nederlandse jurisprudentie conversie is afgewezen, zoals het geval waarin een langere proeftijd in een arbeidsovereenkomst was bedongen dan wettelijk toegestaan en het geval waarin huwelijkse voorwaarden waren gesloten zonder notariële akte of rechterlijke goedkeuring, zijn dan ook niet direct van belang voor de beantwoording van de vraag of conversie van een nietige rechtshandeling mogelijk is.[188] De regels van nationaal burgerlijk recht zijn op de rechtsgevolgen van de nietigheid van het daardoor getroffen deel van de overeenkomst niet van toepassing.[189] Dat geldt niet alleen voor conversie, maar ook voor partiële nietigheid en bekrachtiging (artikelen 3:40 BW, 3:41 BW, 3:42 BW en 3:58 BW).

Zolang de vraag of conversie in overeenstemming is met het kartelverbod in de zin van artikel 81 lid 2 EG nog niet door het HvJ EG is beantwoord, ben ik in navolging van Mok van mening dat voor conversie geen plaats is. De nietigheid die artikel 81 lid 2 EG met zich meebrengt heeft een absoluut karakter en de mogelijkheid van conversie werkt in de hand dat partijen de grenzen van hetgeen mededingingsrechtelijk toelaatbaar is, zullen opzoeken of overschrijden. Dit zou de afschrikkende werking van de nietigheidssanctie teniet doen. Gelet op de strekking van artikel 81 EG is preventie zo belangrijk dat relativeringen van de nietigheid niet snel toelaatbaar zullen zijn (zie mijn bespreking onder c).[190] Voor de nietigheid die artikel 6 lid 2 Mw met zich meebrengt geldt hetzelfde, nu artikel 6 lid 2 Mw volledig is gebaseerd op artikel 81 lid 2 EG. Wel zijn op de rechtsgevolgen van de nietigheid die artikel 6 lid 2 Mw met zich meebrengt gewoon de regels van nationaal burgerlijk recht van toepassing (anders dan bij artikel 81 lid 2 EG). Uiteraard kunnen partijen ter vervanging van de nietige overeenkomst wel een nieuwe overeenkomst sluiten waaraan geen gebreken van mededingingsrechtelijke aard kleven.[191]

187 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur*. 1966, p. 392.
188 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 75.
189 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 28.
190 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 28.
191 Mok 2004, p. 175.

e. Tijdelijke of voorbijgaande nietigheid

In een systeem waarbij de toepassing van het kartelverbod deels is gebaseerd op het merkbaar mededingingsbeperkend effect (§ 2.3.3.2 sub e), kunnen overeenkomsten en gedragingen door veranderende marktomstandigheden eerst toelaatbaar zijn en later in strijd zijn met het kartelverbod zonder dat daarvoor actieve handelingen van de betrokken partijen nodig zijn.[192] Overeenkomsten en gedragingen kunnen door veranderende marktomstandigheden ook eerst in strijd zijn met het kartelverbod en later toelaatbaar zijn zonder dat daarvoor actieve handelingen van de betrokken partijen nodig zijn. Te denken valt aan partijen waarvan het marktaandeel zich om de grens van een groepsvrijstellingsverordening bevindt. Blijven partijen onder een bepaald marktaandeel dan profiteren zij van de groepsvrijstellingsverordening en is hun overeenkomst vrijgesteld van het kartelverbod. Wordt na enige tijd hun marktaandeel te groot dan vallen zij niet meer onder de groepsvrijstelling en is hun overeenkomst in strijd met het kartelverbod. Tevens valt te denken aan een overeenkomst die eerst een merkbaar mededingingsbeperkend effect heeft en na verloop van tijd wegens veranderende marktomstandigheden geen merkbaar mededingingsbeperkend effect meer heeft. Hiermee hangt samen het probleem van de 'tijdelijke' of 'voorbijgaande' nietigheid van overeenkomsten.

Er is wel verdedigd dat 'een overeenkomst waarvan de inhoud gelijk blijft, al naar gelang de merkbaarheid van het mededingingsbeperkend effect af en toe wel en af en toe niet nietig is'.[193] Dit zou volgens Wesseling impliceren dat 'absolute rechtszekerheid over de afdwingbaarheid van (bepalingen in) een overeenkomst niet bestaat in een mededingingsrechtregime dat gebaseerd is op het effect van een overeenkomst.'[194] Zo overweegt het Engelse *Court of Appeal* in *Passmore v. Morland* dat de nietigheid slechts een tijdelijke toestand is.[195] Het *Court of Appeal* verwijst naar *Sociéte de Vente de Ciments et Bétons*, waarin het HvJ EG heeft bevestigd dat alleen die delen van een overeenkomst nietig zijn die strijdig zijn met artikel 81 lid 1 EG.[196] Tevens wordt verwezen naar het feit dat de Commissie alleen gedragingen kan beboeten die plaatsvonden tijdens de periode dat de overeenkomst die ten grondslag lag aan de gedragingen in strijd was met artikel 81 lid 1 EG.

De motivering van het Engelse *Court of Appeal* is niet overtuigend.[197] In de eerste plaats biedt *Sociéte de Vente de Ciments et Bétons* geen ondersteuning aan de stelling van het Engelse *Court of Appeal*. In *Sociéte de Vente de Ciments*

192 Wesseling 2001b, p. 226; Komninos 2008, p. 152.
193 Wesseling 2001b, p. 226.
194 Wesseling 2001b, p. 226.
195 Zie *Passmore v. Morland plc et al* [1999] 1 CMLR 1129; EuLR 501 (CA). Zie over *Passmore v. Morland plc et al* Appeldoorn 2004, p. 138 e.v.; Komninos 2008, p. 152.
196 HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Sociéte de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur*. 1983, p. 4173.
197 Appeldoorn 2004, p. 138-139.

et Bétons is door het HvJ EG de mogelijkheid van gedeeltelijke nietigheid aanvaard. Dat betekent dat op een bepaald gefixeerd moment in de tijd sommige delen van de overeenkomst wel en andere delen van de overeenkomst niet in strijd zijn met het mededingingsrecht. Dat is iets heel anders dan dat de overeenkomst in de loop van de tijd soms wel en soms niet in strijd is met het mededingingsrecht.[198] Gedeeltelijke nietigheid is dan ook niet vergelijkbaar met tijdelijke nietigheid (waarbij een overeenkomst op een tijdbalk in het ene tijdvak wel nietig is en in het andere tijdvak niet). Daarnaast is de vraag of een overeenkomst al dan niet in strijd is met het mededingingsrecht een andere vraag dan de vraag of de overeenkomst al dan niet nietig is. Het feit dat een overeenkomst als gevolg van fluctuering in de grootte of het marktaandeel van de onderneming soms wel en soms niet in strijd is met het mededingingsrecht wil niet per definitie zeggen dat een overeenkomst tevens soms wel en soms niet nietig is. In de tweede plaats is de motivering van het Engelse *Court of Appeal* in *Passmore v. Morland* niet overtuigend omdat de Commissie gerechtigd is boetes uit te delen als gevolg van de vaststelling van een schending van het mededingingsrecht en niet als rechtstreeks gevolg van het al dan niet nietig zijn van de overeenkomst.[199]

Naar Nederlands recht zou onder omstandigheden sprake kunnen zijn van bekrachtiging of convalescentie op grond van artikel 3:58 BW. Wanneer eerst na het verrichten van een rechtshandeling een voor haar geldigheid gesteld wettelijk vereiste wordt vervuld, maar alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt, is daarmede de rechtshandeling bekrachtigd. Artikel 3:58 BW maakt het mogelijk dat een nietige rechtshandeling alsnog geldigheid verkrijgt. De achterliggende gedachte is dat een nietigheid niet verder mag ingrijpen dan door haar doel gerechtvaardigd wordt. De aanvankelijk nietige rechtshandeling wordt met terugwerkende kracht alsnog geldig.[200] Het verschil tussen bekrachtiging naar Nederlands recht op grond van artikel 3:58 BW en de tijdelijke of voorbijgaande nietigheid zoals is aangenomen door het Engelse *Court of Appeal* in *Passmore v. Morland* is dat de heling van de nietigheid zoals aangenomen in *Passmore v. Morland* geen terugwerkende kracht heeft.[201]

198 Appeldoorn 2004, p. 139.

199 Appeldoorn 2004, p. 139.

200 Bij de terugwerkende kracht die als gevolg van de bekrachtiging zou intreden, worden in de literatuur de nodige kanttekeningen geplaatst. Zie bijvoorbeeld Hijma 1988, p. 364 e.v.; Peter 2007, p. 185 e.v. In de literatuur wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen bekrachtiging (dat zou zien op de op heling gerichte rechtshandeling) en convalescentie (dat zou zien op heling door het intreden van een bloot rechtsfeit). Zie bijvoorbeeld Peter 2007, p. 198.

201 Hartkamp 2007b, p. 350, voetnoot 43.

Zoals bij de conversie van de nietige rechtshandeling reeds is besproken (onder sub d van deze paragraaf) zijn de regels van nationaal burgerlijk recht op de rechtsgevolgen van de Europeesrechtelijke nietigheid van het daardoor getroffen deel van de overeenkomst niet van toepassing.[202] Dat geldt niet alleen voor conversie en partiële nietigheid, maar ook voor bekrachtiging ex artikel 3:58 BW. Een tijdelijke of voorbijgaande nietigheid lijkt mij strijdig te zijn met het absolute karakter van de nietigheid en de sterke preventiegedachte achter de nietigheidssanctie van artikel 81 lid 2 EG en het daarop gebaseerde artikel 6 lid 2 Mw. Gelet op de strekking van artikel 81 EG is preventie zo belangrijk dat relativeringen van de nietigheid niet snel toelaatbaar zullen zijn (zie mijn bespreking onder sub c van deze paragraaf).[203] Voor de nietigheid die artikel 6 lid 2 Mw met zich meebrengt geldt hetzelfde, nu artikel 6 lid 2 Mw volledig is gebaseerd op artikel 81 lid 2 EG.[204]

Hoewel het onder omstandigheden mogelijk is dat een overeenkomst door bepaalde ontwikkelingen in de loop der tijd niet meer onder het kartelverbod van artikel 81 EG valt, kan het absolute karakter van de nietigheid niet worden aangetast.[205] Volgens het HvJ EG kan de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG alle gevolgen 'voor het verleden en voor de toekomst' van de overeenkomst of het besluit treffen.[206] De overeenkomst zal nietig zijn en blijven, ook ingeval de gedraging niet langer meer in strijd is met het kartelverbod wegens het ontbreken van een merkbaar mededingingsbeperkend effect of wegens het vallen onder een groepsvrijstelling als gevolg van een kleiner marktaandeel (*safe haven*). De nietigheid is naar mijn mening dan ook niet afhankelijk van de vraag of de overeenkomst later in de tijd nog steeds in strijd is met het mededingingsrecht. Een eventuele nieuwe overeenkomst tussen partijen – die expliciet of impliciet is gesloten nadat de overeenkomst niet meer in strijd is met het mededingingsrecht – heeft uiteraard geen werking *ex tunc* maar alleen werking *ex nunc*. De oorspronkelijke overeenkomst is en blijft nietig op grond van artikel 81 lid 2 EG vanaf het moment dat de overeenkomst in strijd is geraakt met het mededingingsrecht.[207]

---

202 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 28.

203 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 28.

204 Zie in vergelijkbare zin Mok 2004, p. 173 e.v.; Hartkamp 2007b, p. 351.

205 Komninos 2008, p. 152.

206 HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur*. 1973, p. 77, r.o. 26; HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur*. 2001, p. I-6297, r.o. 22; HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM, r.o. 57.

207 Appeldoorn pleit voor een wijziging van het EG-Verdrag waarbij de nietigheidssanctie van artikel 81 lid 2 EG wordt veranderd in 'niet-afdwingbaarheid'. Gedragingen in het verleden missen dan niet opeens hun rechtsgrond en de afdwingbaarheid kan gemakkelijk herleven. De rechter hoeft aan de overeenkomst slechts het bindende karakter te ontzeggen. Zie Appeldoorn 2004, p. 140-143.

f. Voortbouwende overeenkomsten

Indien een overeenkomst nietig is wegens strijd met artikel 81 lid 2 EG kan zich de situatie voordoen dat andere overeenkomsten op die nietige overeenkomst voortbouwen. Het kan gaan om overeenkomsten die tussen dezelfde partijen zijn gesloten als de partijen die de kartelovereenkomst hebben gesloten, maar het kan ook gaan om overeenkomsten tussen deels dezelfde partijen en deels andere partijen. De vraag is wat de gevolgen zijn voor de overeenkomsten die op de nietige (kartel)overeenkomst voortbouwen.

Van Lierop & Pijnacker Hordijk wijzen op het feit dat in een mededingingsrechtelijke context nog niet veel ervaring is opgedaan met de gevolgen voor overeenkomsten die op een nietige kartelovereenkomst voortbouwen. Wel wijzen zij op het feit dat in de praktijk (en zij hebben daar voldoende ervaring mee) regelmatig de vraag rijst 'of en in hoeverre de nietigheid van een horizontale kartelafspraak gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van samenhangende verticale overeenkomsten tussen een lid van het kartel en diens afnemers of leveranciers'.[208] In de praktijk wordt deze vraag volgens de preadviseurs opgelost door middel van schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad, die bestaat uit het in rekening brengen van te hoge prijzen. Een afnemer zou zich mijns inziens ook op de wilsvormingsgebreken dwaling (artikel 6:228 BW) en bedrog (artikel 3:44 lid 3 BW) kunnen beroepen en de door hem gesloten verticale overeenkomst op die gronden geheel of partieel vernietigen. Het is immers duidelijk dat de afnemer als gevolg van het verzwijgen van de hogere kartelprijs tegen een hogere prijs heeft gecontracteerd dan waartoe de afnemer anders bereid zou zijn geweest.[209] Hetzelfde kan gelden voor de leverancier die als gevolg van een inkoopkartel tegen een te lage kartelprijs heeft gecontracteerd. Zie voor een nadere bespreking van deze wilsvormingsgebreken in het kader van ongegronde vermogensverschuiving § 7.13.

In artikel 6:229 BW is een aparte bepaling opgenomen over voortbouwende overeenkomsten.[210] Artikel 6:229 BW bepaalt dat een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding vernietigbaar is, indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening behoort te blijven van degene die zich op dit ontbreken beroept. Vernietiging kan behalve door een rechterlijke uitspraak ook geschieden door een buitengerechtelijke verklaring. Een

208 In dit kader wekt een door Van Lierop & Pijnacker Hordijk aangehaald vonnis van de rechtbank Rotterdam verwondering. In Rb. Rotterdam, 23 oktober 1992, rolnr. 4088/88 *(Multi Veste/Boenders & Maasdam c.s.)* laat de rechtbank de nietigheid van een horizontale afspraak tussen aannemers zonder nadere motivering doorwerken in de verticale overeenkomst tussen de aannemer die bij de horizontale afspraak is betrokken en de opdrachtgever. Zie voor een beschrijving van deze zaak Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 77.

209 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 29.

210 Zie over deze bepaling Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 240-241; Dankers-Hagenaars (*Verbintenissenrecht*), art. 6:229.

voorbeeld van een overeenkomst tussen dezelfde partijen kan worden gevonden in *Courage/Crehan* (zie voor een bespreking § 7.4). De caféhouder (Crehan) is op grond van een beding in de huurovereenkomst betreffende een café (IEL) verplicht tot exclusieve afname van bier van een brouwerij (Courage) Dit beding is nietig op grond van artikel 81 lid 2 EG. Op grond van dit beding worden door partijen bierleverantiecontracten gesloten. De vraag of de op het beding in de huurovereenkomst voortbouwende bierleverantiecontracten nietig of vernietigbaar zijn, dient aan de hand van artikel 6:229 BW te worden beoordeeld.[211] De op het beding in de huurovereenkomst voortbouwende bierleverantiecontracten zijn in beginsel ex artikel 6:229 BW vernietigbaar.[212] Tevens kan nog sprake zijn van vernietigbaarheid van de bierleverantiecontracten wegens de wilsvormingsgebreken bedreiging (dwang) ex artikel 3:44 lid 2 BW en misbruik van omstandigheden ex artikel 3:44 lid 4 BW.[213]

Ingeval de overeenkomst de caféhouder verplicht zijn bier in te kopen bij een derde is artikel 6:229 BW niet van toepassing omdat artikel 6:229 BW het voortbouwen op een tussen partijen bestaande rechtsverhouding vereist. Wel kan een beroep worden gedaan op de zojuist genoemde wilsvormingsgebreken bedreiging en misbruik van omstandigheden, indien de derde in zodanig verband met de brouwerij staat dat hij geacht kan worden van de gebrekkig gevormde wil op de hoogte te zijn (3:44 lid 5 BW). Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een dochteronderneming. In een dergelijke situatie verdedigt Hartkamp een analoge toepassing van artikel 6:229 BW.[214]

Indien de afnemers (of leveranciers) van een karteldeelnemer niet betrokken waren bij de kartelovereenkomst kan de nietigheid van een horizontale kartelovereenkomst niet op grond van artikel 6:229 BW de rechtsgeldigheid van een samenhangende verticale overeenkomsten tussen een lid van het kartel en diens afnemers aantasten. De verticale overeenkomst heeft namelijk niet de strekking voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Het gaat dan niet om voortbouwende rechtshandelingen in de zin van artikel 6:229 BW maar om opvolgende rechtshandelingen.[215]

De Hoge Raad heeft ten aanzien van samenhangende overeenkomsten tussen ten dele verschillende partijen overwogen dat deze samenhangende overeenkomsten, ook indien zij als afzonderlijke overeenkomsten moeten worden beschouwd, zozeer met elkaar kunnen zijn verbonden (te denken valt bijvoorbeeld aan het feit dat beide overeenkomsten in één akte zijn opgenomen) dat vernietiging of ontbinding van de ene overeenkomst noodzakelijkerwijs

---

211 Zie voor de toepassing van art. 6:229 BW HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 259 m.nt. W.M. Kleijn *(Willems/Rabo)*; HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 270 m.nt. W.M. Kleijn *(B./Amersfoortse)*. Zie Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 29.

212 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 29.

213 Zie ook Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 29; Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 205 e.v., nr. 209 e.v.

214 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 29.

215 Ligteringen 2009, p. 76-87.

tot gevolg heeft dat de andere overeenkomst evenmin in stand kan blijven.[216] De verticale overeenkomst tussen een lid van het kartel en diens afnemer zal echter niet snel zozeer met de horizontale (kartel)overeenkomst zijn verbonden dat vernietiging van de horizontale (kartel)overeenkomst noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat de verticale overeenkomst niet in stand kan blijven. De handeling tussen een lid van het kartel en diens afnemer bouwt namelijk niet voort op de oorspronkelijke rechtshandeling (de kartelovereenkomst). De kartelovereenkomst vormt uiteindelijk wel de oorzaak (in de zin van causaal verband) van bijvoorbeeld de overeengekomen te hoge kartelprijs in de overeenkomst tussen een lid van het kartel en een afnemer, maar vormt niet de basis *(geschäftsgrundlage)* van de overeenkomst tussen een lid van het kartel en een afnemer.

De afnemer van een lid van het kartel zal zich, zoals zojuist besproken, doorgaans wel op de wilsvormingsgebreken dwaling (artikel 6:228 BW) en bedrog (artikel 3:44 lid 3 BW) kunnen beroepen en de door hem gesloten overeenkomst geheel of partieel vernietigen. Zie voor een nadere bespreking van deze wilsvormingsgebreken in het kader van ongegronde vermogensverschuiving § 7.13.

De vragen die in deze paragraaf zijn behandeld kunnen zich ook voordoen bij eenzijdige rechtshandelingen die voortbouwen op een overeenkomst die nietig is op grond van artikel 81 lid 2 EG. Zo wijst Hartkamp op een nietige overeenkomst, op grond waarvan één der kartelpartijen een aanbod of een opzegging tot een derde richt. In een dergelijke situatie kan men denken aan vernietigbaarheid op grond van de artikelen 3:44 BW en 6:228 BW dan wel een analoge toepassing van artikel 6:229 BW.[217]

Artikel 6:229 BW is in beginsel alleen van toepassing op overeenkomsten. Analogische toepassing op eenzijdige gerichte voortbouwende rechtshandelingen is echter mogelijk. Het gaat dan om rechtshandelingen die gericht zijn tot een andere partij bij de kartelovereenkomst. Nu artikel 81 EG niet van toepassing is op eenzijdige rechtshandelingen – waarbij niet moet worden vergeten dat het begrip overeenkomst in de zin van artikel 81 EG ruimer is dan het civielrechtelijk begrip overeenkomst -, heeft het analogisch toepassen van artikel 6:229 op eenzijdige gerichte rechtshandelingen de consequentie dat voortbouwende eenzijdige rechtshandelingen indirect geraakt worden door artikel 81 EG.[218] In de praktijk zal de betekenis van artikel 6:229 BW in dergelijke situaties niet groot zijn. Ligteringen wijst als voorbeeld van een voortbouwende eenzijdige rechtshandeling op de opzegging van een kartelovereen-

216 HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 m.nt. JBMV *(Jans/Fiat Credit Nederland)*. Zie over samenhangende overeenkomsten ook HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 m.nt. JBMV *(Mooijman/Netjes)*; HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 m.nt. JBMV *(Meissner Von Hohenmeiss/Arenda)*; Hof Arnhem 19 juni 2007, *NJF* 2007, 546 *(Appellant/Wagner & Partners)*.

217 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 29.

218 Ligteringen 2009, p. 85.

komst. Nu de kartelovereenkomst reeds nietig is op grond van artikel 81 lid 2 EG, zal aan de opzegging verder geen betekenis toekomen (de opzegging van een overeenkomst die geacht wordt nooit te hebben bestaan heeft geen zin).[219]

Met Ligteringen ben ik van mening dat artikel 6:229 BW niet analogisch kan worden toegepast op opvolgende transacties. Dit geldt zowel voor opvolgende overeenkomsten (overeenkomsten tussen een partij bij de kartelovereenkomst en een derde) als voor opvolgende eenzijdige rechtshandelingen (rechtshandeling die een partij bij de kartelovereenkomst tot een derde richt).[220] Wel zou artikel 6:229 BW van toepassing kunnen zijn indien de opvolgende rechtshandeling gericht is tot een nauw betrokken derde die een economische eenheid vormt met een partij bij de kartelovereenkomst. Nu de derde en de partij bij de kartelovereenkomst in dat geval als eenheid moeten worden gezien, is feitelijk sprake van een voortbouwende transactie die onder de werkingssfeer van artikel 6:229 BW valt.[221] Te denken valt aan het ook door Ligteringen genoemde voorbeeld uit de zaak *Courage/Crehan*, waarbij Courage een nauw betrokken derde was bij de pachtovereenkomst tussen caféhouder Crehan en IEL. Bierbrouwer Courage vormde namelijk een economische eenheid met IEL en IEL was partij bij de verboden overeenkomst (zie voor een beschrijving van deze zaak mijn bespreking in § 7.4).[222]

2.3.3.4 Vrijstelling van het kartelverbod; artikel 81 EG, derde lid

De bepalingen van het eerste lid van artikel 81 EG kunnen, anders dan onder het regime van de oude Verordening 17/62, onder de nieuwe Verordening 1/2003 door de nationale rechter buiten toepassing worden verklaard voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen, voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die voldoen aan twee positieve eisen en twee negatieve eisen.[223]

De eerste positieve eis is dat het kartel bijdraagt aan de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang. Bij deze eis is van belang in het oog te houden dat enkel subjectieve voordelen voor de betrokken onderneming niet voldoende zijn om de simpele reden dat partijen nu eenmaal altijd beter denken te worden van een kartelafspraak.[224] Het moet gaan om objectieve voordelen die opwegen tegen de nadelen van de beperking van de mededin-

219 Ligteringen 2009, p. 86-87.
220 Ligteringen 2009, p. 87.
221 Ligteringen 2009, p. 87.
222 Ligteringen 2009, p. 84.
223 Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 661.
224 Zie ook reeds HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449.

ging.[225] Zo valt bijvoorbeeld te denken aan specialisatieovereenkomsten waardoor elke partij zich kan specialiseren in de taken waarin wordt geëxcelleerd.[226] Deze afspraak kan een verlaging van de prijs of een verbetering van de kwaliteit van de producten ten gevolg hebben, waardoor de consument of de afnemer erop vooruit gaat.[227]

De tweede positieve eis is dat een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt. Onder gebruiker wordt dan naast de consument ook de afnemer verstaan. Bij deze eis kan gedacht worden aan het vergroten van het aanbod van producten en diensten of lagere prijzen die het gevolg zijn van lagere kosten als gevolg van de kartelafspraak. Vervolgens moet aan de twee negatieve eisen worden voldaan.

De eerste negatieve eis is dat geen beperkingen aan de betrokken ondernemingen mogen worden opgelegd welke voor het bereiken van de positieve doelstellingen niet onmisbaar zijn.[228] De beperking van de mededinging moet dan ook werkelijk onmisbaar zijn om de doelstelling te bereiken.[229] Deze voorwaarde moet los worden gezien van de afweging die moet worden gemaakt bij de eerste positieve eis.[230]

De tweede negatieve eis is dat overeenkomsten niet de mogelijkheid mogen bieden om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen. Op het eerste gezicht een voor de hand liggende eis die volledig aansluit bij de uitgangspunten van het mededingingsrecht en de eerste drie eisen van het derde lid van artikel 81 EG. De concurrenten die overblijven door deze laatste negatieve voorwaarde verzekeren op deze wijze dat de voordelen van de kartelafspraak niet afhankelijk zijn van een dominante positie en uiteindelijk ook terechtkomen bij de verbruikers.[231] De toepassing van deze voorwaarde vereist een nauwgezet onderzoek naar de relevante markt, waarbij voorop moet staan dat leveranciers aan de ene kant of afnemers aan

225 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 662. Het HvJ EG verwoordt het in gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)* als volgt: 'Dat zodanige verbetering niet samenvalt met de in het algemeen onbetwistbare voordelen welke partijen aan de overeenkomst voor hun productie of distributie ontlenen, voordelen op grond waarvan de overeenkomst hun wel in al haar onderdelen onmisbaar moet voorkomen; dat zodanige subjectieve opvatting echter, waarbij het begrip "verbetering" van de contractuele verhoudingen tussen partijen afhankelijk wordt gesteld, niet met de doelstellingen van art. 85 in overeenstemming is; dat bovendien uit het feit dat het verdrag verlangt, dat de beperking van de mededinging voor bedoelde verbetering "onmisbaar" is, ten duidelijkste blijkt van welk groot gewicht zij dient te zijn.'

226 Zie de vrijstellingsverordening voor specialisatie; Verordening 2658/2000, *PbEG* 2000, L 304/3.

227 Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 662.

228 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449.

229 Zie ook Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 85. Zie ook GvEA EG 21 maart 2001, zaak T-206/99 *(Métropole)*, *Jur.* 2001, p. II-1057.

230 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 662-663.

231 HvJ EG 22 oktober 1986, zaak C-75/84 *(Metro III)*, *Jur.* 1986, p. 3021. Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 663.

de andere kant over uitwijkmogelijkheden moeten blijven beschikken met als gevolg dat een markt met daadwerkelijke mededinging kan blijven bestaan.[232] Er dient dan ook voldoende restconcurrentie over te blijven waardoor wordt gegarandeerd dat het voordeel wordt doorgegeven aan de gebruikers.

Het derde lid van artikel 81 EG kan zijn toegepast in een groepsvrijstellingsverordening van de Commissie, maar kan onder de nieuwe Verordening 1/2003 door de nationale rechter ook in een individuele zaak worden toegepast.[233] De Commissie heeft richtsnoeren opgesteld voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG.[234] De Richtsnoeren zijn in de eerste plaats bedoeld als hulpmiddel voor de nationale rechters in de 27 lidstaten bij de toepassing van artikel 81 lid 1 en lid 3. Of de richtsnoeren echt behulpzaam zijn valt te bezien.[235]

De groepsvrijstellingsverordeningen kennen het zogenaamd *safe haven*-principe, dat is aangevuld met een zwarte lijst. Zolang een vastgesteld marktaandeel niet wordt overschreden, profiteert de overeenkomst van het groepsvrijstellingsvoordeel (de zogenaamde *safe haven*) zolang de overeenkomst geen *hardcore* restricties bevat (de restricties die op de zogenaamde zwarte lijst staan).

De belangrijkste groepsvrijstellingsverordeningen zijn de verordeningen over verticale overeenkomsten (Verordening 2790/1999[236] betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen; Verordening 1400/2002[237] betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op

---

232 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 663 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 mei 1975, gevoegde zaken 19/74 en 20/74 *(Kali-Salz)*, *Jur.* 1975, p. 499 en HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 t/m 215/78 en 218/78 *(Fedetab)*, *Jur.* 1980, p. 3125. In Kapteyn & VerLoren van Themaat wordt gewezen op het feit dat voor de uitleg van de tweede negatieve eis een richtsnoer kan worden gevonden in de omschrijving van art. 65 lid 2 sub c EGKS waaruit blijkt dat het in belangrijke mate gaat om de vraag of een kartel als marktbeheersend kan worden aangemerkt tegenover een belangrijk deel van de leveranciers of afnemers. Tevens wordt gewezen op het feit dat de rechtspraak behorende bij art. 82 EG betreffende misbruik van een economische machtspositie een inspiratiebron kan vormen bij de vraag of leveranciers of afnemers over een uitwijkmogelijkheid beschikken waarbij een daadwerkelijke mededinging kan blijven bestaan, zoals ook te zien is in HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935. Is dit laatste het geval dan zal niet snel sprake zijn van marktbeheersing.

233 De groepsvrijstellingsverordeningen van de Commissie zijn gegeven op basis van de op art. 83 EG gebaseerde machtigingsverordeningen die zijn aangenomen door de Raad. Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 661.

234 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag. Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, *PbEU* 2004, C 101/97.

235 Zo heeft Pijnacker Hordijk gewezen op het feit dat een systematische verwijzing naar precedenten onbreekt en de richtsnoeren haaks staat op de benadering die de Commissie in specifiekere richtsnoeren ten aanzien van verticale en horizontale overeenkomsten en ten aanzien van technologielicenties volgt. Zie Pijnacker Hordijk 2004a, p. 129-132.

236 *PbEG* 1999, L 336.

237 *PbEG* 2002, L 203.

groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector), horizontale samenwerkingsovereenkomsten (Verordening 2658/2000[238] van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten), industriële eigendom en mededingingsrecht (Verordening 2659/2000[239] betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten; Verordening 772/2004[240] betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht), de verzekeringssector (Verordening 358/2003;[241] Verordening 1534/91,[242] laatstelijk gewijzigd door Verordening 1/2003), luchtvervoer (Verordening 3976/87;[243] Verordening 1459/2006[244]) en lijnvaart (Verordening 823/2000[245]).

2.3.4 Artikel 82 EG

2.3.4.1 Inleiding

Een onderneming heeft een economische machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan als de onderneming door haar marktpositie de concurrentie op de betreffende markt kan belemmeren. Dit kan zijn doordat zij zich grotendeels onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers of eindgebruikers kan gedragen. Alleen als een economische machtspositie wordt gebruikt om de concurrentie op een markt te belemmeren is sprake van misbruik waardoor er strijd ontstaat met artikel 82 EG. Het bezitten van een economische machtspositie vormt op zichzelf geen probleem en is niet verboden. Artikel 82 EG luidt:

> 'Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.
> Dit misbruik kan met name bestaan in:
> a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;

238 *PbEG* 2000, L 304.
239 *PbEG* 2000, L 304.
240 *PbEG* 2004, L 123.
241 *PbEU* 2003, L 53.
242 *PbEG* 1991, L 143.
243 *PbEG* 1987, L 374.
244 *PbEU* 2006, L 272.
245 *PbEG* 2000, L 100.

b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;
d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.'

Zoals reeds in § 2.3.3.2 duidelijk is geworden, zijn de artikelen 81 en 82 EG van toepassing op 'gewone' ondernemingen. Artikel 86 EG bevat een aparte regeling voor openbare ondernemingen (overheidsondernemingen). Wijzigingen in de structuur van ondernemingen door bijvoorbeeld fusies, overnames of de vorming van *joint ventures* kunnen ook leiden tot het vormen of versterken van een economische machtspositie. Hierop is het concentratietoezicht van toepassing. Beide terreinen hebben veel verwantschap met elkaar.[246]

Ondernemingen met een economische machtspositie staan niet bloot aan effectieve concurrentie. Voor deze ondernemingen gelden dan ook strengere regels dan voor ondernemingen zonder economische machtspositie. Dit om de belangen van nog aanwezige concurrenten, leveranciers, afnemers en eindgebruikers te beschermen. Een onderneming met een economische machtspositie kan het concurrenten extra moeilijk maken om op de markt actief te blijven. Ook kunnen nieuwe toetreders van de markt worden geweerd. Leveranciers, afnemers en eindgebruikers kunnen worden benadeeld omdat er geen alternatieven voorhanden zijn.

De Commissie, het GvEA EG en het HvJ EG hanteren bij het misbruikverbod in de zin van artikel 82 EG vier stappen. Ze bakenen eerst de relevante markt af, zowel zakelijk als territoriaal. Vervolgens gaan ze na of er op de betreffende markt een machtspositie bestaat en of van de machtspositie misbruik wordt gemaakt.[247] Om de vraag te beantwoorden wanneer er sprake is van een machtspositie zijn twee criteria belangrijk. Ten eerste de relevante markt en ten tweede de economische positie op die markt. Ik begin met het behandelen van de relevante markt.

246 Over de nader te bespreken afbakening van de relevante productmarkt en relevante geografische markt heeft de Commissie zich ook uit te spreken telkens wanneer ze vaststelt dat een bij haar aangemelde concentratie onder het toepassingsgebied van de concentratieverordening valt. De oude concentratieverordening 4064/89 is per 1 mei 2004 vervangen door Verordening 139/2004. De Commissie heeft meer dan 2000 beslissingen genomen op grond van de concentratieverordening en slechts 500 beslissingen over de toepassing van de art. 81 en 82 EG, dit terwijl de art. 81 en 82 EG veel langer van kracht zijn dan de concentratieverordening.

247 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 669.

2.3.4.2 De relevante markt

a. Algemeen

Als eerste stap moet worden vastgesteld om welke markt het gaat. De relevante markt moet worden afgebakend. Het afbakenen van de relevante markt houdt in dat moet worden vastgesteld welke ondernemingen daadwerkelijk als concurrenten van elkaar te beschouwen zijn. De afbakening van de relevante markt is van groot belang, zeker wanneer men het marktaandeel van de onderneming als belangrijk criterium voor de vaststelling van een machtspositie ziet.[248] Hoe ruimer de markt wordt opgevat, des te kleiner het marktaandeel zal zijn en des te onwaarschijnlijker de machtspositie is.[249] Bij de toepassing van artikel 82 EG rijst het probleem van de relevante markt vanuit dubbel oogpunt. Ten eerste om uit te maken of er wel een machtspositie is. Ten tweede of het misbruik dat van die machtspositie wordt gemaakt het bestaan van een daadwerkelijke mededinging in gevaar brengt. Van Gerven merkt op dat deze twee oogpunten nauwelijks uit elkaar te houden zijn omdat bij het onderzoek van de machtspositie en van het misbruik, meteen het onderzoek naar de toestand van de mededinging aan de orde komt.[250] De door de Europese Commissie gepubliceerde mededeling over de wijze waarop de relevante markt moet worden afgebakend is hier van belang.[251] In de mededeling geeft de Commissie een overzicht van het bestaande beleid. Dit beleid is mede gebaseerd op de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA EG. De mededeling geeft in de eerste plaats een aan de jurisprudentie van het HvJ EG ontleende omschrijving van de begrippen relevante productmarkt en relevante geografische markt. Een markt is het gebied waarbinnen de concurrentie tussen aanbieders van gelijkwaardige producten plaatsvindt. Iedere markt wordt bepaald door het geografische gebied en door het soort product.

Bij de afbakening van de relevante markt kijkt de Commissie vooral naar de concurrentie tengevolge van substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Als afnemers gemakkelijk kunnen overstappen naar een andere leverancier zal een onderneming zich niet onafhankelijk op de markt kunnen gedragen. Bij

248 Waelbroeck 1972, p. 66. Waelbroeck wijst er op dat de 'relevante markt' aan belang verliest als men als criterium tot vaststelling van een machtspositie de mogelijkheid ziet om zijn gedrag onafhankelijk van andere marktpartijen te bepalen. Op deze manier worden de machtspositie en daarbij meteen de relevante markt vanuit de misbruikpraktijk gedefinieerd. In bijvoorbeeld HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207 is te zien dat de Commissie en het HvJ EG de twee benaderingen toepassen. Veel aandacht gaat daarbij uit naar de relevante markt. Zie ook Van Gerven c.s. 1997, p. 458.

249 Zie Van Gerven c.s. 1997, p. 458.

250 Van Gerven c.s. 1997, p. 458.

251 Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5-13. Zie ook de Richtsnoeren inzake verticale beperkingen d.d. 13 oktober 2000, *PbEG* 2000, C 291/1, waarin de Commissie een verdere aanwijzing geeft voor de bepaling van de relevante markt in het kader van de toepassing van de groepsvrijstelling inzake verticale overeenkomsten.

de vraagzijde gaat het naast feitelijke uitwisselbaarheid, ook om subjectieve voorkeuren van de consument.[252] De Commissie houdt echter ook rekening met de concurrentie tengevolge van de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.[253] Met de substitutiemogelijkheden aan zowel de vraagzijde als de aanbodzijde wordt nagegaan welke uitwijkmogelijkheden er zijn voor afnemers en leveranciers.[254]

b. Relevante product- of dienstenmarkt

Onder de relevante productmarkt of dienstenmarkt wordt die markt verstaan die alle producten of diensten omvat die op grond van hun kenmerken, prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de afnemer als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.[255] Alleen producenten van gelijke of gelijksoortige producten of diensten kunnen met elkaar in concurrentie treden. Zo concurreert de plaatselijke banketbakker niet met de Italiaanse automobielfabrikant Fiat of met het modehuis Prada.[256] Er wordt voor de afbakening van de relevante productmarkt in eerste instantie gekeken naar de eigenschappen en functie van het product. Zo werd bijvoorbeeld in het arrest *United Brands* gekeken welke eigenschappen de banaan van ander fruit onderscheidde.[257] Er kan echter ook sprake zijn van verschillende productmarkten. Dit is het geval als het product aan verschillende groepen afnemers geleverd wordt en het product voor elke groep een andere functie heeft. De eigenschappen van het product zijn dan niet doorslaggevend voor de afbakening van de relevante markt.[258] Het is ook mogelijk dat een product met heel andere eigenschappen substitueerbaar is met het onderzochte product. De functie is dan wel dezelfde.

In het onderzoek naar de substitueerbaarheid van een product aan de vraagzijde van de markt kan verschillend bewijsmateriaal worden gebruikt.

---

252 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 669; HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207.

253 GvEA EG 6 oktober 1994, zaak T-83/91 *(Tetra Pak II)*, *Jur.* 1994, p. II-755; HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P *(Tetrapak II)*, *Jur.* 1996, p. I-5951.

254 Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 669.

255 Zie onder meer HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215; HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461; HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81 *(Michelin)*, *Jur.* 1983, p. 3461; HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359; HvJ EG 2 maart 1994, zaak C-53/92 P *(Hilti)*, *Jur.* 1994, p. I-667; HvJ EG 6 april 1995, zaak C-310/93 P *(BPB Industries en Britisch Gypsum)*, *Jur.* 1995, p. I-865.

256 Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 24.

257 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207.

258 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461; HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78 *(Hugin)*, *Jur.* 1979, p. 1869, *SEW* 1980, p. 117 m.nt. H.E. Akyürek-Kievits; HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81 *(Michelin)*, *Jur.* 1983, p. 3461. Het bestaan van een afzonderlijke submarkt zal voornamelijk afhangen van de specifieke vraag naar het betrokken product of de dienst. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 670; GvEA EG 10 juli 1991, zaak T-69/89 *(Magill)*, *Jur.* 1991, p. II-485; GvEA EG 21 oktober 1997, zaak T-229/94 *(Deutsche Bahn)*, *Jur.* 1997, p. II-1689.

Gedacht kan worden aan standpunten van afnemers en concurrenten die op feiten kunnen worden gebaseerd, beschikbaar kwantitatief bewijsmateriaal op basis van ramingen van de kruislingse prijselasticiteit, onderzoek naar gelijkenis van prijsbewegingen in de tijd, causaal verband tussen prijsreeksen, marktonderzoek en de aanwezigheid van belemmeringen en kosten die verbonden zijn aan het overschakelen op een ander product.[259] Ook moet rekening worden gehouden met de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde. Hierbij moet gedacht worden aan andere aanbieders die het product op korte termijn zonder hoge kosten op de markt kunnen brengen, maar het product op dit moment nog niet leveren. De mogelijkheden tot substitutie van het aanbod hangen voornamelijk af van de vraag of en hoe snel een producent kan overschakelen naar andere producten. Denk bijvoorbeeld aan de overschakeling van een fles van glas naar een fles van plastic.[260] Bepalend voor de afbakening van de relevante productmarkt zijn dus onder meer de fysieke en technische karakteristieken van de goederen of de aard van de diensten, prijsverhoudingen en reacties van afnemers op prijswijzigingen.

c. Relevante geografische markt

De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen en diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen.[261] Van iedere onderneming kan zo worden bepaald op welke markt(en) zij actief is.

De relevante geografische markt komt in artikel 82 EG naar voren door de eis van 'de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan'. Uit onder meer het arrest *Deutsche Bahn* blijkt dat aan deze eis is voldaan als het de markt van een lidstaat of een belangrijk deel daarvan betreft.[262] Ondernemers die te ver weg zitten vormen geen concurrentie voor elkaar. Welke afstanden hierbij relevant zijn, is sterk afhankelijk van de aard van het product en de daarmee samenhangende factoren zoals transportkosten. Slot, Swaak & Mulder wijzen bijvoorbeeld op een door de Michelingids onderscheiden restaurant in Brussel dat concurreert met een zelfde soort restaurant te Parijs.[263] Een restaurant in Parijs dat door de Michelingids is onderscheiden met een fiks aantal sterren ondervindt concurrentie van een driesterrenrestaurant in Brussel. Het kapitaalkrachtige publiek dat dit soort restaurants bezoekt

259 Zie Akyürek-Kievits 2000, p. 81-88.

260 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 670.

261 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207; HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81 *(Michelin)*, *Jur.* 1983, p. 3461; HvJ EG 2 maart 1994, zaak C-53/92 P *(Hilti)*, *Jur.* 1994, p. 693.

262 GvEA EG 21 oktober 1997, zaak T-229/94 *(Deutsche Bahn)*, *Jur.* 1997, p. II-1689. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 670.

263 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 28-29.

reist namelijk makkelijk van Parijs naar Brussel.[264] Wel zal nog rekening moeten worden gehouden worden met het tijdsaspect, maar de duur van de rit Parijs-Brussel met de hogesnelheidslijn is niet onoverkomelijk. Aan de andere kant ondervindt bijvoorbeeld het restaurant van de Leidse rechtenfaculteit geen concurrentie van een van de restaurants van de Amsterdamse universiteiten. De gemiddelde Leidse *Ph.D.-fellow* zal normaal gesproken niet een retourtje Leiden-Amsterdam kopen om zich te laten verleiden door de daar aanwezige culinaire hoogstandjes. De student met OV kaart zal zich nog niet druk maken om het kostenaspect, maar met het huidige stelsel van studiefinanciering wellicht wel om het tijdsaspect. De vraag naar goedkopere eetgelegenheden is plaatselijk bepaald, de vraag naar driesterrenrestaurants is nationaal en zelfs internationaal bepaald.

Bij het afbakenen van de relevante markt kijkt de Commissie onder andere naar het geografisch inkooppatroon van de afnemers, naar factoren als nationale voorkeur, taal, cultuur, voorkeur voor nationale merken, levensstijl en de noodzaak van locale aanwezigheid. Daarnaast wordt gekeken naar de standpunten van afnemers en concurrenten (gebaseerd op feiten), informatie over handelsstromen en de aanwezigheid van belemmeringen en kosten die verbonden zijn aan de overschakeling op elders gevestigde leveranciers. Gedacht kan hierbij worden aan transportkosten, beperkingen voortvloeiend uit wetgeving zoals douanetarieven, quota en toegang tot de distributie in een bepaald gebied.

Op bovenstaande wijze wordt de relevante markt afgebakend naar product en naar geografische omvang. De relevante geografische markt vormt hierbij in belangrijke mate een functie van de relevante productmarkt of dienstenmarkt.[265] De vraag of de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed, maakt onderdeel uit van het bepalen van de relevante geografische markt.[266] Het gevolg is dat de relevante geografische markt bepaalt of artikel 82 EG van toepassing is of artikel 24 Mw.[267]

2.3.4.3 Economische machtspositie

Als de relevante markt eenmaal in zakelijk en territoriaal opzicht is afgebakend, moet vervolgens worden nagegaan of de onderneming in kwestie op die relevante markt een economische machtspositie inneemt. De marktstructuur is daarbij met name van belang. Aan de hand van de totale hoeveelheid afgezette producten wordt de omvang van de markt in zijn geheel vastgesteld en vervolgens kan het marktaandeel van iedere aanbieder op die markt ook weer op basis van zijn afzet worden berekend.

---

264 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 28-29.
265 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 670.
266 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 107.
267 Anders HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78 *(Hugin)*, *Jur.* 1979, p. 1869.

Als blijkt dat een onderneming op de relevante markt een marktaandeel heeft van meer dan 50 procent, is de kans groot dat er sprake is van een economische machtspositie.[268] Marktaandelen van 50 procent of meer zijn als 'zeer aanzienlijk' te beschouwen. Bij een marktaandeel van 51% tot 75% is er vermoedelijk sprake van een machtspositie, maar heeft de onderneming uiteraard de nodige ruimte om tegenbewijs te leveren.[269] Indien sprake is van een marktaandeel tussen 76% en 90% wordt uitgegaan van de aanname dat een machtspositie aanwezig is. Het leveren van tegenbewijs is bij dergelijke percentages bijzonder moeilijk.[270] Ingeval de onderneming een marktaandeel van meer dan 90% heeft, is feitelijk sprake van een monopolie en is een machtspositie vanzelfsprekend aanwezig.[271] Marktaandelen tussen de 25% en 50% kunnen een machtspositie met zich meebrengen. Aanvullend bewijs is dan wel vereist. Indien sprake is van een marktaandeel van onder de 25% is een machtspositie zeer onwaarschijnlijk.

Artikel 1 onder i van de Nederlandse Mededingingswet bevat van het begrip economische machtspositie een definitie, luidende als volgt:

> 'Positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.'[272]

268 Zaak HvJ EG 3 juli 1991, C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359 en HvJ EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97 *(Irish Sugar)*, *Jur.* 1999, p. II-2969. Zie ook HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461. In het arrest *Hoffman-LaRoche* overwoog het Hof van Justitie (r.o. 41): 'En al moet aan de marktaandelen van markt tot markt een verschillende betekenis worden toegekend, het mag ervoor worden gehouden dat zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren. Terwijl de houders van veel kleinere marktaandelen niet op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met de machtspositie zouden willen afwenden, ontleent een onderneming met een zeer aanzienlijk marktaandeel aan de omvang van haar productie en aanbod een marktmacht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert.'

269 HvJ EG 3 juli 1991, C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359.

270 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461.

271 HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P *(Tetrapak II)*, *Jur.* 1996, p. I-5951.

272 Mok wijst erop dat het juist is dat aansluiting is gezocht bij art. 86 (thans art. 82 EG), maar had er mijns inziens terecht de voorkeur aan gegeven om een verwijzende omschrijving in de wet op te nemen. Bijvoorbeeld 'economische machtspositie: machtspositie in de zin van art. 82 van het EG-verdrag, met dien verstande dat als relevante markt de relevante Nederlandse markt of een deel daarvan in aanmerking moet worden genomen'. Men had dan hetzelfde resultaat bereikt met automatische aanpassing aan eventuele toekomstige ontwikkelingen. Zie Mok 2004, p. 312 e.v.

Deze omschrijving (uitgezonderd de verwijzing naar de Nederlandse markt of een deel daarvan, die uiteraard moet worden vervangen door de Europese markt of een deel daarvan) komt overeen met de definitie die het HvJ EG heeft gebruikt in het arrest *United Brands* en een aantal daarop volgende arresten.[273] Zij is de standaardformule geworden die ook het GvEA EG en de Commissie gebruiken.

Het onderzoek naar het bestaan van een machtspositie op de relevante markt is bij een monopolist uiteraard van veel minder groot belang. Het is daarbij van belang te onderkennen dat het begrip economische machtspositie niet samenvalt met dat van een monopolie. In het geval van een monopolie bestaat er uiteraard wel een economische machtspositie. Een houder van een economische machtspositie is echter niet per definitie een monopolist.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de aanname van een machtspositie het resultaat is van verschillende factoren.[274] Het marktaandeel is daarbij het belangrijkste gezichtspunt, maar een economische machtspositie kan niet altijd alleen worden afgeleid uit het marktaandeel. Daarom wordt ook naar andere factoren gekeken. Zo wordt bijvoorbeeld gekeken naar het aantal ondernemingen dat op de markt actief is en hun marktpositie, zodat de verhouding van het marktaandeel tot die van andere ondernemingen kan worden vastgesteld. Tevens kan worden gekeken naar de technische en economische kracht, het al dan niet behoren tot grote concerns en de al dan niet aanwezige potentiële concurrentie.[275]

Het bewijs voor de aanwezigheid van een economische machtspositie is sterker naarmate het verschil tussen de marktaandelen van de grootste en de eerstvolgende concurrent groter is. Zo werd in het arrest *United Brands*,[276] waar sprake was van een marktaandeel van 45%, wel een economische machtspositie aanwezig geacht. Dit op grond van het aantal concurrenten en de slagkracht van die concurrenten. In de zaak *Hoffmann la Roche* werd echter geen economische machtspositie aangenomen bij een marktaandeel van 51%, omdat de sterkste concurrent boven 30% kwam en er geen andere aanwijzingen waren voor een machtspositie.[277]

---

273 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207, *SEW* 1978, p. 660, m.nt. H.E. Akyürek-Kievits en M.R. Mok.

274 HvJ EG 15 december 1994, zaak C-250/92 *(Gøttrup-Klim)*, *Jur.* 1994, p. I-5641; GvEA EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97 *(Irish Sugar)*, *Jur.* 1999, p. II-2969. Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 670.

275 Waarbij de omvang van de vereiste investeringen en de tijd die nodig is voor de creatie van productiemogelijkheden een belangrijke rol spelen. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 670.

276 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207.

277 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461, *SEW* 1979, blz. 521, m.nt. R. Barents. Het ging hier om vitamine B3, dit was slechts één van de betrokken producten.

Toetredingsdrempels spelen tevens een belangrijke rol. Gedacht kan worden aan de efficiëntie van de aanwezige onderneming en de beschikbaarheid van noodzakelijke en schaarse productiemiddelen of afzetkanalen. Tevens kan worden gedacht aan de noodzaak een vergunning te krijgen (een van de overheid uitgaande belemmering). Het kan zijn dat de toetredingsdrempel zo laag is dat een onderneming die een zeer groot marktaandeel heeft binnen korte termijn met een sterke concurrent te maken krijgt. Als de potentiële concurrentie groot is kan de onderneming met een groot marktaandeel zich ook niet onafhankelijk van concurrenten en afnemers gedragen. Het aannemen van een machtspositie ligt dan niet voor de hand.[278] Als de prijs van een aanbieder bijvoorbeeld te hoog wordt, zal een andere aanbieder op korte termijn de markt betreden en het product goedkoper aanbieden.

Bij het bepalen van het wel of niet bestaan van een machtspositie kunnen naast de hiervoor genoemde structuur van de markt en marktaandelen ook andere feiten een rol spelen. Te denken valt aan het bezit van intellectuele eigendomsrechten, de uitgebreidheid van het assortiment producten dat aan dezelfde groep afnemers geleverd kan worden en de uitgebreidheid van het distributienetwerk.[279] Daarnaast kan worden gedacht aan de manier waarop een onderneming gestructureerd is. Zo kan het deel uitmaken van een wereldconcern een voordeel zijn door de ruime financiële mogelijkheden. De omvang en financiële slagkracht van de betreffende onderneming spelen dan een rol.[280] Tevens kan verticale integratie binnen een concern een voordeel zijn.[281] Indien er voldoende aanwijzingen voor een machtspositie zijn, kan zelfs een marktaandeel van 20% voldoende zijn aldus het HvJ EG.[282]

Niet alleen kan één onderneming een economische machtspositie bezitten, ook meerdere ondernemingen kunnen gezamenlijk een economische machtspositie bezitten. Er is dan sprake van een collectieve economische machtspositie.[283] Een klein aantal ondernemingen heeft dan een groot deel van de markt in handen. Het HvJ EG heeft erkend dat een collectieve machtspositie

278 Zie Beschikking 14 februari 1995 *(Mercedes-Benz/Kässbohrer)*, IV/M477, *PbEG* 1995, L 211/1.

279 Het enkele bezit van intellectuele eigendomsrechten levert op zichzelf nog geen machtspositie op maar kan een relevante factor zijn voor het bestaan van een machtspositie. Zie onder meer HvJ EG 29 februari 1968, zaak 24/67 *(Parke-Davis)*, *Jur.* 1968, p. 81; HvJ EG 18 februari 1971, zaak 40/70 *(Sirena)*, *Jur.* 1971, p. 69; HvJ EG 8 juni 1971, zaak 78/70 *(Deutsche Grammophon)*, *Jur.* 1971, p. 487; HvJ EG 15 juni 1976, zaak 51/75 *(EMI Records I)*, *Jur.* 1976, p. 811 en GvEA EG 10 juli 1990, zaak T-51/89 *(Tetra Pak I)*, *Jur.* 1990, p. II-309. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 671 en de daar vermelde rechtspraak.

280 Zie in deze zin ook Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 114.

281 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 114 die wijzen op een verticaal geïntegreerde onderneming als Shell.

282 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann la Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461, *SEW* 1979, p. 521, m.nt. R. Barents.

283 Zie bijvoorbeeld Beschikking 1 april 1992 *(Frans-Westafrikaanse rederscomités)*, *PbEG* 1992, L 134/1 van 18 mei 1992 en Beschikking 23 december 1992 *(CEWAL, COWAC en UKWAL)*, *PbEG* 1993, L 34/20 van 10 februari 1993.

onder het Europeesrechtelijk begrip machtspositie kan vallen. Het komt er volgens het HvJ EG op aan of de ondernemingen samen, met name als gevolg van de tussen hen bestaande correlatiefactoren, één front kunnen vormen op de markt en in aanzienlijke mate onafhankelijk van de andere concurrenten, de klanten en de verbruikers kunnen handelen.[284] Een collectieve machtspositie kan bestaan tussen onafhankelijke ondernemingen,[285] tussen groepsondernemingen[286] en in het kader van een oligopolie.[287] Bij de toepassing van artikel 82 EG is zuiver parallel marktgedrag niet zonder meer als machtspositie erkend. Vereist is dat tussen betrokken ondernemingen een zodanige band bestaat dat zij hun optreden kunnen coördineren.[288] Denk aan het gezamenlijk opstellen en gebruiken van dezelfde standaardcontracten.[289]

De criteria gebruikt voor het bepalen van een machtspositie bij een enkele onderneming worden op dezelfde manier toegepast bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een collectieve machtspositie. In het arrest *Airtours* heeft het GvEA EG een aantal criteria geformuleerd waarmee kan worden vastgesteld of sprake is van een collectieve machtspositie.[290] Zo moet 'elk lid van de oligopolide machtspositie het gedrag van de andere leden kunnen kennen teneinde na te gaan of zij één front vormen'. Vervolgens is het 'noodzakelijk dat de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden gehandhaafd, dat wil zeggen er moet een stimulans bestaan om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken.' Om het bestaan van een collectieve machtspositie rechtens voldoende aan te tonen, moet ook bewezen worden 'dat de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten die van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten niet aan het wankelen brengt.'[291]

---

284 HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92 *(Almelo/IJsselmij)*, *Jur.* 1994, p. I-1477. Zie ook *SEW* 1995, p. 529, m.nt. H.M. Gilliams. HvJ EG 31 maart 1998, zaken C-68/94 en C-30/95 *(Kali und Salz)*, *Jur.* 1998, p. I-1375. Zie ook *TVVS* 1998, p. 149 e.v.

285 Beschikking 2 januari 1973 *(Europese Suikerindustrie)*, *PbEG* 1973, L 140/17 van 26 mei 1973.

286 HvJ EG 8 juni 1971, zaak 78/70 *(Deutsche Grammophon)*, *Jur.* 1971, p. 487.

287 Beschikking 7 december 1988 *(Vlakglas II)*, *PbEG* 1989, L 33/44 van 4 februari 1989. Zie over een collectieve economische machtspositie uitgebreid Van Gerven c.s. 1997, p. 474-479.

288 HvJ EG 4 mei 1988, zaak 30/87 *(Bodson)*, *Jur.* 1988, p. 2479; GvEA EG 10 maart 1992, gev. zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89 *(SIV)*, *Jur.* 1992, p. II-1405; HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92 *(Almelo/IJsselmij)*, *Jur.* 1994, p. I-1477. Zie ook Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 109-112; Bellamy & Child 1993, p. 612 e.v.

289 HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92 *(Almelo/IJsselmij)*, *Jur.* 1994, p. I-1477. Zie ook HvJ EG 31 maart 1998, gevoegde zaken C-68/94 en 30/95 *(Kali und Salz)*, *Jur.* 1998, p. I-1375 en HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395 en 396/96 P *(Compagnie Maritime Belge Transports)*, *Jur.* 2000, p. I-1365.

290 GvEA EG 6 juni 2002, zaak T/342-99 *(Airtours)*, *Jur.* 2002, p. II-2585. Zie ook Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 110-112.

291 Het GvEA EG overweegt (r.o. 62): 'Zoals verzoekster heeft gesteld en de Commissie in haar memories heeft erkend, moet aan drie voorwaarden worden voldaan voor het ontstaan van een aldus beschreven situatie van collectieve machtspositie:

In *CMBT* oordeelde het HvJ EG dat – om vast te stellen of er sprake is van een collectieve eenheid – de economische banden of correlaties tussen de betrokken ondernemingen moeten worden onderzocht.[292] Daartoe dient te worden nagegaan, of tussen de betrokken ondernemingen economische banden bestaan die hen in staat stellen gezamenlijk op te treden, onafhankelijk van hun concurrenten, hun afnemers en de consumenten. Het HvJ EG oordeelde dat de enkele omstandigheid dat twee of meer ondernemingen met elkaar verbonden zijn door een afspraak in de zin van artikel 81 lid 1 EG op zich geen voldoende grondslag voor die vaststelling vormt. Daarentegen kan de tenuitvoerlegging van een afspraak onbetwistbaar tot gevolg hebben dat de betrokken ondernemingen zich wat hun gedrag op een bepaalde markt betreft zodanig met elkaar hebben verbonden, dat zij op deze markt ten opzichte van hun concurrenten, hun handelspartners en de consumenten als een collectieve eenheid optreden. Volgens het HvJ EG kan een collectieve machtspositie dan ook blijken uit de aard en de bepalingen van een overeenkomst, uit de wijze van tenuitvoerlegging van die overeenkomst en uit de daaruit voortvloeiende (structurele) banden of correlaties tussen ondernemingen.[293] Er hoeft volgens het HvJ EG echter geen sprake te zijn van een overeenkomst of van andere juridische banden om te kunnen vaststellen dat er een collectieve machtspositie bestaat. Die vaststelling kan volgens het HvJ EG ook gegrond zijn op andere

- in de eerste plaats moet elk lid van de oligopolide machtspositie het gedrag van de andere leden kunnen kennen teneinde na te gaan of zij één front vormen. Zoals de Commissie uitdrukkelijk erkent, volstaat het niet dat elk lid van de oligopolide machtspositie zich ervan bewust is dat allen voordeel kunnen halen uit onderling afhankelijk marktgedrag, maar moet hij ook over een middel beschikken om te weten of de andere marktdeelnemers dezelfde strategie volgen en handhaven. De markt moet dus voldoende doorzichtig zijn om elk lid van de oligopolide machtspositie in staat te stellen voldoende nauwkeurig en snel de ontwikkeling van het marktgedrag van elk van de overige leden te kennen;
- in de tweede plaats is het noodzakelijk dat de situatie van stilzwijgende coördinatie duurzaam kan worden gehandhaafd, dat wil zeggen er moet een stimulans bestaan om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn op de markt af te wijken. Zoals de Commissie opmerkt, kunnen de leden van de oligopolide machtspositie daarvan slechts profiteren wanneer zij zich parallel blijven gedragen. Deze voorwaarde omvat dus het begrip vergeldingsmaatregelen in geval van een gedraging die van de gemeenschappelijke lijn afwijkt. Partijen zijn het erover eens dat een situatie van collectieve machtspositie slechts levensvatbaar is wanneer er sprake is van voldoende factoren met afschrikkende werking om duurzaam een stimulans te vormen om niet van de gemeenschappelijke gedragslijn af te wijken, wat betekent dat elk lid van de oligopolide machtspositie moet beseffen dat, wanneer hij een concurrentieslag ontketent om zijn marktaandeel te vergroten, anderen soortgelijke stappen zullen ondernemen, zodat zijn initiatief hem geen voordeel zal opleveren (…);
- in de derde plaats moet de Commissie, om het bestaan van een collectieve machtspositie rechtens voldoende aan te tonen, ook bewijzen dat de waarschijnlijke reactie van de werkelijke en potentiële concurrenten en van consumenten die van de gemeenschappelijke gedragslijn verwachte resultaten niet aan het wankelen brengt.'

292 HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P *(Compagnie Maritime Belge Transports)*, *Jur.* 2000, p. I-1365.

293 Het al dan niet aanwezig zijn van structurele banden speelde een belangrijke rol in HvJ EG 31 maart 1998, gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95 *(Kali und Salz)*, *Jur.* 1998, p. I-1375.

banden en hangt af van een economische beoordeling, met name een beoordeling van de structuur van de betrokken markt.[294]

2.3.4.4 Misbruik

a. Algemeen

Als op basis van bovenstaande analyse is vastgesteld dat er sprake is van een economische machtspositie, komt de vraag aan de orde of de betreffende onderneming haar positie daadwerkelijk misbruikt. Ondernemingen met een economische machtspositie mogen geen misbruik maken van die machtspositie. '*Quod licet bovi, non licet jovi*', de onderneming met een machtspositie heeft zich in het economisch verkeer te houden aan strengere normen dan de onderneming zonder een machtspositie.[295] Het begrip misbruik wordt in artikel 82 EG niet nader omschreven. Wel worden in dat artikel een aantal voorbeelden opgesomd waaruit valt op te maken dat in eerste instantie wordt gedoeld op vormen van misbruik die nadeel berokkenen aan handelspartners en aan verbruikers. Opmerking verdient overigens dat de opsomming in artikel 82 EG exemplatief is, zodat daaruit niet mag worden afgeleid dat misbruiken die aan andere marktdeelnemers of aan de marktstructuren nadeel toebrengen niet onder het misbruikbegrip worden gebracht.[296]

Het gaat bij misbruik niet om een moreel afkeurenswaardig gedrag, maar om gedrag dat de mededinging nadelig beïnvloedt. De bedoeling om te benadelen is ook niet vereist. Het misbruik bestaat in een objectieve schending van het door het Verdrag beoogde mededingingsregime.[297]

Gedrag dat de mededinging nadelig beïnvloedt ontstaat als de concurrentie op de markt vermindert doordat concurrenten van de markt verdwijnen of zwakker worden. Er is sprake van misbruik als dit gevolg tot stand komt door gedrag dat economisch gezien niet productief is.[298] De door het HvJ EG in *Hoffmann-La Roche* gehanteerde omschrijving luidt (r.o. 91):

> 'Onder de in objectieve zin te verstane term misbruik vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van de markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds is verflauwd; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling

294 HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P *(Compagnie Maritime Belge Transports)*, *Jur.* 2000, p. I-1365.

295 Wertheimer 1981, p. 143.

296 Zie Van Gerven c.s. 1997, p. 480.

297 Zie Van Gerven c.s. 1997, p. 480. Uit HvJ EG 13 november 1975, zaak 26/75 *(General Motors)*, *Jur.* 1975, p. 1367 zou kunnen worden afgeleid dat de vastgestelde schending, wil ze onder art. 82 EG vallen, merkbaar en dus niet al te kortstondig moet zijn. Ook kan hier een toepassing van een soort clementieregeling in worden gezien. Zie over objectieve schending: HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461, r.o. 91.

298 Akyürek-Kievits 2000, p. 90.

van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan.'[299]

In het arrest *Ladbroke* heeft het HvJ EG geoordeeld dat de artikelen 81 EG en 82 EG alleen betrekking hebben op de mededingingsverstorende gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. Wanneer een mededingingsbeperkende gedraging aan de onderneming wordt voorgeschreven door een nationale wettelijke regeling of ingeval deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag door deze ondernemingen uitsluit, zijn de artikelen 81 EG en 82 EG niet van toepassing. De beperking van de mededinging vindt dan niet haar oorsprong in autonome gedragingen van de ondernemingen.[300] Daarentegen kunnen volgens het HvJ EG in *Ladbroke* de artikelen 81 EG en 82 EG wel van toepassing zijn indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling de mogelijkheid van mededinging openlaat en de mededinging door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst.[301]

Een publiekrechtelijk orgaan dat als onderneming wordt gekwalificeerd, is aan de artikelen 81 en 82 EG onderworpen zolang niet is aangetoond dat toepassing van deze regels onverenigbaar is met de uitoefening van de aan dat orgaan toevertrouwde taak. Dit blijkt uit de rechtspraak van het HvJ EG ingevolge artikel 86 lid 2 EG (ondernemingen die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang).[302] Het begrip 'misbruik van een machtspositie' verliest zijn betekenis ook niet bij een bijzondere economische situatie waarbinnen bepaald gedrag zich heeft voorgedaan.[303]

Een probleem bij het vaststellen van de betekenis van misbruik is de vraag welke marktdeelnemers artikel 82 EG wil beschermen. Zijn dit de consumenten, de concurrenten of beiden? Als het antwoord is, dat zowel de consumenten als de concurrenten worden beschermd door artikel 82 EG, kunnen er situaties

299 HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 541. Deze formulering is door de Commissie bijvoorbeeld letterlijk overgenomen in de Beschikking van 7 oktober 1981 *(Bandengroothandel Friescheburg/Nederlandsche Banden Industrie Michelin)*, *PbEG* L 353/33 van 9 december 1981.

300 HvJ EG 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P *(Ladbroke)*, *Jur.* 1997, p. I-6265.

301 HvJ EG 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P *(Ladbroke)*, *Jur.* 1997, p. I-6265.

302 Zie HvJ EG 30 januari 1974, zaak 155/73 *(Sacchi)*, *Jur.* 1974, p. 409, r.o. 15 e.v.; HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *(Höfner)*, *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 24.

303 Dit kwam duidelijk naar voren naar aanleiding van bepaalde gedragingen van oliemaatschappijen tijdens de oliecrisis van 1973. Het ontbreken van conjuctuurpolitieke maatregelen inzake afzet bij petroleumschaarste ontsloeg de Commissie volgens het HvJ EG niet van haar verplichting om 'onder alle omstandigheden, zowel onder normale omstandigheden als onder bijzondere voorwaarden waarbij de mededingingspositie der ondernemingen bijzonder ernstig wordt bedreigd, op een stipte naleving van het verbod van art. 82 van het Verdrag toe te zien.' Zie HvJ EG 29 juni 1987, zaak 77/77 *(BP)*, *Jur.* 1987, p. 1525.

zijn waarbij de belangen van de consumenten en de concurrenten met elkaar botsen. Gedragingen van een onderneming met een machtspositie die een concurrent benadelen, hoeven namelijk niet per definitie schadelijk te zijn voor de consument.[304] Een voorbeeld uit de Nederlandse praktijk is de kerktelefoon, een service waarbij met name ouderen, zieken en invaliden via de telefoondraad de dienst van hun kerkgenootschap kunnen volgen. KPN bood deze dienst mede gelet op het sociale karakter ervan, onder de kostprijs aan, maar moest vervolgens, onder dwang van toezichthouder OPTA, de veel hogere kostprijs berekenen.[305] De concurrent (Kabelfoon) werd benadeeld door het gedrag van KPN, maar de ouderen, zieken en invaliden waren niet blij met de door de OPTA opgedrongen prijsverhoging.[306]

In de zaak *Commercial Solvents* lijkt het HvJ EG, indien gedwongen te kiezen tussen de belangen van de consument of de concurrent, de intentie te hebben om te kiezen voor de bescherming van de concurrent.[307] Advocaat-Generaal Jacobs overwoog in zijn conclusie in de zaak *Bronner* echter, dat men bij de beoordeling van het essentiële faciliteitenvraagstuk niet uit het oog dient te verliezen dat het hoofddoel van artikel 82 EG erin bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen – en in het bijzonder de belangen van de consument te beschermen – en niet de positie van de afzonderlijke concurrenten te beschermen.[308] De Advocaat-Generaal is hier bijzonder stellig over, maar geeft verder niet aan waarop deze conclusie is gebaseerd.

---

304 Graig & De Búrca 2008, p. 1019-1039.

305 Besluit OPTA dat KPN kerktelefonie niet mag aanbieden beneden kostprijs; besluit van 28 april 1999.

306 Tegen deze aanwijzing hebben de Vereniging Landelijke Organisatie Kerktelefoon (LOK) en de Protestants Christelijke Ouderenbond (PCOB) bezwaar gemaakt en beroep ingesteld. Op 30 maart 2000 verklaarde de bestuursrechter dit in kort geding voorlopig ongegrond nu OPTA volgens de rechter geen beleidsvrijheid heeft ten aanzien van dit dossier.

307 Graig & De Búrca 2008, p. 1023; HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73 *(Commercial Solvents)*, *Jur.* 1974, p. 223, *SEW* 1974, p. 530, m.nt. M.R. Mok. Het HvJ EG oordeelde dat Commercial Solvents misbruik maakte van haar machtspositie door de weigering om te leveren. Een rationele onderneming zal echter alleen een nieuwe stroomafwaartse markt willen betreden als zij er van overtuigd is dat zij het eindproduct efficiënter kan produceren dan de bestaande ondernemingen. Als deze overtuiging klopt, zal de consument profiteren van lagere prijzen. Als de overtuiging niet klopt, zal zij ten onder gaan. Het zou wel zo kunnen zijn dat dit als effect heeft dat bestaande ondernemingen die het eindproduct maken niet langer in staat zijn om dit te doen als de onderneming met een machtspositie niet voldoende grondstof heeft voor de eigen behoefte en die van haar concurrenten. Verdedigd kan worden dat op de middenlange of lange termijn de consument toch beter af is als er meerdere concurrenten zijn op de uiteindelijke markt voor eindproducten. Beweerd zou kunnen worden dat als de dominante onderneming daadwerkelijk efficiënter kan werken dan concurrenten zoals Zoja, de laatste (Zoja) toch niet zal overleven. Deze redenering is mijns inziens echter niet foutloos. Zo kan de markt voor eindproducten van dien aard zijn dat er alleen maar voor één onderneming plaats is.

308 HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97 *(Bronner)*, *Jur.* 1998, p. I-7791, conclusie A-G Jacobs, overweging 58.

Een ander probleem is welk soort gedragingen misbruik oplevert. Zulk gedrag moet worden onderscheiden van 'normaal' concurrerend beleid of strategisch gedrag van een machtspositiehouder. Er is nog altijd veel onenigheid tussen economen over welke gedragingen nu schadelijk zijn voor de consument of concurrent en hoe bepaalde gedragingen moeten worden beoordeeld. De toepassing van artikel 82 EG kan daarom controversieel zijn.[309]

Het ligt voor de hand dat het misbruik tot effect heeft, dat de positie van de onderneming op de markt waarop zij een machtspositie heeft, wordt versterkt. Maar het kan ook zo zijn dat een onderneming haar machtspositie gebruikt om toegang te krijgen tot een markt die in verticale relatie staat tot de markt waarop zij een machtspositie heeft. Tevens kan worden getracht een sterkere positie op die markt te verkrijgen. Denk aan het voorbeeld van de beheerder van het elektriciteitsnet die zelf ook elektriciteit distribueert. De beheerder kan zijn positie op de markt voor de distributie van elektriciteit versterken door zijn concurrenten op deze markt minder gunstige toegangsvoorwaarden tot het net te gunnen dan zijn eigen dochteronderneming. In *Commercial Solvents* nam het HvJ EG aan dat een onderneming die een machtspositie heeft op een grondstoffenmarkt, misbruik kan maken van die positie door leveranties te weigeren aan een afnemer, die daardoor werd verdrongen van de markt in afgewerkte producten.[310] Uit dit arrest blijkt dat de omstandigheid dat het misbruik uitwerking heeft op een andere relevante markt dan de markt waarop de machtspositie bestaat, niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 82 EG.[311] Wel dient dit misbruik plaats te vinden op een afgeleide markt.[312] Dat is een markt die stroomopwaarts of stroomafwaarts ligt ten opzichte van de markt waarop de economische machtspositie wordt ingenomen. Zulke afgeleide markten zijn markten waarop het hoofdbestanddeel van de primaire markt een eerdere bewerking ondergaat (stroomopwaarts) of een verdere bewerking ondergaat (stroomafwaarts). Zo wordt de winning van olie in het algemeen als de stroomopwaartse markt aangeduid en de raffinage als stroomafwaartse markt.[313]

309 Graig & De Búrca 2008, p. 1019 e.v.

310 HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73 *(Commercial Solvents)*, *Jur.* 1974, p. 223.

311 In dit arrest kwam ook naar voren dat wanneer een binnen de Gemeenschap gevestigde bezitter van een machtspositie door misbruik daarvan een eveneens binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde mededinger tracht uit te schakelen, het er niet toedoet of dat gedrag betrekking heeft op exportactiviteiten van die mededinger dan wel op zijn intracommunautaire activiteiten. Dit geldt alleen als vaststaat dat die uitschakeling niet zonder weerslag zal blijven op de concurrentiestructuur binnen de gemeenschappelijke markt. Tevens toont dit arrest aan dat een gedraging op de markt een aantasting van de marktstructuur tot gevolg kan hebben en om die reden een misbruik van machtspositie kan vormen ex art 82 EG-verdrag (in tegenstelling tot een maatregel die betrekking heeft op structuur van de onderneming, zoals bijvoorbeeld een concentratie).

312 Zie ook HvJ EG 3 oktober 1985, zaak 311/84 *(Telemarketing CBEM)*, *Jur.* 1985, p. 3261; HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359.

313 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 118.

b. Misbruik en machtspositie, een causaal verband?

Uit de jurisprudentie van het HvJ EG blijkt dat van misbruik niet alleen sprake is wanneer het gaat om gedrag dat alleen mogelijk is voor een onderneming met een machtspositie. Het gaat dus niet alleen om de gevallen waarin de bestaande machtspositie wordt uitgebuit, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de weigering van een machtspositiehouder om een afnemer goederen of diensten te leveren om de enkele reden dat hij ook van een concurrent afneemt of bij het als leverancier met een machtspositie vragen van extreem hoge prijzen aan de afnemers van de desbetreffende goederen of diensten. Er hoeft volgens het HvJ EG geen oorzakelijk verband te bestaan tussen misbruik en machtspositie. Dit blijkt uit het *Continental Can*-arrest waarin het HvJ EG van mening is dat de aantasting van de marktstructuur op zichzelf al een misbruik kan zijn, zonder dat moet worden aangetoond dat voor het bewerkstelligen van die concentratie een machtspositie vereist is. Voor de toepassing van artikel 82 EG moet dus wel het bestaan van een machtspositie worden aangetoond, net zoals een misbruik, maar dit misbruik hoeft niet te bestaan in een gedraging die een gebruik van de machtspositie noodzakelijkerwijze impliceert.[314]

c. Vormen van misbruik

Artikel 82 EG geeft een opsomming van allerlei vormen van misbruik die echter niet uitputtend bedoeld is. Bij misbruik kan gedacht worden aan het hanteren van overdreven of onbillijke prijzen,[315] het door middel van discriminerende, selectieve prijsdalingen of door het berekenen van abnormaal lage prijzen uit de markt drijven van concurrenten (‘*predatory pricing*’),[316] kruissubsidiering,[317] prijsdiscriminatie, het uitbreiden van een machtspositie op de ene markt naar de andere markt, het binden van klanten door de toepassing van exclusieve aankoopverplichtingen of getrouwheidskortingen,[318] het hanteren

314 HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215; Beschikking 26 juli 1988 *(Tetra Pak I)*, *PbEG* 1988, L 272/27 van 4 oktober 1988, § 46; GvEA EG 10 juli 1990, zaak T-51/89 *(Tetra Pak I)*, *Jur.* 1990, p. II-309.

315 Bij onbillijke prijzen worden prijzen gehanteerd die niet in redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestaties. Zie HvJ EG 13 november 1975, zaak 26/75 *(General Motors)*, *Jur.* 1975, p. 1367. Een dergelijke vaststelling kan geschieden door een vergelijking te maken tussen de verkoopprijs en de kostprijs en zo de grootte van de winstmarge te berekenen. Zie HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207. Zie Dirix, Montangie & Vanhees 2005, p. 306.

316 HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359.

317 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 6 oktober 1994, zaak T-83/91 *(Tetra Pak II)*, *Jur.* 1994, p. II-755; GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-175/99 *(UPS Europe)*, *Jur.* 2002, p. II-1915.

318 HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 t/m 48/73, 50/73, 54/73 t/m 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73 *(Suiker Unie)*, *Jur.* 1975, p. 1663. Zie ook HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81 *(Michelin)*, *Jur.* 1983, p. 3461.

van onbillijke voorwaarden, koppelverkoop,[319] discriminatoir optreden, het hanteren van non-concurrentiebedingen,[320] leveringsweigering of de weigering te contracteren[321] en de weigering toegang te verlenen tot een bepaalde essentiële faciliteit.[322] De uitoefening van uitsluitende rechten zoals intellectuele eigendomsrechten kan ook misbruik opleveren.[323]

De genoemde voorbeelden in artikel 82 EG en de overige vormen van misbruik van een economische machtspositie worden vaak onderverdeeld in twee categorieën misbruik. Enerzijds de gevallen van uitbuitingsmisbruik en anderzijds de gevallen van uitsluitingsmisbruik. Slot, Swaak & Mulder wijzen op het feit dat in de literatuur wel onderscheid wordt gemaakt naar uitbuiting, uitsluiting en structureel misbruik.[324] Onder structureel misbruik wordt dan verstaan het overnemen van een ander bedrijf waardoor de economische machtspositie wordt versterkt. Denk aan de zaak *Continental Can* waarin door het HvJ EG werd aanvaard dat het opkopen van concurrenten door een dominante partij door het HvJ EG kan worden gekwalificeerd als een mogelijke vorm van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG.[325] Deze laatste misbruikvariant valt tegenwoordig (sinds de inwerkingtreding van Verordening 4064/89 in 1990) voornamelijk onder de werkingssfeer van de Concentratiecontroleverordening (tegenwoordig Verordening 139/2004) mits sprake is

319 HvJ EG 2 maart 1994, zaak C-53/92 P *(Hilti)*, *Jur.* 1994, p. I-667; GvEA EG 12 december 1991, zaak T-30/89 *(Hilti)*, *Jur.* 1991, p. II-1439. Een voorbeeld is de Microsoft zaak in de Verenigde Staten inzake Netscape's Internet Navigator en Sun's Java technologie waarbij het Microsoft besturingssysteem voor computers alleen werd verkocht in combinatie met een reeds geïnstalleerde internetbrowser van Microsoft (koppelverkoop). Microsoft zou *Original Equipment Manufacturers* verbieden software van andere producenten mee te leveren, Microsoft zou de Javastandaard van Sun niet naleven en Microsoft zou Internet Explorer zodanig geïntegreerd meeleveren dat het voor andere browserleveranciers vrijwel onmogelijk wordt om te concurreren. In 2001 kwamen de openbare aanklager en Microsoft tot een schikking waarin staat dat het Microsoft niet verboden wordt om extra applicaties mee te leveren met Windows, maar dat het bedrijf niet mag eisen dat OEM's geen andere software meeleveren. Een ander voorbeeld is de Microsoft zaak in Europa. Een met art. 82 EG strijdige gedraging bestond uit de koppelverkoop van het Windows besturingssysteem met de Windows Media Player software. Een andere met art. 82 EG strijdige gedraging bestond uit de weigering om informatie betreffende de interoperabiliteit (broncodes) te leveren, waardoor concurrenten niet konden communiceren met de software van Microsoft. Zie GvEA EG 17 september 2007, zaak T-201/04 *(Microsoft)*, *Jur.* 2007, p. II-3601.

320 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 23 oktober 2003, zaak T-65/98 (*Van den Bergh Foods)*, *Jur.* 2003, p. II-4653.

321 HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207 en HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73 *(Commercial Solvents)*, *Jur.* 1974, p. 223.

322 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P *(RTE)*, *Jur.* 1995, p. I-743 en HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97 *(Bronner)*, *Jur.* 1998, p. I-7791.

323 HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87 *(AB Volvo/Erik Veng)*, *Jur.* 1988, p. 6211. Dit misbruik kan dan bestaan uit het vragen van onbillijke prijzen of een volstrekt willekeurige weigering om (het intellectuele eigendomsrecht) te leveren.

324 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 118.

325 HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215.

van een concentratie met een communautaire dimensie.[326] Ingeval de voorgenomen transacties niet onder de werkingssfeer van de Concentratiecontroleverordening vallen wegens het ontbreken van een communautaire dimensie (fusies, overnames en *joint ventures* onder de EG-drempel) is er in theorie nog ruimte voor toetsing van het opkopen van concurrenten door een dominante partij aan artikel 82 EG (zie § 5.6.2). Indien deze fusies zich afspelen in een lidstaat met een nationaal systeem van concentratiecontrole, ligt de toepassing van artikel 82 EG niet voor de hand. Concentraties onder de drempel van de Mw kunnen onder omstandigheden ook leiden tot toepassing van artikel 24 Mw.[327] Indien sprake is van structureel misbruik en er vindt een significante belemmering van de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan plaats (artikel 41 lid 2 Mw) dan valt het gedrag onder de regeling van hoofdstuk 5 van de Mededingingswet (toezicht op concentraties).

Uitbuitingsmisbruik doet zich voor indien de afnemers tot voor hen zeer ongunstige transacties worden gedwongen. Als gevolg van de machtspositie van de aanbieder kunnen de afnemers nergens anders terecht. De aanbieder maakt misbruik van zijn machtspositie door de afnemers uit te buiten. Dit kan bijvoorbeeld door het vragen van zeer hoge prijzen die in geen verhouding meer staan tot de kostprijs. Onder uitbuiting wordt dan ook verstaan het hanteren van onbillijk hoge prijzen en andere nadelige condities.[328]

Uitsluitingsmisbruik doet zich voor indien de machtspositiehouder tracht de concurrenten van de markt te verdrijven. Dit kan gebeuren door het de concurrent zo lastig mogelijk te maken nog langer met de machtspositiehouder te concurreren. Onder uitsluitingsmisbruik wordt vooral gedoeld op de leveringsweigering en de weigering van toegang tot bepaalde faciliteiten.[329] Alle maatregelen van de machtspositiehouder zijn dan zoveel mogelijk tegen de concurrent gericht (direct uitsluitingsmisbruik). De machtspositiehouder kan ook proberen de afnemers zoveel mogelijk aan zich te binden door bijvoorbeeld hen te verbieden de dienst of het product elders goedkoper te kopen of door speciale kortingen aan te bieden ingeval alle diensten of producten bij de machtspositiehouder worden afgenomen (indirect uitsluitingsmisbruik).

d. Objectieve rechtvaardiging van het gedrag

Gedragingen die zouden kunnen worden gekwalificeerd als misbruik, worden alleen zo gekwalificeerd als er voor het desbetreffende gedrag geen objectieve rechtvaardiging bestaat. Is dus sprake van gedragingen die vanuit het oogpunt van techniek, bedrijfseconomie of commercie noodzakelijk zijn dan kan niet

326 Verordening 139/2004, *PbEU* 2004, L 24/1. Verordening 139/2004 is de opvolger van Verordening 4064/89, *PbEG* L 395/1.

327 Vgl. Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 54.

328 Zie HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207.

329 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 118.

worden gesproken van misbruik.[330] Deze systematiek is anders dan de systematiek onder artikel 81 lid 3 EG (§ 2.3.3.4). Daar is sprake van een verbod, waarop van rechtswege een uitzondering bestaat. In het kader van artikel 82 EG bestaat er geen mogelijkheid van een uitzondering van rechtswege. Indien er een objectieve rechtvaardiging bestaat, is er geen sprake van misbruik en is derhalve het verbod van artikel 82 EG geheel niet van toepassing.

2.3.4.5 Nietigheid

Indien het misbruik maken van een economische machtspositie een rechtshandeling betreft, is de rechtshandeling nietig. Deze nietigheid vloeit op het eerste gezicht niet direct voort uit het EG-Verdrag zelf. Anders dan bij het kartelverbod, waar in artikel 81 lid 2 EG is bepaald dat de overeenkomst nietig is, dient de nietigheid bij het handelen in strijd met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie in beginsel beoordeeld te worden naar nationaal recht.

De opstellers van het EG-Verdrag hebben de nietigheid van rechtshandelingen die in strijd zijn met artikel 82 EG kennelijk bewust niet opgenomen in het EG-Verdrag, omdat het misbruik maken van een economische machtspositie vaak bestaat uit feitelijke gedragingen en niet uit het sluiten van rechtshandelingen (zoals kartelovereenkomsten). Het is zeer onwaarschijnlijk dat de *founding fathers* van het EG-Verdrag op het gebied van de nietigheid een verschil hebben willen creëren tussen de artikelen 81 EG en 82 EG.[331] In die zin kan verdedigd worden dat, naar analogie van artikel 81 lid 2 EG, een rechtshandeling die strijdig is met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie ex artikel 82 EG reeds op grond van het *gemeenschapsrecht* nietig is.[332] Een andere opvatting kan de effectiviteit van artikel 82 EG in gevaar brengen en strijdig zijn met een uniforme toepassing van artikel 82 EG. Zo is het op grond van de verschillende stelsels van nationaal recht in de EU niet altijd evident dat een met artikel 82 EG strijdige rechtshandeling ook nietig is.[333]

---

330 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 125. Zie ook GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94 *(ENS)*, *Jur.* 1998, p. II-3141 (aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging); GvEA EG 10 juli 1990, zaak T-51/89 *(Tetra Pak I)*, *Jur.* 1990, p. II-309 (ontbreken van een objectieve rechtvaardiging).

331 Vgl. Komninos 2008, p. 159.

332 Zo heeft de Zweedse Hoge Raad *(Högsta domstolen)* recentelijk in de zaak *Luftfartsverket* geoordeeld dat een rechtshandeling die in strijd is met art. 82 EG nietig is op grond van het gemeenschapsrecht zelf. Högsta domstolen 9 december 2004, Ö 1891-03 *(Luftfartsverket)*. Zie Komninos 2008, p. 160. Het Engelse *High Court* heeft de nietigheid van een overeenkomst die is strijd was met art. 82 EG ook direct gebaseerd op het gemeenschapsrecht. Zie *English Welsh & Scottish Railway Ltd v. E.ON UK plc* [2007] EWHC 599 (QB). Zie Komninos 2008, p. 160.

333 Zie bijvoorbeeld de verschillende theorieën in Duitsland op het punt van de rechtshandelingen die in strijd zijn met art. 82 EG. Zie s 138 BGB. Zie Komninos 2008, p. 159.

Naar Nederlands recht maakt het voor de nietigheid van een met artikel 82 EG strijdige rechtshandeling in beginsel niet uit of de nietigheid direct op het gemeenschapsrecht wordt gebaseerd of op grond van artikel 3:40 BW. Naar Nederlands recht is op grond van artikel 3:40 BW een rechtshandeling waarmee misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie van rechtswege nietig. Bij een rechtshandeling kan in de context van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie worden gedacht aan de opzegging van een overeenkomst (denk bijvoorbeeld aan een geval van leveringsweigering), het afdwingen van een overeenkomst of een besluit van een ondernemersvereniging.[334]

In de literatuur wordt bij een rechtshandeling in strijd met artikel 82 EG (of met het nationale equivalent artikel 24 Mw) veelal geconcludeerd dat de rechtshandeling nietig is op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. De toepasselijkheid van artikel 3:40 lid 2 BW is echter, anders dan in veel mededingingsrechtelijke literatuur vaak wordt beweerd, niet vanzelfsprekend en behoeft nuancering. Er zijn met betrekking tot de nietigheid van een rechtshandeling wegens het misbruik maken van een economische machtspositie naar Nederlands recht twee wegen bewandelbaar, afhankelijk van het concrete geval. De ene weg loopt via artikel 3:40 lid 1 BW, de andere weg loopt via artikel 3:40 lid 2 BW.

Er kunnen zich situaties voordoen waarbij het *verrichten* van de rechtshandeling als zodanig (de contractsluiting of de opzegging van een overeenkomst) in strijd is met artikel 82 EG (of met het nationale equivalent artikel 24 Mw). Alleen indien de wet het *verrichten* van de rechtshandeling (de contractsluiting of de opzegging van een overeenkomst) als zodanig verbiedt, zal de rechtshandeling nietig zijn op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarbij de machtspositiehouder überhaupt geen contract had mogen sluiten met een partij (denk bijvoorbeeld aan een overeenkomst die door de machtspositiehouder wordt afgedwongen). Tevens kan gedacht worden aan de situatie waarbij de machtspositiehouder niet mag opzeggen (leveringsweigering). De term 'wetsbepaling' in artikel 3:40 lid 2 BW ziet alleen op wetten in formele zin en op bepalingen die op een uitdrukkelijke delegatie door de formele wetgever berusten. Aan een bepaling van een door het parlement goedgekeurd verdrag (artikel 81 EG en artikel 82 EG) wordt voor de toepassing van artikel 3:40 lid 2 dezelfde werking toegekend als aan bepalingen van wetten in formele zin.[335]

Indien niet zozeer het *verrichten* (de contractsluiting), maar de *inhoud* (de prestaties waartoe men zich verplicht) of *strekking* (de ook voor anderen te voorziene gevolgen en kenbare motieven) in strijd is met artikel 82 EG (of of met het nationale equivalent artikel 24 Mw) regelt artikel 3:40 BW niets. Artikel 3:40 BW regelt voor slechts drie categorieën rechtshandelingen de gevolgen (indien ik de categorie strijd met de goede zeden en strijd met de openbare

334 Zie ook Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 79.
335 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 245.

orde samenvoeg tot één categorie): het verrichten van een rechtshandeling is in strijd met de wet (3:40 lid 2), de inhoud van de rechtshandeling is in strijd met de goede zeden of openbare orde (3:40 lid 1) en de strekking van de rechtshandeling is in strijd met de goede zeden of openbare orde (3:40 lid 1). Er bestaat een leemte in de wet voor drie andere categorieën rechtshandelingen: de inhoud is in strijd met de wet, de strekking is in strijd met de wet en het verrichten is in strijd met de goede zeden of openbare orde. Deze drie categorieën rechtshandelingen kunnen slechts langs indirecte weg tot nietigheid leiden. Zo kan, nu de inhoud van de rechtshandeling in strijd is met de wet (artikel 82 EG of het nationale equivalent artikel 24 Mw), worden verdedigd dat de inhoud van de rechtshandeling (via de wet) ook in strijd zal zijn met de goede zeden of de openbare orde ex artikel 3:40 lid 1 BW. Bij de beantwoording van de vraag of een rechtshandeling in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is mogelijk doorslaggevend het feit dat de desbetreffende rechtshandeling verplicht tot een prestatie die is verboden bij de wet.[336] Een rechtshandeling waarbij misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie is in dat geval van rechtswege nietig op grond van artikel 3:40 lid 1 BW. Bij de inhoud van een rechtshandeling die (via de wet) in strijd is met de goede zeden of de openbare orde kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een te hoge prijs die in rekening is gebracht wegens het misbruik maken van een economische machtspositie.

Het is niet altijd eenvoudig om het onderscheid tussen het verrichten en de inhoud van de rechtshandeling te maken.[337] Tevens is niet op voorhand duidelijk of in artikel 82 EG (en het nationale equivalent artikel 24 Mw) het verrichten van de rechtshandeling of de inhoud van de rechtshandeling wordt verboden. Dit probleem kan ondervangen worden door in het concrete geval aan de hand van de strekking van artikel 82 EG (en het nationale equivalent artikel 24 Mw) te onderzoeken wat nu daadwerkelijk in strijd is met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie; het verrichten van de rechtshandeling of de inhoud van de rechtshandeling. Deze theoretische discussie kan voor de praktijk van belang zijn omdat strijd met artikel 3:40 lid 1 BW direct leidt tot nietigheid, terwijl strijd met artikel 3:40 lid 2 BW onder

336 Van den Brink 2002, p. 20 en p. 235.

337 Nieuwenhuis spreekt over '(…) een kast met negen laden. De verkeerde la lijkt algauw geopend.' Via de drieslag verrichten, inhoud en strekking die wordt gecombineerd met de drieslag wet, goede zeden en openbare orde komt men uit op drie maal drie is negen laden. Zie de annotatie van Nieuwenhuis bij HR 16 november 1984, *AA* 1985, p. 216 *(Buena Vista)*. Zie ook Hijma 1991, p. 883, die het heeft over twee over elkaar heen te schuiven driedelingen, die aldus negen velden opleveren. Indien de goede zeden en openbare orde worden samengevoegd tot één categorie komt men uit op twee maal drie is zes laden. In de jurisprudentie en literatuur wordt slechts zelden onderscheid gemaakt tussen de openbare orde (fundamentele beginselen van de huidige maatschappelijke organisatie) en de goede zeden (het maatschappelijk oordeel omtrent hetgeen behoort). Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 272 en nr. 256.

omstandigheden ruimte biedt voor vernietigbaarheid (indien de bepaling uitsluitend strekt ter bescherming van een der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling) of uitzonderingen op de nietigheid, vernietigbaarheid of geldigheid die kunnen voortvloeien uit de strekking van de wettelijke bepaling (uit de strekking van de wet kan volgens het slot van artikel 3:40 lid 2 BW anders voortvloeien). Tevens kan, indien artikel 3:40 lid 2 BW van toepassing is, de rechtshandeling onder omstandigheden geldig zijn op grond van artikel 3:40 lid 3 BW (bij wetsbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten).

Gelet op het feit dat een rechtshandeling die in strijd is met artikel 82 EG of artikel 24 Mw nietig is ingeval het verrichten van de rechtshandeling in strijd is met artikel 3:40 lid 2 BW (artikel 82 EG en artikel 24 Mw strekken namelijk niet uitsluitend ter bescherming van één der partijen bij een meerzijdige rechtshandeling), en artikel 82 EG en artikel 24 Mw wel de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten (de situatie zoals beschreven in artikel 3:40 lid 3 BW gaat niet op), maakt het bij het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie in de praktijk niet uit of de nietigheid wordt gebaseerd op grond van artikel 3:40 lid 1 BW of artikel 3:40 lid 2 BW. Met Mok zou zelfs verdedigd kunnen worden dat artikel 3:40 lid 2 BW eigenlijk niet aan de orde komt. De mededingingsrechtelijke nietigheid strekt niet zozeer tot bescherming van de belangen van partijen of van één der partijen, maar van de concurrentie als ordeningsinstrument van het economisch stelsel.[338]

Hoewel de rechtsgevolgen van de nietigheid die gebaseerd wordt op artikel 3:40 BW aan het nationale recht zijn overgelaten (indien ik niet uitga van de

338 Zie M.R. Mok in zijn annotatie onder HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 *(Vreudenhil/BVH)*, sub 2. Overigens wordt wel verdedigd dat uit de strekking van het mededingingsrechtelijke misbruikverbod voortvloeit dat de nietigheid niet in het nadeel van de slachtoffers van het misbruik mag werken. De nietigheid van een overeenkomst die in strijd is met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie kan niet werken in het nadeel van het slachtoffer en in het voordeel van de partij die misbruik maakt van een economische machtspositie. Dit zal het geval zijn indien de rechtshandeling (overeenkomst) het slachtoffer juist beschermt. In die zin heeft de nietigheid onder die specifieke omstandigheden geen absolute maar relatieve werking. Zie Komninos 2008, p. 160. Zie ook de conclusie van AG Warner bij HvJ EG 25 oktober 1979, zaak 22/79 *(Greenwich Film Production)*, *Jur.* 1979, p. 3275. Een dergelijke relatieve werking van de nietigheid zou in het systeem van art. 3:40 BW kunnen leiden tot vernietigbaarheid (vgl. bijvoorbeeld de vernietigbaarheid van een rechtshandeling bij misbruik van omstandigheden ex art. 3:44 lid 4 BW), maar ik zou menen dat de relatieve werking van de nietigheid uitgaat van het gemeenschapsrecht en niet van het Nederlands burgerlijk recht. Op grond van art. 3:40 lid 2 BW (slot) kan zowel de hoofdregel van de nietigheid als de uitzonderingsregel van de vernietigbaarheid door de strekking van de bepaling (het mededingingsrechtelijke misbruikverbod) opzij worden gezet ('een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit'). Vernietigbaarheid past ook niet bij het feit dat de mededingingsrechtelijke nietigheid niet zozeer strekt tot bescherming van de belangen van partijen of van één der partijen, maar van de concurrentie als ordeningsinstrument van het economisch stelsel.

analoge toepassing van artikel 81 lid 2 EG op grond waarvan de rechtshandeling reeds nietig is op grond van het gemeenschapsrecht), is het de vraag in hoeverre de bepalingen van boek 3 die de nietigheid relativeren daadwerkelijk tot toepassing kunnen komen.[339] Die vraag is mede afhankelijk van de strekking van de regel die tot nietigheid van de rechtshandeling leidt.[340] Nu het HvJ EG deze strekking vaststelt, beslist het HvJ EG in die zin ook over de toepasselijkheid van de nationale regels die de nietigheid kunnen relativeren.[341] Gelet op de strekking van artikel 82 EG zal preventie een belangrijke rol spelen en liggen relativeringen van de nietigheidssanctie niet voor de hand.

2.3.5 Artikel 6 Mw

Artikel 6 van de Mededingingswet luidt:

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

Duidelijk is te zien dat artikel 6 Mw voor een groot deel is gebaseerd op artikel 81 EG. In de definities in artikel 1 sub e, f, g en h Mw wordt verwezen naar artikel 81 lid 1 EG waardoor artikel 6 Mw wat betreft het materiële recht inhoudelijk overeenkomt met artikel 81 EG.[342] Deze focus op het Europees mededingingsrecht is ook terug te zien door het gebruik van Europees mededingingsrechtelijke definities zoals de (al dan niet gewijzigde) overname van

339 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 30.
340 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 491 en 499.
341 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 30.
342 Dit sluit niet uit dat ook in geval het niet over het materiële mededingingsrecht gaat, er wel wordt verwezen naar Europees mededingingsrecht. Zie Korsten 2004, nr. 1.7, p. 11.

definities uit de jurisprudentie van het HvJ EG en de verwijzing in de parlementaire geschiedenis naar de Europese mededingingsregels.[343] Overeenkomsten in strijd met artikel 6 lid 1 Mw die niet onder artikel 6 lid 3 Mw vallen zijn nietig op grond van artikel 6 lid 2 Mw.

De territoriale werkingssfeer van de Mededingingswet is beperkt tot de Nederlandse markt. Indien sprake is van mogelijke beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten van de EU zijn de Europese mededingingsregels mede van toepassing. Bij de toetsing van overeenkomsten, besluiten of gedragingen zal door partijen en de rechter steeds moeten worden nagegaan of de Europese mededingingsregels van toepassing zijn, nu het Europees mededingingsrecht voorrang heeft op het nationale mededingingsrecht.[344] In artikel 3 lid 1 van Verordening 1/2003 is bepaald dat ingeval de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties nationaal mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81 lid 1 EG welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, zij tevens artikel 81 EG dienen toe te passen op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Ingeval de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties het nationale mededingingsrecht toepassen op door artikel 82 EG verboden gedragingen, dienen zij ook artikel 82 EG toe te passen. In artikel 3 lid 2 van Verordening 1/2003 is bepaald dat de toepassing van nationaal mededingingsrecht niet mag leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81 lid 1 EG niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81 lid 3 EG vallen.[345]

In vergelijking met het kartelverbod van artikel 81 EG bestaat er, naast het ontbreken van de eis dat er sprake dient te zijn van beïnvloeding van de tussenstaatse handel, een aantal afwijkingen in de Mededingingswet. Zo kent de Mededingingswet, naast de merkbaarheidsdoctrine die voortvloeit uit het

343 Zie Korsten 2004, nr. 1.6, p. 10.

344 Zie voor een bespreking van het *Walt Wilhelm*-arrest en de voorrang van het Europees mededingingsrecht boven nationaal recht in de periode van voor de invoering van Verordening 1/2003 Walz 1996, p. 449-464.

345 Deze bepalingen die in de leden 1 en 2 van art. 3 van Verordening 1/2003 staan, zijn volgens het derde lid van art. 3 van Verordening 1/2003 niet van toepassing wanneer de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten nationale regels betreffende de controle op fusies toepassen; zij beletten evenmin de toepassing van bepalingen van het nationale recht die overwegend een doelstelling nastreven die verschilt van de in de art. 81 en 82 EG nagestreefde doelstellingen. Lidstaten mogen niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen (misbruik van een economische machtspositie) verbieden of bestraffen.

Europees mededingingsrecht, een speciale bagatelregeling in artikel 7 Mw. De bagatelregeling komt op twee punten niet overeen met het Europees mededingingsrecht. In de eerste plaats is de ondergrens van het Nederlandse kartelverbod als vrijstelling in de wet neergelegd, terwijl dit in het Europees mededingingsrecht is geregeld met behulp van een Bekendmaking van de Commissie. In de tweede plaats wordt in artikel 7 lid 1 Mw gebruik gemaakt van een omzetcriterium en maakt het Europees mededingingsrecht gebruik van een marktaandeelcriterium (voor horizontale overeenkomsten geldt op grond van het in 2007 ingevoerde tweede lid van artikel 7 Mw wel een marktaandeelcriterium).

In de bagatelregeling is neergelegd dat afspraken tussen minder dan acht ondernemingen (dan wel bij de desbetreffende ondernemersvereniging niet meer dan acht ondernemingen zijn betrokken) met een gezamenlijke omzet van minder dan € 5.500.000 (ondernemingen die hoofdzakelijk goederen leveren) of € 1.100.000 (alle andere ondernemingen) buiten artikel 6 Mw vallen (artikel 7 lid 1 Mw).[346] Artikel 6 lid 1 Mw geldt voorts niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in dat artikel voor zover daarbij ondernemingen of ondernemersverenigingen betrokken zijn die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op een of meer van de relevante markten, indien (artikel 7 lid 2 Mw):

> 'a. het gezamenlijke marktaandeel van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van invloed is, groter is dan 5%, en
> b. de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen voor de onder de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging vallende goederen of diensten niet hoger is dan € 40.000.000.'

Voor verticale overeenkomsten geldt reeds de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten (Verordening 2790/99) waarin is bepaald dat overeenkomsten waarbij de gezamenlijke ondernemingen een marktaandeel hebben dat niet

346 Op grond van art. 9 Mw kan de NMa art. 6 Mw alsnog van toepassing verklaren indien die overeenkomst, dat besluit of die gedraging gezien de marktverhoudingen op de relevante markt in aanzienlijke mate afbreuk doet aan de mededinging.

hoger ligt dan 30% zijn vrijgesteld.[347] Voor verticale overeenkomsten is een dergelijke uitzondering dan ook niet nodig.[348]

In de Tweede Kamer lijkt zich een meerderheid te vormen die de bagatelregeling wil verruimen. In een wetsvoorstel met deze strekking wordt voorgesteld om in de bagatelregeling het maximale toegestane gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen te verhogen van 5% naar 10% (artikel 7 lid 2 sub a Mw) en de voorwaarde met betrekking tot de maximale gezamenlijke omzet te schrappen (artikel 7 lid 2 sub b Mw). De indieners van het wetsvoorstel zien verruiming van de bagatelregeling als een manier om de positie van kleine leveranciers tegenover ondernemingen met inkoopmacht te versterken.[349]

In artikel 11 Mw is een speciale uitzondering voor publieke ondernemingen opgenomen en daarnaast kent de Mededingingswet op grond van artikel 15 Mw aparte aanvullende groepsvrijstellingsbesluiten die bij AMvB worden uitgevaardigd.[350] De artikelen 12 Mw en 13 Mw regelen de doorwerking van Europese groepsvrijstellingen in het nationaal mededingingsrecht.

Op grond van artikel 12 Mw geldt het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw niet voor overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen waarvoor krachtens een EG-groepsvrijstelling het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG buiten toepassing is verklaard. Artikel 12 Mw is in overeenstemming met artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003 (de toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van mededingingsafspraken die de handel tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging niet beperken ex artikel 81 lid 1 EG of voldoen aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG).

Op grond van artikel 13 lid 1 Mw geldt het kartelverbod van artikel 6 lid 1 Mw niet voor overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van onder-

347 Verordening 2790/1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L 336/21.

348 Daarbij dient te worden aangetekend dat er wel een subtiel verschil is. Verticale overeenkomsten komen op grond van Verordening 2790/99 alleen voor vrijstelling in aanmerking indien zij geen *hardcore* restricties bevatten. Overeenkomsten die *hardcore* restricties bevatten en onder art. 7 lid 2 Mw vallen zijn (evenals verticale overeenkomsten die onder art. 7 lid 1 Mw vallen) echter niet verboden. Zie Slot 2008 (T&C Mededingingswet), art. 7, aant. 3.

349 Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen (CDA), Aptroot (VVD) en Vos (PvdA) houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 531, nr. 2, p. 1-2 (VvW); *Kamerstukken II* 2007/08, 31 531, nr. 3, p. 1-4 (MvT), *Kamerstukken II* 2008/09, 31 531, nr. 5, p. 1-5; *Kamerstukken II* 2008/09, 31 531, nr. 6, p. 1-7.

350 Het besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten (*Stb*. 1997, 592), het besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten (*Stb*. 1997, 596) en het besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel (*Stb*. 1997, 704) zijn van kracht geweest van 1997 tot en met 2008 (vrijstellingen vervallen met ingang van 1 januari 2009).

nemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die de handel tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschappen niet ongunstig kunnen beïnvloeden of waardoor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst doch die, indien dat wel het geval zou zijn, zouden zijn vrijgesteld krachtens een EG-groepsvrijstelling. Voor de toepasselijkheid van Europese groepsvrijstellingen in het Nederlands mededingingsrecht hoeft dus alleen te worden gekeken naar de inhoud van de Europese groepsvrijstelling en niet naar de omvangseisen.

2.3.6 Artikel 24 Mw

Artikel 24 van de Mededingingswet luidt:

> '1. Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.
> 2. Het tot stand brengen van een concentratie als omschreven in artikel 27 wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie.'

Artikel 24 Mw is gebaseerd op artikel 82 EG. Anders dan in artikel 82 EG worden in artikel 24 Mw geen voorbeelden gegeven van gedragingen die in strijd zijn met de onderhavige bepaling. Inhoudelijk maakt dit geen enkel verschil.[351]

Evenals bij artikel 6 Mw is geen ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten nodig, zoals dat voor de toepasselijkheid van artikel 81 EG wel vereist is. Voor de toepasselijkheid van artikel 24 Mw is van belang of sprake is van misbruik van een machtspositie op de Nederlandse markt of een deel daarvan (zie de definitie zoals neergelegd in artikel 1 sub i Mw). Voor de toepasselijkheid van artikel 82 EG is daarentegen van belang of er sprake is van misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan.[352] De vraag naar de beïnvloeding van de tussenstaatse handel valt, zoals reeds in § 2.3.3.2 sub f besproken, nauw samen met de bepaling van de relevante geografische markt.[353]

---

351 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 108. Slot, Swaak & Mulder wijzen op het feit dat de minister van Economische Zaken bij de verdediging van het wetsontwerp van de Mededingingswet het overnemen van voorbeelden van misbruik niet zinvol achtte nu andere vormen van misbruik niet zijn opgenomen in de tekst van art. 82 EG. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 71 (MvT).

352 Hieronder vallen dus ook een nationale markt of een vanuit het perspectief van de EG belangrijk deel daarvan. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81 *(Michelin)*, *Jur.* 1983, p. 3461 en HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90 *(Merci Convenzionali Porto di Genova)*, *Jur.* 1991, p. I-5889.

353 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 107.

In het tweede lid wordt het tot stand brengen van een concentratie zoals is bedoeld in artikel 27 Mw, nadrukkelijk uitgesloten van het bereik van artikel 24 Mw. Een dergelijke nadrukkelijke uitsluiting ontbreekt in het Europees mededingingsrecht. Zie § 5.6.2.

In artikel 3 van Verordening 1/2003 is nog bepaald dat lidstaten uit hoofde van verordening 1/2003 niet mag worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen. Nu het uitgangspunt van de Mededingingswet is dat de materieelrechtelijke bepalingen zo veel mogelijk gebaseerd zijn op de overeenstemmende bepalingen in het Europees mededingingsrecht, zal van deze mogelijkheid naar alle waarschijnlijkheid geen gebruik worden gemaakt.[354]

Indien het misbruik maken van een economische machtspositie een rechtshandeling betreft, is de rechtshandeling nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Zie § 2.3.4.5. De wetgever heeft bij invoering van de Mededingingswet bewust gekozen voor het niet opnemen van een aparte nietigheidsbepaling in artikel 24 Mw, nu de Nederlandse Mededingingswet is gebaseerd op het stelsel van Europees mededingingsrecht. Zoals in § 2.3.4.5 is besproken, ontbreekt in artikel 82 EG een expliciete nietigheidssanctie. Het is niet waarschijnlijk dat de wetgever een onderscheid heeft willen maken tussen de civielrechtelijke effecten van schending van het kartelverbod (artikel 6 Mw) en schending van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie (artikel 24 Mw). Bij de invoering van de Mededingingswet werd aangenomen dat rechtshandelingen die in strijd zijn met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, nietig zijn op grond van artikel 3:40 BW. Het maakt naar Nederlands recht voor de nietigheid van een met artikel 24 Mw strijdige rechtshandeling niet uit of de nietigheid wordt gebaseerd op grond van een analoge toepassing van artikel 6 lid 2 Mw of op grond van artikel 3:40 BW. Een analoge toepassing van artikel 6 lid 2 Mw leidt tot hetzelfde resultaat (nietigheid) als toepassing van artikel 3:40 lid 2 BW. Het baseren van de nietigheid op grond van een analoge toepassing van artikel 6 lid 2 Mw (zoals in het kader van artikel 82 EG wel verdedigbaar is door aanname van een analoge toepassing van de nietigheidssanctie in artikel 81 lid 2 EG) ligt bij een rechtshandeling die in strijd is met artikel 24 Mw minder voor de hand. Het baseren van de nietigheid op artikel 3:40 lid 2 BW brengt de effectiviteit en de uniforme toepassing van artikel 24 Mw niet in gevaar (zoals bij artikel 82 EG wel het geval kan zijn, nu het op grond van de verschillende stelsels van nationaal recht in de EU niet altijd evident is dat een met artikel 82 EG strijdige rechtshandeling nietig is, zie § 2.3.4.5).

Hoewel de bepalingen van Boek 3 die de nietigheid relativeren hier van toepassing zijn, is het de vraag in hoeverre die bepalingen ook werkelijk

354 Zie ook Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 107.

kunnen worden toegepast.[355] Die vraag is mede afhankelijk van de strekking van de regel die tot nietigheid van de rechtshandeling leidt.[356] Voor wat betreft artikel 82 EG stelt het HvJ EG deze strekking vast en beslist het HvJ EG in die zin ook over de toepasselijkheid van de nationale regels die de nietigheid kunnen relativeren (§ 2.3.4.5).[357] Nu de Mededingingswet is gebaseerd op het stelsel van het Europees mededingingsrecht, ligt het voor wat betreft de strekking van de regel die tot nietigheid van de rechtshandeling leidt voor de hand om aan te sluiten bij artikel 82 EG. Gelet op de strekking van artikel 24 Mw zal preventie een belangrijke rol spelen en liggen relativeringen van de nietigheidssanctie niet voor de hand.

2.3.7 Stappenplan voor de nationale rechter en arbiter

2.3.7.1 Stappenplan bij de toepassing van artikel 81 EG en/of artikel 6 Mw

Ingeval de nationale rechter of arbiter een zaak dient te beoordelen waarbij een beroep wordt gedaan op artikel 81 EG en/of artikel 6 Mw kan het hierna volgende stappenplan behulpzaam zijn. De bijzondere verhouding tussen de Commissie, de NMa en de nationale rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht komt in dit stappenplan niet aan bod. Voor die verhouding verwijs ik naar het stappenplan in § 5.4.9.3.

Stap 1
Is er sprake van ondernemingen? Zo nee, dan is er geen schending van artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG. Zo ja, dan volgt stap 2.

Stap 2
Gaat het om een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging? Zo nee, dan is er geen schending van artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG. Zo ja, dan volgt stap 3.

Stap 3
Bevindt de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging zich boven de bagateldrempel van artikel 7 Mw? Zo nee, dan is de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging

355 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 30.
356 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 491 en nr. 499.
357 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 30.

niet strijdig met artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG.[358] Zo ja, dan volgt stap 4. Zie voor de bagateldrempel § 2.3.5.

Stap 4
Strekt de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging ertoe of heeft de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging ten gevolge dat de mededinging merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst? Zo nee, dan is de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging niet strijdig met artikel 6 Mw en/of artikel 81 EG. Zo ja, dan volgt stap 5. Zie voor de vaststelling van een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging § 2.3.3.2 sub e.

Stap 5
Valt de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging onder een groepsvrijstelling? Zo ja, dan is het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG en/of 6 lid 1 Mw niet van toepassing. Zo nee, dan volgt stap 6. Zie voor groepsvrijstellingen § 2.3.3.4.

Stap 6
Valt een overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging onder de uitzondering van artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw? Zo ja, dan is de afspraak vrijgesteld van het kartelverbod. Zo nee, dan volgt stap 7. Zie voor de uitzondering van artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw § 2.3.3.4 en § 2.3.5.

Stap 7
De overeenkomst of het besluit dat in strijd is met het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG en/of artikel 6 Mw is van rechtswege nietig op grond van artikel 81 lid 2 EG en/of artikel 6 lid 2 Mw. Zie over de nietigheidssanctie § 2.3.3.3. Daarnaast is het, afhankelijk van de concrete omstandigheden, voor gelaedeerden mogelijk om schadevergoeding te vorderen op grond van schending van het mededingingsrecht (onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking). Tevens behoren voor gelaedeerden een verklaring voor recht, een vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald en een verbods- of gebodsactie tot de mogelijkheden. Zie § 11.3.

De vraag of de betreffende overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging, het betreffende besluit van een ondernemersvereniging of het

358 Ingeval de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging zich niet boven de bagateldrempel van art. 7 Mw bevindt, zal art. 81 EG niet snel worden geschonden wegens het ontbreken van een Europese dimensie (geen beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten).

misbruik van een machtspositie de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kan (daadwerkelijk of potentieel) beïnvloeden, hoeft niet per definitie door de Nederlandse rechter te worden beantwoord omdat de inhoudelijke criteria van het Europese en Nederlandse kartelverbod (artikel 81 EG en artikel 6 Mw) en het Europese en Nederlandse verbod om misbruik te maken van een machtspositie (artikel 82 EG en artikel 24 Mw) hetzelfde zijn. Voor wat betreft de toepasselijkheid van artikel 6 Mw vervalt alleen het criterium dat de betreffende overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Artikel 82 EG noemt ook de eis van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Deze eis valt samen met het bepalen van de relevante geografische markt. De relevante geografische markt is dan ook doorslaggevend bij de vraag of een gedraging onder artikel 24 Mw valt of onder artikel 82 EG.

2.3.7.2 Stappenplan bij de toepassing van artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw

Ingeval de nationale rechter of arbiter een zaak dient te beoordelen waarbij een beroep wordt gedaan op artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw dient onderzocht te worden of sprake is van misbruik van een economische machtspositie. De rechter kan daarbij het volgende stappenplan volgen. De bijzondere verhouding tussen de Commissie, de NMa en de nationale rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht komt in dit stappenplan niet aan bod. Voor die verhouding verwijs ik naar het stappenplan in § 5.4.9.3.

Stap 1
Baken de relevante product- of dienstenmarkt af. Zie § 2.3.4.2 sub b.

Stap 2
Baken de relevante geografische markt af. Zie § 2.3.4.2 sub c.

Stap 3
Bestaat er op de relevante markt een machtspositie? Zie § 2.3.4.3. Zo nee, dan kan het gedrag niet onder artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw vallen. Zo ja, dan volgt stap 4.

Stap 4
Wordt er misbruik gemaakt van de machtspositie? Zie § 2.3.4.4. Zo nee, dan valt het gedrag niet onder artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw. Zo ja, dan valt het gedrag onder artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw. Het is, afhankelijk van de concrete omstandigheden, voor gelaedeerden mogelijk om schadevergoeding te vorderen op grond van schending van het mededingingsrecht (onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking). Tevens behoren voor gelaedeerden een verklaring voor recht, een vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onver-

schuldigd is betaald en een verbods- of gebodsactie tot de mogelijkheden. Zie § 11.3. Een eventuele rechtshandeling is nietig op grond van artikel 3:40 BW. Hoewel het niet algemeen is aanvaard, kan verdedigd worden dat de nietigheid rechtstreeks voortvloeit uit het *gemeenschapsrecht* zelf op grond van een analoge interpretatie van de nietigheid die voortvloeit uit artikel 81 lid 2 EG (zie § 2.3.4.5).

2.4 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

In dit hoofdstuk heb ik aandacht besteed aan de doelstellingen en inhoud van het materiële mededingingsrecht.[359] Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is geen doel op zichzelf, maar dient te worden onderzocht aan de hand van de algemene doelstellingen of doelen van het mededingingsrecht en het burgerlijk recht. Een korte uiteenzetting van het materiële mededingingsrecht is onontkoombaar omdat de materiële norm van aanzienlijk belang is bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Een korte bespreking van de doelstellingen van het mededingingsrecht is tevens van belang voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De doelstellingen van mededingingsrecht kunnen bijvoorbeeld van belang zijn bij het vaststellen van de relativiteit van de onrechtmatige daad (§ 7.6.7).

De doelstellingen van het mededingingsrecht zijn onder andere de verhoging van de welvaart, de bevordering van de werking van de interne markt (marktintegratie), consumentenbescherming, spreiding van economische macht en de herverdeling van middelen, bescherming van concurrenten en het gebruik van mededingingsrecht voor het voeren van industriepolitiek en sociaal-economisch beleid.[360]

De in ons land geldende mededingingsregels zijn neergelegd in het EG-Verdrag (Europese mededingingsregels) en in de Mededingingswet (Nederlandse mededingingsregels). De belangrijkste bepalingen zijn het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 81 van het EG-Verdrag (EG) en artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie zoals neergelegd in artikel 82 EG en artikel 24 Mw.

Het kartelverbod in artikel 81 EG houdt in dat alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden zijn.[361]

---

359 § 2.2; § 2.3.
360 § 2.2.
361 § 2.3.3.

Het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie in artikel 82 EG houdt in dat het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is, dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt (of op een wezenlijk deel daarvan), voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.[362] De artikelen 6 en 24 Mw hebben een soortgelijke inhoud, alleen speelt de eis van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten bij deze bepalingen geen rol en dient het bij artikel 24 Mw te gaan om een machtspositie op de Nederlandse markt of een deel daarvan.[363]

De bevoegdheid om een mededingingsbeperkende overeenkomst of rechtshandeling al dan niet gedeeltelijk nietig te verklaren is een exclusieve taak van de nationale rechter. De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten hebben deze bevoegdheid niet.[364] De uit artikel 81 lid 2 EG voortvloeiende nietigheid is een bijzondere vorm van nietigheid.[365] Artikel 81 lid 2 EG hevelt namelijk een begrip uit het burgerlijk recht over naar het EG-Verdrag. De krachtens het eerste lid van artikel 81 EG verboden overeenkomsten of besluiten, die niet vallen onder de uitzondering van het derde lid van artikel 81 EG, zijn van rechtswege nietig volgens het tweede lid van artikel 81 EG. Hoewel de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG verwant is aan het in de lidstaten voorkomende begrip nietigheid, staat de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG op zichzelf en kent het een eigen invulling. De op het kartelrecht zelf berustende nietigheid brengt mee dat men niet toekomt aan de vraag of artikel 3:40 BW van toepassing is.[366]

Anders dan bij het kartelverbod, waar in artikel 81 lid 2 EG is bepaald dat de overeenkomst nietig is, dient de nietigheid bij het handelen in strijd met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie in beginsel beoordeeld te worden naar nationaal recht.[367] Naar Nederlands recht is op grond van artikel 3:40 BW een rechtshandeling waarmee misbruik wordt gemaakt van een economische machtspositie van rechtswege nietig. Bij een rechtshandeling kan in de context van het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie worden gedacht aan de opzegging van een overeenkomst (denk bijvoorbeeld aan een geval van leveringsweigering), het afdwingen van een overeenkomst of een besluit van een ondernemersvereniging. Verdedigd zou kunnen worden dat een rechtshandeling die strijdig is met het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie ex artikel 82 EG reeds op grond van het *gemeenschapsrecht* nietig is op grond van een analoge toepassing van artikel 81 lid 2 EG.[368]

---

362 § 2.3.4.
363 § 2.3.5; § 2.3.6.
364 § 2.3.3.3. Deze bevoegdheid komt ook de arbiter toe in een arbitrageprocedure, zie § 6.5.2.
365 § 2.3.3.3.
366 § 2.3.3.3.
367 § 2.3.4.5.
368 § 2.3.4.5.

Voor de juiste toepassing van het Europees en Nederlands mededingingsrecht kunnen de nationale rechter en arbiter het stappenplan volgen zoals staat beschreven in § 2.3.7.

3 Publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

3.1 INLEIDING

Om de (aanvullende) rol van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht helder voor ogen te hebben, wordt in dit hoofdstuk enige aandacht besteed aan de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In de EU zijn de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten (in Nederland de Nederlandse Mededingingsautoriteit) 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. Dit hoofdstuk bespreekt in vogelvlucht de rol van de Commissie, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG), het Hof van Justitie (HvJ EG), de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB). Vervolgens zal de indiening van een klacht bij de NMa en de Commissie worden besproken. Daarbij wordt ook enige aandacht geschonken aan het oprichting van een rechtspersoon ter behartiging van de consumentenbelangen. Met mijn bespreking van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de paragrafen 3.2 tot en met 3.9 beoog ik slechts een globaal overzicht te geven, bestemd voor de civielrechtelijk georiënteerde lezer met weinig kennis van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

Met publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht wordt over het algemeen de bestuursrechtelijke handhaving bedoeld. Onder de publiekrechtelijke handhaving kan echter tevens de mogelijke strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht worden ondergebracht. De mogelijke (her)invoering van de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht staat in Nederland weer volop in de belangstelling. In § 3.10 bespreek ik de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Een bespreking van zowel de bestuursrechtelijke handhaving als de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is, zoals gezegd, van belang om nader in beeld te krijgen wat de plaats en positie van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is en zou moeten zijn op de mededingingsrechtelijke landkaart.

3.2 DOELSTELLING PUBLIEKRECHTELIJKE *HANDHAVING* VAN MEDEDINGINGSRECHT

Preventie kan als de belangrijkste doelstelling van de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht worden gezien. Zowel de Commissie als de NMa hebben daarvoor het nodige sanctiearsenaal tot hun beschikking. Zo hebben zij de bevoegdheid boetes en een last onder dwangsom op te leggen. Zie hiervoor § 3.4.

De opgelegde boetes hebben een duidelijk punitief karakter, anders dan de compensatoire schadevergoeding die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan worden verkregen (de mogelijkheid van niet compensatoire *punitive damages* in de vorm van *double damages* bespreek ik in § 7.10). Wel moet worden toegegeven dat de boeterichtsnoeren van de Commissie en de NMa de winst die met een kartel kan worden behaald, laat meewegen in het bepalen van de uiteindelijke boete. Op deze manier wordt de winst die met het kartel is behaald gedeeltelijk afgenomen door de hoogte van de boete die wordt opgelegd door de mededingingsautoriteit. Uiteindelijk zorgen deze hoge boetes er weer voor dat de schending van het mededingingsrecht niet of minder loont, zodat de preventiedoelstelling weer voorop staat.

De last onder dwangsom kan in spoedgevallen worden ingezet om ondernemingen die een inbreuk plegen op het mededingingsrecht te dwingen hun gedrag aan te passen zodat de overtreding ongedaan wordt gemaakt of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding wordt voorkomen. Bij de last onder dwangsom staat de preventiedoelstelling ook voorop.

3.3 DOELSTELLING PUBLIEKRECHTELIJKE *TOEPASSING* VAN MEDEDINGINGSRECHT

Bij de toepassing van het mededingingsrecht door de Commissie en de NMa wordt het mededingingsrecht niet alleen gehandhaafd, maar wordt ook beleid gemaakt. Dit beleid wordt onder andere gevormd door de uitspraken in individuele zaken en de vaststelling van richtsnoeren (richtsnoeren staan ook wel bekend als '*soft law*' nu deze rechtens onverbindend zijn).

De Commissie heeft bij het maken van beleid een andere positie dan de NMa.[1] De Commissie heeft niet alleen uitvoerende taken zoals de NMa, maar ook wetgevingstaken. Zo berust bij de Commissie het verdragsrechtelijke recht van initiatief. Daarnaast worden veel wetgevingstaken door de Raad gedelegeerd aan de Commissie. De Commissie kan haar beleid tevens vormen met behulp van verordeningen. Het mededingingsbeleid komt ook naar voren in de verhouding tussen algemeen mededingingsrecht en sectorspecifieke wet- en regelgeving.

---

1 Zie voor een overzicht van het beleid van de Europese Commissie in de afgelopen decennia Van Marissing 2005 (oratie).

Bij het vormgeven van het beleid van de mededingingsautoriteit wordt ook de keuze gemaakt om zelf te handhaven (bestuursrechtelijk) of de handhaving over te laten aan de gedupeerde particulieren (privaatrechtelijk). Zo kan de Commissie een klacht afwijzen wegens het ontbreken van voldoende belang voor de Gemeenschap en kan de NMa een klacht afwijzen op grond van het eigen prioriteringsbeleid.[2] Zie voor het prioriteringsbeleid van de NMa § 3.7.3.

3.4 De Europese Commissie en de NMa

3.4.1 De Europese Commissie

3.4.1.1 Algemeen

De Europese Commissie is bevoegd en belast met de publiekrechtelijke handhaving van het *Europees* mededingingsrecht (artikel 4 van Verordening 1/2003). De Commissie kan ambtshalve een procedure beginnen die kan leiden tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III van Verordening 1/2003. Tevens kan de Commissie een procedure beginnen naar aanleiding van een klacht.

3.4.1.2 Beschikkingen en sancties van de Commissie

Wanneer de Commissie naar aanleiding van een klacht of ambtshalve een inbreuk vaststelt op de bepalingen van de artikelen 81 of 82 EG, kan zij door middel van een beschikking de desbetreffende ondernemingen en ondernemersverenigingen verplichten om een einde te maken aan de vastgestelde inbreuk op grond van artikel 7 lid 1 Verordening 1/2003. Artikel 7 lid 1 Verordening 1/2003 bepaalt voorts dat de Commissie daartoe alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen kan opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. Structurele maatregelen kunnen alleen worden opgelegd als er niet een even effectieve maatregel ter correctie van gedragingen bestaat of als een dergelijke even effectieve maatregel voor de betrokken onderneming belastender zou zijn dan de structurele maatregel. De Commissie kan ook een reeds beëindigde inbreuk vaststellen, indien zij hierbij een legitiem belang heeft.

---

2 De beleidsmatige afweging van de Commissie om al dan niet zelf te handhaven is vatbaar voor een marginale toetsing door de bestuursrechter. Een naar aanleiding van een klacht genomen besluit om niet handhavend op te treden dient wel door de Commissie te worden gemotiveerd, zodat de gemeenschapsrechter de wettigheid kan toetsen. Zie bijvoorbeeld GvEA EG 18 september 1992, zaak T-24/90 *(Automec II)*, *Jur.* 1992, p. II-2223.

Indien zich een gerechtvaardigde dringende noodzaak voordoet (wanneer de mededinging op ernstige en onherstelbare wijze dreigt te worden geschaad) kan de Commissie ambtshalve en na een eerste vaststelling van de mededingingsinbreuk voorlopige maatregelen bevelen op grond van artikel 8 Verordening 1/2003.

Ingeval de Commissie een beschikking wil geven om de inbreuk te doen ophouden en de ondernemingen in kwestie toezeggingen aanbieden die de bezwaren van de Commissie wegnemen, kan de Commissie op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 voor een bepaalde periode de naleving van deze toezeggingen opleggen. Dergelijke toezeggingen van de Commissie laten de bevoegdheid van de nationale rechter en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten onverlet om de artikelen 81 EG en 82 EG toe te passen.[3]

Indien de feitelijke situatie wijzigt, indien de ondernemingen in kwestie hun toezeggingen niet langer nakomen en ingeval de beschikking is gebaseerd op onvolledige, onjuiste of misleidende informatie kan de Commissie op grond van artikel 9 lid 2 Verordening 1/2003 de procedure opnieuw openen. De Commissie kan bij beschikking geldboetes opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid een toezegging niet nakomen waaraan overeenkomstig artikel 9 bij beschikking een verbindend karakter is verleend (niet groter dan 10 % van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald of bij ondernemersverenigingen 10 % van de som van de totale omzet van elk lid dat actief is op de markt die door de inbreuk van de vereniging geraakt wordt).

Indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG dit vereist, kan de Commissie op grond van artikel 10 Verordening 1/2003 ambtshalve bij beschikking vaststellen (declaratoir) dat artikel 81 EG niet op een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van artikel 81 lid 1 EG is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan. De Commissie kan ook ambtshalve bij beschikking vaststellen dat artikel 82 EG niet van toepassing is op een bepaalde gedraging.

De Commissie is 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. De Commissie kan een dwangsom opleggen ten bedrage van 5% van het gemiddelde dagelijkse omzetcijfer in het vorige boekjaar per dag vertraging te rekenen vanaf de datum bepaald in de beschikking. Een last onder dwangsom strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen. Zo kan de Commissie door middel van een dwangsom ondernemingen dwingen een eind te maken

3 Zie overweging 22 van de preambule van Verordening 1/2003.

aan een inbreuk, een beschikking te respecteren waarbij voorlopige maatregelen worden gevraagd en een toezegging te respecteren waaraan een verbindend karakter is verleend. Daarnaast kunnen ondernemingen en ondernemersverenigingen door middel van een last onder dwangsom ook worden gedwongen een gevraagde inlichting volledig en juist te geven of zich te onderwerpen aan een inspectie die de Commissie heeft opgelegd.[4] Slechts in uitzonderlijke situaties wordt gebruik gemaakt van de bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen. Te denken valt aan bijzonder urgente zaken van grote omvang met een aanzienlijke maatschappelijke impact.

Naast een last onder dwangsom kan de Commissie ook boetes opleggen tot een bedrag van maximaal 10% van de jaaromzet op grond van artikel 23 lid 2 Verordening 1/2003.[5] Ingeval 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.

De bevoegdheid van de Commissie om een geldboete of dwangsom op te leggen verjaart, afhankelijk van de gemaakte inbreuk, na drie jaar (inbreuken op de bepalingen betreffende het inwinnen van inlichtingen en het verrichten van inspecties) of vijf jaar (overige inbreuken). De verjaringstermijn neemt een aanvang vanaf de dag waarop de inbreuk gepleegd wordt en kan worden gestuit door iedere handeling van de Commissie of een mededingingsautoriteit van een lidstaat ter instructie of vervolging van de inbreuk.[6] De verjaringstermijn voor de uitvoering van de sanctie bedraagt vijf jaar.[7] Voordat de Commissie een verbodsbeschikking, boetebeschikking of voorlopige beschikking geeft, dient de betrokken onderneming op de hoogte te worden gebracht van de punten van bezwaar die de Commissie heeft. De betrokken onderneming moet de gelegenheid hebben gehad om daarop te kunnen reageren.[8] De Commissie doet op grond van artikel 27 lid 1 Verordening 1/2003 haar

4 Zie art. 24 Verordening 1/2003.

5 Op grond van art. 23 lid 2 Verordening 1/2003 is voor elke bij de inbreuk betrokken onderneming en ondernemersvereniging de geldboete niet groter dan 10 % van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald. Indien de inbreuk van een vereniging betrekking heeft op de activiteiten van haar leden is de geldboete niet groter dan 10 % van de som van de totale omzet van elk lid dat actief is op de markt die door de inbreuk van de vereniging wordt geraakt.

6 Art. 25 Verordening 1/2003. Handelingen die de verjaring stuiten, zijn volgens art. 25 van Verordening 1/2203 met name: a) een schriftelijk verzoek om inlichtingen van de Commissie of de mededingingsautoriteit van een lidstaat; b) een door de Commissie of de mededingingsautoriteit van een lidstaat aan haar functionarissen verstrekte schriftelijke opdracht tot inspectie; c) de inleiding van een procedure door de Commissie of de mededingingsautoriteit van een lidstaat; d) de mededeling van punten van bezwaar door de Commissie of door de mededingingsautoriteit van een lidstaat.

7 Art. 26 Verordening 1/2003.

8 Art. 27 lid 1 Verordening 1/2003.

beschikkingen slechts steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken.

3.4.1.3 Onderzoeksbevoegdheden

Wanneer de ontwikkeling van de handel tussen lidstaten, de starheid van de prijzen of andere omstandigheden een vermoeden veroorzaken dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wellicht wordt beperkt of vervalst, kan de Commissie op grond van artikel 17 Verordening 1/2003 onderzoek doen naar een bepaalde sector van de economie of naar een bepaald soort overeenkomsten over verschillende sectoren heen. In het kader van dat onderzoek kan de Commissie de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen om alle inlichtingen verzoeken, alsook alle inspecties verrichten die voor de toepassing van artikel 81 EG en artikel 82 EG noodzakelijk zijn. De Commissie kan met name de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen verzoeken haar van alle overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in kennis te stellen.

De Commissie kan ter vervulling van de haar door Verordening 1/2003 opgedragen taken op eenvoudig verzoek of bij beschikking de ondernemingen en ondernemersverenigingen vragen alle nodige inlichtingen te verstrekken.[9] Daarnaast kan de Commissie ter vervulling van de haar bij verordening 1/2003 opgedragen taken alle natuurlijke personen of rechtspersonen horen die daarin toestemmen, teneinde inlichtingen te verzamelen over het onderwerp van het onderzoek.[10] Op verzoek van de Commissie verstrekken de regeringen en mededingingsautoriteiten van de lidstaten de Commissie alle inlichtingen die zij nodig heeft om de haar bij deze verordening opgedragen taken te vervullen.[11]

De Commissie kan alle noodzakelijke inspecties verrichten bij ondernemingen en ondernemersverenigingen. De betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen zijn verplicht zich aan de inspectie te onderwerpen.[12] De inspecties kunnen zo nodig met behulp van de politie worden afgedwongen.[13] De door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen beschikken over een aantal bevoegdheden op grond van artikel 20 van Verordening 1/2003. Deze bevoegdheden zijn:

> 'a) het betreden van alle lokalen, terreinen en vervoermiddelen van ondernemingen en ondernemersverenigingen;

9 Art. 18 lid 1 Verordening 1/2003.
10 Art. 19 lid 1 Verordening 1/2003.
11 Art. 18 lid 6 Verordening 1/2003.
12 Art. 20 lid 4 Verordening 1/2003.
13 Art. 20 lid 6 Verordening 1/2003.

b) het controleren van de boeken en alle andere bescheiden in verband met het bedrijf, ongeacht de aard van de drager van die bescheiden;
c) het maken of verkrijgen van afschriften of uittreksels, in welke vorm ook, van die boeken en bescheiden;
d) het verzegelen van lokalen en boeken of andere bescheiden van het bedrijf voor de duur van, en voor zover nodig voor, de inspectie;
e) het verzoeken van vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en het optekenen van hun antwoorden.'

Indien er een redelijk vermoeden bestaat dat boeken of andere bescheiden in verband met het bedrijf en het voorwerp van de inspectie, die relevant kunnen zijn om een ernstige inbreuk op artikel 81 of artikel 82 EG te bewijzen, worden bewaard in andere gebouwen, terreinen en vervoermiddelen, waaronder de woningen van directeuren, bestuurders en andere personeelsleden van de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen, kan de Commissie bij beschikking een inspectie in deze andere gebouwen, terreinen en vervoermiddelen gelasten.[14]

Een beschikking tot inspectie van andere gebouwen, terreinen en vervoermiddelen kan niet worden uitgevoerd zonder voorafgaande toestemming van de nationale rechterlijke instantie van de betrokken lidstaat. Artikel 21 lid 3 Verordening 1/2003 bepaalt dat de nationale rechterlijke instantie de beschikking van de Commissie kan toetsen op haar authenticiteit en na kan gaan of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot met name de ernst van de vermeende inbreuk, het belang van het gezochte bewijsmateriaal, de betrokkenheid van de betreffende onderneming en de redelijke kans dat boeken en bescheiden die verband houden met het voorwerp van de inspectie worden bewaard op de locaties waarvoor om toestemming is verzocht. Tevens mag de nationale rechterlijke instantie de Commissie rechtstreeks of via de mededingingsautoriteit van de lidstaat om nadere uitleg verzoeken over de elementen die zij nodig heeft om de proportionaliteit van de beoogde dwangmaatregelen te toetsen.[15] De nationale rechterlijke instantie mag evenwel volgens artikel 21 lid 3 Verordening 1/2003 niet de noodzakelijkheid van de inspectie in twijfel trekken, noch gegevens uit het Commissiedossier verlangen. De beschikking van de Commissie kan uitsluitend door het GvEA EG op haar legitimiteit worden getoetst. Op grond van het arrest *Roquette Frères* (waar de rechterlijke toetsing aan bod komt) kan worden geconcludeerd dat de bij een verificatieprocedure van toepassing zijnde

14 Art. 21 lid 1 Verordening 1/2003.

15 De Commissie is gehouden de nationale rechter informatie te geven over het bestaan van aanwijzingen die een verificatie noodzakelijk maken. De inhoud van de aanwijzingen hoeft in het belang van het onderzoek niet aan de nationale rechter te worden voorgelegd.

regels *(checks & balances)* uit artikel 21 lid 3 Verordening 1/2003 zijn gebaseerd op het *Colas Est*-arrest van het EHRM.[16]

3.4.2 De NMa

3.4.2.1 Algemeen

De NMa is belast met de publiekrechtelijke handhaving van het *Nederlands* mededingingsrecht. Indien 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 bevelen, toezeggingen opleggen of vaststellen van niet-toepasselijkheid artikel 81 of 82 EG in het kader van het algemeen belang), is de NMa tevens bevoegd en belast met de handhaving van het *Europees* mededingingsrecht (artikel 5 en artikel 11 lid 6 van Verordening 1/2003, zie ook artikel 88 en artikel 89 Mw).

3.4.2.2 Beschikkingen en sancties van de NMa

Wanneer de NMa een inbreuk vaststelt op de mededingingsregels (de artikelen 6 of 24 Mw) kan zij op grond van artikel 56 Mw de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete opleggen, een last onder dwangsom opleggen (zie de artikelen 56-58 Mw) of een bindende aanwijzing tot naleving van de Mededingingswet opleggen. Een boete en een last onder dwangsom kunnen gelijktijdig worden opgelegd. De NMa beslist op grond van artikel 62 Mw bij beschikking omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom. Ingeval van overtreding van een bindende aanwijzing kan de NMa op grond van artikel 56 lid 5 Mw de natuurlijke of rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend alsnog een boete en/of een last onder dwangsom opleggen.

Een last onder dwangsom als bedoeld in artikel 56 lid 1 sub b Mw strekt ertoe de overtreding ongedaan te maken of verdere overtreding dan wel herhaling van de overtreding te voorkomen. Aan een last kunnen voorschriften worden verbonden inzake het verstrekken van gegevens aan de NMa. De last onder dwangsom kan op grond van artikel 58a Mw worden opgelegd in de vorm van een structurele maatregel als bedoeld in artikel 7 van Verordening 1/2003. De maatregel dient dan wel evenredig te zijn aan de gepleegde overtreding en noodzakelijk te zijn om aan de overtreding daadwerkelijk een einde te maken. Een structurele maatregel kan uitsluitend worden opgelegd indien

16 HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00 *(Roquette Frères)*, *Jur.* 2002, p. I-9011; EHRM 14 april 2002, nr. 37971/97 *(Colas Est)*. Zie over deze arresten nader Kranenborg 2003, p. 49-57 en Van Weert 2003, p. 21-25.

er niet een even effectieve maatregel ter correctie van de overtreding bestaat of indien een dergelijke maatregel voor de betrokken onderneming of ondernemersvereniging meer belastend zou zijn dan de structurele maatregel.

De NMa kan boetes opleggen tot een bedrag van maximaal 10% van de jaaromzet van de betrokken onderneming op grond van artikel 23 lid 2 Verordening 1/2003 (Europees mededingingsrecht) en de artikelen 56 en 57 Mw (Nederlands mededingingsrecht).[17] Indien 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 (Europees mededingingsrecht) 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 (Nederlands mededingingsrecht).

De NMa kan ook op grond van artikel 49a Mw een toezegging van een onderneming of ondernemersvereniging bindend verklaren. Op deze manier wordt voorkomen dat zal worden gehandeld in strijd met artikel 6 lid 1 Mw of artikel 24 lid 1 Mw. Tevens kan op deze manier bereikt worden dat het handelen in strijd met het kartelverbod en/of het verbod om misbruik te maken van een machtspositie, wordt gestaakt. Bij een overtreding van het toezeggingsbesluit (artikel 49a lid 4 Mw) kan de NMa op grond van artikel 67a Mw de natuurlijke persoon of de rechtspersoon aan wie de overtreding kan worden toegerekend een boete opleggen van ten hoogste € 450.000 of, indien het een onderneming of ondernemersvereniging betreft en indien dat meer is, van ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming, onderscheidenlijk van de gezamenlijke omzet van de ondernemingen die van de vereniging deel uit maken, in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

Op grond van de artikelen 83 tot en met 87 Mw kan de NMa in bepaalde situaties voorlopige maatregelen nemen. Zo kan de NMa op grond van artikel 83 Mw een voorlopige last onder dwangsom opleggen, indien naar haar

17 De in art. 56 lid 1 sub a Mw bedoelde boete bedraagt ten hoogste €450 000 of, indien het een onderneming of ondernemersvereniging betreft en indien dat meer is, ten hoogste 10% 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. Indien op grond van art. 56 lid 4 Mw toepassing is gegeven aan art. 51 lid 2 sub 2 van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt de boete ten hoogste €450.000. Op grond van art. 23 lid 2 Verordening 1/2003 is voor elke bij de inbreuk betrokken onderneming en ondernemersvereniging de geldboete niet groter dan 10% van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald. Indien de inbreuk van een vereniging betrekking heeft op de activiteiten van haar leden is de geldboete niet groter dan 10% van de som van de totale omzet van elk lid dat actief is op de markt die door de inbreuk van de vereniging wordt geraakt.

voorlopig oordeel aannemelijk is dat artikel 6 lid 1 Mw, artikel 24 lid 1 Mw of artikel 41 lid 1 Mw (het tot stand brengen van een concentratie zonder vergunning of mededeling) is overtreden, en onverwijlde spoed, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen ondernemingen of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, dat vereist.

De NMa maakt in de praktijk zeer terughoudend gebruik van de bevoegdheid tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom. In het systeem van de Mededingingswet is volgens de NMa de hoofdregel dat aan het opleggen van een sanctie een onderzoek voorafgaat dat uitmondt in een rapport. De mogelijkheid een voorlopige last onder dwangsom op te leggen is een uitzondering op deze hoofdregel voor gevallen waarin *prima facie* aannemelijk is dat er sprake is van een overtreding en, gelet op de belangen van de door de overtreding getroffen onderneming of het belang van instandhouding van een daadwerkelijke mededinging, naar het voorlopig oordeel van de NMa onverwijlde spoed tot ingrijpen noopt.[18] Bij onverwijlde spoed gaat het volgens de NMa om

> 'dermate ingrijpende onomkeerbare gevolgen voor de onderneming(en) jegens wie de (gestelde) overtreding wordt begaan, dat een onderzoek als bedoeld in artikel 59 Mededingingswet niet kan worden afgewacht. Dit doet zich met name voor wanneer de existentie van de klagende onderneming in het geding is.'[19]

Een voorlopige last verplicht de natuurlijke persoon of rechtspersoon, aan wie de overtreding voorshands kan worden toegerekend, tot het verrichten of nalaten van in die last omschreven feitelijke gedragingen of rechtshandelingen. Het feit dat de NMa in de praktijk zeer terughoudend gebruik maakt van de bevoegdheid tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom, betekent dat een beroep op de burgerlijke rechter in kort geding een voor de hand liggend alternatief is. Een groot nadeel van het kort geding is dat deze procedure minder geschikt is voor de ingewikkelde mededingingszaken (met name indien het gaat om niet-*hardcore* overtredingen). Zo is een kort geding niet de meest geschikte procedure voor het uitvoeren van een diepgravend feitenonderzoek dat nodig is voor het afbakenen van de relevante markt. Bij *hardcore* overtredingen is een diepgravend feitenonderzoek minder noodzakelijk en kan een kort geding sneller uitkomst bieden.

Op grond van artikel 88 Mw wordt de NMa aangemerkt als de mededingingsautoriteit voor Nederland in de zin van verordening 1/2003 (en als bevoegde autoriteit in de zin van verordening 139/2004) en oefent de krachtens de verordeningen op grond van artikel 83 EG bestaande bevoegdheid uit om

---

18 Zie NMa besluit 16 juni 2003, zaak 3049 *(ABC/Publieke omroep)*, overweging 32.

19 Zie bijvoorbeeld NMa besluit 26 juni 1996, zaak 89 *(NWI/PCM en De Telegraaf)*, overweging 3.2. Deze formulering wordt in veel besluiten aangaande een voorlopige last onder dwangsom gehanteerd.

de artikelen 81 EG en 82 EG toe te passen, alsmede de krachtens artikel 84 EG bestaande bevoegdheid om te beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsafspraken en over het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt.

De NMa beschikt op grond van artikel 5 Verordening 1/2003 bij de toepassing van het *Europees* mededingingsrecht over de bevoegdheid ambtshalve of naar aanleiding van een klacht een besluit te nemen de beëindiging van een inbreuk te bevelen, een voorlopige maatregel op te leggen, een toezegging te aanvaarden en geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig het Nederlands recht andere sancties op te leggen. Ingeval op grond van de inlichtingen waarover de NMa beschikt niet aan de voorwaarden voor een verbod is voldaan, kan de NMa ook beslissen dat er geen reden bestaat om op te treden.

De NMa kan op grond van artikel 5 Verordening 1/2003 en artikel 88 Mw een beschikking geven waarin wordt vastgesteld dat het verbod van artikel 81 EG of artikel 6 Mw niet van toepassing is. In de eerste plaats kan worden gedacht aan de situatie dat de gedraging niet valt onder artikel 81 lid 1 EG. In de tweede plaats kan worden gedacht aan de situatie dat de gedraging wel valt onder artikel 81 lid 1 EG, maar dat wordt voldaan aan de eisen van artikel 81 lid 3 EG. De NMa heeft op grond van de Mededingingswet echter geen bevoegdheid om een beschikking te geven waarin wordt vastgesteld dat artikel 6 Mw niet van toepassing is (zoals artikel 10 Verordening 1/2003). De Mw voorziet dan ook niet in een procedure voor de uitoefening van deze op grond van artikel 5 Verordening 1/2003 gebaseerde bevoegdheid. Wel heeft de NMa een bekendmaking gepubliceerd waarin wordt aangegeven onder welke voorwaarden zij bereid is een informele zienswijze te geven over de toepassing van artikel 6 Mw. In een civielrechtelijke procedure zal de bewijsrechtelijke waarde van een informele zienswijze afhangen van de formulering en motivering.[20] De NMa kan tevens de krachtens artikel 29 lid 2 Verordening 1/2003 bestaande bevoegdheid uitoefenen tot het buiten toepassing verklaren van een groepsvrijstelling.

3.4.2.3 Onderzoeksbevoegdheden

Op grond van artikel 1 sub k Mw wordt onder onderzoek verstaan 'de handelingen die worden verricht met het oog op de vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan'. Er dient dus sprake te zijn van een daadwerkelijk vermoeden van overtreding van het mededingingsrecht. Naast de fase van onderzoek kent de Mededingingswet de fase van toezicht. Het gaat in de fase van toezicht meer om de algemene controle op de naleving van de Mededingingswet. In de fase van toezicht hoeft nog geen sprake te zijn van handelingen

20 Vgl. Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 87.

die worden verricht met het oog op de concrete vaststelling dat al dan niet een overtreding is begaan.

In de fase van toezicht heeft de NMa als toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb de bevoegdheden die voortvloeien uit afdeling 5.2 Awb. In de fase van toezicht is de NMa op grond van artikel 5:15 Awb bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. De NMa verschaft zich zo nodig toegang met behulp van de sterke arm. De bevoegdheid van de NMa om (zonder betrokkenheid van een rechter-commissaris) plaatsen te betreden is niet hetzelfde als de bevoegdheid tot het *doorzoeken* van plaatsen en zaken. Met doorzoeken wordt bijvoorbeeld bedoeld het doorlezen van stukken zonder dat er aanwijzingen zijn dat deze mogelijk belastend materiaal vormen. Bij het doorzoeken wordt, anders dan met onderzoeken van plaatsen en zaken, op een strafrechtelijke bevoegdheid gedoeld waarbij een rechter-commissaris betrokken dient te zijn.

De NMa is op grond van artikel 5:16 Awb bevoegd inlichtingen te vorderen (in beginsel van eenieder, wel dient daarbij het evenredigheidsbeginsel ex artikel 5:13 Awb in acht te worden genomen). Op grond van artikel 5:17 Awb is de NMa bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (uitgezonderd de correspondentie tussen advocaat en onderneming ex artikel 51 Mw). Tevens is de NMa bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken.[21] Indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, is de NMa bevoegd de gegevens en bescheiden voor dat doel voor korte tijd mee te nemen (tegen een af te geven schriftelijk bewijs). Op grond van artikel 5:20 Awb is een ieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Op grond van artikel 69 Mw kan de NMa bij gebrek aan medewerking een boete opleggen (€ 450.000 of ingeval het een onderneming of ondernemersvereniging betreft ten hoogste 1% van de jaaromzet). Op grond van artikel 70 Mw kan de NMa een last onder dwangsom opleggen indien geen inzage wordt verleend in de zakelijke gegevens en bescheiden.

In de fase van onderzoek kan op grond van artikel 52 lid 2 Mw gebruik worden gemaakt van de bevoegdheden die zijn toegekend ter uitoefening van het toezicht, mits de beperkingen in acht worden genomen zoals genoemd

21 Zie de NMa digitale werkwijze 2007, *Stcrt.* 2007, nr. 243. De digitale werkwijze 2007 hanteert de NMa tijdens en na bedrijfsbezoeken waarbij de toezichthouder inzage vordert en kopieën maakt van digitale gegevens. Zo krijgt de onderneming direct na afloop van een bedrijfsbezoek de gelegenheid om aan te geven welke gegevens betrekking hebben op correspondentie tussen onderneming en advocaat en welke gegevens privé zijn. Deze gegevens mogen niet in het onderzoek betrokken worden. Ingeval de NMa tijdens een bedrijfsbezoek een forensische 'image' maakt (zoals een integrale kopie van een harde schijf), krijgt de onderneming de gelegenheid aan te geven welke gegevens niet binnen het doel van het onderzoek vallen.

in hoofdstuk 6, § 2 Mw. Zo bestaat er geen verplichting aan de zijde van die onderneming of ondernemersvereniging ter zake een verklaring af te leggen indien een redelijk vermoeden bestaat dat een bepaalde onderneming of ondernemersvereniging een overtreding heeft begaan. De betrokkenen worden hiervan in kennis gesteld voordat hun mondeling ter zake om informatie wordt gevraagd (de cautieplicht ex artikel 53 Mw). In lijn met de arresten *Orkem* en *Mannesmannröhren* (waarin de verhouding tussen de inlichtingenplicht en het *nemo tenetur*-beginsel werd behandeld) mag een toezichthouder wel vragen stellen van puur feitelijke aard zonder dat betrokkene zich kan beroepen op het zwijgrecht.[22]

Naast de bevoegdheden die zijn toegekend ter uitoefening van het toezicht, bestaan er in de onderzoeksfase extra bevoegdheden. Zo zijn de ambtenaren van de NMa bevoegd om bedrijfsruimten en voorwerpen te verzegelen (buiten kantooruren, van 18:00 uur tot en met 8:00 uur), voor zover dat voor de uitoefening van de in artikel 5:17 Awb bedoelde bevoegdheden redelijkerwijs noodzakelijk is. De ambtenaren van de NMa zijn ook bevoegd een woning zonder toestemming van de bewoner te betreden en te doorzoeken, voor zover dat voor de uitoefening van het recht op inzage van zakelijke gegevens en bescheiden ex artikel 5:17 Awb redelijkerwijs noodzakelijk is. De bevoegdheden worden zo nodig uitgeoefend met behulp van de sterke arm. Voor het betreden of het doorzoeken van een woning is op grond van artikel 55a lid 1 Mw een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris, belast met de behandeling van strafzaken bij de rechtbank Rotterdam. De machtiging kan bij wijze van voorzorgsmaatregel worden gevraagd (artikel 55a lid 1 Mw) en dient met redenen te zijn omkleed (artikel 55b lid 1 Mw).

3.5 Het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) en het Hof van Justitie (HvJ EG)

De geldigheid van een beschikking van de Commissie kan worden betwist bij het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG).[23] Daarnaast staat ex artikel 225 lid 1 EG een tot rechtsvragen beperkte hogere voorziening open bij het Hof

22 HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87 *(Orkem)*, *Jur.* 1989, p. 3283; GvEA EG 20 februari 2001, zaak T-112/98 *(Mannesmannröhren-Werke AG)*, *Jur.* 2001, p. II-729.

23 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. Zie voor een nadere bespreking ook Hartley 2007, p. 50 e.v.

van Justitie (HvJ EG).[24] 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.[25]

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.[26] Indien het beroep gegrond is, wordt de betwiste handeling door het GvEA EG of het HvJ EG nietig verklaard (artikel 231 EG).[27]

3.6 De Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB)

Voor beroepen tegen besluiten op grond van de Mededingingswet bepaalt 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 (CBB) is op grond van artikel 20 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie bevoegd kennis te nemen van het hoger beroep tegen een uitspraak

---

24 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 art. 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 (art. 230, 231 EG), een *beroep wegens nalaten* bij verzuim van EG-instellingen (art. 232 EG), een *beroep tot schadevergoeding* strekkende tot vergoeding van schade wegens onrechtmatig handelen van een gemeenschapsinstelling (art. 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 (art. 238 EG) en *beroepen van ambtenaren* bij geschillen tussen de Gemeenschap en haar ambtenaren en andere personeelsleden (art. 236 EG).

25 Voor de hoogste rechter bestaat er op grond van art. 234 en art. 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 art. 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, *NJ* 2004, 160 m.nt. MRM.

26 Zie over deze criteria in het kader van de verlening van onrechtmatige staatssteun ook Adriaanse 2006, p. 128 e.v.

27 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.

van de Rechtbank Rotterdam. Cassatieberoep tegen de uitspraak van het CBB is niet mogelijk.

Voor wat betreft de nationale procedure dient degene aan wie op grond van artikel 8:1 lid 1 Awb het recht wordt toegekend beroep in te stellen, op grond van artikel 7:1 lid 1 Awb eerst bezwaar te maken bij het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heeft genomen. Een besluit is volgens artikel 1:3 lid 1 Awb een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Ingevolge artikel 8:1 lid 1 Awb jo artikel 93 lid 1 Mw kan een belanghebbende tegen besluiten op grond van de Mededingingswet beroep instellen bij de rechtbank Rotterdam. Een nieuw aan artikel 93 Mw toegevoegd derde lid bepaalt dat een belanghebbende rechtstreeks beroep bij de Rechtbank Rotterdam kan instellen voor andere besluiten dan die waarvoor op grond van artikel 37 lid 1 en artikel 44 lid 1 Mw uitsluitend beroep en geen bezwaar openstaat. Een nieuw aan artikel 93 Mw toegevoegd vierde lid bepaalt dat de Rechtbank Rotterdam de NMa van een dergelijk beroep onverwijld in kennis zal stellen. De NMa kan binnen acht weken na een dergelijke kennisgeving de Rechtbank Rotterdam verzoeken het beroepschrift als bezwaarschrift te mogen behandelen in welk geval de NMa het beroepschrift zal behandelen als bezwaarschrift.[28]

3.7 De indiening van een klacht bij de NMa

3.7.1 Inleiding

Natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen bij de NMa klachten indienen over handelen in strijd met de Mededingingswet. De Mededingingswet noch de Algemene wet bestuursrecht hebben voorzien in een speciale klachtprocedure. Een ieder kan een klacht indienen bij de NMa en aan de NMa verzoeken een besluit te nemen, ook personen die een belang hebben dat niet rechtstreeks bij een besluit is betrokken.[29] De aanvraag tot het geven van een beschikking dient volgens artikel 4:1 Awb schriftelijk te worden ingediend. Een klacht door een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb kan worden gezien als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb (een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen) aan de NMa tot uitoefening van de bevoegdheden die haar op grond van de Mw toekomen.[30]

---

28 Voor de Mededingingswet heeft de facultatieve regeling van het per 1 september 2004 in werking getreden art. 7:1a Awb geen werking. Art. 7:1a Awb bepaalt dat een belanghebbende die tegen een besluit in beroep wil gaan, het bestuursorgaan in het bezwaarschrift kan verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep op de bestuursrechter.

29 Zie nader Van den Tweel 2001, p. 172-179; Van der Meulen 2001, p. 13-32. Zie ook Korsten 2004, nr. 11.8, p. 308. Korsten wijst op het feit dat een vergelijking kan worden gemaakt met het recht van petitie zoals neergelegd in art. 5 van de Grondwet.

30 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 78.

Ingeval een niet-belanghebbende een klacht indient, wordt niet gesproken van een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb, maar van een verzoek. Een klacht van een niet-belanghebbende (een verzoek) kan er toe leiden dat de NMa aanleiding ziet ambtshalve een onderzoek in te stellen. In deze fase blijft een beoordeling of de klager belanghebbende is meestal achterwege. In de bezwaar- of beroepfase speelt het feit of klager al dan niet belanghebbende is uiteraard weer wel een grote rol. Wordt het verzoek van een niet-belanghebbende om een besluit te nemen door de NMa afgewezen, dan levert die afwijzing geen besluit op. De afwijzing is dan ook niet vatbaar voor bezwaar of beroep.[31] De NMa en de bestuursrechter kunnen de klachten van niet-belanghebbenden op eenvoudige wijze afdoen door de klachten (inclusief het eventuele bezwaar en beroep) niet-ontvankelijk te verklaren.

3.7.2 Belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb

3.7.2.1 Algemeen

Alleen belanghebbenden kunnen op grond van artikel 7:1 Awb bezwaar en beroep aantekenen tegen besluiten van de NMa. Het zijn van belanghebbende is in het systeem van de Awb een noodzakelijke voorwaarde voor het betrokken kunnen zijn bij de besluitvorming (zie bijvoorbeeld de artikelen 4:8 en 7:2 Awb), het kunnen maken van bezwaar (artikel 7:1 Awb) en het kunnen instellen van beroep bij de bestuursrechter (artikel 8:1 Awb).[32] Onder belanghebbende wordt op grond van artikel 1:2 lid 1 Awb verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Ten aanzien van rechtspersonen worden op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Een klagerrechtspersoon moet rechtstreeks worden getroffen in de algemene en collectieve belangen die hij krachtens zijn doelstellingen (zie de statuten) en feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigt.[33]

Belanghebbenden zijn te onderscheiden in direct belanghebbenden en derde-belanghebbenden. Zo zijn de aanvrager van een besluit en de adressaat van een ongevraagd besluit direct belanghebbenden en is degene die rechtstreeks in zijn belang is getroffen door een tot een ander gericht besluit derdebelanghebbende.

---

31 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 78.

32 Zie bijvoorbeeld Korsten 2004, nr. 11.3.1, p. 278.

33 De statuten van een rechtspersoon kunnen nog tijdens de bezwaarfase worden veranderd. Zie Rb. Rotterdam 26 augustus 2005, *LJN* AV2395 *(SHIVA/raad van bestuur NMa)*; CBB 20 februari 2004, *LJN* AO5968 *(SHIVA/d-g NMa)*. Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 190.

De NMa zal een klacht van een belanghebbende zien als een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 3 Awb, waaronder wordt verstaan een verzoek van een belanghebbende een besluit te nemen (meer specifiek het verzoek om een sanctiebesluit te nemen ex artikel 56 Mw).[34] De NMa zal op de klacht van een belanghebbende in beginsel een inhoudelijk besluit moeten nemen. De NMa beschikt zowel bij het nemen van de beslissing een klacht al dan niet in behandeling te nemen, als bij het maken van de afweging welke prioriteiten daarbij worden gesteld, over de nodige discretionaire ruimte.[35]

Concurrenten zullen als belanghebbende een beroep op de Mededingingswet kunnen doen. Het gaat in het mededingingsrecht echter niet alleen om de strijd tussen aanbieders maar ook om de verhouding tussen aanbieders en afnemers. De vraag is in hoeverre gedupeerde consumenten als belanghebbende kunnen worden gezien. Op dit vlak bestond een lacune in de Mededingingswet. Het bestuursprocesrecht werpt aanzienlijke drempels op voor de individuele consument om een inhoudelijk oordeel over zijn klacht te krijgen.[36] Afnemers moeten belanghebbende zijn om een beroep op de Mededingingswet te kunnen doen en aan dat criterium zullen vooral consumenten van eindproducten niet voldoen.[37]

In mededingingsrechtelijke zaken is de interpretatie van het belanghebbende-begrip door de afdeling bestuursrechtspraak van de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven van belang. Aan het begrip belanghebbende kwam tot voor kort geen bijzondere betekenis toe in de Mededingingswet.[38] Gedupeerde consumenten zijn niet automatisch belanghebbende in de zin van de Awb. Een direct betrokken, bestaand belang is voldoende voor het verkrijgen van de kwalificatie belanghebbende. Dit houdt in dat de belanghebbende een actueel en persoonlijk, geïndividualiseerd belang moet hebben dat objectief bepaalbaar is en dat rechtstreeks bij een besluit is betrokken.[39] Deze criteria worden op basis van de parlementaire geschiedenis gehanteerd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[40]

---

34 Zie Korsten 2004, nr. 11.8, p. 309. Zie ook Rb. Rotterdam 11 september 2002, *LJN* AF0065 *(Vodofone Libertel en Unipart Group Ltd/d-g NMa)*.

35 Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 47 en p. 90. Zie verder bijvoorbeeld NMa besluit 15 februari 2001 in zaak 2039 en zaak 2040 *(EuroNet Internet BV/KPN Telecom BV)*.

36 De Poorter & Peters 2002, p. 62-67.

37 Zie ook het SER Advies nr. 03/06: Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, hoofdstuk 6.

38 Zie over het begrip belanghebbende in de context van het mededingingsrecht De Poorter 2000, p. 36-40; Van Angeren & Polak 2000, p. 139.

39 Zie over het belanghebbende-begrip Boxum 1990, p. 340 e.v.; Vermeulen 2001, p. 232 e.v.; De Poorter 2003; Schlössels 2004; Adriaanse 2006, p. 245-253.

40 Schlössels 2004, p. 44.

3.7.2.2 Rechtstreeks betrokken belang

Uit artikel 1:2 lid 1 Awb blijkt dat onder belanghebbende wordt verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Met rechtstreeks betrokken belang worden in ieder geval bedoeld degenen die geadresseerden van het besluit zijn. Is om een besluit verzocht door een niet-belanghebbende (bijvoorbeeld de aanvraag van een willekeurige consument bij de NMa tot het opleggen van een boete aan een bepaalde onderneming), dan is de verzoeker ook niet-belanghebbende bij de beslissing op dat verzoek.[41] Een afwijzende beslissing (van de NMa) is in dat geval uiteraard geen besluit (aangenomen dat er niet tevens wel-belanghebbenden zijn die om hetzelfde besluit hebben verzocht).[42] Bij een positief besluit is de niet-belanghebbende niet een belanghebbende geworden omdat het besluit op zijn verzoek genomen is.[43]

Wordt men in zijn of haar rechtspositie geraakt door het besluit dan is men in beginsel belanghebbende. De invloed van het besluit op het belang van anderen dan de geadresseerden mag niet in een te ver verwijderd verband staan. Er dient voldaan te zijn aan de eis dat voldoende causaal verband bestaat tussen de gevolgen van het besluit en het geraakt worden door dat besluit in een persoonlijk belang.[44] Belangen waarop een beroep wordt gedaan moeten door het besluit zelf geraakt worden.[45]

3.7.2.3 Eigen belang dat objectief bepaalbaar is

Volgens de rechtspraak moet er voor het zijn van belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb tevens sprake zijn van een eigen belang dat objectief bepaalbaar is. Het is niet de bedoeling dat men kan opkomen voor het belang van een ander. Dat kan alleen ingeval wordt opgetreden als vertegenwoordiger (gemachtigde) van die ander. Vertegenwoordiging is in de Awb geregeld in de artikelen 2:1 en 8:24 Awb.

Voor het eigen belang van een rechtspersoon gelden dezelfde eisen als voor het eigen belang van een natuurlijk persoon. Rechtspersonen kunnen echter onder omstandigheden opkomen voor algemene en collectieve belangen. De algemene en collectieve belangen die rechtspersonen krachtens hun (statutaire) doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen, behoren op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb mede tot de belangen van de rechtspersonen die bij een besluit betrokken kunnen zijn. Bij algemene belangen gaat het meestal om specifieke ideële belangen.[46] Bij collectieve

41 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 71.
42 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 71.
43 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 71.
44 Zie bijvoorbeeld Korsten 2004, nr. 11.3.1, p. 279.
45 Zie over de belanghebbende en de mededingingswet onder meer De Poorter 2000, p. 36-40; Van Angeren & Polak 2000, p. 139.
46 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 75.

belangen zijn belangen van groepen natuurlijke personen of rechtspersonen betrokken. Bij een rechtspersoon (vereniging) hoeft het niet per definitie om de belangen van alle leden te gaan, maar dient het wel te gaan om de belangen van een substantieel aantal leden van de vereniging.[47] Is dat niet het geval dan zal de rechtspersoon ex artikel 2:1 Awb door de betrokken personen moeten worden gemachtigd om als vertegenwoordiger op te treden.[48]

Met objectief bepaalbaar wordt bedoeld dat een belang aannemelijk moet zijn. Heel persoonlijke subjectieve opvattingen van iemand kunnen niet gelden als een rechtens te beschermen belang.[49] Een subjectieve beleving van een belang (belang dat alleen bestaat in iemands persoonlijke belevingswereld) is dus niet voldoende.[50]

3.7.2.4 Actueel belang

Voor het zijn van belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb moet het gaan om een actueel belang. Het belang moet bestaand zijn en in het heden liggen. De enkele vrees voor toekomstige ontwikkelingen is geen voldoende actueel belang. Toekomstige belangen (of afgeleide belangen) die zullen ontstaan omdat iemand misschien iets gaat doen zijn niet voldoende.[51]

3.7.2.5 Persoonlijk geïndividualiseerd belang

Om belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb te zijn moet er een persoonlijk geïndividualiseerd belang aanwezig zijn. Met persoonlijk geïndividualiseerd belang wordt bedoeld dat het moet gaan om een eigen belang waarmee men zich onderscheidt ten opzichte van willekeurige anderen. In de Memorie van Toelichting bij artikel 1:2 Awb staat dat

> 'ook een persoon van wie gezegd kan worden dat hij enig belang heeft, doch die zich op dat punt niet onderscheidt van grote aantallen anderen, niet [kan] worden beschouwd als een persoon met een rechtstreeks betrokken belang'.[52]

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven geeft aan het criterium van voldoende persoonlijk belang de volgende betekenis:

---

47 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 76.
48 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 76.
49 Dat impliceert overigens niet dat psychische belangen geen belangen kunnen vormen die toegang geven tot de rechter. Zie Ten Berge 1997, p. 85; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 69.
50 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 69.
51 Van Wijk/Konijnenbelt &Van Male 2005, p. 69.
52 Zie *Parl. Gesch. Awb I*, p. 148.

> 'Met het stellen van het vereiste van het zijn van belanghebbende is door de wetgever een begrenzing beoogd van de kring van degenen die tegen een besluit beroep kunnen instellen. (…) Het is niet de bedoeling van de wetgever geweest beroep open te stellen voor een ieder. Er zal dan ook sprake moeten zijn van een specifiek, individueel belang van betrokkene, dat door het besluit wordt geraakt en waardoor de positie van de betrokkene zich onderscheidt van die van willekeurig iedere andere elektriciteitsafnemer.'[53]

De gedupeerde consument die schade lijdt of heeft geleden als gevolg van een mededingingsinbreuk loopt veelal tegen de beperkende voorwaarde aan dat er sprake moet zijn van een bijzonder persoonlijk belang. Dit is een criterium dat als gevolg heeft dat consumenten vaak niet als belanghebbende worden aangemerkt nu men door het besluit directer dient te worden geraakt dan anderen die een vergelijkbare positie innemen ten opzichte van het besluit.[54] Men maakt veelal deel uit van een groep afnemers en het eigen belang van de individuele consument kan niet goed worden onderscheiden van het belang van de groep als geheel.[55] Het eigen belang wordt in dat geval als onvoldoende kenmerkend of individualiseerbaar beschouwd.[56] Concurrentie-

53 Zie CBB 4 november 1998, nrs. Awb 97/681, 97/682 en 97/683.

54 Van den Tweel 2001, p. 172-179.

55 SER advies 03/06: Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, p. 91.

56 Een voorbeeld hiervan is de zaak *Essers/NV Telekabel*. Zie NMa besluit op bezwaar 13 april 1999, zaak 130 *(Essers/NV Telekabel)*. In deze zaak diende een abonnee een klacht in tegen een aantal tariefverhogingen van een kabelbedrijf wegens misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw). De NMa kwam tot het oordeel dat de klacht niet-ontvankelijk was omdat de klager een onvoldoende persoonlijk belang had. De betreffende tarieven golden voor de hele gemeente waardoor het belang van de klager zich onvoldoende onderscheidde van de belangen van andere in deze gemeente aangesloten abonnees. Zie ook het SER advies 03/06: Evaluatie en aanpassing Mededingingswet, p. 91. Uit diverse NMa-besluiten is inmiddels duidelijk dat hetzelfde geldt voor klanten van de supermarkt (NMa besluit 26 mei 1998, zaak 377 *(Bonuskaart Albert Heijn)*), gebruikers van postbussen (NMa besluit 11 november 1998, zaak 13 *(Klagers/PTT Post)*) en de reizigers op een bepaalde vliegroute (NMa besluit 8 november 2000, zaak 906 *(Swart/KLM)*). Ook een klant die postzegels niet kon betalen met een pinpas of chippas van een andere bank dan de Postbank onderscheidt zich noch van grote aantallen anderen die postzegels kopen bij de Postbank noch van anderen die postzegels kopen en geen rekening hebben bij de Postbank (NMa besluit op bezwaar 9 september 2003, zaak 3444 *(Halbertsma)*). Zie voorts bijvoorbeeld NMa, besluit op zaak 5035 (NMa besluit 28 juni 2005, zaak 5035 *(Nijhof/ABN AMRO)*). Uit de situatie van de heer Nijhof blijkt dat hij als passagier op de luchthaven Schiphol die gebruik maakt (dan wel moet maken) van de diensten van de zich op de luchthaven bevindende vestiging van ABN AMRO omdat geen andere bankvestigingen aldaar aanwezig zijn, wellicht (enig) belang heeft bij meer en vooral andere bankvestigingen op genoemde luchthaven, maar daarin onderscheidt hij zich niet van een willekeurig andere passagier die op de luchthaven Schiphol gebruik maakt (dan wel moet maken) van de diensten van ABN AMRO; NMa besluit op bezwaar 17 december 2003, zaak 3274 *(LTO Nederland)*. De Bezwaarmaker is in *LTO Nederland* als melkveehouder geen belanghebbende bij het bestreden besluit omdat geen sprake is van een belang dat zich in rechtens relevante mate onderscheidt van andere melkveehouders; NMa besluit op bezwaar 7 november 2002, zaak 3051 *(Scheepsbouwkundig Advies en RekenCentrum SARC/ABN-AMRO)*. De belangen van SARC

belangen die in het geding zijn maken concurrenten van schenders van het mededingingsrecht vaak wel belanghebbende in de zin van de Awb.[57] Bij concurrenten wordt dan ook vaak voldaan aan de eis van een persoonlijk geïndividualiseerd belang.

Anders dan in het burgerlijk recht geldt geen relativiteitseis *(Schutznorm)* zoals is neergelegd in artikel 6:163 BW. De vraag of de regeling waarop het besluit is gebaseerd tot doel heeft de belangen van de eiser te beschermen, is dus in beginsel niet relevant. De belangen waarin de aanvrager beschermd wil worden, behoeven geen deel uit te maken van de belangen die bij de voorbereiding van het desbetreffende besluit moeten worden afgewogen.[58] De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die in een persoonlijk belang wordt getroffen zal in beginsel ontvankelijk zijn indien de gelaedeerde vraagt een last onder dwangsom op te leggen die ertoe strekt de overtreding te beëindigen. De ontvankelijkheid van de gelaedeerde zal echter ontbreken bij de aanvraag tot het opleggen van een boete, nu de aanvrager door het opleggen van een boete niet in zijn belang wordt getroffen.

3.7.3 Prioriteringsbeleid van de NMa

De NMa hanteert een stringent prioriteringsbeleid. Het aantal meldingen (klachten, tips en signalen) dat de NMa ontvangt is vele malen groter dan de NMa kan onderzoeken. Als gevolg daarvan kan de NMa niet naar aanleiding van elke klacht een volledig onderzoek verrichten. Bij het maken van de afweging welke meldingen wel en welke meldingen niet worden onderzocht, hanteert de NMa zoals gezegd een prioriteringsbeleid. Met behulp van dit prioriteringsbeleid worden van de vele klachten slechts enkele klachten inhoudelijk behandeld.[59] De gedupeerde consument of concurrent die wil afdwingen dat de NMa zal optreden tegen een schending van de mededingingsregels krijgt dus niet automatisch zijn zin als hij wordt gekwalificeerd als belanghebbende. De NMa is wel verplicht een verzoek om een onderzoek naar een mogelijke inbreuk afdoende te onderzoeken en een afwijzing afdoende te motiveren.[60] De NMa kijkt naar:

- het economisch belang;
- het consumentenbelang;
- de ernst van de overtreding;
- doelmatigheid en doeltreffendheid van het optreden van de NMa.

---

onderscheiden zich niet in voldoende mate van de belangen van de vele andere personen die van de effectendienstverlening van de banken gebruik maken.

57 Vgl. Van Wijk/Konijnenbelt &Van Male 2005, p. 69-70.

58 Zie Korsten 2004, nr. 11.3.1, p. 280.

59 Zie voor nadere gegevens de jaarverslagen van de NMa.

60 Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 190. Zie bijvoorbeeld CBB 22 maart 2007, *LJN* BA2598 *(VVV/NMa)*.

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht biedt voor de gedupeerde consument of concurrent een mogelijkheid de handhaving van de mededingingsregels alsnog af te dwingen. Of de NMa de zaak wel of niet prioriteit geeft, doet bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet ter zake. Uiteraard biedt het wel bewijsvoordelen als kan worden meegelift op een uitspraak van een mededingingsautoriteit.

3.8 De indiening van een klacht bij de Europese Commissie

3.8.1 Algemeen

Natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen, zoals reeds bleek in § 1.7.2 over het verschil tussen private handhaving of privaatrechtelijke handhaving, een klacht indienen bij de Europese Commissie over een inbreuk op het kartelverbod of het misbruik maken van een machtspositie. Als voorwaarde geldt dat de gedupeerde consument of concurrent in het Europees recht een aantoonbaar rechtmatig belang moet hebben in de zin van artikel 7 lid 2 Verordening 1/2003 en artikel 5 lid 1 Verordening 773/2004.[61] Op grond van artikel 5 lid 2 Verordening 773/2004 dient de klacht de gegevens te bevatten zoals wordt verlangd in formulier C van de bijlage van Verordening 773/2004. Dit formulier C is ook bijgevoegd bij de 'Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG'.[62]

Indien de Commissie niet van plan is om handhavend op te treden naar aanleiding van de klacht van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een rechtmatig belang heeft, dient de Commissie een beargumenteerd besluit te nemen waarin de klacht wordt afgewezen.[63] Tegen deze beschikking kan beroep worden aangetekend bij het GvEA EG.[64] Uiteraard heeft de Commissie het recht prioriteiten te stellen en een klacht af te doen wegens het ontbreken van voldoende gemeenschapsbelangen. Op grond van artikel 13 Verordening 1/2003 kan de Commissie klachten afwijzen ingeval deze reeds worden behandeld of zijn behandeld door een nationale mededingingsautoriteit. Zie over deze verhouding ook de 'Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG'.[65] In de Mededeling van de Commissie wordt aan het einde ook gewezen op de mogelijkheid om als informant anoniem te klagen (§ 80).

---

61 Zie bijvoorbeeld Jones & Sufrin 2004, p. 1177; Nazzini 2004, p. 44, § 3.09-3.10.

62 Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG, *PbEU* 2004, C 101/65.

63 Art. 7 Verordening 772/2004.

64 GvEA EG 18 september 1992, zaak T-24/90 *(Automec II)*, *Jur.* 1992, p. II-2223.

65 Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG, *PbEU* 2004, C 101/65.

Onder Verordening 17/62 werd in artikel 3 lid 2 nog gesproken van een redelijk belang. Artikel 7 lid 2 van Verordening 1/2003 bepaalt dat natuurlijke personen en rechtspersonen die een rechtmatig belang kunnen aantonen, gerechtigd zijn tot het indienen van een klacht in de zin van artikel 7 lid 1 Verordening 1/2003. Naast de natuurlijke personen en rechtspersonen die gerechtigd zijn tot het indienen van een klacht ingeval zij een rechtmatig belang kunnen aantonen, zijn ook de lidstaten gerechtigd tot het indienen van een klacht in de zin van artikel 7 lid 1 Verordening 1/2003.

De klager kan ingeval de Commissie niet op klachten reageert of zeer laat reageert in het uiterste geval een procedure wegens nalaten instellen op grond van artikel 232 EG. Het GvEA EG zal dan de Commissie eventueel kunnen veroordelen tot het nemen van een beslissing. Uiteraard bestaat voor de Commissie dan de mogelijkheid om alsnog (gemotiveerd) tot het oordeel te komen dat de zaak geen communautair belang heeft zodat de klacht wordt afgewezen.

3.8.2 Rechtmatig belang in het Europees recht

De vraag is nu wat moet worden verstaan onder het begrip 'rechtmatig belang' in de zin van artikel 7 lid 2 Verordening 1/2003 en artikel 5 lid 1 Verordening 773/2004. De jurisprudentie over deze vraag is beperkt.[66] Het moet gaan om een belang dat individueel en rechtstreeks is. Verschilt het Europese begrip 'rechtmatig belang' van het Nederlandse begrip 'belanghebbende' zoals neergelegd in artikel 1:2 lid 1 Awb? De meningen zijn hier over verdeeld.[67] In ieder geval kan niet gezegd worden dat de Commissie per definitie een ruimer begrip hanteert dan het Nederlandse begrip 'belanghebbende'.[68]

Indien wordt gekeken vanuit het perspectief van consumentenorganisaties (§ 3.9.3 en § 3.9.4) heeft de consument bij de Commissie zelfs minder kans op een inhoudelijke beoordeling dan bij de NMa.[69] De mogelijkheden voor consumentenorganisaties zijn bij de Commissie namelijk beperkter dan bij de NMa. Belangenorganisatie zijn in het Europese recht niet ontvankelijk als de leden van die vereniging niet individueel worden geraakt en het gewraakte gedrag de belangen van die leden niet kan schaden (het feit dat de belangen-

66 Van den Tweel 2001, p. 172-179.

67 Zie ook Slot e.a. 2002, p. 71.

68 Vgl. Van den Tweel 2001, p. 172-179. In het Eindrapport Evaluatie Mededingingswet wordt geconcludeerd dat de meningen over de vraag of het Europees begrip 'rechtmatig belang' enger wordt uitgelegd dan het begrip 'belanghebbende' in het Nederlands bestuursrecht verdeeld zijn. Zie Slot e.a. 2002, p. 71.

69 Van den Tweel 2001, p. 174, 179.

organisatie wel gerechtigd is de belangen van haar leden te vertegenwoordigen verandert hier uiteraard niets aan).[70]

Individuele consumenten wier economische belangen rechtstreeks worden geschaad omdat zij de kopers zijn van goederen of diensten die het voorwerp zijn van een inbreuk, kunnen mogelijk wel een rechtmatig belang aantonen. Zie het arrest *Österreichische Postsparkasse*.[71] De Commissie beschouwt evenwel het belang van personen of organisaties die redenen van algemeen belang aanvoeren zonder aan te tonen dat zij of hun leden rechtstreeks door de inbreuk dreigen te worden benadeeld, niet als een rechtmatig belang in de zin van artikel 7 lid 2 Verordening 1/2003.

Zie voor de opvattingen van de Commissie over het begrip belanghebbende de paragrafen 33 tot en met 40 van de 'Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG'.[72]

3.9 Oprichting van een rechtspersoon ter behartiging van de consumentenbelangen

3.9.1 Rechtspersoon als belanghebbende bij de NMa

Consumenten hebben vaak geen bijzonder persoonlijk belang en zijn vaak niet rechtstreeks getroffen door het besluit. Gevolg is dat consumenten niet als belanghebbende worden gezien en dus niet ontvankelijk zijn. Dit probleem kan worden opgelost door de oprichting van een stichting of vereniging waarbij de statutaire doelstelling is gericht op het behartigen van de desbetreffende consumentenbelangen. Artikel 1:2 lid 3 Awb bepaalt namelijk dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doekstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen. Daarbij moet worden aangetekend dat de doelstelling gericht moet zijn op een bepaald consumentenbelang. Het is in beginsel dus niet voldoende dat de stichting of vereniging de belangen van consumenten in het algemeen behartigt. Zo is de doelstelling van de Consumentenbond te ruim in verhouding tot eventuele mededingingsrechtelijke belangen waarvoor de Consumentenbond kan opkomen. De doelstelling van de Consumentenbond is namelijk 'als onafhankelijke organisatie (…) de belangen van de consumenten in het algemeen en van de leden van de bond in het bijzonder in Nederland te behartigen'. De Consu-

70 GvEA EG 24 januari 1995, zaak T-114/92 *(BEMIM)*, *Jur.* 1995, p. II-147, r.o. 28. Zie hierover ook Slot e.a. 2002, p. 70; Van den Tweel 2001, p. 174. Zie ook het SER-advies nr. 03/06: *Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, p. 90.

71 GvEA EG 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01 *(Österreichische Postsparkasse)*, *Jur.* 2006, p. II-1601.

72 Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG, *PbEU* 2004, C 101/65. De Commissie is gebonden aan haar eigen Mededeling.

mentenbond heeft in de benzinezaak expliciet een verzoek ingediend bij de NMa om als belanghebbende te kunnen worden gehoord. Dit verzoek is door de NMa afgewezen.[73] De statutaire doelstelling van de Consumentenbond voldeed namelijk niet aan de eis van artikel 1:2 lid 3 Awb, nu de doelstelling te ruim was in verhouding tot het belang dat de Consumentenbond in deze zaak verdedigde. In de zaak *Essers/NV Telekabel* kwam de NMa echter tot het oordeel dat de consumentenbond wel als belanghebbende kan worden aangemerkt.[74] Een merkwaardig verschil. Spontaan georganiseerde actiegroepen worden door de NMa ook niet als belanghebbende aangemerkt.[75]

3.9.2 Vijf voorwaarden voor een organisatie om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt

In § 3.7.2 kwam reeds naar voren aan welke eisen dient te zijn voldaan om te kunnen spreken van een belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb. In de onderhavige paragraaf ga ik nader in op de voorwaarden om als organisatie als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt. Uit artikel 1:2 lid 1 en lid 3 Awb kan worden afgeleid dat een organisatie aan vijf voorwaarden moet voldoen om als belanghebbende te kunnen worden aangemerkt.

In de eerste plaats moet de betreffende organisatie in beginsel een rechtspersoon zijn. Het meest voor de hand ligt de vereniging of stichting. Buitenlandse rechtspersonen kunnen ook als belangenorganisaties optreden. Naast individuele natuurlijke personen en rechtspersonen kunnen echter ook entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid belanghebbende zijn, gelet op het gebruik van het woord *degene* in artikel 1:2 lid 1 Awb. Schlössels wijst daarbij op het feit dat die kans klein is gezien het vereiste van een eigen, persoonlijk belang.[76]

In de tweede plaats dient de rechtspersoon algemene of collectieve belangen te behartigen. Dit is niet hetzelfde als het behartigen van gebundelde belangen of het behartigen van individuele leden.[77]

In de derde plaats dient de behartiging van genoemde belangen te blijken uit de doelstellingen van de rechtspersoon en uit de feitelijke werkzaamheden. De doelstelling zal bij een vereniging of stichting veelal blijken uit de statuten.

---

73 Zie de brief van de NMa aan de Consumentenbond d.d. 15 juli 2002.

74 Zie NMa besluit op bezwaar 13 april 1999, zaak 130 *(Essers/NV Telekabel)*.

75 Zie bijvoorbeeld het besluit van de NMa tot afwijzing van verzoeken om toepassing van art. 24 van de Mededingingswet op grond van het feit dat verzoekers geen van allen belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb zijn en derhalve hun verzoeken niet als aanvraag in de zin van art. 1: 3, derde lid, Awb zijn aan te merken. Zie NMa besluit 15 december 1999, zaak 1380 (*D.K. Aanen, P.F.C. Jansen en Comité DEZE "keuzevrijheid": NEE!!/N.V. Casema)*. Zie ook Glazener, Jansen & Evans 2000, p. 371, voetnoot 87.

76 Schlössels 2004, p. 107.

77 Zie voor de relevante jurisprudentie Schlössels 2004, p. 115 e.v.

Bij het ontbreken van formele doelstellingen zou kunnen worden volstaan met feitelijke werkzaamheden van de rechtspersoon die kunnen worden ondersteund met notulen etc.[78] Louter feitelijke werkzaamheden zullen waarschijnlijk niet voldoende zijn om van een bestendige doelstelling te kunnen spreken.

In de vierde plaats moet de rechtspersoon op grond van artikel 1:2 lid 3 Awb de aangevoerde algemene of collectieve belangen 'in het bijzonder' behartigen. Deze eis hangt samen met het beginsel van de representativiteit, dat vereist dat de doelstelling van een organisatie voldoende representatief moet zijn voor het belang in kwestie. Reeds uit de doelstelling van de rechtspersoon moet kunnen worden afgeleid dat de organisatie zich het belang in kwestie zou kunnen aantrekken.[79]

In de vijfde plaats moet het aangevoerde belang rechtstreeks bij het bestreden besluit zijn betrokken, gelet op de samenhang tussen het derde en het eerste lid van artikel 1:2 Awb.

3.9.3 Consumentenorganisaties als belanghebbende bij de NMa

Hoewel de beperking van het beroepsrecht als gevolg van de eisen die gesteld worden aan het zijn van belanghebbende in het bestuursrecht al lange tijd onderhevig is aan kritiek, is er lange tijd niets aan gedaan.[80] Gevolg was dat de toegang tot de bestuursrechter voor consumenten op ontoelaatbare wijze werd beperkt door enerzijds in individuele gevallen het belanghebbende-begrip restrictief uit te leggen en anderzijds door een beperking van het beroepsrecht voor belangenorganisaties.[81]

Het kabinet heeft lange tijd een verruiming van het begrip belanghebbende (bijvoorbeeld door het in de Mededingingswet laten vervallen van het criterium 'bijzonder persoonlijk belang') van de hand gewezen, met een beroep op de lagere effectiviteit van het toezicht als gevolg van de verwachte toename van het aantal klachten. De toename van het aantal klachten zal leiden tot ongewenste congestie en daardoor een lagere effectiviteit van het toezicht.[82] Er zal immers geen belemmering meer zijn voor het indienen van klachten en de desbetreffende klachten zullen stuk voor stuk nader moeten worden onderzocht door de NMa.

Het kabinet heeft eerder ook het idee van een zogenaamd *super complaint* (naar Brits voorbeeld) afgewezen. De Minister van Economische Zaken zou

78 Schlössels 2004, p. 119.
79 Schlössels 2004, p. 119.
80 De Poorter 2004, p. 53-55, p. 83-87; Tzankova 2005, p. 38. Zie over de belanghebbende ook De Poorter 2003; De Poorter 2000, p. 36-40.
81 Tzankova 2005, p. 39.
82 Zie de brief d.d. 23 oktober 2003 van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer met het kabinetsstandpunt naar aanleiding van de evaluatie van de Mededingingswet, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 272, nr. 1.

consumentenorganisaties kunnen aanwijzen, die een bepaald consumentenbelang vertegenwoordigen. De NMa zou bij klachten van aangewezen organisaties verplicht zijn om binnen een bepaalde tijd te laten weten op welke wijze ingediende klachten worden behandeld. Het kabinet was (evenals de SER) van mening dat een *super complaint* de positie van de consument niet wezenlijk zou verbeteren, nu de baten van een *super complaint* nog niet in de praktijk waren aangetoond. In de Wet marktordening gezondheidszorg en in de Wet handhaving consumentenbescherming was echter wel reeds sprake van de erkenning van een consumentenorganisatie als belanghebbende, die als klager kan optreden.

Onder druk van de Tweede Kamer worden consumentenorganisaties inmiddels wel geacht belanghebbende te zijn. Artikel 93 Mw is met een derde lid en een vierde lid uitgebreid. In het toegevoegde derde lid is neergelegd dat een consumentenorganisatie wordt geacht belanghebbende te zijn bij besluiten genomen op grond van de Mededingingswet. In het toegevoegde vierde lid is neergelegd dat de raad, bij toepassing van artikel 3:11, tweede lid Awb, in zaken waarbij een consumentenorganisatie als bedoeld in het derde lid belanghebbende is, om gewichtige redenen onderscheid kan maken tussen de in artikel 59, derde lid, bedoelde rechtspersonen of natuurlijke personen en genoemde consumentenorganisatie bij de beoordeling van de vraag of op de zaak betrekking hebbende stukken of gedeelten van stukken ter inzage worden gelegd. Aan artikel 1 Mw is een onderdeel toegevoegd waarin consumentenorganisaties worden gedefinieerd als stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens hun statuten tot taak hebben het behartigen van de collectieve belangen van consumenten.

De Minister van Economische Zaken heeft bij de toelichting op deze wijziging van de Mededingingswet de kanttekening geplaatst dat consumentenorganisaties, op straffe van niet-ontvankelijkheid, wel moeten kunnen aantonen dat in een bepaalde zaak ook consumentenbelangen direct aan de orde zijn, welke belangen zij op grond van hun statutaire doelstelling behartigen.[83]

Zoals blijkt uit het toegevoegde vierde lid van artikel 93 Mw is voorts bepaald dat de NMa om gewichtige redenen kan besluiten rapporten, stukken of bepaalde delen van rapporten of stukken voor consumentenorganisaties slechts ter inzage te leggen voor zover deze geen vertrouwelijke gegevens bevatten. Overtreders kunnen bezwaar hebben tegen het ter inzage leggen van stukken (inclusief de vertrouwelijke gegevens) in verband met de vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens. In de toelichting wijst de Minister op het feit dat de NMa de stukken anders zou moeten ontdoen van de bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Op grond van de op het EVRM gebaseerde jurisprudentie zal volgens de Minister de informatie die niet ter inzage is gelegd tegen de overtreders niet gebruikt mogen worden bij de sanctieoplegging door de NMa. Dat

83 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 34.

zou weer afbreuk doen aan de effectiviteit van de handhaving en is daarom volgens de Minister onwenselijk.

Op grond van artikel 93 lid 4 Mw is het mogelijk om voor consumentenorganisaties stukken ter inzage te leggen, terwijl voor de sanctieoplegging door de NMa gebruik kan worden gemaakt van stukken met vertrouwelijke gegevens. In de onderlinge verhouding tussen overtreders zijn de vertrouwelijke gegevens meestal reeds bekend. Overtreders van de wet kunnen de stukken dan ook inclusief de vertrouwelijke gegevens inzien. De stukken kunnen ten aanzien van de overtreders ter inzage worden gelegd. De Minister is de mening toegedaan dat met deze wijziging enerzijds een regeling is getroffen die recht doet aan het belang van consumentenorganisaties om als belanghebbenden in de zin van de Mededingingswet te worden gekwalificeerd en anderzijds recht is gedaan aan het belang van een deugdelijke handhaving van de Mededingingswet.[84]

3.9.4 Rechtspersoon als belanghebbende bij de Commissie

De oprichting van een stichting of vereniging waarbij de statutaire doelstelling is gericht op het behartigen van de desbetreffende consumentenbelangen biedt in het Europees recht geen oplossing voor het probleem dat consumenten geen aantoonbaar rechtmatig belang hebben. De ontvankelijkheid van een belangenorganisatie hangt af van de vraag of de leden rechtstreeks individueel geraakt worden. Consumentenorganisaties hebben dan ook meer mogelijkheden bij de NMa dan bij de Commissie nu een belangenorganisatie in het Europees recht niet-ontvankelijk is indien de leden van die vereniging niet individueel geraakt worden.[85] Wel kunnen belangenorganisaties (zoals ondernemersverenigingen of consumentenverenigingen) in het Europees recht ontvankelijk zijn indien zij gerechtigd zijn de belangen van hun leden te vertegenwoordigen en het gewraakte gedrag de belangen van die leden kan schaden.[86]

Ondernemingen of de verenigingen die bevoegd zijn hun belangen te vertegenwoordigen kunnen een rechtmatig belang aanvoeren wanneer zij op de relevante markt actief zijn of wanneer het gedrag waarop de klacht betrekking heeft hun belangen rechtstreeks kan schaden. Denk aan partijen bij de overeenkomst of gedraging die het voorwerp is van de klacht of concurrerende ondernemingen die menen dat hun belangen door het gewraakte gedrag zijn geschaad. Tevens valt te denken aan ondernemingen die van bepaalde activiteiten zijn uitgesloten.

---

84 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 34.

85 Zie de 'Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG', *PbEU* 2004, C 101/65, § 38, § 40.

86 GvEA EG 24 januari 1995, zaak T-114/92 *(BEMIM)*, *Jur.* 1995, p. II-147, r.o. 28.

De Commissie beschouwt evenwel het belang van organisaties die redenen van algemeen belang aanvoeren zonder aan te tonen dat zij of hun leden rechtstreeks door de inbreuk dreigen te worden benadeeld, niet als een rechtmatig belang in de zin van artikel 7 lid 2 Verordening 1/2003.

3.10 STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT

3.10.1 Algemeen

In hoofdstuk 1 kwam reeds aan de orde dat de mogelijke (her)introductie van strafrechtelijke sancties in het mededingingsbeleid van de lidstaten van de EU onderwerp is van discussie.[87] De strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kan worden gezien als een vorm van publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Mede onder invloed van de reeds bestaande strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de Verenigde Staten lijkt internationaal een tendens te bestaan om het mededingingsrecht in de invloedssfeer van het strafrecht te trekken.[88] Met behulp van het strafrecht kunnen individuen worden bestraft en zelfs achter slot en grendel worden opgesloten. Een vervangende werkstraf, een boete of ontzetting uit het beroep kunnen alternatieve maatregelen zijn.[89]

3.10.2 Het verleden, de Wet economische mededinging (WEM)

Tot 1998 was overtreding van de Wet economische mededinging (WEM) een economisch delict. De WEM uit 1956 was gericht tegen misbruik van concurrentiebeperkend gedrag, waarbij de betrokken gedragingen op verenigbaarheid met het algemeen belang werden getoetst. Het niet-aanmelden van een vastgelegd kartel en het handelen in strijd met een onverbindendverklaring door de Minister van Economische Zaken ten aanzien van een kartel (wegens strijdigheid met het algemeen belang) was een strafbaar feit.[90]

---

87 Zie bijvoorbeeld De Grave 2002, p. 206-208; Cseres, Schinkel & Vogelaar 2006; Whelan 2007, p. 7-40.

88 Zie bijvoorbeeld Vogelaar 2005, p. 1015-1020.

89 Vergelijk bijvoorbeeld de twee wetsvoorstellen waarin het mogelijk wordt gemaakt om bij veroordeling voor een financieel-economisch misdrijf respectievelijk corruptie de schuldige voor bepaalde duur het recht te ontzeggen een bepaald beroep uit te oefenen, daaronder begrepen het optreden als bestuurder van een rechtspersoon. Zie *Kamerstukken I* 2008/09, 31 386; *Kamerstukken II* 2007/08, 31 391.

90 De individuele onverbindendverklaring (die naast de generieke onverbindendverklaring bestond) is later vervangen door een verklaring van strijd met het algemene belang.

De strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht onder de WEM is nooit echt succesvol geweest.[91] Dit valt te verklaren door het feit dat de strafrechtelijke handhaving niet werd gehanteerd als belangrijk instrument van wettelijk beleid.[92] Het ging niet zozeer om handhaving maar om regulering.[93]

Mok karakteriseert de WEM als een door de centrale overheid (minister) toegepaste 'instrumentenwet' (een complete wet die de overheid instrumenten biedt om beleid te voeren), welke wet in beginsel een misbruiksysteem volgde met civielrechtelijke uitgangspunten (een mededingingsregeling in de WEM was een verbintenisscheppende rechtshandeling).[94] Als gevolg van onverbindendverklaring en schorsing werd de civielrechtelijke werking van een mededingingsregeling weggenomen. Mok wijst er dan ook op dat strafrechtelijk gehandhaafde verboden secundair waren.[95] Met de invoering van de Mededingingswet is afscheid genomen van de strafrechtelijke handhaving op grond van de WEM. Er werd door de wetgever primair gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet. Zie voor de verschillen tussen de Mededingingswet en de WEM ook § 5.2.2.

3.10.3 Het heden, artikel 328bis Sr en het vervolgingsrecht van het OM

3.10.3.1 Artikel 328bis Sr

Theoretisch kan een aanzienlijk deel van de overtredingen van artikel 6 Mw reeds nu al met behulp van artikel 328bis van het Wetboek van Strafrecht (Sr) worden gehandhaafd door het Openbaar Ministerie (OM).[96] Het uit 1915 stammende artikel 328bis Sr luidt:

> 'Hij die, om het handels- of bedrijfsdebiet van zichzelf of van een ander te vestigen, te behouden of uit te breiden, enige bedrieglijke handeling pleegt tot misleiding van het publiek of van een bepaald persoon, wordt, indien daaruit enig nadeel voor concurrenten van hem of van die ander kan ontstaan, als schuldig aan oneerlijke mededinging, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vijfde categorie.'[97]

Artikel 328bis Sr vormt de strafrechtelijke variant van de civielrechtelijke aansprakelijkheid uit ongeoorloofde mededinging (een variant van de onrecht-

91 Zie bijvoorbeeld Mok 2004, p. 34-36, p. 53, 56; De Bree 2006, p. 206.
92 De Bree 2006, p. 206.
93 De Bree 2006, p. 206.
94 Mok 2004, p. 34-36; Quaedvlieg 2001, p. 53 e.v.; De Bree 2006, p. 206.
95 Mok 2004, p. 35.
96 Zie De Bree 2006, p. 207; Vgl. Van Schaik 1946.
97 De maximale boete bedraagt €67.000 (vijfde categorie, natuurlijke personen).

matige daad), maar is niet beperkt tot oneerlijke mededingingssituaties.[98] Hoewel het OM artikel 328bis Sr, voor zover bekend, tot nu toe niet heeft ingezet bij een kartel, heeft de Hoge Raad in 1984 bepaald dat een kartelsituatie onder artikel 328bis Sr strafbaar is gesteld.[99]

Het Wetboek van Strafrecht bevat verder geen specifieke delictsomschrijvingen 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. Naast de zojuist behandelde situatie van oneerlijke mededinging (artikel 328bis Sr) valt te denken 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), 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 geschriften (artikel 225 Sr e.v.).[100] Diverse algemene delicten spelen een rol (of hebben een rol gespeeld) bij de strafrechtelijke vervolging en veroordeling van personen die betrokken waren bij de bouwfraude.

3.10.3.2 Het vervolgingsrecht van het OM

Bij de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht dient de kanttekening te worden gemaakt dat de strafkamer van het Hof 's-Gravenhage in de glazenwasserszaken van 31 mei 2008 een opmerkelijk arrest heeft gewezen dat (zonder wetswijziging) weinig ruimte laat voor de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.[101] De glazenwassers werd door het OM in essentie deelname aan een criminele organisatie (artikel 140 Sr) verweten die het oogmerk had het plegen en beogen te plegen van belastingdelicten. Het gedrag van de glazenwassers (het samen verdelen van wijken, het afspreken van prijzen en het verdelen van de opbrengsten) is volgens het Hof echter gericht op kartelovertreding en niet op belastingonduiking, zodat er weinig strafbaar is aan hun gedrag. Dit brengt met zich mee dat er geen sprake is van een criminele organisatie.

---

98 De Bree 2006, p. 207. Zie voor de ongeoorloofde mededinging Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 47 e.v; Zie bijvoorbeeld ook Onrechtmatige Daad (oud), hoofdstuk VI (Martens).

99 HR 12 juni 1984, *NJ* 1985, 174 *(Piet H.)*. Het betrof in deze zaak een geval van een verboden aanbestedingsafspraak (*bid rigging*).

100 Zie Korsten 2004, p. 330.

101 Hof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *NJ* 2008, 432 (*glazenwasserskartel)*. Er zijn acht gelijksoortige uitspraken gedaan betreffende acht verschillende verdachten.

In een eerder in november 2007 gewezen arrest van het Hof 's-Gravenhage betreffende de bouwfraude was reeds gebleken dat er in die zaak geen sprake was van deelname aan een criminele organisatie omdat het oogmerk van de betrokkenen niet gericht was op artikel 15 WEM maar op artikel 81 EG.[102] Een schending van het kartelverbod ex artikel 81 EG levert geen strafbaar feit op. Het Hof kwam in de glazenwasserszaak ten aanzien van de criminele organisatie tot niet-ontvankelijkheid van het OM. Het Hof overweegt (r.o. 5):

> 'Bij de totstandkoming van de Mededingingswet is in de Kamer gediscussieerd over de verhouding tussen het mededingingsonderzoek en het strafrechtelijk onderzoek. Valsheid in geschrifte en oplichting zijn als zodanig strafbare feiten, maar waar ze samenhangen met mededingingsrechtelijke feiten kan niet gemakkelijk een onderscheid worden gemaakt. Er kan sprake zijn van valsheid in geschrifte in het kader van een grootscheepse overtreding van de mededingingswetgeving, waar voor miljoenen boete kan worden opgelegd. De wetgever heeft indertijd besloten om de mededingingsrechtelijke aspecten uit het strafrecht te lichten en apart te vervolgen. Die keuze is in het volle besef gemaakt dat dat consequenties kan hebben voor de strafbaarheid. De feiten bepalen in welke categorie een zaak wordt behandeld.
> Naar het oordeel van het hof volgt uit dit een en ander dat, wanneer de feitelijke grondslag daarvoor aanwezig is, de Mededingingswet als lex specialis voorrang heeft op het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering.'

Voor wat betreft het tenlastegelegde feit van deelneming aan een criminele organisatie die is gericht op belastingontduiking, valsheid in geschrifte, en witwassen van het uit belastingontduiking verkregen geld, oordeelt het Hof als volgt (r.o. 6):

> 'Wat betreft het eerste feit doet zich naar het oordeel van het hof een wettelijk vervolgingsbeletsel voor. Aan de in dat feit genoemde deelneming ligt het onder punt 5 vastgestelde kartelgedrag ten grondslag. Door de belastingontduiking, de valsheid in geschrift, en het witwassen in het kader te plaatsen van het (volgens de Mededingingswet in beginsel illegale) georganiseerde verband van zelfstandige glazenwassersondernemingen, ontstaat een zodanige samenhang met de onder punt 5 vastgestelde mededingingsrechtelijke feiten, dat het gehele feitencomplex wordt geregeerd door de Mededingingswet, en de behandeling van de zaak voor wat betreft het eerste feit wettelijk is voorbehouden aan de bevoegde kartelautoriteit (NMa). Dit vloeit voort uit het bepaalde in de artikelen 106 Mededingingswet, 1, lid 2, en 55 Wetboek van Strafrecht en 7 EVRM. Op grond van de genoemde keuze van de wetgever mocht de verdachte erop vertrouwen dat hij niet in een strafproces zou worden betrokken als verdachte van deelneming aan een criminele organisatie. Daarom gaat een dergelijke manier van optreden van het openbaar ministerie ook in tegen beginselen van een goede procesorde en van een behoorlijke strafrechtspleging, waaronder het vertrouwensbeginsel.

102 Hof 's-Gravenhage 27 november 2007, *LJN* BB8760 *(hoger beroep bouwfraude)*.

De vastgestelde rechts- en wetsschending acht het hof dermate fundamenteel dat zulks niet anders dan door niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie kan worden gesanctioneerd voor wat betreft het eerste feit.'

Voor de vervolging van feiten die gerelateerd zijn aan een schending van het mededingingsrecht (zoals valsheid in geschrifte) lijkt in de redenering van het Hof na 1998 geen plaats meer te zijn als gevolg van de inwerkingtreding van de Mededingingswet. De telastegelegde feiten moeten dus losstaan van het kartelgedrag. Alleen die feiten kunnen volgens het Hof worden gekwalificeerd als 'andere, zelfstandige, strafbare feiten' terzake waarvan het openbaar ministerie ook ná 1 januari 1998 een vervolgingsrecht toekomt. De strafrechtelijke handhaving van schendingen van het mededingingsrecht lijkt op grond van het arrest van het Hof 's-Gravenhage alleen mogelijk te zijn door een wijziging van de wet.[103]

3.10.4 De toekomst, herintroductie van strafrechtelijke sancties

3.10.4.1 Algemeen

De laatste tijd is de mogelijke (her)introductie van strafrechtelijke sancties in het mededingingsbeleid van de lidstaten van de EU onderwerp van discussie. In onder meer het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Ierland bestaan vormen van strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[104] 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. Het feit dat een leidinggevende het risico loopt om een celstraf opgelegd te krijgen, kan een grotere afschrikkende werking hebben dan een bestuurlijke boete of een civiele vordering tot verkrijging van schadevergoeding (zie ook § 3.10.4.3).

In Nederland heeft de Minister van Economische Zaken de Tweede Kamer toegezegd gevangenisstraffen wegens inbreuken op de mededingingsregelgeving mogelijk te maken.[105] Zoals in § 1.3 reeds besproken had de Tweede Kamer daar op aangedrongen in het kader van de evaluatie van de Mededin-

103 Zie ook De Bree 2008, p. 216.

104 Zie voor wat betreft de situatie in het Verenigd Koninkrijk de *Enterprise Act 2002*, part 6. Per eind juni 2003 kan de *Office of Fair Trading* (OFT) ook strafrechtelijk onderzoek verrichten. Bepaalde kartelovertredingen kunnen strafrechtelijk vervolgd worden door de OFT en de *Serious Fraud Office*. Gevangenisstraffen kunnen, afhankelijk van de ernst van de schending van het mededingingsrecht, oplopen van een maximumstraf van zes maanden tot vijf jaar. Zie de *Enterprise Act 2002*, sections 188-190.

105 De toezegging aan de Tweede Kamer is gedaan door de voormalige Minister van Economische Zaken L.J. Brinkhorst; *Handelingen II* 2005/06, 15 juni 2006, nr. 91, p. 5579; brief van 16 juni 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 27, p. 1-2; *Handelingen II* 2005/06, 29 augustus 2006, nr. 91, p. 6124.

gingswet.[106] Minister van Economische Zaken Van der Hoeven heeft de Tweede Kamer laten weten dat in de eerste helft van 2009 het wetsontwerp kan worden verwacht dat zal voorzien in strafrechtelijke sancties voor leidinggevenden bij mededingingsinbreuken.[107] Dit voornemen sluit aan bij de per 1 oktober 2007 ingevoerde mogelijkheid voor de NMa om feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers ook persoonlijk te beboeten tot een maximum van € 450.000 per persoon per overtreding (artikel 56 jo 57 Mw).[108] Uit de toelichting bij de gewijzigde Mededingingswet blijkt dat het van overeenkomstige toepassing verklaren van artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht (artikel 56 lid 4 Mw) betekent dat een overtreding van de Mededingingswet, gepleegd door de onderneming, ook degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven kan worden toegerekend.[109] Een persoonlijke boete kan worden opgelegd naast een boete voor de onderneming zelf.

De strafrechtelijke handhaving dient als aanvullend instrument te worden gezien. Bestuurders van ondernemingen (althans de feitelijk leidinggevenden of opdrachtgevers) die handelen in strijd met het kartelverbod of het verbod op het misbruik maken van een machtspositie zullen door de strafrechter kunnen worden veroordeeld tot gevangenisstraf, een vervangende werkstraf, een boete of ontzetting uit het beroep.

---

106 *Handelingen II* 2005/06, nr. 91, p. 5562 e.v.

107 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 XIII, nr. 76, brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer d.d. 24 juli 2008.

108 Zie Elsen 2007, p. 211-219; Mok 2008, p. 229-231. In het kader van de evaluatie van de Mededingingswet (*Kamerstukken II* 2004/05, 30 071) heeft het kamerlid Heemskerk (PvdA) een amendement ingediend dat zou moeten leiden tot het strafbaar stellen van het opdracht geven tot dan wel feitelijk leiding geven aan handelingen in strijd met art. 6 lid 1 Mw of art. 24 lid 1 Mw. Volgens het amendement zou de maximale gevangenisstraf zes jaar moeten bedragen, waarbij de strafbaarheid zou moeten worden opgenomen in de Wet op de economische delicten (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 16). Het amendement is door de Tweede Kamer verworpen.

109 In de vierde tranche Awb wordt voorgesteld dit criterium (opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers) voor het gehele boeterecht in te voeren. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 77 e.v. Zie ook De Bree 2006, p. 208 en Frese 2006, p. 136-142. De Bree wijst hierbij op het feit dat nog niet duidelijk is op wie het oog gericht zal zijn. Zo wijst hij op het feit dat de feitelijke leidinggever in mededingingszaken de persoon kan zijn die de onderhandelingen en besprekingen voert met de mede-kartellisten. Om een bestuurder zoals een directeur of commissaris op grond van het criterium van art. 51 Sr aan te spreken is het op grond van HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 126 *(Slavenburg I)* nodig dat de desbetreffende persoon maatregelen achterwege heeft gelaten ter voorkoming van de verboden gedraging hoewel hij daartoe bevoegd was en redelijkerwijs gehouden was en voorwaardelijk opzettelijk heeft gehandeld (zodat een zekere mate van wetenschap noodzakelijk is, denk aan de wetenschap van eerdere feiten die door de rechtspersoon werden gepleegd). Zie HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 m.nt. A.C. 't Hart *(Slavenburg II)*. De Bree 2006, p. 208. Een bestuurder van een onderneming is niet per definitie feitelijk leidinggever aan de kartelovertreding of aan het misbruik maken van een machtspositie.

Naast de mogelijke introductie van strafrechtelijke sanctionering van bestuurders, leeft ook het idee om de NMa de mogelijkheid te geven zogenaamde strafbeschikkingen op te leggen. Het opleggen van zogenaamde strafbeschikkingen zal dan ook voor het OM mogelijk moeten worden. De Tweede Kamer heeft in 2006 een motie aangenomen over de wenselijkheid van een duaal stelsel, waarbij de NMa wordt belast met het toezicht en met het opleggen van kleine boetes en waarbij het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen is voorbehouden aan de strafrechter.[110] Dit zou betekenen dat de mededingingsregels bestuursrechtelijk, privaatrechtelijk en strafrechtelijk kunnen worden gehandhaafd.

3.10.4.2 De kritiek

Op de mogelijke (her)introductie van de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is veel kritiek geuit door mededingingsrechtspecialisten (voornamelijk advocaten) en het bedrijfsleven.[111] De Bree heeft deze kritiek samengevat in zes argumenten.[112]

In de eerste plaats zouden mededingingsovertredingen naar aard en morele lading niet ernstig genoeg zijn om met behulp van het strafrecht te handhaven. Dit argument lijkt mij niet per definitie valide. Zo is in de Verenigde Staten het besef groot dat een inbreuk op de mededingingsregels neerkomt op diefstal. Het normschendend gedrag is bij een kartelzaak uiteraard niet gelijk te stellen aan moord of doodslag, maar in het Wetboek van Strafrecht zijn veel meer delictsomschrijvingen te vinden die minder ernstig zijn, maar toch ernstig genoeg om strafbaar te stellen.

In de tweede plaats gaat het voornemen tot strafrechtelijke handhaving in tegen de geschiedenis en het falende vervolgingsbeleid ten tijde van de WEM. Het argument lijkt gelet op het zojuist in § 3.10.2 besprokene niet geheel juist. De WEM was niet primair gericht op de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[113]

In de derde plaats kan er sprake zijn van samenloop tussen de bestuursrechtelijke handhaving en de strafrechtelijke handhaving. De samenloop tussen de verschillende vormen van handhaving vormt een interessant argument. Voorstelbaar is dat een onderneming en haar bestuurders een bestuurlijke boete krijgen opgelegd, terwijl de bestuurders ook strafrechtelijk worden vervolgd. Deze samenloop zou via het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel

110 Motie-Ten Hoopen/Aptroot over invoering van een duaal stelsel (30 071, nr. 29), aangenomen door de Tweede Kamer d.d. 29 augustus 2006, *Handelingen II* 2005/06, nr. 99, p. 6121.

111 Zie bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk, *M&M* 2006, p. 97; VerLoren van Themaat, *NRC Handelsblad* 14 juni 2006; Swaak & Doorenbos, *Het Financieele Dagblad* 24 juli 2006; Dekker, *Het Financieele Dagblad* 22 juni 2006. Zie over deze verzameling kritiek De Bree 2006, p. 208-209. Zie voor een tegengeluid Vogelaar 2005, p. 1015-1020.

112 De Bree 2006, p. 209.

113 De Bree 2006, p. 209.

moeten worden opgelost. Daarbij dient te worden opgemerkt dat een eventuele bestuurlijke boete voor de onderneming en een strafrechtelijke veroordeling voor haar bestuurders niet per definitie in strijd zijn met het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel. De Bree ziet, gelet op de proceseconomie en het belang tegenstrijdige oordelen in dezelfde kwestie te voorkomen, een oplossing in een dwingende keuze door de NMa en het OM voor ofwel het strafrechtelijke traject ofwel het bestuursrechtelijke traject na constatering van een schending van het mededingingsrecht.[114]

Vanuit het perspectief van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal de samenloopproblematiek nog een rol gaan spelen indien *punitive damages* mogelijk worden gemaakt (§ 7.10). *Punitive damages* hebben nu eenmaal een bestraffend karakter en kunnen worden gezien als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Het *ne bis in idem*-beginsel zal bij de invoering van *punitive damages* een rol kunnen gaan spelen bij samenloop van de bestuursrechtelijke handhaving, de strafrechtelijke handhaving en de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

In de vierde plaats zal de clementieregeling aan kracht inboeten.[115] Dit probleem kan worden opgelost door de clementieregeling op zodanige wijze te veranderen dat ook de opbiechtende bestuurder kan worden gevrijwaard van strafrechtelijke vervolging. Op dit moment geldt voor de opbiechtende bestuurder reeds een volledige of gedeeltelijke vrijwaring van de bestuurlijke boete (boete-immuniteit of boetevermindering).[116]

In de vijfde plaats zijn het OM en de strafrechter niet voldoende ingevoerd in het mededingingsrecht. Dit lijkt geen onoverkomelijk bezwaar te zijn. Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht dient de civiele rechter het mededingingsrecht ook te hanteren, terwijl de burgerlijke rechter geen gespecialiseerde rechter in mededingingszaken is. Enige deskundigheid betreffende mededingingsrecht bij het Functioneel Parket en de strafrechter zal nodig zijn, maar het is niet onmogelijk dergelijke deskundigheid op te bouwen. De Bree wijst bij dit argument terecht op het feit dat het Functioneel Parket met de behandeling van gecompliceerde fiscale, milieu- en economiezaken niet afkerig is van expertiseonderwerpen.[117]

In de zesde plaats leent het mededingingsrecht zich niet voor handhaving door middel van het strafrecht. Hierbij dient bijvoorbeeld te worden gedacht aan de beleidsmatige economische aspecten die aan het mededingingsrecht zijn verbonden. Dit laatste argument lijkt mij geen valide argument te zijn,

114 De Bree 2006, p. 209.

115 In de Nederlandse bierkartelzaak is bijvoorbeeld een beroep op de clementieregeling gedaan door de brouwer Inbev.

116 Richtsnoeren clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de art. 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken d.d. 9 oktober 2007.

117 De Bree 2006, p. 210.

nu de bestuursrechter en de burgerlijke rechter met dezelfde aspecten te maken hebben.

3.10.4.3 Een duaal stelsel

Hoewel over de afschrikkende werking van het strafrecht verschillend wordt gedacht, lijkt van een gevangenisstraf voor bestuurders van ondernemingen daadwerkelijk een preventieve werking uit te gaan.[118] Een strafrechtelijke veroordeling (en het hebben van een strafblad) wordt in veel maatschappelijke kringen niet gewaardeerd. Nu een dergelijke veroordeling door veel leidinggevenden als sociaal onwenselijk wordt gezien, zal van de dreiging om strafrechtelijk te kunnen worden veroordeeld een afschrikkende werking uitgaan. Bovendien is het kunnen aanpakken van de bestuurder van een onderneming een goede remedie voor het feit dat de daadwerkelijke schender van het mededingingsrecht niet persoonlijk wordt geraakt, maar zich achter een onderneming kan verschuilen (waarbij de aandeelhouders of zelfs de directe en indirecte afnemers (inclusief consumenten) uiteindelijk degenen zijn die de rekening gepresenteerd krijgen). Dit laatste probleem is al deels verholpen door de per 1 oktober 2007 ingevoerde mogelijkheid voor de NMa om bestuurders (degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven) van ondernemingen ook persoonlijk te beboeten tot een maximum van € 450.000 per persoon per overtreding (artikel 56 jo 57 Mw). Dit neemt niet weg dat een mogelijke celstraf voor goed of zelfs exorbitant betaalde bestuurders een grotere afschrikkende werking heeft dan een bestuurlijke boete van maximaal € 450.000.

De eventuele invoering van een duaal stelsel, waarbij de NMa wordt belast met het toezicht en met het opleggen van kleine boetes en waarbij het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen is voorbehouden aan de strafrechter, is mijns inziens niet noodzakelijk. Het systeem van bestuursrechtelijke handhaving door de NMa en de Commissie verloopt over het algemeen goed.

Mocht de wetgever uiteindelijk toch een voorkeur hebben voor het duale systeem, dan kan voor de vormgeving van een dergelijk systeem worden gekeken naar het duale systeem van handhaving van het fiscaal recht (Belastingdienst en OM) en het duale systeem van handhaving van de financiële wetgeving (Autoriteit Financiële Markten en OM).[119] Zo doet de belastingdienst een groot deel van de zaken af met een boete en wordt een aantal ernstige zaken strafrechtelijk vervolgd door het OM. De keuzes voor de bestuursrechtelijke route of de strafrechtelijke route worden gemaakt op basis van beleid dat is neergelegd in Aanmeldings-, Transactie- en Vervolgingsrichtlijnen.[120] De Bree wijst terecht op het feit dat dergelijke beleidsregels de

118 Zie Wils 2002, p. 218-225.
119 De Bree 2006, p. 210-211.
120 Kennisgeving Directoraat-Generaal Belastingdienst d.d. 12 december 2005, *Stcrt*. 2005, 247.

rechtszekerheid dienen en beleidsmatig het strafvorderlijke opportuniteitsbeginsel inkleuren.[121] Een beslissing om de bestuursrechtelijke of de strafrechtelijke route te kiezen, wordt genomen in een overleg tussen de Belastingdienst en het OM. Met betrekking tot het gedragstoezicht op financiële markten kan de Autoriteit Financiële Markten (AFM) besluiten om, in plaats van zelf een boete op te leggen, de zaak over te dragen aan het OM. Dit wordt ook besloten in onderling overleg tussen de AFM en het OM.[122] De NMa zal de autoriteit blijven die schendingen van het mededingingsrecht opspoort en overtreders zelf kan beboeten, waartegen in beroep kan worden gekomen bij de bestuursrechter. Slechts een deel van de door de NMa opgespoorde zaken zal na overleg tussen NMa en OM door het OM aan de strafrechter worden voorgelegd.

Bij de keuze voor het strafrechtelijke traject zal de mogelijke schender van het mededingingsrecht wel aanspraak kunnen maken op een hoger niveau van rechtsbescherming, nu de strafrechtelijke procedure met meer waarborgen voor de bescherming van de belangen van de verdachte is omkleed dan de bestuursrechtelijke procedure.[123] Hierbij past wel de kanttekening dat deze waarborgen, gelet op de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, deels ook reeds gelden in het bestuursrechtelijke boeterecht.[124]

3.10.5 Deelconclusie

De mogelijke (her)introductie van de strafrechtelijke handhaving dient een afschrikkende werking te hebben. Hoewel over de afschrikkende werking van het strafrecht verschillend wordt gedacht, lijkt van een gevangenisstraf voor bestuurders van ondernemingen (althans de feitelijk leidinggevenden en opdrachtgevers) daadwerkelijk een preventieve werking uit te gaan. Bovendien is het kunnen aanpakken van bestuurders van een onderneming een goede remedie voor het feit dat de daadwerkelijke schenders van het mededingingsrecht niet persoonlijk worden geraakt, maar zich achter een onderneming kunnen verschuilen. Het zijn dan uiteindelijk de aandeelhouders of zelfs de directe en indirecte afnemers (inclusief consumenten) die indirect de boete betalen (bij directe en indirecte afnemers kan dat, afhankelijk van de marktomstandigheden, soms door verdiscontering van de boete in de verkoopprijs). Het feit dat de daadwerkelijke schenders van het mededingingsrecht niet

121 De Bree 2006, p. 210.

122 Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties, Directoraat-generaal Belastingdienst, Team Handhaving, Kennisgeving van 8 juli 2004, nr. DGB2004/3736M, *Stcrt*. 2004, 126.

123 Zie De Bree 2006, p. 211. Te denken valt bijvoorbeeld aan de eisen die aan de bewijsgaring worden gesteld, art. 36a Sv, art. 29 lid 2 Sv en de bescherming tegen zelfbeschuldiging. Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, *NJ* 1997, 699 m.nt. Kn *(Saunders/Verenigd Koninkrijk)*.

124 Slotboom 2001, p. 142 e.v; Van den Berg 2004, p. 229-245; De Bree 2006, p. 211, voetnoot 54.

persoonlijk worden geraakt is al deels verholpen door de per 1 oktober 2007 ingevoerde mogelijkheid voor de NMa om bestuurders van ondernemingen (althans degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven) ook persoonlijk te beboeten tot een maximum van € 450.000 per persoon per overtreding (artikel 56 jo 57 Mw).[125] Dit neemt niet weg dat een mogelijke celstraf voor goed betaalde bestuurders een grotere afschrikkende werking zal hebben dan een bestuurlijke boete van maximaal € 450.000. De invoering van mogelijke celstraf voor bestuurders lijkt mij dan ook een aanbevelingswaardige optie.[126] Daarnaast kan gedacht worden aan de invoering van de mogelijkheid tot het opleggen van zogenaamde *disqualification orders*. Een dergelijke sanctie houdt in dat men gedurende een bepaalde tijd niet meer als bestuurder van een bedrijf mag functioneren. Zie ook het huidige artikel 28 lid 1 Sr (ontzetting van rechten).

De eventuele invoering van een duaal stelsel, waarbij de NMa wordt belast met het toezicht en met het opleggen van kleine boetes en waarbij het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen is voorbehouden aan de strafrechter, is mijns inziens niet noodzakelijk. Mocht het duaal stelsel door de wetgever toch worden ingevoerd, dan kan het stelsel vorm worden gegeven door te kijken naar het duale systeem van handhaving van het fiscaal recht en het duale systeem van handhaving van de financiële wetgeving. Aan de mate van rechtsbescherming van de mogelijke schender van het mededingingsrecht zal in een strafrechtelijke procedure meer aandacht dienen te worden besteed dan in een bestuursrechtelijke procedure.

De Minister van Economische Zaken heeft bekend gemaakt een wetsvoorstel in voorbereiding te hebben waarmee de bestuursrechtelijke handhaving van de Mededingingswet wordt aangevuld met de mogelijkheid van strafrechtelijke sanctionering, waarbij de NMa zaken kan aanbrengen bij het Openbaar Ministerie. In het kader van de strafrechtelijke sanctionering zal ook worden voorzien in de mogelijkheid om bestuurders die zich aan mededingingsovertredingen schuldig maken het recht te ontzeggen hun beroep uit te oefenen.[127]

---

125 In het kader van de evaluatie van de Mededingingswet (*Kamerstukken II* 2004/05, 30 071) heeft het kamerlid Heemskerk (PvdA) een amendement ingediend dat zou moeten leiden tot het strafbaar stellen van het opdracht geven tot dan wel feitelijk leiding geven aan handelingen in strijd met art. 6 lid 1 Mw of art. 24 lid 1 Mw. Volgens het amendement zou de maximale gevangenisstraf zes jaar moeten bedragen, waarbij de strafbaarheid zou moeten worden opgenomen in de Wet op de economische delicten (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 16). Het amendement is door de Tweede Kamer verworpen.

126 Zie anders: Mok 2008, p. 231. Mok ziet wel iets in de mogelijkheid tot het opleggen van taakstraffen, maar een mogelijke gevangenisstraf wegens het plegen van een mededingingsdelict gaat hem te ver.

127 De bekendmaking van de Minister van Economische Zaken vond plaats na de afsluiting van het manuscript, vlak voor het ter perse gaan van dit boek. Ik heb het – gelet op het belang van deze mogelijkheid voor een effectieve handhaving van het mededingingsrecht – desondanks nodig gevonden de lezer op de hoogte te stellen van de laatste ontwikkelingen op dit gebied.

3.11 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

De Commissie, het GvEA EG en het HvJ EG enerzijds en de NMa, de Rechtbank Rotterdam en het CBB anderzijds zijn de instanties die bij de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een belangrijke rol spelen.[128] De Commissie en de NMa als actieve opsporingsinstanties die tegelijkertijd de rol van handhavingsinstantie vervullen.[129] Het GvEA EG, het HvJ EG, de Rechtbank Rotterdam en het CBB als beroepsinstanties voor de rechterlijke toetsing van de besluiten die door de Commissie en de NMa zijn genomen.[130]

Concurrenten en consumenten kunnen een klacht indienen bij de NMa en de Commissie.[131] Het bestuursprocesrecht werpt aanzienlijke drempels op voor de individuele consument om een inhoudelijk oordeel over zijn klacht te krijgen. Het is voor de individuele consument dan ook bijna onmogelijk een inhoudelijk oordeel op zijn klacht te verkrijgen. Het feit dat individuele consumenten niet als belanghebbenden worden aangemerkt, vormt een aanzienlijke belemmering bij de effectieve bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht op privaat initiatief, mede gelet op het feit dat de NMa een eigen prioriteitenstelling kent.[132] De statutaire doelstellingen van belangenorganisaties als bijvoorbeeld de consumentenbond voldoen niet zonder meer aan de criteria die zijn gesteld om als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 lid 1 Awb te worden aangemerkt. De statutaire doelstelling kan te ruim zijn in verhouding tot het belang dat wordt behartigd in een concrete mededingingsrechtelijke zaak.[133]

Als gevolg van een amendement op het wetsvoorstel 'Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (30071)' worden consumentenorganisaties tegenwoordig expliciet als belanghebbende aangemerkt, zodat het vereiste dat de doelstelling gericht moet zijn op een bepaald consumentenbelang geen obstakel meer vormt voor het al dan niet zijn van belanghebbende.[134] Dit is een aanzienlijke verbetering voor de effectieve bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht op privaat initiatief. Op Europees niveau blijft het criterium gelden of de leden van de belangenorganisatie al dan niet individueel geraakt worden.[135]

De mogelijke (her)introductie van de strafrechtelijke handhaving dient een afschrikkende werking te hebben.[136] Hoewel over de afschrikkende werking van het strafrecht verschillend wordt gedacht, lijkt van een gevangenisstraf

128 § 3.4; § 3.5; § 3.6.
129 § 3.4.
130 § 3.5; § 3.6.
131 § 3.7; § 3.8.
132 § 3.7.2; § 3.7.3.
133 § 3.9.
134 § 3.9.3.
135 § 3.9.4.
136 § 3.10.

voor bestuurders van ondernemingen daadwerkelijk een preventieve werking uit te gaan. Bovendien is het kunnen aanpakken van de bestuurder van een onderneming een goede remedie voor het feit dat de daadwerkelijke schender van het mededingingsrecht niet persoonlijk wordt geraakt, maar zich achter een onderneming kan verschuilen. Dit laatste probleem is al deels verholpen door de per 1 oktober 2007 ingevoerde mogelijkheid voor de NMa om bestuurders van ondernemingen (althans degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven) ook persoonlijk te beboeten.[137] Dit neemt niet weg dat een mogelijke celstraf voor goed of zelfs exorbitant betaalde bestuurders een grotere afschrikkende werking heeft dan een bestuurlijke boete van maximaal € 450.000. De invoering van mogelijke celstraf voor bestuurders lijkt mij dan ook een aanbevelingswaardige optie.[138]

De eventuele invoering van een duaal stelsel, waarbij de NMa wordt belast met het toezicht en met het opleggen van kleine boetes en waarbij het opleggen van hoge boetes en persoonlijke straffen is voorbehouden aan de strafrechter, is mijns inziens niet noodzakelijk.[139] Mocht het duaal stelsel door de wetgever toch worden ingevoerd, dan kan het stelsel vorm worden gegeven door te kijken naar het duale systeem van handhaving van het fiscaal recht en het duale systeem van handhaving van de financiële wetgeving.[140] Rekening dient te worden gehouden met het feit dat aan het niveau van rechtsbescherming in een strafrechtelijke procedure hoge eisen worden gesteld.[141]

137 § 3.10.4.1.
138 § 3.10.5.
139 § 3.10.4.3; § 3.10.5.
140 § 3.10.4.3.
141 § 3.10.4.3; § 3.10.5.

4 Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht; contouren van de diverse mogelijkheden en ontwikkelingen

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de recente ontwikkelingen besproken met betrekking tot de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[1] Deze recente ontwikkelingen worden besproken aan de hand van de volgende vragen. Hebben ondernemingen en consumenten die het slachtoffer zijn van een inbreuk op de mededingingsregels een recht op schadevergoeding? Zo ja, welke obstakels vinden ondernemingen en consumenten op hun weg bij het instellen van een actie tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht? Wat zijn mogelijke oplossingen om deze obstakels te verkleinen en een doeltreffender systeem van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te creëren? In de hierna volgende hoofdstukken (met name de hoofdstukken 7, 8 en 9) zullen de obstakels en de mogelijke oplossingen die zich voordoen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht nader worden onderzocht en uitgewerkt. Met dit hoofdstuk beoog ik dan ook slechts een inleidend overzicht te geven van de obstakels en mogelijke oplossingen die zich voordoen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

4.2 REACTIEVE HANDHAVING VERSUS PROACTIEVE HANDHAVING

Het mededingingsrecht kan binnen de EU zowel bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk als strafrechtelijk worden gehandhaafd. Vanuit de economische theorie bezien, heeft privaatrechtelijke handhaving van regels in beginsel de voorkeur. Degene die schade ondervindt, heeft namelijk ook de prikkels om die schade te verhalen.[2] Bij de publieke handhaving zijn de prikkels om de schade te verhalen minder krachtig. De waarde van naleving van de regels voor mededingingstoezichthouders, zoals de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, is in het algemeen namelijk kleiner dan die voor

1 Dit hoofdstuk is grotendeels gebaseerd op mijn bijdrage 'Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht', zoals eerder in artikelvorm is verschenen in het juridisch maandblad *Ars Aequi*. Zie Zippro 2006, p. 598-608. In dit hoofdstuk verwijs ik dan ook verder niet meer naar genoemde bijdrage.

2 Zie bijvoorbeeld ook Ter Haar 2004.

de gelaedeerde. Dat doet uiteraard niets af aan het feit dat de boetes die door de mededingingsautoriteiten kunnen worden opgelegd aanzienlijk kunnen zijn en vaak de in een civiele procedure toegekende schadevergoeding ruimschoots overtreffen. Ik bedoel slechts te zeggen dat private partijen vaak directer in hun belang (en dus portemonnee) worden geraakt dan de ambtenaren die bij de mededingingstoezichthouder werken. De gelaedeerde heeft een direct persoonlijk financieel belang, terwijl dat voor de werknemer van een mededingingsautoriteit niet het geval is. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat er geen voortreffelijke ambtenaren bij de mededingingsautoriteiten kunnen werken, die voldoende prikkels hebben om het werk in dienst van het algemeen belang zo goed mogelijk te vervullen.

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is reactief. Dat wil zeggen dat de handhaving van het mededingingsrecht afhankelijk is van de mate waarin een particulier in reactie op de overtreding van het mededingingsrecht actie onderneemt. De publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is meer proactief. Een overheidsorgaan is belast met de taak actief toe te zien op de naleving van (mededingingsrechtelijke) normen. Daarbij past wel de kanttekening dat de publiekrechtelijke handhaving lang niet altijd proactief is. Te denken valt aan het door private personen indienen van klachten bij de mededingingsautoriteiten met het verzoek om handhavend op te treden. Zie § 3.7 en § 3.8.

In de rechtssociologie is de ontwikkeling van een conflictsituatie als een proces van transformatie omschreven, waarin drie verschillende fases kunnen worden onderscheiden. De fase van *naming*, de fase van *blaming* en de fase van *claiming*.[3] De privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht gaat uit van dit proces van *naming*, *blaming* en *claiming*. In de eerste fase (*naming*) voelt de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk zich gekrenkt. De gelaedeerde moet daarvoor op de hoogte zijn van het feit dat de mededingingsregels zijn geschonden. Hij is daarvan niet altijd op de hoogte, nu de gelaedeerde daarvoor namelijk kennis moet hebben van zowel het toepasselijke recht als de toepasselijke feiten. Vervolgens zal hij in de tweede fase (*blaming*) de betreffende overtreders een verwijt moeten maken van de mededingingsinbreuk. In de laatste fase (*claiming*) zal de gelaedeerde stappen moeten ondernemen en de andere partij(en) moeten aanspreken. Komt het niet tot een bevredigende uitkomst (schikking) dan zal de gelaedeerde naar de rechter moeten stappen. Dit brengt met zich mee dat de gelaedeerde een gespecialiseerde rechtshulpverlener moet zoeken die hij bovendien kan betalen.

De theorie van een efficiënte privaatrechtelijke handhaving veronderstelt perfect geïnformeerde en volledig rationele gelaedeerden en een efficiënte spoedige afhandeling van rechtszaken. In de praktijk zal dit vaak niet het geval zijn. Er is een aantal hindernissen die een effectieve privaatrechtelijke hand-

3 Felstiner, Abel & Sarat 1981, p. 631; Zie ook Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000.

having van het mededingingsrecht in de praktijk in de weg staat. Die hindernissen worden in dit boek nader onderzocht. Nu eerst aandacht voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de praktijk.

4.3 HANDHAVING IN DE PRAKTIJK

4.3.1 De stand van zaken in de EU

Handhaving van het mededingingsrecht door middel van technieken uit het privaatrecht komt in de praktijk betrekkelijk weinig voor. Het aantal mededingingszaken waarbij de gang naar de burgerlijke rechter wordt gemaakt, is zowel 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.[4] Wel lijkt het aantal schadevergoedingszaken in de EU de laatste tijd toe te nemen. Zie bijvoorbeeld de externe Impact-studie behorende bij het Witboek betreffende schadevergoedingsacties, waarin 96 schadevergoedingszaken worden gesignaleerd op grond van schending van het Europees mededingingsrecht in de periode van mei 2004 tot en met het derde kwartaal van 2007.

Van de weinige procedures betreffende mededingingsschade die voor de civiele rechter worden gebracht, eindigen uiteindelijk nog minder zaken uiteindelijk in een rechterlijke uitspraak. Veel zaken worden voortijdig geschikt. Te denken valt aan de verhaalsacties die niet alleen in de VS maar ook binnen de EU (Groot-Brittannië, Duitsland, Frankrijk en Nederland) werden ingesteld tegen producenten van vitamines voor diervoeders nadat de producenten waren veroordeeld door de Commissie en de autoriteiten in de VS wegens het maken van verboden kartelafspraken.[5] Ook de Nederlandse overheid heeft naar aanleiding van de bouwfraude in 2005 een schikking van ruim 73 miljoen euro getroffen met de bouwondernemers.[6] Een ander voorbeeld is de schikking tussen Interpay en haar aandeelhouders enerzijds en de belangenbehartigingsorganisaties wier leden acceptanten van 'PIN' zijn anderzijds.[7] Op zichzelf

4 Zippro 2005a, p. 182-183; Van Gerven 2007, p. 24.

5 Roche, BASF en Takeda hebben in de VS en de EU de hoogste kartelboetes opgelegd gekregen. Roche, BASF, Takeda, Rhone-Poulence, Eisal en Daiichi zijn geconfronteerd met de grootste civiele claims van de afnemers. Zie Mulder 2006.

6 Zie ook Korsten & Van Wanroij 2006a, p. 32.

7 De in het Convenant participerende partijen waren ABN AMRO Bank N.V., ING Bank N.V., F. van Lanschot Bankiers N.V., Fortis Bank Nederland N.V., N.V. Bank Nederlandse Gemeenten, Coöperatieve Centrale Raiffeisen – Boerenleenbank BA, SNS Bank N.V. en Friesland Bank N.V.2, Interpay Nederland B.V. en Interpay BeaNet B.V., De Nederlandse Vereniging van Banken, de Raad Nederlandse Detailhandel, de Nationale Winkelraad van de Koninklijke Vereniging MKB-Nederland, het Platform Detailhandel Nederland, het Koninklijk Verbond van Ondernemers in het Horeca en Aanverwante Bedrijf "Horeca Nederland", Vereniging Nederlandse Petroleum Industrie, BOVAG, Nederlandse Organisatie voor de Energiebranche "NOVE", Belangenvereniging Tankstations en de Vereniging Retail

is het treffen van schikkingen geen teken van een falende privaatrechtelijke handhaving, nu het mededingingsrecht uiteindelijk ook effectief door middel van schikkingen kan worden gehandhaafd. Ingeval de daadwerkelijke privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voor de rechter echter niet goed mogelijk is, wordt de positie die de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk tijdens de onderhandelingen inneemt ook zwakker. Als de laedens weet dat het voor de gelaedeerde bijna onmogelijk is om succesvol zijn schade vergoed te krijgen, zal de laedens niet snel bereid zijn tot een redelijke schikking te komen (zie hoofdstuk 8).

Er zijn veel hindernissen die een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de weg staan. Dat is althans de conclusie van de in opdracht van de Europese Commissie door het advocatenkantoor Ashurst vervaardigde studie over de bestaande rechtsregels en rechtspraktijk betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht in de toen nog 25 (inmiddels 27) lidstaten van de EU (het Ashurst-rapport).[8]

4.3.2 De stand van zaken in Nederland

In Nederland is het aantal mededingingsrechtelijke zaken voor de burgerlijke rechter niet groot. Uit onderzoek over de periode 1975-2005 blijkt dat er tot 1998 gemiddeld minder dan 10 zaken per jaar voor de burgerlijke rechter zijn gebracht.[9] Sinds de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1998 is het aantal zaken dat voor de burgerlijke rechter is gebracht aanzienlijk gestegen, maar het aantal zaken komt nog steeds niet tot nauwelijks boven de 40 per jaar.[10] Daarbij moet worden vermeld dat zich onder deze zaken nauwelijks vorderingen bevinden tot verkrijging van schadevergoeding. De praktijk tot dusver wijst uit dat geschillen zich veelal afspelen rond de vraag of nakoming kan worden gevorderd van gesloten overeenkomsten die in strijd met de mededingingsregels blijken te zijn. Het mededingingsrecht wordt in de meeste gevallen gebruikt als schild (waarbij de vordering tot nakoming van de overeenkomst wordt afgeweerd met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst) en niet als zwaard (waarbij een actie tot verkrijging van schadevergoeding wordt ingesteld of een verbod of gebod wordt gevraagd aan de burgerlijke rechter).

Partners Nederland. Zie ook de informele zienswijze van de NMa met betrekking tot de verenigbaarheid van het Convenant Betalingsverkeer 2005 met het mededingingsrecht. Een openbare versie van deze informele zienswijze is gepubliceerd op de website van de NMa, http://www.nmanet.nl.

8 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004.

9 Met een kleine uitschieter in 1993 en 1994 waar meer dan 10 zaken zijn behandeld. Zie Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 2.

10 Alleen in 2001 zijn er iets meer dan 40 zaken voor de burgerlijke rechter gebracht. Zie Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 2.

4.3.3 De stand van zaken in de VS

4.3.3.1 Inleiding

In Nederland is, zoals in de voorgaande paragraaf bleek, het aantal mededingingsrechtelijke zaken voor de burgerlijke rechter niet groot. In de Verenigde Staten daarentegen is, zoals hiervoor reeds gezegd in § 1.3, de situatie anders.[11] 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.[12] Sinds 1985 worden er in de Verenigde Staten 600 tot 1000 vorderingen per jaar gebaseerd op het mededingingsrecht.[13] 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 privaatrechtelijke handhaving versus publiekrechtelijke handhaving varieert in de Verenigde Staten van 10:1 tot 20:1. Negentig tot vijfennegentig procent van het aantal mededingingszaken wordt daar op federaal en statelijk niveau privaatrechtelijk gehandhaafd. Vergeleken met de Verenigde Staten heeft de Europese Commissie in de Europese Unie bijna exclusieve controle op de handhaving van het mededingingsrecht.[14]

4.3.3.2 Een ander systeem van handhaving

Zowel in de Europese Unie als in de Verenigde Staten kan het mededingingsrecht worden gehandhaafd door mededingingsautoriteiten en private partijen. In de Verenigde Staten zijn op federaal niveau zowel de *Antitrust Division* van het *Department of Justice* als de *Federal Trade Commission* bevoegd om het federale mededingingsrecht te handhaven. Anders dan in de Verenigde Staten, is in de Europese Unie de Commissie zowel openbare aanklager als rechter. De Commissie heeft onderzoeksbevoegdheden, vervolgingsbevoegdheden en sanctiebevoegdheden. In de Verenigde Staten heeft het *Department of Justice* uitgebreide onderzoeksbevoegdheden en vervolgingsbevoegdheden. De sanctiebevoegdheden berusten echter bij de rechter. De vermeende schending van het mededingingsrecht dient door het *Department of Justice* te worden voorgelegd aan de rechter. De rechter stelt (met behulp van juryrechtspraak) een schending van het mededingingsrecht vast en legt mogelijke sancties op. Zo kan de rechter boetes aan ondernemingen opleggen en boetes en gevangenisstraf opleggen aan de verantwoordelijke bestuurders. De *Federal Trade Commis-*

11 Zie ook Buxbaum 2007, p. 44-45.
12 Jones 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*.
13 Jones 1999, p. 79.
14 Jones 1999, p. 85; Zippro 2005a, p. 183.

sion heeft, anders dan het *Department of Justice*, onder de *Federal Trade Commission Act* sanctiebevoegdheden. Tegen een beslissing van de *Federal Trade Commission* kan in beroep worden gegaan bij een bestuursrechter.

4.3.3.3 De aantrekkingskracht van privaatrechtelijke handhaving in de VS

In de Verenigde Staten is het om een aantal redenen aantrekkelijk om het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven.[15] In de eerste plaats de mogelijkheid om *treble damages* te verkrijgen (het drievoudige bedrag aan schadevergoeding). In de tweede plaats de mogelijkheid van een *pre-trial discovery*-procedure, waarbij de vermeende overtreder van het mededingingsrecht alle relevante informatie moet overhandigen aan de vermeende gedupeerden van de mededingingsinbreuk. In de derde plaats de mogelijkheid voor de gelaedeerden om de honorering van advocaten te laten verlopen op basis van een *contingency fee* overeenkomst, waarbij de advocaten een bepaald percentage van de opbrengst van de zaak krijgen (*quota pars litis*). Indien de zaak niet succesvol is, krijgt de advocaat niets vergoed (*no cure no pay*). De gedupeerden lopen op deze manier geen risico op hoge advocatenkosten ingeval de zaak niet succesvol is. In de vierde plaats de mogelijkheid voor de gelaedeerden om een *class action* in te stellen tot verkrijging van schadevergoeding voor de gehele groep gedupeerden van de mededingingsovertreding. Deze mogelijkheid geeft ook een impuls aan het bereiken van een schikking tussen de laedens en de gelaedeerden. In de vijfde plaats is er ook een verschil in mentaliteit. In de Verenigde Staten zijn ondernemingen er inmiddels aan gewend dat bijvoorbeeld gedupeerde afnemers een schadevergoeding verlangen wegens een schending van het mededingingsrecht.

4.4 Waarom is de privaatrechtelijke handhaving nog onvoldoende effectief?

Waarom is de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in Nederland en de rest van de EU nog onvoldoende effectief? Voor de beantwoording van deze vraag zijn verschillende redenen te geven, die deels samenhangen met de (zojuist genoemde) redenen die het in de Verenigde Staten aantrekkelijk maken om het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven (§ 4.3.3.3).[16]

In de eerste plaats wegen de te verwachten baten van een procedure niet op tegen de mogelijke kosten van een civiele procedure (zie hoofdstuk 8). In de tweede plaats is het voor de gelaedeerde vaak moeilijk om het bewijs van een overtreding van het mededingingsrecht te leveren (zie hoofdstuk 9). In

15 Zie ook Venit 2003, p. 572.

16 Vgl. Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 2.

de derde plaats is het vaak uiterst lastig om de omvang van de schade precies vast te stellen (zie hoofdstuk 7). De bewijslevering voor wat betreft de schade die de gelaedeerde heeft geleden wegens de inbreuk op het mededingingsrecht door de laedens is geen eenvoudige zaak. Het is voor de laedens vaak eenvoudig om zand in de machine te strooien door het opwerpen van allerlei verweren. In de vierde plaats is er het in § 4.3.3.3 reeds genoemde verschil in mentaliteit. In de EU en Nederland is het nog niet ingeburgerd dat de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht schadevergoeding verlangen. Dit verschil in mentaliteit is wel aan het afnemen. Gedupeerde ondernemers en consumenten worden zich steeds bewuster van de mogelijkheden om schenders van het mededingingsrecht ook civielrechtelijk aan te pakken.

4.5 De ontwikkelingen na aanneming van Verordening 1/2003

4.5.1 Inleiding

Ik bespreek nu eerst de ontwikkelingen in het begin van de 21e eeuw op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Achtereenvolgens komen aan de orde: Verordening 1/2003, het Ashurst rapport, het Nederlandse rapport van Houthoff Buruma en het Groenboek en Witboek betreffende *Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels* met de tegelijkertijd gepubliceerde *Commission Staff Working Papers*.

4.5.2 Handhaving van mededingingsrecht onder Verordening 1/2003

In 2004 is de handhaving van het mededingingsrecht gedecentraliseerd met de invoering van Verordening 1/2003.[17] Men koos in plaats van een machtigingssysteem voor een systeem van wettelijke uitzonderingen met controle achteraf. Grootste verandering ten opzicht van de oude situatie is dat de bevoegdheid om artikel 81 lid 3 EG toe te passen aan de nationale mededingingsautoriteiten én de nationale rechters toekomt. Het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van artikel 81 lid 3 EG (het machtigingssysteem) is onder het regime van verordening 1/2003 verdwenen.

De Commissie zag met de invoering van Verordening 1/2003 meer ruimte voor handhaving op verschillende niveaus. Deze ontwikkeling valt te plaatsen

17 Zie voor een bespreking van Verordening 1/2003 onder meer Vogelaar 2003, p. 21-27.

in een meer algemene trend waarin rechtshandhaving in toenemende mate plaats vindt op verschillende niveaus die nauw met elkaar verweven zijn.[18]

De nationale rechterlijke instanties vervullen volgens punt 7 van de preambule van Verordening 1/2003 'bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak. Zij beschermen de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende subjectieve rechten door geschillen tussen particulieren te beslechten, met name door aan de slachtoffers van inbreuken schadevergoeding toe te kennen.' Verordening 1/2003 ondersteunt deze taak van de nationale rechterlijke instanties door het onder meer mogelijk te maken dat nationale rechters inlichtingen en advies kunnen vragen bij de Commissie. De Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten kunnen tevens eigener beweging als *amicus curiae* optreden voor de nationale rechter (zie hoofdstuk 5).[19] Als gevolg van Verordening 1/2003 zijn wijzigingen doorgevoerd in de Mededingingswet (artikel 89i Mw) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artikel 44a Rv en artikel 67 Rv). De nieuwe SamenwerkingsMededeling die door de Commissie is gepubliceerd, zal de burgerlijke rechter behulpzaam zijn bij zijn zoektocht door het Europees mededingingsrecht (zie § 5.4.9).[20] Dit alles wil nog niet zeggen dat de positie van de burgerlijke rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht ook daadwerkelijk prominenter is geworden.

4.5.3 Het Ashurst rapport

De Europese Commissie heeft na een openbare aanbestedingsprocedure opdracht gegeven aan het advocatenkantoor Ashurst om een onderzoek te verrichten dat beoogt een inventarisatie te geven van de mogelijkheden in de verschillende lidstaten van de Europese Unie om vergoeding te vorderen van schade veroorzaakt door inbreuken op het mededingingsrecht. De Commissie wilde op deze manier de belemmeringen, die in de weg staan aan het succesvol instellen van een actie tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht, in kaart brengen en analyseren. Op 31 augustus 2004 verscheen het uiteindelijke onderzoek getiteld *'Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules'*. Het onderzoek bestaat uit een vergelijkend rapport (deel I) en een economisch

18 Zippro 2005a, p. 181.

19 Art. 15 lid 1 en lid 3 Verordening 1/2003.

20 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, *PbEU* 2004, C 101/54.

rapport (deel II).[21] Het rapport is in zekere zin de opvolger van het in 1966 verschenen rapport 'Herstel van schade ten gevolge van schending van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag', waarin de Commissie voor het eerst aandacht heeft gevraagd voor de mogelijkheid om bij de burgerlijke rechter schadevergoeding te vorderen wegens schending van het Europees mededingingsrecht.[22] Tevens valt te denken aan het in 1985 verschenen rapport Germer.[23] Het rapport Germer bevat een update van het rapport uit 1966 en bespreekt daarnaast enkele nieuwe lidstaten.

Het Ashurst-rapport schetst een somber beeld van de huidige stand van zaken. De huidige situatie in de EU zou worden gekenmerkt door een '*astonishing diversity*' tussen de verschillende lidstaten en een '*total underdevelopment*'. Uit het onderzoek komt een verrassend laag aantal zaken naar voren waarin schadevergoeding is gevorderd ten gevolge van een schending van het mededingingsrecht.[24] Hierbij moeten mijns inziens wel drie belangrijke kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste wordt het in kort geding preventief procederen ter voorkoming van schade niet genoemd in de conclusie van het onderzoek. Ten tweede worden ook geen arbitrageprocedures meegenomen bij het aantal zaken waarin schadevergoeding is gevorderd en toegewezen. Wellicht nog belangrijker is, en dat is de derde kanttekening, dat in het Ashurst-rapport geen rekening wordt gehouden met mogelijke schikkingen tussen partijen.

Er zijn veel hindernissen die een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de weg staan. Dat is althans de conclusie van de in opdracht van de Europese Commissie door het advocatenkantoor Ashurst vervaardigde studie over de bestaande rechtsregels en rechtspraktijk betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht in de (destijds nog 25) lidstaten van de EU. Het rapport behandelt achtereenvolgens problemen met betrekking tot *legal basis*, *competent court*,

---

21 De auteurs van het vergelijkend rapport hebben gebruik gemaakt van door nationale rapporteurs opgestelde landenrapporten uit de destijds vijfentwintig lidstaten van de EU. De nationale rapporteurs geven antwoord op een vaste lijst met vragen die door de Commissie zijn bedacht. Een methode van rechtsvergelijking die snel enig inzicht geeft in de situatie in de vijfentwintig lidstaten. Voor ons land viel die eer te beurt aan W. VerLoren van Themaat.

22 Batiffol e.a. 1966.

23 Commissie, document IV/292/85, *Réperation des conséquences dommageables d' une violation des articles 85 et 86 du Traité instituant la CEE* (niet officieel gepubliceerd).

24 De studie laat zestig zaken zien waarin schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht wordt gevorderd. Van deze zaken zijn twaalf gebaseerd op het Europees mededingingsrecht, tweeëndertig zijn gebaseerd op het nationaal mededingingsrecht en zes zijn gebaseerd op zowel het Europees als het nationaal mededingingsrecht. Volgens het rapport hebben achtentwintig van deze zaken geresulteerd in een schadevergoeding, waarvan acht op grond van schending van het Europees mededingingsrecht, zestien op grond van schending van het nationaal mededingingsrecht en vier op grond van zowel het Europees als het nationaal mededingingsrecht. Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004, p. 1.

standing, *procedural and substantive conditions to obtain damages*, *rules of evidence*, *grounds of justification*, *damages*, *timing* en *costs*.

Het Ashurst-rapport bevat een aantal aanbevelingen om de hindernissen voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht weg te nemen.[25] Kort gezegd komen deze neer op het verbeteren van de toegang tot de rechter, het verlagen van het risico op verloren zaken, het faciliteren en vereenvoudigen van de bewijslevering en de bewijsvergaring (zie hoofdstuk 9), het verlagen van de kosten die verbonden zijn aan een civiele procedure, het stimuleren van andere prikkels zoals de invoering van hogere schadevergoeding door middel van *punitive damages*, *exemplary damages* of *treble damages* en het gebruik van de winst van de laedens als maatstaf voor de berekening van schade van de gelaedeerde (zie hoofdstuk 7). Als laatste aanbeveling wordt genoemd het vergroten van de transparantie en kennis betreffende het mededingingsrecht in het algemeen en het vergroten van de kennis over de mogelijkheden die de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht ter beschikking staan om schadevergoeding te verkrijgen in het bijzonder.

4.5.4 Het Nederlandse rapport van Houthoff Buruma

Het Ministerie van Economische Zaken heeft het advocatenkantoor Houthoff Buruma in augustus 2005 gevraagd te onderzoeken welke obstakels een benadeelde van een mededingingsovertreding in Nederland op zijn weg aantreft ingeval hij terzake schadevergoeding wil vorderen. Het rapport bespreekt mogelijke bewijsproblemen, problemen rondom de verkrijging van schadevergoeding, problemen omtrent het *passing-on* verweer en indirecte acties, kosten, problemen omtrent het procederen als collectiviteit en zorgen over de kwaliteit van de rechtspraak. In het rapport onder redactie van Maarten Haak en Weijer VerLoren van Themaat zijn op verzoek van het Ministerie tevens enkele oplossingen voorgesteld om de aanwezige obstakels te verminderen. Ik zal de oplossingen die in het rapport worden aangereikt hier kort bespreken. Deze oplossingen zijn deels reeds voorgesteld door de *EU Private Litigation Working Group* van de *International Bar Association*.[26]

Om de privaatrechtelijke handhaving aantrekkelijker te maken zou kunnen worden gedacht de benadeelde recht te geven op een hogere schadevergoeding. Dit zou kunnen door *punitive damages* mogelijk te maken (§ 7.10) en de wettelijke rente in mededingingszaken te verhogen (§ 7.11).[27] Om het redelijk succesvolle clementiebeleid niet te verstoren zou kunnen worden overwogen het clementiebeleid te laten doorwerken in de civiele procedure (§ 7.12). De

25 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004, p. 9-13.
26 Http://www.ibanet.org/legalpractice/EU_Private_Litigation_Working_Group.cfm.
27 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 61-68.

aansprakelijkheid zou kunnen worden beperkt. Zo zou de informant/verklikker slechts gehouden kunnen zijn de schade te vergoeden indien deze niet op de overige kartelleden kan worden verhaald (achtergestelde aansprakelijkheid).[28] Zie over deze onderwerpen nader hoofdstuk 7.

De kosten van een civiele procedure ter verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht spelen een belemmerende rol. Een voorgestelde mogelijkheid is om een volledige vergoeding van de kosten van rechtsbijstand toe te kennen aan de in het gelijk gestelde eiser. Indien de gedaagde in het gelijk zou worden gesteld zou deze slechts de forfaitaire vergoeding ontvangen volgens het Liquidatietarief. De vergoeding van de kosten van externe partijdeskundigen aan de zijde van gedaagde zou kunnen worden beperkt of uitgesloten. De kosten van partijdeskundigen van de eiser en de kosten van gerechtelijke deskundigen zouden gefinancierd kunnen worden door de Staat.[29] Deze mogelijkheden zouden beperkt kunnen worden tot *hardcore* kartelafspraken (de meest ernstige kartelafspraken), consumentenzaken of collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met voldoende draagvlak.[30]

Om collectieve schadevergoedingsacties te stimuleren zou kunnen worden gedacht aan de invoering van de mogelijkheid om collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding mogelijk te maken (zie hoofdstuk 8).[31] Het derde lid van artikel 3:305a BW, dat bepaalt dat een dergelijke rechtsvordering niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld, zou in dat geval geschrapt moeten worden. Om de initiatiefnemer van de collectieve actie te prikkelen kan een ruime vergoeding voor de kosten van de initiator op zijn plaats zijn. Deze vergoeding zou door de rechter ten laste van de uitkering aan de gelaedeerden kunnen worden gebracht. Collectieve schadevergoedingsacties komen gemakkelijker van de grond indien de advocatenkosten niet als het spreekwoordelijke zwaard van Damocles boven het hoofd hangen. Een mogelijke oplossing zou de opheffing zijn van het geldende verbod op de hantering van *contingency fees* (*no cure no pay* en *quota pars litis)* of *conditional fees* (*no win no fee*) bij collectieve schadevergoedingsacties of gebundelde acties waar voldoende draagvlak voor bestaat (§ 8.6.3).[32] Het gevaar om financieel

28 Idem, p. 69.
29 Idem, p. 90-91.
30 Idem, p. 90-91.
31 Collectieve eisers kunnen door onderhandelingen wel een schikking bereiken die op basis van de nieuwe Wet collectieve afwikkeling massaschade algemeen verbindend kan worden verklaard.
32 Op grond van tweede lid van gedragsregel 25 van de NOvA staat het de advocaat niet vrij overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht (verbod van *no cure no pay*). Op grond van het derde lid van gedragsregel 25 mag de advocaat niet overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te berekenen gevolg (verbod van *quota pars litis*), behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief. De NMa heeft in 2002 een redelijk vermoeden uitgesproken

ten onder te gaan zou dan van de baan zijn. De financiering van collectieve schadevergoedingsacties door de Staat zou ook nog een mogelijkheid kunnen zijn, evenals de sinds kort in Duitsland bestaande mogelijkheid om als organisatie in het algemeen belang te vorderen dat de met de overtreding behaalde winst aan de Staat wordt afgedragen.[33]

Op het gebied van de informatie- en bewijsgaring worden ook enkele voorstellen gedaan (zie hoofdstuk 9). Zo kan om de benadeelde tegemoet te komen gedacht worden aan de mogelijkheid voor de rechter om op verzoek of ambtshalve een onderzoeker te benoemen met een aantal bevoegdheden, zoals het onder ede doen horen van getuigen (vergelijk de enquêteur bedoeld in artikel 2:351 BW),[34] een wettelijke verplichting van procespartijen alle relevante informatie te verstrekken die kan dienen tot de ontsluiting van voor de procedure relevant bewijs (*pre-trial discovery*), een uitbreiding van de bevoegdheid van de burgerlijke rechter om ook in de voorfase van het proces stukken ambtshalve op te vragen en een wettelijke beperking van de mogelijkheid voor de burgerlijke rechter om af te wijken van het oordeel van een mededingingsautoriteit.

4.5.5 Het Groenboek van de Europese Commissie

4.5.5.1 Inleiding

In december 2005 verscheen het Groenboek *'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire mededingingsregels'* en de tegelijkertijd gepubliceerde *'Commission Staff Working Paper'*.[35] In het kader van de inspanningen ter verbetering van de handhaving van het mededingingsrecht hebben het Groenboek en het daaraan gehechte werkdocument van de diensten van de Commissie betrekking op de voorwaarden voor het instellen van schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingswetgeving.[36] Er wordt nagegaan wat de belangrijkste belemmeringen zijn voor een doeltreffender systeem voor het instellen van dergelijke vorderingen en er worden mogelijke oplossingen voor deze problemen voorgesteld. Dit geldt voor zowel *follow-on*

---

dat het verbod op *no cure no pay* in strijd is met art. 6 Mw, omdat advocaten door het verbod in hun concurrentiemogelijkheden jegens elkaar worden beperkt. Zie NMa besluit 21 februari 2002, zaak 560 *(Engelgeer/NOvA)*. De NOvA heeft met betrekking tot *no cure no pay* in de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) dezelfde verbodsbepalingen opgenomen als in de gedragsregels. Door het creëren van een formele basis voor het verbod op *no cure no pay* heeft de NOvA de mededingingswetgeving buiten spel willen zetten.

33 7. GWB-Novelle (7e amendement op de Duitse mededingingswet).

34 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 19-22, 49.

35 Groenboek, COM/2005/672 def. Zie over het Groenboek bijvoorbeeld Pheasant 2006, p. 365-381.

36 Zie Groenboek, COM/2005/672 def., p. 3.

acties als voor *stand-alone* acties. In het eerstgenoemde geval wordt de civiele vordering ingesteld nadat een mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld. In het laatstgenoemde geval betreft het vorderingen die niet worden voorafgegaan door de vaststelling van een inbreuk door een mededingingsautoriteit.

Een soepeler regeling inzake schadevorderingen wegens schending van de mededingingswetgeving zal volgens de Commissie tot gevolg hebben dat consumenten en ondernemingen, die als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels schade hebben geleden, gemakkelijker schadevergoeding van de laedens kunnen krijgen. Daarnaast zal een soepeler regeling volgens de Commissie leiden tot een betere handhaving van het mededingingsrecht. Een felle concurrentie op een open interne markt biedt volgens de Commissie de beste garantie voor een toename van de productiviteit en van het innovatieve potentieel van Europese ondernemingen. De handhaving van het mededingingsrecht vormt volgens de Commissie dan ook een essentieel onderdeel van de 'strategie van Lissabon', die gericht is op de groei van de economie van de Europese Unie en de schepping van arbeidsplaatsen voor de burgers van Europa.

De hindernissen en mogelijke oplossingen bij het instellen van schadevorderingen wegens schending van de Europese mededingingswetgeving worden in het Groenboek weergegeven door middel van vijftien vragen. Het Groenboek biedt bij elke vraag één of meerdere oplossingen. Ik bespreek de voorgestelde mogelijkheden nu stapsgewijs.[37] Ik beperk mij in dit hoofdstuk tot een korte weergave van de voorgestelde mogelijkheden door de Commissie. In de verschillende hoofdstukken van dit boek ga ik per deelonderwerp dieper in op de voorgestelde mogelijkheden door de Commissie.

4.5.5.2 Toegang tot bewijsmiddelen

Het met behulp van concreet bewijs aantonen van een inbreuk op de mededingingsregels vormt vaak een moeilijk probleem bij het instellen van schadevorderingen in mededingingszaken. Het relevante bewijsmateriaal is vaak niet gemakkelijk verkrijgbaar en bevindt zich meestal bij de partij die zich schuldig heeft gemaakt aan mededingingsverstorende gedragingen. De Commissie stelt drie mogelijke oplossingen voor om de toegang tot bewijsmiddelen te vergroten.

De eerste mogelijkheid is invoering van de reeds in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk bestaande rechtsfiguur *discovery*, waarbij de gedaagde al dan niet op bevel van de rechter zou worden verplicht bepaalde in zijn

37 Zie voor een korte bespreking van het Groenboek (COM/2005/672 def.) ook Korsten & Van Wanroij 2006b, p. 64-67.

bezit zijnde stukken aan de eiser ter beschikking te stellen. Een dergelijke regeling bestaat al voor de handhaving van intellectuele eigendomsrechten.[38]

De tweede mogelijkheid hangt samen met documenten en informatie die reeds in het bezit zijn van een mededingingsautoriteit. De Commissie stelt voor dat elke partij in een procedure voor een mededingingsautoriteit verplicht is om aan potentiële eisers alle documenten die bij de mededingingsautoriteit zijn ingediend ter beschikking te stellen, uitgezonderd de aanvragen voor toepassing van de clementieregeling.[39] Eventueel zou deze toegang ook alleen kunnen bestaan voor de nationale rechter, waarbij de rechter de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen of van andere vertrouwelijke informatie behoort te waarborgen.

De derde mogelijkheid is een aanpassing van de bewijslastverdeling tussen eiser en gedaagde in het geval van informatie-asymmetrie tussen beiden. Deze voorschriften zouden tegenwicht kunnen bieden voor het feit dat er geen of nauwelijks openbaarmakingsvoorschriften bestaan. Daarnaast zouden bij *follow-on* acties inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten (van EU-lidstaten) bindend moeten zijn voor de burgerlijke rechter. Zou deze bindendheid niet worden ingevoerd, dan vormt de omkering van de bewijslast een mogelijkheid ingeval sprake is van een inbreukbesluit.

De bewijsmogelijkheden en bewijsproblemen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht worden besproken in hoofdstuk 9.

4.5.5.3 Bewijs van schuld

Aangezien schadevorderingen betrekking hebben op aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad, is in veel lidstaten het bewijs van schuld vereist. De Commissie vraagt zich af of voor schadevorderingen in mededingingszaken het bewijs van schuld moet worden geleverd. De Commissie suggereert dat het bewijs van de inbreuk toereikend zou moeten zijn en opteert dus voor een vorm van risicoaansprakelijkheid of een omkering van de bewijslast. Deze risicoaansprakelijkheid of omkering van de bewijslast zou eventueel kunnen worden beperkt tot de zwaarste inbreuken op de mededingingswetgeving. Eventueel zou de verweerder de mogelijkheid moeten hebben aan te tonen dat sprake is van een verschoonbare, onjuiste opvatting over het recht of de feiten (verschoonbare dwaling).

In het Nederlands recht vormt toerekenbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW geen probleem bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Toerekenbaarheid van de inbreuk op het mededingingsrecht aan de dader vindt plaats wanneer deze inbreuk is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattin-

38 Art. 6 lid 1 Richtlijn nr. 2004/48/EG. Zie over bewarende en voorlopige maatregelen in het kader van deze richtlijn Freudenthal 2008, p. 200-210.

39 Zie over toegang tot dossiers ook Van de Hel & De Grave 2006, p. 10-17.

gen voor zijn rekening komt. De aanwezigheid van schuld wordt echter veelal op voorhand aangenomen, nu het uitzonderlijk is dat ingeval de onrechtmatigheid vast is komen te staan de dader geen schuld heeft.[40] Degene die dwaalt ten aanzien van de rechtmatigheid van zijn eigen handelen in strijd met het mededingingsrecht pleegt een onrechtmatige daad die, zo er al geen sprake is van schuld, kan worden toegerekend krachtens de verkeersopvattingen.[41]

De toerekenbaarheid en het bewijs van schuld worden besproken in hoofdstuk 7 (§ 7.6.4).

4.5.5.4 Schadevergoeding

Schadevergoeding is gericht op compensatie. De gelaedeerde moet worden teruggebracht in de situatie waarin hij zonder de inbreukmakende gedraging zou hebben verkeerd. Naast deze compensatiefunctie is het volgens de Commissie van belang dat de mogelijkheid bestaat om onrechtmatige winst terug te vorderen. Opmerkelijk is dat de Commissie voorstelt om de schade die vergoed moet worden als gevolg van horizontale kartels te verdubbelen (*double damages*). Deze verdubbeling zou meer potentiële eisers over de streep moeten trekken om een civiele procedure te beginnen. De verdubbeling maakt het aantrekkelijker om te gaan procederen, nu de baten de kosten in voldoende mate zouden overtreffen. Het is de vraag of invoering van *double damages* samen gaat met het feit dat in de meeste lidstaten *punitive damages* in strijd worden geacht met de openbare orde.[42]

---

40 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 77. In de praktijk is het moeilijk voorstelbaar dat een onderneming die de mededingingsregels overtreedt geen verwijt kan worden gemaakt. Voor wat betreft het ongeoorloofde mededingingsrecht heeft de Hoge Raad een beroep op verschoonbare dwaling verworpen in HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)*. Hoewel de uitspraak is gewezen in een geschil betreffende het privaatrechtelijk mededingingsrecht (in dit geval het ongeoorloofde mededingingsrecht) zal hetzelfde hebben te gelden voor het publiekrechtelijk mededingingsrecht. In beginsel is een beroep op verontschuldigbare dwaling ten aanzien van het objectieve recht onder het oude recht mogelijk geacht, maar een beroep op rechtsdwaling wordt meestal afgewezen wegens het feit dat zij aan eigen schuld is te wijten of voor risico van de dwalende komt. Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 79 en de daar genoemde verwijzing naar HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)*, r.o. 3.2.4. Zie ook Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 3, aant. 52.

41 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 618-619 (TM). Toerekening krachtens de verkeersopvattingen wordt beperkt tot een beperkt aantal situaties, nu de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voornamelijk een schuldaansprakelijkheid is. Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 91-92.

42 Zie ook de *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*. Art. 11 bepaalt: '(1) Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered. (2) The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.'

Voor de vaststelling van de schade is de Commissie van plan een aantal richtsnoeren uit te brengen betreffende de raming van schade. Er zijn meerdere economische modellen ontwikkeld om in ingewikkelde situaties de schade te berekenen. De Commissie vraagt zich af of deze modellen in schadeprocedures zouden moeten worden gebruikt.

De verkrijging van schadevergoeding en de mogelijke invoering van *punitive damages* in mededingingszaken worden verder besproken in hoofdstuk 7 (§ 7.10).

4.5.5.5 Het passing-on verweer en de procesbevoegdheid van indirecte afnemers

Het *passing-on* verweer is het verweer dat de laedens kan voeren door te stellen dat de gedupeerde afnemer geen schade heeft geleden indien deze de hogere prijs, die het gevolg is van de inbreuk op het mededingingsrecht, heeft doorberekend aan zijn afnemers. Stel dat onderneming A wordt aangesproken door onderneming B wegens het feit dat onderneming B schade heeft geleden (namelijk het betalen van een supracompetitieve prijs) als gevolg van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A. Onderneming A kan nu als verweer voeren dat er helemaal geen schade is geleden door onderneming B. De duurdere prijzen zijn immers door B doorberekend aan de derde partij C, veelal de consument. Dit zou kunnen betekenen dat de schadevergoeding die A aan B moet betalen, wordt verminderd met de hogere prijzen die B aan C heeft doorberekend.

In de Verenigde Staten is dit *passing-on* verweer in het algemeen uitgesloten. In *Hanover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp.* heeft het *U.S. Supreme Court* geoordeeld dat een gedaagde zich niet mag verweren tegen een eis tot schadevergoeding met de stelling dat de eiser de te hoge prijs heeft of zou hebben kunnen doorgeven aan zijn klanten.[43] Het onderzoek naar de vraag hoeveel van de te hoge prijs de eiser precies heeft of zou hebben kunnen doorberekenen aan zijn afnemers zou de procesvoering te zeer bemoeilijken en de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving verminderen. Schadeclaims van indirecte afnemers zijn in de Verenigde Staten door het *U.S. Supreme Court* op federaal niveau verboden (zie § 7.9.2.3). In Duitsland is het *passing-on* verweer uitgesloten bij wet. In het *Gesetz gegen Wetbewerbsbeschränkungen* (Par. 33, abs. 3) is bepaald dat schadevergoeding niet mag worden uitgesloten wegens het feit dat goederen of diensten zijn doorverkocht. In Nederland bestaat een dergelijke rechterlijke of wettelijke uitsluiting van het *passing-on* verweer niet.

De Commissie vraagt zich af of er voorschriften moeten zijn betreffende de ontvankelijkheid en de werking van het *passing-on* verweer. Zo ja, welk soort voorschriften? Met deze vragen hangt samen de vraag of indirecte afnemers procesbevoegdheid moeten hebben. De Commissie lijkt van mening

43 *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481 (1968).

te zijn dat indirecte afnemers de mogelijkheid moeten hebben schadevergoeding te vorderen ingeval het *passing-on* verweer wordt toegestaan. Indien het *passing-on* verweer echter wordt beperkt of uitgesloten zou kunnen worden overwogen om indirecte afnemers uit te sluiten van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen.

Het *passing-on* verweer wordt uitgebreider besproken in § 7.9.

4.5.5.6 Bescherming van consumentenbelangen

Consumenten zullen niet snel een vordering instellen tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels. De geleden schade staat in veel gevallen niet in verhouding tot de te maken proceskosten (inclusief advocatenkosten!). De Commissie vraagt zich af of er bijzondere procedures moeten zijn voor het instellen van collectieve vorderingen en de bescherming van consumentenbelangen.[44] Aandacht zal moeten worden besteed aan de vraag wie een groep consumenten zou kunnen vertegenwoordigen, de verdeling van de schadevergoeding (wordt zij toegekend aan de consumentenorganisatie zelf of aan haar leden) en de berekening van de schadevergoeding (zo wijst de Commissie op het feit dat de aan de consumentenorganisatie toegekende schadevergoeding kan worden berekend op basis van de onrechtmatige winst van de verweerder, terwijl de aan de leden toegekende schadevergoeding kan worden berekend op basis van de individuele schade).

De mogelijkheid tot het instellen van een collectieve vordering wordt nader besproken in hoofdstuk 8.

4.5.5.7 Proceskosten

Proceskosten spelen een belangrijke rol bij de overweging om al dan niet een vordering bij de burgerlijke rechter in te stellen. Bij relatief kleine individuele schades (strooischade) vormen, naast de juridische aspecten, ook de financiële en organisatorische aspecten een belangrijk obstakel.[45] Er zullen zich in verband met de proceskosten voldoende betalende eisers moeten melden, voordat een collectieve actie aanhangig wordt gemaakt. Daarnaast moeten de gedupeerden ook nog eens de moeite doen zich te organiseren.

De Commissie overweegt om voor te schrijven dat de in het ongelijk gestelde verzoekers slechts in de kosten worden veroordeeld indien zij kenne-

---

44 Denk ook aan de Richtlijn Verbodsacties Consumenten, waarin een regeling is neergelegd van de toegang tot de rechter in grensoverschrijdende geschillen waarin collectieve consumentenbelangen in het geding zijn. Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEG* 1998, L 166/51.

45 Zie over strooischade nader Tzankova 2005; Tzankova 2007b, p. 171 e.v.

lijk onredelijk hebben gehandeld door de zaak voor de rechter te brengen. Een andere mogelijkheid zou zijn de rechter de discretionaire bevoegdheid te verlenen om bij de aanvang van een proces te bevelen dat de verzoeker geen kosten zal moeten dragen, zelfs niet indien hij in het ongelijk zou worden gesteld (zie over de financiering van collectieve acties § 8.6).[46]

4.5.5.8 Coördinatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving

Publiekrechtelijke handhaving en privaatrechtelijke handhaving vullen elkaar aan en moeten zo goed mogelijk op elkaar worden afgestemd. Met name de verhouding tussen de clementieregeling en mogelijke schadevorderingen vormt een punt van aandacht. Zie § 4.5.6.10, § 7.12 en § 9.5.9.5. Ondernemingen zullen wellicht minder snel geneigd zijn zich aan te geven indien zij het risico lopen een stortvloed van civiele schadevergoedingsacties over zich heen te krijgen. De Commissie ziet een mogelijke oplossing in het vertrouwelijk behandelen van clementieverzoeken en het beperken van de civielrechtelijke aansprakelijkheid.

4.5.5.9 Rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht

Verordening 44/2001 regelt welke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen tegen verweerders die hun woonplaats in een van de lidstaten hebben.[47] Dergelijke verweerders kunnen worden gedagvaard voor de gerechten van de staat waar zij woonplaats hebben of – naar keuze van de verzoeker – voor de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. De plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan is (a) de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis of (b) de plaats waar de schade is ingetreden (naar keuze van de verzoeker). Voor wat betreft het toepasselijk recht moet worden gekeken naar de in 2009 in werking tredende Verordening Rome II (Rome II-Vo).[48] De Rome II-Vo regelt het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. De Commissie twijfelt in

46 De Commissie voelt zich gestimuleerd deze maatregelen te nemen nu het Gemeenschapsrecht en het EVRM voor civiele vorderingen een doeltreffende toegang tot de rechter verlangen. Voor een doeltreffende toegang tot de rechter is het echter niet noodzakelijk dat de eiser geen proceskosten hoeft te betalen. De argumentatie van de Commissie wekt dan ook enige bevreemding.

47 Verordening 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1. Voor wat betreft Denemarken wordt de rechterlijke bevoegdheid geregeld in het EEX-Verdrag.

48 Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* 2007, L 199/40. Zie ook het voorafgaande voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), COM (2003) 427 def.

het Groenboek nog of het toepasselijke recht moet worden aangewezen op grond van de algemene regel van artikel 5 (inmiddels artikel 4) van Verordening Rome II (recht van het land waar de schade is ingetreden) of dat er speciale regels van toepassing moeten zijn bij schending van de mededingingsregels. Inmiddels is er in artikel 6 Rome II-Vo een aparte regeling opgenomen voor oneerlijke concurrentie en daden die de vrije concurrentie beperken (§ 10.4.3).

De voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevante aspecten van internationaal privaatrecht worden besproken in hoofdstuk 10.

4.5.5.10 Andere punten

De Commissie suggereert aan het eind van het Groenboek nog een eventuele (economisch) deskundige door de rechter te laten aanwijzen om zo te voorkomen dat door de inzet van allerlei partijdeskundigen de procedure onnodig wordt vertraagd. Daarnaast suggereert de Commissie de normale verjaringstermijnen te verruimen wegens de complexiteit van veel mededingingszaken. Een verruiming van de verjaringstermijnen zal naar Nederlands recht niet veel toevoegen, omdat de verjaringsregels reeds vrij ruim zijn. Zie mijn bespreking in hoofdstuk 7 (§ 7.14). In sommige andere rechtsstelsels van de lidstaten (waar minder ruime verjaringstermijnen worden gehanteerd) kan dit echter een belangrijk obstakel wegnemen. Tevens wil de Commissie verder toelichten hoe de eiser het bewijs van causaal verband tussen een inbreuk en daaruit vloeiende schade kan leveren.

4.5.6 Het Witboek van de Europese Commissie

4.5.6.1 Inleiding

April 2008 is het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels verschenen.[49] 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

> 'bestaat erin 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.'[50]

49 Witboek, COM/2008/165 def.
50 Witboek, COM/2008/165 def., § 1.2.

Daarbij past wel de kanttekening dat deze formulering in het Witboek wat onzorgvuldig is. Alleen de rechtstreekse werking schept presumpties die met algemene rechtsbeginselen toegepast door het HvJ EG worden geconcretiseerd. Het EG-Verdrag verleent niet direct zelf een dergelijk recht op herstel van alle schade wegens schending van het mededingingsrecht.

De Commissie is van mening dat 'doeltreffendere compensatiemechanisme' inherent gunstige effecten zal opleveren voor wat betreft de afschrikkende werking ten aanzien van toekomstige inbreuken en zal zorgen voor een betere naleving van de Europese mededingingsregels.[51] Dit is volgens de Commissie van belang nu 'vrijwaring van de vrije mededinging integrerend deel uitmaakt van de interne markt en van wezenlijk belang is voor de tenuitvoerlegging van de Lissabonstrategie.' Bewuste aandacht voor mededinging draagt volgens de Commissie ook bij tot 'een betere inzet van middelen, grotere economische doelmatigheid, meer innovatie en lagere prijzen.'[52]

De 'gebrekkige doeltreffendheid van schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels zoals die momenteel bestaat', wordt volgens de Commissie

> 'het best aangepakt door een samenstel van maatregelen op zowel Gemeenschapsniveau als nationaal niveau, om zo in iedere lidstaat tot een daadwerkelijke minimale bescherming van het recht op schadevergoeding van slachtoffers ingevolge de artikelen 81 en 82 te komen en in de hele EU een gelijker speelveld te creëren en voor grotere rechtszekerheid te zorgen.'[53]

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.

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.' Het ontbreken in het Witboek van de in het Groenboek nog voorgestelde *double damages* is wellicht het gevolg van het niet zijn van een 'evenwichtige maatregel die geworteld is in de Europese rechtscultuur en traditie.'[54]

---

51 Witboek, COM/2008/165 def., § 1.2.
52 Witboek, COM/2008/165 def., § 1.2.
53 Witboek, COM/2008/165 def., § 1.1.
54 Zie *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, § 182.

4.5.6.2 Collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding

In de eerste plaats stelt de Commissie voor om collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding toe te laten.[55] Zij wil dit mogelijk maken door de invoering van twee mechanismen voor collectieve acties. Enerzijds door de mogelijkheid in te voeren dat acties tot verkrijging van schadevergoeding kunnen worden gevoerd door belangenbehartigers, die door daartoe bevoegde entiteiten (consumentenverenigingen, overheidsinstanties of brancheorganisaties) worden ingesteld namens geïdentificeerde of identificeerbare gelaedeerden. Anderzijds door de invoering van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* systeem.

In het eerste geval dient het te gaan om daartoe vooraf aangewezen entiteiten of entiteiten die op *ad hoc* basis door een lidstaat in een bepaalde zaak van schending van de mededingingsregels zijn erkend om een actie in te stellen namens alle of een deel van hun leden. In het laatste geval besluiten gelaedeerden uitdrukkelijk hun individuele acties tot verkrijging van schadevergoeding te bundelen tot één actie. Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 8.9.

4.5.6.3 Toegang tot bewijsmateriaal

In de tweede plaats stelt de Commissie voor dat de nationale rechter in specifieke omstandigheden de bevoegdheid krijgt om procespartijen of derden te bevelen welomschreven categorieën van relevant bewijsmateriaal openbaar te maken.[56] Aan het bevel tot openbaarmaking zijn wel de nodige voorwaarden verbonden.

Verklaringen van partijen die een beroep doen op de clementieregeling en onderzoek van de mededingingsautoriteiten worden afdoende beschermd. Om te voorkomen dat relevant bewijsmateriaal wordt vernietigd of dat wordt geweigerd zich te schikken naar een bevel tot openbaarmaking, dient de nationale rechter de bevoegdheid te krijgen om afdoende sancties met een afschrikkende werking op te leggen (inclusief de mogelijkheid om daaruit ongunstige conclusies te trekken in de civiele schadeprocedure). Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 9.4.9.4.

4.5.6.4 Bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten

In de derde plaats stelt de Commissie voor dat een nationale rechter die zich moet uitspreken over schadevergoedingsacties wegens schending van de artikelen 81 of 82 EG geen besluit kan nemen dat in strijd is met een eindbesluit van een bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededin-

55 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.1.
56 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.2.

gingsautoriteit of een uitspraak van de beroepsrechter.[57] Het dient dan te gaan om een eindbesluit waarin een inbreuk op de artikelen 81 of 82 EG is vastgesteld of ten aanzien waarvan een beroepsrechter een einduitspraak heeft gedaan waarin de beschikking van de nationale mededingingsautoriteit wordt bevestigd of waarin die rechter zelf een inbreuk vaststelt.

Het dient bij deze regel te gaan om onherroepelijke besluiten waarbij de gedaagde alle beroepsmogelijkheden heeft uitgeput. Tevens heeft deze regel alleen betrekking op dezelfde praktijken en dezelfde onderneming of ondernemingen ten aanzien waarvan de nationale mededingingsautoriteiten of beroepsrechter een inbreuk heeft vastgesteld.

De binding van de burgerlijke rechter aan een besluit van de NMa wordt nader besproken in § 9.5.7.4. De vrije bewijswaardering wordt besproken in § 9.5.7.5. De vraag of inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten bindend behoren te zijn, wordt besproken in § 9.5.7.6. Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 9.5.7.7.

4.5.6.5 Bewijs van schuld

In de vierde plaats stelt de Commissie voor een aparte regeling in te voeren met betrekking tot het bewijs van schuld. Zodra de gelaedeerde een inbreuk op artikel 81 of 82 EG heeft bewezen, dient de inbreukmaker aansprakelijk te worden gehouden voor de veroorzaakte schade, tenzij deze kan aantonen dat de inbreuk het resultaat was van een daadwerkelijk verschoonbare dwaling. Een dwaling is volgens de Commissie verschoonbaar indien een redelijk persoon die volgens een strenge zorgvuldigheidsnorm handelt, niet had kunnen weten dat die gedraging de mededinging beperkte.[58] Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 7.6.4.3.

4.5.6.6 Schadevergoeding

In *Manfredi* heeft het HvJ EG bevestigd voor welke soorten schade de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht compensatie moeten kunnen krijgen.[59] De gelaedeerden dienen in ieder geval compensatie voor de waarde van de geleden schade te krijgen.[60] Het recht op compensatie betreft

> 'niet alleen de reële schade van de mededingingsverstorende prijsverhoging [geleden verlies, EJZ], maar ook de gederfde winst als gevolg van omzetdaling en omvat ook een recht op het ontvangen van rente.'

57 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.3.
58 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.4.
59 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.
60 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.5. In het Witboek wordt gesproken over 'volledige compensatie voor de reële waarde van de geleden schade'.

De Commissie stelt voor de bestaande jurisprudentie over de omvang van de schadevergoeding die slachtoffers van schending van de mededingingsregels kunnen vorderen te codificeren in een communautair wetgevingsinstrument. Om het begroten van de schade makkelijker te maken, is de Commissie van plan

> 'een kader uit te werken met pragmatische, niet bindende aanwijzingen voor het begroten van schade in mededingingszaken, bijvoorbeeld via benaderende berekeningsmethoden of vereenvoudigde regels voor het begroten van het verlies.'[61]

Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 7.7.3.5.

4.5.6.7 Het passing-on verweer en indirecte afnemers

In de zesde plaats stelt de Commissie voor dat de laedens het recht krijgt zich te beroepen op het *passing-on* verweer tegen een vordering van de (directe) afnemer tot verkrijging van compensatoire schadevergoeding wegens de te hoge prijzen die zijn betaald als gevolg van een schending van het mededingingsrecht. De bewijsstandaard mag bij dit verweer volgens de Commissie niet lichter zijn dan die voor de eiser die de schade moet aantonen.

De Commissie stelt tevens voor dat indirecte afnemers zich kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging hun volledig is doorberekend. De bewijslast voor het slachtoffer wordt op deze manier verlicht.[62] Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 7.9.5.

4.5.6.8 Verjaringstermijnen

Verjaringstermijnen kunnen een aanzienlijk obstakel vormen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Dit geld zowel bij *follow-on* acties (vorderingen die worden ingesteld nadat een schending van het mededingingsrecht is vastgesteld door een mededingingsautoriteit) als bij *stand-alone* acties (vorderingen die worden ingesteld zonder dat een schending van het mededingingsrecht is vastgesteld door een mededingingsautoriteit).

De Commissie stelt voor dat de verjaringstermijn in het geval van een voortgezette of herhaalde inbreuk niet begint te lopen voor de dag waarop de inbreuk is beëindigd.[63] Tevens stelt de Commissie voor dat de verjaringstermijn niet begint te lopen vooraleer van het slachtoffer van de inbreuk redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze kennis heeft gekregen van de inbreuk en van de schade die hem daardoor is berokkend.

---

61 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.5.
62 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.6.
63 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.7.

Om te vermijden dat verjaringstermijnen verstrijken zolang de publieke handhaving van de mededingingsregels door de mededingingsautoriteiten en de bestuursrechters nog niet is beëindigd, stelt de Commissie voor dat een nieuwe verjaringstermijn van ten minste twee jaar begint te lopen zodra de inbreukbeschikking waarop een eiser zich in een vervolgvordering beroept, onherroepelijk is geworden. Het voorstel in het Witboek wordt besproken in § 7.14.4.

4.5.6.9 Kosten van schadevergoedingsacties

De kosten vormen veelal een aanzienlijk obstakel voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In het Witboek moedigt de Commissie de lidstaten aan om procedureregels uit te werken die schikkingen stimuleren. Dit kan worden gezien als een methode om kosten te verminderen.[64] Tevens moedigt de Commissie de lidstaten aan om gerechtskosten op passende wijze vast te stellen, zodat deze 'geen onevenredige ontradende werking hebben ten aanzien van schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels.' Daarnaast moedigt de Commissie de lidstaten aan

> 'om de nationale rechter de mogelijkheid te bieden om – bij voorkeur bij de aanvang van de procedure – in bepaalde, gerechtvaardigde gevallen, een beschikking inzake de kosten te geven waarbij van de normale regels terzake wordt afgeweken. Dergelijke beschikkingen zouden de eiser de garantie bieden dat hij, zelfs indien hij in het ongelijk wordt gesteld, toch niet alle door de tegenpartij gemaakte kosten hoeft te dragen.'

In § 11.13.3 wordt aandacht besteed aan het voorstel in het Witboek.

4.5.6.10 De verhouding tussen clementieregelingen en schadevergoedingsacties

De Commissie maakt bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht succesvol gebruik van clementieregelingen. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht dient het succes van de publiekrechtelijke handhaving niet te belemmeren. De mogelijke dreiging van openbaarmaking van de door een clementieverzoeker afgelegde betekenis, kan de laedens weerhouden van het indienen van een clementieverzoek. De Commissie stelt in het Witboek voor dat de bekentenis van een clementieverzoeker voldoende moet worden beschermd tegen openbaarmaking.[65] De bescherming zou moeten gelden ingeval openbaarmaking wordt bevolen door een rechter. Daarbij is het niet van belang of het rechterlijk bevel wordt gegeven voor of

64 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.8.
65 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.9.

na een besluit door de mededingingsautoriteit. De Commissie stelt voor dat deze bescherming zou gelden

> 'voor alle ondernemingsverklaringen die worden ingediend door alle clementieverzoekers ten aanzien van een inbreuk op artikel 81 van het EG-Verdrag (ook ingeval nationale mededingingsregels parallel worden toegepast);
> ongeacht of het clementieverzoek door de mededingingsautoriteit wordt geaccepteerd, afgewezen of deze geen besluit neemt.'

In het Witboek wordt ook aandacht besteed aan de mogelijkheid om de aansprakelijkheid van clementieverzoekers die daadwerkelijk immuniteit tegen geldboeten hebben gekregen te beperken. De Commissie stelt voor om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de partij aan wie immuniteit is verleend, te beperken tot de vorderingen van de partijen (de gelaedeerden) met wie hij (de laedens) rechtstreeks of indirect contractuele betrekkingen heeft. Dit zou de hoogte van de te betalen schadevergoeding beter voorspelbaar en beperkter maken, zonder dat de laedens ten onrechte bescherming krijgt. Het voorstel in het Witboek betreffende clementieregelingen en bescherming tegen openbaarmaking wordt besproken in § 9.5.9.5. Het voorstel in het Witboek betreffende clementieregelingen en de doorwerking in het aansprakelijkheidsrecht wordt besproken in § 7.12.

4.5.6.11 Conclusie

Het Witboek van de Commissie geeft meer concrete aanbevelingen voor het eisen van schadevergoeding als gevolg van schending van het mededingingsrecht. Zo pleit de Commissie voor enkelvoudige vergoeding van daadwerkelijk geleden schade, openbaarmaking van relevant bewijsmateriaal onder toezicht van de nationale rechter en collectieve acties via erkende consumentenorganisaties.

De voorstellen in het Witboek gaan op sommige gebieden minder ver dan de opties die in het Groenboek zijn geopperd. Zo worden de in het Groenboek voorgestelde *double damages* in het Witboek niet meer genoemd. Desondanks zijn er nog voldoende voorstellen die het nationaal burgerlijk en burgerlijk procesrecht op het gebied van de handhaving van het mededingingsrecht ingrijpend zullen wijzigen en de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zullen stimuleren.

Vanuit het Nederlands recht bezien, zijn niet alle voorstellen noodzakelijk. Bedacht moet worden dat de voorstellen in het Witboek niet alleen vanuit Nederlands perspectief moeten worden beoordeeld. In sommige lidstaten zullen voorstellen die vanuit Nederlands perspectief overbodig zijn, wel degelijk de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kunnen stimuleren.

4.5.7 Europees privaatrecht; codificatie van het Europees burgerlijk en burgerlijk procesrecht?

Het Groenboek en het daarop volgende Witboek vormen een eerste codificerende stap op weg naar een communautair burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht. De in Europa voorzichtig gevoerde experimenten betreffende de codificatie van het burgerlijk recht hebben tot nu toe alleen geleid tot het verder niet bindend *Draft Common Frame of Reference*.[66] De ideeën van de Commissie in het Groenboek en het daarna verschenen Witboek gaan op specifieke terreinen veel verder. Met de mogelijke communautarisering van het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht kan de vraag worden gesteld naar de verhouding tussen het Groenboek en het Witboek enerzijds en de verordening van het Europese parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) anderzijds.[67] Het is dan ook een interessante vraag waar de communautarisering van het internationaal privaatrecht zal eindigen en de harmonisatie of communautarisering van het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht zal beginnen.[68] Daarbij moet niet worden vergeten dat ons huidige BW reeds voor een aanzienlijk deel uit geïmplementeerde Europese richtlijnen bestaat.

Verschillende groepen van academici zijn bezig met onderzoek naar de gemeenschappelijke kenmerken van de stelsels van privaatrecht in de lidstaten van de EU. Deze groepen hebben verschillende uitgangspunten, doelen en methodes.[69] In de eerste plaats de *European Group on Tort Law (Tilburg Group)* met de *Principles of European Tort Law (Tilburg principles)*. In de tweede plaats de *Research Group on EC Private Law (de Acquis Group)*. Deze groep probeert op grond van een analyse van het Europees gemeenschaprecht (en de invloed van het Europees gemeenschapsrecht op het privaatrecht) een gemeenschappelijk stelsel van Europees privaatrecht te vinden. In de derde plaats de *Study*

66 Zie bijvoorbeeld de Mededeling van de Europese Commissie aan de Raad en het Europese Parlement over Europees verbintenissenrecht, Brussel, 11 juli 2001, COM (2001) 398 def. en het *Joint Network on European Private Law* op www.copecl.org. Onder het *Joint Network on European Private Law* vallen diverse onderzoeksgroepen zoals 'The Study Group on a European Civil Code', 'The Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)', 'The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law (Insurance Group)', 'The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat', 'The Common Core Group', 'The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (Economic Impact Group)', 'The Database Group' en 'The Academy of European Law (ERA)'.

67 Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* L199/40.

68 Zie het adviescommentaar van de Nederlandse Orde van Advocaten op het Groenboek, COM/2005/672 def. (www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/adviezen.asp, nr. 465, p. 2).

69 Möllers & Heinemann 2007, p. 425.

Group on a European Civil Code.[70] In de vierde plaats de *Common Core of European Private Law* (Trento project).

De *Acquis Group* en de *Study Group* hebben in 2008 samen de *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* uitgegeven *(Draft Common Frame of Reference)*. Het uiteindelijke doel van het gemeenschappelijk referentiekader is nog niet geheel duidelijk. Het project betreffende het *Draft Common Frame of Reference* komt voort uit het in 2003 verschenen actieplan van de Europese Commissie inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht.[71] Het actieplan moest leiden tot een gemeenschappelijk referentiekader waarin gemeenschappelijke beginselen en termen op het terrein van het Europees verbintenissenrecht zijn vastgelegd. Het nu verschenen gemeenschappelijk referentiekader kan dienen als gereedschapskist of handleiding voor de wetgever. De Europese wetgever en het HvJ EG kunnen zich bij de uitleg van verdragsbepalingen, verordeningen en richtlijnen laten inspireren door de beginselen van privaatrecht in het *Common Frame of Reference*.[72] Tevens zou het een optioneel instrument kunnen zijn dat van toepassing kan worden verklaard op internationale contracten.[73] Het zou als academische basis kunnen dienen voor een toekomstig communautair burgerlijk recht, waarbij direct moet worden aangetekend dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de nationale stelsels van burgerlijk recht op korte of middellange termijn zullen verdwijnen. Zelfs op de lange termijn zal dat niet snel gebeuren. De voorstellen in het Witboek kunnen daarentegen reeds op korte termijn leiden tot een harmonisatie of communautarisering op specifieke (voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevante) deelgebieden van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht.

In de studies van de zojuist genoemde studiegroepen van academici wordt weinig aandacht geschonken aan de in het Groenboek en Witboek genoemde hindernissen en mogelijke oplossingen.[74] De *Common Core Competition Law Study* (deel van *The Common Core of European Private Law*) vormt een positieve uitzondering. Deze studie kan ook nuttig zijn voor het *Common Frame of Reference*.[75]

---

70 De *Study Group on a European Civil Code* kan worden gezien als de opvolger van de *Commission on European Contract Law (Lando Commission)*.

71 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan, *PbEU* 2003, C 63/1.

72 Het definitief *Common Frame of Reference* zal mogelijk in 2009 worden samengesteld.

73 *Draft Common Frame of Reference* 2008, p. 37, nr. 76.

74 Möllers & Heinemann 2007, p. 429.

75 Möllers & Heinemann 2007, p. 429.

4.5.8 Tussenbeschouwing en plan van aanpak

De voorstellen van de Commissie in het Groenboek en Witboek roepen de nodige fundamentele vragen op.[76] Waarom behoort de verkrijging van schadevergoeding naar aanleiding van inbreuken op mededingingsregels wél door middel van speciale regels te worden gestimuleerd en de verkrijging van schadevergoeding vanwege andere schendingen van communautaire normen niet? Te denken valt bijvoorbeeld aan communautaire milieunormen en aanbestedingsnormen waar geen speciale regels voor worden ontworpen, terwijl ze wel van belang zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag.[77] Naast andere schendingen van *communautaire* normen kan ook worden gedacht aan andere schendingen van *nationale* normen. Is bijvoorbeeld een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm in het nationale recht niet ernstiger dan een schending van de mededingingsregels?

Het zal lastig worden de juiste regels toe te passen in schadevergoedingszaken waarbij naast mededingingsrechtelijke normen ook nog andere normen zijn geschonden. Denk bijvoorbeeld aan een schadevergoedingszaak waarin naast de schending van het mededingingsrecht ook nog sprake is van dwaling of bedrog. Moeten de speciale regels die gelden voor inbreuken op de mededingingsregels in een dergelijke procedure ook worden toegepast op andere normschendingen? Zijn alle voorgestelde oplossingen even nuttig en noodzakelijk?

De obstakels en mogelijke oplossingen voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht komen in de hoofdstukken 7 tot en met 11 nader aan bod. In hoofdstuk 7 wordt de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht onderzocht. In hoofdstuk 8 zullen de problemen omtrent het instellen van collectieve acties aan bod komen. Hoofdstuk 9 behandelt de mogelijke bewijsproblemen en hoofdstuk 10 gaat nader in op vragen en mogelijke problemen van internationaal privaatrecht. In de slotbeschouwing in hoofdstuk 11 hoop ik, op grond van het onderzoek in de hoofdstukken 2 tot en met 10, antwoord te kunnen geven op bovenstaande vragen en de centrale vraagstelling zoals is geformuleerd in hoofdstuk 1.

Hoofdstuk 5 behandelt de evolutie van de rol van de nationale rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Hoofdstuk 6 behandelt de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

---

76 Zie ook Korsten & Van Wanroij 2006b, p. 67-68.

77 Zie het adviescommentaar van de Nederlandse Orde van Advocaten op het Groenboek, COM/2005/672 def. (www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/adviezen.asp, nr. 465, p. 2).

5 De evolutie van de rol van de nationale rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

5.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt de evolutie van de rol van de nationale rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht onderzocht. Ik begin met een onderzoek omtrent de vraag hoe de rol van de nationale rechter er in het verleden onder Verordening 17/62 uitzag, en maak vervolgens een vergelijking met de rol van de nationale rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in het heden. Vanuit deze vergelijking tussen heden en verleden wordt onderzocht welke invloed de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht heeft gehad op de rol van de burgerlijke rechter bij de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht.

De Commissie heeft sinds de oprichting van de EG een belangrijke functie gehad bij de toepassing en handhaving van het Europees mededingingsrecht. De nationale rechter is bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht veelal afhankelijk van het oordeel van de Commissie. De nationale rechter kan niet, zoals bij de bepalingen over het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal, volstaan met een 'een-tweetje met het Hof van Justitie', zoals Mortelmans het stellen van een prejudiciële vraag door de nationale rechter en het verkrijgen van een antwoord van het HvJ EG omschrijft.[1] Zie voor de afhankelijkheidsrelatie van de nationale rechter ten opzichte van de Commissie de in § 5.4.8 te bespreken zaak *Masterfoods* en artikel 16 Verordening 1/2003.[2] Naast de complicaties die deze afhankelijkheid kan meebrengen op procesrechtelijk gebied, kan ook het contact van de nationale rechter met de uitvoerende macht in Brussel staatsrechtelijk gezien gevoelig liggen.[3]

Anders dan bijvoorbeeld Europeesrechtelijke zaken betreffende het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitaal, vergen mededingingszaken meer dan een uitsluitend juridische benadering.[4] Zo zijn de afbakening van de relevante markt bij een beroep op het misbruik maken van een economische machtspositie ex artikel 82 EG en het maken van een economische

1 Mortelmans, Van Ooik & Prechal 2004, p. 91.
2 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369.
3 Mortelmans, Van Ooik & Prechal 2004, p. 91.
4 Mortelmans, Van Ooik & Prechal 2004, p. 91; Ritter 2002, p. 355 e.v.; Van den Bergh 2003, p. 10.

analyse voor de invulling van het begrip mededingingsbeperking ex artikel 81 lid 1 EG, complicerende factoren bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[5]

Nu de oude Verordening 17/62 per 1 mei 2004 is vervangen door de nieuwe Verordening 1/2003, is de rol van de nationale rechters en nationale mededingingsautoriteiten bij de handhaving van het mededingingsrecht groter geworden dan voorheen. Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is Verordening 1/2003 dan ook van bijzonder belang.

In § 5.3 wordt begonnen met een beschrijving van de rol van de nationale rechter zoals die gold onder het regime van Verordening 17/62. In § 5.4 wordt nader ingegaan op de rol van de nationale rechter onder het regime van de huidige Verordening 1/2003. Ik begin nu eerst in § 5.2 met een korte bespreking van de geschiedenis van de handhaving van het mededingingsrecht.

5.2 GESCHIEDENIS

5.2.1 Ontwikkelingen in het Europees mededingingsrecht

Mededingingsrecht speelde een lange tijd geen echte rol van betekenis in Nederland. Europees mededingingsrecht kreeg echter een andere lading door een aantal opeenvolgende gebeurtenissen. Zo betrof het allereerste verzoek om een prejudiciële uitspraak de uitleg van de in artikel 81 lid 2 EG neergelegde nietigheidssanctie in de zaak *Bosch/De Geus en Uitdenbogerd*.[6] Het HvJ EG overwoog in deze zaak dat de nietigheidssanctie, overeenkomstig de procedureregels die destijds golden, slechts kon worden toegepast indien vaststond dat geen ontheffing van het kartelverbod volgens het derde lid van artikel 81 EG mogelijk was.

Na deze gebeurtenis heeft de Raad Verordening 17/62 aangenomen, waarin een exclusief recht werd toegekend aan de Commissie om op grond van artikel 81 lid 3 EG een ontheffing te verlenen.[7] Als gevolg van het exclusief recht dat door Verordening 17/62 aan de Commissie werd toegekend, werd de decentrale toepassing van het Europees mededingingsrecht door de nationale autori-

5 Zie ook Mortelmans, Van Ooik & Prechal 2004, p. 91.

6 HvJ EG 6 april 1962, zaak 13/61 *(De Geus en Uitdenbogerd/Bosch)*, *Jur.* 1962, p. 93. Zie over deze zaak Van der Woude 2002, p. 177.

7 Art. 9 lid 1 van Verordening 17/62 bepaalde dat de Commissie over een exclusieve ontheffingsbevoegdheid beschikte die op aanvraag bij de Commissie verkregen kon worden. Indien de overeenkomst was aangemeld bestond er een kans op ontheffing en mocht de rechter de nietigheidssanctie in beginsel niet toepassen. Overeenkomsten die niet waren aangemeld konden in beginsel niet op een ontheffing aanspraak maken en werden door de nietigheidssanctie van art. 81 lid 2 EG getroffen bij strijd met art. 81 lid 1 EG.

teiten en nationale rechters aanzienlijk gecompliceerd.[8] Nadat in 1963 in het *Van Gend en Loos*-arrest de directe werking van het gemeenschapsrecht door het HvJ EG werd erkend en het HvJ EG in 1964 in het *Costa/ENEL*-arrest bepaalde dat het EEG-Verdrag anders dan gewone internationale verdragen een eigen rechtsorde in het leven heeft geroepen die in de rechtsorde van de lidstaten is opgenomen en op grond van het bijzonder karakter van het gemeenschapsrecht 'niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrondslag van de Gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast', werd duidelijk dat uit het gemeenschapsrecht zowel voor particulieren als voor de lidstaten rechtreeks rechten en verplichtingen konden ontstaan waar men binnen de nationale rechtsorde een beroep op kon doen.[9]

De arresten *Sabam I*[10] en *Haecht II*[11] kende uiteindelijk rechtstreekse werking toe aan de artikelen 85 (althans het eerste en tweede lid) en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 en 82 EG).[12] Vanaf dat moment werd duidelijk dat het Europees mededingingsrecht kon worden toegepast door de Nederlandse rechter. De toepassing van het Europees mededingingsrecht werd een zaak die niet alleen de Europese Commissie, maar ook de nationale rechters van de lidstaten aanging.

In de huidige verordening 1/2003 is in artikel 6 nog eens neergelegd dat nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn de artikelen 81 en 82 EG toe te passen.[13] Tot het '*acquis communautaire*' behoren de standaardarresten van het HvJ EG inzake de gedecentraliseerde toepassing van de artikelen 81 en 82 EG.[14] Uit het beginsel van de gemeenschaptrouw ex artikel 10 EG valt op te maken dat het de nationale rechter is die wordt belast met de zorg voor de rechtsbescherming welke voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse

8 Van der Woude is zelfs van mening dat het exclusieve recht dat Verordening 17 aan de Commissie heeft toegekend de decentrale toepassing van het communautaire mededingingsrecht in zekere zin heeft geblokkeerd. Hij vermeldt daar echter bij dat het centraliserend effect ook veel voordelen heeft gehad. Zo heeft de Commissie in de afgelopen veertig jaar een coherent mededingingsbeleid kunnen ontwikkelen met behulp van de centrale Europese administratieve handhaving van het mededingingsrecht. Zie Van der Woude 2002, p. 177.

9 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 *(Van Gend en Loos)*, *Jur.* 1963, p. 3; HvJ EG 15 juni 1964, zaak 6/64 *(Costa/ENEL)*, *Jur.* 1964, p. 1203.

10 HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 *(BRT/SABAM)*, *Jur.* 1974, p. 51.

11 HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur.* 1973, p. 77.

12 Dat de art. 81 lid 1 EG en 82 EG rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen worden ingeroepen volgde reeds impliciet uit HvJ EG 6 april 1962, zaak 13/61 *(De Geus en Uitdenbogerd/Bosch)*, *Jur.* 1962, p. 93. Zie Van der Woude 2002, p. 177. Zie over *Brasserie de Haecht II* en *Sabam* reeds Gijlstra & Murphy 1974, p. 79-109.

13 Daarbij moet worden aangetekend dat het niet de Commissie maar het HvJ EG is dat bepaald of een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt. Zie § 2.5.5.

14 Van den Bossche 1995, p. 1105.

werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen.[15] De nationale rechter die rechtstreeks werkende bepalingen van Gemeenschapsrecht toepast doet dit als decentrale communautaire rechter.[16] Deze belasting van de nationale rechter met de zorg voor de rechtsbescherming welke voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen, geldt zeker voor de in dit boek centraal staande artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag.

Per 1 mei 2004 werd de nieuwe Verordening 1/2003 van kracht. Het exclusieve recht dat de Commissie voor de toepassing van het derde lid van artikel 81 EG had, is afgeschaft en artikel 81 lid 3 EG is een direct werkende uitzonderingsbepaling geworden. Het opmerkelijke feit dat het secundair gemeenschapsrecht (Verordening 1/2003) bepaalt of het primaire gemeenschapsrecht (81 EG) directe werking toekomt, wordt veroorzaakt door artikel 83 EG. In artikel 83 EG wordt de Raad namelijk expliciet gemachtigd om verordeningen vast te stellen omtrent de wijze waarop artikel 81 lid 3 EG dient te worden toegepast, met inachtneming van de noodzaak enerzijds een doeltreffend toezicht te verzekeren, anderzijds de administratieve controle zoveel mogelijk te vereenvoudigen. Het gevolg is dat op grond van Verordening 1/2003 artikel 81 EG in zijn geheel moet worden toegepast door de nationale rechter.

5.2.2 Analoge ontwikkelingen in het Nederlands mededingingsrecht

Tot 1 januari 1998 was in Nederland de Wet economische mededinging (WEM) van kracht (zie § 3.10.2).[17] De WEM werd met behulp van de Wet economische delicten strafrechtelijk gehandhaafd. Het mededingingsrechtelijk regime was onder de WEM van een andere orde dan het mededingingsrechtelijke regime op het communautaire vlak. De minister van Economische Zaken had de bevoegdheid op te treden tegen kartels of bepaalde vormen van misbruik, indien er sprake was van gevolgen die strijdig waren met het algemeen belang. Het algemeen kartelverbod en het algemeen verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie bestonden echter niet.[18] Concentratiecon-

15 Van den Bossche 1995, p. 1105. Zie ook de daar vermelde jurisprudentie van het HvJ EG zoals HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur.* 1976, p. 2043; HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 *(Rewe-Zentralfinanz)*, *Jur.* 1976, p. 1989 en HvJ EG 10 juli 1980, zaak 811/79 *(Ariete)*, *Jur.* 1980, p. 2545.

16 GvEA EG 10 juli 1990, zaak T-51/89 *(Tetra Pak I)*, *Jur.* 1990, p. II-309, r.o. 42.

17 Zie voor een uitgebreide bespreking van de geschiedenis van de Nederlandse kartelwetgeving voor de Mededingingswet en de overgang van een misbruikstelsel naar een verbodsstelsel Mok 2004, p. 19-67 (de hoofdstukken 2 en 3 van zijn *Kartelrecht I*).

18 Daarbij moet worden opgemerkt dat er vanaf 1992 algemene maatregelen van bestuur zijn uitgevaardigd waarbij verschillende kartelsoorten algemeen onverbindend werden verklaard als onderdeel van de korte termijn intensiveringsoperatie van de WEM. Zie ook Gaasbeek & Van der Meulen 1999, p. 9.

trole bestond onder de WEM ook niet. Wel was er een '*Dutch clause*' opgenomen in de ConcentratieVerordening. Aan de hand van deze '*Dutch clause*' kregen lidstaten de bevoegdheid om een verzoek bij de Commissie in te dienen een concentratie te toetsen, hoewel de concentratie normaal gesproken te klein zou zijn om onder de ConcentratieVerordening te vallen.[19]

Sinds 1 januari 1998 is in Nederland de Mededingingswet van kracht.[20] Het misbruikstelsel onder het regime van de WEM is vervangen door een verbodstelsel onder het regime van de Mededingingswet. Aan de soepele Nederlandse kartelwetgeving waardoor Nederland lange tijd een kartelparadijs is genoemd, is door de invoering van de Mededingingswet een einde gekomen.[21]

Als wordt gekeken naar de verschillen tussen de Mededingingswet en de Wet economische mededinging zijn eigenlijk vier belangrijke verschillen waarneembaar. Het misbruikstelsel is vervangen door een verbodsstelsel waarbij de Europese mededingingsregels (artikel 81 en 82 EG) als uitgangspunt zijn genomen, er is preventief concentratietoezicht ingevoerd waarbij de Europese mededingingsregels (ConcentratieVerordening) als uitgangspunt zijn genomen, het toezicht is verschoven van de Minister van Economische Zaken naar de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de strafrechtelijke handhaving van de WEM is vervangen door een stelsel waarbij de bestuursrechtelijke handhaving het uitgangspunt is.

Voor wat betreft de materiële regels wordt zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de mededingingsbepalingen in het EG-Verdrag en de jurisprudentie van het GvEA EG en het HvJ EG. Anders dan het materiële recht is het bestuursprocesrecht afwijkend van het communautaire bestuursrecht. Het wordt voor een klein deel door eigen procedureregels in de Mededingingswet bepaald en voor een groot deel door de algemeen geldende bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De NMa is de bevoegdheid toegekend bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom op te leggen aan overtreders van de Mededingingswet en van het communautaire mededingingsrecht.

De wetgever hecht blijkens de memorie van toelichting bij de Mededingingswet ook belang aan de privaatrechtelijke handhaving van de Mededingingswet door de marktpartijen zelf. In de memorie van toelichting wordt onder het kopje 'Civielrechtelijke handhaving' opgemerkt:[22]

---

19 Deze '*Dutch clause*' is op verzoek van Nederland toegepast bij de geplande fusie van RTL, Veronica en Endemol, *PbEG.* 1996, L 134/33 en de geplande fusie tussen Blokker en Toys "R" Us, *PbEG* 1997, L 32/6. Derden-belanghebbenden hebben weinig kans om de inroeping van de *Dutch clause* bij de rechter af te dwingen nu de discretionaire vrijheid van de lidstaten groot is. Zie ook Gaasbeek & Van der Meulen 1999, p. 9.

20 Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 1997, 242, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) in werking getreden op 1 januari 1998 krachtens Besluit van 14 november 1997, *Stb.* 1997, 540.

21 Zie bijvoorbeeld De Jong 1990, p. 244 e.v.; Van Rooy 1992, p. 908 e.v.

22 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41, § 11.1.

> 'Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op hun weg in dergelijke gevallen actie te ondernemen en zij behoren dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid over te laten. Doorgaans zullen de mogelijkheden van civielrechtelijke handhaving ook een snellere oplossing bieden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving.'

De minister is blijkens de bovenstaande passage van mening dat ingeval derden in hun belang worden getroffen, de verantwoordelijkheid om actie te nemen niet aan de overheid moet worden overgelaten, maar door partijen zelf moet worden genomen door middel van handhaving van het mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken. Deze privaatrechtelijke vorm van handhaving zal volgens de minister ook nog eens sneller tot resultaat leiden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving. De kanttekening die hierbij moet worden geplaatst, is dat de minister niet ingaat op de moeilijkheden die zich voordoen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Die moeilijkheden en mogelijke oplossingen worden in dit boek verder onderzocht.

5.3 De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie: de situatie onder de oude Verordening 17/62

5.3.1 Inleiding

Ik bespreek nu eerst de institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie zoals die bestond onder de reeds vervangen Verordening 17/62, die van kracht was tot de invoering van Verordening 1/2003. Daarna wordt in § 5.4 de huidige situatie besproken zoals die bestaat onder Verordening 1/2003. Een bespreking van de oude situatie is, mede gelet op de beantwoording van de centrale vraagstelling, zinvol omdat op deze manier duidelijk te zien is op welke wijze de modernisering en decentralisering van de handhaving van het mededingingsrecht invloed heeft gehad op de rol van de nationale burgerlijke rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht (zie ook § 5.1).

Onder het regime van de nu reeds vervangen Verordening 17/62 moest de nationale rechter, indien partijen zich beriepen op artikel 81 EG, nagaan of de overeenkomst aangemeld was bij de Europese Commissie. Daarnaast moest gekeken worden wanneer de overeenkomst gesloten was.[23] Wanneer

23 Overeenkomstig art. 5 van Verordening 17/62 was het mogelijk om bestaande overeenkomsten aan te melden tot 1 november 1962 met het oog op ontheffing ex art. 81 lid 3 EG. Voor overeenkomsten tussen twee ondernemingen was het tot 1 februari 1963 mogelijk om dit te doen. Voor zover nog van enige relevantie voor de praktijk moet de nationale rechter ten aanzien van oude tijdig aangemelde overeenkomsten waarover de Commissie nog steeds

de betwiste overeenkomst niet aangemeld was bij de Commissie, moest de nationale rechter nagaan of het om een aanmeldingsplichtige overeenkomst ging. Voor bepaalde categorieën overeenkomsten gold aanmelding niet als formele voorwaarde voor het krijgen van een negatieve verklaring of een ontheffing van het kartelverbod ex artikel 81 lid 1 EG.[24]

5.3.2 De soorten beschikkingen van de Commissie

Artikel 81 lid 3 EG kon op twee manieren worden toegepast. In de eerste plaats kon een individuele ontheffing worden verkregen. Hiervoor was noodzakelijk dat de overeenkomst bij de Commissie was aangemeld. De Commissie gaf dan al of niet een beschikking waarbij ontheffing werd verleend. Door het verlenen van een ontheffing was de overeenkomst toegestaan (en dus niet nietig) en verviel het risico van bestuurssancties, in het bijzonder de boete-oplegging door de Commissie. Alleen in het geval de overeenkomst was aangemeld kon een ontheffing van het verbod van artikel 81, eerste lid EG worden verkregen. Ondernemingen waren tevens gevrijwaard tegen het opleggen van boetes als zou blijken dat er sprake was van een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG, zolang de Commissie naar aanleiding van de aanmelding nog geen beschikking had genomen.[25] In de tweede plaats kon en kan artikel 81 lid 3 EG worden toegepast door middel van een groepsvrijstelling. De Raad heeft destijds de Commissie gemachtigd om een vrijstellingsverordening uit te vaardigen waarin voorwaarden zijn neergelegd waaronder een aantal typen overeenkomsten is vrijgesteld van het kartelverbod.[26] In het algemeen kan uit de vrijstellingsverordening worden afgeleid dat verticale overeenkomsten

---

geen formele beschikking heeft gegeven, afzien van iedere verdere beoordeling. Na meer dan 35 jaar lijkt het onwaarschijnlijk dat er nog een beschikking zal volgen en kan dan ook worden geconcludeerd dat deze overeenkomsten niet meer voor de nationale rechter kunnen worden betwist. Zie Van den Bossche 1995, p. 1106. Zie over de voorlopige geldigheid van tijdig aangemelde oude overeenkomsten in afwachting van een formele beschikking van de Commissie HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur.* 1973, p. 77. Zie ook HvJ EG 6 april 1962, zaak 13/61 *(De Geus en Uitdenbogerd/Bosch)*, *Jur.* 1962, p. 93.

24 Zie art. 4 lid 2 van Verordening 17/62, Deze vrijstelling van de aanmeldingsplicht gold voor drie situaties: 1) voor nationale overeenkomsten, 2) voor overeenkomsten tussen slechts twee ondernemingen, waarbij niet vergaande beperkingen worden opgelegd, 3) voor bepaalde overeenkomsten aangaande standaardisatie, onderzoek en ontwikkeling en specialisatie.

25 Indien echter sprake was van misbruik door het aanmelden van een overeenkomst die vrijwel zeker verboden zou zijn, kon de Commissie na een voorlopig onderzoek de ondernemingen meedelen dat van ontheffing geen sprake kon zijn. Deze mededeling moet blijkens de rechtspraak worden gezien als een beschikking. Zie HvJ EG 15 maart 1967, gevoegde zaken 8-11/66 *(Cimenteries)*, *Jur.* 1967, 91.

26 De groepsvrijstellingsverordeningen van de Commissie zijn gegeven op basis van de op art. 83 EG gebaseerde machtigingsverordeningen die zijn aangenomen door de Raad. Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 661.

(overeenkomsten binnen de bedrijfskolom, dat wil zeggen overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen en hun afnemers of leveranciers) door de Commissie minder erg worden gevonden dan horizontale overeenkomsten (afspraken tussen ondernemingen van dezelfde soort tussen verschillende bedrijfskolommen, veelal binnen één bedrijfstak).

Verordening 17/62 voorzag in procedures voor de handhaving van de verboden van artikel 81 lid 1 en 82 EG. De verordening voorzag tevens in een procedure voor de toepassing van het derde lid van artikel 81 EG.[27] Volgens deze verordening waren zowel de Commissie als de lidstaten bevoegd de genoemde verboden te handhaven. De bevoegdheid om het derde lid van artikel 81 EG toe te passen was echter een exclusieve bevoegdheid van de Commissie. Een aanmelding moest voldoen aan een aantal eisen die nader waren uitgewerkt in Verordening 3885/94.[28] De bedoeling was dat de Commissie, door de aanmeldingen van alle concurrentiebeperkende overeenkomsten die gesloten waren tussen ondernemingen, inzicht kreeg in de afspraken tussen ondernemingen en op basis van deze aanmeldingen beleid kon maken en het kartelverbod kon handhaven.[29]

De Commissie had met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG de mogelijkheid om vier soorten beschikkingen te geven op grond van Verordening 17/62.[30]

1. Negatieve verklaring

De eerste beschikking die de Commissie kon geven was de negatieve verklaring. Dit was een verklaring van de Commissie dat op grond van de haar bekende gegevens geen aanleiding bestond om op te treden ex artikel 81 lid 1 EG of artikel 82 EG. Onder de huidige Verordening 1/2003 kan ook een dergelijke negatieve verklaring worden gegeven.[31] Zie § 5.3.3.2.

2. Individuele ontheffing

De tweede beschikking die de Commissie kon geven was de individuele ontheffing. Dit was een ontheffing ex artikel 81 lid 3 EG waarbij een overeenkomst die onder het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG viel, werd vrijgesteld.[32] Onder de huidige Verordening 1/2003 kan de Commissie, indien het algemeen belang van de Gemeenschap dit vereist, ambtshalve bij beschikking vaststellen dat artikel 81 EG niet van toepassing is omdat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan. Zie § 5.3.3.2 en § 5.3.3.3.

27 Krachtens art. 83 EG door de Raad vastgestelde Verordening 17/62.
28 *PbEG* 1994, L 377, p. 28.
29 Barents & Brinkhorst 2001 (alleen nog beschreven in oudere druk), p. 364.
30 Barents & Brinkhorst 2001 (alleen nog beschreven in oudere druk), p. 366.
31 Zie art. 10 Verordening 1/2003 (vaststelling van niet-toepasselijkheid).
32 Zie art. 10 Verordening 1/2003 (vaststelling van niet-toepasselijkheid).

3. Verbodsbeschikking
De derde beschikking die de Commissie kon en onder het regime van de huidige Verordening 1/2003 nog steeds kan geven is de verbodsbeschikking. Een beschikking waarin de Commissie de betreffende ondernemingen beveelt een einde te maken aan de toepassing van de verboden overeenkomst of gedraging.[33]

4. Boetebeschikking
De vierde beschikking die de Commissie kon en onder het regime van de huidige Verordening 1/2003 nog steeds kan geven is de beschikking waarin aan de desbetreffende ondernemingen een boete wordt opgelegd wegens het inbreuk maken op de artikelen 81 of 82 EG.[34]

Naast de officiële beschikkingen ontstonden al snel de zogenaamde 'troostbrieven'. In het geval de betreffende overeenkomst niet onder het kartelverbod viel, gaf de Commissie over het algemeen geen formele negatieve verklaring, maar volstond zij met een brief dat er geen aanleiding bestond om op te treden. Bij aanmeldingen verricht ter verkrijging van een beschikking dat voldaan was aan artikel 81 lid 3 EG werd, indien aan de voorwaarden voor ontheffing werd voldaan, ook gebruik gemaakt van de troostbrief. De troostbrief kwam dan in de plaats van de formele ontheffingsbeschikking ex artikel 81 lid 3 EG. Rond 2000 werd bij meer dan 90% van de aanmeldingen de zaak op informele wijze afgesloten.[35]

5.3.3 Consequenties voor de nationale rechter

5.3.3.1 Algemeen

Indien er sprake was van een niet-aanmeldingsplichtige overeenkomst, was de rechter niet bevoegd om de nietigheidssanctie van artikel 81, tweede lid EG toe te passen.[36] Ook de vaststelling door de rechter dat de overeenkomst onder een groepsvrijstelling viel, leidde (net als tegenwoordig) tot de onbevoegdheid van de rechter om de nietigheidssanctie van artikel 81, tweede lid

33 Zie voor deze bevoegdheid het huidige art. 7 van Verordening 1/2003.
34 Zie voor deze bevoegdheid art. 23 van Verordening 1/2003. Zie voor de bevoegdheid tot het opleggen van dwangsommen art. 24 van Verordening 1/2003.
35 Witboek *Modernisering van de regels inzake de toepassing van de art. 85 en 86 van het EG-Verdrag*, 28 april 1999 (Programma van de Commissie, nr. 99/027), *PbEG* 1999, C-132/1, § 34.
36 Zie art. 4 lid 2 van Verordening 17/62. Deze vrijstelling van de aanmeldingsplicht gold voor drie situaties: 1) voor nationale overeenkomsten, 2) voor overeenkomsten tussen slechts twee ondernemingen, waarbij niet vergaande beperkingen worden opgelegd, 3) voor bepaalde overeenkomsten aangaande standaardisatie, onderzoek en ontwikkeling en specialisatie.

EG toe te passen. Indien de overeenkomst onder een groepsvrijstelling viel, betekende dit dat de overeenkomst automatisch vrijgesteld was van het kartelverbod zonder dat aanmelding nodig was. Indien de overeenkomst niet was aangemeld, maar de rechter concludeerde dat het wel degelijk om een aanmeldingsplichtige overeenkomst ging, stond het de rechter vrij hieraan alle nodige gevolgen te verbinden, tenzij reeds een verbodsbeschikking door de Commissie was gegeven. Voor een verbodsbeschikking was immers geen aanmelding nodig. Wat waren de consequenties voor de nationale rechter in het geval partijen zich beriepen op een beschikking van de Commissie? Ik bespreek de consequenties voor de nationale rechter achtereenvolgens voor de negatieve verklaring, de individuele ontheffing, de verbodsbeschikking, de boetebeschikking en de troostbrief.

5.3.3.2 Negatieve verklaring

Bij de verklaring van de Commissie dat op grond van de haar bekende gegevens geen aanleiding bestond om op te treden ex artikel 81 EG, eerste lid of artikel 82 EG, deed zich de vraag voor wat de waarde was van zo'n negatieve verklaring. Nu een expliciete uitspraak van het HvJ EG ontbrak, leek een aantal auteurs van mening dat de nationale rechter niet gebonden was het oordeel van de Commissie over de niet toepasselijkheid van artikel 81, eerste lid EG over te nemen.[37] De nationale rechter was gebonden door een negatieve verklaring, tenzij de Commissie tot haar oordeel kwam op grond van onjuiste of onvolledige gegevens.[38] Ook was het mogelijk dat de feitelijke omstandigheden of de wijze van uitvoering van de desbetreffende overeenkomst wezenlijk waren veranderd.[39]

Onder de in § 5.4 te bespreken huidige Verordening 1/2003 heeft de Commissie volgens artikel 10 van Verordening 1/2003 de mogelijkheid om 'indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag dit vereist', ambtshalve bij beschikking vast te stellen dat artikel 81 EG van het Verdrag niet op een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van artikel 81 lid 1 EG is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan. De Commissie kan ook met betrekking tot artikel 82 EG een dergelijke vaststelling doen. Ook in het geval de Commissie gebruik maakt van deze mogelijkheid is de nationale rechter daar, afhankelijk van de formulering van de beschikking, aan gebonden.

37 Zie Bourgeois 1994, p. 483; Stevens 1994, p. 82; Hutchings & Levitt 1994, p. 123.
38 Van den Bossche 1995, p. 1111.
39 Zie in deze zin Van den Bossche 1995, p. 1111.

5.3.3.3 Individuele ontheffing

Bij een individuele ontheffing ex artikel 81 lid 3 EG werd een overeenkomst die onder het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG viel, vrijgesteld. Onder de huidige Verordening 1/2003 kan op grond van artikel 10 Verordening 1/2003 bij beschikking worden vastgesteld dat artikel 81 EG niet van toepassing is omdat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan. De nationale rechter kon (en kan) in dit soort gevallen niet besluiten tot de nietigheid van rechtswege van de voor hem betwiste overeenkomst.[40] Van den Bossche wijst op het feit dat gedurende lange tijd werd gesteld dat de nationale rechter wel de ongeldigheid van de ontheffingsbeschikking kon voorleggen aan het HvJ EG ex artikel 234 EG, ook na het verstrijken van de beroepstermijn van artikel 230 EG.[41] In het arrest *Deggendorf* werd echter door het HvJ EG bepaald, dat het laten verlopen van de in artikel 234, derde alinea, EG gestelde fatale termijn, de mogelijkheid uitsluit voor de nationale rechterlijke instanties de wettigheid van een beschikking opnieuw in het geding te brengen.[42] Anders zou de mogelijkheid worden gegeven om aan het onherroepelijke karakter dat de beschikking na het verstrijken van de beroepstermijn heeft, te ontkomen. De geldigheid van de ontheffingsbeschikking kon dus niet worden betwist voor de burgerlijke rechter, wanneer nagelaten was hiertegen, binnen de termijn van artikel 234 EG, een beroep tot nietigverklaring in te stellen voor het Gerecht van Eerste Aanleg. Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat het arrest van het HvJ EG in de zaak *Deggendorf* is gewezen in het kader van artikel 87 EG (steunmaatregelen). Voor wat betreft artikel 81 EG was niet uit te sluiten dat het HvJ EG tot een ander oordeel zou zijn gekomen.

5.3.3.4 Verbodsbeschikking

Bij de beschikking waarin de Commissie de betreffende ondernemingen beveelt een einde te maken aan de toepassing van de verboden overeenkomst was (en is) de nationale rechter evenzeer gebonden aan het oordeel van de Commissie. De rechtszekerheid eist dat de nationale rechter niet meer kon (en kan) besluiten om artikel 81 lid 1 EG niet van toepassing te laten zijn.[43] Artikel

40 Krachtens het eerste lid van art. 43 van Verordening 1/2003 wordt Verordening 17 ingetrokken, met uitzondering van art. 8, lid 3, dat van toepassing blijft op beschikkingen die vóór de datum waarop deze verordening van toepassing wordt overeenkomstig art. 81, lid 3, van het Verdrag zijn aangenomen, tot de datum waarop die beschikkingen vervallen. In het derde lid van art. 8 is geregeld onder welke voorwaarden de Commissie haar beschikking (al dan niet met terugwerkende kracht) kan intrekken of wijzigen of de betrokkenen bepaalde handelingen kan verbieden.

41 Van den Bossche 1995, p. 1111.

42 HvJ EG 9 maart 1994, zaak C-188/92 *(TWD Textilwerke Deggendorf)*, *Jur.* 1994, p. I-833, r.o. 17/18. Het arrest gaat over een beschikking tot het toelaten van steunmaatregelen.

43 Zie HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 47.

81 lid 2 EG kon (en kan) de nationale rechter wel toepassen. Er hoeft niet meer te worden gekeken of de overeenkomst krachtens artikel 81 EG verboden is, aangezien de verbodsbeschikking van de Commissie ervoor in de plaats treedt.

Een veroordeling tot schadevergoeding aan derden wier belangen zijn geschaad, kon (en kan) door de nationale rechter worden uitgesproken. Wel moet worden aangetoond dat aan de vereisten voor toekenning van schadevergoeding is voldaan. Zo moeten schade en causaal verband worden aangetoond.

5.3.3.5 Boetebeschikking

Een boetebeschikking is een beschikking waarbij een boete aan de schender van het mededingingsrecht wordt opgelegd. Een boetebeschikking bracht en brengt geen directe consequenties met zich mee voor de nationale rechter. Uiteraard kan de nationale rechter wel een rol spelen bij de inning van de boete door de Commissie.[44]

5.3.3.6 Troostbrief

Een troostbrief had niet de rechtsgevolgen van een beschikking. Het was een aanwijzing van wat de diensten van de Commissie (meer in het bijzonder het Directoraat generaal voor de Concurrentie), gelet op de gegevens waarover zij beschikte, vonden van de betrokken zaak. De Commissie zou zonodig in staat zijn een beschikking met die strekking af te geven.[45] Van den Bossche wijst er op dat in de Parfum-arresten[46] duidelijk was vastgesteld dat de natio-

44 Op grond van art. 256 EG vormen beschikkingen van de Commissie welke voor natuurlijke of rechtspersonen (met uitzondering van staten) een geldelijke verplichting inhouden een executoriale titel. De tenuitvoerlegging geschiedt aldus art. 256 EG volgens de bepalingen van burgerlijke rechtsvordering die van kracht zijn in de staat op wiens grondgebied zij plaatsvindt. Het toezicht op de regelmatigheid van de wijze van tenuitvoerlegging behoort tot de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties aldus art. 256 EG. Betreft het een boete opgelegd op grond van de Mededingingswet dan kan de raad van bestuur van de NMa de verschuldigde boete, rente en kosten bij dwangbevel invorderen (zie de art. 67 en 68 Mw). Het dwangbevel wordt bij deurwaardersexploit betekend en levert een executoriale titel op (zie art. 68 Mw). Een bestuurlijke boete kan voor de civiele voorzieningenrechter worden ingevorderd. Tegen het dwangbevel staat gedurende zes weken na de dag van betekening verzet open door dagvaarding van de Staat voor de burgerlijke rechter. Het gevolg van het verzet is dat de tenuitvoerlegging wordt geschorst. Op grond van het vierde lid van art. 68 Mw kan de rechter op verzoek van de Staat de schorsing van de tenuitvoerlegging opheffen.

45 Van den Bossche, p. 1112 met verwijzing naar de Toelichting bij Verordening 17/62, gewijzigd bij Verordening 2526/85, *PbEG* 1985 L 240/1, VII.

46 HvJ EG 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79 t/m 3/79 *(Giry)*, *Jur.* 1980, p. 2327; HvJ EG 10 juli 1980, zaak 37/79 *(Anne Marty/Estée Lauder)*, *Jur.* 1980, p. 2481; HvJ EG 10 juli 1980, zaak 99/79 *(Lancôme/Etos)*, *Jur.* 1980, p. 2511; HvJ EG 11 december 1980, zaak 31/80 *(L'Oréal/De Nieuwe Amck)*, *Jur.* 1980, p. 3775; Korah 1981, p. 14 e.v.

nale rechterlijke instanties niet gebonden waren door een troostbrief.[47] Troostbrieven waren enkel een feitelijk gegeven waarmee de nationale rechter rekening *kon* houden in een geschil. Indien uit de troostbrief bleek dat de Commissie van mening was dat een bepaalde overeenkomst of gedraging niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG viel, kon de rechter zich uiteraard wel gesterkt voelen om in dezelfde richting te oordelen. Dit gold ook voor het geval dat de Commissie de betreffende zaak niet meer verder in behandeling zou nemen wegens het feit dat de overeenkomst of gedraging binnen de werking van een vrijstellingsverordening viel. In de dagelijkse praktijk van het mededingingsrecht blijken vooral ontheffingstroostbrieven tot moeilijkheden te hebben geleid voor de nationale rechter.[48] De Commissie gaf in dat geval namelijk aan dat naar haar mening de overeenkomst viel onder het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG.[49]

De vraag was of de nationale rechter een 'troostbriefverweer' mocht accepteren. Van den Bossche en Bourgeois hebben erop gewezen dat de rechter hierdoor de troostbrief het statuut van ontheffingsbeschikking verleende, hetgeen in feite neerkwam op een toepassing door de nationale rechter van artikel 81 EG, derde lid.[50] Het derde lid van artikel 81 EG mag de nationale rechter onder de nieuwe Verordening 1/2003 weliswaar toepassen, het was onder de oude verordening 17 nog niet toegestaan. Het lijkt wat inconsistent als de nationale rechter enerzijds rekening diende te houden met de troostbrieven die in de plaats kwamen van een formele ontheffingsbeschikking ex artikel 81 lid 3 EG en anderzijds artikel 81 lid 3 EG niet mocht toepassen wegens de exclusieve bevoegdheid van de Commissie tot het verlenen van ontheffingen.[51]

Van der Woude is de mening toegedaan dat, ingeval uit een troostbrief bleek dat de overeenkomst voor een ontheffing in aanmerking kon komen, de nationale rechter de procedure moest schorsen totdat de Commissie zich officieel over de ontheffingsaanvraag had uitgesproken. De rechter had naar zijn mening tot aanhouding moeten besluiten indien een van de partijen een troostbrief produceerde met de strekking dat een ontheffing op haar plaats zou zijn.[52] Nu de Commissie zich op grond van prioriteitstelling wellicht nooit meer officieel over de ontheffingsaanvraag zou hebben uitgesproken en het ontheffingsverzoek had afgerond met een troostbrief, was dit praktisch gezien niet de juiste oplossing. Het stond de nationale rechter formeel in ieder geval vrij om de overeenkomst nietig te achten op grond van schending van artikel 81 lid 1 EG, al was volgens de Commissie aan alle voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG voldaan.[53] Tevens kon de nationale rechter besluiten dat het kartel-

47 Van den Bossche 1995, p. 1112.
48 Van den Bossche 1995, p. 1112. Vgl. Wódz 2000, p. 159-169.
49 Van den Bossche 1995, p. 1112.
50 Van den Bossche 1995, p. 1113. Bourgeois 1994, p. 488.
51 Zie ook Bourgeois 1994, p. 488.
52 Van der Woude 2002, p. 179.
53 Van den Bossche 1995, p. 1112-1113.

verbod van artikel 81 lid 1 EG niet opging met als gevolg dat de overeenkomst gewoon geldig was. De rechter zal in de praktijk wel erg overtuigd moeten zijn geweest van zijn gelijk, nu de nationale rechter naar alle waarschijnlijk nogal huiverig was (en is) om tegen het oordeel van de (gespecialiseerde medewerkers van de) Commissie in te gaan.

5.3.4 De periode tussen de aanmelding van de overeenkomst en de beschikking

In het arrest *Haecht II* oordeelde het HvJ EG in 1973 dat voor nieuwe overeenkomsten de aanmelding bij de Commissie geen schorsende werking kon worden toegekend. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid moest een compromis worden gevonden tussen enerzijds 'de veelal aanzienlijke vertragingen bij de Commissie in de uitoefening harer bevoegdheden' en anderzijds het onvermogen van de nationale rechter zich 'te ontheffen van de verplichting recht te doen aan de justitiabelen die de nietigheid van rechtswege inroepen.'[54] Wat stond de nationale rechter nu te doen? Er konden zich drie situaties voordoen:

1 De rechter had de overtuiging dat duidelijk en onbetwistbaar vaststond dat de overeenkomst de mededinging of de handel tussen de lidstaten niet ongunstig beïnvloedde.
2 De rechter had de overtuiging dat de overeenkomst tot doel of ten gevolg had dat de mededinging werd beïnvloed en de onverenigbaarheid met artikel 81 EG niet in twijfel kon worden getrokken (de overeenkomst bevat clausules die op de zwarte lijst staan, bijvoorbeeld een exportverbod).[55]
3 De rechter twijfelde over de toepasselijkheid van het kartelverbod.

In het eerste geval was (en is) de situatie duidelijk. Artikel 81 lid 1 EG is niet van toepassing zodat er ook geen sancties kunnen zijn. In het tweede geval was (en is) de situatie ook duidelijk. Artikel 81 lid 1 EG is van toepassing en het derde lid is zonder twijfel niet van toepassing. De rechter hoefde zich geen zorgen te maken om een afwijkend oordeel van de Commissie en kon tot de nietigheid van de overeenkomst besluiten. In de derde situatie deed zich een probleem voor. De situatie was in ieder geval een stuk minder duidelijk. Het risico van een afwijkend oordeel van de Commissie was hier aanwezig.

Voor de inwerkingtreding van de SamenwerkingsBekendmaking had de nationale rechter op grond van het *Haecht II* arrest twee mogelijkheden:

54 HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht), Jur.* 1973, p. 77, r.o. 11. Van den Bossche 1995, p. 1107.
55 Van den Bossche 1995, p. 1107.

1 Het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ EG.
2 Schorsing van de procedure om partijen de gelegenheid te geven rechtstreeks het oordeel van de Commissie in te winnen.

In het eerste geval kon worden verwacht dat de Commissie in de procedure voor het HvJ EG zal interveniëren om haar oordeel voor het voetlicht te brengen. In het tweede geval sloot de procedure op het eerste gezicht prima aan bij de lijdelijkheid van de rechter. Desondanks waren en zijn aan deze procedure de nodige nadelen verbonden. In 1990 wees het HvJ EG het *Zwartveld* arrest.[56] Volgens het HvJ EG verlangde het beginsel van de gemeenschapstrouw ex artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) 'niet alleen dat de gemeenschapsinstellingen en de Lid-Staten over en weer loyaal samenwerken',[57] maar

> 'is deze verplichting van de gemeenschapsinstellingen tot loyale samenwerking van bijzonder belang in de betrekkingen met de rechterlijke autoriteiten van de Lid-Staten, die tot taak hebben te waken over de toepassing en de eerbiediging van het gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde.'[58]

Het HvJ EG overwoog, dat indien een nationale rechter een onderzoek verricht ter zake van overtreding van een gemeenschapsregeling en een verzoek richt tot de Commissie om mededeling van informatie over feiten waaruit die overtreding zou kunnen blijken

> 'medewerking aan een dergelijk nationaal onderzoek, in de vorm van overlegging aan de nationale rechter van documenten en het verlenen van machtiging aan haar ambtenaren om in de nationale procedure als getuige op te treden voor iedere gemeenschapsinstelling een verplichting vormt, en met name voor de Commissie, die ingevolge artikel 155 EG-Verdrag [thans artikel 211 EG, EJZ] tot taak heeft, toe te zien op de toepassing van de bepalingen van het Verdrag en van de bepalingen die de instellingen krachtens het Verdrag vaststellen.'

In de zaak *Delimitis* van het HvJ EG werd nog eens samengevat wat de nationale rechter kon doen als hij de beslissing van de Commissie moest afwachten.[59] Het HvJ EG overwoog (r.o. 50):

> 'Wanneer de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1 [thans artikel 81 EG, lid 1, EJZ], klaarblijkelijk niet vervuld zijn en er bijgevolg nauwelijks gevaar bestaat dat de Commissie anders zal beslissen, kan de nationale rechter de procedure voortzetten en zich over de litigieuze overeenkomst uitspreken. Dit geldt ook,

56 HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365. Zie voor een kennelijke uitbreiding van deze uitspraak HvJ EG 26 november 2002, zaak C-275/2000 *(First en Franex)*, *Jur.* 2002, p. I-10943. Zie Brown & Hardiman 2004, p. 299-304.
57 HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365, r.o. 17.
58 HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365, r.o. 18.
59 HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935.

wanneer de onverenigbaarheid van de overeenkomst met artikel 85, lid 1, niet aan twijfel onderhevig is en de overeenkomst, gelet op de vrijstellingsverordeningen en eerdere beschikkingen van de Commissie, in geen geval in aanmerking komt voor een vrijstellingsbeschikking op grond van artikel 85, lid 3.'

Het HvJ EG leek de nationale rechter weinig ruimte te geven om zelfstandig overeenkomsten te toetsen aan artikel 81 EG. Ingeval ook maar op een of andere manier getwijfeld kon worden over de toepassing van artikel 81 EG, zou de nationale rechter de procedure dienen te schorsen.

In 1993 werd de 'Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag' gepubliceerd (thans artikelen 81 en 82 EG).[60] Met deze Bekendmaking beoogde de Commissie duidelijker te maken hoe in individuele gevallen een nauwere samenwerking met de nationale rechterlijke instanties tot stand kon worden gebracht. Ingeval de nationale rechter twijfelde over de toepasselijkheid van het kartelverbod (situatie 3), verduidelijkte de Bekendmaking een belangrijke mogelijkheid. De nationale rechter kon zich, binnen de grenzen van zijn eigen procesrecht, zelf tot de Commissie richten om inlichtingen te vragen (§ 37 SamenwerkingsBekendmaking). Welke soort informatie kon worden gevraagd?

1 Inlichtingen van procedurele aard. Wordt een bepaalde zaak door de Commissie behandeld, is een bepaalde zaak aangemeld, heeft de Commissie officieel een procedure ingeleid, heeft de Commissie zich bij beschikking of een troostbrief over een zaak uitgesproken (§ 37)?
2 Het voorleggen van rechtsvragen en het vragen van voorlopig advies over de waarschijnlijkheid van het geven van een ontheffing (§ 38).

60 SamenwerkingsBekendmaking, *PbEG* 1993, C 39/6. Zie onder meer Van der Woude 1993, p. 585-589; Riley 1993, p. 91-96. Zie voor de taakverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter bij de handhaving van het kartelverbod ook het voor de publicatie van de SamenwerkingsBekendmaking verschenen arrest van het GvEA EG in de zaak *Automec II*. Het GvEA EG overweegt (r.o. 50-51): 'De andere gevolgen die zijn verbonden aan een inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag, zoals de verplichting om de aan een derde berokkende schade te vergoeden of een eventuele verplichting om een overeenkomst aan te gaan, moeten in het nationale recht worden vastgesteld (…). Derhalve is het de nationale rechter die, in voorkomend geval en volgens de voorschriften van het nationale recht, een onderneming kan gelasten, met een andere onderneming een overeenkomst aan te gaan. Aangezien de contractvrijheid regel moet blijven, kan aan de Commissie in het kader van de haar toekomende bevoegdheden om bevelen te geven om inbreuken op artikel 85, lid 1, te doen beëindigen, in beginsel niet de bevoegdheid worden verleend om een partij te gelasten contractuele betrekkingen aan te knopen, daar zij in het algemeen over passende middelen beschikt om een onderneming te verplichten een einde aan een inbreuk te maken.' Zie GvEA EG 18 september 1992, zaak T-24/90 *(Automec II)*, *Jur.* 1992, p. II-2223. Zie over de samenwerking tussen het HvJ EG en de nationale rechter in de periode voor publicatie van de SamenwerkingsBekendmaking ook Bleeker 1989, p. 1615-1620.

3 Het inwinnen van inlichtingen van feitelijke aard, als statistieken, marktstudies en economische analyses waarop de nationale rechter zijn oordeel zal kunnen vormen (§ 40).[61]

5.3.5 Destijds geldende hulpregels voor de omgang met het toetsingverbod

Als we de situaties onder de oude Verordening 17/62 samenvattend in kaart brengen, is het duidelijk dat de nationale rechter onder een aantal omstandigheden moest omgaan met de moeilijkheden die het toetsingsverbod van het derde lid van artikel 81 EG met zich meebracht. Bij het in kaart brengen van die omstandigheden kan worden aangesloten bij de zes 'regels' die zijn geformuleerd door Van der Woude. Van der Woude onderscheidt, voor wat betreft het probleem dat bestond in de situatie dat de nationale rechter het derde lid van artikel 81 EG niet mocht toepassen, zes regels die waren af te leiden uit de jurisprudentie van het HvJ EG.[62]

i. De Commissie had reeds een officiële beschikking over hetzelfde geschil of feitencomplex uitgesproken

Indien de Commissie reeds een officiële beschikking over hetzelfde geschil of feitencomplex had uitgesproken, moest de rechter deze beslissing respecteren. De rechter moest de nietigheidssanctie van het tweede lid van artikel 81 EG uitspreken indien de ontheffingsaanvraag werd afgewezen of ingeval de Commissie uitsprak dat er een einde moest komen aan bepaalde gedragingen. Onder de huidige Verordening 1/2003 geldt deze regel nog steeds. Wel is de ontheffingsaanvraag (uitgezonderd de vaststelling van niet-toepasselijkheid ex artikel 10 Verordening 1/2003) komen te vervallen .

ii. De afspraak werd gedekt door een vrijstellingsverordening

Ingeval de afspraak werd gedekt door een vrijstellingsverordening, was de overeenkomst op grond van het derde lid van artikel 81 EG vrijgesteld van het verbod zoals neergelegd in het eerste lid van artikel 81 EG. De nietigheidssanctie kon niet worden toegepast door de nationale rechter. Onder de huidige Verordening 1/2003 geldt deze regel nog steeds.

iii. De overeenkomst viel niet onder het verbod van artikel 81 EG

Indien de overeenkomst niet onder het verbod van het eerste lid van artikel 81 EG viel, deed de vraag naar de mogelijkheid voor een ontheffing op grond van het derde lid van artikel 81 EG zich niet voor.

---

61 Van den Bossche 1995, p. 1109.
62 Van der Woude 2002, p. 178-179.

iv. De overeenkomst viel onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG en was niet aangemeld bij de Europese Commissie

Ingeval de overeenkomst onder het verbod van het eerste lid van artikel 81 viel en niet was aangemeld bij de Commissie, kwam zij niet in aanmerking voor ontheffing. De rechter kon in dit geval de nietigheidssanctie toepassen zoals neergelegd in het tweede lid van artikel 81 EG, tenzij de overeenkomst viel onder de aanmeldingsvrijstelling van het tweede lid van artikel 4 van Verordening 17/62. Deze bepaling week af van de hoofdregel dat ontheffingen slechts konden terugwerken tot het moment van aanmelden van de overeenkomst bij de Commissie en gaf de Commissie de mogelijkheid om een ontheffing te verlenen die terugwerkte in de tijd (*ex tunc*) tot het moment van sluiten van de overeenkomst. Vanaf 1999 gold deze afwijkende regeling voor alle distributieovereenkomsten, zodat 'de vierde regel' zich vanaf 1999 alleen voordeed bij horizontale overeenkomsten.[63]

v. Negatieve inschatting van de ontheffingskansen

De nationale rechter mocht de nietigheidssanctie van het tweede lid van artikel 81 EG toepassen indien hij oordeelde dat een bepaalde gedraging onder het verbod van het eerste lid van artikel 81 EG viel en de gedraging geen enkele kans maakte op een ontheffing op grond van het derde lid van artikel 81 EG. Bij deze mogelijkheid deed het niet ter zake of de gedraging bij de Commissie was aangemeld of dat de gedraging viel onder de uitzondering zoals neergelegd in het tweede lid van artikel 4 van Verordening 17/62. Het moest gaan om zeer duidelijke gevallen, zoals afspraken over de verdeling van de markt, afspraken over de prijs of beperkingen van de afzet. Ook kon gedacht worden aan de door Van der Woude aangehaalde mogelijkheid dat artikel 82 EG van toepassing was naast artikel 81 lid 1 EG.[64] Deze negatieve inschatting van de ontheffingskansen door de nationale rechter was niet conform artikel 9 lid 1 van Verordening 17/62, welke bepaling een exclusieve bevoegdheid aan de Commissie toekende om een ontheffing te verlenen op grond van het derde lid van artikel 81 EG. Desondanks heeft het HvJ EG bepaald dat de nationale rechter mocht overgaan tot een inschatting van de ontheffingskansen.

vi. De overeenkomst viel onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG maar maakte kans om voor een ontheffing in aanmerking te komen

Indien de overeenkomst onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG viel, maar kans maakte om voor een ontheffing in aanmerking te komen, moest de rechter de procedure schorsen tot het moment dat de Commissie zich formeel had

63 Verordening 1216/99 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening 17, *PbEG* 1999, L 148/5, p. 46 e.v. Zie Van der Woude 2002, p. 178.

64 Van der Woude 2002, p. 179. GvEA EG 10 juli 1990, zaak T-51/89 *(Tetra Pak I)*, *Jur.* 1990, p. II-309.

uitgesproken over de ontheffingsaanvraag.[65] Deze situatie diende zich aan ingeval de overeenkomst was aangemeld of viel binnen de werkingssfeer van het tweede lid van artikel 4 van Verordening 17/62.

5.3.6 Deelconclusie

Uit de bespreking van de recente rechtsgeschiedenis in deze paragraaf blijkt dat de rechter, mede als gevolg van het toetsingsverbod van artikel 81 lid 3 EG, onder het regime van Verordening 17/62 moest omgaan met de nodige (procedurele) moeilijkheden op het gebied van de institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie. Onder het regime van Verordening 17/62 kon een individuele ontheffing slechts worden verkregen indien de overeenkomst was aangemeld bij de Commissie. De nationale rechter moest, naast de mogelijke verbodsbeschikkingen en boetebeschikkingen van de Commissie, rekening houden met individuele ontheffingen, negatieve verklaringen en troostbrieven. Aan deze beschikkingen en informele troostbrieven waren voor de nationale rechter de nodige consequenties verbonden, die een belemmering konden vormen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

5.4 De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie: de situatie onder de nieuwe Verordening 1/2003

5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie onder het regime van Verordening 1/2003. De nationale rechters staan sinds de invoering van Verordening 1/2003 op gelijke voet met de mededingingsautoriteiten. De institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie roept de nodige vragen op. Onder het regime van de huidige Verordening 1/2003 is de rol van de rechter voor wat betreft de toepassing van artikel 81 EG (en als gevolg daarvan ook de toepassing van artikel 6 Mw) daadwerkelijk veranderd. Zo hoeft de rechter niet meer te onderzoeken of het om een aanmeldingsplichtige overeenkomst gaat en of de overeenkomst daadwerkelijk is aangemeld bij de Europese Commissie.

De Commissie heeft de rol van de rechter en de nationale mededingingsautoriteiten krachtig gestimuleerd door de nationale rechter en nationale mededingingsautoriteiten aan te moedigen hun aandeel te nemen in de toepas-

65 Zie Van der Woude 2002, p. 179.

sing van het Europees mededingingsrecht.[66] In de per 1 mei 2004 in werking getreden Verordening 1/2003 zet deze trend zich voort. De stimulering van de privaatrechtelijk handhaving van het mededingingsrecht is dan ook een van de doelen van de aanname van Verordening 1/2003 en de daarmee gepaard gaande modernisering en decentralisering van de handhaving van het mededingingsrecht. Het jarenlang streven van de Commissie naar een meer decentrale toepassing van het Europees mededingingsrecht, lijkt met de nieuwe verordening een voorlopig hoogtepunt te hebben bereikt. Verordening 1/2003 berust op drie pijlers:

- afschaffing van het systeem van machtiging en aanmelding;
- gedecentraliseerde toepassing van het mededingingsrecht;
- versterking van de controle achteraf.

Verordening 1/2003 legt de procedures betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG op communautair niveau vast en kadert de procedures voor de toepassing van deze artikelen op nationaal niveau in.[67]

5.4.2 Van machtigingssysteem naar een systeem van wettelijke uitzonderingen met controle achteraf

Grootste verandering ten opzicht van de oude situatie is dat de bevoegdheid om artikel 81 lid 3 EG toe te passen aan de nationale mededingingsautoriteiten én de nationale rechters toekomt. Het monopolie van de Europese Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van artikel 81 lid 3 EG, is onder het regime van de huidige verordening verdwenen. Artikel 1 Verordening 1/2003 schaft het machtigingssysteem of ontheffingssysteem af en introduceert het systeem van wettelijke uitzonderingen. Het artikel luidt als volgt:

> '1. Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag die niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, zijn verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is.
> 2. Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen als bedoeld in artikel 81, lid 1, van het Verdrag die aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen, zijn niet verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is.
> 3. Het misbruik maken van een machtspositie als bedoeld in artikel 82 van het Verdrag is verboden, zonder dat hiertoe een voorafgaande beslissing vereist is.'

66 Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de art. 81 en 82 van het EG-Verdrag, *PbEG* 1993, C 39/6. Zie ook een vergelijkbare bekendmaking voor de nationale mededingingsautoriteiten, *PbEG* 1997, C 313/3.

67 Steenbergen & Van der Woude 2004, p. 192.

Artikel 6 Verordening 1/2003 bepaalt nog eens dat nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn de artikelen 81 EG en 82 EG toe te passen. De introductie van een systeem van wettelijke uitzonderingen is opmerkelijk, nu de Commissie voor de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 een monopolie had om artikel 81 lid 3 EG toe te passen. Deze bevoegdheid was van groot belang omdat de Commissie artikel 81 EG zeer ruim heeft uitgelegd. Op deze manier werd de toepassing van het Europees mededingingsrecht zoveel mogelijk gecentraliseerd in Brussel. Als gevolg van die ruime uitleg waren de meeste beperkingen van de handelsvrijheid direct als een beperking van de mededinging te kwalificeren. Alleen via een geslaagd beroep op artikel 81 lid 3 EG kon worden ontkomen aan het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 81 lid 1 EG. Daarbij werden ontheffingen in de zin van artikel 81 lid 3 EG slechts voor een beperkte tijd afgegeven. Indien de ontheffing dreigde af te lopen, moest de betrokken onderneming zich weer bij de Commissie aanmelden voor een eventuele verlenging.

In het Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag werd het monopolie van de Commissie omschreven als een 'obstakel dat een gedecentraliseerde toepassing van het Gemeenschapsrecht in de weg staat' en dat dan ook 'uit de weg moet worden geruimd.'[68] De Commissie geeft voorrang aan klachten die voor de Gemeenschap van bijzonder politiek, economisch of juridisch belang zijn. Alle overige klachten zouden hun beslag moeten krijgen bij de nationale autoriteiten of de nationale rechterlijke instanties.[69] Het machtigingssysteem is vervangen door een systeem van wettelijke uitzonderingen met controle achteraf. Vroeger was het verboden, tenzij toegestaan na aanmelding bij de Commissie. Nu is het toegestaan, zolang niet verboden.[70]

Van groot belang blijft een coherente toepassing van de Europese mededingingsregels in de gehele EU. Het is in een systeem van wettelijke uitzonderingen van groot belang dat de regels voldoende voorzienbaar en coherent zijn om de marktdeelnemers in staat te stellen de wettigheid van hun overeenkomsten te beoordelen.[71] De Commissie denkt de coherente toepassing van het communautaire mededingingsrecht in stand te houden door verordeningen vast te stellen en mededelingen aan te nemen waarin de belangrijkste regelen inzake de interpretatie van de artikelen 81 en 82 EG worden uiteengezet. Ook wil de Commissie verbodsbeschikkingen en positieve beschikkingen blijven nemen die kunnen dienen als richtsnoer bij de interpretatie van deze bepalin-

---

68 Witboek *Modernisering van de regels inzake de toepassing van de art. 85 en 86 van het EG-Verdrag*, 28 april 1999 (Programma van de Commissie, nr. 99/027), *PbEG* 1999, C-132/1, § 47. Dit lijkt op een uitspraak die in het criminele circuit niet zal misstaan. Zie over het Witboek bijvoorbeeld Rodger 1999, p. 653-663; Wesseling 1999, p. 420-433; Wezenbeek-Geuke 1999, p. 169-178 en de bijdragen van diverse auteurs in Rivas & Horspool 2000.

69 Van den Bossche 2000, p. 146.

70 Van den Bossche 2000, p. 152.

71 Witboek, *PbEG* 1999, C 132/1, § 84.

gen.[72] Met behulp van verordeningen, bekendmakingen, mededelingen en beschikkingen hoopt de Commissie voldoende duidelijkheid voor marktdeelnemers en nationale rechters te creëren.

Naast de nationale mededingingsautoriteiten zijn ook de nationale rechters bevoegd om te beoordelen of een overeenkomst voldoet aan de in artikel 81 lid 3 EG gestelde voorwaarden. De nationale rechter moet van elke mogelijke mededingingsbeperkende afspraak die hem wordt voorgelegd, de concurrentiebeperkende effecten toetsen aan het eerste lid van artikel 81 EG en vervolgens de eventuele economische voordelen van de afspraak toetsen aan het derde lid van artikel 81 EG.[73] Artikel 81 lid 3 EG krijgt dus rechtstreekse werking voor de burgerlijke rechter. Mededingingsbeperkende afspraken die op grond van artikel 81 lid 1 EG verboden zouden zijn, maar aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG voldoen, zijn wettig vanaf het ogenblik waarop ze tot stand zijn gekomen, zonder dat een beschikking of aanmelding is vereist. Concurrentiebeperkende afspraken worden slechts onwettig zodra niet meer wordt voldaan aan het derde lid van artikel 81 EG.

5.4.3 De mogelijkheid om groepsvrijstellingen in te trekken

Een verschil tussen de nationale rechter en de Commissie, is dat de Commissie de mogelijkheid heeft om groepsvrijstellingen in te trekken. Op grond van artikel 29 lid 1 Verordening 1/2003 kan de Commissie ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, groepsvrijstelling intrekken, wanneer zij van oordeel is dat in een bepaald geval een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde feitelijke gedraging waarop de vrijstellingsverordening van toepassing is, bepaalde met artikel 81 lid 3 EG onverenigbare gevolgen heeft.

Wanneer in een bepaald geval overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die onder een groepsvrijstelling vallen, op het grondgebied, of een gedeelte van het grondgebied, van een lidstaat dat alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont, met artikel 81 lid 3 EG onverenigbare gevolgen hebben, kan de mededingingsautoriteit van die lidstaat de groepsvrijstelling op het betrokken grondgebied intrekken op grond van artikel 29 lid 2 Verordening 1/2003.

Komninos ziet de exclusieve bevoegdheid van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten om een groepsvrijstelling in te trekken nog als een restant van het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen onder het regime van Verordening 17/62.[74] De bevoegdheid van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten om groepsvrijstellingen in te trekken, doet echter niet af aan de bevoegdheid van de rechter om

72 Witboek, *PbEG* 1999, C 132/1, Samenvatting, § 14.
73 Van den Bossche 2000, p. 153; Witboek, *PbEG* 1999, C 132/1, § 72.
74 Komninos 2008, p. 87.

artikel 81 EG in zijn geheel toe te passen (inclusief een mogelijke groepsvrijstelling). Het feit dat een overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt, functioneert in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht als een onweerlegbaar vermoeden dat de overeenkomst voldoet aan de juridische voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG. De nationale rechter hoeft een zaak niet op voorhand aan te houden omdat de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit mogelijkerwijze een groepsvrijstelling zal kunnen intrekken op grond van artikel 29 Verordening 1/2003. Op grond van artikel 16 Verordening 1/2003 (het vermijden van tegenstrijdige beslissingen) zou een nationale rechter een zaak wel kunnen aanhouden indien de Commissie reeds een onderzoek is gestart en voornemens is een groepsvrijstelling in te trekken op grond van artikel 29 lid 1 Verordening 1/2003.[75]

5.4.4 De bevoegdheid om toezeggingen met een verbindend karakter te handhaven

Wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven, en de betrokken ondernemingen toezeggingen doen om aan de bezorgdheden tegemoet te komen die de Commissie hun in haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, kan de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter verlenen. De beschikking kan voor een bepaalde periode worden gegeven en bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan.[76]

De Commissie kan, op verzoek of op eigen initiatief, de procedure heropenen op grond van artikel 9 lid 2 Verordening 1/2003 indien er een wezenlijke verandering optreedt in de feiten waarop de beschikking steunt, indien de betrokken ondernemingen in strijd met de door hen gedane toezeggingen handelen of indien de beschikking op door de partijen verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende inlichtingen berust.

---

75 Dit geldt niet voor een onderzoek dat is ingesteld door een nationale mededingingsautoriteit. Het gemeenschapsrecht zegt niets over een dergelijke samenloop van mogelijk tegenstrijdige beslissingen van de nationale rechter en een nationale mededingingsautoriteit. Zie Komninos 2008, p. 88, voetnoot 366. Komninos wijst ook op het probleem dat zich kan voordoen indien een nationale mededingingsautoriteit op grond van art. 29 lid 2 Verordening 1/2003 overweegt een groepsvrijstelling in te trekken op het betrokken grondgebied en een parallelle civielrechtelijke procedure plaatsvindt in een ander land (een ander forum). Dit kan leiden tot verschillende uitkomsten in de verschillende lidstaten als gevolg van de verschillende mededingingsomstandigheden in de verschillende markten. De Commissie zou, om dit te voorkomen, in een dergelijk geval een procedure kunnen beginnen op grond van art. 11 lid 6 Verordening 1/2003. Zie Komninos 2008, p. 88, voetnoot 366.

76 Deze beschikking dient niet te worden vergeleken met de negatieve verklaring onder het regime van Verordening 17/62. De Commissie doet namelijk geen uitspraak of er sprake is van een schending van art. 81 EG of art. 82 EG. Zie Komninos 2008, p. 89.

Bij schending van de toezeggingen kunnen op grond van artikel 23 lid 2 sub c en artikel 24 lid 1 sub c Verordening 1/2003 de nodige maatregelen worden genomen (geldboeten en dwangsommen) door de Commissie. De vraag is of de toezeggingen met een verbindend karakter ook privaatrechtelijk kunnen worden gehandhaafd. Mijns inziens kunnen toezeggingen met een verbindend karakter worden afgedwongen door een rechterlijk verbod of gebod of door schadevergoeding. Komninos wijst op het feit dat de beschikking die de toezegging een verbindend karakter verleent wel voldoende duidelijk, precies en onvoorwaardelijk dient te zijn voor wat betreft de verplichting die zij oplegt op de geadresseerden, wil de burgerlijke rechter de bevoegdheid hebben om toezeggingen met een verbindend karakter te handhaven en toe te passen.[77] Daarnaast dient de beschikking die de toezegging een verbindend karakter geeft ook daadwerkelijk rechten toe te kennen aan derden wil men er als derde een beroep op kunnen doen.[78] Met Komninos ben ik van mening dat de beschikking die de toezegging een verbindend karakter verleent, directe horizontale werking toekomt.[79] De geadresseerden van de beschikking (die de toezegging een verbindend karakter geeft) zijn particulieren. Het niet naleven van een toezegging betekent overigens niet per definitie dat de artikelen 81 EG of 82 EG zijn geschonden. De toezegging laat namelijk in het midden of er al dan niet sprake is van een schending van het mededingingsrecht. Derden kunnen uiteraard wel altijd zelfstandig bij de nationale rechter een beroep doen op schending van de artikelen 81 EG en 82 EG.

5.4.5 Achtergronden van de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht

Reeds in de jaren tachtig was het de bedoeling dat de Commissie zich niet langer bezig zou moeten houden met gevallen die geen bijzonder ingewikkelde of nieuwe juridische of economische problemen zouden opleveren. De bevoegde diensten zouden meer armslag moeten krijgen om ingewikkelde zaken sneller en doeltreffender te behandelen.[80] Verordening 1/2003 ligt in dezelfde lijn. Van den Bossche wijst erop dat

> 'het hierbij in wezen gaat om de uiting van een oprechte efficiëntiebekommernis, met als uitgangspunt dat een optimale allocatie van zaken op basis van o.m.

77 Komninos 2008, p. 90; Temple Lang 2006, p. 286.
78 Komninos 2008, p. 90.
79 Komninos 2008, p. 90.
80 Vijftiende Mededingingsverslag (1985), punt 39. Zie hierover Van den Bossche 2000, p. 146. Zie over de mogelijkheden in de jaren tachtig tot decentrale handhaving van Europees mededingingsrecht voor de nationale rechters van de lidstaten ook Temple Lang 1984, p. 219 e.v.

concepten als het communautaire belang, leidt tot een optimale allocatie van zowel Europese als nationale middelen.'[81]

De Commissie geeft, naast haar beperkte personele en materiële middelen, als reden dat het aanmeldingssysteem niet langer een juist middel vormt om een doelmatige handhaving van de verdragsartikelen te garanderen. Naast het feit dat de Commissie niet in staat is de vele aanmeldingen te behandelen, komen de echt zware kartels niet aan het licht nu dergelijke praktijken niet vrijwillig bij de Commissie worden aangemeld.[82] Rechtsonzekerheid wordt ook nog als argument genoemd, nu de betrokken ondernemingen in onzekerheid zitten over het al dan niet toelaatbaar zijn van de aangemelde overeenkomst zolang door de Commissie geen ontheffingsbeschikking werd afgegeven.[83] De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht bij overeenkomsten in dit stadium was gecompliceerd, zoals ik heb beschreven in § 5.3. Aan de andere kant is het de vraag of ondernemingen onder het regime van Verordening 1/2003 er voor wat betreft rechtszekerheid op vooruit gaan, nu ze (althans hun juridisch adviseurs) de toelaatbaarheid van overeenkomsten zelf aan de mededingingsregels moeten toetsen. Als laatste argument wordt het kostenaspect genoemd. De juridische kosten die zijn verbonden aan de aanmelding zullen voor de kleine en middelgrote ondernemingen concurrentienadeel opleveren ten opzichte van de grotere ondernemingen.[84] Of dit laatste argument valide is, betwijfel ik, gelet op het feit dat ondernemers zich onder het systeem van Verordening 1/2003 ook juridisch moeten laten voorlichten. Ondernemers moeten nu, zoals bij het argument betreffende de rechtszekerheid reeds duidelijk is geworden, zelfstandig de afweging maken of een overeenkomst onder het kartelverbod van het eerste lid van artikel 81 EG valt. Als de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moeten de ondernemers (althans hun juridisch adviseurs) vervolgens de afweging maken of de overeenkomst aan de vier vereisten voldoet van het derde lid van artikel 81 EG, zodat het kartelverbod buiten toepassing zal worden verklaard.

De hervormingen worden door mededingingspecialisten wel gezien als de uitkomst van de inhoudelijke veranderingen die zich sinds het eind van de jaren tachtig en het begin van de jaren negentig hebben voorgedaan.[85] De Commissie is zich geleidelijk gaan toeleggen op een meer economische aanpak van mededingingszaken in plaats van een formalistische houding ten aanzien van het ontheffingsbeleid. Steenbergen & Van der Woude schetsen een ontwikkeling waarbij 'aan de bestrijding van ernstige inbreuken voorrang werd gegeven boven het limitatief inventariseren van toegestane clausules.'

---

81 Van den Bossche 2000, p. 146.
82 Afgezien van de gevallen waarin een beroep wordt gedaan op de clementieregeling.
83 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 658.
84 Zie ook Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 678.
85 Zie Steenbergen & Van der Woude 2004, p. 192 en 193. Zij spreken in hun bijdrage uit 2004 over de afgelopen 15 jaar.

In hun analyse zien ze een verschuiving bij de Commissie van het 'dirigistisch aansturen van ondernemersgedrag naar hetgeen de Commissie concurrentieel aanvaarbaar achtte' naar een beleid gericht op de bescherming van de vrije marktwerking tegen ongewenste gedragingen van ondernemingen. De overgang van sturing naar marktwerking heeft volgens hun analyse tot een versoepeling van de toepassing van het eerste lid van artikel 81 EG geleid en een versoepeling van de toepassing van het derde lid van artikel 81 EG voor ondernemingen met een bescheiden marktaandeel.[86] Door de versoepeling van het beleid ten aanzien van gedragingen waarvoor een economische rechtvaardiging te vinden is, en de verscherping van het beleid ten aanzien van gedragingen waarvoor geen economische rechtvaardiging te vinden is, moest de Commissie prioriteiten stellen. Voor het onderzoek naar een economische rechtvaardiging en het opsporen van harde kernrestricties is nu eenmaal een uitgebreid feitenonderzoek nodig en de Commissie had hier niet voldoende middelen voor. Door deze ontwikkeling van het materiële mededingingsrecht schoot het procedurele recht zoals neergelegd in Verordening 17/62 tekort. Aan de wensen van de Commissie is uiteindelijk gehoor gegeven door de aanname van Verordening 1/2003, waarbij de mogelijkheid tot het stellen van prioriteiten is verruimd en het onderdrukken van harde kernrestricties (afspraken die ertoe strekken de mededinging te beperken zoals prijsafspraken, marktverdelingsafspraken en afzetbeperkingsafspraken) is aangescherpt.[87] Bij dit alles hebben de nationale instanties een grotere rol gekregen.

Het feit dat de nationale rechter het derde lid van artikel 81 EG zelf kan toepassen, is om een aantal redenen een goede ontwikkeling. In de eerste plaats kan het de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht stimuleren. In de tweede plaats is het efficiënter om één instantie te hebben die kan besluiten of een overeenkomst onder het kartelverbod van het eerste lid van artikel 81 EG valt en, zo ja, of de overeenkomst voldoet aan de vrijstellingsvoorwaarden van het derde lid van artikel 81 EG. Beide beoordelingen liggen in elkaars verlengde en gaan grotendeels over dezelfde feiten.[88] In de derde plaats is de Commissie veel tijd kwijt met het beoordelen van verzoeken tot het verlenen van vrijstelling van het kartelverbod op grond van het derde lid van artikel 81 EG. De Commissie kan die tijd beter besteden voor het opsporen en bestraffen van de meest serieuze harde kernovertredingen (*hardcore* overtredingen) van het mededingingsrecht.[89] In de vierde plaats wordt als gevolg van de invoering van Verordening 1/2003 de toepassing van het derde lid van artikel 81 EG definitief (tenzij het HvJ EG anders besluit) als een rechtsregel

86 Zie Steenbergen & van der Woude 2004, p. 193.
87 Zie Steenbergen & van der Woude 2004, p. 193.
88 Wils 2005, p. 9.
89 Vgl. Wils 2005, p. 9.

gezien. Het is geen beleidsinstrument waarbij voor het bestuur de nodige discretionaire ruimte bestaat.[90]

5.4.6 Kanttekeningen

De decentralisatie naar de nationale rechterlijke instanties kan in veel gevallen zorgen voor een verzwaring van de last die op de burgerlijke rechter rust. Nu is het een feit van algemene bekendheid dat de civiele rechtspraak in veel van de 27 lidstaten reeds overbelast is. Het is uit het oogpunt van het beginsel dat de sterkste schouders de zwaarste lasten dragen twijfelachtig of met de keuze om de nationale rechters een zwaardere taak te geven bij de handhaving van het mededingingsrecht de juiste weg is ingeslagen. Het geven van meer financiële en personele middelen aan de Commissie is een alternatief waar ook wat voor te zeggen zou zijn geweest. Desalniettemin is de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht een goede stap voorwaarts in de richting van een effectievere privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Bij de mogelijke verzwaring van de last die op de burgerlijke rechter rust, moet wel een voorbehoud worden gemaakt nu de uitbreiding van bevoegdheden niet automatisch inhoudt dat daardoor de vraag naar de uitoefening van die bevoegdheden toeneemt.[91] Of het mededingingsrecht door de burgerlijke rechter meer zal worden toegepast dan voorheen, is iets wat ondernemingen en particulieren uitmaken en niet de Commissie.

De afschaffing van het notificatiesysteem als gevolg van de invoering van Verordening 1/2003 is niet direct voldoende voor een succesvol systeem van privaatrechtelijke handhaving.[92] Met de aanmelding onder Verordening 17/62 kon worden bereikt dat de nationale rechter de zaak diende aan te houden tot de Commissie een besluit had genomen (*Delimitis*), maar de aanmelding kon niet leiden tot de voorlopige geldigheid van de overeenkomst en kon uiteindelijk ook niet werken als afweermiddel tegen acties van de gelaedeerden tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.[93] Het notificatiesysteem maakte de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht dan ook niet geheel onmogelijk. Nu de rechter onder Verordening 1/2003 de mededingingsbeperkende afspraak die onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG valt, dient te toetsen aan artikel 81 lid 3 EG, zou zelfs kunnen worden gezegd dat de laedens (indien het geen *hardcore* restricties betreft) een extra verdedigingslinie kan opwerpen tegen de gelaedeerde van

90 Wils 2005, p. 9-10; Burrichter 2001, p. 539.
91 Zie Steenbergen & van der Woude 2004, p. 200.
92 Zie onder meer Slot 2004, p. 466-467; Venit 2003, p. 570-572; Wils 2005, p. vi.
93 HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935; Eilmansberger 2007, p. 434; Mäsch 2003, p. 825.

een mededingingsovertreding.[94] Daarnaast is niet de gang naar de rechter maar het zelf onderzoeken of een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een gedraging niet in strijd is met de mededingingsregels het alternatief voor de verzoeken en aanmeldingen van overeenkomsten bij de Commissie.[95] Steenbergen & Van der Woude wijzen er dan ook op dat de vraag of ondernemingen 'mededingingsrechtelijke vragen aan het rechterlijk oordeel zullen voorleggen' een kwestie van rechtscultuur is en geen kwestie van mededingingsbeleid.[96]

De stelling van de Commissie dat de criteria voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG voldoende uitgekristalliseerd zijn om toepassing aan de nationale rechter over te laten, is niet in overeenstemming met de werkelijkheid. In werkelijkheid zijn er door de Commissie slechts weinig ontheffingsbeschikkingen afgegeven.[97] Ook de jurisprudentie van het HvJ EG betreffende artikel 81 lid 3 EG is beperkt. Daar komt nog bij dat de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 lid 3 EG zijn herzien onder invloed van de modernisering van het mededingingsrecht en de daarmee gepaard gaande grotere rol voor de economie. Er gaat dan ook geen sterke precedentwerking meer uit van de besluiten van de Commissie die tot stand zijn gekomen voor de modernisering van het mededingingsrecht.[98] De Commissie heeft deze leemte getracht op te vullen met de richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG.[99] Daarbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat de richtsnoeren verwachten dat de rechter de overeenkomst aan een uitvoerige economische toets onderwerpt die zelfs verder lijkt te gaan dan de toets die de Commissie uitvoert. Er wordt een uitvoerig onderzoek van de nationale rechter verwacht en het is de vraag of dit, hoewel de burgerlijke rechter minder lijdelijk is dan vroeger, van de rechter mag en kan worden verlangd.

Uiteraard zijn er aan de keuze van de Commissie ook gevaren verbonden. Naast het feit dat de afschaffing van het systeem van aanmeldingen de Commissie een belangrijke bron van informatie ontneemt over de stand van zaken en de ontwikkeling van de diverse markten, kan de rol van de Commissie als *amicus curiae* voor de nationale rechter leiden tot een zware werklast die op de schouders van de Commissie terecht komt.[100] Een van de doelstellingen van de modernisering en decentralisering van de handhaving van het mededingingsrecht is nu juist het verlichten van de werklast van de Commissie, zodat de Commissie zich kan bezig houden met de op Europees niveau echt belangrijke zaken. De rol van de Commissie als *amicus curiae* voor de nationale rechter

94 Eilmansberger 2007, p. 434.
95 Zie Steenbergen & Van der Woude 2004, p. 200.
96 Zie Steenbergen & Van der Woude 2004, p. 201. Zie ook Van Gerven 2007, p. 38.
97 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 12.
98 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 12.
99 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag. Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, *PbEU* 2004, C 101/97.
100 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 680.

heeft tot nu toe nog niet geleid tot een substantiële verzwaring van de werklast. Ook zal zich een toename kunnen voordoen van het aantal prejudiciële vragen, omdat de nationale rechters geneigd zouden kunnen zijn de zaken op het bord van het HvJ EG neer te leggen. Dit zal leiden tot een flinke vertraging van de afdoening van zaken.[101] Aan de andere kant zou de rechtseenheid in gevaar kunnen komen indien de nationale rechters van de lidstaten het mededingingsrecht verschillend zullen interpreteren. Tot slot wijst Barents in Kapteyn & VerLoren van Themaat nog op het feit dat het voor de Commissie moeilijk is te controleren of de nationale rechterlijke instanties zich aan de verplichting houden om de Commissie van informatie te voorzien over de aanhangige zaken.[102] Aan de andere kant zou ik (wellicht te optimistisch) denken dat van een nationale rechterlijke instantie verwacht mag worden dat vrijwillig wordt voldaan aan de verplichtingen die uit de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG voorvloeien zonder dat een systeem van directe controle en sanctionering bestaat.

Naast de kanttekeningen die bij de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht zijn te plaatsen vanuit het perspectief van de nationale rechter, kunnen tevens kanttekeningen worden gemaakt bij de modernisering en decentralisering van de handhaving vanuit het perspectief van de nationale mededingingsautoriteiten. De decentralisatie die tot stand is gebracht onder Verordening 1/2003 is tenslotte niet alleen op de nationale rechter gericht, maar ook op de nationale mededingingsautoriteiten. Met de modernisering en decentralisering heeft de Commissie een netwerk tot stand willen brengen van nationale autoriteiten die op een effectieve manier met elkaar moeten samenwerken bij de handhaving van het Europees mededingingsrecht. Bij de decentrale toepassing van het Europees mededingingsrecht door de nationale mededingingsautoriteiten kunnen zich allerlei praktische en juridische problemen voordoen. Zo valt te denken aan het gevaar van *forum shopping* indien het beleid en de bevoegdheden van de verschillende mededingingsautoriteiten in de lidstaten uiteen lopen (wat ook weer bij civielrechtelijke *follow-on* zaken zal kunnen leiden tot *forum shopping*).[103] Daarnaast is het de vraag of de nationale mededingingsautoriteiten in alle 27 lidstaten wel in staat zijn om een effectief concurrentiebeleid te voeren. Zijn er voldoende financiële en personele middelen aanwezig? Zijn ze in staat de doelstellingen van het Europees mededingingsrecht te plaatsen boven nationale politieke belangen? Ik zal op deze vragen verder niet ingaan omdat ze buiten het terrein van mijn onderzoek vallen.

---

101 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 680.

102 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 680.

103 Zie *Provimi v Aventis Animal Nutrition* [2003] EWHC 961 (Comm), [2003] 2 All ER (Comm) 683, [2003] All ER (D) 59 (May). Zie mijn bespreking van deze zaak in § 10.3.5.4.

5.4.7 Een fundamenteel constitutioneel probleem

Bij een bespreking van de institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie (in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht) is het niet overbodig om aandacht te besteden aan enkele fundamentele problemen van constitutioneelrechtelijke aard. Verordening 1/2003 gaat uit van het feit dat het derde lid van artikel 81 EG een rechtstreeks werkende verdragsbepaling is. De tekst van het derde lid van artikel 81 EG is in de ogen van de Commissie kennelijk voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk om te kunnen spreken van een rechtstreeks werkende verdragsbepaling. De tekst van het derde lid van artikel 81 EG spreekt echter over het woord 'kunnen', wat wijst op een discretionaire bevoegdheid om het verbod van het eerste lid van artikel 81 EG buiten toepassing te verklaren.[104] Bij rechtstreekse toepasselijkheid van het derde lid zou deze bevoegdheid tot het buiten toepassing verklaren overbodig zijn. Bovendien wordt het derde lid van artikel 81 EG verder geconcretiseerd door de groepsvrijstellingsverordeningen. Deze concretisering maakt het standpunt dat het derde lid van artikel 81 EG rechtstreekse werking heeft er niet sterker op. Het komt mij ook vreemd voor dat de nationale rechter een bevoegdheid krijgt een verdragsbepaling toe te passen waarvan de Commissie heeft beweerd dat zij geen directe werking heeft vanwege de bestuurlijke beslissingsmarge die uit artikel 81 lid 3 EG valt af te leiden.[105]

Bij rechtstreekse werking van artikel 81 lid 3 EG lijken de nationale rechters en de nationale mededingingsautoriteiten niet gebonden te zijn aan de vrijstellingsverordeningen, nu deze slechts declaratoire waarde hebben. Secundair gemeenschapsrecht, zoals neergelegd in de vrijstellingsverordeningen, kan de werking van primair gemeenschapsrecht, zoals artikel 81 lid 3 EG, niet veranderen.[106] Dit standpunt dient wel genuanceerd te worden. De nationale rechter is aan de vrijstellingsverordeningen gebonden op grond van de gemeenschapstrouw, mits de vrijstellingsverordeningen (het secundair gemeenschapsrecht) geen afbreuk doen aan de rechtstreekse volle werking van artikel 81 lid 3 EG (het primaire gemeenschapsrecht). Daarnaast lijkt de directe werking van artikel 81 lid 3 EG af te hangen van secundair gemeenschapsrecht (Verordening 1/2003) als gevolg van de onenigheid tussen de *founding fathers* van het EG-Verdrag. Niet duidelijk is of het de gemeenschapswetgever op grond van artikel 83 EG toegestaan is te kiezen tussen een systeem van voorafgaande goedkeuring zoals onder verordening 17 gold, of een systeem van

104 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 678-679.
105 Zie ook Wesseling 2001a, p. 357-378.
106 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 679.

wettelijke uitzondering zoals onder Verordening 1/2003 geldt.[107] De tekst van artikel 81 lid 3 EG is een compromis als gevolg van onenigheid tussen de opstellers van het EG-Verdrag (met name Duitsland en Frankrijk). Er diende bij het opstellen van het EG-Verdrag gekozen te worden uit twee opties. Enerzijds de optie dat voorafgaande toestemming van een administratief orgaan nodig was (de Commissie) en anderzijds een uitzondering met directe werking *(de l'exception légale)*. Als gevolg van het feit dat de *founding fathers* van het EG-Verdrag het niet eens konden worden, spreekt de tekst in artikel 81 lid 3 EG niet over een vrijstelling, voorafgaande goedkeuring of een wettelijke uitzondering en is de tekst negatief geformuleerd. Gelet op voorgaande omstandigheden (met name de onenigheid van de opstellers van het EG-Verdrag) zou kunnen worden aangenomen dat het primaire gemeenschapsrecht het aan het secundair gemeenschapsrecht overlaat om een nadere keuze te maken.

Onder het regime van Verordening 17/62 werd uitdrukkelijk uitgegaan van het systeem van voorafgaande toestemming van een administratief orgaan en niet van het systeem van een wettelijke uitzondering met directe werking. Indien de visie dat het primaire gemeenschapsrecht het aan het secundair gemeenschapsrecht overlaat om een nadere keuze te maken, wordt verworpen, zou verdedigd kunnen worden (en dat zou een ander constitutioneel probleem zijn) dat het systeem van voorafgaande goedkeuring reeds in artikel 81 EG is opgenomen. De nieuwe Verordening 1/2003 zou dan in strijd zijn met het EG-Verdrag. De gehanteerde formulering in artikel 81 lid 3 EG – 'de bepalingen (…) *kunnen* echter buiten toepassing worden verklaard' – past in die visie meer bij een administratief orgaan dat een beschikking geeft dan bij een rechterlijke activiteit. Aan de andere kant is bijvoorbeeld de Nederlandse rechter niet onbekend met het hebben van een discretionaire bevoegdheid (vgl. bijvoorbeeld artikel 6:258 BW) en met het buiten toepassing verklaren van bepaalde regels (vgl. bijvoorbeeld artikel 6:248 lid 2 BW en het buiten toepassing (onverbindend) verklaren van een wettelijke regeling). Ik acht het onvermijdelijk dat deze fundamentele vragen binnen afzienbare tijd aan het HvJ EG zullen worden voorgelegd. De kans dat het HvJ EG de nieuwe Verordening 1/2003 op de zojuist genoemde punten in strijd zal achten met het EG-Verdrag, is niet geheel denkbeeldig. Er zit dan voor de Commissie en de lidstaten niets anders op dan een wijziging van het EG-Verdrag. Mocht het HvJ EG Verordening 1/2003 niet in strijd achten met het EG-Verdrag, dan zullen bij die beslissing pragmatische redenen een belangrijke rol spelen.

---

107 Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 679. Mestmäcker is bijvoorbeeld van mening dat het systeem van wettelijke uitzondering niet door het EG-Verdrag wordt toegelaten. Zie Mestmäcker 2000, p. 401-444. Zie voor een soepeler standpunt Appeldoorn 2001, p. 400-403.

5.4.8 *Masterfoods* en artikel 16 Verordening 1/2003: de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter

De relatie tussen de Commissie en de nationale rechter is door het HvJ EG nog eens duidelijk gemaakt in de in 2000 gewezen zaak *Masterfoods*.[108] In deze zaak ging het om vrieskisten die HB Ice Cream (een dochter van de Unilevergroep) gratis of tegen een geringe huurprijs ter beschikking stelde aan de detailhandelaren van ijs. In de overeenkomsten tot levering van vrieskisten die HB had gesloten met detailhandelaren van ijs was een exclusiviteitsbeding opgenomen. Masterfoods (dochter van de Amerikaanse vennootschap Mars Inc.) betrad vervolgens de Ierse consumptie-ijsmarkt. Een aanzienlijk aantal detailhandelaren die beschikte over de door HB geleverde vrieskisten ging ertoe over om daarin het ijs van Masterfoods te bewaren en aan te bieden.

HB vorderde vervolgens nakoming van het exclusiviteitsbeding. Masterfoods stelde een vordering in bij het Ierse *High Court*, die de strekking had vast te stellen dat het exclusiviteitsbeding krachtens het nationale recht en de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans artikelen 81 en 82 EG) nietig was. HB stelde vervolgens een vordering in die ertoe strekte Masterfoods te verbieden de detailhandelaren ertoe aan te zetten het exclusiviteitsbeding te overtreden.

Nadat het *High Court* een voorlopig verbod ten gunste van HB had uitgesproken, nam het *High Court* een beslissing ten principale op de vorderingen van Masterfoods en HB. Het *High Court* verwierp de vordering van Masterfoods en legde ten gunste van HB een definitief verbod op aan Masterfoods om de detailhandelaren ertoe te bewegen de producten van Masterfoods in vrieskisten van HB te bewaren.[109] De vordering van HB tot verkrijging van schadevergoeding werd afgewezen.

Masterfoods stelde tegen deze beslissingen beroep in bij het Ierse *Supreme Court*. Parallel aan deze procedure was door Masterfoods bij de Commissie een klacht tegen HB ingediend wegens het feit dat HB aan detailhandelaren vrieskisten leverde die uitsluitend voor de producten van dat merk mochten worden gebruikt.[110] Na een beschikking van de Commissie, waarin onder andere werd vastgesteld dat HB inbreuk maakt op de artikelen 81 en 82 EG, heeft HB bij verzoekschrift beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld bij het GvEA EG.[111] Tevens heeft HB bij afzonderlijke akte verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking totdat het GvEA EG ten principale heeft beslist. Onder deze omstandigheden heeft het Ierse *Supreme Court* de behandeling van de zaak geschorst en prejudiciële vragen

108 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369. Zie voor een nadere bespreking van deze uitspraak onder meer Fierstra 2001, p. 159-163; Preece 2001, p. 281-288; Wesseling 2001b, p. 222-226; Kjølbye 2002, p. 175-184.

109 R.o. 8.

110 R.o. 10.

111 Beschikking 11 maart 1998 *(Van den Bergh Foods Ltd)*, *PbEG* 1998, L 246/1 (98/531/EG). HB trad inmiddels op onder de naam Van den Bergh Foods Ltd.

gesteld die gerezen zijn in twee gedingen tussen Masterfoods en HB Ice Cream over de uitlegging van de artikelen 85, 86 en 222 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG, 82 EG en 295 EG).

In antwoord op de vragen van het Ierse *Supreme Court* herinnert het HvJ EG aan de beginselen die de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels beheersen.[112] Het HvJ EG overweegt dat de Commissie, die de taak heeft over de in de artikelen 81 en 82 EG neergelegde beginselen te waken, de oriëntatie van het communautaire mededingingsbeleid moet bepalen en uitvoeren.[113] Onder verwijzing naar de arresten *Delimitis*[114] en *Ufex e.a./Commissie*,[115] overweegt het HvJ EG dat de Commissie bij het geven van individuele beschikkingen en het vaststellen van vrijstellingsverordeningen aan de bij haar ingediende klachten een verschillende prioriteit mag toekennen.[116]

Het HvJ EG zet aan de hand van het arrest *Delimitis* uiteen dat de Commissie haar bevoegdheden tot toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG deelt met de nationale rechterlijke instanties. Aan de hand van het *BRT I*-arrest wordt nog eens herhaald dat de genoemde bepalingen rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechtstreekse rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Het HvJ EG concludeert vervolgens dat de nationale rechter bevoegd blijft tot toepassing van de artikelen 81 lid 1 en 82 EG in het geval de Commissie een procedure krachtens de artikelen 2, 3 of 6 van Verordening nr. 17 heeft ingeleid.[117]

Het HvJ EG overweegt vervolgens dat (r.o. 48)

> '(…) de Commissie bij de vervulling van de haar door het Verdrag toegekende taak niet [kan] zijn gebonden aan een beslissing die een nationale rechter op grond van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag [thans de artikelen 81 lid 1 en 82 EG, EJZ] heeft gegeven'.

De Commissie is dan ook volgens het HvJ EG bevoegd individuele beschikkingen houdende toepassing van de artikelen 81 en 82 EG te geven indien een nationale rechter reeds heeft beslist over een overeenkomst of gedraging en de door de Commissie voorgenomen beschikking in tegenspraak is met die rechterlijke beslissing.[118]

Aan de hand van eerdere rechtspraak maakt het HvJ EG duidelijk dat de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG ook geldt voor de nationale rechter.

---

112 R.o. 45.
113 R.o. 46.
114 HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* I-935, *NJ* 1992, 763, r.o. 44.
115 HvJ EG 4 maart 1999, zaak C-119/97 P *(Ufex)*, *Jur.* 1999, p. I-1341, r.o. 88.
116 R.o. 46.
117 R.o. 47.
118 R.o. 48.

Volgens het in artikel 10 EG neergelegde beginsel van de gemeenschapstrouw onthouden de lidstaten zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag in gevaar kunnen brengen en treffen de lidstaten alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit het EG-Verdrag of uit handelingen van de instellingen van de Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

Het HvJ EG wijst nog eens op het feit dat een beschikking van de Commissie op grond van artikel 189, vierde alinea EG-Verdrag (thans artikel 249 EG) verbindend is in al haar onderdelen voor degenen tot wie zij uitdrukkelijk zijn gericht.[119] Na te refereren aan het arrest *Delimitis*, waarin is bepaald dat de nationale rechter ter voorkoming van schending van het algemene rechtszekerheidsbeginsel moet voorkomen dat beslissingen in tegenspraak zijn met een beschikking die de Commissie heeft gegeven of voornemens is te geven, overweegt het HvJ EG dat wanneer een nationale rechter zich uitspreekt over een overeenkomst of een gedraging waarvan de verenigbaarheid met artikel 81 EG en artikel 82 EG reeds in een beschikking van de Commissie is beoordeeld, hij geen beslissing mag nemen die tegen de beschikking van de Commissie indruist, ook al is deze laatste in tegenspraak met de beslissing van een nationale rechter in eerste aanleg.[120] Tevens overweegt het HvJ EG dat (r.o. 55)

> 'Wanneer de geadresseerde van de beschikking van de Commissie, zoals in de hoofdgedingen, binnen de in artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag [thans, na wijziging, artikel 230 EG, EJZ] gestelde termijn krachtens dat artikel beroep tot nietigverklaring tegen deze beschikking heeft ingesteld, (…) de nationale rechter [moet] beoordelen, of hij de behandeling van de zaak zal schorsen om een definitieve beslissing op dat beroep tot nietigverklaring af te wachten of om het Hof een prejudiciële vraag te stellen.'

Nadat het HvJ EG er nog eens aan herinnert dat de toepassing van de Europese mededingingsregels berust op een verplichting tot loyale samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie respectievelijk de communautaire rechterlijke instanties, overweegt het HvJ EG (r.o. 57):

---

119 R.o. 49 en 50.

120 R.o. 52. Volgens het HvJ EG is het feit dat de president van het GvEA EG de tenuitvoerlegging van beschikking 98/531 heeft opgeschort tot aan het eindarrest van het GvEA EG in dit verband niet van belang. De handelingen van de gemeenschapsinstellingen worden namelijk in beginsel vermoed rechtsgeldig te zijn zolang zij niet nietig zijn verklaard of ingetrokken (r.o. 53); Zie ook HvJ EG 15 juni 1994, zaak C-137/92 P *(BASF e.a.)*, *Jur.* 1994, p. I-2555, r.o. 48. Het HvJ EG overweegt vervolgens (r.o. 53): 'De beslissing van de rechter in kort geding om de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling krachtens art. 185 van het Verdrag op te schorten heeft slechts voorlopige werking. Zij loopt niet vooruit op de rechtspunten of feitelijke punten in geding en maakt evenmin de gevolgen van de later in het hoofdgeding te nemen beslissing bij voorbaat ongedaan (…)'. Zie ook HvJ EG 19 juli 1995, zaak C-149/95 P (R) *(Atlantic Container Line e.a.)*, *Jur*. 1995, p. I-2165, r.o. 22.

> 'Wanneer de beslechting van het geschil voor de nationale rechter afhangt van de geldigheid van de beschikking van de Commissie, brengt de verplichting tot loyale samenwerking mee, dat de nationale rechter, om geen beslissing te nemen die tegen de beschikking van de Commissie indruist, de behandeling van de zaak schorst tot een definitieve beslissing van de communautaire rechterlijke instanties op het beroep tot nietigverklaring, tenzij hij van oordeel is, dat het in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd is het Hof een prejudiciële vraag over de geldigheid van de beschikking van de Commissie te stellen.'

Daarbij ontstaat voor de nationale rechter nog de verplichting te onderzoeken of tijdens de procedure voorlopige maatregelen moeten worden genomen om de belangen van partijen tot zijn einduitspraak te beschermen.[121]

De *Masterfoods*-jurisprudentie is uiteindelijk gecodificeerd in het eerste lid van artikel 16 van de nieuwe Verordening 1/2003 (zie voor Verordening 1/2003 § 5.4). De bepaling vormt een verdere uitwerking van de verplichting die uit de zaak *Masterfoods* voorvloeit en luidt als volgt:

> 'Wanneer nationale rechterlijke instanties artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, kunnen zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Ook moeten zij vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar gestarte procedure. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten. Deze verplichting laat de rechten en verplichtingen op grond van artikel 234 van het Verdrag onverlet.'

De nationale rechter moet een eerdere beslissing van de Commissie volgen en dient te voorkomen dat zijn uitspraak in strijd raakt met de beslissing die de Commissie overweegt te nemen in een reeds lopende procedure. Verordening 1/2003 stelt in dat geval als mogelijkheid voor de nationale procedure op te schorten (wat in de praktijk neerkomt op een schorsing van het geding). Een complicerende factor hierbij is dat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dit niet als schorsingsgrond kent (informeel wel door aanhouding van de zaak te realiseren).[122] Ook de Wet tot wijziging van de Mededingingswet in verband met de uitvoering van Verordening 1/2003 voorziet hier niet in. De rechter zal zijn schorsingsbevoegdheid mijns inziens dan ook direct op artikel 16 van Verordening 1/2003 moeten baseren, nu het hier immers een rechtstreeks toepasselijke en verbindende bepaling betreft.[123] Het direct baseren van de schorsingsbevoegdheid op artikel 16 van Verordening 1/2003 past

121 R.o. 58.

122 Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bevat slechts een limitatief aantal gronden om een procedure te schorsen.

123 Zie ook Van Dijk 2004, p. 7.

ook bij de in *Masterfoods* nog eens benadrukte gehoudenheid van de nationale rechter om loyaal mee te werken aan de uniforme toepassing van het Europees mededingingsrecht.[124]

De jurisprudentie van het HvJ EG en Verordening 1/2003 laten wel enige ruimte voor de nationale rechter over om in bijzondere gevallen nog te kunnen manoeuvreren.[125] De directe werking van de artikelen 81 en 82 EG zorgt er namelijk voor dat de nationale rechter formeel zijn bevoegdheid niet verliest om over de zaak te oordelen, ook al is een zaak aanhangig bij de Commissie. Daarnaast zal de voorrang van het gemeenschapsrecht dienen te worden afgewogen tegen het in artikel 6 lid 1 EVRM neergelegde recht van partijen op een behandeling van hun civiele zaak door de rechter binnen een redelijke termijn.[126] Dit recht op behandeling binnen redelijke termijn geldt zowel in totaliteit (van moment van instelling van de actie tot de onherroepelijke uitspraak) als wat de afzonderlijke procesfasen betreft.[127]

Bij dit alles dient de kanttekening te worden gemaakt dat de kans op een conflict tussen de nationale rechter en een beschikking van de Commissie onder het regime van Verordening 1/2003 veel kleiner is geworden. Uit de *Masterfoods*-jurisprudentie en artikel 16 van Verordening 1/2003 wordt duidelijk dat een mogelijk conflict tussen de uitspraak van de Commissie en de uitspraak van de nationale rechter alleen dan bestaat indien de overeenkomsten, besluiten of gedragingen waar de nationale rechter een beslissing over neemt het voorwerp zijn van een beschikking van de Commissie of het voorwerp zijn van een beschikking die de Commissie overweegt te nemen. Een mogelijk conflict doet zich niet voor bij andere overeenkomsten, besluiten of gedragingen in dezelfde markt. Dit blijkt ook uit de beslissing die het *House of Lords* heeft genomen in de zaak *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan*.[128] Beschikkingen van de Europese Commissie zijn volgens het *House of Lords* alleen bindend indien het zowel *dezelfde partijen* betreft als *dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen* die in strijd zijn met het mededingingsrecht.

Ondanks de mogelijke gebondenheid van de nationale rechter aan een beslissing van de Commissie staat de onafhankelijkheid van de nationale rechter en de zelfstandigheid van de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte

124 Van Dijk 2004, p. 7.

125 Nazzini 2004, p. 171.

126 Nazzini 2004, p. 171. Partijen hebben op grond van art. 6 EVRM recht op een behandeling inclusief uitspraak binnen redelijke termijn. Deze redelijke termijn geldt zowel in totaliteit (van moment van instelling van de actie tot de onherroepelijke uitspraak) als wat de afzonderlijke procesfasen betreft. Zie echter EHRM 30 september 2003, zaaknr. 40892/98 *(Koua Poirrez/Frankrijk)*, *NJB* 2003, p. 2206. In dit arrest werd overwogen dat de periode die verstrijkt door het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ EG niet meetelt voor het berekenen van de termijn. Zie bijvoorbeeld ook EHRM 22 mei 2003, zaaknr. 41666/98 *(Kyrtatos/Griekenland)*, *NJB* 2003, p. 1447. Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 41; Van der Wiel 2004, p. 61.

127 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 41.

128 [2006] UKHL 38.

van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht voorop. Er is in principe geen hiërarchische verhouding tussen de twee vormen van handhaving. De nationale rechter is als decentrale gemeenschapsrechter namelijk niet gebonden aan beslissingen van de Europese Commissie als *mededingingsautoriteit*, maar aan beslissingen van de Europese Commissie als *supranationale gemeenschapsinstelling* die getoetst kunnen worden door de centrale gemeenschapsrechters (GvEA EG en HvJ EG).[129] Zie ook mijn kritische bespreking in § 9.5.7.7 van de in het Witboek voorgestelde binding van de nationale rechter aan een uitspraak van een nationale mededingingsautoriteit van een andere EU lidstaat.[130]

5.4.9 De SamenwerkingsMededeling

5.4.9.1 Inleiding

De nationale rechter kan onder Verordening 1/2003 gebruik maken van de bijstandregeling van een nieuwe SamenwerkingsMededeling die door de Commissie gepubliceerd is.[131] De nieuwe mededeling 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 EG-Verdrag vervangt de SamenwerkingsBekendmaking van 1993. De SamenwerkingsMededeling kan de nationale rechter hulp bieden bij de decentrale toepassing van het Europees mededingingsrecht. De toegankelijkheid van het Europees mededingingsrecht wordt voor de nationale rechter in ieder geval verhoogd. Uiteraard is het zo dat, anders dan Verordening 1/2003, de mededeling de nationale rechterlijke instanties *niet* direct bindt en geen gevolgen heeft voor de rechten en verplichtingen van de EU-lidstaten en van de natuurlijke personen of rechtspersonen uit hoofde van het Gemeenschapsrecht.[132] Wel bestaat op grond van de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG de verplichting om zo goed mogelijk samen te werken met de Commissie.

5.4.9.2 Inhoud van de SamenwerkingsMededeling

De SamenwerkingsMededeling begint met een bespreking van het toepassingsgebied van de mededeling (I). Vervolgens wordt de toepassing van communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties nader toege-

129 Komninos 2008, p. 16.
130 Komninos 2008, p. 15-16.
131 Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/54.
132 De Commissie meldt dit ten overvloede ook nog eens in punt 42 van de SamenwerkingsMededeling.

licht door middel van drie deelonderwerpen (II). De bevoegdheid van nationale rechterlijke instanties om communautaire mededingingsregels toe te passen (II-a), de procedurele aspecten van de toepassing van de communautaire mededingingsregels door nationale rechterlijke instanties (II-b) en de vraag hoe te handelen bij gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van communautaire mededingingsregels door de Commissie en de nationale rechterlijke instanties (II-c).

In hoofdstuk III wordt de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties nader toegelicht. Begonnen wordt met de Commissie als *amicus curiae* (III-a), onderverdeeld in de verplichting van de Commissie om de nationale rechterlijke instanties inlichtingen te verstrekken (1), het verzoek om advies over vragen betreffende de toepassing van communautaire mededingingsregels (2) en het maken van opmerkingen door de Commissie voor de nationale rechterlijke instanties (3). In III-b wordt de verlichting van de rol (taak) van de Commissie bij de handhaving van communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties besproken. III-b is onderverdeeld in een deel over de toezending van beslissingen van nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 EG-Verdrag (1) en een deel over de rol van de nationale rechterlijke instanties in het kader van inspecties door de Commissie (2). Besloten wordt met een slotbepaling waarin nog eens wordt gemeld dat de mededeling beoogt de nationale rechterlijke instanties bij te staan bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag.

Als bijlage is een voor de nationale rechter bruikbare lijst opgenomen van de groepsvrijstellingsverordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie die de rechter snel toegang verschaft tot de belangrijkste documenten. Een bijgewerkte versie is beschikbaar op de website van het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie.[133]

5.4.9.3 De SamenwerkingsMededeling, een stappenplan voor de nationale rechter

Volgt de nationale rechter de mededeling van de Commissie, dan leidt dat tot het onderstaande stappenplan. Het stappenplan is volledig gebaseerd op de hoofdtekst en voetnoten van de mededeling van de Commissie. De tekst is vaak letterlijk overgenomen maar op sommige punten aangepast en van commentaar voorzien.

I. Toepassingsgebied van de mededeling

Gaat het om toepassing van de artikelen 81 en/of 82 EG (punt 1)?[134]

133 Zie http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html.
134 Art. 6 van Verordening 1/2003.

II. De toepassing van communautaire mededingingsregels door nationale rechterlijke instanties

II-a. De bevoegdheid van nationale rechterlijke instanties om communautaire mededingingsregels toe te passen

Bent u op grond van de nationale, Europese en internationale bevoegdheidsregels bevoegd om de zaak te behandelen (punt 3)?[135] Bent u verplicht de nationale bepalingen van openbare orde ambtshalve toe te passen? Zo ja, dan moet u ook de artikelen 81 en 82 EG ambtshalve toepassen.[136] In het geval u niet verplicht bent, maar de mogelijkheid heeft om ambtshalve dwingende nationale bepalingen toe te passen onder de voorwaarden die zijn vastgesteld in het nationale recht, dan moet u wanneer u van deze mogelijkheid gebruik maakt eveneens dwingende communautaire bepalingen zoals de artikelen 81 en 82 EG toepassen en daarbij dezelfde voorwaarden in acht nemen die in het nationale recht zijn vastgesteld (punt 3).[137]

Past u het nationaal mededingingsrecht toe op overeenkomsten, besluiten van ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 81 lid 1 EG ongunstig kunnen beïnvloeden[138] dan wel op door artikel 82 EG verboden misbruiken, dan dient u tevens de Europese mededingingsregels toe te passen op deze overeenkomsten, besluiten of praktijken (punt 5).[139]

Vormen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen de lidstaten in de zin van artikel 81 lid 1 EG ongunstig kunnen beïnvloeden geen inbreuk op artikel 81 lid 1 EG of voldoen zij aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG? Vormen zij geen inbreuk of voldoen zij aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG, dan mogen die overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen evenmin worden verboden op grond van het nationale mededingingsrecht. Vormen zij wel een inbreuk en voldoen zij niet aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG, dan kunnen die overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde

---

135 De Commissie herinnert eraan dat de bevoegdheid van de nationale rechterlijke instantie afhangt van nationale, Europese en internationale bevoegdheidsregels. Tevens wijst zij op het feit dat Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*PbEG* 2001, L 12/1) van toepassing is op alle civielrechtelijke of handelsrechtelijke mededingingszaken.

136 De Commissie verwijst naar de art. 2 en 3 van het EG-Verdrag, HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur.* 1999, p. I-3055, r.o. 36; GvEA EG 27 oktober 1994, zaak T-34/92 *(Fiatagri)*, *Jur.* 1994, p. II-905, r.o. 39; GvEA EG 12 december 2000, zaak T-128/98 *(Aéroports de Paris)*, *Jur.* 2000, p. II-3929, r.o. 241.

137 In de mededeling wordt verwezen naar HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118, r.o. 13-15 en r.o. 22.

138 Voor nadere precisering van het begrip 'beïnvloeding van de handel' wijst de Mededeling naar de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/81.

139 Art. 3 lid 1 Verordening 1/2003.

feitelijke gedragingen niet worden toegestaan op grond van het nationale recht (punt 6).[140]

Is sprake van eenzijdige gedragingen in de zin van artikel 82 EG? Artikel 3 van Verordening 1/2003 voorziet in dit geval niet in een soortgelijke verplichte convergentie. Het algemeen beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht vereist evenwel dat iedere bepaling van een nationale wet (artikel 24 Mededingingswet) die in strijd is met een gemeenschapsregel, door u buiten toepassing wordt gelaten, of deze nu van eerdere of latere datum is dan laatstgenoemde regel (punt 6).[141]

Gaat het om een beschikking van de Commissie? Dan moet u zorgen voor de gedwongen uitvoering van beschikkingen van de Commissie,[142] alsmede van verordeningen betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht handelt u in het kader van het gemeenschapsrecht en bent u gehouden de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht te nemen (punt 7).[143]

Past u het Europees mededingingsrecht toe, dan bent u gebonden door de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de gemeenschap alsmede door de verordeningen van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 EG op groepen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen (punt 8).[144]

Heeft de Commissie in een specifieke zaak de artikelen 81 en 82 EG toegepast en past u in dezelfde zaak gelijktijdig met of na de Commissie de Europese mededingingsregels toe, dan is de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG door de Commissie bindend voor u (punt 8).[145]

U kunt zich laten leiden door de verordeningen en beschikkingen van de Commissie die analoog zijn aan de zaak die u behandelt. Tevens kunt u zich laten leiden door de bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de

140 De mededeling wijst naar HvJ EG 13 februari 1969, zaak 14/68 *(Walt Wilhelm)*, *Jur.* 1969, p. 1 en HvJ EG 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79 t/m 3/79 *(Giry)*, *Jur.* 1980, p. 2327, r.o. 15-17.

141 De mededeling verwijst naar HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 *(Simmenthal)*, *Jur.* 1978, p. 629, r.o. 21; HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01 *(Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF))*, *Jur.* 2003, p. I-8055, r.o. 49.

142 De mededeling geeft als voorbeeld dat een nationale rechterlijke instantie kan worden verzocht te zorgen voor de gedwongen uitvoering van beschikkingen die de Commissie heeft vastgesteld op grond van de art. 7 tot en met 10 en de art. 23 en 24 van de verordening.

143 De mededeling verwijst naar bijvoorbeeld HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88 *(Wachauf)*, *Jur.* 1989, p. 2609, r.o. 19.

144 HvJ EG 1 juli 1976, zaak 63/75 *(Fonderies Roubaix)*, *Jur.* 1976, p. 111, r.o. 9-11; HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 46.

145 De mededeling verwijst met betrekking tot de gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van de communautaire mededingingsregels door de nationale rechterlijke instanties en de Commissie ook naar de r.o. 11-14.

Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG[146] en het jaarlijkse verslag over het mededingingsbeleid (punt 8).[147]

II-b. Procedurele aspecten van de toepassing van de communautaire mededingingsregels door nationale rechterlijke instanties

De procedurele voorwaarden voor de handhaving van het Europees mededingingsrecht door u als nationale rechter en de sancties die u als nationale rechter kunt opleggen bij een inbreuk op het Europees mededingingsrecht zijn neergelegd in het nationaal recht (Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). U heeft echter op grond van het Gemeenschapsrecht (Verordening 1/2003) de mogelijkheid om advies van de Commissie in te winnen met betrekking tot de toepassing van het Europees mededingingsrecht. Bovendien heeft u ex artikel 15, derde lid van Verordening 1/2003 de verplichting om de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten (NMa) de mogelijkheid te bieden schriftelijke opmerkingen in te dienen. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft de wetgever aparte bepalingen opgenomen waarin de mogelijkheden/verplichtingen die Verordening 1/2003 biedt om mondelinge/schriftelijke opmerkingen te maken zijn opgenomen (punt 9).[148]

Nu verdere procedures en sancties op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet in het EG-Verdrag of verordening 1/2003 zijn geregeld, past u het nationale procesrecht en, voor zover u daartoe bevoegd bent, de in het nationale recht (BW/Rv) vastgestelde sancties toe (punt 10).

Is de toepassing van deze nationale bepalingen verenigbaar met de algemene bepalingen van het Gemeenschapsrecht? Op grond van de voorrang van het Gemeenschapsrecht mag u geen nationale bepalingen toepassen die in strijd zijn met de algemene bepalingen van het Gemeenschapsrecht. De

---

146 De mededeling verwijst naar HvJ EG 11 april 1989, zaak 66/86 *(Ahmed Saeed Flugreisen)*, *Jur.* 1989, p. 803, r.o. 27; HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur*. 1991, p. I-935, r.o. 50. Een lijst met richtsnoeren, bekendmakingen, mededelingen en verordeningen van de Commissie op het gebied van het mededingingsbeleid, in het bijzonder de verordeningen betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn bij deze mededeling gevoegd. Zie ook § 5.4.9.4 van dit boek. Voor de beschikkingen van de Commissie houdende toepassing van de art. 81 en 82 van het Verdrag (sinds 1964), zie http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/.

147 De Mededeling verwijst naar HvJ EG 12 december 1995, gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94 *(Dijkstra/Frico Domo)*, *Jur.* 1995, p. I-4471, r.o. 32.

148 Deze rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het Gemeenschapsrecht (Verordening 1/2003) hebben voorrang op het nationale recht. De verplichting van de nationale rechter om de Commissie en de nationale mededingingsautoriteit de mogelijkheid te bieden schriftelijke opmerkingen in te dienen had dus bestaan, onafhankelijk of het nationale recht daar wel of niet in had voorzien. Dit geldt eveneens voor de mogelijkheid voor de nationale rechter om het advies van de Commissie in te winnen met betrekking tot het Europees mededingingsrecht.

mededeling wijst u daarbij nog op twee regels die zijn af te leiden uit de jurisprudentie (punt 10). In de eerste plaats moet het nationale recht bij een inbreuk op het Gemeenschapsrecht sancties vaststellen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn (punt 10 a).[149] In het geval een inbreuk op het Gemeenschapsrecht een particulier schade toebrengt, moet deze particulier onder bepaalde omstandigheden bij u een vordering tot schadevergoeding kunnen indienen (punt 10 b).[150] De procedureregels en sancties die u toepast om het Gemeenschapsrecht te handhaven mogen er volgens het doeltreffendheidsbeginsel niet toe leiden dat deze handhaving uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk wordt (punt 10 c).[151] In de tweede plaats mogen de procedureregels en sancties die u toepast om het Gemeenschapsrecht te handhaven volgens het gelijkwaardigheidsbeginsel niet minder gunstig zijn dan de regels die gelden voor de handhaving van gelijkwaardige nationale wetgeving (punt 10 c).[152]

II-c. Gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van communautaire mededingingsregels door de Commissie en de nationale rechterlijke instanties

U kunt tegelijk met de Commissie of na de Commissie het Europees mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of eenzijdige gedragingen (artikel 82 EG).[153] Daarbij

149 In de mededeling wordt verwezen naar HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 *(Griekse maïs/Alfonsina)*, *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 23-25.

150 De mededeling wijst met betrekking tot het recht op schadevergoeding als gevolg van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht door een onderneming naar HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 26 en 27. Met betrekking tot het recht op schadevergoeding bij een inbreuk door een lidstaat of een overheidsorgaan van deze lidstaat en de voorwaarden voor deze aansprakelijkheid van de staat verwijst de mededeling naar HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 *(Francovich)*, *Jur.* 1991, p. I-5357, r.o. 33-36; HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91 *(Marshall II)*, *Jur.* 1993, p. I-4367, r.o. 30, 34 en 35; HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 *(Brasserie du Pêcheur en Factortame)*, *Jur.* 1996, p. I-1029; HvJ EG 26 maart 1996, zaak C-392/93 *(British Telecommunications)*, *Jur.* 1996, p. I-1631, r.o. 39-46; HvJ EG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94 en C-188/94-C-190/94 *(Dillenkofer)*, *Jur.* 1996, p. I-4845, r.o. 22-26 en r.o. 72.

151 De mededeling wijst met betrekking tot het doeltreffendheidsbeginsel naar HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 *(Rewe-Zentralfinanz)*, *Jur.* 1976, p. 1989, r.o. 5; HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12, en HvJ EG 10 april 1984, zaak 79/83 *(Harz)*, *Jur.* 1984, p. 1921, r.o. 18 en 23.

152 De mededeling wijst met betrekking tot het gelijkwaardigheidsbeginsel naar HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 *(Rewe-Zentralfinanz)*, *Jur.* 1976, p. 1989, r.o. 5; HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80 *(Rewe(botervaarten))*, *Jur.* 1981, p. 1805, r.o. 44; HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur.* 1983, p. 3595, r.o. 12, en HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96 *(Edis)*, *Jur.* 1998, p. I-4951, r.o. 36 en 37.

153 De mededeling wijst op het feit dat alleen in het geval de nationale rechter is aangewezen als nationale mededingingsautoriteit de art. 11 lid 6, jo art. 35 leden 3 en 4 van Verordening 1/2003 in de weg staan aan een parallelle toepassing van de art. 81 of 82 EG door de Commissie en een nationale rechterlijke instantie. Dit is in Nederland niet van belang (NMa).

dient u wel met een aantal hierna te noemen punten rekening te houden (punten 11 tot en met 14).

Voorkom dat u een beslissing neemt die in strijd is met een beschikking die de Commissie wil gaan nemen (artikel 16 lid 1 Verordening 1/2003). U kunt aan de Commissie vragen of zij een procedure heeft ingeleid met betrekking tot dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen.[154] Daarbij kunt u vragen hoe de procedure er voor staat en of het waarschijnlijk is dat in de zaak die u voor u heeft een beschikking zal worden gegeven (punt 12, zie ook punt 21).[155]

U kunt om redenen van rechtszekerheid besluiten de procedure te schorsen totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven.[156] De Commissie deelt in de mededeling mee zich in te spannen om zaken waarvoor zij heeft besloten een procedure in de zin van artikel 2 lid 1 van Verordening 773/2004 in te leiden, en waarvoor bij de nationale rechter een procedure loopt waarvan de behandeling is geschorst, bij voorrang te behandelen, zeker als de afloop van een civielrechtelijk geding daarvan afhankelijk is (punt 12).

Is er redelijkerwijs geen twijfel mogelijk over de beschikking die de Commissie overweegt te geven of heeft de Commissie reeds een beschikking gegeven in een vergelijkbare zaak? U kunt over de bij u aanhangige zaak beslissen op grond van de overwogen of eerdere beschikking. Het is niet nodig om de Commissie om de bovengenoemde inlichtingen te verzoeken of haar beschikking af te wachten (punt 12).

In het geval de Commissie een beschikking heeft gegeven kunt u geen beslissing nemen die ingaat tegen de beschikking van de Commissie. In § 5.4.8 is reeds gewezen op het feit dat een mogelijk conflict zich niet voordoet bij andere overeenkomsten, besluiten of gedragingen in dezelfde markt. Dit blijkt ook uit de beslissing die het *House of Lords* heeft genomen in de zaak *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan*.[157] Beschikkingen van de Europese Commissie zijn volgens het *House of Lords* alleen bindend indien het zowel *dezelfde partijen* betreft als *dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen* die in strijd zijn met het mededingingsrecht.

---

154 De mededeling wijst op het feit dat met het oog op de vaststelling van een beschikking op grond van de art. 7 tot en met 10 van Verordening 1/2003 de Commissie de inleiding van haar procedure bekend maakt (zie art. 2 lid 2 Verordening 773/2004 van 7 april 2004 van de Commissie betreffende procedures op grond van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* L 123). Uit HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur*. 1973, p. 77, r.o. 16 blijkt dat volgens het HvJ EG het inleiden van een procedure een gezagshandeling van de Commissie impliceert waaruit haar wil blijkt een beschikking te geven.

155 De mededeling verwijst naar HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur*. 1991, p. I-935, r.o. 53; HvJ EG 12 december 1995, gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94 *(Dijkstra/Frico Domo)*, *Jur.* 1995, p. I-4471, r.o. 34.

156 De mededeling verwijst naar art. 16 lid 1 Verordening 1/2003; HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 47; HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369, r.o. 51.

157 [2006] UKHL 38.

In het geval u twijfelt aan de wettigheid van de beschikking van de Commissie, kunt u zich niet zomaar ontrekken aan de bindende kracht van deze beschikking, tenzij het HvJ EG een arrest in tegengestelde zin wijst.[158] Indien u een beslissing zou willen nemen die ingaat tegen die van de Commissie, moet u het HvJ EG om een prejudiciële beslissing verzoeken ex artikel 234 EG. Indien de beschikking van de Commissie op grond van artikel 230 EG wordt aangevochten (vernietigingsberoep tegen tot een natuurlijke of rechtspersoon gerichte beschikkingen en 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) voor de rechterlijke instanties van de Gemeenschap en de beslechting van het geding voor de nationale rechter afhangt van de geldigheid van deze beschikking, moet u de procedure schorsen tot een definitieve uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring door de rechterlijke instanties van de Gemeenschap. Gelet op de omstandigheden van het geval kunt u beslissen dat het gerechtvaardigd is om aan het HvJ EG een prejudiciële beslissing te vragen over de geldigheid van de beschikking (punt 13).[159]

In het geval u de procedure schorst (bijvoorbeeld in afwachting van een beschikking van de Commissie of van een definitieve uitspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap bij een beroep tot nietigverklaring of in het kader van een prejudiciële procedure), dient u te onderzoeken of er voorlopige maatregelen moeten worden genomen om de belangen van partijen te beschermen (punt 14).[160]

III. De samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties

De gemeenschapstrouw neergelegd in artikel 10 EG verlangt dat de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten over en weer loyaal samenwerken om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken. Voor wat betreft de samenwerking tussen de Commissie en u brengt de gemeenschapstrouw mee dat de Commissie u moet bijstaan wanneer u het Gemeenschapsrecht toepast.[161] De gemeenschapstrouw brengt echter ook mee dat u verplicht kunt worden om de Commissie bij te staan bij de vervulling van haar taken (punt 15).[162]

De samenwerking tussen u en de nationale autoriteiten (NMa) bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG valt in principe onder de nationale regel-

158 De mededeling verwijst naar HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85 *(Foto-Frost)*, *Jur.* 1987, p. 4199, r.o. 12-20.

159 De mededeling verwijst naar art. 16 lid 1 Verordening 1/2003 en HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369, r.o. 52-59.

160 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369, r.o. 58.

161 De mededeling verwijst naar HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365, r.o. 16-22; HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 53.

162 De mededeling verwijst naar HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00 *(Roquette Frères)*, *Jur.* 2002, p. I-9011, r.o. 31.

geving en niet onder de gemeenschapstrouw. Artikel 15 lid 3 van Verordening 1/2003 bepaalt echter dat de nationale mededingingsautoriteiten (NMa) bij u opmerkingen kunnen indienen (punt 16).

III-a. De Commissie als amicus curiae

Wanneer u hulp van de Commissie nodig acht om over de voorliggende zaak te beslissen, is dat op uw verzoek mogelijk. De door de Commissie verleende bijstand bindt u uiteraard niet (zie ook punt 19). De Commissie zal de onafhankelijkheid van u respecteren. In artikel 15 Verordening 1/2003 zijn de meest voorkomende soorten bijstand genoemd. U kunt een verzoek indienen tot het verstrekken van inlichtingen (punten 21 t/m 26) en adviezen (27 t/m 30) van de Commissie. Daarnaast heeft de Commissie de mogelijkheid om opmerkingen te maken. Deze bijstand kan niet worden beperkt door regels van nationaal recht, nu Verordening 1/2003 in deze vormen van bijstand voorziet. Het hele gemeenschapsrecht, inclusief het EG-Verdrag en secundaire wetgeving (in dit geval een verordening) gaat tenslotte voor op het nationale recht.[163] De lidstaten moeten passende procedureregels vaststellen die u en de Commissie in staat stellen om volop gebruik te maken van de door Verordening 1/2003 geboden mogelijkheden. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn de procedureregels voor wat betreft het maken van opmerkingen door en het verstrekken van stukken aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit en de Commissie vastgelegd in artikel 44a Rv. Artikel 44a Rv luidt:

> '1. De raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit of de Commissie van de Europese Gemeenschappen kan, niet optredende als partij, schriftelijke opmerkingen maken ingevolge artikel 15, derde lid, eerste alinea, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1), indien deze de wens daartoe te kennen heeft gegeven. Met toestemming van de rechter kan de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit of de Commissie van de Europese Gemeenschappen ook mondelinge opmerkingen maken. De rechter kan daartoe een roldatum bepalen. 2. Op een verzoek ingevolge artikel 15, derde lid, tweede alinea, van de verordening verstrekt de rechter aan de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit of de Commissie van de Europese Gemeenschappen de in die bepaling

163 In HvJ EG 15 juni 1964, zaak 6/64 *(Costa/ENEL)*, *Jur.* 1964, p. 1203 is bepaald dat wanneer de nationale rechter onverenigbaarheid tussen nationaal recht en gemeenschapsrecht constateert, hij nationaal recht opzij moet zetten en het gemeenschapsrecht moet volgen. In HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 *(Simmenthal III)*, *Jur.* 1978, p. 629 is bepaald dat nationale wetgeving opzij moet worden gezet, ook indien strijdige nationale wetgeving is aangenomen nadat gemeenschapsrecht wordt vastgesteld.

bedoelde stukken. Partijen kunnen binnen een door de rechter te bepalen termijn hun mening over de te verstrekken stukken geven.[164]
3. Partijen kunnen binnen een door de rechter te bepalen termijn op de opmerkingen van de raad van bestuur van de Nederlandse mededingingsautoriteit of de Commissie van de Europese Gemeenschappen reageren.'

De artikelen 67 en 68 Rv zijn aangepast aan Verordening 1/2003 en bevatten nu bepalingen betreffende inlichtingen over buitenlands recht en communautair mededingingsrecht. Artikel 67 Rv luidt als volgt:

'1. Indien de rechter inlichtingen wil inwinnen overeenkomstig artikel 3 van de op 7 juni 1968 te Londen gesloten Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Trb. 1968, 142) dan wel inlichtingen of advies wil vragen ingevolge artikel 15, eerste lid, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1), doet hij aan partijen schriftelijk opgave van de te stellen vragen en de te verzenden stukken.
2. Partijen kunnen binnen een door de rechter te bepalen termijn schriftelijk hun mening omtrent de te stellen vragen en de te verzenden stukken geven.[165]
3. De rechter stelt de inhoud van het verzoek om inlichtingen of advies in een tussenbeslissing vast. Voor zover het inlichtingen over buitenlands recht betreft, neemt hij artikel 4 van de Overeenkomst daarbij in acht.
4. Tegen deze tussenbeslissing staat geen voorziening open, voor zover het de inhoud van de te stellen vragen en de te verzenden stukken betreft.
5. Indien aan de rechter op grond van artikel 13 van de Overeenkomst aanvullende inlichtingen worden gevraagd, stelt hij partijen in de gelegenheid binnen een door hem te bepalen termijn schriftelijk op dit verzoek te reageren.'

Artikel 68 Rv luidt:

'1. De griffier zendt een afschrift van het antwoord op het verzoek om inlichtingen of van het advies aan partijen. Alsdan bepaalt de rechter de dag waarop de procedure wordt voortgezet.
2. Partijen kunnen binnen een door de rechter te bepalen termijn hun beschouwingen over het antwoord of het advies geven.'

---

164 Het is de vraag wat de waarde is van de mening van partijen over de te verstrekken stukken (art. 44a lid 2 Rv) indien de rechter een verzoek van de Commissie om toezending van de stukken moet honoreren op grond van de gemeenschapstrouw ex art. 10 EG. Zie De Groot 2007, p. 46.

165 De MvT wekt de suggestie dat partijen deze mogelijkheid kunnen benutten indien 'partijen willen voorkomen dat de Commissie bepaalde vertrouwelijke gegevens verstrekt' De Groot wijst op het feit dat hier sprake lijkt te zijn van enige verwarring nu het initiatief immers bij de Commissie ligt. Zie De Groot 2007, p. 45-46. De Commissie kan bij de behandeling van een verzoek om inlichtingen van de ontvangende rechter garanties vragen betreffende de geheimhouding van bepaalde inlichtingen. Het ligt meer voor de hand dat de rechter overleg voert met partijen, zie bijvoorbeeld art. 29 Rv.

Het verzoek om bijstand kunt u als rechter schriftelijk toezenden aan:
Europese Commissie
Directoraat-generaal Concurrentie
B-1049 Brussel

Bij het verlenen van bijstand zal de Commissie ervoor moeten zorgen dat zij haar geheimhoudingsplicht in acht neemt en dat haar eigen functioneren en onafhankelijkheid worden gewaarborgd. De Commissie moet neutraal en objectief blijven bij de naleving van haar verplichting u bij te staan bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht op grond van artikel 10 EG. De Commissie is dan ook niet voornemens particuliere belangen van de partijen in de voor u aanhangige zaak te dienen. De commissie zal dan ook geen van de partijen horen over haar bijstand aan u.[166] Indien een van de partijen in de bij u aanhangige zaak contact heeft gezocht met de Commissie over onderwerpen die in dat geschil aan de orde zijn gesteld, zal de Commissie u daarvan in kennis moeten stellen, of de contacten nu voor of na het door u ingestelde verzoek tot samenwerking plaatsvonden (punt 19).

1. *De verplichting van de Commissie om de nationale rechterlijke instanties inlichtingen te verstrekken*

De verplichting van de Commissie om u bij te staan bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht komt voornamelijk tot uitdrukking in de verplichting voor de Commissie om inlichtingen waarover zij beschikt aan u te verstrekken. U kunt bijvoorbeeld de overlegging vorderen van stukken die de Commissie in haar bezit heeft of haar verzoeken inlichtingen van procedurele aard te verstrekken teneinde te kunnen vaststellen of een bepaalde zaak in behandeling is bij de Commissie, of de Commissie een procedure ingeleid heeft of dat de Commissie reeds een standpunt heeft ingenomen. Tevens kan de waarschijnlijke datum van een te geven beschikking door u worden opgevraagd bij de Commissie, zodat u kunt beoordelen of u de behandeling van de zaak moet schorsen dan wel voorlopige maatregelen moet treffen (punt 21).[167]

Het streven van de Commissie is om u binnen een maand na de datum van ontvangst van uw verzoek de inlichtingen te verstrekken. Indien de Commissie u moet verzoeken uw verzoek nader toe te lichten of ingeval 'diegenen die rechtstreeks worden geraakt door het doorgeven van de inlichtin-

166 In de SamenwerkingsMededeling wordt onder punt 30 nog ten overvloede gemeld dat de relevante nationale procedureregels de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht moeten eerbiedigen.

167 HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 53; HvJ EG 12 december 1995, gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94 *(Dijkstra/Frico Domo)*, *Jur.* 1995, p. I-4471, r.o. 34.

gen' moeten worden geraadpleegd, gaat deze termijn in op de datum waarop de Commissie de gevraagde inlichtingen ontvangt (punt 22).

De Commissie neemt bij het aan u toezenden van inlichtingen de waarborgen in acht die op grond van artikel 287 EG worden verleend aan natuurlijke personen en rechtspersonen.[168] Inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen in de zin van artikel 287 EG (zowel vertrouwelijke informatie als zakengeheimen) worden door de leden, ambtenaren en andere personeelsleden van de Commissie niet openbaar gemaakt.[169] Er bestaat echter op grond van de artikelen 10 EG en 287 EG geen absoluut verbod voor de Commissie om aan u als rechter inlichtingen te verstrekken die onder de geheimhoudingsplicht vallen. Op grond van de verplichting tot loyale samenwerking moet de Commissie zelfs inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen aan u als nationale rechter verstrekken, op voorwaarde dat de Commissie de waarborgen die in artikel 287 EG zijn neergelegd in ieder geval niet mag verzwakken (punt 24). U zult dan ook gevraagd worden of u de bescherming van vertrouwelijke inlichtingen en zakengeheimen kan en zal garanderen. In het geval u deze garantie niet kunt bieden, verstrekt de Commissie de onder het beroepsgeheim vallende informatie niet.[170] Gezien uw taak als burgerlijke rechter zal het garanderen van de bescherming van vertrouwelijke inlichtingen en zakengeheimen problematisch zijn, nu het beginsel van hoor en wederhoor of *audi et alteram partem*, zoals neergelegd in artikel 19 Rv en ook pleegt te worden begrepen onder het recht op een *fair trial* zoals neergelegd in artikel 6 EVRM, meebrengt dat de rechter slechts mag beslissen aan de hand van stukken en of inlichtingen waarvan partijen in het geding hebben kunnen kennisnemen en waarover zij zich hebben kunnen uitlaten.[171] Dit geldt uiteraard ook voor stukken en of inlichtingen die van derden zoals de Commissie afkomstig

168 De mededeling verwijst naar HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 53.

169 Onder zakengeheimen vallen inlichtingen waarvan niet enkel de openbaarmaking aan het publiek de belangen van diegene waarvan de inlichtingen afkomstig zijn ernstig kunnen schaden, maar ook reeds de overlegging aan een ander rechtssubject dan dat waarvan de inlichtingen afkomstig zijn. De mededeling verwijst naar GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921, r.o. 86 en 87; HvJ EG 7 november 1985, zaak 145/83 *(Adams)*, *Jur.* 1985, p. 3539, r.o. 34.

170 De commissie zal volgens haar mededeling, indien u garandeert dat u de vertrouwelijke inlichtingen en zakengeheimen zal beschermen, aangeven welke delen onder het beroepsgeheim vallen en welke daar niet onder vallen. De delen die niet onder het beroepsgeheim vallen mogen dan wel geopenbaard worden. De mededeling verwijst naar HvJ EG 6 december 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-4405, r.o. 10 en 11; GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921, r.o. 93.

171 Zie over het beginsel van hoor en wederhoor Asser 1992. Zie ook Coenraad 2001, p. 4. Zie over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht de dissertatie van Smits: Smits 1996.

zijn.[172] Informatie die vrijwillig werd verstrekt door diegene die een beroep doet op de clementieregeling, wordt niet aan u verstrekt zonder toestemming van de aanvrager van de clementieregeling. Deze uitzondering op de samenwerkingsplicht wordt gerechtvaardigd door het belang van de Gemeenschap bij de integriteit en effectiviteit van de clementieregeling.[173]

2. *Verzoek om advies over vragen betreffende de toepassing van communautaire mededingingsregels*

Naast het feit dat u zich bij de toepassing van het communautaire mededingingsrecht kunt laten leiden door de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap en de verordeningen, beschikkingen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG, is het ook mogelijk advies in te winnen bij de Commissie over zowel economische, feitelijke als juridische vragen.[174] Dit doet uiteraard niet af aan de mogelijkheid of de plicht prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG. Het advies van de Commissie is uiteraard, anders dan een uitspraak van het HvJ EG, juridisch niet bindend voor u.

De Commissie kan u om aanvullende informatie vragen. In de SamenwerkingsMededeling zegt de Commissie toe zich in te spannen om u het gevraagde advies te verstrekken binnen vier maanden na ontvangt van het verzoek (punt 28). Indien de Commissie om aanvullende inlichtingen verzoekt, gaat de vier maanden termijn pas in op de datum van ontvangt van inlichtingen.

3. *Het door de Commissie en de NMa maken van opmerkingen voor de nationale rechterlijke instanties*

De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten hebben ex artikel 15 lid 3 van Verordening 1/2003 de mogelijkheid om opmerkingen te maken

172 HR 31 januari 1975, *NJ* 1976, 146 *(Schulte/Verheij e.a.)*; HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130 m.nt. WHH *(de Samenwerking/Geerlings)*; HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 438 m.nt. JBMV; HR 22 juni 1990, *NJ* 1990, 704 *(Stichting Cultureel Centrum/Zuidhoek)*; EHRM 18 februari 1997, zaaknr. 18990/91, *NJ* 1997, 590 *(Nideröst-Huber/Zwitserland)*.

173 De Commissie kan dan weigeren de informatie aan u te verstrekken om dwingende redenen in verband met de noodzaak om de belangen van de Gemeenschap te beschermen of te voorkomen dat de Gemeenschap in haar functioneren en onafhankelijkheid wordt belemmerd, meer in het bijzonder doordat de vervulling van de haar opgedragen taken in gevaar wordt gebracht (zie punt 26). De SamenwerkingsMededeling verwijst naar HvJ EG 6 december 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-4405, r.o. 10 en 11; HvJ EG 26 november 2002, zaak C-275/2000 *(First en Franex)*, *Jur.* 2002, p. I-10943, r.o. 49; GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921, r.o. 93.

174 De SamenwerkingsMededeling verwijst naar HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 53; HvJ EG 12 december 1995, gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94 *(Dijkstra/Frico Domo)*, *Jur.* 1995, p. I-4471, r.o. 34.

over de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG.[175] Aangezien in de verordening is neergelegd dat de Commissie alleen opmerkingen indient in het geval de coherente toepassing van de artikelen 81 en 82 EG dat vereist, zullen de opmerkingen voornamelijk beperkt zijn tot een economische en juridische analyse van de feiten die ten grondslag liggen aan de bij de nationale rechter aanhangige zaak (punt 32). Onderscheid wordt gemaakt tussen schriftelijke opmerkingen die door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten worden gemaakt (NMa) zonder dat toestemming van u noodzakelijk is en mondelinge opmerkingen die alleen met toestemming van u gemaakt kunnen worden.[176] U kunt verzocht worden een afschrift aan de Commissie te sturen van alle stukken die relevant zijn voor de beoordeling door de Commissie. De Commissie zal deze stukken volgens haar mededeling alleen gebruiken bij de voorbereiding van haar opmerkingen.[177]

De mededeling maakt nog eens melding van het feit dat het procedurele kader voor het maken van opmerkingen over onderwerpen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 of 82 EG moet zijn te verenigen met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht, waarbij met nadruk wordt gewezen op de fundamentele rechten van partijen in het geding. Daarnaast wordt gewezen op het feit dat het procedurele kader er niet toe mag leiden dat het doeltreffendheidsbeginsel (opmerkingen maken wordt uiterst moeilijk of in de praktijk onmogelijk) en het gelijkwaardigheidsbeginsel (het maken van opmerkingen wordt moeilijker dan het maken van opmerkingen in een procedure waarin gelijkwaardige nationale wetgeving wordt toegepast) worden geschonden.[178]

175 De Raad van State heeft zich bij de voorbereiding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht nog afgevraagd hoe en door wie de NMa en de Commissie op de hoogte worden gebracht van het aanhangig zijn van een civiele procedure. Verordening 1/2003 voorziet niet in een prealabel signaleringssysteem. Er zijn diverse manieren waarop de Commissie op de hoogte kan worden gebracht van het aanhangig zijn van een civiele procedure. In de eerste plaats kan een van de partijen zich wenden tot de NMa of de Commissie. In de tweede plaats kan de Commissie op de hoogte raken indien de rechter haar om inlichtingen of advies vraagt. In de derde plaats kan de Commissie of de NMa zich pas in appel in het geschil mengen, nadat de Commisie of de NMa van het vonnis in eerste aanleg heeft kennisgenomen. Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 276, nr. 5. Zie ook De Groot 2007, p. 46, voetnoot 22.

176 De mededeling wijst op het feit dat overeenkomstig art. 15 lid 4 Verordening 1/2003 dit artikel geen afbreuk doet aan verdergaande bevoegdheden die op grond van het nationale recht aan de nationale mededingingsautoriteiten worden verleend om opmerkingen voor rechterlijke instanties te formuleren.

177 De mededeling verwijst tevens naar art. 28 lid 2 van Verordening 1/2003, waarin het de Commissie wordt belet de door haar verkregen inlichtingen die onder de geheimhoudingsplicht vallen openbaar te maken.

178 De mededeling verwijst voor wat betreft het doeltreffendheidsbeginsel of effectiviteitsbeginsel naar HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88 *(Hoechst)*, *Jur.* 1989, p. 2859, r.o. 33. Tevens verwijst de mededeling naar art. 15 lid 3 Verordening 1/2003.

De NMa heeft Richtsnoeren Amicus Curiae d.d. 13 augustus 2004 gepubliceerd op haar website.[179] Deze Richtsnoeren regelen de verhouding tussen de NMa en de nationale rechter in zaken waarbij de nationale rechter de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag toepast en waarbij de NMa geen procespartij is. De NMa zal op grond van deze Richtsnoeren in beginsel slechts interveniëren, indien een zaak zich in de fase van hoger beroep bevindt (§ 16 van de Richtsnoeren Amicus Curiae).

Van de bevoegdheid om in rechterlijke procedures te interveniëren als *amicus curiae* wordt door de NMa slechts gebruik gemaakt indien het een procedure betreft waarin (zoals reeds gezegd) de NMa zelf geen partij is en een rechtsvraag aan de orde is gesteld met betrekking tot de interpretatie van artikel 81 en/of artikel 82 EG (§ 18 Richtsnoeren Amicus Curiae).

In het geval u de wens te kennen geeft de NMa als gerechtelijk deskundige te benoemen, overweegt de NMa of er alsnog aanleiding is gebruik te maken van de bevoegdheid tot een *amicus curiae* interventie. Zo niet, dan zal de NMa de benoeming tot gerechtelijk deskundige niet aanvaarden (§ 21 Richtsnoeren Amicus Curiae). Een mogelijke *amicus curiae* interventie door de NMa zal evenwel niet worden ingegeven door particuliere belangen, maar door het algemene belang dat de nationale mededingingsautoriteit mede verantwoordelijk houdt voor een eenduidige toepassing van de artikelen 81 en 82 EG binnen de Europese Gemeenschap (§ 19 Richtsnoeren Amicus Curiae).[180]

Om de NMa in staat te stellen haar opmerkingen te formuleren, dient u alle voor de beoordeling van de zaak noodzakelijke stukken (de appeldagvaarding, de memorie van grieven, de memorie van antwoord, tussenvonnissen, nadere uitlatingen respectievelijk het (aanvullend) beroepschrift en het verweerschrift) aan de NMa toe te zenden en haar daarbij een termijn (van vier weken) te stellen voor het uitbrengen van een schriftelijke interventie (§ 27 Richtsnoeren Amicus Curiae).

Bij de afweging of (op verzoek van de voorzieningenrechter) in kortgedingzaken tot interventie wordt overgegaan, hanteert de NMa afwijkende criteria (§ 30 Richtsnoeren Amicus Curiae). De aard van de vragen kan in dat geval ook ruimer zijn.

III-b. De nationale rechter als 'verlichter' van de rol van de Commissie bij de handhaving van communautaire mededingingsregels

Verordening 1/2003 geeft een aantal voorbeelden van bijstand die 'de autoriteiten van de lidstaten' aan de Commissie behoren te geven op grond van de

179 Zie www.nmanet.nl.

180 Zie over de *amicus curiae* in het algemeen en de verhouding met de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: Köhne 2006, p. 252-258.

verplichting tot loyale samenwerking.[181] In de eerste plaats gaat het om de toezending van rechterlijke beslissingen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG (afschrift behoort onverwijld te worden toegezonden nadat de volledige uitspraak aan de partijen is betekend) zoals is geregeld in artikel 15, tweede lid van Verordening 1/2003. Dit stelt de Commissie in staat kennis te krijgen van gedingen waarvoor het nodig kan zijn opmerkingen te maken ingeval een van de partijen hoger beroep instelt. In Nederland geschiedt dit zoals is neergelegd in artikel 28 lid 8 Rv door de griffier, via tussenkomst van de Raad voor de Rechtspraak. Dit is alleen anders bij arresten of beschikkingen van de Hoge Raad, nu de Hoge Raad niet onder de Raad voor de Rechtspraak valt.

Artikel 28 lid 8 Rv luidt:

> 'Ingevolge artikel 15, tweede lid, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1) verstrekt de griffier onverwijld een afschrift van vonnissen, arresten en beschikkingen met betrekking tot de toepassing van artikel 81 of 82 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen. De verstrekking geschiedt, behalve wanneer het arresten of beschikkingen van de Hoge Raad betreft, door tussenkomst van de Raad voor de rechtspraak. Wanneer naar het oordeel van de griffier de bescherming van zwaarwegende belangen van anderen, waaronder die van partijen, daartoe aanleiding geeft, kan de griffier volstaan met de verstrekking van een geanonimiseerd afschrift van het vonnis, het arrest of de beschikking.'

In de tweede plaats gaat het over de toezending aan de Commissie of de mededingingsautoriteiten van de lidstaten van voor de beoordeling van een zaak noodzakelijke stukken zoals neergelegd in artikel 15 lid 3 van Verordening 1/2003. Daarnaast wijst de mededeling nog op de rol van de nationale rechter in het kader van inspecties door de Commissie (punt 38 t/m 41). Dit laatste behoort echter tot de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en is in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet van belang. De rol van de nationale rechter in het kader van inspecties door de Commissie wordt hier dan ook niet verder besproken.

5.4.9.4 Verordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren

De Commissie hoopt met behulp van verordeningen, bekendmakingen, mededelingen, richtsnoeren en beschikkingen voldoende duidelijkheid voor markt-

181 De mededeling verwijst naar HvJ EG 13 december 1991, zaak C-69/90 *(Commissie/Italië)*, *Jur.* 1991, p. 6011, r.o. 15.

deelnemers en nationale rechters te creëren en zo de coherente toepassing van het communautaire mededingingsrecht in stand te houden.

In de Samenwerkingsmededeling heeft de Commissie aan het eind van de mededeling een lijst opgenomen met alle beschikbare groepsvrijstellingsverordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren die er zijn om marktdeelnemers en ook de nationale rechter te helpen bij de interpretatie en toepassing van de artikelen 81 en 82 EG (zie bijlage I). Van deze lijst zijn alleen de verordeningen juridisch bindend. In de rechtens niet bindende bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie *(soft law)* geeft zij het toetsingskader aan voor de door haar te beoordelen individuele mededingingsgedragingen en omschrijft zij de soort gevallen die haar onder de verdragsbepalingen rechtens toelaatbaar lijkt.[182] Hoewel de bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie geen bindende werking hebben ten laste van particulieren *(soft law)*, kunnen zij door het vertrouwensbeginsel wel bindend zijn voor de Commissie voor haar beschikkingspraktijk op het door de bekendmaking, mededeling of richtsnoer behandelde terrein.[183] Deze bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren kunnen niet afwijkend zijn van het EG-Verdrag en het secundaire gemeenschapsrecht en zijn niet bindend voor u als nationale rechter.[184]

De verordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren vallen te verdelen in een categorie niet-sectorspecifieke regels en een categorie sectorspecifieke regels. Aan deze lijst zullen in de loop der tijd verordeningen, bekendmakingen, mededelingen, richtsnoeren en nadere toelichtingen worden toegevoegd. Tevens zullen bestaande verordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren worden gewijzigd of vervangen. De houdbaarheid van deze lijst is dan ook van beperkte duur. De nationale rechter en de procespartijen kunnen op de website van de Commissie de meest actuele versie van de lijst raadplegen.[185] De verordeningen, richtsnoeren, mededelingen, nadere toelichtingen en bekendmakingen kunnen de procespartijen en u als nationale rechter behulpzaam zijn bij de toepassing van het mededingingsrecht.

182 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 247; Lauwaars 1992, p. 18 e.v.; Senden & Hancher 2000, p. 96 e.v.

183 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 247.

184 Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 247; HvJ EG 6 mei 1997, zaak C-169/95 *(Pyrsa)*, *Jur.* 1997, p. I-135.

185 http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html.

5.4.10 De oplossing van conflictsituaties bij gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van communautaire mededingingsregels door de Commissie en de nationale rechter

Er kunnen zich verschillende conflictsituaties voordoen bij gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van communautaire mededingingsregels door de Commissie en de nationale rechter. In de SamenwerkingsMededeling van de Commissie wordt voornamelijk aandacht besteed aan het scenario waarin de civielrechtelijke zaak nog aanhangig is en de Commissie reeds een beschikking heeft genomen of voornemens is een beschikking te nemen. Er kunnen zich echter verschillende variaties op die conflictsituatie voordoen. Zo onderscheidt Komninos vijf verschillende scenario's.[186] Deze scenario's zijn deels terug te vinden in § 102 van het in 1999 verschenen Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag.[187] Ik begin met het reeds in de SamenwerkingsMededeling besproken scenario en besteed daarna, mede aan de hand van de door Komninos genoemde voorbeelden, aandacht aan vier alternatieve scenario's.

5.4.10.1 De civielrechtelijke zaak is nog aanhangig en de Commissie heeft reeds een beschikking genomen of is voornemens een beschikking te nemen

In het geval dat de civielrechtelijke zaak nog aanhangig is en de Commissie reeds een beschikking heeft genomen of voornemens is een beschikking te nemen, blijft de nationale rechter bevoegd om tegelijk met de Commissie of na de Commissie het Europees mededingingsrecht toe te passen. De rechter moet echter gelet op artikel 16 Verordening 1/2003 en *Masterfoods* voorkomen dat hij een beslissing neemt die in strijd is met de door de Commissie gegeven beschikking. Tevens moet de rechter vermijden een beslissing te nemen die in strijd zou zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar begonnen procedure. In dat laatste geval kan de nationale rechter de procedure het beste schorsen totdat de Commissie een definitief oordeel heeft gegeven. Alleen als er in dat laatste geval redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is over de beschikking die de Commissie overweegt te geven of ingeval de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven in een vergelijkbare zaak kan de rechter over de bij hem aanhangige zaak beslissen op grond van de beschikking die de Commissie overweegt te geven of reeds heeft gegeven in een vergelijkbare zaak. Zie voor deze situatie verder de SamenwerkingsMededeling (punten 11-14).

---

186 Zie Komninos 2008, p. 124-139.

187 Witboek *Modernisering van de regels inzake de toepassing van de art. 85 en 86 van het EG-Verdrag*, 28 april 1999 (Programma van de Commissie, nr. 99/027), *PbEG* 1999, C-132/1. Zie over het Witboek bijvoorbeeld Rodger 1999, p. 653-663 en de bijdragen van diverse auteurs in Rivas & Horspool 2000.

Indien de nationale rechter een beslissing wil nemen die ingaat tegen die van de Commissie, dient hij het HvJ EG om een prejudiciële beslissing te verzoeken ex artikel 234 EG. Indien de beschikking van de Commissie op grond van artikel 230 EG wordt aangevochten (vernietigingsberoep tegen tot een natuurlijke of rechtspersoon gerichte beschikking en tegen beschikking die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken) voor de rechterlijke instanties van de Gemeenschap en de beslechting van het geding voor de nationale rechter afhangt van de geldigheid van deze beschikking, dient de nationale rechter de procedure te schorsen tot een definitieve uitspraak wordt gedaan over het beroep tot nietigverklaring door de rechterlijke instanties van de Gemeenschap. Indien de procedure wordt geschorst (bijvoorbeeld in afwachting van een beschikking van de Commissie of van een definitieve uitspraak van de rechterlijke instanties van de Gemeenschap bij een beroep tot nietigverklaring of in het kader van een prejudiciële procedure), dient de nationale rechter te onderzoeken of er voorlopige maatregelen moeten worden genomen om de belangen van partijen te beschermen.[188] Zie voor deze situatie verder de SamenwerkingsMededeling (punten 11-14).

De nationale rechter kan wel een beslissing nemen die ingaat tegen de beschikking van de Commissie indien de feiten substantieel veranderd zijn of de reikwijdte van de beschikking van de Commissie inhoudelijk is beperkt of verworpen door latere rechtspraak van het GvEA EG en het HvJ EG.[189] In dat laatste geval dient de nationale rechter uiteraard wel de lijn te volgen zoals is uitgezet in de desbetreffende jurisprudentie van het GvEA EG en het HvJ EG. Een dergelijke handelswijze is niet in strijd met artikel 16 lid 1 Verordening 1/2003 en *Masterfoods*, nu de nationale rechter op dit terrein uiteindelijk gebonden is aan het oordeel van het GvEA EG en het HvJ EG.[190]

5.4.10.2 *Appellabele of cassabele beslissing van de nationale rechter en de Commissie heeft een beschikking genomen of is voornemens een beschikking te nemen*

Een vonnis gaat in kracht van gewijsde indien tegen dat vonnis geen rechtsmiddel meer kan worden aangewend.[191] Indien de Commissie gedurende de tijd dat het vonnis van de rechter nog niet in kracht van gewijsde is gegaan een beschikking neemt, zal de appelrechter of cassatierechter op grond van artikel 16 lid 1 Verordening 1/2003 en *Masterfoods* geen beslissing mogen

188 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369, r.o. 58.
189 Komninos 2008, p. 126.
190 Komninos 2008, p. 126.
191 Indien de uitspraak van de nationale rechter nog niet in kracht van gewijsde is gegaan, heeft de uitspraak per definitie ook nog geen gezag van gewijsde (bindende kracht in een ander geding tussen dezelfde partijen) ex art. 236 Rv.

nemen die strijdig is met de beschikking van de Commissie. Tevens moeten de appelrechter en cassatierechter vermijden een beslissing te nemen die in strijd zou zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar begonnen procedure. De Commissie of de nationale mededingingsautoriteit kan eventueel als *amicus curiae* optreden bij de appelrechter of de cassatierechter.[192]

De Commissie hoeft op grond van *Masterfoods* en artikel 85 EG geen rekening te houden met de eerdere uitspraak van de nationale rechter. De Commissie kan volgens het HvJ EG bij de vervulling van de haar door het EG-Verdrag toegekende taak niet gebonden zijn aan een beslissing die een nationale rechter op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG heeft gegeven.[193] De Commissie is dan ook volgens het HvJ EG bevoegd individuele beschikkingen houdende toepassing van de artikelen 81 en 82 EG te geven indien een nationale rechter reeds heeft beslist over een overeenkomst of gedraging en de door de Commissie voorgenomen beschikking in tegenspraak is met die rechterlijke beslissing.[194]

Wel kan verdedigd worden dat de Commissie op grond van de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG (en de daarmee gepaard gaande plicht tot samenwerking tussen de gemeenschapsinstellingen, zoals tussen de Commissie en de nationale rechter als decentrale gemeenschapsrechter) een dergelijke actie terughoudend dient toe te passen en dient te beperken tot gevallen waarin serieuze beleidsdoelen op het spel staan en optreden van de Commissie daadwerkelijk in het belang van de gemeenschap is.[195]

5.4.10.3 *In kracht van gewijsde gegane beslissing van de nationale rechter waarbij geen schending wordt aangenomen en de Commissie is voornemens een beschikking te nemen waarbij wel een schending wordt vastgesteld*

Indien de nationale rechter een in kracht van gewijsde gegane beslissing heeft genomen waarbij geen schending van het mededingingsrecht is aangenomen, kan de Commissie alsnog een beschikking nemen waarbij wel een schending van het mededingingsrecht wordt vastgesteld. Zoals in § 5.4.10.2 besproken hoeft de Commissie op grond van *Masterfoods* en artikel 85 EG geen rekening

192 Komninos 2008, p. 135. Komninos wijst op het feit dat de nationale rechter ook op grond van art. 234 EG een prejudiciële vraag kan stellen aan het HvJ EG.

193 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369, r.o. 48; Komninos 2008, p. 126-127. Op grond van art. 85 EG waakt de Commissie voor de toepassing van de in de art. 81 EG en 82 EG neergelegde beginselen. De Commissie stelt op verzoek van een lidstaat of ambtshalve (en in samenwerking met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, welke haar daarbij behulpzaam zijn) een onderzoek in naar de gevallen van vermoedelijke inbreuk op de in de art. 81 EG en 82 EG neergelegde beginselen. Indien de Commissie blijkt dat inbreuk is gepleegd, stelt de Commissie passende middelen voor om daaraan een eind te maken.

194 R.o. 48.

195 Komninos 2008, p. 127.

te houden met de eerdere uitspraak van de nationale rechter.[196] Dit is ook het geval als de nationale rechter een groepsvrijstelling heeft toegepast en de Commissie besluit om op grond van artikel 29 lid 1 Verordening 1/2003 de voordelen van de groepsvrijstelling voor de desbetreffende mededingingsbeperkende overeenkomst in te trekken (zie § 5.4.3).

De Commissie heeft in § 102 van het in 1999 verschenen Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag aangegeven dat een rechterlijke uitspraak die in kracht van gewijsde is gegaan en gezag van gewijsde tussen de procespartijen heeft (bindende kracht in een ander geding tussen dezelfde partijen) ex artikel 236 Rv tussen partijen blijft gelden, ondanks een met die uitspraak strijdige beschikking van de Commissie.[197] Komninos wijst op het feit dat dit leidt tot de situatie dat een verbod van de Commissie tegenover de hele wereld geldt *(erga omnes)*, uitgezonderd de partijen tussen wie de uitspraak van de nationale rechter gezag van gewijsde heeft gekregen *(res judicata)*.[198] Bij verticale overeenkomsten is dit nog voorstelbaar, maar bij bijvoorbeeld het misbruik maken van een machtspositie is dit al veel ingewikkelder. Het is dan onvermijdelijk dat een gedraging van een machtspositiehouder die door de nationale rechter niet als mededingingsbeperkend wordt beschouwd (geen misbruik), en door de Commissie wel als mededingingsbeperkend wordt beschouwd (wel misbruik), tot problemen leidt. Indien het gezag van gewijsde tussen procespartijen zou blijven gelden, blijft er weinig ruimte over voor een beschikking van de Commissie die op grond van artikel 249 EG bindend is voor de geadresseerde.

Hoe dient de verhouding tussen de nationale rechter en de Commissie nu te worden bezien? Komninos wijst op het feit dat de opmerking van de Commissie in § 102 van het Witboek betreffende de modernisering van de regels inzake de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (dat een rechterlijke uitspraak die gezag van gewijsde heeft tussen de procespartijen en waarbij geen schending van het mededingingsrecht wordt aangenomen, tussen partijen blijft gelden, ondanks het feit dat de Commissie wel een schending van het mededingingsrecht heeft vastgesteld) meer uit politieke overwegingen is gemaakt, dan uit inhoudelijke juridische overwegingen.[199] Op deze manier konden de nationale rechters en de politiek destijds gerust worden gesteld, zodat de modernisering en de decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht niet in gevaar zou komen.

In artikel 16 Verordening 1/2003 en *Masterfoods* kunnen geen aanwijzingen worden gevonden voor het bestaan van een regel waarbij een verbod van de Commissie tegenover een ieder zou gelden *(erga omnes)*, uitgezonderd de

196 HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369, r.o. 48.
197 Witboek *Modernisering van de regels inzake de toepassing van de art. 85 en 86 van het EG-Verdrag*, 28 april 1999 (Programma van de Commissie, nr. 99/027), *PbEG* 1999, C-132/1.
198 Komninos 2008, p. 129.
199 Komninos 2008, p. 129-130.

partijen tussen wie de uitspraak van de nationale rechter gezag van gewijsde heeft gekregen *(res judicata)*. Het HvJ EG heeft in de zaak *Kühne & Heitz* geoordeeld dat een besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen niet in de weg kan staan aan de verplichting voor de nationale rechter de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren.[200] De verplichting voor de nationale rechter de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren, lijkt op het eerste gezicht belangrijker te zijn dan het rechtszekerheidsbeginsel. Het HvJ EG heeft in *Kühne & Heitz* geoordeeld dat onder omstandigheden een bestuursorgaan krachtens het in artikel 10 EG vervatte samenwerkingsbeginsel gehouden is, zijn besluit opnieuw te onderzoeken teneinde rekening te houden met de uitlegging die het HvJ EG inmiddels aan de relevante bepaling van Gemeenschapsrecht heeft gegeven. Aan de hand van de resultaten van dat heronderzoek zal dat orgaan moeten bepalen, in hoeverre het, zonder de belangen van derden te schaden, op het eerdere besluit dient terug te komen.

In *Kühne & Heitz* werd door het HvJ EG uitgegaan van een aantal feitelijke omstandigheden. In de eerste plaats bood het nationale recht het bestuursorgaan de mogelijkheid, terug te komen op het definitief geworden besluit. In de tweede plaats was het in geding zijnde besluit pas definitief geworden ten gevolge van een uitspraak van een rechterlijke instantie waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor beroep. In de derde plaats was die uitspraak gebaseerd op een uitlegging van het Gemeenschapsrecht die, gelet op een later arrest van het HvJ EG, onjuist was zonder dat was verzocht om een prejudiciële beslissing ex artikel 234 EG. In de vierde plaats had de belanghebbende zich tot het bestuursorgaan gewend onmiddellijk na kennis te hebben genomen van het arrest van het HvJ EG. Het is, mede gelet op het feit dat het HvJ EG zich in zijn uitspraak voornamelijk heeft toegespitst op de zojuist genoemde specifieke omstandigheden, de vraag wat het effect van deze uitspraak is voor het gezag van gewijsde van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de burgerlijke rechter. In het burgerlijk procesrecht biedt het buitengewone rechtsmiddel herroeping (artikelen 382-389 Rv) slechts een beperkt aantal gronden voor aantasting van het in kracht van gewijsde gegane rechterlijk vonnis.[201] Het is maar zeer de vraag of de gronden voor herroeping op grond van het gemeenschapsrecht moeten worden opgerekt zodat bij dit soort situaties herroeping mogelijk is.[202]

---

200 HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00 *(Kühne & Heitz)*, *Jur.* 2004, p. I-837.

201 Op grond van art. 382 Rv kan het vonnis op vordering van een partij worden herroepen in drie gevallen. In de eerste plaats indien het berust op bedrog door de wederpartij in het geding gepleegd. In de tweede plaats indien het berust op stukken, waarvan de valsheid na het vonnis is erkend of bij gewijsde is vastgesteld. In de derde plaats indien de partij na het vonnis stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de wederpartij waren achtergehouden.

202 Aan de andere kant is het wel voorstelbaar dat het middel van de herroeping op termijn zal worden uitgebreid door de mogelijkheid van toepassing op rechterlijke uitspraken die door het EHRM in strijd zijn geacht met art. 6 EVRM. Zie Hillen-Muns e.a. 2001, p. 51 e.v.;

In *Kapferer* speelde de vraag of een nationale rechter op grond van het uit artikel 10 EG voortvloeiende samenwerkingsbeginsel gehouden is, een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te onderzoeken en te vernietigen wanneer zij in strijd met het gemeenschapsrecht blijkt te zijn.[203] Het HvJ EG overweegt (r.o. 20):

> 'In dit verband moet worden herinnerd aan het belang, zowel in de communautaire rechtsorde als in de nationale rechtsordes, van het beginsel van kracht van gewijsde. Om zowel de stabiliteit van het recht en van de rechtsbetrekkingen als een goede rechtspleging te garanderen, is het van belang dat rechterlijke beslissingen die definitief zijn geworden nadat de beschikbare beroepsmogelijkheden zijn uitgeput of nadat de beroepstermijnen zijn verstreken, niet meer opnieuw aan de orde kunnen worden gesteld (arrest van 30 september 2003, C-224/01, Jurispr. blz. I-10239, punt 38).'

Het HvJ EG vervolgt (r.o. 21):

> 'Bijgevolg gebiedt het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet, nationale procedureregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven (zie in die zin arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 46 en 47).'

Het HvJ EG maakt vervolgens (r.o. 23) een vergelijking met *Kühne & Heitz*. In de eerste plaats maakt het HvJ EG een onderscheid tussen de formele rechtskracht van een besluit van een bestuursorgaan (*Kühne & Heitz)* en een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing (*Kapferer)*. In de tweede plaats wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat naar nationaal recht de bevoegdheid bestaat om op die beslissing terug te komen (*Kühne & Heitz)* en de situatie waarin dat niet het geval is (*Kapferer)*. Het HvJ EG oordeelt dat het uit artikel 10 EG voortvloeiende samenwerkingsbeginsel de nationale rechter

---

Hartlief & Spronken 2001, p. 1758 e.v. In het wetsvoorstel herziening van het procesrecht is echter bewust afgezien van de mogelijkheid om bij schending van art. 6 EVRM een nationale rechterlijke uitspraak te herroepen, gelet op de positie van de wederpartij die in het gedrang zal komen. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 14 (MvT). Zie ook de brief van de Minister van Justitie (Donner) d.d. 12 augustus 2005, *Kamerstukken II* 2004/2005, 29 279, nr. 28. Een bestaand alternatief is volgens de Minister van Justitie het voeren van een procedure op grond van onrechtmatige rechtspraak. Zie voor wat betreft de vraag of de Staat ook aansprakelijk is voor een schending van het gemeenschapsrecht indien deze schending bestaat in een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 *(Köbler)*, *Jur*. 2003, p. I-10239, *NJ* 2004, 160 m.nt. MRM. In *Köbler* overweegt het HvJ EG in r.o. 38 dat het belang van het beginsel van eerbiediging van het gezag van gewijsde niet kan worden betwist. Het beginsel van staatsaansprakelijkheid vereist wel een schadevergoeding, maar niet een herziening van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt.

203 HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-234/04 *(Kapferer)*, *Jur*. 2006, p. I-2585.

op grond van *Kapferer* niet gebiedt om nationale procedureregels buiten toepassing te laten teneinde een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing te onderzoeken en te vernietigen wanneer deze in strijd met het gemeenschapsrecht blijkt te zijn.

In het later gewezen arrest *Lucchini* oordeelt het HvJ EG, onder verwijzing naar de voor de nationale rechter algemeen geldende verplichting van gemeenschapsconforme interpretatie en zo nodig buiten toepassing laten van met het gemeenschapsrecht strijdig nationaal recht,

> 'dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een bepaling van nationaal recht waarin het beginsel van het gezag van gewijsde is neergelegd, zoals artikel 2909 van het Italiaanse burgerlijk wetboek, voor zover toepassing daarvan in de weg staat aan de terugvordering van staatssteun die in strijd met het gemeenschapsrecht is verleend en waarvan de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt bij een definitief geworden beschikking van de Commissie is vastgesteld.'[204]

Dit oordeel doet niet af aan *Kapferer*, nu het in *Lucchini* ging om onrechtmatig verleende staatssteun.[205] Het betrof in *Lucchini* dan ook uitdrukkelijk niet de decentrale toepassing van gemeenschapsrecht met directe werking zoals de artikelen 81 EG en 82 EG. Met betrekking tot de toepassing en handhaving van de artikelen 81 EG en 82 EG zijn de nationale rechters en de Commissie samen parallel bevoegd, anders dan bij de inhoudelijke beoordeling door de Commissie van steunmaatregelen op hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.[206]

5.4.10.4 *In kracht van gewijsde gegane beslissing van de nationale rechter waarbij een schending wordt aangenomen en de Commissie is voornemens een beschikking te nemen waarbij geen schending wordt vastgesteld*

De Commissie lijkt zich meer zorgen te maken om een mededingingsbeperkende gedraging die ten onrechte door de nationale rechter wordt toegestaan, dan om een niet-mededingingsbeperkende gedraging die ten onrechte door de nationale rechter wordt verboden.[207] Desalniettemin bestaat voor de Commissie op grond van artikel 10 Verordening 1/2003 de mogelijkheid om 'indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing

204 Het arrest *Lucchini* is gewezen in een zaak over onrechtmatig verleende staatssteun. Zie HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-119/05 *(Lucchini)*, *Jur.* 2007, p. I-6199.

205 Komninos 2008, p. 133-134.

206 Komninos 2008, p. 134. Daarbij dient wel te worden aangetekend dat moet worden betwijfeld of de rol van de nationale rechter op het terrein van het staatssteunrecht nog steeds zo marginaal is als vroeger. Zie Adriaanse 2006, p. 4. Zie over de handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun de dissertatie van Adriaanse 2006.

207 Vgl. Komninos 2008, p. 135.

van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag dit vereist', ambtshalve bij beschikking vast te stellen dat artikel 81 EG van het Verdrag niet op een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van artikel 81 lid 1 EG is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG is voldaan. De Commissie kan ook met betrekking tot artikel 82 EG een dergelijke vaststelling doen. In het geval de Commissie gebruik maakt van deze mogelijkheid is de nationale rechter daar, afhankelijk van de formulering van de beschikking, aan gebonden (zie § 5.3.3.2).

Indien de nationale rechter de gedraging kwalificeert als een schending van het mededingingsrecht en de Commissie bij beschikking verklaart dat de gedraging geen schending van het mededingingsrecht betreft, zal de beschikking van de Commissie het gezag van gewijsde van de in kracht van gewijsde gegane uitspraak van de nationale rechter niet aantasten. Indien partijen zich houden aan de uitspraak van de nationale rechter zal, anders dan bij de vorige situatie in § 5.4.10.3, dat gedrag geen overtreding zijn van de beschikking van de Commissie. De beschikking van de Commissie heeft slechts een declaratoir karakter en betreft geen verbod op bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen. Tevens kan er geen boete of last onder dwangsom worden opgelegd indien partijen zich houden aan de uitspraak van de nationale rechter. Indien het nationale recht geen grondslag biedt voor een aantasting van het vonnis van de nationale rechter, biedt het effectiviteitsbeginsel ook geen uitkomst omdat de effectiviteit van het gemeenschapsrecht niet op het spel staat. Een mogelijke grondslag in het nationaal procesrecht zou wel EU-conform kunnen worden uitgelegd, maar het Nederlands recht biedt voor een dergelijke EU-conforme interpretatie weinig mogelijkheden. Zoals reeds besproken in § 5.4.10.3, biedt het buitengewone rechtsmiddel herroeping (artikelen 382-389 Rv) slechts een beperkt aantal gronden voor aantasting van het in kracht van gewijsde gegane rechterlijk vonnis. Het is onwaarschijnlijk dat de rechter zal accepteren dat op grond van een EU-conforme interpretatie van artikel 382 Rv herroeping mogelijk is van een vonnis van de nationale rechter dat naar het oordeel van de Commissie ten onrechte een niet-mededingingsbeperkende gedraging heeft gekwalificeerd als een schending van het mededingingsrecht.

5.4.10.5 Beschikking waarbij de Commissie op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 een toezegging een verbindend karakter verleent

In § 5.4.4 is besproken dat wanneer de Commissie voornemens is een beschikking tot beëindiging van een inbreuk te geven, en de betrokken ondernemingen toezeggingen doen om aan de bezorgdheden tegemoet te komen die de Commissie hun in haar voorlopige beoordeling te kennen heeft gegeven, de Commissie ten aanzien van deze ondernemingen op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter kan verlenen. De beschikking kan voor een bepaalde periode worden gegeven en

bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan.[208]

In toezeggingsbeschikkingen wordt niet geconcludeerd of er al dan niet een inbreuk is gepleegd of nog steeds wordt gepleegd op de artikelen 81 EG en 82 EG. Toezeggingsbeschikkingen laten de bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten om zo'n inbreuk al dan niet vast te stellen en een beslissing over de zaak te nemen (zoals de toekenning van schadevergoeding of de oplegging van een verbod of gebod door de nationale rechter) onverlet.[209] Indien de nationale rechter in een vonnis of arrest een schending van het mededingingsrecht vaststelt, heeft deze vaststelling alleen gezag van gewijsde tussen de procespartijen. De beschikking die een toezegging een verbindend karakter verleent, heeft werking jegens een ieder.

Hoe zit het bij de situatie dat een nationale rechter oordeelt dat het mededingingsrecht niet geschonden is, terwijl de Commissie op grond van artikel 9 Verordening 1/2003 bij beschikking die toezeggingen een verbindend karakter heeft verleend. Mijns inziens kunnen toezeggingen met een verbindend karakter bij de nationale rechter worden afgedwongen door een rechterlijk verbod of gebod of door de verkrijging van schadevergoeding. Komninos wijst op het feit dat de beschikking die de toezegging een verbindend karakter verleent wel voldoende duidelijk, precies en onvoorwaardelijk dient te zijn voor wat betreft de verplichting die zij oplegt op de geadresseerden, wil de burgerlijke rechter de bevoegdheid hebben om toezeggingen met een verbindend karakter te handhaven en toe te passen.[210] Daarnaast dient de beschikking die de toezegging een verbindend karakter geeft ook daadwerkelijk rechten toe te kennen aan derden als de begunstigden van de verbintenissen, wil men er als derde een beroep op kunnen doen.[211]

De nationale rechter blijft vrij om, ondanks de toezeggingsbeschikking van de Commissie, tot het oordeel te komen dat het mededingingsrecht niet is geschonden. Dit vloeit voort uit het feit dat de Commissie geen beschikking heeft gegeven betreffende de vraag of er al dan niet een schending plaatsvindt of heeft plaatsgevonden van de artikelen 81 EG en 82 EG. Indien de nationale rechter tot het oordeel komt dat er geen schending van het mededingingsrecht plaatsvindt of heeft plaatsgevonden, doet zich dan ook geen strijd voor met artikel 16 Verordening 1/2003 en *Masterfoods*. Komninos onderscheidt drie redenen die dit standpunt ondersteunen.[212] In de eerste plaats vormt een

208 Deze beschikking dient niet worden vergeleken met de negatieve verklaring onder het regime van Verordening 17/62. De Commissie doet namelijk geen uitspraak of er sprake is van een schending van art. 81 EG of art. 82 EG. Zie Komninos 2008, p. 89.

209 Zie de punten 13 en 22 van de preambule bij Verordening 1/2003. Zie ook Wils 2006, p. 361 e.v.

210 Komninos 2008, p. 90; Temple Lang 2006, p. 286.

211 Komninos 2008, p. 90.

212 Komninos 2008, p. 139.

toezeggingsbeschikking geen handeling in de zin van artikel 85 EG. Bij de oplegging van een toezeggingsbeschikking geeft de Commissie de voorkeur aan een toezeggingsbeschikking boven een tijdrovende en arbeidsintensieve juridische procedure die vanuit het standpunt van de Commissie voor het GvEA EG en het HvJ EG nog verkeerd kan aflopen.

In de tweede plaats is de verplichting van de nationale rechter om de effectiviteit van het gemeenschapsrecht te respecteren van belang indien de Commissie zelf niet duidelijk vaststelt of de artikelen 81 EG en 82 EG wel of niet van toepassing zijn. De effectiviteit van het gemeenschapsrecht (met name de artikelen 81 en 82 EG) is niet per definitie gelijk te stellen aan de effectiviteit van een toezeggingsbeschikking in de zin van artikel 9 Verordening 1/2003.

In de derde plaats is onzeker hoe het gezag van het HvJ EG over nationale rechters vorm dient te krijgen. Het is onduidelijk hoe de nationale rechter de geldigheid van een beschikking van de Commissie kan toetsen door te oordelen dat er zich geen schending van het mededingingsrecht heeft voorgedaan. In de beschikking van de Commissie is nu juist niet expliciet vermeld dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht. De geldigheid van de beschikking van de Commissie wordt dan ook niet door de nationale rechter beoordeeld.

5.5 AMBTSHALVE TOEPASSING VAN MEDEDINGINGSRECHT

5.5.1 Inleiding

Waar het nationale procesrecht een verplichting kent of slechts in een bevoegdheid voorziet tot ambtshalve toepassing (van het mededingingsrecht), moet het gemeenschapsrecht volgens het HvJ EG ambtshalve worden toegepast.[213] De vraag is of de rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de door partijen bepaalde omvang van de rechtsstrijd moet respecteren.[214] Deze vraag behandel ik nader in § 5.5.4 e.v. Ik begin nu eerst met een korte bespreking van de regels van nationaal recht (§ 5.5.2). Daarna bespreek ik de vraag waaraan de toepassing van het nationale procesrecht moet voldoen (§ 5.5.3). Vervolgens zal ik in § 5.5.4 en § 5.5.5 nader ingaan op de zaak *Van*

213 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118. De situatie dat een regel naar nationaal recht ambtshalve mag (en dus niet moet) worden toegepast doet zich in het Nederlands recht niet voor. Ambtshalve toepassing berust naar Nederlands recht op een verplichting, zie art. 25 Rv en art. 8:69 lid 2 Awb. Zie Hartkamp 2007a, p. 8, voetnoot 6. Zie voor wat betreft het bestuursrecht ook Crommelin 2007, p. 353 e.v.

214 Vgl. de conclusie van A-G Keus bij HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*.

Schijndel. De zaken *Benetton*,[215] *Océano*,[216] *Codifis*,[217] *Renault*,[218] *Mostaza Claro*[219] *Rampion*[220] en *Manfredi*[221] worden vervolgens in het kader van de leer *Van Schijndel* besproken in § 5.5.6 en in hoofdstuk 6.

5.5.2 De regels van nationaal recht

De burgerlijke rechter kan en moet de dwingende bepalingen van het mededingingsrecht toepassen op grond van artikel 25 Rv. Artikel 25 Rv dient in samenhang met artikel 24 Rv te worden gelezen en bepaalt dat de rechter zonodig ambtshalve de rechtsgronden dient aan te vullen. Die verplichting geldt in beginsel slechts binnen de rechtsstrijd van partijen. De eiser dient duidelijk te maken wat hij van de gedaagde vordert. Als gevolg van het feit dat de rechter zelfstandig beoordeelt of het recht de toewijzing van de vordering op basis van de door de eiser aangevoerde feiten rechtvaardigt, is het niet noodzakelijk dat de eiser duidelijk maakt op welke wettelijke grondslag de vordering steunt.[222] Dit geldt ook voor het verweer van de gedaagde.

Op grond van artikel 24 Rv onderzoekt en beslist de rechter de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd. De rechter is gebonden aan de door partijen gestelde feiten en de door hen voorgedragen eisen en verweren. Het ambtshalve aanvullen van feitelijke gronden is verboden.[223] Uiteraard kan de rechter wel bevorderen dat de rechtsstrijd met medewerking van partijen wordt uitgebreid. Een dergelijke uitbreiding kan bijvoorbeeld plaatsvinden door het bij comparitie, pleidooi of via een aktewisseling uitlokken van aanvullende vorderingen of verweren.[224] In appel wordt de rechtsstrijd nader beperkt tot het grievenstelsel (uitgezonderd de positieve werking van de devolutieve werking en de

215 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur*. 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340.
216 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 *(Océano)*, *Jur*. 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730.
217 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00 *(Codifis)*, *Jur*. 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. MRM.
218 HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98 *(Renault/Maxicar)*, *Jur*. 2000, p. I-2973, *NJ* 2003, 627 m.nt. PV.
219 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05 *(Mostaza Claro)*, *Jur*. 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. MRM.
220 HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 *(Rampion)*, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 m.nt. MRM.
221 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.
222 Hartkamp 2007a, p. 14. Hartkamp wijst hierbij op het verschil met het oude actiënstelsel van het Romeinse recht.
223 Voor de bestuursrechter is dit anders, zie art. 8:69 lid 3 Awb volgens welke bepaling de rechter ambtshalve de feiten kan aanvullen.
224 Snijders 2008, p. 545.

mogelijkheid van wijziging van eis of verzoek en nieuw verweer).[225] In cassatie wordt het onderzoek beperkt tot de cassatiemiddelen.[226]

Hartkamp deelt de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden op in twee categorieën. Enerzijds de ambtshalve aanvulling van de vorderingsgrond, anderzijds de ambtshalve beoordeling van de geldigheid van een rechtshandeling. Naast de ambtshalve aanvulling van de vorderingsgrondslag ziet artikel 25 Rv ook op de ambtshalve beoordeling van de geldigheid van een rechtshandeling.[227] Deze twee toepassingsgevallen verschillen volgens Hartkamp aanmerkelijk van elkaar.[228] Bij de ambtshalve aanvulling van de vorderingsgrondslag kan artikel 25 Rv betrekking hebben op zowel dwingend recht als regelend recht. Bij de nietigheid van rechtshandelingen gaat het alleen om regels van dwingend recht.[229]

Bij de ambtshalve aanvullen van de vorderingsgrondslag kan de rechter de hem door artikel 25 Rv opgedragen opdracht alleen binnen de grenzen van de rechtsstrijd verwezenlijken. De rechter kan de rechtsgronden slechts aanvullen binnen het kader van de vorderingen en verweren van partijen en op de feitelijke stellingen die zij daaraan ten grondslag hebben gelegd. Bij de nietigheid van rechtshandelingen geldt deze beperking volgens Hartkamp niet. De rechter kan verplicht zijn een vordering tot nakoming af te wijzen omdat de overeenkomst nietig is, ook al valt de beslissing buiten de rechtsstrijd van partijen. Hoewel deze visie origineel is, overtuigt zij niet. Voor een dergelijk onderscheid dient een rechtvaardigingsgrond te bestaan en die is in dit geval niet te vinden. In de rechtspraak is ook geen steun te vinden voor de door Hartkamp verdedigde opvatting dat de rechter verplicht kan zijn een vordering tot nakoming af te wijzen omdat de overeenkomst nietig is, ook al valt de beslissing buiten de rechtsstrijd van partijen. Enige steun zou alleen gevonden kunnen worden in de terloopse beslissing van de Hoge Raad in r.o. 3.6 van het arrest *Vreugdenhil/BVH*. De Hoge Raad overweegt:

> 'Het hof heeft – in cassatie terecht niet bestreden – geoordeeld dat het de nietigheid van de overeenkomsten voor zover nodig ambtshalve moet vaststellen, als in de stellingen van BVH niet een voldoende duidelijk beroep op deze nietigheid ligt besloten.'

Volgens Hartkamp zou uit deze woorden zijn af te leiden dat fundamentele, onontbeerlijke en dwingende bepalingen van gemeenschapsrecht zoals (thans) artikel 81 EG, die niet van openbare orde zijn, toch ambtshalve buiten de rechtsstrijd zouden moeten worden toegepast. Het is de vraag of dat in de

---

225 Snijders 2007a, p. 88; Snijders & Wendels 2003, nr. 229 e.v.; Ras/Hammerstein 2004, nr. 16 e.v.

226 Asser procesrecht/Veegens, Korthals Altes & Groen (2005), nr. 163-164.

227 Zie over de twee toepassingsgevallen van art. 25 Rv Hartkamp 2007a, p. 17.

228 Hartkamp 2007a, p. 17-19.

229 Hartkamp 2007a, p. 17-18.

uitspraak van de Hoge Raad te lezen valt. Indien dat in de terloopse overweging van de Hoge Raad te lezen zou zijn, is de beslissing van de Hoge Raad zowel op grond van het nationaal procesrecht als op grond van het Europees recht (*Van Schijndel* en *Van der Weerd*) onjuist.[230] Naar Nederlands recht wordt de verplichting tot ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (in eerste aanleg en appel) alleen uitgebreid buiten de rechtsstrijd van partijen (en in appel dus ook buiten de grieven om) indien het een kwestie van openbare orde betreft. Gelet op de rechtspraak van het HvJ EG in *Van Schijndel*, *Eco Swiss/Benetton* en *Van der Weerd* is naar Europees recht van een verplichting om de vordering tot nakoming buiten de rechtsstrijd van partijen af te wijzen wegens nietigheid van de overeenkomst alleen sprake indien de rechtshandeling in strijd is met de openbare orde in de zin van een bepaalde regeling (zie voor het begrip openbare orde en het feit dat een bepaalde regel van openbare orde is *in de zin van* een andere regel § 5.5.6.6 en § 6.3.6).[231]

5.5.3 Communautaire minimumeisen aan de toepassing van het nationale recht

In de gemeenschap wordt veel waarde gehecht aan het beginsel van de procedurele autonomie. Daar wordt mee bedoeld dat lidstaten zelf de bevoegdheid hebben om te bepalen welke soort procedures van toepassing zijn en hoe ze zijn ingericht. Bij het ontbreken van communautaire regelgeving ter zake is het 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 ontlenen.

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 recht altijd zonder voorbehoud kan worden toegepast. In de jurisprudentie van het HvJ EG komen twee voorwaarden naar voren waaraan de toepassing van het nationaal recht moet voldoen, namelijk het non-discriminatie of assimilatiebeginsel en

230 Snijders 2008, p. 544-545.

231 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430 en 431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118; HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur.* 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340; HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 t/m C-225/05 *(Van der Weerd)*, *Jur.* 2007, p. I-4233, r.o. 28.

het effectiviteitsbeginsel.[232] In het arrest *Rewe* zijn deze twee voorwaarden (de zogenaamde *Rewe*-riedel) voor het eerst geformuleerd.[233]

Het *non-discriminatie* of *assimilatiebeginsel* (in de meer recente rechtspraak van het HvJ EG wel aangeduid als het *gelijkwaardigheidsbeginsel*)[234] 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.[235] 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.[236]

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht moet gebruik worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht bieden. Het nationale recht moet echter volgens de rechtspraak van het HvJ EG bij de handhaving van het Europees (mededingings)recht wel voldoen aan enkele minimumeisen. Zo dient een sanctie voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.[237]

Het HvJ EG overweegt in de zaak *Griekse maïs* (r.o. 22-25):[238]

---

232 Jans e.a. 2002, p. 74-75.

233 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 *(Rewe-Zentralfinanz)*, *Jur.* 1976, p. 1989. Zie ook punt 10c van de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/54. Zie voor wat betreft het doeltreffendheidsbeginsel ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur.* 1976, p. 2043 en HvJ EG 10 april 1984, zaak 79/83 *(Harz)*, *Jur.* 1984, p. 1921. Zie voor wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel ook HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80 *(Rewe (botervaarten))*, *Jur.* 1981, p. 1805; HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur.* 1983, p. 3595; HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96 *(Edis)*, *Jur.* 1998, p. I-4951.

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

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

236 Zie ook Jans e.a. 2002, p. 75.

237 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 *(Griekse maïs/Alfonsina)*, *Jur.* 1989, p. 2965, r.o. 23-25; HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76 *(Amsterdam Bulb)*, *Jur.* 1977, p. 137; HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 *(Von Colson)*, *Jur.* 1984, p. 1891; HvJ EG 10 juli 1990, zaak C-326/88 *(Hansen)*, *Jur.* 1990, p. I-2911; HvJ EG 27 februari 1997, zaak C-177/95 *(Ebony Maritime)*, *Jur.* 1997, p. I-111 en HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-186/98 *(Portugese fraude)*, *Jur.* 1999, p. I-4883. Zie tevens de resolutie van de Raad d.d. 29 juni 1995 over de eenvormige en doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht en over sancties op overtredingen daarvan op het gebied van de interne markt, *PbEG* 1995, C-188/1. Zie Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003, p. 465.

238 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 *(Griekse maïs/Alfonsina)*, *Jur.* 1989, p. 2965.

> '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.'

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 (voor zover 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.[239] Bij de handhaving van het gemeenschapsrecht moet echter wel 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.[240] Op grond van dit beginsel moet een particulier binnen de nationale rechtsorde de rechten en aanspraken die hij kan ontlenen aan het gemeenschapsrecht daadwerkelijk in rechte kunnen afdwingen. Het HvJ EG formuleerde het beginsel voor het eerst in de zaak *Johnston*.[241] 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

239 Jans e.a. 2002, p. 75.
240 Jans e.a. 2002, p. 338-339.
241 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.

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.[242]

In de zaak *Factortame* werd duidelijk dat het beginsel van een effectieve rechtsbescherming flink kan ingrijpen in de nationale procedurele autonomie.[243] In deze zaak werd duidelijk dat de nationale rechter een voorlopige voorziening moet kunnen treffen met betrekking tot een wet die waarschijnlijk in strijd 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 daaropvolgende 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.[244]

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 voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belangrijke zaak *Courage/Crehan* (zie § 7.4) kiest het HvJ EG voor een middenweg tussen *Factortame* en *Rewe* in.[245] Geconcludeerd kan worden dat het effectiviteitsbeginsel in zekere mate een effectieve rechtsbescherming eist.

---

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

243 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.

244 HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80 *(Rewe(botervaarten))*, *Jur.* 1981, p. 1805; Jans e.a. 2002, p. 85.

245 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297; Jans e.a. 2002, p. 86.

In de zaken *Van Schijndel* en *Peterbroeck* speelde de vraag of de nationale rechter verplicht is het gemeenschapsrecht ambtshalve toe te passen.[246] 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.[247] Uit *Van Schijndel* en *Peterbroeck* kan afgeleid worden dat er een afweging moet plaatsvinden tussen het belang dat de nationale bepaling tracht na te streven en het effectiviteitsbeginsel.[248] Daarnaast lijkt het HvJ EG voorzichtig te zijn geworden om vergaand in te grijpen in de processuele autonomie van de lidstaten. Jans c.s. wijzen dan ook op de door het HvJ EG gelanceerde '*procedurele rule of reason*', die als een afwegingsmechanisme moet gaan werken tussen enerzijds het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming en anderzijds de garantie tegen (te) vergaande en onredelijke inbreuken op de processuele autonomie van de lidstaten.[249]

Geconcludeerd kan worden dat ingeval de toepassing van een regel van nationaal recht in een geschil met een communautaire dimensie niet voldoet aan bovenstaande minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit, de toepassing van de desbetreffende regel van nationaal recht in beginsel zal moeten wijken.

5.5.4 De zaak *Van Schijndel*

5.5.4.1 Inleiding

In de zaak *Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* klaagt Van Schijndel in cassatie over het feit dat de op de 'Wet betreffende

246 HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 *(Peterbroeck)*, *Jur*. 1995, p. I-4599; HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur*. 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118.

247 Daarbij moet worden aangetekend dat het HvJ EG in *Van Schijndel* en *Peterbroeck* duidelijk heeft 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 en Van Veen)*, *Jur*. 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 na te streven en het effectiviteitsbeginsel.

248 Jans e.a. 2002, p. 87.

249 Jans e.a. 2002, p. 87, 361.

verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling' gebaseerde pensioenregeling voor fysiotherapeuten in strijd is met de artikelen 3 (f), 5, 85-86 en 90 EG-Verdrag (thans artikelen 3 (g), 10, 81-82 en 86 EG).[250] Deelname aan de deze regeling is in beginsel voor elke fysiotherapeut verplicht. Er kan echter een vrijstelling worden verleend voor de therapeut die uitsluitend in dienstverband bij een vennootschap werkzaam was en voor al haar werknemers een afwijkende maar gelijkwaardige pensioenvoorziening heeft geregeld. Nu de door Van Schijndel getroffen pensioenvoorziening niet voldoet aan het vereiste dat zij geldt voor alle in dienst van diens werkgever werkzame beroepsgenoten (de 'collectiviteitseis') krijgen Van Schijndel en Van Veen geen vrijstelling. De oorspronkelijke eis ging uit van de verbindendheid van de desbetreffende bepaling maar betoogde dat deze bepaling niet op het geval mocht worden toegepast. In cassatie wordt pas betoogt dat de rechter ambtshalve had moeten onderzoeken en vaststellen dat de wetsbepaling onverbindend was wegens strijd met artikel 81 EG.[251] Van Schijndel heeft zich noch in eerste aanleg, noch in appel op genoemde bepalingen uit het EG-Verdrag beroepen. Naar Nederlands recht brengt dit mede dat hij dat niet voor het eerst in cassatie kan doen. De feitenrechter zal de vorderingen van Van Schijndel dan namelijk op een andere grondslag moeten hebben onderzocht dan is aangevoerd, hetgeen in strijd komt met artikel 24 en 25 Rv.[252] Vraag is nu of de omstandigheid dat Van Schijndel zich beroept op bepalingen van gemeenschapsrecht, ertoe noopt anders te oordelen. De Hoge Raad stelt onder meer de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ EG:

> '1. Behoort de nationale burgerlijke rechter in een geding dat betrekking heeft op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen, de art. 3 (f), 5, 85-86 en/of 90 Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap óók dan toe te passen wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan?
> 2. Als vraag 1 in beginsel bevestigend moet worden beantwoord, geldt dat antwoord dan ook indien die rechter dusdoende de hem in beginsel passende lijdelijkheid zou moeten verzaken doordien hij dusdoende a. zou moeten treden buiten de rechtsstrijd van partijen en/of b. zich zou hebben te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de procespartij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd?'

De overige vier vragen zijn minder relevant voor de rol van de nationale rechter in het Europees en Nederlands mededingingsrecht en worden hier dan ook niet verder besproken.

250 HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94 *(Van Schijndel)*.
251 Zie ook Hartkamp 2007a, p. 15.
252 Hartkamp 2007a, p. 15.

5.5.4.2 Oordeel van het HvJ EG naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Hoge Raad

Het HvJ EG oordeelt naar aanleiding van de bovengenoemde vragen van de Hoge Raad dat de litigeuze EG-Verdragsbepalingen zoals de artikelen 81 en 82 EG dwingende regels zijn en dat de nationale rechter deze ambtshalve moet toepassen, wanneer daarop door de procespartij die daarbij belang heeft geen beroep is gedaan, en het nationale recht hem tot ambthalve toepassing van dwingende regels verplicht dan wel die ambtshalve toepassing toelaat (het non-discriminatie vereiste).[253] Het HvJ EG oordeelt dat (r.o. 15)

> '(…) in een geding dat betrekking heeft op ter vrije beschikking van partijen staande burgerlijke rechten en verplichtingen, de nationale rechter de artikelen 3, sub f, 85, 86 en 90 van het Verdrag dient toe te passen zelfs wanneer daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft, geen beroep is gedaan, indien het nationale recht deze toepassing toelaat.'

Waar het nationale procesrecht een verplichting kent of slechts in een bevoegdheid voorziet tot ambtshalve toepassing, moet het gemeenschapsrecht volgens het HvJ EG ambtshalve worden toegepast.[254] Deze verplichting hangt volgens het HvJ EG samen met de taak van de nationale rechter om rechtsbescherming te bieden voor de aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten.[255] Dit oordeel gaat verder dan de toepassing van de minimumeis van gelijkwaardigheid of non-discriminatie omdat de nationale rechter ook de verplichting krijgt opgelegd tot ambtshalve toepassing van de Europese mededingingsregels indien het nationale recht hem daartoe slechts een bevoegdheid geeft. Voor de Nederlandse burgerlijke rechter maakt dit geen verschil. De situatie dat een regel naar nationaal recht ambtshalve mag (en dus niet moet) worden toegepast doet zich in het Nederlands recht niet voor. Ambtshalve toepassing berust naar Nederlands recht op een verplichting. Zie artikel 25 Rv en artikel 8:69 lid 2 Awb.[256]

Het oordeel van het HvJ EG wordt echter fors genuanceerd met een beroep op het lijdelijkheidsbeginsel. Het HvJ EG oordeelt namelijk vervolgens dat (r.o. 22)

---

253 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118.

254 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118.

255 Zie ook Wissink 2001, p. 356; Keus 1996, p. 269.

256 Zie Hartkamp 2007a, p. 8, voetnoot 6. Zie voor wat betreft het bestuursrecht ook Crommelin 2007, p. 353.

> '(…) het gemeenschapsrecht de nationale rechter er niet toe verplicht, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.'

Deze beperking wordt gerechtvaardigd door het beginsel dat het initiatief van een procedure bij partijen ligt. Het lijdelijkheidsbeginsel geeft uitdrukking aan de heersende opvattingen over de verhouding tussen de staat en de particulier, de bescherming van de rechten van de verdediging en de verzekering van een goed verloop van de procedure.[257] Een uitzondering op het lijdelijkheidsbeginsel bestaat alleen als het openbaar belang ambtshalve rechterlijk optreden vereist. Daar is echter in de zaak *Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* geen sprake van.[258] In de afweging tussen het belang dat de nationale bepaling tracht na te streven en het effectiviteitsbeginsel kiest het HvJ EG in casu voor de garantie tegen (te) vergaande en onredelijke inbreuken op de processuele autonomie van de lidstaten.

5.5.5 Begrenzingen toelaatbaar?

Het verbod op het aanvullen van feitelijke gronden en de regel dat de rechter de door partijen bepaalde omvang van de rechtsstrijd moet respecteren, kunnen in de weg staan aan de verwezenlijking van het Europees mededingingsrecht. De vraag die gesteld kan worden, is of deze begrenzingen krachtens het Europees recht wel toelaatbaar zijn. Het HvJ EG beschouwt artikel 81 EG als een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Het HvJ EG heeft in het arrest *Eco Swiss/Benetton* geoordeeld dat daaruit volgt dat (r.o. 37)

> '(…) wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval

257 Zie de conclusie van A-G Vranken bij HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 24.

258 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118; HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 117 *(Van Schijndel)* m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 *(Vierkant Beheer/KVBBB)*.

> een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 81 lid 1 EG, toevoeging EJZ] neergelegde verbod.'[259]

In hoofdstuk 6 ga ik verder in op de rol van de arbiter in het Europees en Nederlands mededingingsrecht en de verhouding van *Eco Swiss/Benetton* met *Van Schijndel*, maar voor de rol van de nationale overheidsrechter bij de handhaving van het mededingingsrecht is van belang of de nationale rechter bij een contractueel geschil de partijautonomie met een beroep op artikel 81 EG opzij mag zetten door, indien dit nodig is, buiten de door partijen bepaalde grenzen van de rechtsstrijd nietigheid van de overeenkomst aan de uitspraak ten grondslag te leggen.[260]

Snijders,[261] Mok[262] en A-G Keus[263] zijn van mening dat de partijautonomie niet opzij mag worden gezet met een beroep op artikel 81 EG. Daarbij wordt hun standpunt ondersteund door de jurisprudentie inzake *Van Schijndel*.[264] Verordening 1/2003 draagt, zoals Keus naar voren brengt, nog een extra *a contrario* argument aan voor het standpunt dat de partijautonomie niet opzij mag worden gezet met een beroep op artikel 81 EG.[265] In Verordening 1/2003 is namelijk in artikel 2 een uitdrukkelijke regeling inzake de verdeling van de bewijslast opgenomen. Artikel 2 van Verordening 1/2003 luidt:

> 'In alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag dient de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel 81, lid 1, of artikel 82 van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen. De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.'

Deze uitdrukkelijke regeling wijst niet in de richting van de aanname, dat er een eis van gemeenschapsrecht bestaat die meebrengt dat artikel 81 EG zonodig buiten de rechtsstrijd van procespartijen om moet worden toegepast. Hoewel artikel 81 EG als fundamentele bepaling wordt gekwalificeerd (net als de

---

259 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur.* 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339 m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340. Verder besproken door Meijer 1999, p. 61-65; De Ly, *TvA* 1999, p. 100-108; Mok 1999, p. 337-339; Shelkoplyas, *SEW* 2000, p. 344-349; Jongbloed 2000, p. 92-96; Hoogervorst 2001, p. 93-98. Zie ook Snijders 2007c, Introductie, aant. 8.

260 Zie bijvoorbeeld Mok 2003, p. 310.

261 H.J. Snijders in zijn noot onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 2c.

262 Mok 2003, p. 311.

263 Zie A-G Keus in zijn conclusie bij HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*, sub 2.8.

264 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116, m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 *(Vierkant Beheer/KVBBB)*. Zie ook *SEW* 1996, p. 267, m.nt. L.A.D. Keus.

265 A-G Keus in zijn conclusie bij HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*, sub 2.8.

artikelen 82 en 86 EG), is de bepaling kennelijk niet zo fundamenteel dat de rechter de hem passende lijdelijkheid moet verzaken.[266]

Hartkamp heeft op dit punt een afwijkende visie. Hij is het niet eens met de opvatting dat ambtshalve toepassing slechts mogelijk is waar strijd bestaat met de openbare orde of waar aangenomen mag worden dat de belanghebbende partij die toepassing wenst. Volgens Hartkamp is het niet verdedigbaar dat 'de rechter niet gehouden zou zijn tot ambtshalve toepassing van een dwingende bepaling van het EG-verdrag, die fundamenteel is en onontbeerlijk voor de werking van de interne markt, voor zover zij zou leiden tot nietigheid van een daarmee strijdige overeenkomst.' Volgens Hartkamp is *Van Schijndel* achterhaald door het *Manfredi*-arrest (en is de overweging van het HvJ EG in *Manfredi* dat artikel 81 EG van openbare orde is dus geen '*slip of the pen*' zoals Snijders aanneemt in zijn noot onder *NJ* 2000, 340 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 3). Daarnaast is het volgens hem niet meer van praktisch belang nu de Hoge Raad in het *Vreugdenhil*-arrest heeft beslist dat artikel 81 EG ambtshalve moet worden toegepast.[267] In § 5.5.2 heb ik reeds duidelijk gemaakt dat ik Hartkamp's visie op het *Vreugdenhil*-arrest niet deel. De discussie is dan ook nog steeds van praktisch belang. In § 5.5.6.6 zal ik duidelijk maken dat *Van Schijndel*, anders dan Hartkamp in zijn Nijmeegse oratie heeft betoogd, niet is achterhaald door het *Manfredi*-arrest.[268]

5.5.6 *Van Schijndel* en de verhouding met de latere rechtspraak van het HvJ EG

5.5.6.1 Inleiding

De vraag is wel gesteld of de leer *Van Schijndel* ten aanzien van de aanvulling van rechtsgronden niet is aangetast door de latere rechtspraak van het HvJ EG.[269] Met name kan gedacht worden aan *Océano*,[270] *Cofidis*[271] en *Mostaza Claro*.[272] Deze arresten hebben alle betrekking op richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.[273] Deze richtlijn is voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet van direct belang, maar het antwoord op de vraag of de lijdelijkheidsleer

266 Hoogervorst 2001, p. 96; Snijders 2007a, p. 79-95.
267 Hartkamp 2007a, p. 24-25, p. 36.
268 Hartkamp 2007a, p. 36. Zie ook Snijders 2008, p. 546-547, p. 552.
269 Zie bijvoorbeeld Snijders 2007a, p. 89.
270 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 *(Océano)*, *Jur*. 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730.
271 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00 *(Cofidis)*, *Jur*. 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. MRM.
272 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05 *(Mostaza Claro)*, *Jur*. 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. MRM.
273 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 (*PbEG* 1993, L 095/29).

van *Van Schijndel* nog geldt, speelt bij de arresten die betrekking hebben op genoemde richtlijn wel een rol. Tevens dient bij de vraag of de leer *Van Schijndel* ten aanzien van de aanvulling van rechtsgronden niet is aangetast door de latere rechtspraak van het HvJ EG nog rekening te worden gehouden met *Renault*,[274] *Manfredi*[275] en *Rampion*.[276]

Ik onderzoek in deze paragraaf (§ 5.5.6) de vraag of, conform de leer *Van Schijndel*, de nationale regels voor ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden en rechtsgronden (zie mijn korte bespreking van de artikelen 24 en 25 Rv in § 5.5.2) ook in Europeesrechtelijke zaken – in het bijzonder zaken waarbij de artikelen 81 EG of 82 EG een rol spelen – nog steeds van toepassing zijn. Ik doe dat aan de hand van een bespreking van mogelijke uitzonderingen op de hoofdregel dat nationale regels voor ambtshalve aanvulling van gronden in zaken die door Nederlands recht beheerst worden in beginsel ook van toepassing zijn op zaken die beheerst worden door Europees recht.[277]

5.5.6.2 De verhouding met de arresten betreffende de richtlijnen die strekken tot consumentenbescherming

Het HvJ EG heeft in een aantal zaken betreffende richtlijnen die strekken tot consumentenbescherming geoordeeld dat een doeltreffende bescherming van consumenten alleen kan worden bereikt ingeval aan de nationale rechter de bevoegdheid wordt toegekend om een dergelijk beding ambtshalve te toetsen. Op een dergelijke wijze zal volgens het HvJ EG in *Rampion* een daadwerkelijke bescherming van de consument worden gewaarborgd, mede gelet op het risico dat de consument zijn rechten niet kent of moeilijkheden ondervindt om deze rechten uit te oefenen.[278] In *Océano*,[279] *Cofidis*[280] en *Mostaza Claro*[281] betreft het de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. In *Rampion* betreft het de Richtlijn consumentenkrediet.[282]

---

274 HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98 *(Renault/Maxicar)*, *Jur*. 2000, p. I-2973, *NJ* 2003, 627 m.nt. PV.

275 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619.

276 HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 *(Rampion)*, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 m.nt. MRM.

277 Deze regel wordt door Snijders aangeduid als de 'één-op-één regel'. Zie Snijders 2008, p. 541-552.

278 HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 *(Rampion)*, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 m.nt. MRM, r.o. 61 en 62.

279 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 *(Océano)*, *Jur*. 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730.

280 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00 *(Cofidis)*, *Jur*. 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. MRM.

281 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05 *(Mostaza Claro)*, *Jur*. 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. MRM.

282 HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 *(Rampion)*, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 m.nt. MRM.

In *Océano* staat de vraag centraal of de rechter een forumkeuzebeding in een consumentenovereenkomst oneerlijk moet kunnen achten (met als gevolg de niet toepasselijkheid van het forumkeuzebeding) indien op die oneerlijkheid geen beroep is gedaan door de gedaagde consument. Het HvJ EG heeft deze vraag bevestigend beantwoord. Vernietigbaarheid van het forumkeuzebeding ex artikel 6:233a e.v. BW is dan ook geen toereikende sanctie nu deze sanctie actief dient te worden ingeroepen door de consument. Een oplossing kan worden gevonden in de constructie waarbij het oneerlijke forumkeuzebeding nietig is wegens strijd met de openbare orde of goede zeden ex artikel 3:40 lid 1 BW of in strijd is met een dwingende wetsbepaling ex artikel 3:40 lid 2 BW. Tevens kan worden verdedigd dat het oneerlijke forumkeuzebeding buiten toepassing dient te worden gesteld wegens de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 lid 2 BW.[283] Wissink verdedigt in zijn dissertatie de oplossing dat het Nederlands recht de rechter de mogelijkheid biedt de sanctie van vernietigbaarheid ambtshalve toe te passen.[284] Het is echter zeer de vraag of deze constructie in dit geval (waarbij in artikel 6:233 BW expliciet de sanctie vernietigbaarheid is opgenomen) verdedigbaar is.[285] Snijders wijst op het feit dat het gehanteerde argument dat artikel 6:233 BW is onderworpen aan de algemene regels over vernietiging van titel 3.2 BW niet overtuigend is, nu artikel 3:40 lid 2 BW beoogt de rechter te helpen indien een specifieke wettelijke bepaling niet rechtstreeks zelf voorziet in nietigheid of vernietigbaarheid. In artikel 6:233 BW heeft de wetgever nu juist zelf uitdrukkelijk gekozen voor vernietigbaarheid en niet voor nietigheid. Alleen indien de specifieke wettelijke bepaling niet rechtstreeks zelf voorziet in nietigheid of vernietigbaarheid van een rechtshandeling, leent artikel 3:40 BW zich voor ambtshalve toepassing door de rechter.[286]

Het HvJ EG heeft het in *Océano* slechts over kleine geldvorderingen, waarbij de consument als gevolg van de advocatenhonoraria ervan kan worden weerhouden zich tegen de toepassing van het oneerlijk beding te verweren of waarbij de consument zelf verweer voert en uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van het beding dat hem wordt tegengeworpen. Desondanks kan verdedigd worden dat de uitspraak voor wat betreft de motivering hiertoe niet beperkt is (zie ook het hierna nog te bespreken arrest *Mostaza Claro*).[287]

---

283 Snijders 2007a, p. 91.

284 Wissink 2001, p. 365.

285 Zie in ontkennende zin Snijders 2007a, p. 91-92.

286 Hartkamp wijst op de uitzonderingsbepaling van art. 3:40 lid 2 BW waarin staat 'een en ander voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit.' In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld de situatie genoemd dat de rechter een beschermingsbepaling ambtshalve toepast teneinde de beschermde partij tegen zichzelf te beschermen. Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191 e.v. (MvA II). Zie Hartkamp 2007a, p. 22 en Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 250.

287 Zie bijvoorbeeld Snijders 2007a, p. 90.

In *Codifis* komt onder andere de ambtshalve toetsing van oneerlijke financiële bedingen aan de orde. Het HvJ EG oordeelt dat een regel van procesrecht die het de nationale rechter na het verstrijken van een vervaltermijn verbiedt (ambtshalve of naar aanleiding van een door een consument opgeworpen exceptie) vast te stellen dat een beding waarvan de verkoper de tenuitvoerlegging vordert oneerlijk is, door de rechter buiten toepassing moet worden gelaten. Dit omdat een beroep op de bescherming die de richtlijn de consument beoogt te verlenen door een dergelijk verbod uiterst moeilijk wordt gemaakt en dus in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. De uitspraak van het HvJ EG in *Codifis* bevestigt dat de bevoegdheid tot ambtshalve toepassing niet beperkt is tot forumkeuzeclausules, maar zich ook uitstrekt tot andere oneerlijke bedingen.[288]

In *Mostaza Claro* gaat het om een arbitragebeding inhoudende dat elk geschil met betrekking tot een abonnementsovereenkomst voor een mobiele telefoonverbinding via arbitrage dient te worden beslecht. Centro Móvil Milenium (de aanbieder) heeft een arbitrageprocedure ingeleid omdat Mostaza Claro niet de minimumperiode in acht had genomen die het abonnement zou moeten duren. Móvil heeft aan Mostaza Claro een termijn van 10 dagen verleend om de arbitrage te weigeren, en gepreciseerd dat bij weigering beroep in rechte mogelijk bleef. Mostaza Claro voert tijdens de arbitrageprocedure verweer, maar maakt geen bezwaar tegen de arbitrage en roept ook de nietigheid van de arbitrageovereenkomst niet in. Nadat de arbitrageprocedure in haar nadeel uitpakt, vecht Mostaza Claro het arbitrale vonnis voor de overheidsrechter aan. Zij stelt dat de door haar gesloten arbitrageovereenkomst nietig is als gevolg van het feit dat het arbitragebeding oneerlijk is in de zin van richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke contractbedingen). De Spaanse rechter (*Audiencia Provincial de Madrid*) oordeelt dat de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat en dat deze als gevolg daarvan nietig is. Aangezien Mostaza Claro deze nietigheid evenwel niet heeft opgeworpen in het kader van de arbitrageprocedure heeft de Spaanse rechter, teneinde het nationale recht uit te leggen in overeenstemming met de richtlijn, besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het HvJ EG de vraag voorgelegd of richtlijn 93/13/EEG aldus moet worden uitgelegd dat de rechter een arbitraal vonnis nietig dient te verklaren wanneer hij van oordeel is dat de arbitrageovereenkomst een oneerlijk beding bevat (en dus nietig is), ook indien deze nietigheid eerst in het kader van het beroep tot vernietiging is opgeworpen, en niet tijdens de arbitrageprocedure. Het HvJ EG antwoordt (dictum en r.o. 39):

> 'Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten moet aldus worden uitgelegd dat zij van een nationale rechter die kennis neemt van een beroep tot vernietiging van een arbitraal vonnis verlangt dat hij de nietigheid van een arbitrageovereenkomst beoordeelt

288 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 355 e.v. Zie onder meer Snijders 2003, p. 17.

> en dat vonnis vernietigt wanneer hij van oordeel is dat deze overeenkomst een oneerlijk beding bevat, ook wanneer de consument die nietigheid niet tijdens de arbitrageprocedure, maar enkel in het kader van het beroep tot vernietiging heeft opgeworpen.'

Het HvJ EG beantwoordt de prejudiciële vraag van de Spaanse rechter dus bevestigend en voegt daar aan toe dat de rechter daartoe zelfs ambtshalve verplicht is. Het HvJ EG overweegt (r.o. 38):

> 'De aard en het gewicht van het openbare belang, waarop de door de richtlijn aan de consument verschafte bescherming berust, rechtvaardigen bovendien dat de nationale rechter ambtshalve dient te beoordelen of een contractueel beding oneerlijk is en aldus het tussen de consument en verkoper bestaande gebrek aan evenwicht dient te compenseren.'

In de zaak *Rampion* heeft het HvJ EG overwogen dat de artikelen 11 en 14 van richtlijn 87/102 (betreffende de harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake het consumentenkrediet) zich ertegen verzetten dat het recht van de consument om rechten jegens een kredietgever geldend te maken krachtens artikel 11 lid 2 van deze richtlijn afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat het voorafgaande kredietaanbod het gefinancierde goed of de gefinancierde dienst vermeldt. Richtlijn 87/102 moet de nationale rechter volgens het HvJ EG in staat stellen om de bepalingen ter omzetting in nationaal recht van artikel 11 lid 2 ambtshalve toe te passen. Deze ambtshalve toepassing lijkt, evenals bijvoorbeeld de ambtshalve toepassing in *Codifis*, samen te hangen met het effectiviteitsbeginsel.

Is de leer *Van Schijndel* nu aangetast door *Océano*, *Codifis*, *Mostaza Claro* en *Rampion*? Ik zou menen dat het antwoord ontkennend dient te zijn. Een vergelijking tussen enerzijds de leer *Van Schijndel* en anderzijds de lijn zoals die wordt gekozen door het HvJ EG in *Océano*, *Cofidis*, *Mostaza Claro* en *Rampion* heeft een beperkte betekenis. Richtlijnconforme interpretatie zoals in *Océano*, *Cofidis*, *Mostaza Claro* en *Rampion* brengt met zich mee dat de richtlijn niet rechtstreeks wordt toegepast, maar binnen het kader van de uitlegging van nationale rechtsregels. Wissink wijst er in zijn dissertatie op dat het gaat om de vraag of binnen het feitelijke en juridische kader van de rechtsstrijd acht kan worden geslagen op de (richtlijnconform te interpreteren) *nationale rechtsregels*.[289] In *Van Schijndel* gaat het om de vraag of binnen het feitelijke en juridische kader van de rechtsstrijd acht dient te worden geslagen op het *primaire gemeenschapsrecht* (EG-Verdrag).

Een richtlijn kan met zich meebrengen dat een rechtsregel als van openbare orde wordt beschouwd, terwijl deze regel naar nationaal recht niet van openbare orde is. Een richtlijn kan ook met zich mee brengen dat een rechtsregel

289 Wissink 2001, p. 363.

ambtshalve dient te worden toegepast. De rechter moet dan, zoals Wissink betoogt, onderzoeken of er een mogelijkheid bestaat de 'status van de nationale regel richtlijnconform te herbeoordelen en de regel overeenkomstig zijn richtlijnconforme status toe te passen.'[290] Dit onderzoek dient de rechter zonodig ambtshalve te verrichten zoals in *Océano*, *Cofidis*, *Mostaza Claro* en *Rampion*. De ambtshalve toepassing van oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten kan naar Nederlands recht via drie wegen worden bereikt.[291]

De eerste weg loopt via de openbare orde in de zin van de regels voor aanvulling van gronden. Oneerlijke bedingen in consumentenzaken dienen via die weg op grond van de openbare orde buiten toepassing te blijven. Deze bedingen mogen dan ook buiten de rechtsstrijd worden getoetst. Deze oplossing doet wel gekunsteld aan nu op grond van het Nederlands burgerlijk procesrecht slechts zelden bepalingen als zo fundamenteel worden beschouwd dat de rechter ze buiten de rechtsstrijd van partijen dient toe te passen.[292] Snijders wijst er dan ook op dat aan consumentenbeschermingsbepalingen die status niet toekomt, hoe dwingend ze ook moge zijn.[293]

De tweede weg loopt via de opname in de rechtsstrijd van partijen. Via deze weg neemt de rechter binnen de feitelijke grenzen van het geschil aan 'dat een belanghebbende partij geacht kan worden gelijk te willen krijgen op een niet aangevoerde rechtsgrond voor haar vordering of voor afwijzing van de vordering van de wederpartij, zeker als die rechtsgrond van dwingend recht is (…)', aldus Snijders.[294] In die variant dient de rechter uiteraard niet snel aan te nemen dat een partij stilzwijgend afstand heeft gedaan van het beroep op ongeldigheid van een beding of de onverbindendverklaring door de rechter.[295] Nadeel van deze weg is dat de wens van de consument veelal op een fictie zal berusten.

Van Schijndel laat nationale regels betreffende de lijdelijkheid van de rechter in stand. Zo is de ambtshalve aanvulling van EU-recht buiten de rechtsstrijd van partijen om voor de rechter verboden indien die rechtsgronden (rechtsgronden in de zin van de vorderingsgrondslag) niet van openbare orde zijn. De artikelen 81 en 82 EG zijn niet van openbare orde in de zin van artikel 25 Rv. Alleen indien aannemelijk is dat de belanghebbende partij een toetsing aan artikel 81 of 82 EG wenselijk acht, is het voor de rechter mogelijk deze bepaling ambtshalve toe te passen. Bij de richtlijnconforme interpretatie van nationaal recht dat van toepassing is op oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten geldt bij toetsing aan artikel 3:40 BW en 6:248 lid 2 BW in grote

290 Vgl. Wissink 2001, p. 363.
291 Vgl. Snijders 2007a, p. 92; Snijders 2008, p. 549.
292 Snijders 2007a, p. 92; Snijders 2008, p. 549. Zie ook Ras/Hammerstein 2004, nr. 56 e.v.; Snijders & Wendels 2003, nr. 234 e.v., nr. 378 (rechtsstrijd in appel) en Asser procesrecht/Veegens, Korthals Altes & Groen (2005), nr. 163 e.v. (rechtsstrijd in cassatie).
293 Snijders 2007a, p. 93; Snijders 2008, p. 549.
294 Snijders 2007a, p. 93.
295 Snijders 2007a, p. 93; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 117.

lijnen hetzelfde. Het verschil ten opzichte van de *Van Schijndel* situatie is wel dat al spoedig valt aan te nemen dat de ambtshalve toetsing door de belanghebbende partij gewenst is.[296]

De derde weg loopt via de aanname van een uitzondering op de hoofdregel dat nationale regels voor ambtshalve aanvulling van gronden in een zaak die door Nederlands recht beheerst worden in beginsel ook van toepassing zijn in een zaak die beheerst wordt door Europees recht. Deze uitzondering wordt gerechtvaardigd door het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel. Het gemeenschapsrecht zou bij het niet ambtshalve toepassen van een rechtsregel ook buiten de rechtsstrijd van partijen om onvoldoende kunnen worden geëffectueerd.[297]

5.5.6.3 Europeesrechtelijke bepalingen inzake ambtshalve aanvulling van gronden die het nationaal burgerlijk procesrecht beperken

Ingeval er een gemeenschapsregeling bestaat inzake het ambtshalve aanvulling van gronden dan beperkt die regel de nationale regels voor ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden en rechtsgronden.[298] Dit bleek reeds uit *Van Schijndel* en blijkt ook uit het naderhand gewezen arrest *Van der Weerd*. In *Van Schijndel* overweegt het HvJ EG (r.o. 17):

> 'Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat *bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling* het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke Lid-Staat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken, de rechten te beschermen die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen.'[299]

In *Van der Weerd* heeft het HvJ EG voorgaande overweging nog eens herhaald.[300]

5.5.6.4 Andere nationale regels van procesrecht die de nationale regels betreffende ambtshalve aanvulling van gronden beperken

Er zijn gevallen denkbaar waarin nationale regels van procesrecht de nationale regels betreffende ambtshalve aanvulling van gronden beperken. In dergelijke situaties kan de combinatie van nationale regels in strijd zijn met het in § 5.5.3 besproken effectiviteitsbeginsel. Een voorbeeld is de zaak *Peterbroeck*, waarin

---

296 Snijders 2007a, p. 95.
297 Vgl. Snijders 2008, p. 549.
298 Snijders 2008, p. 548.
299 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705; cursivering toegevoegd (EJZ).
300 HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 t/m C-225/05 *(Van der Weerd)*, *Jur.* 2007, p. I-4233, r.o. 28.

de verzoeker in het hoofdgeding de mogelijkheid werd ontnomen om naar behoren de onverenigbaarheid van een voorschrift van nationaal recht met het gemeenschapsrecht aan te voeren. Het HvJ EG overweegt in *Peterbroeck* (r.o. 21):

> 'Mitsdien moet op de vraag van het Hof van Beroep te Brussel worden geantwoord, dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing van een nationale procesregel die, in omstandigheden als die van de in het hoofdgeding bedoelde procedure, de in het kader van zijn bevoegdheid geadieerde nationale rechter verbiedt ambtshalve de verenigbaarheid te onderzoeken van een handeling van nationaal recht met een gemeenschapsbepaling, wanneer niet binnen een bepaalde termijn door de justitiabele een beroep op laatstbedoelde bepaling is gedaan.'

5.5.6.5 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in cassatie

De nationale regel die ambtshalve aanvulling van rechtsgronden van openbare orde in cassatie buiten de rechtsstrijd van partijen verbiedt, dient op grond van *Van Schijndel* voor zaken betreffende het EU-recht buiten toepassing gelaten te worden. Het gaat dan om de situatie dat de Hoge Raad een in cassatie bestreden uitspraak in strijd acht met een niet door eiser in cassatie aangevoerde rechtsgrond van dwingend Europees recht die van openbare orde is.

De ambtshalve aanvulling van een rechtsgrond in cassatie dient uitsluitend te geschieden voor zover geen nieuw feitelijk onderzoek nodig is.[301] Dit brengt met zich mee dat de ruimte voor de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in cassatie zeer beperkt is. Het moet in de eerste plaats gaan om een niet door eiser in cassatie aangevoerde rechtsgrond van dwingend Europees recht die van openbare orde is en in de tweede plaats dient geen nieuw feitelijk onderzoek nodig te zijn.[302]

Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht zal de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden in cassatie geen rol spelen, nu het slechts gaat om de ambtshalve aanvulling van Europees recht van openbare orde. De artikelen 81 EG en 82 EG zijn (hoewel van dwingend recht) niet van openbare orde in de zin van ons nationale recht inzake ambtshalve aanvulling van gronden.

5.5.6.6 Een botsing tussen Manfredi en Van Schijndel?

Van Schijndel zou volgens Hartkamp achterhaald zijn door het *Manfredi*-arrest.[303] In *Manfredi* overweegt het HvJ EG (r.o. 31):

---

301 Snijders 2008, p. 547.
302 Snijders 2008, p. 547.
303 Hartkamp 2007a, p. 36.

> 'Voor het overige zij eraan herinnerd dat de artikelen 81 EG en 82 EG bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast (zie in deze zin arrest van 1 juni 1999, Eco Swiss, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 39 en 40).'

De Derde Kamer van het HvJ EG lijkt in *Manfredi* de door het Plenum (bijeenkomst in voltallige zitting) van het HvJ EG in *Van Schijndel* uiteengezette weg kwijt te zijn geraakt. Europees mededingingsrecht is namelijk niet van openbare orde in algemene zin en hoeft door de rechter niet ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen om te worden toegepast. Verzachtende omstandigheid is dat het een min of meer ten overvloede opgenomen overweging van het HvJ EG betreft die niet de kern van de beslissing van het arrest weergeeft.

Het HvJ EG verwijst in *Manfredi* naar de rechtsoverwegingen 39 en 40 van het *Eco Swiss/Benetton*-arrest. In rechtsoverweging 39 van het *Eco Swiss/Benetton*-arrest wordt volgens Hartkamp 'het openbare orde-karakter van art. 81 EG gemotiveerd met een verwijzing naar punt 36; daar wordt het fundamentele belang van art. 81 gemotiveerd met een verwijzing naar lid 2 van die bepaling, dat strijdige overeenkomsten nietig verklaart.' De verwijzing van het HvJ EG naar *Eco Swiss/Benetton* is echter onjuist. In *Eco Swiss/Benetton* wordt in rechtsoverweging 39 slechts geoordeeld dat artikel 81 EG van openbare orde is *in de zin van het Executieverdrag van New York*. Dat betekent nog niet dat artikel 81 EG ook van openbare orde is *in de zin van ons nationale recht inzake ambtshalve aanvulling van gronden*. Zo wordt bijvoorbeeld in het *Renault*-arrest artikel 82 EG niet als een bepaling van openbare orde in de zin van artikel 27 sub 1 EEX-Verdrag (thans artikel 34 sub 1 EEX-Vo) gezien.[304] Onder het regime van de EEX-Vo worden de in een lidstaat gegeven beslissingen in de overige lidstaten erkend zonder vorm van proces. Een beslissing wordt op grond van artikel 34 sub 1 EEX-Vo niet erkend indien de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat.

In § 5.5.2 heb ik het standpunt van Hartkamp, dat deze discussie niet meer van praktisch belang is nu de Hoge Raad in het *Vreugdenhil*-arrest heeft beslist dat artikel 81 EG ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen zou moeten worden toegepast, reeds genuanceerd.[305] Artikel 81 EG hoeft niet ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen te worden toegepast.

5.5.6.7 Conclusie

De conclusie die valt af te leiden uit bovenstaande jurisprudentie en argumenten, is dat er een verplichting tot ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht bestaat (in het bijzonder de artikelen 81 EG en 82 EG) maar dat er geen

---

304 HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98 *(Renault/Maxicar)*, *Jur*. 2000, p. I-2973, *NJ* 2003, 627 m.nt. PV.

305 Hartkamp 2007a, p. 24-25, p. 36.

verplichting tot ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht bestaat *buiten de rechtsstrijd van partijen* om.[306] De rechter mag en moet alleen ambtshalve dwingend EU-recht toepassen buiten de rechtsstrijd van partijen om indien het gaat om EU-recht van openbare orde. De mededingingsregels zijn dat niet in de context van het Nederlands recht inzake ambtshalve aanvulling van gronden.[307] Alleen ingeval aannemelijk is dat de belanghebbende partij een toetsing aan de artikelen 81 of 82 EG wenselijk acht, heeft de rechter de mogelijkheid deze bepalingen ambtshalve in te roepen.[308] De nationale regels voor ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden en rechtsgronden (zie mijn korte bespreking van de artikelen 24 en 25 Rv in § 5.5.2) zijn, conform de leer *Van Schijndel*, ook in Europeesrechtelijke zaken en in het bijzonder zaken waarbij de artikelen 81 EG en 82 EG een rol spelen nog steeds van toepassing. De zojuist besproken uitzonderingen op de hoofdregel, dat nationale regels voor ambtshalve aanvulling van gronden in zaken die door Nederlands recht beheerst worden in beginsel ook van toepassing zijn op zaken die beheerst worden door Europees recht, brengen daar geen verandering in. *Van Schijndel* is dan ook, anders dan door Hartkamp is betoogd in zijn Nijmeegse oratie, niet achterhaald door de latere arresten *Manfredi* en *Vreugdenhil*.[309]

5.5.7 Overige problemen bij de aanname van een verplichting tot ambtshalve toepassing buiten de rechtsstrijd van partijen om

Zelfs als zou worden aangenomen dat er een verplichting bestaat tot ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht buiten de rechtsstrijd van partijen om (wat niet correct is), dan wordt de nationale rechter nog steeds met een ingewikkelde situatie geconfronteerd. A-G Keus noemt vier beperkingen die aan een optimale verwerkelijking van het Europees mededingingsrecht in de weg kunnen staan, waarvan er mijns inziens drie echt als problematisch zijn te beschouwen bij de aanname van de verplichting voor de burgerlijke rechter om het mededingingsrecht ambtshalve toe te passen buiten de rechtsstrijd van partijen.[310]

Zijn eerste argument, dat aan handhaving van mededingingsrecht door de burgerlijke rechter eigen is dat zij afhankelijk is van de beslissing van partijen om hun geschil überhaupt aan de rechter voor te leggen, vormt geen relevante beperking bij de verplichting voor de burgerlijke rechter om het mededingingsrecht ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen toe te passen.

306 Vgl. Snijders 2007a, p. 95.
307 Zie in vergelijkbare zin A-G Keus en annotator M.R. Mok onder HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 *(Vreugdenhil/BVH)*. Zie ook Snijders 2007a, p. 95; Snijders 2008, p. 552.
308 Snijders 2007a, p. 95.
309 Vgl. Hartkamp 2007a, p. 36.
310 Zie A-G Keus bij HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*.

Keus heeft het dan ook echter over 'de aan het burgerlijk proces inherente beperkingen die aan een optimale verwerkelijking van het (communautaire) mededingingsrecht in de weg (kunnen) staan' en niet over de verplichting voor de burgerlijke rechter om het mededingingsrecht ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen toe te passen.

Zijn tweede argument, dat de procesrechtelijke regels zoals de regels betreffende bewijs van artikel 149 lid 1 Rv ('feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat') en artikel 150 Rv ('de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit') tot een 'gemankeerde beslissing' kunnen leiden vanuit het oogpunt van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, doet meer ter zake.

Zijn derde argument, dat de regeling van artikel 81 EG en 6 Mw een verbodsregel is met een aantal mogelijke uitzonderingen, vormt een overtuigend argument. Bij de toepassing van artikel 81 EG of 6 Mw moet de rechter toetsen aan alle elementen van die bepalingen, inclusief de mogelijke uitzonderingen. Het is dan zeer de vraag hoe de rechter informatie krijgt over de voor de toepassing van de uitzonderingen relevante feiten indien geen van de partijen enig belang heeft bij een oordeel van de rechter over de verenigbaarheid van de overeenkomst met het mededingingsrecht.[311]

Een laatste belangrijk argument van de A-G Keus is, dat aan ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht buiten de rechtsstrijd van partijen het gevaar is verbonden, dat de benadeelde partij onvoldoende gelegenheid wordt geboden op de nieuwe wending te reageren. De ambtshalve toepassing kan resulteren in een verrassingsbeslissing die ontoelaatbaar is.[312]

---

311 Zie ook de verwijzing van de A-G Keus naar Bos 1999, p. 136-143; Bos 2003, p. 313-318 en Hermans & Noë 1999, p. 144-148.

312 Zie voor de verrassingsbeslissing de verwijzing van de A-G Keus naar HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 39 *(Lukan/Brokke-Hendriks)*; HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34 m.nt. DA *(Panama Caribic Overseas Savings/Stichting Town House Development Foundation)*; HR 13 september 2002, *NJ* 2002, 496 *(Da Silva/Heineken)*; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 m.nt. JBMV *(dwarslaesie)*; HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 26 *(Juweliers van Sloon Weert/William)*; HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 653 *(Rijpkema/Kruijff Bunker Service (duwboot Freya))*; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584 m.nt. Wortmann; HR 23 februari 2001, *NJ* 2001, 431 m.nt. ThMdB en JBMV *(maatschap X./curator mr. H.J. Overes)*; HR 12 februari 1999, *NJ* 2000, 17 m.nt WMK *(Manege De Mookerheide/Heymans)*; HR 3 januari 1997, *NJ* 1998, 127 m.nt. HJS *(Prudential Bache/Albada Jelgersma c.s.)*; HR 26 september 1997, *NJ* 1998, 19 *(Van der Heijden/Beckers)*; HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45 *(Diepop/Nouwens)*. Zie ook Tjong Tjin Tai 2000, p. 259-264.

5.5.8 Naar een actievere opstelling van de burgerlijke rechter?

Met name bij overeenkomsten met een mededingingsbeperkend effect – overeenkomsten die niet de strekking hebben om de mededinging te beperken – zal het in de praktijk kunnen voorkomen dat de procespartijen zich niet realiseren dat hun overeenkomst mogelijk strijdig is met de mededingingsregels.[313] Het dossier zal in een dergelijk geval vaak onvoldoende informatie bevatten om de overeenkomst te toetsen aan het kartelverbod. In veel gevallen zullen de grenzen die het nationale recht aan ambtshalve toepassing stelt de rechter belemmeren in een dergelijke situatie een volledige toets aan de mededingingsregels – met name het kartelverbod – uit te voeren. De benodigde gegevens zullen vaak ontbreken, nu voor aanvulling van rechtsgronden en toepassing van de mededingingsregels de rechter over voldoende door partijen aangedragen feiten dient te beschikken.

Krans, Vedder & Wissink zijn van mening dat de kernvraag bij de ambtshalve toepassing van artikel 81 EG niet is of deze bepaling al dan niet van openbare orde is. De kernvraag is in hun visie welke strategie de rechter wenst te volgen indien het dossier een vermoeden van strijd met artikel 81 EG oplevert, maar vooralsnog onvoldoende informatie bevat om dat vermoeden te kunnen bevestigen of ontzenuwen. Behoort de rechter het vermoeden dat de mededingingsregels zijn geschonden nader uit te zoeken of treedt hij daarmee buiten zijn rol als civiele rechter?

In de rechtspraak van de Hoge Raad is aanvaard dat het de rechter onder omstandigheden vrijstaat mogelijke grondslagen of weren die door partijen niet zijn aangevoerd, ambtshalve aan de orde te stellen. Partijen dienen dan wel de gelegenheid te krijgen het debat daarover alsnog aan te gaan.[314] Wanneer dat het geval is kan volgens de Hoge Raad niet in haar algemeenheid worden beantwoord. Indien deze mogelijkheid bestaat, is zij echter een bevoegdheid en niet een verplichting. De rechter is in een situatie waarin een voldoende feitelijke grondslag ontbreekt om een verboden mededingingsbeperking aan te nemen wel bevoegd maar niet verplicht alsnog debat daarover uit te lokken.[315]

Krans, Vedder & Wissink wijzen op het feit dat de rechter twee wegen kan kiezen. Indien hij voor de eerste (traditionele) weg kiest, houdt hij op ingeval te weinig feiten voorhanden zijn. Dit is zoals zojuist in § 5.5.6.7 geconcludeerd niet strijdig met de eisen van Europees recht.[316] Kiest hij de tweede

313 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 25.

314 HR 1 december 1995, *NJ* 1997, 28, rov. 3.3. Zie voorts HR 26 september 2003 *(Regiopolitie/Hovax)*, *NJ* 2004, 460, m.nt. JBMV onder *NJ* 2004, 461, rov. 5.2 en 5.3. Zie de conclusie van de A-G Keus bij HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 *(Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie)*.

315 Zie ook de conclusie van A-G Keus bij HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 *(Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie)*, sub 2.13.

316 Zie ook Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 32.

weg, dan stelt hij zich actiever op.[317] Hoewel de rechter zelf geen feitelijke gronden mag aanvullen, kan hij wel vragen stellen aan de procespartijen en ze op die manier uitnodigen hun stellingen aan te vullen (zoals in § 5.5.2 besproken kan dat bijvoorbeeld bij comparitie, pleidooi of via een aktewisseling). De partij die belang heeft bij een nietige overeenkomst – het belang van de gedaagde zal gelegen zijn in het niet toewijzen van de vordering van eiser tot schadevergoeding of nakoming wegens nietigheid van de overeenkomst – zal vervolgens het debat mede op de geldigheid van de overeenkomst moeten richten. Het zou zelfs kunnen dat de rechter aan partijen mededeelt dat de Commissie om inlichtingen zal worden gevraagd. De rechter kan namelijk met behulp van de Europese Commissie inlichtingen inwinnen die partijen niet willen geven. Als de relevante feiten nog niet volledig vaststaan, kan de Commissie de inlichtingen waarover zij beschikt aan de rechter bezorgen. Te denken valt aan een analyse van de relevante markt en van de positie die partijen daarop innemen. Het verzoek om inlichtingen aan de Commissie lijkt niet afhankelijk te zijn van de toestemming van partijen.[318] Krans, Vedder & Wissink wijzen daarbij terecht op het feit dat een eerlijk proces wel eist dat de rechter zijn voornemen om inlichtingen te vragen aan partijen voorlegt en hun de gelegenheid biedt te reageren op de verkregen inlichtingen.[319] Tevens wijzen zij op het probleem dat kan ontstaan als partijen eensgezind bepaalde feiten aanvoeren. Nu op grond van artikel 149 Rv de rechter gestelde en niet betwiste feiten voor vaststaand moet aannemen, is het twijfelachtig of de rechter die de door partijen aangedragen feiten onaannemelijk acht zich toch tot de Commissie kan wenden.[320]

De vraag welke weg de rechter dient te kiezen, hangt samen met de mate van lijdelijkheid van de burgerlijke rechter en de processuele partijautonomie.[321] Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zou verdedigd kunnen worden dat bij de handhaving van fundamentele bepalingen van het gemeenschapsrecht niet alleen het belang van partijen zelf is betrokken, maar ook het algemeen belang. Dit zou een argument kunnen zijn dat de rechter aanspoort zich actiever op te stellen. De opstelling van de rechter kan echter afhangen van verschillende factoren. Zo wijzen Krans, Vedder & Wissink op de vraag wat het resultaat zou zijn van de constatering dat inbreuk op artikel 81 EG is gemaakt.[322] Zou slechts een deel van de overeenkomst nietig zijn of zou de hele overeenkomst nietig zijn? Zou de nietigheid de positie van derden concreet verbeteren (zij wijzen op het voorbeeld dat een van de contractpartijen in zee zou kunnen gaan met concurrenten) of alleen

317 Deze actievere opstelling van de burgerlijke rechter is ook in het interimrapport van de fundamentele herbezinners aan de orde gesteld. Zie Asser, Groen & Vranken 2003, p. 82-83.
318 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 30-31.
319 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 32.
320 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 31, voetnoot 96.
321 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 27.
322 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 32.

in abstracto? De rechter zal deze mogelijke voordelen moeten afwegen tegen de nadelen die aan een actievere opstelling zijn verbonden. Zo kan het vanuit een oogpunt van een goede en efficiënte procesvoering nodig zijn rekening te houden met de tijd en geld die het kost om de informatie te verzamelen die nodig is om een eventuele schending van het mededingingsrecht vast te stellen. Daarbij kunnen verschillende factoren een rol spelen. Zoals de vraag of het om een bodemprocedure of om een kort geding gaat. Tevens kan de vraag worden gesteld of het belang van de zaak opweegt tegen de kosten die zouden moeten worden gemaakt. Krans, Vedder & Wissink wijzen op het feit dat de taakopvatting van de individuele rechter zelf ook een rol speelt. Wil hij slechts partijen een juridische oplossing bieden voor het door hen aan hem voorgelegde geschil of meent hij zo veel mogelijk te moeten beslissen met inachtneming van alle mogelijk relevante juridische normen.[323]

5.6 De rol van de burgerlijke rechter bij het concentratietoezicht

5.6.1 Inleiding

De rol van de burgerlijke rechter bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht lijkt op het gebied van het concentratietoezicht van minder belang te zijn. Concentraties verschillen van mededingingsbeperkende afspraken tussen zelfstandige ondernemingen. Een concentratie is een vorm van samengaan van ondernemingen. Het samengaan leidt tot een duurzame verandering in de structuur van de ondernemingen zodat deze ten opzichte van elkaar geen zelfstandige marktpartijen meer zijn. Daarnaast leidt het samengaan tot een duurzame verandering in de marktstructuur.[324] Het concentratietoezicht valt op het eerste gezicht volledig onder de competentie van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten.[325] Desalniettemin is het niet uitgesloten dat de burgerlijke rechter in aanraking komt met de gevolgen van het concentratietoezicht. Het concentratietoezicht vormt namelijk een beperking op de contractvrijheid van partijen.

323 Krans, Vedder & Wissink 2005, p. 33.

324 De Vries & Noë 2008 (T&C Mededingingswet), art. 27, aant. 1; Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2008, C 95/1, § 28. Zie ook overweging 20 van Verordening 139/2004.

325 De mogelijkheid bestaat dat de autoriteiten van een lidstaat beslissen over concentraties met een communautaire dimensie (art. 9 Verordening 139/2004), of dat de Commissie beslist over de nationale concentratie (art. 22 Verordening 139/2004).

5.6.2 Concentratietoezicht en de directe werking van de artikelen 81 EG en 82 EG

In de eerste plaats kan de op Verordening 139/2004 en hoofdstuk 5 van de Mw gebaseerde exclusieve competentie van de Commissie en de NMa de directe werking van de artikelen 81 en 82 EG niet aantasten. Zo kan de toepasselijkheid van artikel 82 EG (primair gemeenschapsrecht) niet worden beperkt door secundair gemeenschapsrecht zoals Verordening 139/2004. In *Continental Can* werd door het HvJ EG aanvaard dat het opkopen van concurrenten door een dominante partij door het HvJ EG kan worden gekwalificeerd als een mogelijke vorm van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG (zie ook § 2.3.4.4 sub c).[326] De nationale rechter blijft dus bevoegd artikel 82 EG toe te passen op een concentratie waar artikel 82 EG ook op van toepassing is. Artikel 82 EG is niet van toepassing op een situatie waarin door de concentratie een machtspositie ontstaat en het niet gaat om een versterking van een reeds bestaande machtspositie.

Voor wat betreft artikel 81 EG ligt de situatie ingewikkelder, nu artikel 81 EG een verbodsbepaling en een uitzonderingsbepaling kent.[327] Verordening 139/2004 acht (ex artikel 21 lid 1) op concentraties uitsluitend zichzelf van toepassing met uitsluiting van Verordening 1/2003.[328] Nu de directe werking van artikel 81 lid 3, anders dan bij artikel 82 EG, afhangt van Verordening 1/2003 en artikel 21 lid 1 Verordening 139/2004 de toepassing van Verordening 1/2003 uitsluit, kan de nationale rechter artikel 81 lid 3 EG niet toepassen op concentraties.[329] Dit zal alleen anders kunnen zijn indien het gaat om een concentratie die geen communautaire dimensie heeft (maar wel een merkbare potentiële beïnvloeding van de interstatelijke handel met zich meebrengt).[330]

---

326 HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215.

327 Zie voor de toepassing van het kartelverbod zoals neergelegd in art. 81 EG op een concentratie HvJ EG 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84 *(British American Tobacco Company en R. J. Reynolds Industries)*, *Jur.* 1987, p. 4487, r.o. 36-39. In deze uitspraak geeft het HvJ EG aan dat art. 81 EG van toepassing kan zijn op een onderneming die een deelneming verkrijgt in een concurrent (aandelen).

328 Op grond van art. 21 lid 1 Verordening 139/2004 worden ook de Verordeningen 1017/68, 4056/86 en 3975/87 niet van toepassing verklaard op concentraties zoals omschreven in art. 3 Verordening 139/2004.

329 Komninos is van mening dat de directe werking van art. 81 lid 1 EG ook afhankelijk is van Verordening 1/2003. Dat zou betekenen dat de nationale rechter art. 81 lid 1 EG ook niet kan toepassen bij concentraties die vallen onder Verordening 139/2004. Zie Komninos 2008, p. 37.

330 Concentraties hebben op grond van art. 1 Verordening 139/2004 een communautaire dimensie indien de totale wereldwijde omzet van de betrokken ondernemingen meer bedraagt dan €5 miljard en die van ten minste twee van de betrokken ondernemingen elk afzonderlijk meer dan €250 miljoen (tenzij elk van de fuserende ondernemingen meer dan twee derde van de totale omzet in één en dezelfde lidstaat behaalt). In sommige andere gevallen (art. 1 lid 3 Verordening 139/2004) wordt eveneens een communautaire dimensie aangenomen.

Nu artikel 21 lid 1 Verordening 139/2004 bepaalt dat op concentraties uitsluitend Verordening 139/2004 van toepassing is, zonder een onderscheid te maken tussen concentraties met een communautaire dimensie en concentraties zonder communautaire dimensie (artikel 21 lid 1 Verordening 139/2004 verwijst slechts naar de definitie zoals is geformuleerd in artikel 3 Verordening 139/2004), zal dat betekenen dat Verordening 1/2003 niet van toepassing is zodat artikel 81 lid 3 EG niet door de nationale rechter kan worden toegepast.[331] De handhavingsprocedures van de artikelen 84 en 85 EG komen dan opnieuw tot leven.

Artikel 84 EG bepaalt dat tot op het tijdstip van inwerkingtreding van de voorschriften die op grond van artikel 83 EG zijn vastgesteld, de autoriteiten van de lidstaten beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt, in overeenstemming met hun nationale recht en de in artikel 81 EG, met name lid 3, en in artikel 82 EG neergelegde bepalingen. Dit zou er op neerkomen dat op grond van artikel 84 EG een nationale mededingingsautoriteit artikel 81 EG reeds op een concentratie zonder communautaire dimensie moet hebben toegepast, voordat de nationale rechter artikel 81 lid 3 EG kan toepassen op de zaak in kwestie. In de praktijk zal de nationale rechter artikel 81 EG niet snel volledig kunnen toepassen in een concentratiezaak.[332]

5.6.3 Civielrechtelijke consequenties van het verbod op een fusie, overname of *joint venture*

5.6.3.1 Schending van het verbod op het tot stand brengen van een concentratie

In de tweede plaats kan de nationale rechter in aanraking komen met de civielrechtelijke consequenties van het verbod op een fusie, overname of joint venture. Het kan gaan om een concentratie die tot stand is gebracht zonder aanmelding bij de Commissie. In beginsel moeten concentraties met een communautaire dimensie worden aangemeld bij de Commissie. Het kan op grond van artikel 7 lid 1 Verordening 139/2004 ook gaan om een concentratie die tot stand is gebracht voordat de Commissie de concentratie verenigbaar heeft verklaard met de gemeenschappelijke markt bij een krachtens artikel 6 lid 1 sub b, of artikel 8 lid 1 of lid 2 Verordening 139/2004 gegeven beschikking of voordat de concentratie mag worden geacht verenigbaar te zijn verklaard overeenkomstig artikel 10 lid 6 Verordening 139/2004 (wegens het verstrijken van de termijnen om een beschikking te geven).

Het kan ook gaan om een concentratie die tot stand is gebracht zonder aanmelding bij de NMa. In beginsel moeten concentraties zonder communautai-

331 Vgl. Komninos 2008, p. 37.
332 Komninos 2008, p. 37.

re dimensie worden aangemeld bij de NMa (mits zij, afhankelijk van de omzet van de betrokken ondernemingen, binnen het toepassingsbereik vallen van de artikelen 29-31 Mw). Tevens kan het op grond van artikel 34 Mw gaan om een concentratie die tot stand is gebracht zonder dat de wachtperiode van vier weken is gerespecteerd. De rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie die tot stand wordt gebracht zonder dat melding bij de NMa heeft plaatsgevonden of zonder dat de wachtperiode is gerespecteerd, zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. De Mw lijkt hier af te wijken van Verordening 139/2004. De geldigheid van de concentratie is in Verordening 139/2004 afhankelijk gesteld van de uiteindelijke beslissing van de Commissie (of het overeenkomstig artikel 10 lid 6 Verordening 139/2004 laten verstrijken van de termijnen om een beschikking te geven).

Op grond van artikel 41 lid 1 Mw is het verboden zonder vergunning een concentratie tot stand te brengen waarvoor ingevolge artikel 37 Mw een vergunning is vereist. De rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie die tot stand wordt gebracht zonder dat dat een vergunning is verleend terwijl die op grond van artikel 37 Mw wel is vereist, zijn nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW.

Een concentratie met een communautaire dimensie of een concentratie die door de Commissie overeenkomstig artikel 4 lid 5 Verordening 139/2004 dient te worden onderzocht, mag op grond van artikel 7 lid 1 Verordening 139/2004 niet tot stand worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard bij een krachtens artikel 6 lid 1 sub b of artikel 8 lid 2 gegeven beschikking, dan wel mag worden geacht verenigbaar te zijn verklaard overeenkomstig artikel 10 lid 6 Verordening 139/2004. Indien tijdens deze periode verder uitvoering wordt gegeven aan de concentratie, is de geldigheid van alle relevante rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie voorwaardelijk totdat de Commissie de concentratie verenigbaar of onverenigbaar verklaart met de gemeenschappelijke markt. In dat laatste geval zijn de rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW (en worden dus geacht nooit te hebben bestaan nu naar Nederlands recht een nietige rechtshandeling van aanvang af nietig is).

De nietigheidssanctie en de civielrechtelijke gevolgen van de nietigheid worden door het nationaal recht bepaald. De geldigheid van transacties die zonder inachtneming van artikel 7 lid 1 Verordening 139/2004 tot stand komen, is op grond van artikel 7 lid 4 Verordening 139/2004 afhankelijk van de beschikking die gegeven is krachtens artikel 6 lid 1 sub b, of krachtens artikel 8 lid 1, lid 2 of lid 3, dan wel van het vermoeden overeenkomstig artikel 10 lid 6 Verordening 139/2004 (verstrijken van termijn).[333] De geldigheid van de concentratie is dan ook op grond van Verordening 139/2004, anders

333 Art. 7 lid 4 Verordening 139/2004 bepaalt dat art. 7 Verordening 139/2004 niet de geldigheid aantast van transacties met effecten, inclusief effecten converteerbaar in andere effecten

dan op grond van de Mededingingswet, niet reeds aangetast ingeval de concentratie niet is aangemeld. De potentiële nietigheid blijft als het spreekwoordelijke zwaard van Damocles boven de concentratie en de ter uitvoering daarvan verrichte rechtshandelingen hangen, zolang de Commissie niet heeft geoordeeld over de verenigbaarheid van de transactie met de gemeenschappelijke markt.

5.6.3.2 Schending van aan de beschikking verbonden voorwaarden en verplichtingen

De Commissie kan op grond van artikel 8 lid 2 Verordening 139/2004 aan haar beschikking voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij tegenover de Commissie zijn aangegaan om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt. De NMa kan op grond van artikel 41 lid 4 Mw een vergunning onder beperkingen verlenen. Tevens kunnen aan een vergunning voorschriften worden verbonden. De aanduidingen beperkingen en voorschriften lijken niet te verschillen van de aanduiding voorwaarden in de zin van artikel 37 lid 4 Mw. Met beperkingen en voorschriften uit de Mw wordt niets anders bedoeld dan voorwaarden en verplichtingen uit Verordening 139/2004.[334]

De juridische gevolgen van een schending van de voorwaarden *(conditions)* die aan de beschikking van de Commissie zijn verbonden, lijken te verschillen van de juridische gevolgen van een schending van de verplichtingen *(obligations)* die zijn verbonden aan een beschikking van de Commissie. Bij een schending van de voorwaarden *(conditions)* die aan de beschikking van de Commissie zijn verbonden, gelden dezelfde juridische gevolgen (nietigheid van de rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie ex artikel 3:40 lid 2 BW) als bij het door de Commissie niet verenigbaar achten van de concentratie met de gemeenschappelijke markt. Dit geldt echter niet voor een schending van de verplichtingen *(obligations)*.

Komninos wijst op het feit dat, hoewel het onderscheid tussen voorwaarden en verplichtingen bij de begintijd van de concentratiecontrole nog niet duidelijk was, de schending van verplichtingen *(obligations)* alleen bestuursrechtelijke gevolgen heeft.[335] Zo kunnen geldboeten worden opgelegd ex artikel 14 lid 2 sub d Verordening 139/2004 en dwangsommen worden opgelegd ex artikel 15 lid 1 sub c Verordening 139/2004. Daarnaast kan de Commissie haar beschikking intrekken indien de betrokken ondernemingen in strijd handelen met een van de bij de beschikking opgelegde verplichtingen ex artikel 6 lid 3

---

die ter verhandeling worden toegelaten tot een markt, zoals een effectenbeurs, tenzij de kopers en de verkopers wisten of dienden te weten dat de transactie tot stand is gekomen zonder inachtneming van art. 7 lid 1 Verordening 139/2004.

334 Mok 2004, p. 200.

335 Komninos 2008, p. 38, voetnoot 81.

sub b en artikel 8 lid 6 sub b Verordening 139/2004. Zij kan tevens op grond van artikel 6 lid 4 Verordening 139/2004 een beschikking geven in de zin van artikel 6 lid 1 Verordening 139/2004 (het inleiden van de procedure).

Voorwaarden hebben betrekking op maatregelen (veelal verpakt als toezeggingen van de ondernemingen die toestemming vragen voor een concentratie) die de markt structureel veranderen. Deze *structurele* remedies moeten worden onderscheiden van *gedrags*remedies. Verplichtingen hebben betrekking op maatregelen (veelal verpakt als toezeggingen van de ondernemingen die toestemming vragen voor een concentratie) die zien op gedragsremedies.[336] Structurele remedies zijn remedies die een structurele verandering op de markt teweeg brengen. De meest voorkomende structurele remedie is de afstoting van één of meer bedrijfsonderdelen. Gedragsremedies houden in dat de door de concentratie tot stand gebrachte onderneming zich op een bepaalde wijze zal gedragen of zich van gedrag zal onthouden. Te denken valt aan het aanbieden van gelijkwaardige toegang tot infrastructuur of faciliteiten.[337]

Ingeval een voorwaarde *(condition)* is geschonden of niet nagekomen (en de Commissie heeft dat bij beschikking vastgesteld) heeft dat tot gevolg dat de beschikking waarin toestemming wordt gegeven voor een concentratie niet langer geldig is (nietig). In dat geval is de concentratie van meet af aan verboden geweest en zijn de rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie ook van meet af aan nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW *(ex tunc)*.

De Commissie kan op grond van artikel 7 lid 1 jo artikel 14 lid 2 sub b Verordening 139/2004 geldboeten opleggen. Indien de Commissie op grond van artikel 8 lid 4 sub b Verordening 139/2004 vaststelt dat een concentratie tot stand is gebracht zonder inachtneming van een bij een krachtens artikel 8 lid 2 gegeven beschikking opgelegde voorwaarde (en in deze beschikking is geconstateerd dat de concentratie bij ontbreken van die voorwaarde zou voldoen aan het criterium van artikel 2 lid 3, of, in de in artikel 2 lid 4 bedoelde gevallen niet zou voldoen aan de criteria van artikel 81 lid 3 EG), kan de Commissie de betrokken ondernemingen verplichten de concentratie te ontbinden of elke andere passende maatregel nemen om, voorzover mogelijk, herstel te bereiken van de situatie zoals die was voor de totstandkoming van de concentratie.

Voor wat betreft de Mededingingswet kan het onderscheid tussen schendingen van structurele remedies en gedragsremedies ook worden gemaakt.[338] In het eerste geval betreft het schendingen van beperkingen die leiden tot nietigheid van de rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de

336 Komninos 2008, p. 38, voetnoot 81.

337 De Vries & Noë 2008 (T&C Mededingingsrecht), art. 37, aant. 6b en 6c.

338 De Richtsnoeren Remedies 2007, zoals vastgesteld door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op 21 september 2007, maken onderscheid tussen structurele remedies en gedragsremedies.

concentratie ex artikel 3:40 lid 2 BW. In het laatste geval betreft het schendingen van voorschriften die niet tot nietigheid leiden van de rechtshandelingen die verricht zijn ter uitvoering van de concentratie.

5.6.4 Nevenrestricties

Verordening 139/2004 bepaalt dat een beschikking waarbij een concentratie met de gemeenschappelijke markt verenigbaar wordt verklaard, wordt geacht betrekking te hebben op mededingingsbeperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van de concentratie (nevenrestricties).

De burgerlijke rechter kan geconfronteerd worden met de vraag of beperkingen zoals non-concurrentiebedingen, licentieovereenkomsten en afname- en leveringsverplichtingen gedekt zijn door de goedkeuringsbeslissing van de Commissie. De kernvraag daarbij is of en in hoeverre restricties nodig zijn om de concentratie te verwezenlijken. Restricties die verder gaan dan redelijkerwijs noodzakelijk is, kunnen nietig zijn. De Commissie heeft een mededeling nevenrestricties gepubliceerd (5 maart 2005, *PbEU* C 56/24). Op nationaal niveau bepaalt artikel 10 Mw dat het kartelverbod van artikel 6 Mw niet geldt voor noodzakelijke nevenrestricties.

5.7 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

Concluderend kan gesteld worden dat de nationale rechter een aanzienlijke taak heeft bij de decentrale toepassing en handhaving van het Europees mededingingsrecht. De toepassing van het Europees mededingingsrecht is, sinds de arresten *Van Gend en Loos*, *Sabam I* en *Haecht II*, een zaak die niet alleen de Europese Commissie, maar ook de nationale rechters van de lidstaten aangaat.[339] De nationale rechter heeft op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG de dwingende opdracht te zorgen voor de rechtsbescherming welke voor de justitiabelen voortvloeit uit de rechtstreekse werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen.[340]

De Commissie heeft de rol van de nationale rechter in de loop der tijd krachtig gestimuleerd door hem aan te moedigen zijn aandeel te nemen in de toepassing van het Europees mededingingsrecht. Zo valt bijvoorbeeld te wijzen op de in 1993 gepubliceerde bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag. Met behulp van deze bekendmaking kon de nationale rechter aan de Commissie inlichtingen van

339 Zie § 5.2.1.
340 Zie § 5.2.1.

procedurele en feitelijke aard vragen, maar ook rechtsvragen voorleggen en voorlopig advies vragen over de waarschijnlijkheid van het geven van een ontheffing.[341]

De modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht heeft geresulteerd in de aanname van Verordening 1/2003. In Verordening 1/2003 zet de trend waarbij de nationale rechter een belangrijker aandeel krijgt in de handhaving van het mededingingsrecht zich voort. Het jarenlange streven van de Commissie naar een meer decentrale toepassing van het Europees mededingingsrecht lijkt met de aanname van Verordening 1/2003 een voorlopig hoogtepunt te hebben bereikt. Het systeem van machtiging en aanmelding is in het nieuwe systeem afgeschaft, de toepassing van het mededingingsrecht is gedecentraliseerd en de controle achteraf is versterkt.

Het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van artikel 81 lid 3 EG is onder Verordening 1/2003 verdwenen. Naast de nationale mededingingsautoriteiten zijn ook de nationale rechters bevoegd om te beoordelen of een overeenkomst voldoet aan de voorwaarden zoals gesteld in het derde lid van artikel 81 EG. De nationale rechter zal van elke mogelijke mededingingsbeperkende afspraak die aan hem wordt voorgelegd de concurrentiebeperkende effecten moeten toetsen aan het eerste lid van artikel 81 EG en vervolgens de eventuele economische voordelen van de afspraak moeten toetsen aan het derde lid van artikel 81 EG.[342] Bij *hardcore* restricties is een marktonderzoek niet nodig omdat de afspraak, mits aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan, reeds snel onder het kartelverbod valt. Wel kan pas na een economische en juridische analyse van een restrictie worden beoordeeld of het doel of gevolg daarvan is om de mededinging te beperken of niet.

In 2004 is bij het van kracht worden van Verordening 1/2003 de SamenwerkingsBekendmaking vervangen door een nieuwe 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 EG.[343] De mededeling kan de nationale rechter van dienst zijn bij de vervulling van zijn rol bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Door het stappenplan uit de mededeling te volgen kan de burgerlijke rechter vertrouwder raken met de toepassing van het mededingingsrecht.[344]

De mededeling behandelt de bevoegdheid van de nationale rechter om de Europese mededingingsregels toe te passen, de procedurele aspecten en de problemen bij gelijktijdige of opeenvolgende toepassing van het mededingingsrecht door de Commissie en de nationale rechter. Daarnaast behandelt de mededeling de uit de gemeenschapstrouw (10 EG) en Verordening 1/2003

341 Zie § 5.3.4.
342 Zie § 5.4.
343 Zie § 5.4.9.
344 Zie § 5.4.9.3.

voortvloeiende rechten en verplichtingen van de nationale rechter bij de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechter. Het gaat dan om het interveniëren door de Commissie als *amicus curiae*, de verplichting van de Commissie om de nationale rechter inlichtingen te verstrekken, het verzoek van de nationale rechter aan de Commissie om advies over vragen betreffende de toepassing van het Europees mededingingsrecht, het door de Commissie maken van schriftelijke en mondelinge opmerkingen voor de nationale rechter en de toezending van beslissingen en stukken van de nationale rechter aan de Commissie.

De nationale rechter dient de artikelen 81 EG en 82 EG ambtshalve toe te passen indien daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft geen beroep is gedaan, maar hoeft niet de hem passende lijdelijkheid te verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.[345] De artikelen 81 EG en 82 EG zijn (hoewel van dwingend recht) niet van openbare orde in de zin van ons nationale recht inzake ambtshalve aanvulling van gronden.[346]

Op het gebied van het concentratietoezicht lijkt de rol van de nationale rechter van minder belang te zijn. Desondanks is het niet uitgesloten dat de burgerlijke rechter in aanraking komt met de gevolgen van het concentratietoezicht.[347] De controle op concentraties vormt dan ook een beperking op de contractvrijheid van partijen. Zo kunnen de schending van het verbod op het tot stand brengen van een concentratie en de schending van aan de beschikking verbonden voorwaarden (structurele remedies) tot nietigheid leiden van de rechtshandelingen die ter uitvoering daarvan verricht zijn.

De rol van de nationale rechter zal door de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht aanzienlijk kunnen toenemen. Zijn taak was al niet gering, maar onder Verordening 1/2003 zal de nationale rechter een flinke reis door het voor hem vaak nog onbekende en onstuimige mededingingsland moeten maken. Alleen met een goede landkaart zal het voor de nationale rechter duidelijk zijn hoe de reis tot een goed einde te brengen. Met behulp van de verordeningen, bekendmakingen, mededelingen en richtsnoeren van de Commissie in de ene hand en de literatuur en jurisprudentie in de andere hand zal de nationale rechter een juiste koers moeten vinden.

345 Zie § 5.5.
346 Zie § 5.5.
347 Zie § 5.6.

6 De rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht nader onderzocht. Plaats en positie van de arbitrage brengen met zich mee dat de rol van de arbiter bij de toepassing en handhaving van het Europees recht, in het bijzonder het mededingingsrecht, een andere is dan die van de overheidsrechter. De toepassing van het Europees recht in het kader van arbitrage beperkt zich overwegend tot het Europees mededingingsrecht.[1]

Binnen de (internationale) arbitragewereld is de belangstelling voor de relatie tussen arbitrage en Europees recht reeds enige tijd gewekt.[2] Shelkoplyas heeft aan dit onderwerp zelfs een omvangrijke dissertatie gewijd.[3] Landolt heeft een omvangrijk boek geschreven over *'Modernised EC Competition Law in International Arbitration'*.[4] In het buitenland is in het verleden nogal eens een probleem gemaakt van de arbitrabiliteit van EU-rechtelijk gekleurde zaken.[5] De rechtspraak in landen zoals de Verenigde Staten, Frankrijk en Zwitserland toont echter een steeds grotere acceptatie van de arbitreerbaarheid van zaken die de openbare orde raken.[6] 'Deze ontwikkeling laat zich wellicht het beste aldus aanduiden dat arbitrage wel niet toelaatbaar moge zijn voor zaken van openbare orde, maar dat arbitrage wel toelaatbaar moet zijn voor zaken waar de openbare orde (recht van openbare orde) mee is gemoeid (…)', aldus Snijders.[7]

---

1 Derains 1997, p. 67 e.v. Staatssteunrecht kan in een arbitrageprocedure ook aan de orde komen.

2 Steyaert 1997, p. 9. In eigen land wijdt Snijders in zijn preadvies van 1995 voor de Vereniging Bouwrecht 18 pagina's aan het onderwerp arbiters en EU-recht. Zie Snijders 1995, p. 52-69.

3 Shelkoplyas 2003.

4 Landolt 2006.

5 Snijders 1995, p. 54. Geschillen inzake rechten waarover men niet vrij kan beschikken worden over het algemeen als niet-arbitreerbaar beschouwd. Tevens worden geschillen die de openbare orde raken over het algemeen als niet-arbitreerbaar beschouwd. Zie Hanotiau 1997, p. 36 e.v. Zie ook Hanotiau 1997, p. 61.

6 Hanotiau, 1997, p. 38-44 en p. 61; Snijders 1995, p. 54. Zie bijvoorbeeld het *U.S. Supreme Court* in de zaak *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S.Ct. 3346, 87 L.Ed. 2d 444 (1985). Zie ook de bespreking van genoemd arrest door Th.M. de Boer, *AA* 2003, p. 50-57.

7 Snijders 1995, p. 54.

Het Europees recht heeft lange tijd arbitrage gezien als middel om onrechtmatige kartels in stand te houden.[8] Dat ging zelfs zo ver dat groepsvrijstellingen werden ingetrokken indien de arbitrale uitspraak een geschil over een overeenkomst op een de Commissie onwelgevallige manier zou beslechten.[9] Tevens werd door de Commissie in enkele gevallen de voorwaarde gesteld dat elke arbitrage-uitspraak over de vrijgestelde overeenkomst ter verificatie aan de Commissie werd meegedeeld.[10] Partijen konden mededingingsbeperkingen handhaven door de naleving van hun afspraken aan arbitrage te onderwerpen.

Bij niet-contractuele zaken waarbij het mededingingsrecht is geschonden, ligt een keuze voor arbitrage minder snel voor de hand, nu de laedens moet instemmen met het aanbod tot arbitrage. De rechtsmacht van arbiters zal op grond van een arbitrageovereenkomst gevestigd moeten zijn. Dit zal in de praktijk minder vaak voorkomen. De gelaedeerde zal veelal direct naar de overheidsrechter stappen. Partijen kunnen er natuurlijk wel expliciet voor kiezen hun niet-contractuele geschil door arbiters te laten beslechten.

Bij contractuele zaken vervullen arbiters daarentegen een zeer belangrijke rol. Zeker bij internationale overeenkomsten is de arbitrage van groot belang. Samenwerkingsovereenkomsten, licentieovereenkomsten en distributieovereenkomsten bevatten vaak een arbitrageclausule. Deze overeenkomsten kunnen al snel, hoewel dat het doel van de verschillende bepalingen niet altijd hoeft te zijn, strijdig zijn met het Europees mededingingsrecht. Indien dan een geschil ontstaat, zal (zullen) de arbiter(s) moeten oordelen over de desbetreffende overeenkomst en over de eventuele mededingingsrechtelijke aspecten daarvan. Een voorbeeld kan dit illustreren. Partij A en partij B sluiten met elkaar een overeenkomst die tevens een arbitrageclausule bevat. B komt de verplichtingen voortvloeiende uit de overeenkomst niet na. Partij A vordert van B nakoming van de overeenkomst. B doet een beroep op de nietigheid van de overeenkomst wegens strijd met artikel 81 lid 1 EG. Een arbitrageprocedure volgt. Rust op arbiters de plicht om Europees recht toe te passen? Wat is de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht? Het zijn de vragen die in dit hoofdstuk aan bod komen.

8 Van Houtte 2000, p. 25.

9 Zie Van Houtte 2000, p. 25 en de daar genoemde voorbeelden in voetnoot 9.

10 Zie Van Houtte 2000, p. 25 en de daar vermelde voorbeelden in voetnoot 11. Tevens verleende de Commissie alleen vrijstelling op voorwaarde dat het scheidsgerecht niet uit de kring van een der partijen zou worden gekozen, maar waarbij elk der partijen een arbiter kon aanwijzen. Zie Van Houtte 2000, p. 25 en de daar vermelde voorbeelden in voetnoot 10.

6.2 Rust op arbiters de plicht om Europees recht toe te passen?

6.2.1 Inleiding

Van groot belang om de vraag te beantwoorden wat de rol van de arbiter is bij de toepassing van het mededingingsrecht, is de beantwoording van de vraag of arbiters het Europees recht, in het bijzonder het Europees mededingingsrecht, moeten toepassen indien partijen in de arbitrageprocedure een beroep doen op Europees recht. Daarnaast is van belang of arbiters het Europees recht, in het bijzonder het Europees mededingingsrecht, ambtshalve moeten toepassen, al dan niet buiten de rechtsstrijd van partijen. Om deze vragen te beantwoorden zijn de uitspraken van het HvJ EG in *Van Schijndel* en *Benetton (Eco Swiss)* van belang.[11] Daarnaast kan worden gedacht aan de later gewezen jurisprudentie in *Océano*,[12] *Cofidis*[13] en *Mostaza Claro*.[14] *Van Schijndel* heb ik reeds in § 5.5.4 besproken. De later gewezen arresten *Océano*, *Cofidis* en *Mostaza Claro* heb ik in § 5.5.6 besproken. Ik begin nu eerst met een bespreking van het *Benetton* arrest.

6.2.2 De zaak *Eco Swiss/Benetton*

In 1986 sluit Benetton International NV (gevestigd te Amsterdam) voor de productie en verkoop van uurwerken een licentieovereenkomst voor de duur van acht jaar met Eco Swiss China Time Ltd. (gevestigd te Hong Kong) en Bulova Corporation (gevestigd te New York). Eco Swiss en Bulova krijgen het recht om uurwerken te maken en te distribueren onder de merknaam 'Benetton by Bulova'. Een bepaald territorium wordt exclusief voorbehouden aan Eco Swiss. Bulova krijgt een ander gedeelte van de markt toegewezen. In 1991 wordt de licentieovereenkomt door Benetton opgezegd. Eco Swiss en Bulova starten vervolgens een arbitrageprocedure bij het Nederlands Arbitrage Instituut (onder nummer 1325), nu in de licentieovereenkomst arbitrage volgens het reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut (NAI) is overeengekomen.[15] Zij vorderen schadevergoeding van Benetton wegens de opzegging door Benetton van de tussen partijen gesloten licentieovereenkomst. Het scheidsgerecht veroordeelt bij gedeeltelijk eindvonnis, het 'Partial Final Award'

---

11 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur*. 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340.

12 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 *(Océano)*, *Jur*. 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730.

13 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00 *(Cofidis)*, *Jur*. 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. MRM.

14 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05 *(Mostaza Claro)*, *Jur*. 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. MRM.

15 NAI nr. 1325.

(PFA), Benetton tot vergoeding van schade.[16] Benetton heeft de overeenkomst niet rechtsgeldig opgezegd en dient de overeenkomst voor de volle duur na te komen en de geleden schade aan EcoSwiss en Bulova te vergoeden, aldus het scheidsgerecht.[17] In het arbitrale eindvonnis (het 'Final Arbitral Award', hierna: FAA-1325) veroordeelt het scheidsgerecht Benetton vervolgens tot betaling van een schadevergoeding aan Eco Swiss en Bulova van respectievelijk 24 miljoen dollar (US$ 23 750 000) en 4 miljoen dollar (US$ 3 800 000). Nadat het FAA-1325 was gewezen heeft Benetton (i) op grond van artikel 1068 Rv herroeping van de beide arbitrale vonnissen gevorderd; (ii) op grond van artikel 1065 Rv vernietiging van beide arbitrale vonnissen gevorderd; (iii) in beide procedures schorsing van de tenuitvoerlegging van het FAA-1325 verzocht (op de voet van artikel 1068 lid 2 resp. artikel 1066 lid 2 Rv). Het schorsingsverzoek in de rekest-civielprocedure heeft geleid tot HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 206. Het schorsingsverzoek in de vernietigingsprocedure heeft, na de beantwoording door het HvJ EG van prejudiciële vragen, geleid tot HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)*.[18] De vordering tot vernietiging op grond van artikel 1065 Rv is van belang voor de verhouding arbitrage en Europees recht. Op de andere procedure wordt hier verder niet ingegaan.[19]

In de vernietigingsprocedure wordt door Benetton aangevoerd dat genoemde arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub e Rv, omdat de licentieovereenkomst die door Benetton met Eco Swiss en Bulova was gesloten in strijd is met (toen nog) artikel 85 EG-Verdrag (inmiddels artikel 81 EG; in het navolgende wordt steeds aan artikel 81 EG gerefereerd). De overeenkomst beoogde namelijk een verdeling van de markt tot stand te brengen.

In het arbitraal geding was door partijen geen beroep gedaan op strijd met artikel 81 EG. Arbiters hebben in de arbitrageprocedure de vraag of de licentieovereenkomst in strijd is met artikel 81 EG niet ambtshalve betrokken in hun overwegingen. Naar Nederlands burgerlijk procesrecht brengt dit mee dat de vraag of de licentieovereenkomst in strijd is met artikel 81 EG niet voor het eerst in het kader van de vernietigingsprocedure aan de orde kon worden gesteld, aldus de Hoge Raad.[20] Voorts verwijst de Hoge Raad naar het arrest

16 NAI nr. 1325, 4 februari 1993.

17 Hoogervorst 2001, p. 93.

18 De genoemde uitspraken zijn tevens geannoteerd door Van Rossum, *JOR* 1997, 74; Drion 1997, p. 181-186; Meijer 1999, p. 61-65; De Ly, *TvA* 1999, p. 100-108; Mok 1999, p. 337-339; Shelkoplyas, *SEW* 2000, p. 344-349; Hoogervorst 2001, p. 93-98; Jongbloed 2000, p. 92-96; De Boer 2003, p. 50-57; Teuben 2005, p. 1352-1355; en Zippro 2005b, p. 1368-1372.

19 Zie hiervoor bijvoorbeeld Sanders 2001, p. 147-148 en p. 207. Zie ook G.J. Meijer, *TvA* 1999, p. 108-113 en *TvA* 2000, p. 131-136. In een tweede arbitrage vordert Benetton schadevergoeding van Eco Swiss en Bulova op de grond dat Eco Swiss en Bulova een aantal verplichtingen uit de licentieovereenkomst zou hebben geschonden (NAI, nr. 1616). Zie HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508 m.nt. HJS *(Benetton/Eco Swiss & Bulova)*.

20 Zie r.o. 4.5 van HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)*.

van het HvJ EG in de zaak *Van Schijndel*,[21] waarin is beslist dat het gemeenschapsrecht de rechter niet ertoe verplicht ambtshalve artikel 81 EG toe te passen wanneer hij daarvoor de hem naar nationaal procesrecht toekomende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij die toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Hoewel de Hoge Raad uit dit arrest afleidt dat het bepaalde in artikel 81 EG geen dwingend recht van een zo fundamenteel karakter oplevert dat strijd met deze bepaling een arbitraal vonnis vernietigbaar maakt wegens strijd met de openbare orde als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub e Rv, acht hij het aan redelijke twijfel onderhevig of de beslissing van het HvJ EG in de *Van Schijndel*-zaak ook geldt voor arbiters. De Hoge Raad stelt daarom een aantal prejudiciële vragen aan het HvJ EG.[22] Het HvJ EG geeft in zijn uitspraak van 1 juni 1999, *NJ* 2000, 339 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)* antwoord op een aantal door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen. De zaak werd op basis van dit antwoord beslist door HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)*.

Op de vraag van de Hoge Raad of een nationale rechter een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis moet toewijzen wanneer dat vonnis naar zijn oordeel inderdaad in strijd is met artikel 81 EG, ofschoon hij volgens de regels van zijn nationale procesrecht een dergelijke vordering enkel op een beperkt aantal gronden kan toewijzen, waaronder strijd met de openbare orde – hetgeen volgens het toepasselijke nationale recht in het algemeen niet reeds het geval is, indien door de inhoud of de uitvoering van het arbitrale vonnis een verbodsbepaling van het nationale mededingingsrecht buiten toepassing blijft –, overweegt het HvJ EG als volgt (r.o. 36-37):

> '(…) art. 81 EG [vormt] evenwel een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Het belang van deze bepaling heeft de opstellers van het Verdrag ertoe gebracht, in art. 81, lid 2, uitdrukkelijk te bepalen, dat de door dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten van rechtswege nietig zijn. Daaruit volgt, dat wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in art. 81, lid 1, EG neergelegde verbod.'[23]

---

21 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118.

22 Zie voor deze vragen r.o. 8.2 van het arrest.

23 Zie voor een toepassing van deze beslissing Hof Amsterdam 12 oktober 2000, *NJ kort* 2000, 92, *TvA* 2001, p. 184, m.nt. DA *(Sesam/Betoncentrale Twenthe c.s.)*.

6.2.3 Weigering van een exequatur wegens schending van een fundamentele bepaling als artikel 81 EG en de artikelen 1063 lid 1 en 1076 lid 1 sub b Rv

Het HvJ EG overweegt voorts (ongevraagd) dat artikel 81 EG gelet op zijn fundamentele karakter van openbare orde is in de zin van artikel V lid 2 sub b van het Executieverdrag van New York. Artikel V lid 2 sub b van het Executieverdrag van New York luidt:

> 'De erkenning en tenuitvoerlegging van een scheidsrechtelijke uitspraak kan eveneens worden geweigerd, indien de bevoegde autoriteit van het land waar de erkenning en tenuitvoerlegging wordt verzocht, constateert: (…) b. dat de erkenning of tenuitvoerlegging van de uitspraak in strijd zou zijn met de openbare orde van dat land.'

Het HvJ EG overweegt omtrent deze verdragsbepaling: 'Om de in punt 36 van dit arrest genoemde redenen is art. 81 immers te beschouwen als een bepaling van openbare orde in de zin van dat verdrag [*van New York*, *EJZ*].'[24] Dit heeft tot gevolg dat aan de arbitrale uitspraak een exequatur in de zin van het Executieverdrag van New York kan worden onthouden indien de uitspraak strijdig is met artikel 81 EG.

Snijders is in zijn noot onder het arrest van het HvJ EG van mening dat de artikelen 1063 lid 1 en 1076 lid 1 sub b Rv niet anders kunnen worden uitgelegd, dan dat deze eveneens voorzien in weigering van een exequatur wegens schending van een fundamentele bepaling als artikel 81 EG. Deze artikelen stellen de voorzieningenrechter van de rechtbank, los van artikel V van het Executieverdrag van New York, in staat een exequatur voor een arbitraal vonnis te weigeren wegens strijd met de openbare orde. Artikel 1063 lid 1 Rv luidt:

> 'De voorzieningenrechter van de rechtbank kan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (…).'

Artikel 1076 Rv luidt:

> 'Is geen erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag van toepassing of laat een toepasselijk verdrag toe, zich te beroepen op de wet van het land waar de erkenning of tenuitvoerlegging wordt verzocht, dan kan een in een vreemde staat gewezen arbitraal vonnis in Nederland worden erkend en kan daarvan in Nederland de tenuitvoerlegging worden verzocht, tegen overlegging van het origineel of een gewaarmerkt afschrift, van de overeenkomst tot arbitrage en van het arbitraal vonnis, tenzij:

24 R.o. 39.

(…)
b. de rechter oordeelt dat de erkenning of tenuitvoerlegging strijdig is met de openbare orde.'

Dat de artikelen 1063 lid 1 en 1076 lid 1 sub b Rv niet anders kunnen worden uitgelegd dan dat deze eveneens voorzien in weigering van een exequatur wegens schending van een fundamentele bepaling als artikel 81 EG, blijkt nog duidelijker uit het feit dat het begrip openbare orde in artikel V van het Verdrag van New York refereert aan de internationale openbare orde. Een enger begrip dan de nationale openbare orde.[25] Indien artikel 81 EG gelet op zijn fundamentele karakter van openbare orde is in de zin van artikel V lid 2 sub b van het Executieverdrag van New York (enger openbare orde begrip), dan is artikel 81 EG zeker van openbare orde in de zin van de artikelen 1063 lid 1 en 1076 lid 1 sub b Rv (ruimer openbare orde begrip).

6.2.4 Hebben arbiters de plicht om het Europees mededingingsrecht ambtshalve toe tepassen?

Op de vraag van de Hoge Raad of arbiters ambtshalve artikel 81 EG moeten toepassen in het geval dat daar in de arbitrageprocedure geen beroep op is gedaan geeft het HvJ EG geen antwoord. Snijders is van mening dat het antwoord op deze vraag bevestigend moet luiden.[26] 'Het mag immers niet zo zijn, dat arbiters een vonnis wijzen dat zonder meer vernietigd dient te worden wegens strijd met EU-recht', aldus Snijders in zijn noot onder *NJ* 2000, 340 (onder 2 (k)).[27] Argumenten zijn de proceseconomie en, een sterker argument, het feit dat arbiters de instructie van de wetgever hebben om een vonnis te wijzen dat niet vernietigbaar is. Ex artikel 1065 Rv lid 1 sub e Rv kan vernietiging van het arbitraal vonnis plaatsvinden op grond van het feit dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of de goede zeden. Daarbij moet bedacht worden dat de vernietigingsgronden van artikel 1065 Rv bindende aanwijzingen vormen voor arbiters. Nu de Nederlandse rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, moet hij dat ook doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het Europees mededingingsrecht.[28]

---

25 Zie *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3, p. 36 (MvT). Zie voorts Snijders 2007c, art. 1075, aant. 1 en art. 1076, aant. 8.

26 Zie in dezelfde zin ook Meijer 1999, p. 61-65; Sanders 2001, p. 149.

27 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur*. 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340.

28 Zie § 6.2.2 en HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur*. 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340, r.o. 37.

6.2.5 Europees mededingingsrecht wordt niet toegepast wegens een fatale termijnoverschrijding volgens nationaal procesrecht

Benetton behaalt uiteindelijk toch geen bevredigend resultaat. De vordering tot vernietiging van het eerste arbitraal vonnis (het PFA-1325) is namelijk niet tijdig ingesteld. Het betreft in casu deels een eindvonnis nu in het dictum een einde is gemaakt aan enig gedeelte van het gevorderde. Voor het instellen van een rechtsmiddel geldt een termijn van drie maanden (zie artikel 1064 lid 3 Rv). Die termijn begon reeds te lopen bij de nederlegging ter griffie van het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis (het PFA-1325) en niet, zoals door Benetton bepleit, bij het uiteindelijk arbitraal eindvonnis (het FAA-1325). Het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis heeft daarom, inclusief de daarin opgenomen eindbeslissingen, ex artikel 1059 Rv gezag van gewijsde gekregen. Valt aan de termijnoverschrijding nog iets te doen? Benetton voert aan dat bij strijd met artikel 81 EG tevens buiten toepassing moet blijven de regel dat een arbitraal tussenvonnis met het karakter van een eindvonnis waartegen niet tijdig een vordering tot vernietiging wordt ingesteld, gezag van gewijsde krijgt.

Volgens het HvJ EG (r.o. 47)

> '(…) dwingt het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet dergelijke regels buiten toepassing te laten, ook niet indien dit nodig is om in de procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis te laten onderzoeken, of een overeenkomst die in het arbitrale tussenvonnis rechtsgeldig is verklaard, wellicht toch nietig is wegens strijd met art. 81 EG.'

Van een overwinning voor Benetton kan dan ook niet gesproken worden. Deze uitkomst wordt door A-G Bakels in zijn conclusie bij HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 *(Eco Swiss/Benetton)* onderschreven, onder verwijzing naar de literatuur. In de literatuur wordt met name aangevoerd

> '(…) dat als het een partij vrij zou staan in een geding dat op een eerdere uitspraak voortbouwt, alsnog verweren aan te voeren die haar ook in de eerste procedure ter beschikking stonden, maar toen achterwege zijn gebleven, (a) de omvang van het gezag van gewijsde aanmerkelijk zou worden beperkt ten opzichte van hetgeen algemeen wordt aangenomen, (b) in ernstige mate afbreuk zou worden gedaan aan het beginsel van concentratie van verweer en (c) een dergelijke regel de mogelijkheid tot chicanes zou bieden'[29]

Dit zijn steekhoudende argumenten om in *Eco Swiss/Benetton* uiteindelijk tot de beslissing te komen dat het gedeeltelijk arbitraal eindvonnis, inclusief de

29 A-G Bakels in § 3.9 van zijn conclusie bij HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 *(Eco Swiss/Benetton)*.

daarin opgenomen eindbeslissingen, ex artikel 1059 Rv gezag van gewijsde heeft gekregen.[30]

6.3 BETEKENIS VOOR DE ARBITRAGE VAN DE LIJDELIJKHEIDSLEER VAN *VAN SCHIJNDEL*

6.3.1 Inleiding

Wat is de betekenis voor de arbitrage van de lijdelijkheidsleer van *Van Schijndel*? Deze vraag stelt Snijders in zijn noot onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340. Het is dan ook een vraag die de kern van het *Benetton* arrest raakt. Deze vraag is van belang voor het bepalen van de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Voor de feiten in de zaak *Van Schijndel* en *Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* verwijs ik naar § 5.5.4.[31]

6.3.2 Geldt de 'Schijndeliaanse leer' ook voor de arbitrage?

Volgens het eerdergenoemde *Van Schijndel*-arrest is fundamenteel EU-recht zoals artikel 81 EG in het algemeen niet van openbare orde in de zin dat naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard zou mogen worden verhinderd.[32] De hamvraag is nu of deze 'Schijndeliaanse leer' ook geldt voor de arbitrage. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet de vordering van Benetton tot vernietiging van het arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde worden afgewezen. Artikel 81 EG is dan immers niet van openbare orde.[33] Zoals hierboven al is gebleken bij de bespreking van het *Eco Swiss/Benetton*-arrest, luidt het antwoord op deze vraag ontkennend.

Snijders vat het *Eco Swiss/Benetton*-arrest van het HvJ EG in zijn noot in drie pennenstreken bondig samen:[34]

---

30 Zie over het gezag van gewijsde en de onderhavige problematiek onder meer Beukers 1994, p. 91; Gras 1994, p. 279 e.v.

31 HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94 *(Van Schijndel)*. Zie ook de noot van W.H.D. Asser, *TvA* 2001, p. 181-185.

32 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118.

33 Zie ook Snijders in zijn annotatie onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 3e.

34 HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 1d.

'- Een scheidsgerecht kan men niet geheel gelijk stellen met een nationale rechterlijke instantie; zo mag een scheidsgerecht geen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie stellen.
- Vernietiging van een arbitraal vonnis wegens schending van een gemeenschapsbepaling als art. 81 moet mogelijk zijn op dezelfde voet als vernietiging wegens schending van de openbare orde. De Hoge Raad trekt als consequentie in zijn vervolgbeschikking dan ook dat art. 81 EG van openbare orde is in de zin van art. 1065 Rv.
- Een exequatur aan een arbitraal vonnis moet wegens schending van een gemeenschapsbepaling als art. 81 op dezelfde voet onthouden kunnen worden.'

6.3.3 Ambtshalve toepassing van Europees mededingingsrecht buiten de rechtsstrijd van partijen om?

De vraag die beantwoord moet worden is de vraag of de verplichting voor arbiters tot ambtshalve toepassing van artikel 81 EG nu ook geldt buiten de rechtsstrijd van partijen om. A vordert van B nakoming van de tussen A en B bestaande overeenkomst. De overeenkomst is in strijd met artikel 81 EG maar B doet geen beroep op deze bepaling. Zijn de arbiters nu verplicht de vordering van A af te wijzen op de niet door A aangevoerde grond dat de overeenkomst nietig is wegens een verboden kartelafspraak ex artikel 81 EG? Met het arrest *Van Schijndel* in de hand zou het antwoord waarschijnlijk ontkennend moeten luiden.[35] Met het arrest *Eco Swiss/Benetton* in de hand moet het uiteindelijke antwoord toch bevestigend luiden. Het gaat dan om een indirecte verplichting tot ambtshalve toepassing. Indirect omdat, zoals hierboven onder § 6.2.4 al besproken, arbiters geen vonnis mogen wijzen dat zonder meer vernietigd dient te worden wegens strijd met het Europees (mededingings)recht. Ook artikel 35 van de *ICC Rules of Arbitration* luidt: *'The Arbitral Tribunal shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law'*. Bij de toepassing van het Europees recht blijkt dus een opvallend verschil te bestaan tussen de taak die de overheidsrechter heeft en de taak die de arbiter heeft.

De consequentie van het *Eco Swiss/Benetton* arrest lijkt te zijn dat 'een scheidsgerecht ter toepassing van een fundamentele gemeenschapsbepaling als artikel 81 EG buiten de rechtsstrijd van partijen mag en moet treden en zich mag en moet baseren op andere in de arbitrage gebleken feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd', aldus in terechte zin Snijders.[36] Dit verschil gaat uiteraard niet zover dat een scheidsgerecht op eigen initiatief een onderzoek naar de feiten behoeft in te stellen. Slechts ten processe gebleken

35 Zie ook A-G Saggio in zijn conclusie, sub 20 e.v.
36 Snijders in zijn noot onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 1d.

feiten mag en moet de arbiter aan zijn beslissing ten grondslag leggen. Voor zover het gaat om recht van openbare orde behoeven die feiten alleen niet door de belanghebbende partij aan haar stellingen of weren ten grondslag gelegd te worden.

Vanuit het gezichtspunt van de partij-autonomie, welke juist bij de arbitrage een belangrijke rol speelt, is het opmerkelijk dat hier wordt afgeweken van de overheidsrechtspraak. A-G Vranken schrijft in zijn conclusie bij HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 *(Eco Swiss/Benetton)*:

> '26. (…) ik meen dat met de arresten van het Hof van Justitie EG inzake Van Schijndel en Van Veen en inzake Peterbroeck, het pleit in de onderhavige zaak ten nadele van Benetton is beslecht. De schorsingsrechter kan redelijkerwijs niet verwachten dat in de vernietigingsprocedure wordt geoordeeld dat de arbiters ten onrechte niet ambtshalve hebben getoetst aan art. 85 EG-Verdrag en dat daardoor hun vonnissen, althans het FAA vernietigd zullen (zal) worden op grond van art. 1065 lid 1 sub e Rv.
> 27. Er zijn in het onderhavige geval geen bijzonderheden die tot een ander oordeel aanleiding geven. De stelling van Benetton dat de rechtsgevolgen van art. 85 EG-Verdrag niet ter vrije beschikking staan van partijen, glijdt langs de kern van het probleem heen. *De kern is*, zoals A-G Koopmans schreef in zijn conclusie voor HR 1 november 1996, RvdW 1996, 211 sub nr. 8, *of het dwingendrechtelijke karakter van de mededingingsregels van het EG-recht de in het civiele procesrecht geëerbiedigde partij-autonomie doorbreekt* [tekst gecursiveerd, EJZ]. Het antwoord daarop luidt ontkennend. Ook het beroep van Benetton op het Peterbroeck-arrest van het Hof van Justitie baat niet: Benetton heeft in de arbitrageprocedure(s) ampel tijd en gelegenheid gehad art. 85 EG-Verdrag in stelling te brengen. Dat zij dat niet gedaan heeft, komt voor haar rekening. Evenmin is de omstandigheid dat het in casu een arbitrale procedure betreft, een bijzonderheid die de schorsingsrechter tot een ander oordeel had moeten brengen. De eisen die het Hof van Justitie EG in zijn arresten over de verhouding van gemeenschapsrecht en nationaal procesrecht stelt aan de overheidsrechter, zijn geen andere dan die welke aan arbiters gesteld kunnen worden, zeker niet wanneer ze, zoals in het onderhavige geval, moeten oordelen op basis van het Nederlandse (proces)recht.'[37]

De partij-autonomie is dan wel een argument om tegen een afwijkende behandeling van de arbitrage ten opzichte van de overheidsrechtspraak te zijn, er zijn ook argumenten te noemen die duidelijk voor de door het HvJ EG gekozen weg pleiten. De geldende beperking tot de rechtsstrijd (artikel 24 Rv) en de geldende beperking tot de opdracht van partijen (artikel 1065 lid 1, aanhef en sub c) kunnen de door het HvJ EG te maken afweging tussen enerzijds het effectiviteitsbeginsel en anderzijds de garantie tegen (te) vergaande en onrede-

37 Opvallend is dat Vranken c.s. in het Interimrapport Fundamentele herbezinning geen grote rol meer voor de in het burgerlijke procesrecht geëerbiedigde partijautonomie zien weggelegd. Op deze visie van de herbezinners is de nodige kritiek verschenen. Zie bijvoorbeeld Snijders 2004, p. 9-24. Zie ook Ingelse 2004, p. 43-67.

lijke inbreuken op de processuele autonomie van de lidstaten laten doorslaan naar de eis van effectiviteit.[38] Temeer daar, zoals ik hierna behandel, arbiters geen prejudiciële vragen kunnen stellen. Als gevolg van deze beperking van supranationaal procesrecht is het EU-recht in de hoek gedreven.[39] Snijders formuleert het in zijn noot als volgt:

> 'Gegeven deze beperking van supranationaal procesrecht komt het EU-recht bij arbitrages nog meer in de knel dan bij de overheidsrechtspraak: arbiters kunnen en moeten erom heen als de rechtsstrijd van partijen er geen betrekking op heeft en al heeft de rechtsstrijd van partijen er wel betrekking op dan kunnen arbiters zich nog niet verzekeren van de juiste toepassing van het EU-recht door het vragen van een prejudiciële beslissing. Als zij dan de plank mis zouden slaan, dan zou de overheidsrechter dit niet kunnen corrigeren afgezien van het sporadische geval dat EU-recht van openbare orde van toepassing zou zijn. De overheidsrechter zou dan ook niet aan het vragen van een prejudiciële beslissing ten aanzien van rechtsvragen in desbetreffende arbitrage toekomen. Te bedenken valt voorts dat arbitrages in de regel niet in het openbaar behandeld worden, zodat minder gemakkelijk inzicht kan worden verkregen vanuit Brussel in de mate van naleving van Europeesrechtelijke regels.'[40]

Het blijft op het eerste gezicht een vreemde situatie dat de overheidsrechter zich niet buiten de rechtsstrijd van partijen moet begeven (*Van Schijndel*), terwijl de arbiter dat wel moet. Bij het nader doordenken van de consequenties van de aanname dat de arbiter zich niet buiten de rechtsstrijd van partijen zou mogen en moeten begeven, wordt de situatie minder vreemd. Indien het HvJ EG tot een andere uitspraak zou zijn gekomen, was het mogelijk geweest om bij een arbitrageovereenkomst met instemming van de partijen elke rechterlijke toetsing aan het Europees (mededingings)recht te omzeilen.[41] Arbiters zouden zonder het *Eco Swiss/Benetton*-arrest op grond van *Van Schijndel* het EU-recht kunnen schenden, terwijl de overheidsrechter als decentrale gemeenschapsrechter hier op initiatief van partijen niets tegen zou kunnen verrichten.[42]

6.3.4 Nederlands mededingingsrecht van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv?

Uit het arrest *Eco Swiss/Benetton* kan worden afgeleid dat artikel 81 EG van openbare orde is in de zin van artikel 1065 Rv. Het HvJ EG formuleert het

38 Zie in deze zin Snijders in zijn noot onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 3f.
39 Arbiters kunnen zich wel laten bijstaan door experts. Uiteraard kunnen de partijen zich beroepen op de art. 81 EG en 82 EG.
40 Snijders in zijn noot onder HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 3f.
41 In dezelfde zin Snijders, sub 2g.
42 Zie Snijders 2007a, p. 84.

voorzichtiger door te zeggen dat met artikel 81 EG op dezelfde wijze dient te worden omgegaan als met een bepaling van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv. Het HvJ EG overweegt (r.o. 36-37):

> '(…) art. 81 EG [vormt] evenwel een fundamentele bepaling die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Het belang van deze bepaling heeft de opstellers van het Verdrag ertoe gebracht, in art. 81, lid 2, uitdrukkelijk te bepalen, dat de door dit artikel verboden overeenkomsten of besluiten van rechtswege nietig zijn. Daaruit volgt, dat wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, hij dat ook moet doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het in art. 81, lid 1, EG neergelegde verbod.'[43]

Dat met artikel 81 EG op dezelfde wijze dient te worden omgegaan als met een bepaling van openbare orde wordt door het HvJ EG onderbouwd door te wijzen op het feit dat artikel 81 EG een fundamentele bepaling is die onontbeerlijk is voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt. Hoewel het kartelverbod zoals neergelegd in artikel 6 Mw bijna hetzelfde luidt als het kartelverbod in artikel 81 EG, vervult artikel 6 Mw niet een dergelijke functie.[44] Op grond van de uitspraak van het HvJ EG in *Eco Swiss/Benetton* kan dan ook niet worden geconcludeerd dat artikel 6 Mw een bepaling van openbare orde is in de zin van artikel 1065 Rv.[45] De Hoge Raad heeft in *Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie* geoordeeld dat artikel 6 Mw geen recht van openbare orde bevat dat de rechter, ook als hij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou treden, ambtshalve moet toepassen.[46]

6.3.5 Bindend advies

In dit hoofdstuk staat de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht centraal, desondanks besteed ik in deze paragraaf kort enige aandacht aan het bindend advies. Deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting ligt voor wat betreft de lijdelijkheidsleer van *Van Schijdel* namelijk in het verlengde van arbitrage.

Een bindend advies is een vaststelling in de zin van artikel 7:902 BW. Een dergelijke vaststelling ter beëindiging van onzekerheid of geschil op vermo-

---

43 Zie voor een toepassing van deze beslissing Hof Amsterdam 12 oktober 2000, *NJ kort* 2000, 92, *TvA* 2001, p. 184 m.nt. DA *(Sesam/Betoncentrale Twenthe c.s.)*.

44 Vgl. Hof Arnhem 1 augustus 2000, rolnr. 99/339, *NBrM* 2000, p. 178 *(Goos/Hanos)*.

45 Zie ook Mok 2003, p. 311; Mok 2004, p. 57-58.

46 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 *(Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie)*.

gensrechtelijk gebied is ook geldig als zij in strijd mocht komen met dwingend recht, tenzij zij tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.[47] Een vaststelling is ook reeds in strijd met de goede zeden of de openbare orde als welbewust wordt gehandeld in strijd met dwingend recht dat op zichzelf niet van openbare orde is.[48] Met het *Eco Swiss/Benetton*-arrest in de hand lijkt het zeer waarschijnlijk dat het HvJ EG tot het oordeel zal komen dat de overheidsrechter bindende adviezen, evenals arbitrale vonnissen, op de toepassing van Europees (mededingings)recht moet kunnen controleren. De controlefunctie zou ontbreken indien de artikelen 81 EG en 82 EG niet worden behandeld als recht van openbare orde in de zin van artikel 7:902 BW.[49]

Indien de artikelen 81 en 82 EG niet worden behandeld als recht van openbare orde in de zin van artikel 7:902 BW, zal het met het kartelverbod strijdige bindend advies alleen nog niet toepasselijk of vernietigbaar kunnen worden geacht op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW jo 7:904 BW.[50] Bij schending van het mededingingsrecht zal de zojuist genoemde beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet per definitie meebrengen dat het bindend advies niet toepasselijk of vernietigbaar zou zijn. Het HvJ EG zal de artikelen 81 en 82 EG dan ook zeer waarschijnlijk behandelen als recht van openbare orde in de zin van artikel 7:902 BW.[51]

6.3.6 Conclusie

Volgens het *Van Schijndel*-arrest is fundamenteel EU-recht zoals artikel 81 EG in het algemeen niet van openbare orde in de zin dat naleving ervan niet door

47 Art. 7:902 BW ziet alleen op de vaststelling en niet mede op de vraag of de vaststellingsovereenkomst waarop zij berust in strijd is met dwingend recht of de openbare orde en goede zeden. De vaststellingsovereenkomst en de beslissing kunnen samenvallen indien de beslissing door partijen gezamenlijk wordt genomen. Dit zal bij het bindend advies niet het geval zijn. De vaststelling komt bij het bindend advies namelijk tot stand krachtens een aan een derde opgedragen beslissing. Wel kan bijvoorbeeld worden gedacht aan mededingingsbeperkende afspraken die door partijen in een vaststellingsovereenkomst zijn neergelegd. Een dergelijke overeenkomst is van rechtswege nietig wegens strijd met het kartelverbod.

48 HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570 m.nt. CJHB *(Fysiotherapeutisch Istituut Schmitz/Caspers)*. Een overeenkomst die de strekking heeft om in strijd met dwingendrechtelijke bepalingen te handelen die op zichzelf niet van openbare orde zijn, is volgens de Hoge Raad niet alleen in strijd met dit dwingende recht zelf, doch ook met de openbare orde en derhalve nietig.

49 Vgl. Snijders 2007a, p. 86.

50 Snijders 2007a, p. 86.

51 Vgl. Hof Amsterdam 20 mei 1999, *TvA* 2001, p. 181-184 *(Van der Pols/OPG)*.

beperkingen van procesrechtelijke aard zou mogen worden verhinderd.[52] Hoe is de leer-*Van Schijndel* te combineren met de *Eco Swiss/Benetton*-uitspraak?

In *Eco Swiss/Benetton* blijkt dat artikel 81 EG van openbare orde is in de zin van artikel 1065 Rv. Het HvJ EG formuleert het voorzichtiger door te zeggen dat met artikel 81 EG op dezelfde wijze dient te worden omgegaan als met een bepaling van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv. Betekent dit tevens dat artikel 81 EG van openbare orde is in de zin van andere nationaalrechtelijke procesrechtelijke bepalingen zoals artikel 25 Rv (voorheen 48 Rv), waarin is neergelegd dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult? Mijns inziens niet. Het HvJ EG heeft in het *Benetton*-arrest geen afstand genomen van de leer-*Van Schijndel* (zie ook § 5.5).[53] Artikel 81 EG is dan wel van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv, hetzelfde artikel 81 EG is niet van openbare orde in de zin van bijvoorbeeld artikel 25 Rv.

Het is niet meer mogelijk om zonder enig voorbehoud te zeggen dat een bepaalde regel (bijvoorbeeld de artikelen 81 of 82 EG) van openbare orde is. Een bepaalde regel is van openbare orde *in de zin van* een andere regel. Toegepast op het Europees recht: de openbare orde eist in de context van de lijdelijkheid van de overheidsrechter niet dat de nationale rechter artikel 81 EG toepast buiten de rechtsstrijd van partijen. De openbare orde eist echter wel dat arbitrale vonnissen in een vernietigings- of exequaturprocedure worden getoetst aan hetzelfde artikel 81 EG en dat arbiters het EU-recht (zo nodig) wel toepassen buiten de rechtsstrijd van partijen.[54]

6.4 Het stellen van prejudiciële vragen

6.4.1 Inleiding

Een belangrijk verschil vormt het feit dat arbiters, in tegenstelling tot de overheidsrechter, geen prejudiciële vragen kunnen stellen aan het HvJ EG ex artikel 234 EG. In de zaak *Nordsee v. Nordstern* heeft het HvJ EG beslist dat

52 HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder *NJ* 1997, 118.

53 Zie in deze zin ook Snijders in zijn noot onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 *(Eco Swiss/Benetton)*, sub 2c. In andere zin Mok 1999, p. 339. Mok is de mening toegedaan dat de appelrechter de verenigbaarheid van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg met art. 81 EG buiten de grieven om mag en moet onderzoeken.

54 Vgl. de uitspraak van het *U.S. Supreme Court* in de zaak *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* In deze uitspraak gaat het om een zelfde soort toetsing aan het Amerikaanse mededingingsrecht. Zie *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S.Ct. 3346, 87 L.Ed. 2d 444 (1985).

arbiters niet vallen onder het begrip 'rechterlijke instanties' zoals bedoeld in artikel 234 EG.[55] Het HvJ EG overweegt als volgt (r.o. 10):

> 'Het is juist dat het fungeren van het onderhavige scheidsgerecht, zoals de arbiter in zijn vraag heeft aangegeven, in zoverre een zekere gelijkenis vertoont met de rechterlijke werkzaamheid, dat de arbitrageprocedure wettelijk is geregeld, de arbiter naar de regelen des rechts heeft te beslissen, en zijn beslissing tussen partijen de werking van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis heeft en een voor tenuitvoerlegging vatbare titel kan opleveren wanneer zij uitvoerbaar wordt verklaard. Deze kenmerken volstaan echter niet om de arbiter de status van "rechterlijke instantie van een der Lid-Staten" in de zin van art. 177 EEG-Verdrag [thans artikel 234 EG, EJZ] te verlenen.'

Het HvJ EG neemt dan ook geen prejudiciële vragen van 'normale' scheidsgerechten in behandeling.[56]

6.4.2 Rechterlijke instantie als bedoeld in artikel 234 EG

In de zaak *Gemeente Almelo/IJsselmij* heeft het HvJ EG de criteria samengevat waaraan moet zijn voldaan om als scheidsgerecht te vallen onder het begrip 'een rechterlijke instantie van een der lidstaten' als bedoeld in artikel 234 EG.[57] Deze zes criteria zijn achtereenvolgens:

1 Wettelijke oorsprong (de overheid moet intensieve bemoeienis hebben gehad bij de keuze van de arbitrale rechtsgang, de benoeming van arbiters en het verloop van de procedure);[58]
2 Permanent karakter;
3 Bindende rechtsmacht;
4 Uitspraak na een procedure op tegenspraak;
5 Toepassing van de regelen des rechts;
6 Onafhankelijkheid.

De eerste vijf criteria zijn door het HvJ EG in de zaak *Vaassen-Goebbels/Bestuur BFM* vastgesteld.[59] In de latere rechtspraak is het criterium van onafhankelijkheid nog aan de opsomming toegevoegd, aldus het HvJ EG in de zaak *Gemeente*

---

55 HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-102/81 *(Nordsee/Nordstern)*, *Jur.* 1982, p. 1095, *NJ* 1983, 149, *TvA* 1982, p. 151 e.v., m.nt. P. Sanders.

56 Zie ook Snijders 2007c, art. 1044, aant. 2 en zijn verwijzing naar HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-102/81 *(Nordsee/Nordstern)*, *Jur.* 1982, p. 1095, *NJ* 1983, 149, *TvA* 1982, p. 151 e.v., m.nt. P. Sanders; HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207, m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)*, *TCR* 1997, p. 67, m.nt. G.J. Meijer, *JOR* 1997, 74, m.nt. A.A. van Rossum, Drion 1997, p. 181-186; Zippro 2005b, p. 1368-1372. Zie ook Sanders 2001, p. 102-104.

57 HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92 *(Gemeente Almelo/IJsselmij)*, *Jur.* 1994, p. I-1477.

58 Snijders 1995, p. 55.

59 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 61/65 (*Vaassen-Goebbels/Bestuur BFM)*, *Jur.* 1966, p. 258.

Almelo/IJsselmij. In de zojuist genoemde zaak *Nordsee/Nordstern* werd niet aan de bovenstaande criteria voldaan.[60] Partijen waren niet verplicht hun geschillen aan arbiters voor te leggen en de Duitse overheid kon niet ambtshalve ingrijpen in het verloop van de arbitrale procedure. Een 'gewoon' scheidsgerecht mag dan ook geen prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EG.[61]

Sanders heeft voorgesteld een nieuw artikel 1044a te introduceren. Het voorgestelde artikel 1044a VO Arbitragerecht 2005 luidt als volgt:

> '1. Indien zich tijdens een arbitraal geding een vraag voordoet ten aanzien waarvan een Nederlands rechter overeenkomstig of krachtens verdrag een andere rechter kan verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen, kan het scheidsgerecht, op verzoek van een partij, die partij toestaan om zich, binnen een door het scheidsgerecht te bepalen termijn, te wenden tot de rechtbank te 's-Gravenhage met het verzoek deze vraag aan voornoemde rechter voor te leggen. Het scheidsgerecht kan zich ook uit eigen beweging met een dergelijk verzoek tot de rechtbank te 's-Gravenhage wenden.
> 2. De rechtbank beslist op het verzoek als ware de vraag in een voor haar rechtstreeks aanhangig gemaakt geding gerezen. In geval van toewijzing van het verzoek wendt de rechtbank zich ten spoedigste tot de in het eerste lid bedoelde rechter overeenkomstig de terzake geldende regels. In alle gevallen zendt de rechtbank aan de partijen en het scheidsgerecht een afschrift van haar beslissing alsmede van de prejudiciële beslissing toe.
> 3. Het scheidsgerecht beslist met inachtneming van de prejudiciële beslissing.
> 4. Het scheidsgerecht kan het geding schorsen tot de dag dat het scheidsgerecht de prejudiciële beslissing heeft ontvangen.
> 5. Tegen de beslissing van de rechtbank als bedoeld in het tweede lid staat geen voorziening open.'

Op grond van dit artikel zou het scheidsgerecht de mogelijkheid hebben om prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen door tussenkomst van de Nederlandse overheidsrechter. Deze constructie zou er voor zorgen dat gemeenschapsrechtelijke vragen (die niet vallen onder de categorie *acte clair* of *acte éclairé*) niet hoeven te wachten tot de tenuitvoerlegging of de vernietiging van het arbitrale vonnis.[62] Het scheidsgerecht zal een discretionaire bevoegdheid hebben een partij al dan niet toe te staan een prejudiciële beslissing via de rechter te vragen.[63] Het scheidsgerecht heeft ook de bevoegdheid om zelf, zonder verzoek van een van de partijen, een vraag van gemeenschapsrecht

60 HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-102/81 *(Nordsee/Nordstern)*, *Jur.* 1982, p. 1095, *NJ* 1983, 149, *TvA* 1982, p. 151 e.v., m.nt. P. Sanders.

61 Ook het Benelux-gerechtshof geeft geen prejudiciële beslissingen op verzoek van 'normale' scheidsgerechten.

62 Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet, *TvA* 2005, 37, p. 150-151.

63 Toelichting op voorstel tot wijziging van de Arbitragewet, *TvA* 2005, 37, p. 151.

voor te leggen aan het HvJ EG via tussenkomst van de rechtbank.[64] Het HvJ EG heeft in het *Nordsee*-arrest duidelijk gemaakt dat voor het scheidsgerecht een dergelijke mogelijkheid bestaat. Het HvJ EG overweegt (r.o. 14-15):

> 'Gelijk het Hof in zijn arrest van 6 oktober 1981 (Broekmeulen, 246/80, Jurispr. 1981, blz. 2311) overwoog, moet het gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle lid-staten volledig worden nageleefd: het staat pp. bij een overeenkomst dus niet vrij daarvan af te wijken. Vanuit dit gezichtspunt zij erop gewezen dat, wanneer in een op partijafspraak berustende arbitrage vragen van gemeenschapsrecht rijzen, deze vragen eventueel door de gewone rechter kunnen worden onderzocht, hetzij in het kader van de assistentie die hij de scheidsgerechten verleent, in het bijzonder door deze bij bepaalde proceshandelingen te ondersteunen of door het geldende recht uit te leggen, hetzij in het kader van de – al naar de omstandigheid van het geval meer of minder uitgebreide – toetsing van het arbitrale vonnis, waartoe de gewone rechter geroepen is in geval van hoger beroep, verzet, uitvoerbaarverklaring of van enig ander rechtsmiddel dat volgens het toepasselijke nationale recht openstaat.
> Het staat aan deze nationale rechter, na te gaan of hij krachtens art. 177 het Hof moet verzoeken om uitlegging van of een oordeel over de geldigheid van bepalingen van gemeenschapsrecht, die hij eventueel bij het verrichten van die ondersteunende en toetsende taken moet toepassen.'[65]

Het is nog maar de vraag of het HvJ EG de constructie, zoals is vormgegeven in artikel 1044a VO Arbitragerecht 2005, zal accepteren.[66]

In ons eigen land neemt de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven nog een aparte positie in. Een 'bijzonder scheidsgerecht' kan soms wel prejudiciële vragen stellen.[67] Dit werd door het HvJ EG aanvaard in de zaak *Vaassen-Goebbels/Bestuur BFM*.[68] Het HvJ EG heeft in deze zaak een aantal feitelijke omstandigheden genoemd naar aanleiding waarvan het betreffende scheidsgerecht werd gekwalificeerd als rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. De vraag is nu of de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven zo'n 'bijzonder scheidsgerecht' vormt en prejudiciële vragen kan stellen aan het HvJ EG.

Van der Meent lijkt deze vraag bevestigend te beantwoorden.[69] Ook Snijders heeft in zijn preadvies enige hoop op beantwoording van een prejudi-

64 Zie HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-102/81 *(Nordsee/Nordstern)*, *Jur.* 1982, p. 1095, *NJ* 1983, 149, *TvA* 1982, p. 151 e.v., m.nt. P. Sanders, r.o. 14.

65 HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-102/81 *(Nordsee/Nordstern)*, *Jur.* 1982, p. 1095, *NJ* 1983, 149, *TvA* 1982, p. 151 e.v., m.nt. P. Sanders.

66 Vgl. Shelkoplyas 2003.

67 Sanders 2001, p. 102-103.

68 HvJ EG 30 juni 1966, zaak 61/65 *(Vaassen-Goebbels/Bestuur BFM)*, *Jur.* 1966, p. 258.

69 Van der Meent 1991, p. 132. In zijn dissertatie is Van der Meent voorzichtiger geworden en beantwoordt hij de vraag slechts bevestigend voor aanbestedingen door rijksdiensten. Rijksdiensten zijn verplicht aanbestedingsgeschillen te onderwerpen aan arbitrage. Zie Van der Meent 1995, p 365 e.v.

ciële vraag van de RABB aan het HvJ EG.[70] Sanders en Van Marissing daarentegen denken deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden.[71] Hoe er ook mag worden gedacht over de positie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven, feit blijft dat de 'gewone' arbiter zich niet kwalificeert als rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. Aan de eis van een wettelijke oorsprong van het scheidsgerecht en permanente karakter van het scheidsgerecht wordt niet voldaan. Uiteraard bestaat voor de overheidsrechter wel de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG in een procedure die naar aanleiding van een arbitrage wordt gevoerd.[72]

6.5 ARBITRAGE EN DE MODERNISERING EN DECENTRALISERING VAN DE HANDHAVING VAN HET EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT ONDER HET REGIME VAN VERORDENING 1/2003

6.5.1 Inleiding

De Europese Commissie heeft lange tijd een dubbelzinnige houding gehad tegenover de arbitrage. In de inleiding in § 6.1 is reeds gewezen op het feit dat arbitrage werd gezien als een manier van geschillenbeslechting voor ondernemingen die opzettelijk de regels van het Europees mededingingsrecht buiten de deur willen houden. Wantrouwen was de juiste typering voor de houding van de Commissie. Idot wijst op het feit dat dit wantrouwen bij de Commissie nog steeds bestaat.[73] Ondanks dit wantrouwen begint de Commissie de laatste tijd de arbitrage als manier van geschillenbeslechting aan te moedigen. Dit onder druk van de positieve houding van het bedrijfsleven ten opzichte van vormen van geschillenbeslechting buiten de overheidsrechter om. De Commissie maakt in dit kader geen verschil tussen arbitrage en andere

70 Snijders 1995, p. 57.

71 Sanders 2001, p. 103; Sanders 1992, p. 55; Sanders 1991, p. 202-205; Van Marissing 1995, p. 196-203.

72 Zie Snijders 2007c, art. 1044, aant. 2. Zie bijvoorbeeld de daar genoemde verwijzingen naar HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-190/89 *(Marc Rich/Impianti)*, *Jur.* 1991, p. I-3855, *NJ* 1993, 554, m.nt. JCS en HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 191 m.nt. B.H. ter Kuile *(Bakkum/Brandsen-Visser)*.

73 Idot 2003, p. 307. Zij wijst op een vrijstellingsbeslissing van de Commissie en een aantal bepalingen in sommige vrijstellingsverordeningen betreffende lijnscheepvaartondernemingen. Zij verwijst naar art. 9 lid 4 van Verordening 823/2000 (toepassing van artikel 81, lid 3, van het EG-Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen lijnvaartondernemingen (consortia), *PbEG* 2000, L 100/24) en art. 5 van Verordening 2843/1998. Verordening 823/2000 is reeds komen te vervallen als gevolg van de wijzigingen die zijn ingevoerd door Verordening 563/2004. Verordening 2843/1998 is reeds ingetrokken door Verordening 773/2004 (art. 18).

vormen van alternatieve geschillenbeslechting, zoals mediatie (*mediation*) en conciliatie (*conciliation*).[74]

6.5.2 De situatie onder de oude Verordening 17/62

De Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (thans artikelen 81 en 82 EG)[75] zei niets over samenwerking tussen de Commissie en *arbiters* of samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en *arbiters*. Arbiters konden en kunnen proberen informatie te vragen aan de Commissie, maar de Commissie was en is niet gehouden hier antwoord op te geven nu een scheidsgerecht geen gemeenschapsinstelling vormt in de zin van artikel 10 EG. De positie van de arbiter was en is wat betreft de directe werking van de artikelen 81 en 82 EG vergelijkbaar met die van de overheidsrechter. De arbiter mocht en mag, net als de overheidsrechter, de artikelen 81 leden 1 en 2 en 82 EG toepassen. Ook de verordeningen inzake groepsvrijstellingen kunnen door de arbiter worden toegepast. Zij hebben tenslotte directe werking. Het derde lid van artikel 81 EG mocht onder het regime van Verordening 17/62 niet worden toegepast.

De belangrijkste verschillen tussen de overheidsrechter en de arbiter zijn reeds besproken. Arbiters mogen in het algemeen geen prejudiciële vragen stellen. Alleen de overheidsrechter is hiertoe gerechtigd. Een belangrijk verschil met de overheidsrechter is voorts dat arbiters regels van fundamenteel Europees recht, zoals het Europees mededingingsrecht, ambtshalve buiten de rechtsstrijd van partijen om moeten toepassen. Zie mijn bespreking in § 6.3.3.

6.5.3 De situatie onder de nieuwe Verordening 1/2003

De nieuwe 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 zegt ook niets over samenwerking tussen de Commissie en *arbiters* of samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en *arbiters*.[76] Artikel 6 van Verordening 1/2003 bepaalt slechts

74 Met 'mediation' en 'conciliation' wordt over het algemeen hetzelfde bedoeld. Zie Sanders 2001, p. 270 en Snijders 2002, p. 484. Snijders wijst op het feit dat conciliatie ook wel als een specifieke variant van de mediatie wordt gezien. Het gebrek aan een heldere omschrijving van beide begrippen is van ondergeschikt belang, nu er (nog) geen rechtsgevolgen aan verbonden zijn.

75 SamenwerkingsBekendmaking, *PbEG* 1993, C39/6.

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

dat nationale rechterlijke instanties bevoegd zijn de artikelen 81 en 82 EG toe te passen. Arbitrage lijkt door de Commissie te zijn vergeten (dat dit niet juist is en dat de positie van arbiters bij de voorbereiding van Verordening 1/2003 uitvoerig ter sprake is gekomen, kan worden afgeleid uit het antwoord dat Kris Dekeyser (hoofd afdeling *European Competition Network and Institutional Relations* van het DG Mededinging) namens de Commissie zou hebben gegeven aan advocaat Diederik de Groot).[77] Institutioneelrechtelijk gezien is het 'vergeten' van arbitrage juist, nu arbiters niet onder de gemeenschapstrouw van artikel 10 EG vallen.[78] Komninis ziet het weglaten van de arbitrage als een bewuste keuze, nu de vernieuwing van Verordening 1/2003 ook zonder arbitrage reeds tot de nodige problemen zal leiden.[79] Dit laatste argument lijkt mij irrelevant. Het weglaten van de arbitrage lijkt mij een bewuste keuze van de Commissie te zijn, niet op grond van mogelijke problemen om Verordening 1/2003 in te voeren, maar op grond van het institutioneelrechtelijk feit dat een scheidsgerecht geen gemeenschapsinstelling is.

Onder de oude Verordening 17/62 had het niet noemen van arbitrage geen consequenties, nu het ging om een aan de Commissie toegekende exclusieve bevoegdheid om op grond van artikel 81 lid 3 EG individuele vrijstellingen te verlenen. De nationale rechter ontbeerde deze bevoegdheid. De vraag is wat de consequentie is van de opheffing van het exclusieve recht van de Commissie om individuele vrijstellingen te verlenen. Hebben arbiters, net als de nationale overheidsrechter, de bevoegdheid tot het toepassen van het derde lid van artikel 81 EG? Het antwoord zal zeer waarschijnlijk bevestigend moeten luiden.[80] De Commissie zou, indien zij arbiters de toepassing van artikel 81 lid 3 EG had willen verbieden, een aparte bepaling hebben moeten opnemen in de ontwerp-verordening waarin expliciet staat dat de arbiter de bevoegdheid tot toepassing van artikel 81 lid 3 EG niet toekomt.

Uit de antwoorden die de Commissie heeft gegeven op enkele vragen die De Groot aan de Commissie heeft gesteld, zou kunnen worden geconcludeerd dat de Commissie van mening is dat arbiters het derde lid van artikel 81 EG niet mogen toepassen.[81] Dit in verband met fundamentele verschillen tussen scheidsgerechten en nationale rechterlijke instanties op het gebied van de gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) en op het gebied van de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG (artikel 234 EG).[82] De visie van de Commissie dat arbiters niet bevoegd zijn om artikel 81 lid 3 EG toe te mogen

77 Zie De Groot 2007, p. 49.
78 Zie Idot 2003, p. 308. In HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935 werd nog eens samengevat wat de nationale rechter kon doen als hij de beslissing van de Commissie moest afwachten. De SamenwerkingsBekendmaking is een vervolg op de zaak *Delimitis*.
79 Komninos 2001, p. 218-219.
80 Vgl. Komninos 2001, p. 219-222; Liebscher 2003, p. 91.
81 De Groot 2007, p. 49.
82 De Groot 2007, p. 49.

passen lijkt mij verkeerd. Indien arbiters het derde lid van artikel 81 EG niet zelf mogen toepassen zouden zij de beslissing moeten aanhouden en verwijzen naar de nationale (overheids)rechter van de plaats van arbitrage. Idot schetst de consequentie van deze omweg als volgt:

> 'It would delay arbitration and be counterproductive. Regarding such a risky situation, both the parties and the arbitrator would probably avoid invoking possible problems of competition.'[83]

Idot wijst daarbij op het feit dat dit onderscheid niet gerechtvaardigd zou zijn.[84] De toepassing van artikel 81 lid 3 EG vergt soms beleidsbeslissingen die op ingewikkelde juridische en economische argumenten zijn gebaseerd die ook van publiek belang zijn. Aan de intellectuele capaciteiten van arbiters hoeft echter niet bij voorbaat getwijfeld te worden. Als de nationale overheidsrechter capabel genoeg wordt geacht om artikel 81 lid 3 EG toe te passen, dan zou de arbiter ook capabel genoeg moeten worden geacht.[85] De Commissie heeft haar zienswijze op de toepassing van artikel 81 lid 3 neergelegd in uitvoerige richtsnoeren (maar liefst 22 pagina's!), waar ook arbiters kennis van kunnen nemen.[86] Uiteraard ben ik bewust van het feit dat de overheidsrechter een professionele jurist is die zorgvuldig is aangenomen en opgeleid in het spreken van recht, terwijl aan de benoeming als arbiter in beginsel geen (juridische) eisen worden gesteld. Arbiters kunnen juridische zwaargewichten zijn, maar ook juridische leken. De juridische kennis en kunde van arbiters kan dus in grotere mate variëren dan de kennis en kunde van de overheidsrechter. Het kan echter een voordeel zijn dat partijen zelf de arbiters kunnen uitkiezen. Bij de overheidsrechter is dit onmogelijk. Bij de selectie van arbiters kan rekening worden gehouden met het feit dat eventuele problemen van mededingingsrechtelijke aard kunnen gaan meespelen in de uiteindelijke beslechting van het geschil, zodat bij de keuze van arbiters specifiek wordt gelet op de aanwezigheid van juridische en economische expertise op het terrein van het mededingingsrecht.

Het belangrijkste argument om arbiters geen bevoegdheid toe te kennen artikel 81 lid 3 EG toe te passen kan alleen maar het feit zijn dat arbiters geen gemeenschapsinstelling zijn en dat het buiten toepassing verklaren van de bepalingen van het eerste lid van artikel 81 EG alleen een bevoegdheid van (centrale of decentrale) gemeenschapsinstellingen is. Het lijkt mij echter dat

---

83 Idot 2003, p. 317.
84 Idot 2003, p. 317.
85 Idot 2003, p. 315.
86 Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag. Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, *PbEU* 2004, C 101/97 en de Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet van de (toen nog d-g) NMa waarin is bepaald dat wordt aangesloten bij de Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG. Zie www.nmanet.nl.

de zogenaamde *'second look'* die de nationale rechter als decentrale gemeenschapsrechter kan verrichten bij de vordering tot vernietiging ex artikel 1065 lid 1 sub e Rv of bij het verzoek om een exequatur op grond van de artikelen 1063 lid 1 en 1076 lid 1 sub b Rv voldoende waarborgen biedt. Op het moment dat het arbitrale vonnis geëffectueerd moet worden kan een decentraal gemeenschapsorgaan nog steeds een afweging maken of de buiten toepassing verklaring door het scheidsgerecht van het eerste lid van artikel 81 EG terecht is geweest. Concluderend kan worden gesteld dat de private arbiter artikel 81 lid 3 EG gewoon moet kunnen toepassen, net als zijn publieke broer de overheidsrechter.

6.5.4 De relatie tussen arbiters en de Europese Commissie

Zoals in hoofdstuk 5 is gebleken kan de nationale rechter zich tot de Commissie richten om inlichtingen te vragen. Artikel 15 Verordening 1/2003 bepaalt dat de rechterlijke instanties van de lidstaten naar aanleiding van procedures tot toepassing van artikel 81 of 82 EG de Commissie kunnen verzoeken om inlichtingen waarover zij beschikt te verstrekken of haar advies kunnen inwinnen betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels. De gemeenschapstrouw neergelegd in artikel 10 EG verlangt dat de gemeenschapsinstellingen en de lidstaten over en weer loyaal samenwerken om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken. Voor wat betreft de samenwerking tussen de Commissie en de overheidsrechter brengt de gemeenschapstrouw mee dat de Commissie de overheidsrechter moet bijstaan wanneer hij het Gemeenschapsrecht toepast.[87] De gemeenschapstrouw brengt ook mee dat de overheidsrechter verplicht kan worden om de Commissie bij te staan bij de vervulling van haar taken (punt 15).[88]

Hoe zit dit nu met de arbiter? Een argument tegen de gelijkstelling van nationale rechters en arbiters is het feit dat de samenwerkingsmogelijkheden die in Verordening 1/2003 aan de rechter en de Commissie worden geboden niet (althans niet in een wettelijk neergelegd kader) aan een scheidsgerecht worden aangeboden. Net zoals bij het stellen van prejudiciële vragen het geval is, kunnen noch artikel 10 EG noch artikel 15 lid 1 van Verordening 1/2003 zorgen voor een juridische basis voor samenwerking tussen de Commissie en arbiters. Artikel 10 EG verplicht gemeenschapsinstellingen zoals de Commissie en het HvJ EG niet tot samenwerking met arbiters, nu de relatie tussen arbiters en de Commissie niet wordt beheerst door de gemeenschapstrouw

87 De mededeling verwijst naar HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365, r.o. 16 t/m 22 en HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935, r.o. 53.

88 De mededeling verwijst naar HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00 *(Roquette Frères)*, *Jur.* 2002, p. I-9011, r.o. 31.

ex artikel 10 EG. Arbiters hoeven op hun beurt weer niet samen te werken met gemeenschapsinstellingen. Tussen de Commissie en arbiters bestaat dan ook geen enkele verplichting tot wederzijdse bijstand. Op formele basis is dus niet veel mogelijk. Op informele basis is daarentegen wel het een en ander mogelijk. De Commissie heeft een aantal maal arbitrale colleges op dezelfde wijze behandeld als nationale rechters.[89] Het is te verwachten dat de Commissie in de toekomst meer en meer zal openstaan voor samenwerking met arbitrale colleges. Zeker nu de arbiter onder het nieuwe regime artikel 81 lid 3 zelf zal moeten toepassen. Dit zal vrijwel zeker meer economische en juridische vragen met zich mee brengen.

Een probleem dat zich bij de samenwerking tussen de Commissie en arbiters kan voordoen is de vraag of een scheidsgerecht ambtshalve het initiatief mag nemen en of een van de partijen zich eenzijdig in contact mag stellen met de Commissie.[90] Het veelal vertrouwelijke karakter van een arbitrageprocedure en de bijbehorende procedurele aspecten die bij arbitrageovereenkomst of reglement zijn bepaald kunnen een complicatie vormen bij de samenwerking met de Commissie. In een arbitragereglement of arbitrageovereenkomst opgenomen richtsnoeren die handelen over de vraag hoe om te gaan met deze situaties, zouden kunnen helpen deze problemen zoveel mogelijk te vermijden.

6.6 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

Bij contractuele geschillen vervullen arbiters een zeer belangrijke rol. Zeker bij internationale overeenkomsten (overeenkomsten met een of meerdere buitenlandse partijen) is de arbitrage van groot belang. Het gaat dan vaak om samenwerkingsovereenkomsten, licentieovereenkomsten en distributieovereenkomsten. Deze overeenkomsten kunnen al snel in strijd zijn met de Europese en Nederlandse mededingingsregels. Wegens het feit dat arbiters in civielrechtelijke geschillen met mededingingsrechtelijke aspecten worden geconfronteerd, is het van groot belang dat zij bewust zijn van hun rol bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Belangrijke vraag is of arbiters de plicht hebben om het Europees mededingingsrecht ambtshalve toe te passen in het geval daar in de arbitrageprocedure geen beroep op is gedaan.[91] Wanneer een nationale rechter volgens de regels van zijn nationale procesrecht een vordering tot vernietiging van een arbitraal

89 Temple Lang 1995, p. 418; Simont 1998, p. 550; Lenaerts & Pittie 1997, p. 217. Vgl. voor minder positieve ervaringen met het als arbiter vragen van de Commissie als *amicus curiae* Van Houtte 2000, p. 26. Zie over de rol van de Commissie als *amicus curiae* in internationale arbitrageprocedures ook Nisser & Blanke 2006, p. 174-183.

90 De Groot 2007, p. 48.

91 § 6.2.

vonnis op grond van strijd met nationale regels van openbare orde moet toewijzen, moet hij dat, zo heeft het HvJ EG in *Eco Swiss/Benetton* bepaald, ook doen ingeval een dergelijke vordering is gebaseerd op schending van het Europees mededingingsrecht.[92] Hieruit vloeit voort dat arbiters een indirecte plicht hebben om ambtshalve het Europees mededingingsrecht toe te passen. Arbiters mogen immers niet een vonnis wijzen dat zonder meer vernietigd dient te worden wegens strijd met het Europees mededingingsrecht.[93] Er lijkt bij de toepassing van het Europees recht, in het bijzonder het Europees mededingingsrecht, een opvallend verschil te bestaan tussen de taak die de overheidsrechter heeft en de taak die de arbiter heeft.[94] Consequentie van het arrest *Eco Swiss/Benetton* lijkt te zijn dat arbiters bij zaken waarin bepaalde afspraken in strijd met de Europese mededingingsregels zijn, buiten de rechtsstrijd van partijen moeten treden en zich moeten baseren op andere in de arbitrage gebleken feiten en omstandigheden dan door de partij die belang heeft bij de toepassing, aan haar vordering ten grondslag is gelegd.[95] Het gaat hier echter wel alleen om ten processe gebleken feiten, de plicht gaat niet zover dat arbiters op eigen initiatief een onderzoek moeten instellen.[96]

Prejudiciële vragen kunnen door arbiters, in tegenstelling tot de overheidsrechter, niet zelf worden gesteld aan het HvJ EG.[97] Het HvJ EG heeft geoordeeld dat arbiters niet vallen onder het begrip 'rechterlijke instantie van een der lidstaten', zoals bedoeld in artikel 234 EG.[98] Een bijzonder scheidsgerecht kan soms wel prejudiciële vragen stellen. Het moet nog worden uitgemaakt of in Nederland de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven zo'n aparte positie inneemt. Het voorgestelde artikel 1044a VO Arbitragerecht 2005 zou voor een scheidsgerecht de mogelijkheid kunnen bieden om prejudiciële vragen aan het HvJ EG te stellen door tussenkomst van de Nederlandse overheidsrechter.[99]

Onder de als gevolg van de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht ingevoerde Verordening 1/2003 zullen arbiters mijns inziens, net als de overheidsrechter, de bevoegdheid hebben om het derde lid van artikel 81 EG toe te passen.[100] Er zijn geen goede gronden om aan te nemen dat arbiters artikel 81 lid 3 EG niet zouden mogen toepassen, ondanks het feit dat de Commissie hier mogelijk anders over zou kunnen denken.[101]

---

92 § 6.2.2.
93 § 6.2.4.
94 § 6.3.3.
95 § 6.3.6.
96 § 6.3.3.
97 § 6.4.
98 § 6.4.1.
99 § 6.4.2.
100 § 6.5.
101 § 6.5.3.

De relatie tussen arbiters en de Commissie wordt niet beheerst door de gemeenschapstrouw ex artikel 10 EG. Er bestaat voor gemeenschapsinstellingen zoals de Commissie en het HvJ EG dan ook geen verplichting tot samenwerking met arbiters.[102] De overheidsrechter heeft formeel gezien veel meer mogelijkheden om inlichtingen te vragen aan de Commissie of het HvJ EG dan de arbiter. Op formele basis heeft de arbiter wat dit betreft een achterstand. Dat neemt niet weg dat op informele basis wel het een en ander mogelijk is. Het is te verwachten dat de Commissie in de toekomst meer en meer zal openstaan voor samenwerking met arbitrale colleges.[103]

De rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is wezenlijk anders dan die van de overheidsrechter. Toch kan en behoort de arbiter een volwaardige rol te spelen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

102 § 6.5.4.
103 § 6.5.4.

7 Schadevergoeding op grond van schending van mededingingsrecht

7.1 INLEIDING

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht moet gebruik worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht bieden. Voor aansprakelijkheid wegens schending van het mededingingsrecht bestaan in het Nederlands burgerlijk en burgerlijk procesrecht geen specifieke regels, uitgezonderd de in het kader van Verordening 1/2003 opgenomen bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering die handelen over het optreden van de Commissie en de Nederlandse mededingingsautoriteit als *amicus curiae* (artikel 44a Rv) en de bepalingen over het door de rechter vragen van inlichtingen of advies ingevolge artikel 15, eerste lid, van Verordening nr. 1/2003 (artikelen 67 en 68 Rv).

Met behulp van instrumenten uit het privaatrecht kunnen klagers een civiele procedure entameren om bepaald gedrag van de wederpartij te verbieden of af te dwingen. Dit kan bijvoorbeeld een verplichting tot levering zijn, maar ook een verplichting tot vergoeding van schade. Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht biedt aan de (potentiële) gelaedeerde een aantal mogelijkheden die niet via de publiekrechtelijke handhaving kunnen worden gerealiseerd. Zo kan de burgerlijke rechter, naast het toepassen van de nietigheidssanctie, op betrekkelijk eenvoudige wijze voorlopige maatregelen nemen. In het kader van dit hoofdstuk is de mogelijkheid van de burgerlijke rechter om schadevergoeding toe te kennen van belang. De NMa of de Commissie zijn daartoe niet in staat. Het HvJ EG, de Commissie en de nationale wetgever beschouwen de vordering tot schadevergoeding dan ook als handhavinginstrument, naast de instrumenten voor publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[1]

In dit hoofdstuk worden een aantal deelvragen nader onderzocht. In de eerste plaats wordt onderzocht wat het doel is van schadevergoeding bij de

---

1 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41-42 en 53 (MvT). Zie ook GvEA EG 18 september 1992, zaak T-24/90 *(Automec II)*, *Jur.* 1992, p. II-2223, waarin het GvEA EG de Commissie volgde toen zij een klacht had verworpen wegens onvoldoende communautair belang en wegens het feit dat de nationale rechter bij wie de zaak reeds aanhangig was de rechten van de gelaedeerden voldoende kon beschermen.

privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In de tweede plaats wordt onderzocht wat de communautaire minimumeisen zijn die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht aan het nationale recht worden gesteld. In de derde plaats wordt onderzocht aan welke eisen moet worden voldaan om naar Nederlands recht aansprakelijkheid op grond van schending van het mededingingsrecht te vestigen. In de vierde plaats wordt onderzocht naar welke criteria moet worden gekeken om de omvang van de aansprakelijkheid en de aard en omvang van de schadevergoeding vast te stellen. In de vijfde plaats wordt onderzocht welke obstakels er voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk zijn bij de vestiging van de aansprakelijkheid op grond van schending van het mededingingsrecht en bij het vaststellen van de aard en omvang van de schadevergoeding. In de zesde plaats wordt onderzocht of de positie van de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht moet worden versterkt en zo ja, hoe die positie zou moeten worden versterkt.

Ik begin nu eerst in § 7.2 met een bespreking van de doelstellingen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In § 7.3 ga ik nader in op de doelstellingen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht volgens de Commissie, het HvJ EG en de nationale wetgever. In § 7.4 ga ik nader in op het arrest *Courage/Crehan* en in 7.5 bespreek ik de harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid. In § 7.6 komt de vestiging van de aansprakelijkheid op grond van schending van het mededingingsrecht aan bod. In § 7.7 wordt de omvang van de aansprakelijkheid behandeld. In § 7.7.3 komt de aard en omvang van de schadevergoeding aan de orde. § 7.8 behandelt de aansprakelijkheid van meerdere laedentes. In § 7.9 zal nader aandacht worden besteed aan het *passing-on* verweer en indirecte acties. *Punitive damages* komen in § 7.10 aan de orde. In § 7.11 komt de wettelijke rente aan de orde. § 7.12 behandelt de verhouding tussen publiekrechtelijke clementieregelingen en de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In § 7.13 komen de acties op grond van ongegronde vermogensverschuiving aan bod die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen, namelijk de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en de vordering uit onverschuldigde betaling. In § 7.14 wordt de verjaring behandelt en in § 7.15 wordt afgesloten met de samenvattende conclusies.

7.2 DOELSTELLINGEN VAN SCHADEVERGOEDING BIJ DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT

7.2.1 Hoofddoel van het schadevergoedingsrecht

Het schadevergoedingsrecht vervult binnen het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke functie. Temeer als wordt aangenomen dat het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in het rechtens handhaven van aanspraken.[2] Denk aan het waarborgen van de aanspraak dat niet onrechtmatig schade wordt toegebracht. Een belangrijke grond voor het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in de bescherming van de *status quo*, in de gedachte dat men met schadevergoeding, een verbod of een bevel primair bescherming beoogt tegen aantasting van zijn rechten.[3] Het kan ook gaan om verwezenlijking van een nieuwe toestand waarop het recht aanspraak geeft.[4] Het hoofddoel van het schadevergoedingsrecht kan worden omschreven als het zoveel mogelijk bewerkstelligen van de situatie zoals die zou hebben bestaan indien de normschending niet had plaatsgevonden.[5] Financiering van herstel en compensatie van resterend nadeel zijn de functies die worden vervuld door vergoeding in geld.[6]

Het aansprakelijkheidsrecht geeft aan in welk geval men recht heeft op schadevergoeding. Het aansprakelijkheidsrecht draait niet alleen om de verplichting tot het betalen van schadevergoeding in geld wegens het plegen van een onrechtmatige daad. Het aansprakelijkheidsrecht ziet meer in het algemeen op de handhaving van aanspraken door middel van sancties. Het gaat in het aansprakelijkheidsrecht volgens Lindenbergh om 'handhaving door (speciale) preventie in de vorm van nakoming of door (concreet of meer abstract) herstel'.[7] Naast de betaling van schadevergoeding in geld kunnen andere sancties worden toegepast, zoals het voor de handhaving van het mededingingsrecht relevante rechterlijk verbod of bevel.[8]

In het privaatrecht heeft de vraag hoe de betreffende norm optimaal zou kunnen worden gehandhaafd lange tijd minder in de belangstelling gestaan

2 Lindenbergh 2008, p. 6-8.
3 Hartlief 2003, p. 236-247; Hartlief 1997, p. 15 e.v.; Nieskens-Isphording 1991, p. 36, p. 49; Slagter 1952, p. 188; Polak 1949, p. 8.
4 Lindenbergh 2008, p. 7.
5 Lindenbergh 2008, p. 5.
6 Lindenbergh 2008, p. 5.
7 Lindenbergh 2008, p. 7-8.
8 Daarnaast valt te denken aan een aparte categorie plichten die hun sanctionering vinden in de gevolgen die door het recht worden verbonden aan de niet-nakoming ervan. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de schadebeperkingsplicht, waarbij als sanctie het verlies van (een deel van) het recht op schadevergoeding kan volgen.

dan in het strafrecht en het bestuursrecht.[9] Schadevergoeding is echter altijd de belangrijkste privaatrechtelijke sanctie geweest.[10]

De rechtsgrond van privaatrechtelijke sancties heeft veelvuldig in de belangstelling gestaan, minder aandacht is echter geschonken aan de mogelijke doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering.[11] Van Nispen noemt als mogelijke doelstellingen het voorkomen van dreigend onrecht, het goedmaken van geleden schade, genoegdoening voor de benadeelde, bestraffing van de aansprakelijke persoon, ongedaanmaking van de verrijking van de aansprakelijke persoon en handhaving van rechten.[12] Deze doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering spelen ook bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol.

Voor wat betreft de schadevergoeding spelen deze doelstellingen eveneens een rol. Naast het doel om de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd ingeval de laedens zijn rechtsplichten was nagekomen (in dit geval het mededingingsrecht niet te schenden), zijn er nog enkele andere doeleinden van schadevergoeding te noemen. Zo wijst Lindenbergh, naast de generaalpreventieve werking van het schadevergoedingsrecht als neveneffect, terecht op mogelijke doeleinden als straf, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking.[13]

7.2.2 Doelstellingen en/of functies van schadevergoeding

7.2.2.1 Compensatie

Indien aanspraken niet gehandhaafd worden en dat nadeel als gevolg heeft, gaat de vergoeding van schade een rol spelen. Het hoofddoel van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is in beginsel hetzelfde als het doel van schadevergoeding in het algemeen. Ook

9 Van Nispen 2003, p. 4. In het strafrecht speelt de sanctionering een hoofdrol. In het bestuursrecht kan gedacht worden aan de dissertatie en het preadvies van Oostenbrink en het VAR preadvies van Van Angeren uit 1971. Oostenbrink 1967; Oostenbrink 1971; Van Angeren 1971. Zie Van Nispen 2003, p. 4.

10 Van Nispen 2003, p. 5.

11 Van Nispen 2003, p. 5. Van Nispen beschouwt de dissertatie van W.F. Wertheim als een voorloper van de functionele benadering, Wertheim besteedt dan ook al aandacht aan onderwerpen als de private boete en winstafgifte. Zie Wertheim 1930. Van Nispen ziet in een bijdrage van C.A. Wright uit 1955 reeds de aandacht ontstaan voor de doelstellingen van de privaatrechtelijke sanctionering. Zo wijst Wright op het feit dat compensatie als doel van schadevergoeding zo algemeen is aanvaard dat wordt vergeten dat het maar één van tenminste vijf principes is van waaruit een '*law of remedies*' kan worden geconstrueerd. Hij wijst daarnaast op '*specific relief*', '*restitution*', '*punishment of the wrongdoer*', en '*a schedule of the recovery possible for each kind of wrong*'. Zie Wright 1955, p. 376-392.

12 Van Nispen 2003, p. 5.

13 Lindenbergh 2008, p. 12-15.

bij de vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht is het beoogde effect van betaling van schadevergoeding in geld de benadeelde zoveel mogelijk in de positie stellen waarin hij zou hebben verkeerd ingeval de schadetoebrengende normstelling niet had plaatsgevonden (compensatie).[14] Schade wordt dan ook doorgaans begroot aan de hand van de vergelijking tussen de toestand waarin de gelaedeerde zich bevindt na het schadetoebrengende feit (de mededingingsinbreuk) en de situatie waarin de gelaedeerde zich zou bevinden zonder het schadetoebrengende feit (zonder de mededingingsinbreuk). Het vergelijkingspunt is niet de situatie zoals die zonder het aansprakelijkheidscheppende feit was, maar zoals die zonder dat feit zou zijn geworden. Het gaat niet om een historische situatie die heeft bestaan, maar om een hypothese.

Het hoofddoel van schadevergoeding bij schending van het mededingingsrecht kan worden gedefinieerd als het plaatsen van de benadeelde in de positie waarin hij zou hebben verkeerd ingeval de laedens zijn rechtsplicht om het mededingingsrecht niet te schenden zou zijn nagekomen. Naast dit hoofddoel zijn er nog andere doelstellingen, ook wel functies genoemd, van schadevergoeding bij schending van het mededingingsrecht. Deze doelstellingen of functies komen grotendeels overeen met de mogelijke doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering. Ik behandel nu achtereenvolgens de rechtshandhavingsfunctie, de preventiefunctie, de straffunctie, de genoegdoeningsfunctie en de functie van het ongedaan maken van de mogelijke verrijking.[15]

7.2.2.2 Rechtshandhavingsfunctie

Lindenbergh ziet het schadevergoedingsrecht als een fundamenteel element van onze rechtsstaat, nu het schadevergoedingsrecht een belangrijke bijdrage levert aan de rechtshandhaving waarop het aansprakelijkheidsrecht is gericht.[16] Bloembergen ziet rechtshandhaving veeleer als een bijproduct van schadevergoeding en niet als doel van schadevergoeding.[17] Daar stelt Lindenbergh tegenover dat het schadevergoedingsrecht 'een "bijproduct" is van het aansprakelijkheidsrecht, waarin het primair gaat om handhaving van rechten of aanspraken.' Bij die laatste opvatting kan de kanttekening worden geplaatst dat bijna al het recht tevens is gericht op rechtshandhaving. Dit hangt samen met de vraag wat onder de noemer rechtshandhaving wordt verstaan. Gezegd zou kunnen worden dat er bij aansprakelijkheid vaak rechten of normen geschonden zijn en dat men voor het verleden compensatie voor de schending van die geschonden rechten of normen zoekt. Iets anders is dat de compensatie als sanctie kan worden gezien waar een preventieve werking vanuit gaat, zodat

14 Lindenbergh 2008, p. 5.
15 Zie bijvoorbeeld ook Lindenbergh 2008, p. 12-15; Barendrecht & Storm 1995, p. 16.
16 Lindenbergh 2008, p. 8.
17 Lindenbergh 2008, p. 8.

men via die sanctie zijn of haar rechten van de toekomst bewaakt. Zie over de preventiefunctie ook § 7.2.2.3.

In het in beginsel dwingende karakter van het recht komt het verschil met de moraal naar voren. Het objectieve recht dwingt gehoorzaamheid af door dreiging met sancties bij ongehoorzaamheid. De aanwezigheid van geïnstitutionaliseerde sancties onderscheidt rechtsstelsels dan ook van andere stelsels van gedragsnormen.[18] Ook subjectieve rechten kunnen met sancties (schadevergoeding) worden gehandhaafd. Handhaving of de dreiging van het kunnen handhaven van de betreffende norm maakt in beginsel onderdeel uit van al het geldende (positieve) recht. In zoverre is rechtshandhaving niet een kenmerkend onderscheid van het aansprakelijkheidsrecht of het schadevergoedingsrecht ten opzichte van elk ander geldend (positief) recht.[19] De opvatting dat sanctionering binnen het privaatrecht gericht moet zijn op een zo goed mogelijke handhaving van rechtsnormen, heeft de laatste tijd wel meer bijval gekregen.[20]

Voor wat betreft de handhaving van het mededingingsrecht is het voorkomen van een schending van de mededingingsregels beter, maar ingeval een overtreding van de mededingingsregels heeft plaatsgevonden zou de handhaving van het mededingingsrecht kunnen worden belemmerd door het uitblijven van een recht op schadevergoeding. Bij de handhaving van het mededingingsrecht doet zich echter de situatie voor dat naast de privaatrechtelijke handhaving tevens de bestuursrechtelijke handhaving door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten bestaat. De mededingingsrechtelijke norm kan, ook bij het ontbreken van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, bestuursrechtelijk gehandhaafd worden. De gelaedeerde is bij de bestuursrechtelijke handhaving wel volledig afhankelijk van het wel of niet handhaven door de overheid. De overheid (in de vorm van de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten zoals in Nederland de NMa) besluit of er publiekrechtelijk wordt gehandhaafd in een concrete zaak of niet. Daarnaast zou de prikkel voor de laedens om zich aan de mededingingsregels te houden minder groot zijn, nu naast de eventuele betaling van

18 Van Nispen 2003, p. 2. Zie ook Duk 1973, p. 7-9. Duk beschouwt sancties niet als essentieel voor recht.

19 Al zijn hier weer uitzonderingen op te maken. Zo is de handhaving van het internationaal recht niet altijd vanzelfsprekend, gelet op de feitelijke machtsverhoudingen in de wereld. In het burgerlijk recht valt bijvoorbeeld te denken aan de problematiek van handhaving en natuurlijke verbintenissen. Een natuurlijke verbintenis is rechtens niet afdwingbaar. Van een natuurlijke verbintenis kan geen nakoming worden bevolen en ontstaat geen aanspraak op schadevergoeding. Zie Toelichting-Meijers, p. 466-467 op art. 6.1.1.4, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 85 (TM). Zie Van Nispen 2003, p. 2. Zie over de natuurlijke verbintenis ook Smits 2003, p. 71-76. Zie voorts de dissertatie van Wessels 1988.

20 Van Nispen 2003, p. 6. In geval schadevergoeding als compensatie voor schade de enige mogelijkheid is ontstaat in sommige gevallen een handhavingtekort. Zie bijvoorbeeld Bolt & Lensing 1993, p. 77 e.v. en Verheij 2002, p. 445. Vgl. over het effectuerend handhaven van het privaatrecht ook Van Boom 2007, p. 982-991. Zie ook Lindenbergh 2008, p. 6-16.

een (bestuurlijke) boete of een dwangsom geen schadevergoeding hoeft te worden betaald aan de gelaedeerde(n).[21] Het uitblijven van een recht op schadevergoeding zou te betreuren zijn, nu de privaatrechtelijke handhaving juist een waardevolle aanvulling biedt op de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Lindenbergh wijst terecht op het feit dat het schadevergoedingsrecht als sanctie slechts tanden heeft voorzover er sprake is van schade van betekenis en dat schadevergoeding als sanctie bovendien weinig indruk maakt indien het met een normschending behaalde voordeel groter is dan de te vergoeden schade.[22] Deze problematiek speelt ook bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol. In totaal zal de totale omvang van de geleden schade weliswaar aanzienlijk zijn, de schade per consument (en soms zelfs per concurrent) zal vaak te weinig zijn voor de betreffende consument (of concurrent) om tijd, kosten en energie te steken in de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht (zie voor een nadere bespreking ook hoofdstuk 8 (collectieve acties)).[23] Tevens kan het zo zijn dat het behaalde voordeel als gevolg van het sluiten van een kartelovereenkomst of het misbruik maken van een machtspositie groter is dan de schade die uiteindelijk zal moeten worden vergoed aan de concurrenten en consumenten.

7.2.2.3 Preventiefunctie

Als gevolg van de toenemende belangstelling voor een rechtseconomische visie op het aansprakelijkheidsrecht komt de preventiefunctie steeds meer onder de aandacht. Door de mededingingsregels niet te schenden voorkomt men aansprakelijkheid en schade. Preventie wordt in deze visie belangrijker geacht dan compensatie. Het schadevergoedingsrecht zelf is niet primair op preventie gericht. Schadevergoedingsrecht komt pas in beeld wanneer preventie in het concrete geval niet is geslaagd.[24] Een belangrijk neveneffect van het schadevergoedingsrecht kan zijn dat de laedens wordt weerhouden van het toebrengen van schade en dus van het maken van een inbreuk op de mededingingsregels.[25] Hoewel de nadruk in het privaatrecht ligt op het individuele en

21 Naast schadevergoeding, boetes en dwangsommen veroorzaakt een mededingingsovertreding veelal ook reputatieschade. Bekende ondernemingen vinden de negatieve publiciteit die het gevolg is van een overtreding van de mededingingsregels vaak nog erger dan de eventuele boetes, dwangsommen en te betalen bedragen aan schadevergoeding. De prikkel die uitgaat van boetes, dwangsommen en schadevergoedingen moet dan ook niet als enig werkend instrument worden gezien.

22 Lindenbergh 2008, p. 9-10.

23 Vgl. Tzankova 2005, p. 20-21.

24 Lindenbergh 2008, p. 12.

25 Zie over het neveneffect van een betaling van een geldsom aan schadevergoeding Lindenbergh 2008, p. 5 en p. 12-15.

concrete geval, kan de individuele rechtshandhaving tevens generaalpreventieve werking als neveneffect hebben.[26] Nu van het schadevergoedingsrecht een zekere preventieve werking uitgaat, kan de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht naast individuele rechtshandhaving ook generaalpreventieve werking hebben. Wertheim wees reeds in 1930 op het belang van de generaal preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Hij zag deze generaal preventieve werking als rechtsgrond van de schadevergoeding.[27]

In de literatuur wordt vaak gewezen op het feit dat het aansprakelijkheidsrecht als financiële prikkel tot het voorkomen van ongevallen over het algemeen weinig effectief is.[28] Het gaat daarbij echter vaak om gevallen waarin de aansprakelijkheid wordt gedekt door een aansprakelijkheidsverzekering.[29] Bij aansprakelijkheid wegens schending van de mededingingsregels zal daar geen rekening mee hoeven te worden gehouden. Een verzekeraar zal de schade van de laedens niet snel dekken.[30] Dat neemt niet weg dat negatieve publiciteit, de angst voor straf- en tuchtsancties en ethische overwegingen van potentiële daders wellicht een grotere rol spelen dan de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.[31]

7.2.2.4 Straffunctie

Straffen hoort in de huidige opvatting in Nederland en het grootste deel van continentaal Europa niet meer thuis in het privaatrecht, maar in het strafrecht en in zekere mate in het bestuursrecht.[32] Denk bij het bestuursrecht bijvoorbeeld aan de bestuurlijke boete die kan worden opgelegd door de Commissie en de NMa bij schending van het mededingingsrecht.

Aan ons schadevergoedingsrecht ligt het beginsel van volledige schadevergoeding ten grondslag. Dit beginsel brengt enerzijds met zich mee dat de benadeelden niet meer vergoed kunnen krijgen dan de werkelijk geleden

---

26 Lindenbergh 2008, p. 6 en p. 12. Zie over preventie en aansprakelijkheid onder meer Bloembergen 1996, p. 30-31; Bloembergen 1995, p. 1-4; Bloembergen 1992, p. 59 e.v., 186, 402 e.v.; Bloembergen 1980, p. 925 e.v.; Bloembergen 1967, nr. 23, p. 47; Hartlief 1997, p. 20.

27 Wertheim 1930 (diss. Leiden).

28 Bloembergen 1996, p. 30-31.

29 Van Dam wijst erop dat de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht weliswaar is afgenomen als gevolg van de opkomst van de aansprakelijkheidsverzekering, maar dat de preventieve functie deels is overgenomen door de verzekeringsvoorwaarden. Zie Van Dam 1989, p. 213 e.v. Van Dam legt overigens ook een accent op de preventiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht, naast de straffunctie en de genoegdoeningsfunctie. Van Dam 1989, p. 202.

30 Een opzettelijke overtreding van de mededingingsrechtelijke regels kan niet verzekerd worden wegens strijd met de openbare orde en de goede zeden.

31 Zie ook Bloembergen 1996, p. 30-31.

32 Uitgezonderd de voormalige Britse kroonkolonie Cyprus (Cyprus kan geografisch niet maar cultureel wel tot continentaal Europa worden gerekend en is sinds mei 2004 ook lid van de EU). Ierland en het Verenigd Koninkrijk kennen een vorm van *punitive damages* in het privaatrecht. Zie § 7.10.

schade, zodat voor *punitive damages* geen plaats is (zie over de mogelijke invoering van *punitive damages* in mededingingszaken § 7.10). Anderzijds brengt dit beginsel met zich mee dat niet minder mag worden vergoed dan de werkelijk geleden schade. Er wordt dan ook geen rekening gehouden met eventuele bestuursrechtelijke sancties van de NMa of de Commissie. Met dergelijke bestuursrechtelijke sancties neemt de reeds opgelopen schade van de gelaedeerde immers niet af. In het huidige systeem van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad staan voorkoming en herstel voorop en is voor extra leedtoevoeging achteraf geen plaats meer.[33] Desondanks ligt er in het door de laedens moeten betalen van schadevergoeding nog steeds een zeker element van straf besloten. Dit is echter een neveneffect waarop het schadevergoedingsrecht niet is gericht.[34]

7.2.2.5 Genoegdoeningsfunctie

Genoegdoening wordt wel als een ander doel of functie van schadevergoeding gezien. De genoegdoeningsfunctie kan vanuit drie betekenissen worden bezien.[35] In de eerste betekenis wordt genoegdoening gebruikt ter aanduiding van de maatregel als zodanig (een genoegdoening). Genoegdoening is in deze betekenis een sanctie als blijk van erkenning door het recht van de waarde van het geschonden belang in het algemeen. In de tweede betekenis wordt genoegdoening gebruikt vanuit het perspectief van genoegdoening aan de gelaedeerde. In deze betekenis gaat het om het voldoende doen om de benadeelde schadeloos te stellen. In de derde betekenis wordt genoegdoening gebruikt vanuit het perspectief van genoegdoening door de laedens. In deze betekenis gaat het om boetedoening door de laedens ten behoeve van de benadeelde.[36]

Genoegdoening speelt in het bijzonder een rol bij de verbintenis tot vergoeding van immateriële schade. Genoegdoening kan echter ook bij de vergoeding van vermogensschade nog een zekere rol spelen. Lindenbergh plaatst genoegdoening in het verlengde van de gedachte van rechtshandhaving.[37] Het recht geeft erkenning aan het feit dat een ander verantwoordelijk is voor het toebrengen van nadeel. Genoegdoening kan in deze zin ook bij het opzettelijk of met een hoge mate van schuld overtreden van de mededingingsregels van belang

33 Lindenbergh 2008, p. 12; Feenstra & Winkel 2002.

34 Lindenbergh 2008, p. 13. Met name Chao-Duivis heeft echter gepleit voor de opvatting dat schadevergoeding mede een bestraffende en vergeldende functie heeft. Het straffen bewerkstelligt in haar woorden 'een wond bij de gestrafte', maar bewerkstelligt tegelijkertijd 'een genezing, een heling, een vergoeding' aan de kant van het slachtoffer 'conform de "primitieve", maar niettemin bestaande behoefte aan wraak.' Zie Chao-Duivis 1990, p. 513 e.v.

35 Zie ook Lindenbergh 1998, p. 38-39.

36 Zie uitgebreider Lindenbergh 1998, p. 44.

37 Lindenbergh 2008, p. 13-14.

zijn, al is er bij de vergoeding van vermogensschade voor genoegdoening geen plaats in het schadebegrip als zodanig.[38] Op verschillende plaatsen in afdeling 6.1.10 van het BW is zichtbaar dat de mate van schuld van belang is voor de hoogte van de schadevergoeding. Denk aan de door Lindenbergh gegeven voorbeelden zoals de toerekening van gevolgen in de zin van artikel 6:98 BW, de toerekening van voordelen in de zin van artikel 6:100 BW, de toerekening van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW en de toerekening bij de verdeling van de interne draagplicht in de zin van artikel 6:102 BW.[39]

7.2.2.6 Ongedaanmaking van verrijking

Het ongedaanmaken van de verrijking zou als ander doel of functie van schadevergoeding kunnen worden gezien. Daarbij moet worden aangetekend dat in het schadevergoedingsrecht de positie van de benadeelde en diens schade centraal staan en niet het door een normschending behaalde voordeel van de laedens. De vordering tot schadevergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking in de zin van artikel 6:212 BW is dan ook gebonden aan drie plafonds, waarbij het in dit kader van belang is dat de vergoeding niet verder gaat dan het bedrag der verarming (schade).[40]

Artikel 6:104 BW biedt voor de rechter de mogelijkheid om in geval van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schade te begroten op het bedrag van de behaalde winst of een gedeelte daarvan. Deze bepaling ziet echter niet zozeer op winstafdracht als zodanig, maar moet worden gezien als een vorm van abstracte schadeberekening.[41] Het Nederlands recht kent dan ook geen algemene actie tot afdracht van genoten voordeel. Zie over artikel 6:104 BW verder § 7.7.3.6.

---

38 Lindenbergh 2008, p. 14. Bij de vergoeding van immateriële schade is er voor erkenning (de gevoelsmatige component van het recht) plaats in het schadebegrip als zodanig, nu het geschokte rechtsgevoel van de gelaedeerde als element van immateriële schade kan worden gekwalificeerd. Zie Lindenbergh 1998, p. 41-42.

39 Lindenbergh 2008, p. 14. Denk ook aan de rechterlijke bevoegdheid tot matiging in de zin van art. 6:109 BW. Toepassing van deze rechterlijke bevoegdheid ligt minder in de lijn der verwachtingen in geval de mate van schuld van de laedens groter is. De ernst van de normschending lijkt ook een rol te spelen bij het bewijs van causaal verband en bij de vaststelling en begroting van de schade. Zie Lindenbergh 2008, p. 14; Lindenbergh 2007, p. 23 e.v.

40 De vergoeding gaat tevens niet verder dan het bedrag der verrijking en een derde plafond is gelegen in het feit dat de vergoeding niet verder gaat dan voor zover dit redelijk is.

41 Zie HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)*.

7.3 DOELSTELLINGEN VAN SCHADEVERGOEDING VOLGENS DE COMMISSIE, HET HVJ EG EN DE NATIONALE WETGEVER

7.3.1 Doelstellingen volgens de Commissie en het HvJ EG

Zoals in § 7.2.2.1 is geconcludeerd kan het hoofddoel van de verkrijging van schadevergoeding bij schending van het mededingingsrecht worden gedefinieerd als het plaatsen van de benadeelde in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de laedens zijn rechtsplicht om het mededingingsrecht niet te schenden zou zijn nagekomen. Daarnaast zijn er andere doelen/functies van schadevergoeding die ik zojuist in § 7.2 heb besproken.

Naast de compensatiefunctie zijn de rechtshandhavingsfunctie en de preventiefunctie (afschrikking) vanuit beleidsmatig perspectief het meest van belang voor het streven naar een werkelijke mededinging in de EU. Het HvJ EG en de Commissie beschouwen de vordering tot schadevergoeding dan ook als privaatrechtelijk handhavinginstrument, naast de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[42] In 1973 heeft de Commissie reeds aangegeven dat acties tot verkrijging van schadevergoeding de publiekrechtelijke handhaving kunnen ondersteunen.[43] De Commissie heeft in de loop van de tijd dat standpunt herhaald.[44]

In de considerans nr. 7 bij Verordening 1/2003 staat te lezen:

> 'De nationale rechterlijke instanties vervullen bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak. Zij beschermen de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende subjectieve rechten door geschillen tussen particulieren te beslechten, met name door aan de slachtoffers van inbreuken schadevergoeding toe te kennen. De rol van de nationale rechterlijke instanties is dienaangaande complementair aan die van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het is bijgevolg noodzakelijk hun de bevoegdheid toe te kennen de artikelen 81 en 82 van het Verdrag ten volle toe te passen.'

In 1993 concludeert de AG Van Gerven in de zaak *Banks* dat er op het terrein van het mededingingsrecht sterke bijkomende argumenten bestaan voor een in het gemeenschapsrecht gewortelde mogelijkheid voor ondernemingen om de schade gecompenseerd te zien die zij ondervinden doordat andere ondernemingen hun communautaire verplichtingen niet naleven. Hij concludeert (§ 44-45):

---

42 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41-42 en 53.

43 Zie het antwoord van 10 april 1973 op een schriftelijke vraag (nr. 519/72) van Vredeling, *PbEG* 1973, C 67/55. Zie Wils 2005, p. 115.

44 Zie voor een overzicht ook de opsomming in voetnoot 112 bij de conclusie van de AG Van Gerven van 27 oktober 1993 behorende bij HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92 *(Banks)*, *Jur*. 1994, p. I-1209.

> 'In de eerste plaats vormt het toekennen van zulk schadevergoedingsrecht het logische sluitstuk van de horizontale rechtstreekse werking van de betrokken regels: de uitspraken in Simmenthal en Factortame I (…) brengen immers geen oplossing wanneer een nationale rechter niet met een nationale wettelijke of bestuursrechtelijke regel wordt geconfronteerd welke hij buiten toepassing kan laten, doch met een privaatrechtelijke situatie waarin een of meerdere ondernemingen een concurrentieregel schenden en daardoor aan een derde schade wordt berokkend. De enige doeltreffende wijze waarop de nationale rechter in die omstandigheden de geschonden rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht ten volle kan handhaven, is door de gelaedeerde partij via schadevergoeding in haar rechten te herstellen. Zelfs het vaststellen van de nietigheid van de tussen partijen geldende rechtsbetrekking – waarvoor in het gemeenschapsrecht wel een expliciete grondslag wordt gevonden – is niet bij machte de door een derde (reeds) geleden schade goed te maken.
> Daarnaast komt aan een dergelijke schadevergoedingsregel een belangrijke rol toe bij het meer operationeel maken van de communautaire mededingingsregels, te meer daar de Commissie, als hoedster van deze regels, zelf toegeeft op de medewerking van de nationale rechter bij de handhaving van deze regels te zijn aangewezen. Particuliere schadevergoedingsacties hebben overigens ook in de Verenigde Staten sedert geruime tijd hun nut bewezen voor de handhaving van de federale antitrustregels.'

A-G Van Gerven verdedigt in zijn conclusie in de zaak *Banks* dat het recht op vergoeding van schade – geleden doordat een onderneming direct werkende communautaire mededingingsregels schendt – zijn grondslag vindt in de communautaire rechtsorde zelf. De nationale rechter is volgens A-G Van Gerven op grond van zijn verplichting de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren en de daardoor aan particulieren toegekende rechten te beschermen, verplicht vergoeding toe te kennen voor de schade die een onderneming oploopt ten gevolge van de schending van een direct werkende communautaire mededingingsbepaling door een andere onderneming.[45]

In 2001 wijst het HvJ EG in *Courage/Crehan* op het feit dat 'bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap.'[46] Het HvJ EG herhaalde nog eens dat (r.o. 25)

> '(…) 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.'[47]

---

45 Zie over een Europeesrechtelijke aansprakelijkheid voor schade bij schending van Europees mededingingsrecht de bijdrage van Hesper 1999, p. 143-162.

46 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 27.

47 Zie ook HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 *(Simmenthal)*, *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.

Aan de volle werking van artikel 81 EG, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde kartelverbod, zou volgens het HvJ EG worden afgedaan indien niet *eenieder* vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.[48] In het arrest *Manfredi* heeft het HvJ EG dit nog eens bevestigd.[49]

Een dergelijk recht maakt volgens het HvJ EG (r.o. 27):

> '(…) de communautaire mededingingsregels gemakkelijker toepasbaar, waardoor – vaak verborgen – overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen volgens het HvJ EG wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap.'

Wel oordeelde het HvJ EG in *Courage/Crehan* reeds dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.[50]

Het HvJ EG wijst in *Courage/Crehan* steeds op het *objectieve* gemeenschapsrecht of mededingingsrecht, terwijl in de considerans van Verordening 1/2003 (nr. 7) weer wordt gesproken over de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende *subjectieve* rechten. Deze begrippen zijn niet tegenstrijdig nu het objectieve gemeenschapsrecht of mededingingsrecht subjectieve rechten impliceert.

Geconcludeerd kan worden dat de mogelijkheid tot het verkrijgen van schadevergoeding in de ogen van het HvJ EG en de Commissie een belangrijke bijdrage kan leveren aan de handhaving van het mededingingsrecht. Dit past in de visie dat de compensatiefunctie, de rechtshandhavingsfunctie en de preventiefunctie (afschrikking) van wezenlijk belang zijn voor het streven naar een werkelijke mededinging in de EU.[51]

---

48 R.o. 26. Zie ook HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.

49 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM. Zie over de relatie tussen het *Manfredi*-arrest en het Groenboek van de Commissie (COM/2005/672 def.) De Smijter & O'Sullivan 2006, p. 23-26.

50 In HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur*. 2001, p. I-6297 wordt door het HvJ EG ook verwezen naar 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 en HvJ EG 21 september 2000, gevoegde zaken C-441/98 en C-442/98 *(Michaïlidis)*, *Jur*. 2000, p. I-7145, r.o. 31.

51 Zie over de preventiefunctie en de compensatiefunctie van de handhaving van mededingingsrecht: Wils 2005, p. 116.

7.3.2 Doelstellingen volgens de nationale wetgever

Ook de nationale wetgever is van mening dat de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht een belangrijke bijdrage levert aan de handhaving van het mededingingsrecht. De wetgever hecht blijkens de memorie van toelichting bij de Mededingingswet belang aan de privaatrechtelijke handhaving van de Mededingingswet door de marktpartijen zelf. In de memorie van toelichting wordt onder het kopje 'Civielrechtelijke handhaving' opgemerkt:

> 'Als derden door overtreding van bepaalde voorschriften in hun belang worden getroffen, is de burgerlijke rechter bevoegd te oordelen. Het ligt dan ook op hun weg in dergelijke gevallen actie te ondernemen en zij behoren dat niet aan de verantwoordelijkheid van de overheid over te laten. Doorgaans zullen de mogelijkheden van civielrechtelijke handhaving ook een snellere oplossing bieden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving.'[52]

De minister is blijkens de bovenstaande passage van mening dat ingeval derden in hun belang worden getroffen, de verantwoordelijkheid om actie te nemen niet aan de overheid moet worden overgelaten maar door partijen zelf moet worden genomen door middel van handhaving van het mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken. Deze privaatrechtelijke vorm van handhaving zal volgens de minister ook nog eens sneller tot resultaat leiden dan de publiekrechtelijke vormen van handhaving.

De minister merkt over de mogelijkheid om schadevergoeding te krijgen op grond van schending van de Mededingingswet het volgende op:

> 'Daarnaast is het mogelijk een actie uit onrechtmatige daad in te stellen. Een actie uit onrechtmatige daad kan ook worden ingesteld in geval van overtreding van het verbod van misbruik van een economische machtspositie. Bij zo'n actie uit onrechtmatige daad kan schadevergoeding worden geëist. Die schadevergoeding wordt doorgaans in de vorm van geld voldaan, maar ook andere vormen van schadevergoeding zijn mogelijk. Voorts kan in voorkomende gevallen een op de toekomst gericht verbod worden gevraagd, bijvoorbeeld ingeval gevreesd wordt dat een verboden gedraging in de toekomst herhaald zal worden.'[53]

Schadevergoeding in de vorm van geld en schadevergoeding in een andere vorm dan geld kan ook volgens de nationale wetgever een belangrijke bijdrage leveren aan de handhaving van het mededingingsrecht. Deze opvatting past, evenals de opvatting van de Commissie en het HvJ EG, in de visie dat naast de compensatiefunctie de rechtshandhavingsfunctie en de preventiefunctie

52 *Kamerstukken II*, 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 41 (MvT), § II.1.
53 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 41 (MvT), § II.1.

(afschrikking) van wezenlijk belang zijn voor het streven naar een werkelijke mededinging.

7.4 HET ARREST *COURAGE/CREHAN*, EEN ZELFSTANDIG RECHT OP SCHADEVERGOEDING?

7.4.1 Inleiding

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht moet gebruik worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale recht biedt. Het nationale recht dient wel aan enkele communautaire minimumvereisten te voldoen. Zo mogen regels die van toepassing zijn in een mededingingsrechtelijk geschil met een communautaire dimensie niet ongunstiger zijn dan die welke voor nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel, ook wel genoemd het non-discriminatie of assimilatiebeginsel). Tevens mogen 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 maken (effectiviteitsbeginsel of doeltreffendheidsbeginsel). Zie § 5.5.3.

In zijn conclusie in de zaak *Banks* heeft A-G Van Gerven verdedigd dat het recht op vergoeding van schade – geleden doordat een onderneming direct werkende communautaire mededingingsregels schendt – zijn grondslag vindt in de communautaire rechtsorde zelf (zie § 7.3.1). Het arrest *Courage/Crehan* lijkt de visie van A-G Van Gerven te bevestigen. Hoewel gebruik moet worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale recht biedt, lijken uit het arrest *Courage/Crehan* zelfstandige Europese criteria te ontstaan waaruit een recht op schadevergoeding kan voortvloeien. Bij de eventuele invoering van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, dient dan ook onderzocht te worden of kan worden aangesloten bij de criteria die in de jurisprudentie van het HvJ EG zijn ontwikkeld.[54]

7.4.2 De uitspraak

In *Courage/Crehan* wilde het *Court of Appeal* (England and Wales, Civil Division) weten of een partij bij een mededingingsbeperkende overeenkomst (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.

---

54 Van Gerven 2002, p. 70; HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur*. 2001, p. I-6297.

Het betrof hier een geschil tussen een café-uitbater (pachter Crehan) en een brouwer, genaamd Courage. 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 (een onderneming van onder meer Courage) waren en aan haar gebonden waren door een exclusieve-afnameclausule. 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.

Het Engelse *Court of Appeal* stelde vier prejudiciële vragen.[55] 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.

55 R.o. 16.

> 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 verstoring van de mededinging.'

Zie voor het vervolg van deze zaak in Engeland de beslissing die het *House of Lords* heeft genomen in de zaak *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan*.[56] Beschikkingen van de Europese Commissie zijn volgens het *House of Lords* alleen bindend indien het zowel *dezelfde partijen* betreft als *dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen* die in strijd zijn met het mededingingsrecht. Zie § 5.4.8.

7.4.3 Argumentatie

Met een beroep op de standaardarresten *Van Gend & Loos*, *Costa/ENEL* en *Francovich* 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.[57] 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 particulieren, ook schept het gemeenschapsrecht rechten die particulieren uit eigen hoofde kunnen doen gelden. Deze rechten ontstaan niet alleen (r.o. 19)

> '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.'

Hoe motiveert het HvJ EG de beslissing in *Courage/Crehan*? Het HvJ EG verwijst in de eerste plaats 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.[58] Het HvJ EG wijst aan de hand van het arrest *Béguelin* op het absolute karakter van de

---

56 [2006] UKHL 38.

57 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, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 *(Francovich)*, *Jur*. 1991, p. I-5357.

58 R.o. 20; HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur*. 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340, r.o. 36.

nietigheid van de overeenkomst die voorvloeit uit artikel 81 lid 2 EG.[59] 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/SABAM* en *Guérin automobiles/Commissie*.[60] 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 (r.o. 25):

> '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.'[61]

Vervolgens overweegt het HvJ EG dat (r.o. 26)

> '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 die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.'[62]

Het HvJ EG overweegt in de tweede plaats 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.[63] 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'.[64]

Nu er echter geen communautaire regelgeving voor dergelijke vorderingen bestaat, is het volgens het HvJ EG in de derde plaats (r.o. 29)

---

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

60 R.o. 23; HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 *(BRT/SABAM)*, *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.

61 HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 *(Simmenthal)*, *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.

62 R.o. 26.

63 R.o. 27.

64 R.o. 28.

> '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 ontlenen, 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).'[65]

Onder die randvoorwaarden (het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel) kan de nationale rechter (en dat is in de vierde plaats) volgens het nationale recht een vordering van een van de partijen ontzeggen wegens ongerechtvaardigde verrijking.[66] Onder dezelfde randvoorwaarden '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 ontzegt schadevergoeding te vorderen van haar contractpartij.' 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.[67]

In het Nederlands recht kan dit beginsel impliciet in het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW worden gevonden.[68] De partij die schadevergoeding vordert terwijl hij zelf ook onrechtmatig heeft gehandeld, kan de bescherming van artikel 6:162 BW verliezen. Een andere mogelijkheid is niet zozeer gelegen in het aantasten van de grondslag van de schadevordering (zoals het geval is bij het ontbreken van relativiteit), maar in de sfeer van eigen schuld. Bij de vaststelling van de schadeomvang kan op grond van artikel 6:101 BW rekening worden gehouden met de eigen schuld van de eiser. Welke variant de voorkeur heeft, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.[69] Het HvJ EG overweegt 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.[70]

---

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

66 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 *(Michaïlidis)*, *Jur*. 2000, p. I-7145, r.o. 31.

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

68 HR 16 februari 1973, *NJ* 1973, 463 m.nt. HB *(Maas/Willems)*; Van Leuken 2007, p. 1031.

69 Van Leuken 2007, p. 1031.

70 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 voor-

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'.[71] 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 in *Courage/Crehan* 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.[72] Het HvJ EG maakt dan ook een onderscheid tussen de civielrechtelijke gevolgen van de schending van het mededingingsrecht en de voorwaarden voor de toepassing van artikel 81 EG. Zo is het voorstelbaar dat een zwakkere partij zich niet met succes kan verzetten tegen de mededingingsbeperkende overeenkomst en als gevolg daarvan de schade niet kan voorkomen of beperken. Te denken valt aan een verticale verhouding waarbij een leverancier mededingingsbeperkende gedragingen opdringt aan zwakkere afnemers.[73] Tevens kan gedacht worden aan een horizontale verhouding waarbij een kleinere speler door zijn grotere concurrenten wordt gedwongen mee te werken aan een marktverdelingsregeling.[74]

Ingeval een mededingingsbeperkende afspraak is opgedrongen aan een veel zwakkere partij zou verdedigd kunnen worden dat – afhankelijk van de concrete omstandigheden – deze zwakkere partij geen toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.[75] Er dient wel sprake te zijn van bijzondere omstandigheden waarbij de zwakkere partij echt geen verwijt valt te maken en de gedraging ook niet krachtens de verkeersopvattingen toerekenbaar is. Het ontbreken van de mogelijkheid om de onrechtmatige gedraging ook aan de dader toe te rekenen is namelijk vrij uitzonderlijk (§ 7.6.4). Daar komt nog bij dat ingeval de zwakkere partij door zijn wederpartij of derden zou worden aangesproken tot betalen van schadevergoeding, in de praktijk de zwakkere partij als gedaagde zal moeten aantonen waarom toerekening in het specifieke geval ontbreekt.[76]

De nationale rechter zal naast de krachtsverhoudingen tussen de kartelpartijen (zoals een sterkere en zwakkere partij) ook rekening kunnen houden met

---

komen of de omvang daarvan te beperken, met name door tijdig alle beschikbare rechtsmiddelen aan te wenden, uiterst beperkt zo niet nihil zouden zijn geweest.'

71 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur*. 1966, p. 449.

72 R.o. 35.

73 Harinxma 2002, p. 88.

74 Harinxma 2002, p. 88.

75 Harinxma 2002, p. 88.

76 Vgl. Van Maanen 2006, nr. 74.

het gedrag van de partij die schadevergoeding vordert. Zo ligt het minder voor de hand dat een partij die vrijwillig en met veel enthousiasme deelneemt aan mededingingsbeperkende gedragingen recht heeft op schadevergoeding.[77] Volgens het HvJ EG dient dan ook mede te worden gekeken naar het respectieve gedrag van de contractpartijen.

7.4.4 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.[78] Of het nationale recht het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht al dan niet mogelijk maakt, is niet meer van doorslaggevend belang.[79] Een contractpartij kan zich altijd beroepen op artikel 81 EG. Een vordering tot verkrijging van schadevergoeding mag niet onmogelijk zijn op de enkele grond dat de eiser partij is bij de kartelovereenkomst. Het HvJ EG formuleert tevens een aantal gezichtspunten die door de nationale rechter in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van een vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.

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 *Francovich* is gedaan op het terrein van de staatsaansprakelijkheid, in zijn vervolgrechtspraak criteria te ontwikkelen waaraan voldaan moet zijn om recht te hebben op schadevergoeding.[80] 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.[81] In *Francovich* kunnen echter veel concrete

77 Vgl. Harinxma 2002, p. 88.

78 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297. Het HvJ EG maakt in *Courage/Crehan* duidelijk dat de aansprakelijkheid die gebaseerd is op het Gemeenschapsrecht zowel contractueel als delictueel kan zijn. Zie Van Gerven 2002, p. 72; Komninos 2002, p. 466 e.v.

79 Zippro 2005a, p. 198-199.

80 Van Gerven 2002, p. 72; Zippro 2005a, p. 199; HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 *(Francovich)*, *Jur*. 1991, p. I-5357. De lidstaataansprakelijkheid is verder uitgewerkt in HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 *(Brasserie du Pêcheur en Factortame)*, *Jur*. 1996, p. I-1029.

81 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.

aanwijzingen worden gevonden voor wat betreft de voorwaarden voor onrechtmatigheid.[82]

In de eerste plaats dient het bij lidstaataansprakelijkheid *(Francovich)*, evenals bij aansprakelijkheid van de Gemeenschap (§ 7.5), te gaan om een voldoende gekwalificeerde schending van een regel van gemeenschapsrecht. In de tweede plaats moet er schade zijn geleden. In de derde plaats dient er een causaal verband te bestaan tussen de schending en de schade.[83] In de vierde plaats moet de geschonden regel bedoeld zijn om particulieren te beschermen en dus de strekking hebben om aan particulieren rechten toe te kennen.[84] Het hoeft daarbij niet om subjectieve rechten te gaan (het is niet vereist dat de geschonden regel uitdrukkelijk rechten aan particulieren toekent).[85] Anders dan bij aansprakelijkheid van particulieren is het bij lidstaataansprakelijkheid niet van belang of de regel directe werking heeft. Directe werking staat dan ook niet in de weg aan lidstaataansprakelijkheid (samenloop is het uitgangspunt).[86]

7.5 Harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid

Het arrest *Courage* heeft niet alleen betekenis voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, maar ook voor de harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid.[87] In *Francovich* 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

82 Van Gerven 2002, p. 72; Zippro 2005a, p. 199. 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 beleidsmarge kan besloten liggen voor de betrokken overheid'. Voor een particulier die de mededingingsregels schendt 'geldt veeleer een objectief (fout) beginsel van toerekenbare onrechtmatigheid' aldus Van Gerven.

83 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 53.

84 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 52-53.

85 HvJ EG 17 september 2002, zaak C-253/00 *(Muñoz/Frumar)*, *Jur.* 2002, p. I-7289, *NJ* 2003, 702, m.nt. MRM. In *Muñoz/Frumar* kon een verordening die geen specifieke subjectieve rechten toekende aan particulieren, op grond van het doel en het nastreven van de volle werking van het gemeenschapsrecht met zich meebrengen dat particulieren zich er onderling op kunnen beroepen. Particulieren moeten dan ook een civielrechtelijke vordering kunnen instellen tot toewijzing van een rechterlijk verbod.

86 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 53.

87 Van Gerven 2002, p. 74-75.

> mogelijk te laten gebeuren aan de hand van beginselen die de lidstaten gemeen hebben.'

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".'[88]

Vanuit het bredere perspectief van de privaatrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht in het algemeen – en dus niet alleen voor de handhaving van het mededingingsrecht – is de zaak *Muñoz* van belang.[89] In deze zaak begint een handelaar een civiele procedure tegen een concurrent ter handhaving van gemeenschapsrechtelijke regels over voedselkwaliteit. Het HvJ EG oordeelt dat deze regels van gemeenschapsrecht in een civiele procedure moeten kunnen worden afgedwongen. Deze zaak lijkt de poort te openen naar meer privaatrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht in situaties waarbij het gemeenschapsrecht rechten aan particulieren toekent.[90] Dit impliceert dat het nationaal recht remedies dient te bieden voor de privaatrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht. Met name dient dan gedacht te worden aan schadevergoedingsacties en verbods- en gebodsacties. Deze remedies dienen effectief te zijn en niet-discriminatoir (het gelijkwaardigheidsbeginsel). Dit kan zelfs met zich meebrengen dat het nationaal recht soms anders geïnterpreteerd dient te worden dan tot nu toe het geval was en dat sommige regels van nationaal recht niet toegepast dienen te worden en vervangen moeten worden door regels van Europees aansprakelijkheidsrecht.[91]

Artikel 288 lid 2 EG 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

---

88 Van Gerven 2002, p. 75. 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 uitholt, 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 Mok 1997, p. 14.

89 HvJ EG 17 september 2002, zaak C-253/00 *(Muñoz/Frumar)*, *Jur.* 2002, p. I-7289, *NJ* 2003, 702, m.nt. MRM.

90 Van Dam 2006, nr. 1217, p. 345.

91 Vgl. Van Dam 2006, nr. 1217, p. 345; Betlem 2005, p. 126-148.

gemeen hebben.[92] 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. 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.'[93]

Het op basis van artikel 288 lid 2 EG gevormde leerstuk van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap is tevens ten grondslag gelegd aan de door het HvJ EG zonder concrete verdragsrechtelijke basis ontwikkelde lidstaataansprakelijkheid *(Francovich)*.[94] De lidstaataansprakelijkheid is in *Francovich* ingevoerd als sanctie op het niet tijdig implementeren van een richtlijn en is later uitgebreid tot wetgeving in strijd met het EG-Verdrag en rechtspraak van de nationale hoogste rechters in strijd met het gemeenschapsrecht.[95] 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 gemeenschapsrecht.[96] 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 indien 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 lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die de lidstaat kunnen worden toegerekend, is volgens het HvJ EG inherent aan het systeem van het EG-Verdrag.[97] Ook bij aansprakelijkheid van de lidstaten zullen de voorwaarden voor niet-contractuele aansprakelijkheid moeten worden vastgesteld overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.[98] Het HvJ EG overweegt in *Brasserie du pêcheur/Factortame* (r.o. 27-29):

---

92 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 art. 288 EG.

93 Van Gerven 2002, p. 72-73. Zie HvJ EG 19 mei 1992, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90 *(Mulder)*, *Jur.* 1992, p. I-3061; HvJ EG 27 januari 2000, gevoegde zaken C-104/80 en C-37/90 *(Mulder)*, *Jur.* 2000, p. I-203.

94 Zie over (lid)staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht: Meijer 2007.

95 HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 *(Köbler)*, *Jur.* 2003, p. I-10 239, *NJ* 2004, 160 m.nt. MRM; HvJ EG 9 december 2003, zaak C-129/00 *(Commissie/Italië)*, *Jur.* 2003, p. I-14637, *NJ* 2004, 582 m.nt. MRM; HvJ EG 13 juni 2006, *Jur.* 2006, p. I-5177, *NJ* 2006, 543 m.nt. MRM.

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

97 R.o. 35.

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

> '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.'

Het HvJ EG heeft bij het aanvaarden van aansprakelijkheid van particulieren voor schending van gemeenschapsrecht aansluiting gezocht bij de jurisprudentie over de lidstaataansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de Gemeenschap.[99] Overigens is artikel 288 lid 2 EG niet beperkt tot het recht inzake onrechtmatige daad, maar kunnen ook andere gronden van niet-contractuele aansprakelijkheid worden erkend, zoals aansprakelijkheid ter zake van rechtmatige daad en aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking en zaakwaarneming.[100]

Concluderend zijn er drie vormen van niet-contractuele aansprakelijkheid op grond van schending van het Europees recht te onderscheiden.[101] De artikel 288 EG aansprakelijkheid van de gemeenschap en de *Francovich* aansprakelijkheid van de lidstaten 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 de drie vormen van niet-contractuele aansprakelijkheid in dezelfde betekenis gebruiken. Zie § 7.4.4.

---

99 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 50.

100 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 57 e.v.; GvEA EG 16 november 2006, zaak T-333/03 *(Masdar)*, *Jur.* 2006, p. II-4377. Zie ook GvEA EG 23 november 2004, zaak T-166/98 *(Dolianova)*, *Jur.* 2004, p. II-3991, waar een actie uit ongerechtvaardigde verrijking nog werd afgewezen omdat het EG-Verdrag deze mogelijkheid niet zou bieden.

101 Zippro 2005a, p. 201.

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.[102] Tevens kunnen de algemene beginselen van gemeenschapsrecht die van privaatrechtelijke aard zijn een rol spelen. Zo moet schade veroorzaakt door schending van het gemeenschapsrecht worden vergoed (ongeacht of de schade veroorzaakt is door de Gemeenschap, de lidstaten of particulieren), impliceert volledige schadevergoeding de vergoeding van rente[103] en bestaat het recht op terugvordering van een onverschuldigde betaling.[104] Daarnaast kent het gemeenschapsrecht een algemeen beginsel dat zich verzet tegen het ontvangen of mogen behouden van een ongerechtvaardigde verrijking.[105] Met 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.[106] Dit zou in beginsel tot meer eenheid kunnen leiden tussen de rechtsstelsels van de 27 lidstaten in de EU en de rechtspraak van het HvJ EG en het GvEA EG.

De criteria die zijn af te leiden uit de jurisprudentie betreffende de artikel 288 EG aansprakelijkheid en de *Francovich* aansprakelijkheid, zullen in ieder geval ook, 'behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen',[107] van toepassing kunnen zijn bij de niet-contractuele aansprakelijk-

102 Zie ook Van Gerven 2005, p. 6 en zijn verwijzing naar r.o. 31 in *Courage/Crehan*, waar het HvJ EG oordeelt 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 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.

103 HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91 *(Marshall II)*, *Jur.* 1993, p. I-4367; HvJ EG 4 december 2003, zaak C-63/01 *(Evans)*, *Jur.* 2003, p. I-14 447, *NJ* 2004, 303.

104 Zie voor een nadere uitwerking Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 104.

105 Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 105. Hartkamp noemt ook nog het algemeen beginsel van misbruik van recht en het algemene beginsel van de goede trouw (uitgezonderd de beperkende werking daarvan). Zie Asser/Hartkamp 3-I* (2008), nr. 106 en nr. 107.

106 Zie voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht in de (destijds nog) 25 EU-lidstaten de rechtsvergelijkende studie in het Ashurst-rapport: Waelbroeck, Slater & Even-Shoshan 2004. Zie voor een meer algemeen rechtsvergelijkend werk voor wat betreft de niet-contractuele aansprakelijkheid in de EU bijvoorbeeld Van Gerven, Lever & Larouche 2000.

107 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 *(Brasserie du Pêcheur en 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

heid van particulieren wegens schending van het mededingingsrecht (de situatie 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 recht en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zie ook mijn afsluitende conclusie in § 11.16.

7.6 VESTIGING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID

7.6.1 Inleiding

Voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht is van belang dat wordt voldaan aan de eisen die het toepasselijke nationale recht stelt. Nu er voor dergelijke schadevergoedingsvorderingen geen communautaire regelgeving bestaat, is het volgens het HvJ EG in *Courage/Crehan* 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 ontlenen (zie § 7.4.3). Omgekeerd is voor wat betreft een schending van het Europees mededingingsrecht ook van belang dat het nationale recht voldoet aan de eisen van gemeenschapsrecht, met name het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Ik beperk mij in dit hoofdstuk hoofdzakelijk tot het Nederlands burgerlijk recht. Enkele aspecten van internationaal privaatrecht (bevoegde rechter, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging) worden in hoofdstuk 10 behandeld.

De vestiging van de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is geregeld in de bepalingen van titel 6.3 van het BW. De bepalingen in titel 6.3 betreffen de vraag of aansprakelijkheid bestaat. De vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid dient aan de hand van de algemene regels voor wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding zoals neergelegd in afdeling 10 van titel 1 te worden bepaald. De inhoud en omvang van de verbintenis tot schadevergoeding bespreek ik in § 7.7 bij het nader causaal verband. In de onderhavige paragraaf (§ 7.6) bespreek ik aan welke voorwaarden moet worden voldaan om aansprakelijkheid te vestigen op grond van schending van het mededingingsrecht.

---

vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenen, 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.

7.6.2 Onrechtmatige daad

Aan welke voorwaarden moet worden voldaan om aansprakelijkheid te vestigen op grond van schending van het mededingingsrecht? Voor het slagen van een actie uit onrechtmatige daad van de gelaedeerde jegens de laedens, moet aan de gebruikelijke eisen van de actie uit onrechtmatige daad worden voldaan:

1 Een onrechtmatige daad van de laedens door de overtreding van de mededingingsregels (doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt);
2 Toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad (het handelen in strijd met de mededingingsregels) aan de inbreukmaker;
3 De gelaedeerde van de mededingingsinbreuk heeft schade opgelopen;
4 Causaal verband tussen het handelen in strijd met de mededingingsregels (de onrechtmatige daad) en de schade die de gelaedeerde heeft geleden;
5 De geschonden norm (het mededingingsrecht, althans de betreffende bepaling uit het EG-verdrag of de Mededingingswet) strekt tot bescherming tegen de schade zoals de gelaedeerde die heeft geleden (relativiteit).[108]

Indien voldaan wordt aan de bovenstaande vijf eisen, is de aansprakelijkheid van de laedens jegens de gelaedeerde gevestigd en is de overtreder van de mededingingsregels verplicht de schade van de eiser te vergoeden.

De schadeveroorzakers (kartelleden of ondernemingen die misbruik maken van een economische machtspositie) zijn op grond van artikel 6:102 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. De gelaedeerde kan als gevolg hiervan ieder inbreukmaker (kartellid) aanspreken voor de gehele schade zodat de gelaedeerde kan bepalen of hij een of meer mededingingsovertreders aanspreekt voor de schade. De mededingingsovertreder die de schade volledig heeft vergoed zal vervolgens de schade kunnen verhalen op basis van de onderlinge schuldverhouding van de overtreders van het mededingingsrecht. Het is voor de gelaedeerde dan ook niet van belang in welke mate de mededingingsovertreders hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Zie voor hoofdelijke aansprakelijkheid, interne draagplicht en regres mijn bespreking in § 7.8.

De inhoud en omvang van de verbintenis tot schadevergoeding behandel ik zoals in § 7.6.1 reeds gezegd in § 7.7. Ik zal nu eerst ingaan op de afzonderlijke eisen behorende bij de vestiging van de aansprakelijkheid.

108 Zie ook de bespreking van de correctie Langemeijer in § 7.7.12.

7.6.3 Onrechtmatige gedraging

Zoals bekend onderscheidt de wet in artikel 6:162 lid 2 BW drie handelingen die een onrechtmatige daad opleveren. Een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Nu het EG-Verdrag en de Mededingingswet kartelvorming en en het misbruik maken van een economische machtspositie expliciet verbieden, kan het overtreden van de mededingingsregels worden gekwalificeerd als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht. Met wettelijke plicht wordt bedoeld alle Nederlandse algemeen verbindende wettelijke voorschriften van publiekrecht en privaatrecht.[109] Ook wetgeving in materiële zin valt dus onder deze categorie. Bepalingen van Europees mededingingsrecht vallen uiteraard eveneens onder de categorie 'een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht'.[110] In mededingingszaken zal de onrechtmatige gedraging bijvoorbeeld bestaan uit een schending van ('een doen in strijd met') de wettelijke plicht zoals neergelegd in de artikelen 81 EG en 6 Mw of de artikelen 82 EG en 24 Mw. Het kan dan gaan om het aangaan van verboden mededingingsbeperkende overeenkomsten of afspraken (inclusief besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen) of het misbruik maken van een economische machtspositie.

Naast het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie kan ook worden gedacht aan een schending van de regels over het concentratietoezicht (§ 5.6). Zo kan het bijvoorbeeld gaan om het tot stand brengen van een concentratie voordat het voornemen daartoe is gemeld en de wachtperiode is verstreken, het schenden van aan een concentratievergunning verbonden voorwaarden (beperkingen) en verplichtingen (voorschriften) en het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens bij een aanvraag voor het tot stand brengen van een concentratie of bij een melding van een concentratie.[111]

Schending van een wettelijke plicht is in beginsel voldoende voor het doen vaststaan van de onrechtmatigheid. In de literatuur wordt hier ook wel anders over gedacht. Volgens de leer Smits zijn daden inbreukmakend op eens anders recht of strijdig met een wettelijke plicht slechts onrechtmatig, indien tevens

---

109 Bij de term wettelijke plicht moet gedacht worden aan verplichtingen die geen verbintenissen opleveren. Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 34 en de daar vermelde verwijzing naar *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 614-615 (TM).

110 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 615 (TM).

111 Korsten & Van Wanroij 2008, p. 332.

in strijd is gehandeld met de zorgvuldigheidsnorm.[112] Tevens bestaat er een stroming in de literatuur die niet alleen de onrechtmatigheidscriteria wil samenvoegen, maar ook onrechtmatigheid en toerekening wil samenvoegen.[113]

Indien voldaan is aan het criterium schending van een wettelijke plicht is toetsing aan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet meer noodzakelijk, aannemende dat de wettelijke plicht ook strekt ter bescherming van het geschonden belang (relativiteit).[114] Voor de gelaedeerde zal overtreding van een wettelijke norm over het algemeen ook eenvoudiger zijn te bewijzen dan schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.[115] Mocht een partij echter aansprakelijk worden gesteld voor een gedraging die niet in strijd is met het mededingingsrecht, maar wel in strijd is met de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, dan kan niet meer gesproken worden van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Dat neemt niet weg dat het sluiten van een verboden kartelovereenkomst of het maken van misbruik van een economische machtspositie ook al snel in strijd zal zijn met de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

Van een inbreuk op een recht zal bij een inbreuk op de mededingingsregels niet snel worden gesproken, nu onder inbreuk op een recht wordt verstaan een inbreuk op een subjectief recht, waarvan de belangrijkste zijn de inbreuk op persoonlijkheidsrechten (recht op lichamelijke integriteit, huisrecht, vrijheid, eer en goede naam etc.) en vermogensrechten (eigendom, beperkte rechten, rechten op voortbrengselen van de geest en bijvoorbeeld de rechten van de huurder en de pachter).[116]

Wanneer een overeenkomst of afgestemde feitelijke gedraging reeds door de NMa of de Commissie strijdig is bevonden met de mededingingsregels, is

112 Zie Smits 1940, p. 373 e.v. Zie voor een verdere behandeling van deze verschillende opvattingen Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 52 en de dissertatie van Sieburgh: Sieburgh 2000. Zie voor kritiek op Sieburgh de bespreking van haar dissertatie door Van Boom 2001, p. 335-341 en Van Dam 2001, p. 71-74.

113 Zie bijvoorbeeld Van Oven 1932, p. 509-512, Slagter 1952, p. 210; Van Dam 1989, nr. 71. In het Franse en Belgische recht geldt nog altijd het ongedeelde vereiste van de '*faute*' of de 'fout'. In het Nederlandse recht kwamen onrechtmatigheid en toerekening als zelfstandige eisen in het BW van 1992 terecht. Zie over foutaansprakelijkheid en het 'duo-vereiste' onrechtmatigheid en schuld Van Dam 2000, nr. 101 e.v.

114 Bij gedragingen in strijd met het concentratietoezicht lijkt de kans dat een vordering uit onrechtmatige daad afstuit op het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW groter te zijn dan bij gedragingen in strijd met het kartelverbod of het misbruikverbod. Zie Mok 2003, p. 312 en mijn bespreking in § 7.6.7.

115 Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 34.

116 Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 35; Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 2, aant. 7 e.v.; Van Maanen 2006, nr. 32 e.v., p. 33 e.v. (in het bijzonder nr. 34, p. 35 e.v.); Hijma & Olthof 2008, nr. 408. Een subjectief recht kan in de woorden van Meijers worden gekarakteriseerd als een 'bijzondere door het recht aan iemand toegekende bevoegdheid die hem wordt verleend om zijn belang te dienen.' Zie Meijers in zijn *Algemene Begrippen*, p. 86. Zie ook Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 35 en de daar vermelde verdere verwijzingen.

de onrechtmatigheid voor de eiser in een civiele procedure aanzienlijk makkelijker te bewijzen. Ingeval een gedraging strijdig met het kartelverbod is bevonden in een beschikking van de Commissie of in een arrest van het GvEA EG of het HvJ EG, is de onrechtmatigheid daarmee (al dan niet voorlopig) reeds gegeven. Uitspraken van het HvJ EG, GvEA EG en de beschikkingen van de Commissie zijn bindend voor de nationale rechter.[117] Aan een besluit van de NMa wordt daarentegen door het burgerlijk recht en de Mededingingswet geen bijzondere bewijskracht toegekend. Het beginsel van de gemeenschapstrouw speelt hier niet en ook de *Masterfoods*-jurisprudentie en artikel 16 lid 1 Verordening 1/2003 is in deze situatie niet direct van toepassing (zie § 5.4.8). De burgerlijke rechter komt op grond van artikel 152 lid 2 Rv een grote vrijheid toe bij de waardering van het bewijs. In de praktijk zal de rechter gezien zijn geringe deskundigheid op het gebied van het mededingingsrecht veelal geneigd zijn het oordeel van de NMa te volgen,[118] dit nog afgezien van het al veel besproken punt van de formele rechtskracht van een besluit van de NMa (zie uitgebreider § 9.5.7.4).[119] Indien men van oordeel is dat de leer van de formele rechtskracht onder de gegeven omstandigheden niet van toepassing is, vormt een besluit van de NMa in ieder geval een belangrijk gezichtspunt bij de vorming van een oordeel door de burgerlijke rechter. Het zal veelal een overtuigend en doorslaggevend argument vormen dat door de eisende partij wordt ingebracht om de mededingingsinbreuk aan te tonen.

Een informele zienswijze van de NMa zal de rechter als goed begin van bewijs van een inbreuk kunnen beschouwen, maar duidelijk niet meer dan dat.[120] Indien een NMa-besluit op tafel ligt waarin de NMa stelt dat een aantal marktpartijen de Mw hebben overtreden (door bijvoorbeeld met elkaar overeenkomsten te sluiten dan wel hun feitelijke gedraging af te stemmen met betrekking tot het te voeren prijsbeleid), dan is de onrechtmatigheid hiermee in beginsel gegeven (behoudens vernietiging in beroep) en vormt het besluit, zelfs indien men van oordeel is dat de leer van de formele rechtskracht niet van toepassing is, in ieder geval een overtuigend en doorslaggevend argument voor het aantonen van een mededingingsinbreuk.

---

117 Zie art. 16 lid 1 van Verordening 1/2003.

118 Zie bijvoorbeeld Slot e.a. 2002, p. 38.

119 Zie voor argumenten voor het aannemen van formele rechtskracht van een besluit van de NMa bijvoorbeeld Pietermaat 2001, p. 106. Zie anders maar mijns inziens ten onrechte (een nadere motivering geef ik in § 9.6.7.4) in hetzelfde deel van de reeks Pijnacker Hordijk & Noë 2001, p. 75-90. Zie § 9.6.7.4 voor een nadere uitwerking van de vraag naar de formele rechtkracht van een besluit van de NMa.

120 Zie bijvoorbeeld het kort geding tussen KPN en nl.tree, waar het Hof 's-Gravenhage niet meeging met de informele zienswijze van de NMa omdat de NMa volgen het Hof onvoldoende onderzoek had gedaan en voornamelijk was afgegaan op informatie verstrekt door KPN. Hof 's-Gravenhage 11 maart 2004, *NJ* 2004, 334 *(KPN/nl.tree)*, r.o. 11.

7.6.4 Toerekenbaarheid

7.6.4.1 Algemeen

Een schending van de mededingingsregels is aan de dader toe te rekenen indien de schending is te wijten aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. In deze fase gaat het om de toerekening van de schending van het mededingingsrecht aan de dader in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW. Er wordt dus een verband gelegd tussen de dader en zijn gedraging, namelijk het overtreden van de mededingingsregels.[121]

Hoewel het begrip toerekenbaarheid in artikel 6:162 lid 3 BW ziet op het verband tussen de dader en zijn gedraging, wordt het buiten artikel 6:162 lid 3 BW gebruikt in andere betekenissen, met name in artikel 6:98 BW om het oorzakelijk verband tussen de schade en de overtreding van de mededingingsregels (de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust) te beoordelen.[122] Artikel 6:98 BW geeft voor alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding het criterium voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding en bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. De toerekening van de schade aan de gebeurtenis in de zin van artikel 6:98 BW dient te worden onderscheiden van de toerekening van de daad aan de dader in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW.[123] De toerekening in de zin van artikel 6:98 BW bespreek ik in § 7.7.2.[124]

Een schending van het mededingingsrecht zal aan de dader zijn toe te rekenen op grond van schuld. Schuld in de zin van artikel 6:162 BW wordt opgevat als verwijtbaarheid. Het schuldvereiste zoals neergelegd in artikel 6:162 BW ziet op het verwijtbaar handelen van de concrete dader en dient subjectief te worden uitgelegd.[125] Juridische schuld kan weliswaar bestaan buiten morele laakbaarheid, dat betekent echter niet dat schuld objectief moet worden uitgelegd.[126] Verwijtbaarheid hoeft niet per definitie een ethisch of

121 Zie over toerekenbaarheid Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 69.
122 Zie over art. 6:98 BW onder meer Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 69.
123 Zie HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 *(Bussluis)*. Zie ook Lindenbergh 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:162 BW, aant. 4.
124 Zie over de toerekening naar redelijkheid *PG Boek 6*, Eindverslag, Antwoord I, p. 628, 629. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 58 e.v.; Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 71.
125 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 76.
126 Zie hiervoor Sieburgh 2000, p. 153-156. Sieburgh wijst terecht op het feit dat persoonlijke kenmerken als kennis, kunde, ervaring en capaciteiten bepalen of de gedraging van de dader aan schuld is te wijten.

moreel oordeel over de dader in te houden.[127] De schender van het mededingingsrecht wordt verantwoordelijk gesteld voor de nadelige gevolgen van zijn handelen omdat hij anders had kunnen en moeten handelen.[128] Dit wordt bepaald door de persoonlijke kenmerken van de dader, zoals in de woorden van Sieburgh 'zijn capaciteiten, vaardigheden, kennis en kunde en door de aard van de activiteit die hij ontplooit.'[129] De gelaedeerde van een schending van het mededingingsinbreuk zou in beginsel als eiser moeten stellen en (bij deugdelijke betwisting) dienen te bewijzen dat de schending van het mededingingsrecht aan de schuld van de gedaagde is te wijten. De aanwezigheid van schuld wordt echter veelal op voorhand aangenomen, nu het uitzonderlijk is dat ingeval de onrechtmatigheid vast is komen te staan de dader geen schuld heeft.[130] Ingeval de laedens opzettelijk heeft gehandeld is de toerekenbaarheid gegeven.[131]

Het ontbreken van schuld bij een schending van het mededingingsrecht zou theoretisch kunnen liggen in een verontschuldigbare dwaling ten aanzien van het objectieve recht. Dit zou zich voor kunnen doen indien de inbreukmaker de overtreden norm niet kende of dwaalde omtrent de betekenis van de overtreden norm.[132] Ook in artikel 56 lid 3 Mw is neergelegd dat de NMa geen boete oplegt indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon aan wie de schending van het mededingingsrecht kan worden toegerekend aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt. De disculpatiegrond is opgenomen om het wettelijk stelsel van de Mededingingswet in ieder geval in overeenstemming te brengen met de eisen van artikel 6 lid 2 EVRM.[133]

Het is moeilijk voorstelbaar dat een onderneming die de mededingingsregels overtreedt geen verwijt kan worden gemaakt. Voor wat betreft het

---

127 Sieburgh 2000, p. 170.

128 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 71; *PG Boek 6*, p. 618 e.v. Zie ook Sieburgh 2000, p. 97 e.v., in het bijzonder p. 162.

129 Sieburgh 2000, p. 251. Sieburgh toont overtuigend aan dat de dogmatische consequentie van de subjectieve uitleg van schuld gelegen is in het feit dat schuld een zelfstandige waarde heeft naast het element van de onrechtmatigheid. Een gedraging is onrechtmatig wanneer die gedraging in strijd is met een algemeen geldende norm, maar de toerekenbaarheid krachtens schuld is afhankelijk van de persoonlijke kenmerken van de dader gezien in verband met de aard van zijn onrechtmatige gedraging. Zie Sieburgh 2000, p. 156-166. De subjectieve uitleg van schuld heeft naast dogmatische consequenties ook praktische consequenties. Zo kan de dader afhankelijk van zijn persoonlijke kenmerken een verwijt worden gemaakt van zijn gedragingen. Zie Sieburgh 2000, p. 162-166 en p. 252.

130 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 77.

131 Zie Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 3, aant. 10.

132 Andere schulduitsluitingsgronden zijn bijvoorbeeld noodweerexces (noodweer is geen schulduitsluitingsgrond maar een rechtvaardigingsgrond) en een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel (een bevoegd gegeven ambtelijk bevel is een rechtvaardigingsgrond). Ook kan sprake zijn van dwaling met betrekking tot de feiten. Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 79.

133 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 87.

privaatrechtelijk mededingingsrecht heeft de Hoge Raad een beroep op verschoonbare dwaling verworpen in het *Rummikub II*-arrest.[134] De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.2.4):

> 'Wie in Nederland een product in het verkeer brengt en dusdoende jegens een concurrent onrechtmatig handelt omdat dit product – kort gezegd – moet worden beschouwd als een slaafse nabootsing van dat van die concurrent, kan zich immers – ook naar het vóór 1 januari 1992 geldende, te dezen toepasselijke recht – niet met succes erop beroepen dat dit onrechtmatig handelen niet aan zijn schuld te wijten is omdat hij verschoonbaar heeft gedwaald omtrent het hier te lande geldende recht inzake ongeoorloofde mededinging. Van wie hier handel gaat drijven, mag immers worden gevergd dat hij zich voordien ter zake informeert en wanneer hij dat niet of onvoldoende heeft gedaan, komen de gevolgen daarvan voor zijn rekening.'

Hoewel de uitspraak is gewezen in een geschil betreffende het privaatrechtelijk mededingingsrecht (in dit geval het ongeoorloofde mededingingsrecht), zal hetzelfde hebben te gelden voor het publiekrechtelijk mededingingsrecht. In beginsel is een beroep op verontschuldigbare dwaling ten aanzien van het objectieve recht onder het oude recht mogelijk geacht, maar een beroep op rechtsdwaling wordt meestal afgewezen wegens het feit dat zij aan eigen schuld is te wijten of voor risico van de dwalende komt.[135] Degene die dwaalt ten aanzien van de rechtmatigheid van zijn eigen handelen in strijd met het mededingingsrecht of zijn eigen bevoegdheid, pleegt een onrechtmatige daad die, zo er al geen sprake is van schuld, kan worden toegerekend krachtens de verkeersopvattingen.[136] De conclusie is dat de gedaagden die de mededingingswetgeving schenden, geen succes zullen hebben met het verweer dat zij hebben gedwaald omtrent de geldende mededingingsregels.

Ingeval een mededingingsbeperkende afspraak is opgedrongen aan een veel zwakkere partij zou verdedigd kunnen worden dat – afhankelijk van de concrete omstandigheden – deze zwakkere partij geen toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.[137] Er dient wel sprake te zijn van bijzondere omstandigheden waarbij de zwakkere partij echt geen verwijt valt te maken en de gedraging ook niet krachtens de verkeersopvattingen toerekenbaar is. Het ontbreken van de mogelijkheid om de onrechtmatige gedraging ook aan de dader toe te rekenen is namelijk vrij uitzonderlijk. Daar komt nog bij dat ingeval de zwakkere partij door zijn wederpartij of derden zou worden aange-

134 HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)*.

135 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 79 en de daar genoemde verwijzing naar HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)*, r.o. 3.2.4. Zie ook Jansen (*Onrechtmatige daad I*), art. 162, lid 3, aant. 52.

136 TM, *PG Boek 6*, p. 618-619. Toerekening krachtens de verkeersopvattingen wordt beperkt tot een beperkt aantal situaties, nu de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voornamelijk een schuldaansprakelijkheid is. Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 91-92.

137 Harinxma 2002, p. 88.

sproken tot betalen van schadevergoeding, in de praktijk de zwakkere partij als gedaagde zal moeten aantonen waarom toerekening in het specifieke geval ontbreekt (§ 7.4.3).[138]

Daarnaast zou het kunnen gaan om een onjuiste voorstelling van feitelijke zaken. Een onderneming kan in onwetendheid verkeren met betrekking tot het beperkende karakter van haar handelen. Te denken valt aan het feit dat een overeenkomst eerst geen merkbaar mededingingsbeperkend effect heeft en later – door veranderende marktomstandigheden die voor een onderneming moeilijk goed en volledig in kaart zijn te brengen – wel een merkbaar mededingingsbeperkend effect heeft en dus in strijd is met het mededingingsrecht. Het kan dan gaan om een dwaling over de feitelijke marktpositie. Een dergelijk beroep op feitelijke dwaling zal ook niet snel slagen.[139] Toerekenbaarheid in de zin van artikel 6:162 lid 3 BW vormt dan ook geen (onoverkomelijk) probleem bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

7.6.4.2 Het Groenboek

In het Groenboek ziet de Commissie het moeten aantonen van schuld wel als een van de obstakels voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De Commissie stelt in het Groenboek de vraag of voor schadevorderingen in mededingingszaken het bewijs van schuld moet worden geleverd (vraag D). In veel lidstaten is volgens de Commissie het bewijs van schuld vereist voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. Zij doet op dit gebied drie voorstellen. In het eerste voorstel moet het bewijs van de inbreuk toereikend zijn, zoals bijvoorbeeld het geval is met risicoaansprakelijkheid (optie 11). In het tweede voorstel is het bewijs van de inbreuk slechts toereikend voor de zwaarste inbreuken op de antitrustwetgeving (optie 12). In het derde voorstel moet de verweerder de mogelijkheid hebben aan te tonen dat er sprake is van een verschoonbare, onjuiste opvatting over het recht of de feiten (verschoonbare dwaling). Onder die omstandigheden zou de inbreuk niet leiden tot aansprakelijkheid voor schade (optie 13). Geen van de drie voorstellen is naar Nederlands recht

138 Vgl. Van Maanen 2006, nr. 74.

139 Zie in het kader van het onschuldvermoeden in art. 6 EVRM: HvJ EG 8 februari 1990, zaak 297/87, *Jur.* 1990, p. I-261 *(Tipp-Ex)*; GvEA EG 12 juni 2001, gevoegde zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, *Jur.* 1998, p. II-2035 *(Tate & Lyle)*. Het bestuursorgaan dient te bewijzen dat de laedens de verweten gedraging heeft begaan. Vervolgens wordt schuld en verwijtbaarheid verondersteld bij daderschap. Hierbij wordt uitgegaan van een objectief vermoeden van schuld. De laedens kon niet onkundig zijn van de verboden mededingingsbeperkende gedraging. Zie ook Verweij/Van der Meulen & Van den Berg 2008 (T&C Mededingingswet), art. 56, aant. 6b.

noodzakelijk voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.[140]

7.6.4.3 Het Witboek

In het na het Groenboek verschenen Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie een maatregel voor die – voor de lidstaten waar bewijs van schuld wordt verlangd – duidelijk maakt dat

> 'zodra het slachtoffer een inbreuk op artikel 81 of 82 van het EG-Verdrag heeft bewezen, de inbreukmaker aansprakelijk dient te worden gehouden voor de veroorzaakte schade, tenzij deze kan aantonen dat de inbreuk het resultaat was van een daadwerkelijk verschoonbare dwaling.'

Een dwaling is volgens de Commissie verschoonbaar

> 'indien een redelijk persoon die volgens een strenge zorgvuldigheidsnorm handelt, niet had kunnen weten dat die gedraging de mededinging beperkte.'

Dit voorstel in het Witboek is, evenals de zojuist besproken voorstellen betreffende bewijs van schuld in het Groenboek, naar Nederlands recht niet noodzakelijk voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.[141] Toerekening van de schending van het mededingingsrecht aan de laedens op grond van schuld of de verkeersopvattingen biedt voldoende mogelijkheden. Het voorstel van de Commisie in het Witboek lijkt zelfs minder ver te gaan dan de toerekening van een schending van het mededingingsrecht aan de laedens naar Nederlands recht. In lidstaten waar de toerekening van de schending van het mededingingsrecht aan de dader een groter obstakel vormt voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, kan echter een positieve werking uitgaan van het in het Witboek gepresenteerde voorstel van de Commissie.

7.6.5 Schade

Voor de *vestiging* van aansprakelijkheid is reeds voldoende dat er enigerlei nadeel is geleden. Voor een eventuele declaratoire uitspraak (verklaring voor recht dat de gedraging onrechtmatig is), een rechterlijk verbod om een bepaal-

140 Eilmansberger is van mening dat de eliminatie van het schuldvereiste de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht wel significant zal bevorderen. Zie Eilmansberger 2007, p. 459.

141 Zie Witboek, COM/2008/165 def., § 2.4. Zie ook *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 5.

de onrechtmatige handeling te verrichten of een rechterlijk bevel om een bepaalde handeling te verrichten waarvan het nalaten onrechtmatig zou zijn, is de reële dreiging van een onrechtmatige daad reeds voldoende.[142] Reeds vóór het plegen van een onrechtmatige daad bestaat een rechtsplicht om zich van die onrechtmatige daad te onthouden.[143] Dreiging van schade is niet vereist, maar de eiser dient wel voldoende belang bij zijn vordering te hebben.[144] De *omvang* van de schadevergoedingsplicht zal volgens de regels van afdeling 10 van titel 1 van Boek 6 moeten worden vastgesteld. Zie over de omvang van de schadevergoedingsplicht § 7.7.3.

7.6.6 Causaliteit, *condicio sine qua non*-verband tussen de schade en de inbreuk op het mededingingsrecht

7.6.6.1 Algemeen

Het enkele feit dat er een aansprakelijkheidsgrond (schending van de mededingingsregels) en schade is, betekent nog niet dat aansprakelijkheid kan worden aangenomen. De grond voor aansprakelijkheid en de schade dienen met elkaar in causaal verband te staan.[145] Voor de vestiging van aansprakelijkheid wegens schending van het mededingingsrecht is voldoende dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de mededingingsinbreuk en de geleden schade. De schade moet het gevolg zijn van de schending van het mededingingsrecht. Dit oorzakelijk verband is te herleiden uit het woord 'dientengevolge' zoals dat in artikel 6:162 lid 1 BW is neergelegd. De vraag die beantwoord moet worden luidt: zou de schade zijn uitgebleven als het mededingingsrecht niet was geschonden? Anders gezegd: vormt de aansprakelijkheidsgrond de noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de schade?[146] Deze vraag is natuurwetenschappelijk van karakter en sluit logisch irrelevante omstandigheden uit.[147] Als gevolg van het feit dat men bij de vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband een hypothetische toestand in de vergelijking betrekt

142 Zie *PG Boek 6*, p. 613.
143 Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 118.
144 Zie art. 3:303 BW.
145 Zie bijvoorbeeld Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 47 e.v.
146 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 50. Van Schellen bepleit in 1972 dat het *condicio sine qua non*-verband als grondslag van de juridische causaliteit kan worden gemist en soms zelfs schadelijk kan werken. Voor de causale status van een bepaald feit is volgens Van Schellen niet doorslaggevend 'of het gevolg zonder dat feit niet zou hebben plaatsgehad (zoals de CSQN-theorie wil), maar of dat feit al of niet als *storend* werd ervaren met betrekking tot een bepaald (ongewenst) gevolg.' In bepaalde situaties kan een gedraging zijn storend-causale karakter behouden, ook al zou het ongewenste gevolg zonder deze gedraging waarschijnlijk toch zijn ingetreden. Zie Van Schellen 1972, p. 315.
147 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 50. De leer van de *condicio sine qua non* is verder ontwikkeld door Von Buri. Zie Von Buri 1860.

(wat zou er zijn gebeurd, als de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust niet zou hebben plaatsgevonden) kan op het gebied van bewijs geen absolute zekerheid worden verlangd. Er dient een redelijke mate van waarschijnlijkheid te zijn dat de fout (de schending van het mededingingsrecht) de schade heeft veroorzaakt.[148] Indien het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt, wordt verder niet meer naar de toerekening in de zin van artikel 6:98 BW gekeken en zal de vordering van eiser worden afgewezen.[149] Een voorbeeld waarin de problematiek van het *condicio sine qua non*-verband speelt bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, is de fietsfabrikantenzaak.[150]

Relevant voor de boeteoplegging door de NMa in de fietsfabrikantenzaak is het feit dat de fietsfabrikanten Accell (via haar dochters Batavus en Koga), Gazelle en Giant twee besprekingen hebben gevoerd over het prijsbeleid in het fietsseizoen 2001. Tijdens de eerste bijeenkomst is door Batavus, Koga, Gazelle en Giant gesproken over de verhoging van de consumentenadviesprijzen voor fietsen en over de wijziging van de betalingskortingen voor rijwielhandelaren. De tweede bijeenkomst zou over kortingen en vergoedingen voor de verkoop van bedrijfsfietsen gaan. Het naar aanleiding van deze tweede bijeenkomst gevoerde gesprek van Batavus, Gazelle en Giant met Nationale Fiets Projecten (NFP), een aanbieder van bedrijfsfietsplannen, is na enkele minuten afgebroken naar aanleiding van het zichtbaar worden van briefpapier van de NMa. In beide gevallen is sprake geweest van contact tussen concurrenten strekkende tot onthulling van (voorgenomen) marktgedrag en beïnvloeding van elkaars marktgedrag. Dit gedrag is strijdig met het kartelverbod zoals is neergelegd in artikel 6 Mw. De NMa heeft vervolgens boetes opgelegd aan de fietsfabrikant Accell Group N.V. (onder meer de merken Batavus en Koga), Gazelle B.V. en Giant Europe B.V.[151]

In de fietsfabrikantenzaak heeft de NMa vastgesteld dat het overleg over de stijging van de dollar en yenkoersen de concurrentie heeft beperkt.[152] De

148 Boonekamp (*Schadevergoeding*), art. 98, aant. 13.1; Klaassen 2007, nr. 20, p. 30 e.v. Vgl. Peeperkorn 2000, p. 60; Peeperkorn 1998, p. 321 e.v.

149 *Condicio sine qua non*-verband is overigens niet altijd vereist. Art. 6:98 laat toe causaal verband aan te nemen zonder dat van negatief *sine qua non*-verband sprake is. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 50, 83, 86-91 en TM, *PG Boek 6*, p. 340.

150 NMa besluit 21 april 2004, zaak 1615 *(fietsfabrikantenzaak)*.

151 Bij het opleggen van de boete hanteert de NMa de richtsnoeren boetetoemeting. Uit deze richtsnoeren blijkt dat voor de boetetoemeting van belang zijn de betrokken omzet op de Nederlandse markt voor de duur van de overtreding, de zwaarte van de overtreding, de economische context, boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden en de eventuele toepasselijkheid van de clementieregeling. Vanwege het onderwerp van de besprekingen is volgens de NMa sprake van zeer zware overtredingen (boetefactor 1,5-3). Gezien de economische context is in casu een vermenigvuldigingsfactor van 1,5 aangewezen. Bij de vaststelling van de boete heeft de NMa geen aanleiding gezien om boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.

152 Punt 220 en punt 221 van het besluit.

partijen hadden naar voren gebracht dat de aanzienlijke verhoging van de consumentenadviesprijzen in fietsseizoen 2001 onder meer te maken had met de gestegen dollar- en yenkoers ten opzichte van de Europese munteenheid. De NMa merkt daar in zijn beslissing over op dat het exogene karakter van de kostenstijging die de aanleiding vormde voor de verhoging van de consumentenadviesprijzen in fietsseizoen 2001, op zichzelf niet afdoet aan de schadelijkheid van de kartelovertreding inhoudende dat Batavus, Koga, Gazelle en Giant met elkaar hebben gesproken over het te hanteren prijsbeleid in het fietsseizoen 2001 en hieraan deels uitvoering hebben gegeven.[153] Een verandering van een exogene factor noodzaakt volgens de NMa iedere partij ertoe de op dat moment gehanteerde prijzen en de prijsopbouw nader te bekijken en eventueel te wijzigen, wat in een geconcentreerde markt met gepubliceerde consumentenadviesprijzen zou kunnen leiden tot meer concurrentie tussen de bestaande marktpartijen. Als gevolg van het overleg tussen Batavus, Koga, Gazelle en Giant met betrekking tot deze exogene factoren hebben de fietsfabrikanten op dit punt de concurrentie beperkt.

Voor de vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband tussen de prijsafspraken en de schade is van belang dat de NMa opmerkt dat ook zonder afgestemd gedrag de koersfluctuaties in de consumentenadviesprijzen voor het fietsseizoen 2001 tot uitdrukking zouden zijn gebracht, al is volgens de NMa niet vast te stellen in welke mate dat voor ieder van de betrokken ondernemingen het geval zou zijn geweest.[154] De functie van de vaststelling van de NMa dat de fietsfabriekanten waarschijnlijk autonoom, los van de afspraak, de fietsprijzen zouden hebben verhoogd, is gelegen in de relativering van de in eerste instantie gegeven kwalificatie van zeer zware overtreding. De NMa kiest namelijk uiteindelijk voor de laagst mogelijke boetefactor van 1,5. Deze mededingingsrechtelijke vaststelling van de NMa kan een probleem creëren betreffende het oorzakelijk verband. Is nu sprake van een *condicio sine qua non*-verband tussen het afgestemde gedrag van de fietsfabrikanten over de exogene factor als gebeurtenis waarop hun aansprakelijkheid berust enerzijds en de schade van de consumenten gelegen in de prijsverhoging van de fietsen anderzijds?

7.6.6.2 Schade of causaliteit? Een verschil in perspectief

De vraag of er sprake is van *condicio sine qua non*-verband tussen het afgestemde gedrag van de fietsfabrikanten over de exogene factor als gebeurtenis waarop hun aansprakelijkheid berust enerzijds en de schade van de consumenten gelegen in de prijsverhoging van de fietsen anderzijds valt nauw samen met de vraag wat nu precies als schade kan worden gekwalificeerd. Tussen de verhoging van de prijs als gevolg van de gestegen dollar- en yenkoers ten

153 Punt 220.
154 Punt 222.

opzichte van de Europese munteenheid enerzijds en de onrechtmatige gedraging (kartelafspraak) anderzijds bestaat geen *condicio sine qua non*-verband. Ook zonder de kartelafspraak was de prijs van de fietsen volgens de NMa met een bepaald percentage gestegen.[155] Kan nu alleen het deel van de prijsverhoging dat het gevolg is van de sluiting van het kartel worden beschouwd als schade? Is de kartelinbreuk alleen voor dat gedeelte een belangrijke voorwaarde (*condicio*) zonder welke (*sine qua*) het gevolg niet (*non*) zou zijn ingetreden?

Uit de casus betreffende de fietsfabrikanten komt duidelijk naar voren dat schade een causaal element bevat. Schade is altijd het gevolg van een zekere gebeurtenis, een nadelige verandering die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest. Bloembergen heeft daar in zijn dissertatie reeds op gewezen.[156] Nu er naast de overtreding van het mededingingsrecht nog een andere gebeurtenis in het spel is (verhoging van de prijs als gevolg van de gestegen dollar- en yenkoers ten opzichte van de Europese munteenheid), kan er vanuit twee perspectieven worden gekeken naar de problemen betreffende schade en causaliteit.

Vanuit het eerste perspectief wordt aangenomen dat er schade is geleden. De vraag is vervolgens wat nu de oorzaak van de schade is: de onrechtmatige daad of de verhoging van de prijs als gevolg van de gestegen dollar- en yenkoers. Vanuit het tweede perspectief kan de vraag worden gesteld of er überhaupt schade is geleden. Zonder de mededingingsovertreding zou de prijs van de fietsen als gevolg van de gestegen dollar- en yenkoers ten opzichte van de Europese munteenheid toch wel zijn gestegen. De stijging van de fietsprijzen als gevolg van de gestegen dollar- en yenkoers kan in dat opzicht niet worden gekwalificeerd als schade. Alleen het deel van de prijsverhoging dat het gevolg is van de sluiting van het kartel kan worden beschouwd als schade en alleen voor dat gedeelte is de kartelinbreuk een belangrijke voorwaarde (*condicio*) zonder welke (*sine qua*) het gevolg niet (*non*) zou zijn ingetreden.

Ter bepaling van de omvang van de schade zal moeten worden vastgesteld hoe de hypothetische ontwikkeling zou zijn geweest als de inbreuk op het mededingingsrecht (de onrechtmatige daad) niet had plaatsgevonden. Het gaat daarbij niet om een vergelijking met de situatie zoals die zonder de mededingingsinbreuk was (historisch), maar om een vergelijking met de toestand zoals die zonder de mededingingsinbreuk zou zijn geworden (hypothetisch).[157]

155 Voor deze aanname levert de NMa overigens geen empirisch bewijs.

156 Bloembergen 1965, nr. 12, p. 14-15. Zie ook Akkermans 2000, p. 90.

157 Zie bijvoorbeeld Bloembergen 1965, nr. 14, p. 17-18; Akkermans 2000, p. 92; Vgl. Van Schellen 1972; Barendrecht & Storm 1995, p. 13.

7.6.6.3 Objectiefrechtelijke leer, uitgangspunt

Normaal gesproken dient de gelaedeerde het *condicio sine qua non*-verband te stellen en bij betwisting te bewijzen. De partij in een mededingingzaak die zich beroept op de rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt op grond van artikel 150 Rv ook de bewijslast van die feiten of rechten (de zogenaamde objectiefrechtelijke leer), tenzij uit enige bijzondere regel of de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Met de bewijslast draagt de partij ook het risico van een onmogelijke of mislukte bewijsvoering.[158] Nu kan worden afgeweken van de objectiefrechtelijke leer. Op grond van bijzondere regels of op grond van de billijkheidscorrectie kunnen de stelplichtverdeling en de bewijslastverdeling uiteenlopen, waardoor er uitzonderingen ontstaan op de objectiefrechtelijke leer.[159]

7.6.6.4 Objectiefrechtelijke leer, uitzonderingen

In de jurisprudentie zijn bijzondere regels van bewijslastverdeling ontstaan. Het gaat daarbij niet om *wettelijke* vermoedens (zoals bijvoorbeeld de door Snijders c.s. gebruikte voorbeelden als artikel 7:658 BW voor wat betreft werkgeversaansprakelijkheid en de uit het goederenrecht afkomstige bepalingen als artikel 3:109, 3:118 lid 3 en 3:119 lid 1 BW) maar om vermoedens naar *ongeschreven* recht. Snijders, Klaassen & Meijer duiden dit aan als jurisprudentiële vermoedens.[160] Jurisprudentiële vermoedens worden wel aangeduid als omkeringsregels (§ 7.6.6.5).[161] Daarbij dient de kanttekening te worden geplaatst dat het niet gaat om de omkering van de bewijslast in de betekenis dat daarmee tevens het bewijsrisico wordt omgekeerd.

Het gaat bij jurisprudentiële vermoedens die worden aangeduid als omkeringsregels om gevallen waarbij de rechter op grond van een bepaald feit een ander niet vaststaand feit aanneemt behoudens tegenbewijs. Deze situatie kan zich dus voordoen indien op grond van een vaststaand feit een niet-vaststaand feit ten voordeel van de partij met de bewijslast wordt aangenomen, behoudens tegenbewijs. De bewijslast in de zin van bewijsrisico rust na de omkering nog steeds bij degene die zich op het rechtsgevolg beroept. Wordt door middel

158 Zie ook *Parl. Gesch. Bewijsrecht*, p. 85.

159 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 213.

160 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 214. Naast het (weerlegbare) wettelijk vermoeden en het jurisprudentiële vermoeden onderscheiden zij ook nog het processuele vermoeden en het anderszins feitelijke vermoeden. Indien de rechter op grond van een bepaald processueel feit een ander niet-vaststaand feit behoudens tegenbewijs aanneemt, spreken zij van een processueel vermoeden. Indien de rechter op basis van de in een procedure gestelde en gebleken (hulp)feiten de aanwezigheid van een ander voor toewijzing van het beoogde rechtsgevolg relevant feit aanneemt (behoudens tegenbewijs) spreken zij over een feitelijk vermoeden.

161 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 214.

van het tegenbewijs dat wordt aangedragen door de wederpartij het vermoeden weerlegd, dan treedt het beoogde rechtsgevolg niet in.[162]

In het geval de rechter besluit, op grond van een van de uitzonderingen zoals die zijn neergelegd in artikel 150 Rv, de bewijslast aan een andere partij te geven dan degene die deze op grond van de objectiefrechtelijke leer zou hebben gehad is sprake van een omkering van de bewijslast en daarmee ook een omkering van het bewijsrisico, in die zin dat zowel de bewijslast als het bewijsrisico berusten bij de wederpartij van degene die zich op een bepaald rechtsgevolg beroept.[163]

7.6.6.5 De omkeringsregel

Wat betreft de problematiek van het *condicio sine qua non*-verband geldt in het aansprakelijkheidsrecht de zogenaamde 'omkeringsregel'.[164] Deze regel komt neer op het volgende:

> 'indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.'[165]

De omkeringsregel die bekend stond als oplossing voor het probleem van onzekerheid over het *csqn*-verband bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen leek tot algemene regel te zijn verheven die binnen en buiten situaties van letselschade werd toegepast bij kansverhoging in het algemeen.[166] Degene die werd aangesproken leek zowel de bewijslast als het bewijsrisico te dragen.

---

162 Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 214.

163 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 213.

164 Deze term is gebruikt door H.J. Snijders in zijn noot bij HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428 m.nt. HJS *(Gouda/Lutz)*.

165 HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584, m.nt. CJHB *(Sint Willibrord/V)*; HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428 m.nt. HJS *(Gouda/Lutz)*; HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 m.nt. JBMV *(Ter Hofte/Oude Mannink)*; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 m.nt Van Wijnen en JBM *(Stichting M./H.)*; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 m.nt. JBMV onder *NJ* 2002, 387 *(I./Stichting Gezondheidszorg)*; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 m.nt. JBMV *(dwarslaesie)*; HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 m.nt. DA *(B./J.)*; HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308 m.nt. DA *(D./Achmea)*. Over de omkeringsregel is (te) veel literatuur verschenen. Zie bijvoorbeeld Hartlief 2001, p. 452-459; Giesen 2001; Hartlief 2004, p. 235-249; Lindenbergh 2004, p. 433-435. Zie ook Hoekzema 2003, p. 232-241, Akkermans 2002 (oratie); Akkermans 2003, p. 13 e.v.

166 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK *(H./Franken)*.

In de *29 november*-arresten heeft de Hoge Raad getracht de omkeringsregel te verduidelijken.[167] Hoewel de uitleg nog steeds niet geheel duidelijk was, bleek wel dat het volgens de Hoge Raad bij de omkeringsregel *niet* gaat om een omkering van de bewijslast. Het gaat volgens de Hoge Raad om een regel 'volgens welke bepaalde daarin aangeduide, vaststaande dan wel aannemelijk gemaakte, feiten een vermoeden van *condicio sine qua non*-verband opleveren dat door tegenbewijs kan worden ontkracht'. De Hoge Raad overweegt:

> 'voor de toepassing van voormelde regel is (…) vereist dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.'[168]

Uit bovenstaande overweging van de Hoge Raad blijkt dat het moet gaan om strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade.

Er kan over getwist worden of de mededingingsrechtelijke normen strekken tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade.[169] Vanuit het standpunt dat de mededingingsregels tot doel hebben de concurrentie te bevorderen en zodoende de consumentenwelvaart te vergroten is het verdedigbaar dat een dergelijke norm te algemeen is om van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade te kunnen spreken. De praktische waarde van de omkeringsregels voor zaken betreffende kartelschade of schade als gevolg van het maken van misbruik van een machtspositie is beperkt. De rechter kan in een concrete mededingingszaak uitgaan van een rechterlijk vermoeden ten gunste van de eiser. Uiteraard moet deze beslissing wel deugdelijk gemotiveerd zijn.[170]

In twee arresten die de Hoge Raad nadien heeft gewezen op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid past de Hoge Raad de omkeringsregel toe, zonder uitvoerig aandacht te besteden aan de vraag of wel sprake is van een voldoende specifiek gevaar.[171] De regel lijkt weer te zijn beperkt tot het

---

167 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 *(Transport Ferry Service/Nederlandse Spoorwegen)*; HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 m.nt. DA *(Kastelijn/Achtkarspelen)*. Zie ook *AA* 2003, p. 307 m.nt. G.R. Rutgers *(TFS/NS)* en *AA* 2003, p. 298 m.nt. T. Hartlief *(Kastelijn/Achtkarspelen)*.

168 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 m.nt. DA *(Kastelijn/Achtkarspelen)*. De Hoge Raad merkt hier nog eens op dat het hier bedoelde vermoeden zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt.

169 Zie ook Hettema 2004, p. 112. Inmiddels is er meer in het algemeen een tendens zichtbaar dat de reikwijdte van de omkeringsregel weer wordt ingeperkt.

170 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 60-61.

171 HR 24 september 2004, *NJ* 2005, 466 m.nt. DA *(Stad Rotterdam c.s./Stam c.s.)*; HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284 *(Tuba Aydin/X. & Winterthur)*.

oorspronkelijke toepassingsgebied van de schending van verkeers- en veiligheidsnormen, waarbij tegelijkertijd andere bewijsverlichtingsmogelijkheden onder de aandacht zijn gebracht.[172] Hartlief en Tjittes concluderen dan ook 'gelukkig' weer terug bij af te zijn (waarbij het toepassingsgebied van de regel is beperkt tot de schending van verkeers- en veiligheidsnormen).[173] Op het gebied van mededingingsrechtelijke normen lijkt de omkeringsregel dan ook geen rol van betekenis te spelen.

7.6.6.6 Meervoudige causaliteit

Bij de oplossing van causaliteitsproblemen bij de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht kan gedacht worden aan diverse soorten van meervoudige causaliteit. Indien er meerdere potentiële oorzaken in het geding zijn, en de aangerichte kartelschade of schade die het gevolg is van het misbruik maken van een machtspositie het gevolg kan zijn van de handelingen van meerdere laedentes, doet de vraag zich voor of al deze laedentes aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de gehele schade of een deel van de schade. Te denken valt aan samenwerkende oorzaken, afzonderlijke oorzaken, hypothetische causaliteit, alternatieve causaliteit (6:99 BW) en onzekere causaliteit.[174]

a. Samenwerkende oorzaken

Bij samenwerkende oorzaken zijn er meerdere oorzaken in het geding die samen de schade hebben veroorzaakt. Beide oorzaken zijn in dat geval noodzakelijk, wat betekent dat ingeval er een zou ontbreken de schade niet zou zijn ingetreden. In dat geval zijn de veroorzakers beiden aansprakelijk voor de schade, tenzij de tweede fout dusdanig ernstiger is dan de eerste fout dat zij niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar naar aanleiding waarvan de eerste fout had moeten worden vermeden.[175] Toegepast op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zou deze figuur van toepassing zijn indien twee oorzaken van de mededingingsinbreuk samen de schade hebben veroorzaakt en beide oorzaken noodzakelijk zouden zijn voor het intreden van de schade. Dit lijkt mij alleen het geval te zijn indien het sluiten van een kartelovereenkomst wordt gezien als twee of meerdere samenwerkende oorzaken. Neem als voorbeeld twee partijen die een verboden kartelovereenkomst sluiten. Zowel de wil tot het sluiten van een overeenkomst bij de ene contractpartij (ene samenwerkende oorzaak) als

172 Hartlief & Tjittes 2005, p. 1608.
173 Hartlief & Tjittes 2005, p. 1608. Zie ook Klaassen 2007, nr. 51, p. 67.
174 Vgl. Van Schellen 1972.
175 Zie Hartlief 2006, nr. 237 en de daar aangehaalde voorbeelden uit bijvoorbeeld HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351 m.nt. CJHB *(Van Nugteren/Meskes)* en HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751 *(Alpuro/Dijkhuizen)*. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 86.

de wil tot het sluiten van een overeenkomst bij de andere contractpartij (andere samenwerkende oorzaak) moeten worden gezien als twee samenwerkende oorzaken. Deze oorzaken zijn in dat geval noodzakelijk en leiden tot overtreding van het kartelverbod (indien bij een partij de wil tot het sluiten van een verboden kartelovereenkomst zou ontbreken zou de kartelschade niet zijn ingetreden). De veroorzakers van het kartel zijn dan ook beiden aansprakelijk voor de schade.

b. Afzonderlijke oorzaken

Ook kan zich de situatie voordoen waarin de schade door twee of meer personen afzonderlijk wordt veroorzaakt. Ieders handeling kan onafhankelijk van de andere de schade tengevolge hebben. In dat geval is de eerdere gebeurtenis geen voorwaarde voor het optreden van de latere gebeurtenis.[176] In de parlementaire geschiedenis wordt als voorbeeld gebruikt de gelaedeerde die bij een onrechtmatige executie door een aantal schoten van een peleton was gedood en waarbij elk van die schoten op zichzelf reeds voldoende was om dit resultaat te bewerkstelligen.[177] In dit geval zou een ieder aansprakelijk zijn omdat beslissend is dat, indien alle schoten worden weggedacht, het intreden van de dood achterwege zou zijn gebleven. De gedachtegang dat als het schot van de een wordt weggedacht, het schot van de ander toch nog fatale gevolgen zou hebben gehad zodat noch het ene schot noch de schoten van de andere schutters oorzaak van de dood zou zijn, moet worden verworpen.[178]

Bij schade als gevolg van een mededingingsinbreuk zal deze vorm van causaliteit zich niet snel voordoen, nu vereist is dat ieders handeling onafhankelijk van de andere de schade tengevolge kan hebben.

c. Hypothetische causaliteit

Een andere vorm van causaliteit is de zogenaamde hypothetische causaliteit. Ingeval een bepaalde handeling de schade heeft veroorzaakt en vaststaat dat indien de handeling achterwege zou zijn gebleven dezelfde schade toch zou zijn veroorzaakt door een andere latere gebeurtenis, is slechts degene die de schade heeft veroorzaakt aansprakelijk. Algemeen wordt aangenomen dat alleen degene die voor de eerste gedraging verantwoordelijk is, aansprakelijk voor de schade is.[179] Degene die voor de tweede gedraging aansprakelijk is, veroorzaakt immers geen schade meer nu de schade reeds is ontstaan. Denk aan het in brand gestoken huis waar, nadat het huis volledig is afgebrand, een vliegtuig neerstort op precies dezelfde plek als waar het huis zich be-

176 Spier & Haazen 2000, p. 146; Hartlief 2006, nr. 237; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 86.
177 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 340 (TM).
178 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 86.
179 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 89; Akkermans 1996, p. 48.

vond.[180] Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal een situatie waarbij hypothetische causaliteit aan aansprakelijkheid van een van de inbreukmakers in de weg zal staan zich niet snel voordoen. Indien een tweede mededingingsinbreuk naast een eerste mededingingsinbreuk voorkomt, zal de tweede mededingingsinbreuk vrijwel altijd in causaal verband staan met de uiteindelijke veroorzaakte (extra) schade.

d. Alternatieve causaliteit

Van beschouwt de dubbele causaliteit (door mij in § 7.6.6.6 sub b afzonderlijke oorzaken genoemd) en de hypothetische causaliteit als categorieën binnen de alternatieve causaliteit. Hij maakt in zijn dissertatie een onderscheid tussen drie varianten van alternatieve causaliteit.[181]

In de eerste plaats de situatie dat de schade door slechts een verzameling van noodzakelijke voorwaarden is veroorzaakt. In dat geval kan onduidelijkheid bestaan over de vraag welke van twee of meer verzamelingen van noodzakelijke voorwaarden in dit geval de schade hebben veroorzaakt. Denk aan het voorbeeld van de jagers die op wild schieten en waarbij een van hen een argeloze voorbijganger neerschiet.[182]

In de tweede plaats de situaties waarin de schade is veroorzaakt door twee of meer gelijktijdig werkende verzamelingen van noodzakelijke voorwaarden die elk afzonderlijk reeds voldoende zouden zijn geweest om de volledige schade te doen ontstaan (dubbele causaliteit, door mij afzonderlijke oorzaken genoemd). Denk aan het voorbeeld van het afgebrande huis dat als gevolg van twee afzonderlijke brandhaarden is ontstaan en waarvoor verschillende personen verantwoordelijk waren.

In de derde plaats de situatie dat de door een bepaalde verzameling van noodzakelijke voorwaarden veroorzaakte schade zonder de aanwezigheid van die verzameling ook zou zijn ontstaan als gevolg van een tweede zelfstandige voorwaarde. Denk aan het geval van het slachtoffer dat dodelijk wordt vergiftigd door een beet van een slang maar om het leven komt in het verkeer als gevolg van een fout van een ander nog voor de werking van het gif enige invloed heeft (hypothetische causaliteit). De tweede en derde variant (respectievelijk de dubbele causaliteit en de hypothetische causaliteit) beschouw ik als aparte zelfstandige categorieën die niet vallen onder de noemer alternatieve causaliteit in engere zin.

Alternatieve causaliteit in de zin van artikel 6:99 BW komt de gelaedeerde tegemoet met betrekking tot de vestiging van de aansprakelijkheid. Er is sprake

180 Akkermans 1996, p. 48.

181 Van 1995, p. 93.

182 Varianten op dit voorbeeld zijn mogelijk. Het neerschieten van argeloze voorbijgangers of jagers tijdens de jacht komt in de beste kringen voor. Zo heeft aan het begin van de 21e eeuw de toenmalige vice-president van de Verenigde Staten Richard B. (Dick) Cheney tijdens een jachtavontuur op de ranch van een lobbyiste het vuur geopend op zijn jachtpartner (de advocaat Harry Whittington). De advocaat raakte levensgevaarlijk verwond.

van alternatieve causaliteit in de zin van artikel 6:99 BW indien de aangerichte schade het gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een persoon aansprakelijk is en vaststaat dat de schade door tenminste een van deze gebeurtenissen is ontstaan.[183] Er zijn dan twee of meer verzamelingen van noodzakelijke voorwaarden aan te wijzen die elk op zich reeds voldoende zouden zijn geweest om de volledige schade te doen ontstaan.[184] In dit geval zijn alle personen aansprakelijk tenzij een van hen weet te bewijzen dat de schade niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is. De bewijslast betreffende het *condicio sine qua non*-verband tussen daad en schade wordt in dit geval omgekeerd.[185] Normaal gesproken rust zij op de gelaedeerde, nu rust zij op de mogelijke daders. Artikel 6:99 BW heeft dan ook zowel consequenties in de bewijssfeer als consequenties in de sfeer van het materieel recht (op grond van artikel 6:99 BW ontstaat hoofdelijke aansprakelijkheid, ook al staat niet vast wie de schade heeft veroorzaakt en staat wel vast dat niet allen de schade hebben veroorzaakt).

Artikel 6:99 BW is niet bedoeld voor gevallen waarin verschillende gebeurtenissen (in het kader van het onderwerp van dit boek dus inbreuken op het mededingingsrecht) de schade slechts samen hebben kunnen veroorzaken en iedere afzonderlijke gebeurtenis op zichzelf geen schade of slechts een deel daarvan tot gevolg heeft kunnen hebben.[186] Ingeval de aangesprokenen slechts een deel van de schade kunnen hebben veroorzaakt, gaat artikel 6:99 BW dan ook naar algemeen wordt aangenomen niet op.[187] Artikel 6:99 BW heeft slechts betrekking op het geval dat ieder van de personen die wordt aangesproken de *gehele* schade kan hebben veroorzaakt.[188] Deze bepaling is dan ook niet van toepassing ingeval kan worden vastgesteld welk deel van de door de gelaedeerde geleden schade als gevolg van een mededingings-

183 Boonekamp (*Schadevergoeding*), art. 99, aant. 4; Boonekamp (*Schadevergoeding*), art. 102, aant. 6.2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 94-97. Zie verder onder meer Kottenhagen-Edzes 1989, p. 1334 e.v.; Kottenhagen-Edzes 1992, p. 218 e.v.; Akkermans 1992, p. 249 e.v.; Akkermans 1997a, p. 72 e.v.; Messer 1994, p. 205 e.v.

184 Van 1995, p. 93.

185 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 346 (TM).

186 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 94-97.

187 Zie HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 346 m.nt. JBMV *(Drewel/AMEV)*; Zie ook *AA* 2003, p. 765 m.nt. Van Dunné. Het ging in deze zaak om door twee personen na elkaar gepleegde brandstichtingen., waarbij de eerste dader geringe schade had veroorzaakt en de tweede dader de gehele schade waarvan vergoeding werd gevorderd kon hebben veroorzaakt. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat art. 6:99 BW tegen de tweede dader kon worden ingeroepen. Zie ook Akkermans 1992, p. 249 e.v.; Hartlief 2006, nr. 238; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 94-97. Zie bijvoorbeeld ook HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230 *(Moerman/Bakker)*.

188 Het Des-arrest is niet strijdig met deze opvatting nu de schadevergoedingsplicht van de producenten betrokken werd op de schade van elke Des-dochter afzonderlijk. De schade van elke Des-dochter afzonderlijk kon namelijk telkens in het geheel door elke producent zijn veroorzaakt. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 94-97.

inbreuk is veroorzaakt door de laedens.[189] Dit neemt niet weg dat artikel 6:99 BW ook van toepassing is bij onduidelijkheid over de omvang van de door verschillende daders veroorzaakte schade.[190]

De gelaedeerde draagt in beginsel de bewijslast van drie eisen/voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een gebeurtenis die de gehele schade van de benadeelde kan hebben veroorzaakt. De tweede voorwaarde is dat ook een of meer anderen aansprakelijk zijn voor gebeurtenissen die de schade van de gelaedeerde geheel of gedeeltelijk kunnen hebben veroorzaakt. De derde voorwaarde is dat de schade van de gelaedeerde het gevolg is van tenminste een van deze gebeurtenissen. Daarbij moet worden aangetekend dat de Hoge Raad in het arrest betreffende de DES-dochters heeft geoordeeld dat het voor wat betreft de eerste twee eisen/voorwaarden niet vereist is dat een concrete onrechtmatige gedraging komt vast te staan van de mogelijke laedens jegens de gelaedeerde. Tevens heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat uit de laatste eis niet kan worden geconcludeerd dat de gelaedeerde moet stellen en bewijzen wie allemaal tot de aansprakelijke personen behoren. Het zou kunnen voorkomen dat de schade van de gelaedeerde ook kan zijn veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor niemand aansprakelijk is. Dit betekent niet dat de persoon die aansprakelijk is voor een gedraging die de schade kan hebben veroorzaakt, niet aansprakelijk zou zijn voor de gehele schade. Dat is alleen anders indien de aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.[191]

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal de alternatieve causaliteit ex artikel 6:99 BW niet snel een rol spelen. In de eerste plaats omdat zich geen geval van causaliteitsonzekerheid voordoet. De kartelafspraak kan worden beschouwd als één gebeurtenis, zodat er geen sprake is van meerdere gebeurtenissen. Het is veelal duidelijk dat elk van de afzonderlijke kartelleden voor de gehele schade aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW. In de tweede plaats omdat de bepaling niet van toepassing is ingeval de schade is veroorzaakt door verschillende gebeurtenissen tezamen en duidelijk is dat deze gebeurtenissen ieder voor zich slechts tot *een gedeelte* van de schade zouden hebben geleid.[192] Bij meerdere gebeurtenissen (waarbij een schending van het mededingingsrecht één van de gebeurtenissen is) zullen de gebeurtenissen bijna altijd slechts tot een gedeelte van de schade hebben geleid. In de derde plaats mist artikel 6:99 BW toepassing indien de verschillende karteldeelnemers in groepsverband in de zin van artikel 6:166 BW hebben gehandeld. Artikel 6:166 BW stelt buiten twijfel dat een (kartel)deelnemer zich niet aan mede-aansprakelijkheid kan onttrekken met een beroep

189 Zie bijvoorbeeld HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m.nt. JHN en JCS *(Kalimijnen)*.
190 Zie HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 346 m.nt. JBMV *(Drewel/AMEV)*.
191 HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 m.nt. CJHB *(DES-dochters)*.
192 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 94-97.

op het ontbreken van causaal verband tussen zijn onrechtmatige gedraging en de door de gelaedeerde geleden schade. Overigens zal een beroep van de gelaedeerde op artikel 6:166 BW niet snel nodig zijn omdat alle karteldeelnemers zelfstandig een onrechtmatige daad begaan jegens de gelaedeerde en er voldoende causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige daad van de karteldeelnemers en de door de gelaedeerde geleden kartelschade. Artikel 6:99 BW kan bij de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht wel een rol spelen als grondslag voor eventuele proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (zie § 7.6.6.6 sub e).

e. Onzekere causaliteit; proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband

Proportionele aansprakelijkheid staat bekend als 'een benadering van verschillende problemen van onzekerheid die onder diverse juridische noemers aan de orde kunnen komen'.[193] Proportionele aansprakelijkheid kan worden gekwalificeerd als een kwestie van causaal verband of als een kwestie van schade, afhankelijk vanuit welk perspectief er naar de problemen wordt gekeken die bij proportionele aansprakelijkheid een rol spelen.[194] Voor het vaststellen van de schade bij problemen van onzekerheid waarbij proportionele aansprakelijkheid een rol kan spelen moet altijd worden vergeleken met een hypothetische situatie (denk aan het missen van voordeel zoals de derving van winst die men zonder de mededingingsinbreuk zou hebben genoten) in plaats van een historische situatie (zoals bij de deuk in de auto waarbij de hypothetische toestand niet verschilt met de daadwerkelijke toestand zoals die was voordat de onrechtmatige daad werd gepleegd).

Schade wordt doorgaans begroot aan de hand van de vergelijking tussen de toestand waarin de gelaedeerde zich bevindt na het schadetoebrengende feit (na de mededingingsinbreuk) en de situatie waarin de gelaedeerde zich zou bevinden zonder het schadetoebrengende feit (zonder de mededingingsinbreuk). Kenmerkend voor de gevallen waarbij proportionele aansprakelijkheid een rol kan spelen, is het feit dat voor het vaststellen van de schade de situatie na het plegen van de inbreuk op het mededingingsrecht (de onrechtmatige daad) moet worden vergeleken met een hypothetische situatie (de situatie waarin de gelaedeerde zich zou bevinden zonder de mededingingsinbreuk) en er onzekerheid bestaat over die hypothetische situatie.[195]

Voor- en tegenstanders van proportionele aansprakelijkheid zijn verdeeld over de vraag hoe het recht moet omgaan met hypothetische 'feiten' die zich voordoen bij ofwel de causaliteitsvraag ofwel de vraag betreffende de omvang

193 Akkermans 2000, p. 87; Hartlief 2000, p. 1-25.

194 Over het onderwerp proportionele aansprakelijkheid is veel literatuur verschenen. Zie bijvoorbeeld Akkermans, Faure & Hartlief 2000; Akkermans 1997a; Frenk 1995, p. 482 e.v.; Faure 1993.

195 Vgl. Akkermans 2000, p. 93.

van de schade.[196] Akkermans heeft in zijn dissertatie duidelijk gemaakt dat de opvatting dat het toepassingsgebied van een proportionele benadering van aansprakelijkheid afhangt van de kwalificatie als schadeprobleem of causaliteitsprobleem onhoudbaar is.[197] Een objectief onderscheid tussen vragen van schade en vragen van causaal verband is namelijk niet te maken bij problemen van onzekerheid waar het bij proportionele aansprakelijkheid om gaat. Bij hypothetische ontwikkelingen gaat het niet om harde feiten die bewezen kunnen worden, maar om veronderstellingen die in meerdere of mindere mate aannemelijk kunnen worden gemaakt.[198]

Ook ingeval de proportionele aansprakelijkheid wordt gezien als een causaliteitsprobleem (*csqn*-verband) doet zich, net als bij de situatie dat proportionele aansprakelijkheid wordt gezien als schadeprobleem, het probleem voor dat er onzekerheid bestaat over de hypothetische situatie. In eenvoudige gevallen zal de hypothetische situatie niet verschillen van de historische toestand voor de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (denk aan gevallen van zaakschade).[199] De situatie is echter anders indien er niet vanuit kan worden gegaan dat de hypothetische situatie zonder mededingingsinbreuk stationair zou zijn gebleven. Voor de vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband moet de werkelijke situatie niet worden vergeleken met de historische situatie voor de mededingingsinbreuk, maar met de hypothetische situatie die uiteindelijk zou zijn ontstaan als de mededingingsinbreuk zich niet had voorgedaan. Alleen die vergelijking geeft antwoord op de vraag of de schade door de mededingingsinbreuk werd veroorzaakt (*csqn*-verband) of dat de schade zonder de inbreuk op het mededingingsrecht ook zou zijn ontstaan.

In het voorbeeld van de fietsfabrikantenzaak zijn meerdere mogelijke oorzaken aan te wijzen voor de verhoging van de consumentenprijs van de fietsen. Niet alleen de kartelafspraak maar ook de gestegen kosten als gevolg van koersschommelingen van de Dollar en de Yen ten opzichte van de Euro had de prijs van de fietsen per definitie doen stijgen, alleen is niet bekend met welk percentage de consumentenprijs precies zou zijn gestegen omdat niet bekend is in welke mate de gestegen kosten als gevolg van de koersschommelingen zouden zijn doorberekend in de uiteindelijke consumentenprijs. In dit soort gevallen van onzekerheid zou de proportionele aansprakelijkheid mijns inziens ook in mededingingszaken een rol kunnen spelen. Dit kan binnen het kader van de schadebegroting.

Akkermans wijst terecht op het feit dat aan de beperkte bewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese in de juridische dogmatiek het nodige recht wordt gedaan wanneer het gaat om het vaststellen van schade. Zo bepaalt artikel 6:97 BW dat ingeval de omvang van de schade niet nauwkeurig kan

196 Akkermans 2000, p. 86.
197 Akkermans 1997a, p. 206-207.
198 Akkermans 2000, p. 96.
199 Bloembergen 1965, nr. 14, p. 17-18.

worden vastgesteld, zij wordt geschat. Naast artikel 6:97 BW bepaalt artikel 6:105 BW dat de begroting van nog niet ingetreden schade kan geschieden na afweging van goede en kwade kansen.

Afhankelijk van de casuïstiek kunnen verschillende juridische grondslagen voor de proportionele aansprakelijkheid worden gevonden.[200] Een proportionele oplossing binnen het kader van een causaliteitsbenadering kan door onder meer de (analoge) toepassing van artikel 6:101 BW (eigen schuld) in combinatie met artikel 6:99 BW (alternatieve veroorzaking).[201] In de literatuur wordt een proportionele schadevergoedingsplicht soms zelfs rechtstreeks gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98 BW (toerekening naar kansbepaling).[202]

In de lagere rechtspraak wordt regelmatig gebruik gemaakt van het leerstuk proportionele aansprakelijkheid.[203] De Hoge Raad heeft principieel de mogelijkheid aanvaard dat aansprakelijkheid wordt aangenomen terwijl vaststaat dat het causaal verband tussen de normschending en schade niet kan worden vastgesteld. Aansprakelijkheid mag in dergelijke gevallen worden aangenomen voor een percentage van de schade dat overeenkomt met de omvang van de kans dat de schade het gevolg is van de normschending.[204] Hoewel duidelijk is dat de traditionele alles-of-niets-benadering is verlaten, kan er over getwist worden of de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid heeft aanvaard of alleen gedeeltelijke aansprakelijkheid heeft aanvaard.

7.6.7 Relativiteit

Volgens artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De uit Duitsland (§ 823 BGB) afkomstige relativiteitsleer wordt door de Hoge Raad sinds 1928 aangehangen en is uiteindelijk gecodificeerd in artikel 6:163 BW.[205] Het belang van het bescher-

200 Zie Akkermans 1997a.

201 Zie Akkermans 2000, p. 116; Akkermans 1997a, p. 80 e.v.

202 Zie Akkermans 1997a, p. 431-449. Zie ook Akkermans 1997b, p. 105-115.

203 Zie bijvoorbeeld Ktr. Middelburg 1 februari 1999, *NJkort* 1999, 35 *(Schaier/De Schelde)*, *VR* 1999, 117, *L&S* 1999, p. 9, *TMA* 1999, p. 191, *TVP* 1999, p. 44; Ktr. Utrecht 21 november 2001, rolnr. 14411-CV-98-7527 *(Giesheimer-Deetman/GTI)*; Ktr. Eindhoven 23 augustus 2002, *JAR* 2003, 286 *(Van Dijck/Philips)*; Ktr. Eindhoven 28 november 2002, rolnr. 00/2676 *(Erven Sillekens/NV EPZ)*; Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004, 96 *(Winkelaar/Hertel)*;Hof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004, 185 *(Nefalit/Erven Karamus)*; Hof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004, 186, *NJF* 2004, 552 *(Eternit/Hollink)*; Hof 's-Gravenhage 1 oktober 2004, *JAR* 2004, 273 *(Erven Barg/Wilton Feijenoord)*.

204 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 *(Nefalit/Karamus)*. Zie ook Lindenbergh 2006, p. 104; Kortmann 2006a, p. 1404-1412.

205 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 95 en 97. Zie HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 m.nt. EMM *(Graaf de Marchant et d'Ansembourg/Staat der Nederlanden)*. De relativiteitsleer wordt ook wel betrekkelijkheidsleer, normenleer, bestemmingsleer, normbestemmingsleer, leer van de

mingsbereik van de geschonden norm komt ook tot uitdrukking in artikel 2:101 van de *Principles of European Tort Law* van de *European Group on Tort Law* dat luidt: *'Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest'*.

De vordering van de gelaedeerde tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht moet worden afgewezen wanneer de mededingingsbepaling (de geschonden norm) niet strekt ter bescherming van de schade zoals die door de gelaedeerde is geleden of wanneer de soort schade of de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van de bescherming valt.[206] De relativiteit valt dan ook onder te verdelen in de zakelijke relativiteit, de persoonlijke relativiteit en de ontstaansrelativiteit.[207] Bij de zakelijke relativiteit dient onderzocht te worden tegen welke schade de mededingingsrechtelijke norm beschermt. Bij de persoonlijke relativiteit staat de vraag centraal welke persoon door de mededingingsrechtelijke norm wordt beschermd (consumenten of concurrenten). Bij de ontstaansrelativiteit dient onderzocht te worden tegen welke wijze van ontstaan van schade de norm beschermt (zie het gebruik van het woord 'zoals' in artikel 6:163 BW).

Het doel van de relativiteitsleer is gelegen in het feit dat zonder de relativiteitscorrectie een te uitgebreide aansprakelijkheid zou kunnen ontstaan voor aan derden toegebrachte schade.[208] Een norm strekt in beginsel ter bescherming van allen die als gevolg van de overtreding van die norm schade kunnen lijden. Het gaat dan om bescherming tegen alle schade die de dader als gevolg van deze overtreding kan worden toegerekend ex artikel 6:98 BW.[209] De gedaagde moet bewijzen dat het tegendeel komt vast te staan.[210] Daarbij moet in het oog worden gehouden dat het beschermingsbereik van een norm een rechtsvraag betreft, zodat het niet slechts een kwestie van bewijs is. Artikel 6:163 BW legt alleen de argumentatielast op de dader, zodat deze de relativiteitsvraag bij de rechter in het geding moet brengen.[211]

Lindenbergh wijst in zijn oratie op het feit dat reeds bij de beslissing over het beschermingsbereik van een geschonden norm de keuze kan worden gemaakt om bepaalde personen, belangen of wijzen van ontstaan al dan niet

---

relatieve onrechtmatigheid, Normzweck-leer of Schutznorm-leer genoemd. Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 97. Zie over de relativiteitsleer Lankhorst 1992; Van Maanen *(Onrechtmatige Daad)*, art. 163, nrs. 2 en 8.

206 Vgl. Lindenbergh 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:163 BW, aant. 1.

207 Lindenbergh 2007, p. 5. Zie bijvoorbeeld HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 *(Paes/Van Duijvendijk)* m.nt. JH.

208 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 95. Hartkamp wijst op het feit dat dit met name geldt voor die gevallen 'waarin weliswaar causaal verband aanwezig is tussen de daad en de schade, maar slechts een toevallig samentreffen bestaat tussen de onrechtmatigheid en de schade.'

209 Lindenbergh 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:163 BW, aant. 1.

210 MvA II, *PG Boek 6*, p. 637 en 638. Zie ook Lindenbergh 2007 (T&C Vermogensrecht), art. 6:163 BW, aant. 1.

211 Lindenbergh 2007, p. 6.

onder de paraplu van de grondslag voor de aansprakelijkheid te laten vallen, hoewel dit laatste in de praktijk nog weinig gebeurt.[212]

Bij schending van wettelijke normen, zoals de bepalingen van het mededingingsrecht, dient aan de hand van het doel en de strekking van de desbetreffende norm te worden bepaald tot welke personen en schade hun bescherming zich uitstrekt.

Strekken de Europese mededingingsregels tot bescherming van de consument en de concurrent? Deze vraag ziet op de persoonlijke relativiteit. In hoofdstuk 2 ben ik ingegaan op de doelstellingen van het mededingingsrecht in het algemeen en het Europees mededingingsrecht in het bijzonder. Al was, zoals ik reeds in hoofdstuk 2 heb behandeld, het kartelrecht in de EG in het begin vooral gericht op het bevorderen van de integratie van de interne mark, geleidelijk aan is daar in Europa in navolging van de Verenigde Staten de doelstelling van het bevorderen van de concurrentie en de bescherming van de consument bij gekomen.[213] In hoofdstuk 2 bleek dat verdedigd kan worden dat, zelfs indien de totale welvaart door kartelvorming zal toenemen, er sprake zal zijn van een niet toegestane beperking van de mededinging in het geval de consument er op achteruit zou gaan.[214] Heertje verdedigt in zijn afscheidsrede zelfs de hypothese dat het mededingingsbeleid uiteindelijk beoogt de welvaart van de consumenten van nu en straks te verhogen en Pareto-verbeteringen tot stand te brengen die in de richting gaan van Pareto-optimaliteit.[215]

Hoe denkt de Commissie over de vraag of de Europese mededingingsregels strekken tot bescherming van de consument en de concurrent? De Italiaanse mededingingscommissaris Monti en zijn Nederlandse opvolger Kroes hebben herhaaldelijk benadrukt dat het doel van de mededingingsregels gericht is op de bescherming van consumenten.[216] Kroes stelt zelfs het consumentensurplus voorop, ook als dit ten koste gaat van concurrenten.[217] Het doel van de Europese mededingingsregels lijkt dus steeds meer gericht op het verhogen van de welvaart door middel van de bescherming van de belangen van consumenten. Zoals ik in § 2.2.4 reeds heb besproken is de bescherming van de consument zelfs uit het derde lid van artikel 81 EG af te leiden door de voorwaarde dat 'een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de *gebruikers* (in de Engelstalige versie wordt het woord *consumers* gebruikt) ten goede komt.' In artikel 82 EG (sub b) worden de belangen van consumenten

212 Lindenbergh 2007, p. 5.

213 Zie Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 19. Zie voor de bescherming van de consument ook Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 16-53. Zie ook mijn bespreking in § 2.2.4 (bescherming van de welvaart van consumenten) en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie. In de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet komt de bescherming van de consument ook naar voren. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 9-10 en p. 23-24.

214 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 41-42 en p. 52-53.

215 Heertje 2006, p. 16. Zie over de paretiaanse welvaartstheorie ook mijn bespreking in § 2.2.4.

216 Kroes 2005a; Kroes 2005b; Kroes 2006a; Kroes 2006b; Kroes 2007. Zie ook Monti 2003.

217 N. Kroes 2005b. Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76.

(in de Nederlandse vertaling wordt hier de term 'verbruikers' gehanteerd) zelfs expliciet genoemd. Het is nooit betwijfeld dat artikel 81 en 82 EG dezelfde belangen beschermen. Het GvEA EG heeft in *Österreichische Postsparkasse* bevestigd dat de Europese mededingingsregels uiteindelijk tot doel hebben het welzijn van de consument te verhogen.[218] Daarnaast valt nog te wijzen op artikel 153 lid 2 EG, waarin is bepaald dat bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en het optreden van de Gemeenschap op andere gebieden (dus inclusief het mededingingsbeleid) rekening wordt gehouden met de eisen terzake van consumentenbescherming.[219] Zie § 2.2.4.

De mededingingsregels strekken, naast tot bescherming van de consument, ook tot bescherming van de concurrent. De bescherming van concurrenten is reeds behandeld in § 2.2.6. In de in § 7.4 besproken zaak *Courage/Crehan* heeft het HvJ EG geoordeeld dat zelfs een onderneming die contractpartij is bij een verboden overeenkomst, onder voorwaarden recht heeft op schadevergoeding, met name in het geval dat de onderneming zich in een zwakke positie bevond ten opzichte van de gedaagde ten tijde van de contractsluiting.[220] Elke particulier moet zich in rechte op schending van artikel 81 lid 1 EG kunnen beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling.[221] De A-G Mischo stelt in zij conclusie bij *Courage/Crehan* (§ 38):

> 'Justitiabelen die deze bescherming kunnen genieten, zijn uiteraard in de eerste plaats derden, dat wil zeggen consumenten en concurrenten die door een verboden mededingingsregeling benadeeld zijn.'[222]

In de literatuur is bij de introductie van de Mededingingswet in Nederland nog betwijfeld of voldaan kon worden aan het vereiste van relativiteit, nu 'de normen van het mededingingsrecht zijn gericht op de bescherming van een werkzame mededinging, en niet direct op de bescherming van concurrenten of consumenten'.[223] Inmiddels is wel duidelijk geworden dat de Mededingingswet in ieder geval de consument in zijn belang beoogt te beschermen.

---

218 GvEA EG 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01 *(Österreichische Postsparkasse)*, *Jur.* 2006, p. II-1601, r.o. 115.

219 Van Gerven 2007, p. 32, in het bijzonder voetnoot 52; zie ook Stuyck 2005, p. 1-30.

220 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur*. 2001, p. I-6297. Het HvJ EG overweegt (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.'

221 R.o. 24.

222 Conclusie A-G Mischo van 22 maart 2001.

223 Zie bijvoorbeeld Slotboom 1996, p. 291-298.

Voor concurrenten is dit volgens sommige auteurs nog zeer de vraag.[224] Wanneer we echter de parlementaire geschiedenis raadplegen, wordt duidelijk dat de Mededingingswet wel degelijk de belangen van concurrenten en leveranciers beoogt te beschermen. De Minister van Economische Zaken verwoordde het als volgt:

> 'Tevens kunnen ondernemingen die in strijd handelen met het verbod van mededingingsafspraken of het verbod van misbruik van een economische machtspositie, geconfronteerd worden met eisen, bijvoorbeeld van concurrenten, leveranciers, afnemers of consumenten, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.'[225]

Uit de parlementaire geschiedenis kan dus worden afgeleid dat de Mededingingswet strekt tot bescherming van de zojuist genoemde benadeelden. Dat de Mededingingswet niet alleen strekt tot bescherming van de consument maar ook strekt tot bescherming van de concurrent blijkt nog duidelijker uit het feit dat de Mededingingswet zoveel mogelijk in de pas loopt met het Europees mededingingsrecht. Europeesrechtelijke precedenten werken in de regel direct door in het Nederlands mededingingsrecht. Nu het Europees mededingingsrecht mede strekt tot bescherming van de concurrent strekt ook het Nederlands mededingingsrecht in beginsel mede tot bescherming van de concurrent.

In het zeer onwaarschijnlijke geval dat de mededingingsrechtelijke normen uit de Mededingingswet niet strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door consumenten of concurrenten zijn geleden, moet bedacht worden dat het enkele feit van wetsovertreding (kartelverbod of verbod op het maken van misbruik van een machtspositie), ook al strekt het overtreden voorschrift niet tot bescherming tegen de schade, steeds zal meewegen bij het oordeel over de vraag of een betamelijkheidsregel is geschonden waar de benadeelde wel bescherming aan kan ontlenen (de correctie Langemeijer).[226] Bij gedragingen in strijd met het concentratietoezicht – zoals bij overtreding van het verbod van artikel 34 Mw en artikel 41 lid 1 Mw – lijkt de kans dat een vordering uit onrechtmatige daad afstuit op het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW overigens groter te zijn dan bij gedragingen in strijd met het kartelverbod of het misbruikverbod.[227]

---

224 Zie bijvoorbeeld Hettema 2004, p. 112.
225 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 53.
226 Zie HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 *(Tandartsen)*.
227 Zie Mok 2003, p. 312.

7.7 Omvang van de aansprakelijkheid

7.7.1 Inleiding

Na de vestiging van de aansprakelijkheid speelt de vraag wat de omvang van de aansprakelijkheid is als gevolg van de mededingingsinbreuk. Bij de omvang van de aansprakelijkheid speelt het nader causaal verband in de zin van artikel 6:98 BW een rol. Welke gevolgen kunnen nog aan de aansprakelijke persoon als een gevolg van de schending van het mededingingsrecht (de schadeveroorzakende gebeurtenis) worden toegerekend?

7.7.2 Het nader causaal verband: toerekening van schade naar redelijkheid

In § 7.6.6 heb ik het *condicio sine qua non*-verband besproken. Voor de vestiging van aansprakelijkheid wegens schending van het mededingingsrecht is voldoende dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de daad en de geleden schade. Het gaat daarbij om de beoordeling of er een feitelijk causaal verband bestaat. Het *condicio sine qua non*-verband maakt een nadere juridische toetsing van het verband tussen de schade en de schadeveroorzakende gebeurtenis noodzakelijk. Veel feiten voldoen namelijk aan het *condicio sine qua non*-vereiste nu zij voor het intreden van de schade noodzakelijk zijn.[228]

De consument die als gevolg van een verboden kartelovereenkomst tussen een aantal fietsfabrikanten teveel heeft betaald voor zijn fiets, en als gevolg daarvan net te weinig geld tot zijn beschikking had om bij de fiets nog een deugdelijk kettingslot te kopen, ziet de volgende dag dat zijn nieuwe fiets is gestolen. Er bestaat een *condicio sine qua non*-verband tussen de schending van het kartelrecht door de fietsfabrikanten en de diefstal van de fiets. Indien de fietsbezitter namelijk een deugdelijk kettingslot had gekocht en zijn fiets daarmee had vastgezet, was de fiets naar alle waarschijnlijkheid niet gestolen. Geen enkel redelijk denkend mens zou echter de fietsfabrikanten aansprakelijk stellen voor de diefstal van de fiets. Er wordt dan ook wel van 'Adam en Eva-causaliteit' gesproken, nu zij volgens het *condicio sine qua non*-verband door het begaan van de erfzonde aansprakelijk kunnen worden gesteld voor al het onheil dat de mensheid is overkomen.[229]

---

228 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 50.

229 Zie bijvoorbeeld Akkermans 1996, p. 39. Een ander voorbeeld dat vaak als karakteristiek voor het *condicio sine qua non*-verband wordt gezien, is het door Blaise Pascal in zijn beroemde werk *Pensées* gebruikte voorbeeld waarin wordt gesteld dat als de neus van Cleopatra korter zou zijn geweest, de wereld er anders zou hebben uitgezien. Marcus Antonius kwam immers te laat voor de beslissende slag met Octavianus, zijn tegenstander, omdat hij te lang in de armen van Cleopatra had gelegen. Volgens Peeperkorn gaat het bij het *condicio sine qua non*-verband om de vraag welke rol de neus van Cleopatra (het feit dat het een bijzonder aantrekkelijke vrouw was) speelde bij de late aankomst van Marcus Antonius

Voor de oplossing van dit probleem wordt gebruik gemaakt van de leer van de toerekening naar redelijkheid (het nader causaal verband ex artikel 6:98 BW). Het nader causaal verband komt aan de orde bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis.[230] Het gaat bij de bepaling van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis om de vraag of de schade als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht aan de dader kan worden toegerekend ex artikel 6:98 BW. De aansprakelijkheid van de inbreukmaker op het mededingingsrecht wordt door middel van deze door Köster[231] geïntroduceerde toetsing (leer van de toerekening naar redelijkheid) op een redelijke wijze beperkt.[232] De normschending (het handelen in strijd met de mededingingsregels) kan groot nadeel veroorzaken. De schadeveroorzaker hoeft echter slechts dat gedeelte van de schade te vergoeden dat hem in redelijkheid kan worden toegerekend.

Welke schadeposten komen voor vergoeding in aanmerking? Volgens artikel 6:98 BW komt slechts die schade voor vergoeding in aanmerking die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de *aard* van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.

---

op het slagveld. Volgens Peeperkorn is iets anders de vraag hoe de geschiedenis zich zou hebben ontwikkeld als Cleopatra geen bijzonder aantrekkelijke vrouw was geweest. Het gaat volgens Peeperkorn dan niet om het *condicio sine qua non*-verband, maar om de vraag naar de begroting van (toekomstige) schade. Zie Peeperkorn 2000, p. 66. Akkermans wijst terecht op het feit dat Peeperkorn hier een redenatiefout maakt. Peeperkorn stelt ten onrechte dat het bij het *csqn*-verband gaat om historische feiten, in tegenstelling tot de omvangsfase van de causaliteit waarbij het zou gaan om toekomstige feiten. Akkermans brengt daar tegen in dat het probleem niet is vast te stellen of Marcus Antonius door de charmes van Cleopatra te laat arriveerde op het slagveld, maar om vast te stellen of door die late aankomst de schade werd veroorzaakt, dan wel dat de schade zonder die omstandigheid ook zou zijn geleden. Er moet dan worden vergeleken met een hypothetische situatie, namelijk de afloop van de veldslag als Marcus Antonius wel tijdig zou zijn gearriveerd. Geen historisch onderzoek dus maar enkel een prognose. Zie Akkermans 2000, p. 94-95. Indien Octavianus zijn concurrent Marcus Antonius in de handen van de mooie Cleopatra zou hebben gedreven zou zelfs van oneerlijke mededinging kunnen worden gesproken, zij het dat het Europees mededingingsrecht en de Mededingingswet daar niet in voorzien.

230 Vgl. Klaassen 2007, nr. 19, p. 29-30 en nr. 32, p. 42-43 die het wat betreft het causaal verband weinig zinvol vindt om een onderscheid te maken tussen een vestigings- en omvangsfase, nu hieraan geen gevolgen zijn verbonden voor de vigerende maatstaf van de toerekening naar redelijkheid.

231 Köster 1963.

232 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 50 en nr. 58. De leer van de toerekening naar redelijkheid is de opvolger van de adequatieleer. In de adequatieleer wordt het causaal verband aangenomen wanneer de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg is van de gebeurtenis. De leer van de toerekening naar redelijkheid wordt gehanteerd sinds HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251 m.nt. GJS *(Waterwingebied)*. Zie over de toerekening naar redelijkheid *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 628-629 (EV I, Antwoord). Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 58 e.v.

Hoewel op degene die handelt in strijd met het mededingingsrecht de plicht rust de benadeelde zoveel mogelijk te plaatsen in de positie alsof de schadetoebrengende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden, stelt de redelijkheid grenzen aan de lengte van de keten van gevolgen.[233] Het is dan ook merkwaardig dat in artikel 6:98 BW de formulering 'in redelijkheid', 'redelijkerwijze' of 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid' niet voorkomt.[234] Dit zou te maken hebben met het feit dat de opstellers niet hebben willen suggereren dat het zou gaan om een discretionaire bevoegheid van de rechter waarbij hij aan geen andere maatstaf dan de redelijkheid gebonden zou zijn.[235] De vraag of schade kan worden toegerekend is een rechtsvraag die moet worden beantwoord aan de hand van een aantal objectieve factoren. Sommige factoren staan in de tekst van artikel 6:98 BW (aard van de aansprakelijkheid en aard van de schade), andere factoren zijn afkomstig uit de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis. Het gaat om de aard van de aansprakelijkheid (schuld of risico, voor eigen of andermans daad, wettelijke of contractuele, voor menselijke handelingen of voor dieren of zaken), de aard van de schade (lichamelijk letsel, geestelijk letsel en zaaksbeschadiging, vermogensschade en immateriële schade, directe en indirecte schade, bedrijfsschade en privéschade), de voorzienbaarheid van de schade (adequatie-criterium, de mate waarin de schade naar ervaringsregels redelijkerwijze was te verwachten, betreft het voorzienbare schade of niet of nauwelijks te verwachten schade), de aard van de gedraging en overige relevante factoren.[236]

Aan de hand van een afweging van de verschillende hier genoemde gezichtpunten zijn deelregels ontstaan voor de toerekening.[237] Zo is naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, een ruimere toerekening gerechtvaardigd. Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade wordt eerder toegerekend dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies wordt eerder toegerekend dan derving van winst. Bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen die zijn opgesteld met het oog op de voorkoming van ongevallen is een ruime toerekening van dood- en letselschade gerechtvaardigd. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is (beter voorzienbaar), is de toerekening eerder gerechtvaardigd. Naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, is toerekening eerder gerechtvaardigd (een ver verwijderde schade kan wel degelijk voorzienbaar zijn) en bij schade toegebracht tijdens de bedrijfsuitoefening is toerekening wellicht

233 Zie Lindenbergh 2008, p. 19.
234 Van Gerven 2006, p. 443. Vgl. Nieuwenhuis 2002, p. 35-36.
235 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 61; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 345 (MvA II).
236 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 63-66.
237 Deze regels worden ook wel de deelregels van Brunner genoemd, nu Brunner een van de eerste was die uit de jurisprudentie van de Hoge Raad causaliteitsregels heeft proberen af te leiden. Zie Brunner 1981, p. 210-217, p. 233-236. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 64-66.

eerder gerechtvaardigd dan wanneer de aansprakelijke persoon een beroepsbeoefenaar of een particulier is.

Artikel 6:98 BW heeft vaak dienst gedaan om de royale toerekening van de gevolgen van letselschade op te baseren.[238] Hoewel artikel 6:98 BW is geformuleerd als aansprakelijkheidsbeperkende bepaling, lijkt de bepaling meer en meer te worden aangewend om bepaalde schadeposten te erkennen.[239] Hierdoor lijkt het steeds meer te gaan om relativiteitsvragen en minder om causaliteitsvragen. Het is dan ook de vraag welke rol er na beantwoording van de relativiteitsvraag (zie § 7.6.7) overblijft voor artikel 6:98 BW.[240]

In hoeverre zijn de criteria van artikel 6:98 BW nu van belang bij de verkrijging van schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht? Vier variabelen zijn van belang voor de toerekening in mededingingsrechtelijke zaken: de zwaarte van de schuld, de voorzienbaarheid van de schade, de graad van betrekking tussen de schending van het mededingingsrecht en de schade en de soort schade (schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies wordt eerder toegerekend dan derving van winst). Nu het bij mededingingsschade gaat om zuivere vermogensschade (geleden verlies en gederfde winst) tengevolge van een normovertreding, niet bestaande uit schending van verkeers-of veiligheidnormen, is de al dan niet voorzienbaarheid van de schade vaak doorslaggevend.[241] De mate van schuld aan de schending van het mededingingsrecht kan in het kader van de causaliteit nog zorgen voor een ruimere toerekening van schade. Met name in situaties waarin het *condicio sine qua non*-verband niet vaststaat (§ 7.6.6) en dus onzeker is of de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd (de schending van het mededingingsrecht) wel de oorzaak is van de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd.[242]

Het nader causaal verband zal in zaken waarbij schadevergoeding wordt gevorderd wegens een schending van het mededingingsrecht niet vaak tot problemen leiden, maar speelt wel een rol bij het beperken van de schadeposten die voor vergoeding in aanmerking komen. De aard en de omvang van de schadevergoeding zullen daarentegen tot veel meer problemen aanleiding geven.

---

238 Lindenbergh 2007, p. 22; Hartlief 1995, p. 27 e.v.

239 Lindenbergh 2007, p. 22.

240 Het ligt er ook aan met welke stap wordt begonnen. Zo lost Lankhorst in zijn dissertatie een groot gedeelte met de relativiteit op. Zie Lankhorst 1992. Ten opzichte van art. 6:98 BW als 'omvang-matiger' is dat een goed verdedigbare route.

241 Vgl. HR 25 mei 1990, *NJ* 1990, 577 *(Boukes/Schuurmans)* en HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 364 *(Groskamp/Staat)*. Zie ook Klaassen 2007, nr. 34, p. 44-45.

242 Klaassen 2007, nr. 42, p. 55.

7.7.3 Aard en omvang van de schadevergoeding

7.7.3.1 Vermogensschade: geleden verlies en gederfde winst

De te vergoeden schade als gevolg van een mededingingsinbreuk kan ex artikel 6:95 BW bestaan uit vermogensschade en ander nadeel.[243] Onder vermogensschade wordt verstaan alle schade die op geld waardeerbaar is. Daaronder valt ex artikel 6:96 BW zowel geleden verlies als gederfde winst. Het HvJ EG heeft in *Manfredi* bepaald dat op grond van het effectiviteitsbeginsel (in de Nederlandstalige vertaling van dit arrest doeltreffendheidsbeginsel genoemd) het recht op schadevergoeding niet alleen geleden verlies dient te omvatten, maar ook gederfde winst en rente.[244] Het HvJ EG overweegt (r.o. 95-96):

> 'In de tweede plaats volgt uit het doeltreffendheidsbeginsel en het recht van eenieder om vergoeding te vorderen van de schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, dat personen die schade hebben geleden niet alleen vergoeding moeten kunnen vorderen van de reële schade (damnum emergens), maar ook van gederfde winst (lucrum cessans), alsmede van rente.
> De totale uitsluiting van winstderving als voor vergoeding in aanmerking komende schade kan immers in geval van schending van het gemeenschapsrecht niet worden aanvaard, omdat inzonderheid bij geschillen van economische of commerciële aard een dergelijke volledige uitsluiting van winstderving herstel van de schade feitelijk onmogelijk zou maken (zie arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 87, en arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 en C-410/98, Jur. blz. I-1727, punt 91).'[245]

Het Nederlands recht voldoet ruimschoots aan deze minimumeis van het HvJ EG. De schade als gevolg van een kartel zal bestaan uit zuivere vermogensschade, nu het niet gaat om zaaksschade of personenschade. De gelaedeerde kan een vordering instellen tot verkrijging van geleden verlies, maar kan ook een vordering instellen tot verkrijging van gederfde winst (artikel 6:96 lid 1 BW). Dit brengt met zich mee dat niet alleen een vermogensdaling als gevolg van de schending van het mededingingsrecht moet worden vergoed, maar ook een vermogensstijging die de gelaedeerde als gevolg daarvan ontgaat.

Bij de vordering tot verkrijging van geleden verlies kan de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht bijvoorbeeld stellen dat de

---

243 Ander nadeel (immateriële schade) zal in een mededingingszaak niet snel worden gevorderd, laat staan uitgekeerd.

244 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM. Zie ook HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-84/93 *(Brasserie du Pêcheur en Factortame)*, *Jur*. 1996, p. I-1029; HvJ EG 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98 *(Metallgesellschaft)*, *Jur*. 2001, p. I-1727.

245 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.

schade die hij ten gevolge van het onrechtmatig handelen van de laedens heeft geleden, moet worden begroot op hetgeen hij te veel heeft betaald voor de afgenomen producten of diensten. De gelaedeerde zal voor deze vordering moeten aanvoeren hoeveel producten of diensten zijn afgenomen, wat de kartelprijs of misbruikprijs is en wat de hypothetische prijs zou zijn geweest zonder een schending van het mededingingsrecht.

Bij gederfde winst kan de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht stellen dat hij als gevolg van de onrechtmatige daad van de laedens minder winst heeft gemaakt. De gelaedeerde zal bij een vordering ter verkrijging van gederfde winst bijvoorbeeld dienen te stellen wat zijn hypothetische inkoop en verkoophoeveelheden op een markt zonder de schending van het mededingingsrecht zouden zijn geweest. Tevens zou gekeken kunnen worden naar een vergelijking tussen de gemiddelde productiekosten per product en de hypothetische gemiddelde productiekosten per product (zoals die zouden zijn geweest zonder schending van het mededingingsrecht).

De vordering uit hoofde van gederfde winst is met name de moeite waard ingeval de gelaedeerde de verkoopprijs heeft verhoogd en als gevolg daarvan te maken heeft met een afgenomen omzet. In dergelijke gevallen kan de gederfde winst hoger zijn dan het geleden verlies. Wel zullen bij een vordering uit gederfde winst door de gelaedeerde meer gegevens moeten worden aangevoerd. Het gaat dan niet alleen om de hypothetische prijs die zou zijn betaald aan de leverancier ingeval er geen schending van het mededingingsrecht zou hebben plaatsgevonden, maar ook om de hypothetische prijs die in rekening zou zijn gebracht aan afnemers en de hypothetische gemiddelde productiekosten per product ingeval er geen schending van het mededingingsrecht zou hebben plaatsgevonden.

Naast het geleden verlies en de gederfde winst komen voor vergoeding in aanmerking de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de wettelijke rente (§ 7.11). Onder de categorie 'redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid' vallen ex artikel 6:96 lid 2 sub b BW expertisekosten, kosten van juridisch advies en verzameling van juridisch bewijs. Ook redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte komen ex artikel 6:96 lid 2 sub c BW voor vergoeding in aanmerking, zoals de kosten van ingebrekestelling en buitengerechtelijke incassokosten. Ingeval er sprake is van een overlapping van de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en ter verkrijging van voldoening buiten rechte enerzijds en de proceskosten anderzijds, dan wordt de al dan niet vergoedbaarheid van die kosten uitsluitend geregeld door de bepalingen betreffende de vergoeding van proceskosten (artikel 6:96 lid 2 sub c BW jo artikel 241 Rv).

Dit kan tot een onvolledige vergoeding leiden gelet op de eigen aard van de regels die van toepassing zijn bij een veroordeling in de proceskosten.[246]

7.7.3.2 Kartelschade

Als gevolg van een kartel zullen consumenten en concurrenten schade kunnen lijden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de schade die ontstaat door het maken van prijsafspraken en marktverdelingsafspraken en het overeenkomen van import of exportverboden en productiequota. Als gevolg van de gedraging van de kartelvormers zal de prijs van producten en diensten uiteindelijk kunstmatig hoog kunnen worden gehouden en zal, afhankelijk van de prijselasticiteit bij de afnemers, de verkoop minder zijn dan bij de prijs die tot stand zou zijn gekomen onder competitieve marktomstandigheden. Overigens zal de prijs niet per definitie onmiddellijk verhoogd worden nu karteldeelnemers ook kunnen afspreken de prijs kunstmatig te verlagen, zodat andere concurrenten van de markt worden gedrukt of niet tot de markt kunnen toetreden (*predatory pricing*) waardoor er minder concurrentie ontstaat en de prijs uiteindelijk weer boven het normale marktniveau kan worden gebracht.

Niet alleen zullen de rechtstreekse afnemers (zoals bijvoorbeeld de detailhandel) als gevolg van de kartelvorming een te hoge prijs betalen voor het product of de dienst (de zogenaamde *overcharges*), ook de eindgebruikers (consumenten of indirecte afnemers) zullen als gevolg van het kartel een te hoge prijs voor het product of de dienst betalen ingeval de rechtstreekse afnemers de prijsstijging geheel of gedeeltelijk hebben doorberekend aan de consument. Mogelijk lijden de rechtstreekse afnemers ook verlies en derven zij winst door een afname van de vraag van de consumenten waardoor zij minder kunnen afzetten. Indien de (directe en indirecte) afnemers wegens de prijsstijging besluiten een minder goed substituut aan te schaffen (bijvoorbeeld een product van een B- of C-merk), lijden zij ook schade.[247]

De leveranciers van de kartelvormers kunnen ook verlies lijden en winst derven als gevolg van de beperking van de productie (het aanbod) door de kartelvormers nu de verhoging van de prijs zal leiden tot een afname van de vraag en de afname van de vraag zal leiden tot een afname van de productie

246 *Parl. Gesch. Wijziging Rv* e.a.w., p. 36 (MvT Inv.); HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275 m.nt. CJHB *(The London and Lancashire Insurance Company/Drenth)*. Zie onder meer Bouman 1990, p. 253-254; Salomons 1993, nr. 16; Knijp 1997, p. 97-100; Lindenbergh 2000, p. 27 e.v.; Van Schaick 2000, p. 313-315; Van der Molen 2002, p. 17 e.v.; Van der Wiel 2004, p. 304-305; Hendrikse & De Groot 2005, p. 13 e.v.; Van Dijk 2006, p. 137-142. Zie ook de conclusie van A-G Vranken (nr. 14) voor HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 314 *(Drost/Koebrugge)*. Zie over de veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding: Haardt 1945.

247 Ingeval de prijs van de producten kunstmatig hoog worden gehouden kan een verstoring van de 'ideale evenwichtssituatie' plaatsvinden. Er kan een productiesurplus ontstaan, indien als gevolg van de prijsstijging de vraag afneemt. Het gevolg zal zijn dat er van het product waar de consumenten behoefte aan hebben minder wordt geproduceerd door de kartelvormers met als gevolg een welvaartsverlies voor de samenleving.

(het aanbod). Daarnaast zouden in geval van een kartel waar niet alle producenten (aanbieders) van deel uitmaken ook de rechtstreekse en niet-rechtstreekse afnemer van een andere producent schade kunnen lijden (geleden verlies en gederfde winst) indien die andere producent (aanbieder) profiteert van de markttrend door ook de door hem berekende prijzen te verhogen. Zelfs op een complementaire markt (de markt voor bijvoorbeeld fietsbanden of versnellingsnaven die complementair is aan de markt voor fietsen) zou als gevolg van het kartel schade kunnen worden geleden door de producent van het complementaire product en zijn leveranciers, nu een afname van de productie van een bepaald product (bijvoorbeeld fietsen) tot gevolg zal hebben dat de vraag naar het complementaire product zal dalen.

7.7.3.3 Schade als gevolg van het misbruik maken van een machtspositie

Er zijn meer zaken betreffende een overtreding van het kartelverbod dan zaken betreffende het misbruik maken van een (economische) machtspositie. Bewijs inzake het misbruik maken van een economische machtspositie vereist diepgaand economisch onderzoek. Als gevolg van het misbruik maken van een machtspositie zullen consumenten en concurrenten schade kunnen lijden. Te denken valt aan de schade die ontstaat door leveringsweigering, het binden van klanten door exclusieve aankoopverplichtingen of getrouwheidskortingen, discriminatie (toekennen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties), het hanteren van overdreven of onbillijke prijzen, het hanteren van abnormaal lage prijzen om de concurrenten uit de markt te drukken *(predatory pricing)* of koppelverkoop (zie ook § 2.3.4.4).[248]

Als voorbeeld neem ik een geval waarbij als gevolg van het misbruik maken van een economische machtspositie de prijs van een product zal stijgen.[249] Niet alleen de rechtstreekse afnemers (zoals bijvoorbeeld de detailhandel) zullen een te hoge prijs betalen voor het product (de zogenaamde *overcharges*), ook de eindgebruikers (consumenten of indirecte afnemers) zullen een te hoge prijs voor het product betalen ingeval de rechtstreekse afnemers de prijsstijging geheel of gedeeltelijk hebben doorberekend aan de consument. Mogelijk lijden de rechtstreekse afnemers ook verlies en derven zij winst door een afname van de vraag van de consumenten waardoor zij minder kunnen afzetten. Indien de (directe en indirecte) afnemers wegens de prijsstijging besluiten een minder goed substituut aan te schaffen (bijvoorbeeld een product van een B of C merk), lijden zij ook schade.

De leveranciers van degene die misbruik maakt van een machtspositie kunnen ook verlies lijden en winst derven door de beperking van de productie

248 Zie voor deze vormen van misbruik Dirix, Montangie & Vanhees 2005, p. 303-307.

249 Bij het hanteren van roofprijzen *(predatory pricing)* zal de prijs ook tijdelijk sterk kunnen dalen om de concurrenten uit de markt te drukken. Wanneer de concurrenten zijn verdwenen, zal de prijs uiteindelijk weer worden verhoogd.

door degene die misbruik maakt van een machtspositie nu de verhoging van de prijs zal leiden tot een afname van de vraag en de afname van de vraag zal leiden tot een afname van de productie. Daarnaast zouden – ingeval naast de producent met een economische machtspositie ook nog kleinere producenten bestaan zonder machtspositie – de rechtstreekse en niet-rechtstreekse afnemers van die kleinere producenten schade kunnen lijden (geleden verlies en winstderving) indien die andere producenten profiteren van de markttrend door ook de door hun berekende prijzen te verhogen. Zelfs op een complementaire markt (de markt voor bijvoorbeeld fietsbanden of versnellingsnaven die complementair is aan de markt voor fietsen) zou als gevolg van het misbruik van een economische machtsposities schade kunnen worden geleden door de producent van het complementaire product en zijn leveranciers, nu een afname van de productie van een bepaald product (bijvoorbeeld fietsen) tot gevolg zal hebben dat de vraag naar het complementaire product zal dalen.

7.7.3.4 Begroting van de schade

De Nederlandse rechter bezit voor wat betreft de begroting van schade een grote mate van vrijheid om te kunnen komen tot het bedrag van de volledige schade. De rechter begroot de schade op grond van artikel 6:97 BW op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Indien de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, zal zij ex artikel 6:97 BW worden geschat. Uitgangspunt is in beginsel de concrete schadebegroting.[250] Bij de concrete schadebegroting zal moeten worden gekeken wat de daadwerkelijk geleden schade is.[251]

Het hoofdbeginsel dat de werkelijk geleden schade moet worden vergoed zal niet altijd makkelijk kunnen worden toegepast bij een actie uit onrechtmatige daad gebaseerd op grond van een schending van het mededingingsrecht. Een niet te onderschatten probleem bij het verkrijgen van schadevergoeding

250 Bos en Zippro zien ter omzeiling van het *passing-on defense* (de gedaagde die zich verweert tegen een eis tot schadevergoeding met de stelling dat de eiser de te hoge prijs heeft of zou hebben kunnen doorgegeven aan zijn afnemers) mogelijkheden in de abstracte schadebegroting. Zie Bos 2003, p. 318; Zippro 2007b, p. 187-207. Hoewel de wet geen expliciete aanwijzing geeft, past de concrete schadebegroting in beginsel het beste bij de strekking van het schadevergoedingsrecht, namelijk de benadeelde zoveel mogelijk plaatsen in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust niet zou hebben plaatsgehad. Zie Lindenbergh 2008, nr. 36, p. 55 e.v. Zie over abstracte en concrete schadebegroting in het kader van het *passing-on* verweer in mededingingszaken mijn bespreking in § 7.9.

251 Hartkamp & Sieburgh merken terecht op: 'Wanneer de wet een verbintenis tot vergoeding van schade oplegt, moet als uitgangspunt gelden dat daarmee gedoeld wordt op vergoeding van het feitelijke nadeel dat iemand heeft geleden. (…) Voor schadevergoeding is slechts aanleiding indien er in werkelijkheid nadeel is geleden (en indien dit nadeel is veroorzaakt door de normovertreding die aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend); de verbintenis strekt ertoe dat dit nadeel wordt vergoed, en wel volledig.' Zie Asser/ Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 14.

op grond van schending van het mededingingsrecht is het aantonen en het begroten van de schade.

Er zijn verschillende methoden beschikbaar om de schade als gevolg van het kartel te berekenen. De vijf bekendste methoden zijn de '*before-and-after*' methode, de '*yardstick*' methode, de '*cost-based*' methode, de '*price prediction*' methode en de '*theoretical modelling of oligopoly*' methode. Deze methoden worden ook in het Ashurst rapport genoemd.[252] Bij al deze methoden wordt de '*but for*' prijs berekend, dat wil zeggen de prijs van het product zoals die zou zijn geweest zonder de vorming van het kartel. Door die prijs te vergelijken met de prijs na sluiting van het kartel wordt de schade meetbaar. Bij de '*before-and-after*' methode wordt de prijs voor en na de schending van het mededingingsrecht bekeken. De '*yardstick*' methode vergelijkt de ontwikkeling van de prijs na de schending van het mededingingsrecht met de ontwikkeling van de prijs in een soortgelijke productmarkt (in bijvoorbeeld een andere geografisch gebied). Bij de '*cost-based*' methode wordt informatie verzameld over de gemiddelde kosten per eenheid product van de producten die worden geproduceerd door de deelnemers aan het kartel (de totale kosten van de productie worden gedeeld door het totale hoeveelheid producten) en wordt boven deze gemiddelde kosten per eenheid product een winstmarge opgeteld die normaal zou zijn onder concurrerende omstandigheden (redelijke winstmarge). De '*price prediction*' methode maakt gebruik van econometrische modellen om de prijs te proberen te voorspellen zoals tot stand zou zijn gekomen zonder de vorming van het kartel. Deze prijs wordt berekend op basis van vroegere determinanten van prijzen in de markt of tussen de betreffende markt en vergelijkbare productmarkten. De '*price prediction*' methode is een meer verfijnde versie van de '*before-and-after*' methode en de '*yardstick*' methode. De '*theoretical modelling of oligopoly*' methode tenslotte werkt met simulatiemodellen om de effecten op de prijs en productie te begrijpen. Het bedrag dat als gevolg van de kartelvorming te veel is betaald zal worden berekend door de kartelprijs te vergelijken met de prijs die uit de berekeningen komt door verschillende aannames in het simulatiemodel.

Deze vijf methoden van schadeberekening kunnen ook in Nederland worden gehanteerd bij de begroting van de schade, nu de rechter op grond van artikel 152 lid 2 Rv vrij is in de waardering van het aangedragen bewijs en artikel 6:97 BW beoogt de rechter zo veel mogelijk vrijheid te bieden bij zowel de begroting van de schade als bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden.[253] Ook bij de beantwoording van de vraag of de schade-

252 Zie uitgebreider het Ashurst-rapport, deel II *(Analyses of economic models for the calculation of damages)*, p. 17 t/m 29.

253 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 339 (MvA II). Wel zal zijn beslissing in cassatie kunnen worden getoetst ten aanzien van de vraag of de rechter blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip schade of wat betreft de wijze van begroting van de schade. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 339 (MvA II). Zie HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567 *(ENCI/Lindelauf)*;

omvang nauwkeurig kan worden vastgesteld en bij de schatting in het geval de schade-omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld beoogt artikel 6:97 BW de rechter veel vrijheid te bieden.[254] Die vrijheid kan de rechter echter niet als een discretionaire matigingsbevoegdheid gebruiken. De vrijheid kan slechts worden gebruikt om te komen tot het bedrag van de volledige schade.

De vrijheid die artikel 6:97 BW aan de rechter biedt, heeft mede tot gevolg dat de rechter bij de vaststelling van de schade niet gebonden is aan de gewone regels van stelplicht en bewijs.[255] De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk dient de mededingingsbeperkende feiten te stellen en zo nodig te bewijzen waaruit in het algemeen het geleden zijn van de schade kan worden afgeleid. Vervolgens kan de rechter in beginsel zonder nader bewijs van het bestaan van de schade uitgaan en deze, rekening houdend met de aard van de schade, door schatting bepalen.[256] Als gevolg van artikel 6:97 BW is de rechter voor een groot deel ontheven van zijn motiveringsplicht. In cassatie kan alleen de vraag of sprake is van een onjuiste rechtsopvatting betreffende het schadebegrip of betreffende de wijze van begroting worden getoetst.[257] Het feit dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de schade niet gebonden is aan de wettelijke bewijsregels kan van groot belang zijn bij de effectuering van een claim die gebaseerd is op schending van het mededingingsrecht. Indien precieze gegevens in een mededingingsrechtelijke procedure ontbreken mag en moet de rechter de schade zelfs *ex aequo et bono* bepalen. Een nauwkeurige vaststelling van de schade zal bij een geval van gederfde winst veelal onmogelijk zijn.

Artikel 6:97 BW beoogt tevens een wettelijke basis te geven aan de abstracte schadeberekening. Het is aan het oordeel van de rechter overgelaten of hij een abstracte of concrete schadeberekening hanteert.[258] De wijze van begro-

---

HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)*. Voor immateriële schadevergoeding zie HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 *(AMC/O.)*.

254 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 339-340 (MvA II). De vrijheid van de rechter kan uiteraard bij de wet worden beperkt. Denk aan de art. 6:91 e.v., 6:103, 6:104, 6:110, 6:119, 6:210 lid 2, 6:212, 7:36 en 7:38 BW. De vrijheid kan ook door een partij-afspraak worden beperkt nu art. 6:97 BW van regelend recht is.

255 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 339 (TM en MvA II); HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196 *(AMEV/Staat)*. Dat dit reeds vaste rechtspraak was voor de invoering van het NBW blijkt uit onder meer HR 29 november 1907, W. 8619 *(Van Eijk/Sleepdienst Hoek van Holland & Van der Toorn)*; HR 4 maart 1927, *NJ* 1927, 765 *(De Wit/Kwakernaak)*; HR 23 maart 1933, *NJ* 1933, 888 *(Bierbrouwerij De Kroon/Cooymans)*; HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 624 *(Algemene Transport Onderneming/Tesser)*.

256 HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 *(P./Amsterdam)*.

257 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 339 (MvA II). Zie voorts HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567 *(ENCI/Lindelauf)* en HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)*.

258 Dit is alleen anders in geval de wet een specifieke bindende regeling voorschrijft. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 339 (MvA II).

ting moet echter wel in overeenstemming zijn met de aard van de schade.[259] Bij de abstracte wijze van berekening van de schade wordt niet geheel geabstraheerd van de concrete werkelijkheid en het feit dat er schade is. Wel wordt bij de bepaling van de schade tot op zekere hoogte afstand genomen van de concrete omstandigheden waarin de gelaedeerde zich bevindt. Het is zelfs mogelijk om bij dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis bepaalde schadeposten aan een abstracte schadeberekening te onderwerpen en andere schadeposten aan een concrete schadeberekening te onderwerpen.

Bij de abstracte schadevaststelling is het, in tegenstelling tot de concrete of subjectieve wijze van schadevaststelling, niet van belang of de afnemer van goederen of diensten de hogere aanschafprijzen die het gevolg zijn van een mededingingsinbreuk heeft doorberekend aan zijn afnemers. De schade is het verschil tussen de prijs die bij een situatie van normale mededinging zou zijn tot stand gekomen en de overeengekomen kunstmatig hooggehouden prijs.[260] Het verschil in uitkomst bij een concrete of abstracte wijze van van schadeberekening is zeker van belang bij het in § 7.9 te bespreken *passing-on* verweer. Voordeel van de abstracte schadevaststelling is de doelmatigheid die in de meeste gevallen gecombineerd wordt met een redelijk resultaat.[261] Principieel bezwaar is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.[262] De gelaedeerde heeft tot nu toe van de rechter slechts in een beperkt aantal gevallen de keuze gekregen tussen een abstracte en een concrete wijze van schadeberekening. In de rechtspraak is bij een vordering tot vergoeding van gederfde winst de abstracte schadeberekening afgewezen.[263]

7.7.3.5 Witboek

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor om

259 Bloembergen heeft er wel op gewezen dat naarmate de schade meer persoonsgebonden is een abstracte wijze van berekening minder snel aan deze eis voldoet. Zie Bloembergen 1965, nr. 27, p. 38-39; Lindenbergh 2008, nr. 38, p. 58-59.

260 Zie voor de abstracte wijze van schadevaststelling Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 35-39.

261 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 37-38; Zie ook Bloembergen 1965, nr. 35, p. 47-49.

262 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 37-38; Hartkamp & Sieburgh wijzen er tevens op dat de methode niet consequent wordt toegepast in de zin dat de daarmee berekende schade als een minimum wordt beschouwd. Indien de schuldeiser kan aantonen dat zijn schade groter is dan de objectieve schade, dan kan hij de werkelijk geleden (subjectief berekende) schade vorderen.

263 HR 28 januari 1977, *NJ* 1987, 174 m.nt. ARB *(Van de Weijgert/Nieuwkoop)*; Hartlief 2006, nr. 208; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 37-38.

> 'het bestaande acquis communautaire over de omvang van schadevergoedingen die slachtoffers van schending van de mededingingsregels kunnen vorderen te codificeren in een communautair wetgevingsinstrument.'[264]

De Commissie doelt met de 'omvang van de schadevergoedingen' op de vraag welke schade volgens de jurisprudentie van het HvJ EG in *Manfredi* voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Het recht op compensatie omvat volgens het HvJ EG dan ook niet alleen geleden (of nog te lijden) verlies (*damnum emergens*), maar ook de gederfde winst (*lucrum cessans*). Tevens omvat het een recht op het ontvangen van rente. Zie voor de relevante overwegingen van het HvJ EG in het *Manfredi*-arrest mijn bespreking in § 7.7.3.1.

De Commissie is voorstander van codificatie omwille van de rechtszekerheid en met het oog op een betere bewustmaking van potentiële inbreukmakers en slachtoffers. Naar Nederlands recht zijn de bestaande rechten reeds gecodificeerd in artikel 6:96 lid 1 (geleden verlies en gederfde winst) en artikel 6:119 BW (wettelijke rente), zodat het onwaarschijnlijk is dat potentiële inbreukmakers en slachtoffers een betere bewustmaking nodig hebben of behoefte hebben aan meer rechtszekerheid. De codificatie van het bestaande *acquis communautaire* zal de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht naar alle waarschijnlijkheid nauwelijks stimuleren, maar vormt ook geen belemmering.

Interessanter is het voornemen van de Commissie om ten behoeve van nationale rechters en partijen een kader uit te werken met pragmatische, niet bindende aanwijzingen voor het begroten van schade in mededingingszaken. De Commissie wijst op het feit dat de begroting van schade vaak erg lastig is en tot gevolg kan hebben dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht wordt belemmerd.[265] Voor de vaststelling van de schade stelt zij voor de – in het Nederlandse recht vertrouwde – vergelijking te maken tussen enerzijds de situatie van het slachtoffer zoals die bestaat na de schending van het mededingingsrecht en anderzijds de 'economische situatie van het slachtoffer in het hypothetische scenario van een concurrerende markt.'[266]

De Commissie wil in de aanwijzingen vereenvoudigde regels voor het begroten van de geleden schade opnemen. Gelet op het feit dat deze aanwijzingen niet bindend zijn voor de nationale rechter kan deze de aanwijzingen terzijde schuiven. Dergelijke aanwijzingen kunnen echter, afhankelijk hoe ze er precies uit komen te zien, de rechter en partijen wel behulpzaam zijn bij het op redelijke wijze begroten van de schade. Het verdient aanbeveling dat de Commissie ook aandacht besteedt aan de schade die ontstaat door omzetderving als gevolg van het doorberekenen van een te hoge (kartel of mis-

264 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.5.

265 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.5. Zie ook *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 6, § 200.

266 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.5.

bruik)prijs aan de afnemers (zie § 7.9). Tevens is het de vraag hoe slachtoffers van strooischade hun schade kunnen bewijzen (zie § 8.2).[267] Te denken valt aan de consumenten die als gevolg van het bierkartel gedurende een bepaalde periode een te hoge prijs hebben betaald voor hun bier maar de aankoopbonnetjes of rekeningen niet hebben bewaard. Deze laatste vraag wordt ook in het voorstel in het Witboek tot het mogelijk maken van collectieve schadeacties niet beantwoord door de Commissie (zie § 8.9).

7.7.3.6 Winstafdracht

Zou bij de schadebegroting in een mededingingsrechtelijke zaak winstafdracht in de zin van artikel 6:104 BW een rol kunnen spelen? In het verlengde van artikel 6:97 BW, dat de rechter vrij laat in zijn wijze van begroting van schade en hem opdraagt de schade te schatten indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, bepaalt artikel 6:104 BW dat de schade mag worden geschat op de door de ander behaalde winst of een deel daarvan.[268] De gelaedeerde heeft op grond van artikel 6:104 BW geen eigen aanspraak op winstafdracht. Het betreft slechts een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de schade op het bedrag van de winst te begroten.[269]

De vraag of artikel 6:104 BW alleen ziet op de wijze van begroting van geleden schade of mede beoogt om de schadeplichtige zijn winst te doen afgeven aan degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, wordt door de Hoge Raad in het *Waeyen-Scheers/Naus*-arrest beantwoord.[270] Het betreft eigenlijk de vraag of de bepaling een punitief karakter heeft of alleen een bepaling over de begroting van de geleden schade. De Hoge Raad kiest voor dit laatste.[271] Het artikel vormt volgens de Hoge Raad (r.o. 3.4):

> 'blijkens zijn plaatsing, zijn bewoordingen en zijn parlementaire geschiedenis een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97. De in het artikel bedoelde wijze komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, waarbij wordt geabstraheerd van de vraag of concreet nadeel is komen vast te staan,

267 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 145-146.

268 Zie over winstafdracht onder meer Klaassen 2007, nr. 12, p. 15-19; Wissink & Van Boom 2002; Linssen 2001, p. 295-390; Krans 1999, p. 109-119; Spier 1992, nr. 28-40, p. 53-72. Zie ook C.J.H. Brunner in zijn noot onder HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 *(Waeyen-Scheers/Naus)*, § 4, derde alinea. Zie tevens bijzondere bepalingen als art. 27a Auteurswet 1912, art. 13a sub 5 Benelux Merkenwet, art. 14 lid 4 Benelux Tekeningen- of Modellenwet, art. 17 lid 1 Chipswet, art. 43 lid 3 Rijksoctrooiwet 1910, art. 70 lid 4 Rijksoctrooiwet 1995, art. 16 lid 1 Wet op de naburige rechten.

269 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)*. Zie ook HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 489 m.nt. DWFV *(HBS c.s./Danestyle)*.

270 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)*.

271 Kritisch over de kwalificering van art. 6:104 BW als een vorm van abstracte schadeberekening zijn onder meer Schoordijk 1986, p. 24 en Spier 1992, nr. 36, p. 64-65.

> zodat zodanig nadeel bij onzekerheid niet door de eiser behoeft te worden aangetoond.'

Artikel 6:104 BW biedt een alternatieve wijze van abstracte schadeberekening waardoor de laedens niet gedwongen is de omvang van zijn concrete schade aannemelijk te maken. Wel overweegt de Hoge Raad dat, in het geval de rechter vaststelt dat er geen schade is geleden, de weg naar de toepassing van artikel 6:104 BW is afgesneden en de rechter niet tot toepassing van artikel 6:104 BW kan overgaan indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk wordt gesteld geen schade kan zijn ontstaan. Annotator Brunner omschrijft de betekenis van de bepaling in zijn noot onder *Waeyen-Scheers/Naus* als volgt:

> 'Het artikel is bedoeld voor gevallen waarin aannemelijk is dat schade is ontstaan, maar bestaan en omvang van die schade moeilijk aantoonbaar is, terwijl de schadeplichtige door zijn onrechtmatige daad of wanprestatie winst heeft gemaakt. De wetgever dacht vooral aan inbreuk op intellectuele eigendomsrechten waarbij de rechthebbende niet of moeilijk kan bewijzen, dat hij winst heeft gederfd die nu door de schadeplichtige is behaald. Ook zonder de bepaling van art. 104 zou de rechter de schade krachtens art. 97 mogen begroten op de door de schadeplichtige behaalde onrechtmatige winst of een deel daarvan. De betekenis van het artikel, zoals dat door de Hoge Raad wordt uitgelegd, zit vooral daarin dat de bewijslast dat geen schade is of kan zijn ontstaan rust op degene die uit onrechtmatige daad of wanprestatie wordt aangesproken.'[272]

Brunner wijst op het feit dat artikel 6:104 BW in de uitleg van de Hoge Raad een dubbel wettelijk vermoeden inhoudt.[273] Het eerste vermoeden houdt in dat door de onrechtmatige daad of wanprestatie schade is veroorzaakt.[274] Het tweede vermoeden houdt in dat die schade gelijk is te stellen aan de door de schadeplichtige behaalde winst.

---

272 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)*, sub 4.

273 Overweging 4, derde alinea.

274 In andere zin Klaassen 2007, nr. 12, p. 16, die in haar monografie verdedigt dat de eiser de rechter voor het aannemen van een vermoeden handvatten dient te bieden. De eisende partij dient in haar visie gemotiveerd te stellen dat hij schade heeft geleden door de onrechtmatige daad of wanprestatie van de ander, althans hij zal feiten dienen aan te voeren waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid. De rechter kan in haar visie tot een vermoeden van schade komen in geval hij, gelet op het door eiser gestelde, op grond van algemene ervaringsregels dan wel feiten van algemene bekendheid, aannemelijk acht dat ook in het onderhavige geval door eiser schade is geleden. In dat geval is volgens Klaassen sprake van een feitelijk vermoeden waarbij de rechter, zonder nader bewijs van de omvang van de schade te verlangen, een veroordeling tot winstafdracht kan uitspreken of de gedaagde in de gelegenheid kan stellen tegenbewijs te leveren tegen de op grond van de door eiser gestelde feiten voorshands aannemelijk geachte aanwezigheid van schade.

Ingeval het eerste vermoeden wordt weerlegd, leidt dit tot afwijzing van de vordering tot schadevergoeding. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het bestaan van concrete schade vereist is voor de toepassing van artikel 6:104 BW, met als gevolg dat wanneer in het geheel geen schade is geleden geen beroep op winstafdracht kan worden gedaan.[275]

Het is vreemd dat in die gevallen waarbij geen schade aannemelijk kan worden gemaakt (de laedens bewijst dat geen schade is of kan zijn ontstaan uit de mededingingsovertreding), maar wel duidelijk is dat de overtreder van de mededingingsregels een omvangrijke winst heeft behaald, artikel 6:104 BW niet van toepassing is en de verkrijger alle winst mag houden. Deze uitkomst, die het gevolg is van het feit dat winstafdracht als schadevergoeding wordt gezien, lijkt strijdig te zijn met de door de wetgever bedachte ratio voor de invoering van de mogelijkheid tot winstafdracht in het Burgerlijk Wetboek.[276] De wetgever heeft artikel 6:104 BW juist ingevoerd omdat het onredelijk is om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, terwijl door de ander vermoedelijk wel schade is geleden maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is. Zo wordt er in de parlementaire geschiedenis voortdurend op gewezen dat artikel 6:104 aan de rechter de discretionaire bevoegdheid toekent de winst die verkregen is door het onrechtmatig verhandelen van merkartikelen eenvoudig vast te stellen op de gehele winst die met de artikelen is gemaakt.[277] Daarnaast merkt de Minister nog eens apart op dat winstafgifte niet kan worden gebaseerd op de regeling voor ongerechtvaardigde verrijking omdat voor de toewijsbaarheid van een dergelijke vordering een werkelijke verarming van de schuldeiser noodzakelijk is.[278] De eis dat schade is geleden had dan ook beter kunnen komen te vervallen.[279]

Ingeval het tweede vermoeden wordt weerlegd, leidt dit ertoe dat de schade niet op het gehele bedrag van de winst kan worden gesteld. Wel zal de schade kunnen worden gesteld op een zodanig deel als overeenkomt met de door de rechter door schatting begrote schade.

In de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:104 BW is terecht opgemerkt dat er dogmatisch aan getwijfeld kan worden of nog sprake is van vergoeding van schade.[280] Linssen omschrijft artikel 6:104 BW in zijn dissertatie als een 'dogmatische curiositeit'.[281] Hij ziet compensatie als primaire schadevergoedingsrechtelijke doelstelling, waarbij schadevergoedingsrechtelijke nevendoelstellingen als rechtshandhaving, preventie, ongedaanmaking van het voordeel

275 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 *(Waeyen-Scheers/Naus)* m.nt. CJHB. Zie ook Deurvorst 1994; Krans 1999, p. 109 e.v.; Linssen 2001, p. 295 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 105-106.

276 Linssen 2001, p. 332.

277 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1267 (MvA II Inv); Linssen 2001, p. 377.

278 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1267 (MvA II Inv); Linssen 2001, p. 377.

279 Zie in deze zin ook Linssen 2001, p. 336.

280 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1267 (MvA II Inv).

281 Linssen 2001, p. 321.

bij de laedens en straf, boete en genoegdoening geen voldoende legitimatie vormen voor een voordeelsafgifte zoals geregeld in artikel 6:104 BW.[282]

Uit bestudering van de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever voor ogen had dat artikel 6:104 BW met een zekere voorzichtigheid zou worden toegepast.[283] Winstafdracht komt in de ogen van de wetgever eerder in aanmerking bij gedragingen die verwijtbaarder zijn.[284] Het kan voor de rechter een belangrijke overweging zijn bij het al dan niet gebruik maken van zijn discretionaire bevoegdheid tot toepassing van artikel 6:104 BW.[285] Nu artikel 6:104 BW de eiser in bepaalde situaties meer verschaft dan de vergoeding van zijn schade heeft de voordeelsafgifte ook in zekere mate een punitief karakter gelet op de plaatsing van de bepaling in het schadevergoedingsrecht.[286] Uiteraard mag de rechter, indien hij gebruik maakt van de mogelijkheid om de schade te begroten op de genoten winst of een gedeelte daarvan, niet op grond van dezelfde mededingingsovertreding ook schadevergoeding ter zake van door de benadeelde gederfde winst toewijzen.[287]

De vraag is of winstafdracht het verkrijgen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan vergemakkelijken. Het antwoord op deze vraag is tweeledig. Haak & VerLoren van Themaat wijzen in hun rapport terecht op het feit dat bij de eenvoudigere gevallen, zoals bij de schending van intellectuele eigendomsrechten, de met de onrechtmatige gedraging behaalde winst nog wel kan worden berekend.[288] Bij de complexere gevallen, zoals inbreuken op het mededingingsrecht, wordt het moeilijker om de behaalde winst te berekenen. Daarvoor is een aantal oorzaken aan te wijzen die reeds door Haak & VerLoren van Themaat zijn gesignaleerd.[289]

In de eerste plaats zijn bij kartels meerdere ondernemingen betrokken. Partijen bij een kartelafspraak zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die als gevolg van de kartelinbreuk is ontstaan. Het is de vraag of deze hoofdelijke aansprakelijkheid ook geldt ingeval de schade wordt begroot op de winst die door het kartel als geheel is ontvangen. Het kan namelijk ook zo zijn dat iedere partij slechts aansprakelijk is voor de eigen behaalde winst. Ingeval onder de winst moet worden begrepen de door het kartel als geheel ontvangen winst zou de consequentie kunnen zijn dat een karteldeelnemer

282 Linssen 2001, p. 314-321.
283 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1267-1269. Vgl. Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 55.
284 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1269 (LvAntw II Inv) en *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1270 (MvA I Inv). Zie nader over de verwijtbaarheid Krans 1999, p. 110-111.
285 *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1267 (MvA II Inv), 1269 (LvVr II Inv, LvAntw II Inv).
286 Linssen 2001, p. 371; Schoordijk 1986, p. 25; Blaauw 1986, p. 30 e.v.; Bolt & Lensing 1993, p. 68.
287 Vgl. *Parl. Gesch. Inv. Boek 6*, p. 1270 (MvA I Inv).
288 Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 157/45, *PbEU* 2004, L 195/16. Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 55-56.
289 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 56-59.

als schadevergoeding de winst moet afdragen die het kartel als geheel heeft gemaakt. Het risico van insolventie bestaat, nu de aangesproken deelnemer niet in staat is dit bedrag te betalen. De aangesproken deelnemer aan het kartel zal zich moeten verweren tegen de gestelde hoeveelheid winst die wordt toegeschreven aan een andere deelnemer van het kartel.[290] Verdedigd zou kunnen worden dat hoofdelijke aansprakelijkheid naar haar aard überhaupt niet ziet op winstafdracht.

In de tweede plaats kan het aantal gelaedeerden groot zijn. Indien er meerdere gelaedeerden zijn, zou het logisch zijn dat de winst wordt verdeeld onder de gelaedeerden aan de hand van ieders aandeel in de schade.[291] De noodzakelijke verdeling van de winst onder de gelaedeerden heeft als gevolg dat alsnog de schade moet worden berekend, zodat winstafdracht niet eenvoudiger is dan een reguliere berekening van de schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht. Ingeval de schade wordt begroot aan de hand van de winst per product dan heeft dat tot gevolg dat alle winst door de gezamenlijke consumenten kan worden opgeëist.[292] Het nadeel daarvan is dat de gedupeerde concurrenten in dat geval nog geen schadevergoeding hebben ontvangen voor het door hen geleden nadeel als gevolg van de inbreuk op het mededingingsrecht.

In de derde plaats is de winst zonder de overtreding moeilijk van te stellen nu daar economisch complexe problemen een rol spelen zoals de mate van prijselasticiteit. Haak & VerLoren van Themaat gebruiken in hun onderzoek overtuigend het voorbeeld van de verkoopprijs van een sinaasappel waarvan de verkoopprijs kunstmatig omhoog wordt gebracht van 1 naar 2 als gevolg van een kartel of het misbruik maken van een economische machtspositie.[293] Stel nu dat de overtreder van de mededingingsregels vervolgens 10 sinaasappels verkoopt. Wat is dan de met deze overtreding behaalde winst? De winst zal naar alle waarschijnlijkheid niet gelijk zijn aan de meeropbrengst van de 10 sinaasappels. Bij een prijs die onder normale concurrentie tot stand zou zijn gekomen (een prijs van 1) zou de overtreder namelijk naar alle waarschijnlijkheid meer dan 10 sinaasappels hebben verkocht. Het gevolg daarvan is dat de door de inbreuk op de mededingingsregels behaalde winst lager zou uitvallen dan de meeropbrengst van de 10 sinaasappels. De als gevolg van de mededingingsinbreuk behaalde winst zou moeten worden berekend door een vergelijking te maken met de hypothetische situatie dat er geen mededingingsinbreuk had plaatsgevonden. Als gevolg van de zojuist omschreven effecten van de prijselasticiteit zou bij winstafdracht een gecompliceerd economisch onderzoek nodig zijn Een vergelijking tussen de verkoopprijs die als gevolg van de inbreuk op de mededingingsregels tot stand is gekomen en

290 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 58.
291 Vgl. de situatie bij art. 43 lid 3 ROW.
292 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 57.
293 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 58.

de verkoopprijs die wordt gehanteerd in een marktsituatie die bij normale concurrentie tot stand is gekomen (de zogenaamde *benchmarkt*) is eenvoudiger.

In de vierde plaats kunnen meerdere procedures over dezelfde mededingingsovertreding bij verschillende rechtbanken aanhangig zijn. Stel dat gelaedeerde A in een procedure schadevergoeding vordert van laedens X. Na afloop van deze procedure vordert gelaedeerde B ook schadevergoeding van leadens X. Moet laedens X nu het voordeel meerdere keren afdragen? Met deze vraag hangt samen de vraag of de rechter waarbij de zaak aanhangig is gemaakt rekening moet houden met eventuele andere gelaedeerden die nog een vordering tot winstafdracht kunnen instellen op een later tijdstip. Indien er van wordt uitgegaan dat de mededingingsinbreuk jegens iedere gelaedeerde is gepleegd en dat met de mededingingsinbreuk slechts een totale winst is behaald, kan worden gesteld dat de winst op een bepaald bedrag moet worden gefixeerd, met als consequentie dat het kan voorkomen dat de laedens het voordeel meerdere keren zou moeten afdragen. Het is de zeer vraag of die situatie met artikel 6:104 BW is beoogd. Haak & VerLoren van Themaat zijn mijns inziens terecht van mening dat het systeem van de wet slechts toelaat dat de winst eenmaal wordt afgedragen.[294] De overige gelaedeerden die nog een vordering instellen nadat de gehele winst reeds is afgedragen rest niets anders dan een vordering tot verkrijging van compensatie. De laedens moet voor de rechter aannemelijk maken dat de winst al geheel of gedeeltelijk is afgedragen en/of het aandeel van de gelaedeerde in de totale schade minder dan het geheel bedraagt. Het komt voor risico van de laedens als hij niet in staat is aannemelijk te maken dat de winst reeds geheel of gedeeltelijk is afgedragen aan andere gelaedeerden. Dient de rechter in een dergelijk geval de schade op een deel van de winst te begroten of op de concreet geleden schade?

Een mogelijke oplossing voor de problemen die zich voordoen bij winstafdracht bij meerdere gelaedeerden zou kunnen zijn dat de rechter zijn beslissing aanhoudt om de andere gelaedeerden de mogelijkheid te geven zich in de procedure te voegen (ter ondersteuning van een der procespartijen) of daarin tussen te komen (tegen beide partijen). De winst zou dan vervolgens worden verdeeld over de aangemelde eisers. Voûte heeft een dergelijk idee geopperd waarbij de rechter bij tussenvonnis het bedrag toewijsbaar zou kunnen verklaren en de gelaedeerden de plicht zou kunnen opleggen het bedrag zeker te stellen.[295] Zijn eindoordeel zou hij dan afhankelijk maken van de vraag of andere gelaedeerden zich binnen een bepaalde periode ook tot de rechter zouden wenden om winstafgifte te verkrijgen. De gelaedeerden die na het verstrijken van de periode en dus na het eindvonnis van de rechter nog een vordering zouden instellen hebben geen recht meer op winstafgifte, maar alleen nog op een normale schadevergoeding. Haak & VerLoren van

294 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 58.
295 Voûte 1991, p. 339 e.v.

Themaat, die het voorstel van Voûte ook bespreken, wijzen er in hun rapport terecht op dat niet duidelijk is hoe in het voorstel van Voûte moet worden omgegaan met andere gelaedeerden die niet voor dezelfde rechtbank maar voor een andere rechtbank procederen, al dan niet tegen andere leden van het betreffende kartel. Is het mogelijk dat de later ingestelde procedure de eerder ingestelde procedure inhaalt? Zo ja, wat is de positie van de gelaedeerden die de eerder ingestelde vordering hebben ingediend. Is winstafdracht voor hun een gepasseerd station? Hoe weet de rechter dat bij een andere rechtbank een procedure over dezelfde mededingingsinbreuk aanhangig is? Hier ligt een 'coördinerende' taak voor de laedens. Het is duidelijk dat elkaar overlappende procedures zo veel mogelijk voorkomen moeten worden.

Rekening houdende met de zojuist besproken moeilijkheden kan worden geconcludeerd dat winstafdracht het verkrijgen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet daadwerkelijk kan vergemakkelijken ten opzichte van het berekenen van de schade. Winstafdracht zou nog wel een rol kunnen spelen bij mogelijke collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding. Het begroten van de in totaal behaalde winst kan namelijk makkelijker zijn dan het begroten van de concrete schade.[296] Zie over collectieve acties mijn bespreking in hoofdstuk 8.

7.7.3.7 Voordeelstoerekening

Bij de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding kan de rechter bij hantering van een concreet schadebegrip rekening houden met eventuele voordelen die de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht heeft behaald. Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet op grond van artikel 6:100 BW dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht voor zover dit redelijk is. Een minimumvereiste voor het in aanmerking nemen van voordelen is dat er *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen het schadegebeuren en het voordeel.[297] De schade en het voordeel moeten bovendien het gevolg zijn van eenzelfde gebeurtenis. Te denken valt aan het door Harinxma genoemde voorbeeld waarbij een distributeur schade heeft geleden aangezien zijn leverancier hem heeft verboden de goederen buiten zijn eigen afzetgebied te verkopen.[298] In een dergelijk geval zou dezelfde gebeurtenis – het verbod om buiten het eigen afzetgebied te verkopen – ook een voordeel kunnen opleveren nu de distributeur binnen zijn eigen gebied geen concurrentie van buiten heeft ondervonden.

---

296 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 59.

297 Bloembergen 1965, nr. 222, p. 321; Bolt 1989, p. 189; Lindenbergh (*Schadevergoeding*), art. 100, aant. 4.

298 Harinxma 2002, p.89.

Voordeelstoerekening is niet strijdig met het gemeenschapsrecht nu het gemeenschapsrecht de nationale rechter de mogelijkheid biedt erop toe te zien dat een schadevordering niet leidt tot ongerechtvaardigde verrijking (§ 7.4.3). Bij het *passing-on* verweer is mijns inziens geen beroep op voordeelstoerekening mogelijk. Zie voor een beroep op voordeelstoerekening bij het *passing-on* verweer § 7.9.1.4.

7.7.3.8 Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht

Indien de gelaedeerde schadevergoeding vordert wegens schending van het mededingingsrecht, zou de vergoedingsplicht van de laedens kunnen worden verminderd door een beroep op eigen schuld of de schadebeperkingsplicht ex artikel 6:101 lid 1 BW. Ingeval het intreden van de schade het gevolg was van zowel de gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad als van gedragingen van de benadeelde, spreken we over eigen schuld. Ingeval de omvang van de schade vergroot wordt doordat de benadeelde – anders dan van een nauwgezet persoon kan worden verwacht – bepaalde handelingen verricht of maatregelen achterwege laat, spreken we over het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht.[299] Algemeen aanvaard is dat het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht moet worden gezien als een species van het genus eigen schuld.[300] Bij de schadebeperkingsplicht gaat het om eigen schuld aan de omvang van de schade.[301] Artikel 6:101 lid 1 BW luidt als volgt:

> 'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'

Bij de toepassing van artikel 6:101 BW dienen vier stappen te worden onderscheiden.[302] Ten eerste moet worden vastgesteld dat de schade mede een gevolg is van omstandigheden aan de zijde van de benadeelde. Ten tweede dienen deze omstandigheden aan de benadeelde te kunnen worden toegerekend. Ten derde zal moeten worden afgewogen in welke mate deze omstandigheden in vergelijking met de aan de dader toe te rekenen omstandigheden

299 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 125.
300 Zie de conclusie van A-G Bloembergen bij HR 24 januari 1997, *NJ* 1999, 56 m.nt. CJHB *(De Ridder/Staat)*, sub 2.2.
301 Keirse 2003.
302 Keirse 2003, p. 84-85; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 114.

tot de schade hebben bijgedragen. Ten slotte zal de billijkheid tot een andere oplossing kunnen leiden.

In de regel zal een beroep van de schender van het mededingingsrecht op eigen schuld of de schadebeperkingsplicht weinig kansrijk zijn. Algemene kennis dat er in een bepaalde sector vaak sprake is van kartelvorming lijkt onvoldoende grond voor toepassing van artikel 6:101 BW of voor een eventueel verval van aansprakelijkheid.[303] Ingeval de gelaedeerde een concreet vermoeden heeft dat er sprake is van kartelvorming of van het misbruik maken van een economische machtspositie lijkt er ook onvoldoende grond te bestaan om de gelaedeerde eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW te kunnen tegenwerpen.[304] Een beroep op eigen schuld of de schadebeperkingsplicht zal onder dergelijke omstandigheden moeten worden afgewezen. De schender van het mededingingsrecht dient de gelaedeerde te vrijwaren van de gevolgen van kartelafspraken of het misbruik maken van een economische machtspositie. Het is de schender van het mededingingsrecht die opzettelijke de wet overtreedt en niet de gelaedeerde. Mijns inziens is de schade niet mede een gevolg van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Dat wil zeggen dat de schade niet aan de schuld van de benadeelde te wijten is en ook niet voor zijn risico komt.[305] Mocht al eigen schuld worden aangenomen dat brengt de billijkheidscorrectie vanwege de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten reeds snel met zich mee dat de omvang van de eigen schuld wordt teruggebracht tot nihil.[306] Zie ook mijn bespreking van het eigen schuld-verweer en de schadebeperkingsplicht in het kader van het *passing-on* verweer in § 7.9.1.4 sub c. Reeds in 1927 heeft de Hoge Raad in *Gembo/Prins* – een zaak over een kopgeldafspraak tussen aannemers bij een aanbesteding – geoordeeld dat de door de aanbesteder op grond van onrechtmatige daad aangesproken aannemer zich niet kan verweren met de stelling dat de aanbesteder de schade aan zichzelf heeft te wijten als hij een vermoeden heeft van ongeoorloofde afspraken maar toch, hoewel hij daartoe niet verplicht was, tot gunning overgaat.[307]

Eigen schuld of de schadebeperkingsplicht zou bijvoorbeeld wel een rol kunnen spelen in een *Courage/Crehan* situatie (§ 7.4), waarbij de gelaedeerde

303 Vgl. Van Boom 2003b, p. 770. Van Boom wijst op het feit dat eigen schuld in theorie ook gevolgen kan hebben voor de onrechtmatigheid zelf, bijvoorbeeld in de rechtsfiguur die vroeger met 'risicoaanvaarding' werd aangeduid. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 128. Het zou ook kunnen gaan om een geval waarbij de partij die schadevergoeding vordert terwijl hij zelf ook onrechtmatig heeft gehandeld de bescherming van artikel 6:162 BW kan verliezen in verband met het niet voldoen aan de relativiteitseis ex art. 6:163 BW (de gelaedeerde heeft zich door zijn eigen onrechtmatige daad buiten de bescherming van de geschonden regels geplaatst).

304 Zie Van Boom 2003b, p. 770.

305 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 114.

306 Van Boom 2003b, p. 770.

307 HR 13 januari 1927, *NJ* 1927, p. 279 m.nt. EMM *(Gembo/Prins)*; Van Boom 2003b, p. 770.

tevens partij is bij de kartelovereenkomst.[308] Zoals in § 7.4.3 besproken is in de meeste rechtsstelsels van de lidstaten 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.[309] In het Nederlands recht kan dit beginsel impliciet in het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW worden gevonden.[310] De partij die schadevergoeding vordert terwijl hij zelf ook onrechtmatig heeft gehandeld, kan de bescherming van artikel 6:162 BW verliezen. Een andere mogelijkheid is niet zozeer gelegen in het aantasten van de grondslag van de schadevordering (zoals het geval is bij het ontbreken van relativiteit), maar in de sfeer van verminderde aansprakelijkheid als gevolg van eigen schuld of het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht. Bij de vaststelling van de schadeomvang kan op grond van artikel 6:101 BW rekening worden gehouden met de eigen schuld of de schadebeperkingsplicht van de eiser. Welke variant de voorkeur heeft, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval.[311] Het HvJ EG overweegt in *Courage/Crehan* 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.[312] 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'.[313] 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. Het HvJ EG overweegt in *Courage/Crehan* (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.'[314]

308 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297.
309 HvJ EG 7 februari 1973, zaak 39/72 *(Slachtpremies)*, *Jur.* 1973, p. 101, r.o. 10.
310 HR 16 februari 1973, *NJ* 1973, 463 m.nt. HB *(Maas/Willems)*; Van Leuken 2007, p. 1031.
311 Van Leuken 2007, p. 1031.
312 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 32.
313 HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449.
314 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297.

7.7.3.9 Rechterlijk matigingsrecht

Indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht, tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, kan de rechter op grond van artikel 6:109 BW een wettelijke verplichting tot schadevergoeding matigen.

Hoewel rechterlijke matiging ook kan plaatsvinden ten behoeve van een rechtspersoon, zal de schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht niet snel leiden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen.[315] De betekenis van het rechterlijk matigingsrecht is dan ook van beperkt belang bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

7.8 AANSPRAKELIJKHEID VAN MEERDERE LAEDENTES

7.8.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Bij een schending van het kartelverbod zullen meerdere partijen betrokken zijn. De vraag is of de gelaedeerde ieder van de aansprakelijke personen alleen voor het gedeelte dat hen aangaat kan aanspreken of dat de gelaedeerde ze voor het geheel van de schade kan aanspreken. In artikel 6:102 lid 1 BW heeft de wetgever gekozen voor de laatste oplossing. Het artikel regelt het geval waarin ter zake van dezelfde schade twee of meer personen ieder afzonderlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden (medeschuld).

Ingeval op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde (kartel)schade rust, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.[316] De gelaedeerde kan elke deelnemer van een kartel voor zijn gehele schade aanspreken, waarbij hij uiteraard niet meer dan zijn totale schade vergoed krijgt. Op deze manier rust het risico van insolvabiliteit niet op de gelaedeerde en hoeft de gelaedeerde niet ieder van de aansprakelijke partijen in een procedure te betrekken. Dat scheelt kosten en risico's voor de gelaedeerde.[317]

---

315 Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 441, 447 (VV II, Rapport aan de Koningin), p. 450 (MvA II). Door Scholten en Brunner is verdedigd dat de sociale strekking van de matigingsbevoegdheid – het ontwerp voor art. 6:109 BW werd aanvankelijk een sociale strekking jegens de schuldenaar toegedacht – zich verzet tegen matiging ten behoeve van een rechtspersoon. Zie Scholten 1962, p. 19; Brunner 1973, p. 15 e.v. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter dat matiging ook ten behoeve van een rechtspersoon kan plaatsvinden. Deurvorst *(Schadevergoeding)*, Art. 109, aant. 11, aant. 23.

316 Het dient te gaan om *dezelfde schade*, niet vereist is dat de aansprakelijkheid van de laedentes *dezelfde rechtsgrond* heeft. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 354 (TM). Art. 6:102 lid 1 BW is nodig naast de hoofdelijkheidsregel van art. 6:6 lid 2 BW omdat het niet om dezelfde schuld hoeft te gaan. Zie *Parl Gesch. Boek 6*, p. 99 (MvA II)

317 Spier 1992, nr. 11, p. 23; Hartlief 2006, nr. 240.

7.8.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid, interne draagplicht en regres

Op de verhouding tussen de aansprakelijke partijen (de kartelplegers) onderling is afdeling 6.1.2 over hoofdelijke aansprakelijkheid van toepassing voorzover daar in artikel 6:102 BW niet van wordt afgeweken. De partijen die het mededingingsrecht hebben geschonden kunnen regres nemen op elkaar wanneer zij meer dan het gedeelte dat hen aangaat aan de gelaedeerde hebben vergoed.[318] In artikel 6:10 lid 2 BW is bepaald dat de verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, op iedere medeschuldenaar komt te rusten voor het bedrag van dit meerdere. Dit ten hoogste tot het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.

Voor de vraag welk gedeelte de schuldenaren in hun onderlinge verhouding aangaat, geeft artikel 6:102 lid 1 BW de maatstaf van artikel 6:101 BW (eigen schuld).[319] De schade wordt over de hoofdelijk aansprakelijke partijen verdeeld met overeenkomstige toepassing van artikel 6:101 BW (tenzij uit de wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit). Uitgangspunt in artikel 6:101 BW is dat de schade over de benadeelde en de aansprakelijke wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De mate van de wederzijdse schuld is niet bepalend, maar de causaliteit van genoemde omstandigheden Alleen de billijkheidscorrectie kan verandering brengen in de uitkomst van de wederzijdse causaliteit. Een andere uitkomst is namelijk denkbaar indien de billijheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Te denken valt bijvoorbeeld aan de uiteenlopende ernst van de normschending of de uiteenlopende mate van verwijtbaarheid. Uiteindelijk dient op grond van de norm van artikel 6:102 lid 1 BW jo artikel 6:101 BW te worden berekenend welk deel van de kartelschade door de verschillende kartelpartijen is veroorzaakt.

Indien verhaal op de hoofdelijke medeschuldenaar geheel of gedeeltelijk onmogelijk is, wordt op grond van artikel 6:13 lid 1 BW het onverhaalbare deel over de andere medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van de gedeelten die zij op grond van de zojuist behandelde regels intern moeten dragen.

---

318 In het Amerikaanse systeem is onderling regres als tegenwicht voor hoofdelijke aansprakelijkheid in mededingingszaken uitgesloten. Zie hierover ook Pijnacker Hordijk 2004b, p. 270.

319 Zie ook Van Boom 1999, p. 112 e.v.

7.8.3 Beperkte hoofdelijke aansprakelijkheid (eigen schuld), interne draagplicht en regres

Indien meerdere partijen jegens de gelaedeerde aansprakelijk zijn en aan de gelaedeerde eigen schuld kan worden verweten (de schade is niet alleen het gevolg van gedragingen van anderen maar ook van de omstandigheden aan de kant van de benadeelde zelf), vindt artikel 6:101 BW van overeenkomstige toepassing op de vergoedingsplicht van ieder van de aansprakelijke partijen (zie artikel 6:102 lid 2). Bij de toepassing van artikel 6:101 BW wordt geabstraheerd van het feit dat er nog andere laedentes zijn. Tussen de gelaedeerde en de aangesproken laedens wordt de fictie gehanteerd dat er maar één laedens is en een gelaedeerde met eigen schuld. Wel dient daarbij de beperking in acht te worden genomen dat de gelaedeerde niet meer van de laedens kan vorderen dan hem zou zijn toegekomen indien voor de omstandigheden waarop hun vergoedingsplicht berusten slechts één partij aansprakelijk zou zijn geweest.[320]

Indien verhaal op de hoofdelijke medeschuldenaar geheel of gedeeltelijk onmogelijk is, wordt ook bij beperkte hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 6:13 lid 1 BW het onverhaalbare deel over de andere medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van de gedeelten die zij op grond van de zojuist behandelde regels intern moeten dragen. Artikel 6:102 lid 2 BW bepaalt dat de rechter in een dergelijk geval op verlangen van een van de medeschuldenaren kan bepalen dat bij toepassing van artikel 6:13 BW het onvoldaan gebleven deel mede over de benadeelde omgeslagen wordt.

7.9 HET *PASSING-ON* VERWEER EN INDIRECTE ACTIES

7.9.1 Het *passing-on* verweer; het doorberekeningsargument als schild

7.9.1.1 Inleiding

Ingeval de gelaedeerde van een mededingingsovertreding zijn schade wil verhalen op de laedens, kan het *passing-on* verweer of doorberekeningsverweer bij het begroten van de schade een probleem vormen.[321] Het *passing-on* verweer is het verweer dat de laedens kan voeren door te stellen dat de gedupeerde afnemer geen of nauwelijks schade heeft geleden omdat deze de hogere prijs die het gevolg is van de inbreuk op het mededingingsrecht heeft doorbere-

320 Zie ook de rekenvoorbeelden in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 136-137.

321 § 7.9 is grotendeels gebaseerd op mijn bijdrage over het *passing-on* verweer in de onderzoeksbundel 'Samenloop'. Zie Zippro 2007b, p. 187-207. Ik verwijs, gelet op de grote gelijkenis van § 7.9 met mijn bijdrage in de onderzoeksbundel 'Samenloop', in het vervolg van deze paragraaf niet meer naar mijn eerdere bijdrage over het *passing-on* verweer.

kend aan zijn afnemers. Op deze wijze tracht de inbreukpleger te ontsnappen aan de betaling van een vergoeding voor de schade die door de directe afnemer is afgewenteld op de indirecte afnemers en de uiteindelijke consumenten. De vraag of de laedens een beroep jegens de gelaedeerde kan doen op het *passing-on* verweer, is nauw verbonden met de vraag of indirecte afnemers een actie tegen de laedens kunnen instellen. Het instellen van een actie door indirecte afnemers wordt ook wel het offensieve gebruik van het *passing-on* argument genoemd. Het *passing-on* argument wordt dan als zwaard gebruikt en niet als schild. Zie de bespreking in § 7.9.2.

Het belang van het *passing-on* verweer kan het best met behulp van een voorbeeld worden geïllustreerd. Stel dat onderneming A wordt aangesproken door onderneming B wegens het feit dat onderneming B schade heeft geleden (namelijk het betalen van een supracompetitieve prijs) als gevolg van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A. Onderneming A kan nu als verweer voeren dat er niet of nauwelijks schade is geleden door onderneming B (directe afnemer). De hogere prijzen zijn immers door B doorberekend aan de derde partij C (indirecte afnemer). Dit zou kunnen betekenen dat de schadevergoeding die A aan B moet betalen, wordt verminderd met de hogere prijzen die B aan C heeft doorberekend. C heeft de hogere prijs vervolgens weer doorberekend aan D (de eindconsument). Zowel B, C als D kunnen nadelige gevolgen ondervinden van de schending van het mededingingsrecht door onderneming A.

Indien het *passing-on* verweer ontvankelijk is, kan de directe afnemer slechts de schade verhalen die niet is afgewenteld op de afnemers in het verdere verloop van de distributiekolom en op de consumenten. De schade zal alleen in zijn totaliteit worden vergoed indien alle indirecte afnemers (inclusief de consumenten) een actie tot verkrijging van schadevergoeding instellen om de mededingingsovertreder te dwingen de door de mededingingsinbreuk veroorzaakte schade te vergoeden.[322]

Het *passing-on* verweer is alleen mogelijk in markten met een lage elasticiteit van de vraag. Het verband tussen een prijsstijging en een omzetdaling hangt namelijk samen met de vraag of het een elastisch of inelastisch product betreft. Er zal zich geen afname in afzet of een andere vermindering van inkomsten voordoen bij producten of diensten met een elastisch aanbod en een inelastische vraag (noodzakelijke of moeilijk te vervangen goederen zoals melk en brood). In de realiteit zal zich dat niet vaak voordoen.[323] De belangrijkste reden voor het bestaan van het *passing-on* verweer in de jurisprudentie van het HvJ EG is het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking van de eiser. Dit is echter niet per definitie het geval, omdat de doorberekening van de hogere prijs ook tot een verminderde afzet kan leiden (en dus tot vermindering van winst,

322 Zie ook Van den Bergh 2006, p. 148.

323 Zie ook de conclusie van de A-G Tesauro bij HvJ EG 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 t/m C-218/95 *(Comateb)*, *Jur*. 1997, p. I-165.

omzet of marktaandeel) als gevolg van de hogere prijs.[324] De econoom Hellwig noemt het *passing-on* verweer zelfs irrelevant om tot een juiste beoordeling van de schade te komen. De potentiële winst van het *passing-on* verweer wordt volgens Hellwig tenietgedaan door het verlies dat ontstaat als gevolg van de afnemende vraag veroorzaakt door de hogere '*downstream*' prijs.[325]

Het *passing-on* verweer zal zonder problemen kunnen worden bestreden door een monopolist die te hoge prijzen heeft betaald als gevolg van een schending van het mededingingsrecht door zijn leveranciers. Monopolisten zullen namelijk de prijs van een product op een dusdanig niveau brengen dat de prijs niet verder verhoogd kan worden zonder dat de afzet fors achteruit gaat. Dit proces wordt *Cellophane Fallacy* genoemd, vernoemd naar een zaak voor het *U.S. Supreme Court* over verpakkingsmateriaal inclusief cellofaan *(United States/EI du Pont de Nemour and Co)* waarbij de zogenaamde *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (SSNIP) test een rol speelde bij de afbakening van de relevante markt.[326] Wegens het feit dat een monopolist de prijs niet verder kan verhogen zonder dat de afzet fors daalt zal een monopolist niet snel de te hoge prijs kunnen doorberekenen (*passing-on*) aan de afnemers. Dit geldt in mindere mate ook voor een oligopolist (die bij het prijsbeleid weer meer met één of meerdere concurrenten rekening dient te houden).

De vraag die ik in deze paragraaf tracht te beantwoorden, is de vraag of het *passing-on* verweer door de rechter dient te worden afgewezen en of, indien dit het geval is, de vorderingen van zowel de directe afnemers als de indirecte

---

324 HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 *(Just), Jur*. 1980, p. 501, r.o. 26.

325 Hellwig 2007, p. 121-159.

326 351 US 377 (1956). De zogenaamde *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (SSNIP) test wordt gebruikt om de relevante markt af te bakenen. Ingeval de SSNIP test wordt toegepast tussen het product van de monopolist en een ander product kan in een dergelijke omstandigheid een verkeerd beeld ontstaan, nu het lijkt alsof er een hoge mate van vervangbaarheid bestaat omdat consumenten al bij een lichte verhoging van de prijs stoppen met het afnemen van de desbetreffende producten of diensten van de monopolist. De SSNIP test dient dan ook vooral bij zaken betreffende art. 82 EG met de nodige voorzichtigheid te worden geïnterpreteerd. Zie ook Whish 2008, p. 30-31. Zie voor de SSNIP test ook § 17 van de Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5. § 17 van de Bekendmaking luidt als volgt: 'De vraag die moet worden beantwoord is of de afnemers van de partijen, als gevolg een hypothetische geringe (tussen 5% en 10%) duurzame verhoging van de prijs van de onderzochte producten en in de betrokken gebieden zouden overschakelen op gemakkelijk verkrijgbare vervangproducten of op leveranciers die elders zijn gevestigd. Wanneer substitutie volstaat om de prijsverhoging onrendabel te maken wegens de eruit voortvloeiende daling van de afzet, worden bijkomende substitutieproducten en gebieden opgenomen in de relevante markt, totdat het assortiment producten en het geografische gebied zodanig zijn afgebakend, dat kleine, duurzame verhogingen van de relatieve prijzen rendabel zouden zijn. Een soortgelijke analyse is toepasselijk in zaken betreffende de concentratie van koopkracht, waar wordt uitgegaan van de aanbieder en de prijstest de mogelijkheid biedt de alternatieve distributiekanalen of afzetmogelijkheden voor de producten van de aanbieder te bepalen (…).'

afnemers naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin kunnen samenlopen. Bij de beantwoording van deze vraag rijst tevens de vraag of een afwijzing van het *passing-on* verweer kan leiden tot een situatie waarbij de schadeveroorzakende onderneming dezelfde schade meerdere malen moet vergoeden.

Naast de vraag of het *passing-on* verweer door de rechter dient te worden afgewezen in relatie tot de vordering uit onrechtmatige daad, zal ik ook aandacht besteden aan de betekenis van het *passing-on* verweer bij de vordering uit onverschuldigde betaling.[327]

7.9.1.2 Het passing-on verweer in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is het *passing-on* verweer in het algemeen uitgesloten. In *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp.* heeft het *U.S. Supreme Court* geoordeeld dat een gedaagde zich niet mag verweren tegen een eis tot schadevergoeding met de stelling dat de eiser de te hoge prijs heeft doorberekend of zou hebben kunnen doorberekend aan zijn klanten.[328] Het onderzoek naar de vraag hoeveel van de te hoge prijs de eiser precies heeft doorberekend of zou hebben kunnen doorberekenen aan zijn afnemers zou op ongerechtvaardigde wijze de procesvoering bemoeilijken en de effectiviteit van de private handhaving verminderen.[329] Het *U.S. Supreme Court* overweegt:

> 'We are not impressed with the argument that sound laws of economics require recognizing this defense. A wide range of factors influence a company's pricing policies. Normally the impact of a single change in the relevant conditions cannot be measured after the fact; indeed a businessman may be unable to state whether, [392 U.S. 481, 493] had one fact been different (a single supply less expensive, general economic conditions more buoyant, or the labor market tighter, for example), he would have chosen a different price. Equally difficult to determine, in the real economic world rather than an economist's hypothetical model, is what effect a change in a company's price will have on its total sales. Finally, costs per unit for a different volume of total sales are hard to estimate. Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge

327 Zie over dit onderscheid Van Leuken 2007, p. 1024-1031, p. 1048-1054.

328 *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968); Mobley 2003, p. 11; Bos 2003, p. 318.

329 Zie ook Bos 2003, p. 318. Het *U.S. Supreme Court* maakt wel een uitzondering: 'We recognize that there might be situations – for instance, when an overcharged buyer has a pre-existing "cost-plus" contract, thus making it easy to prove that he has not been damaged – where the considerations requiring that the passing-on defense not be permitted in this case would not be present. We also recognize that where no differential can be proved between the price unlawfully charged and some price that the seller was required by law to charge, establishing damages might require a showing of loss of profits to the buyer.' Zie ook de in § 7.9.2.3 besproken zaak *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

> and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable.'

Het *U.S. Supreme Court* vervolgt:

> 'On the other hand, it is not unlikely that if the existence of the defense is generally confirmed, antitrust defendants will frequently seek to establish its applicability. Treble-damage actions would often require additional long and complicated proceedings involving massive evidence and complicated theories. [392 U.S. 481, 494]'

Het *U.S. Supreme Court* besluit:

> 'In addition, if buyers are subjected to the passing-on defense, those who buy from them would also have to meet the challenge that they passed on the higher price to their customers. These ultimate consumers, in today's case the buyers of single pairs of shoes, would have only a tiny stake in a lawsuit and little interest in attempting a class action. In consequence, those who violate the antitrust laws by price fixing or monopolizing would retain the fruits of their illegality because no one was available who would bring suit against them. Treble-damage actions, the importance of which the Court has many times emphasized, would be substantially reduced in effectiveness.'

In de Verenigde Staten is op federaal niveau een beroep op het *passing-on* verweer uitgesloten ter wille van het afschrikkende karakter van vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht. *Deterrence* speelt in de VS dan ook een veel grotere rol dan in Europa, waar de compensatoire doelstelling overheerst.[330]

In de Verenigde Staten is het op federaal niveau alleen voor directe kopers mogelijk de overtreder van het mededingingsrecht in rechte aan te spreken. De indirecte actie (het *ius standi* van indirecte afnemers) is in de Verenigde Staten op federaal niveau door het *U.S. Supreme Court* verworpen in de uitspraak *Illinois Brick*.[331] Zie mijn bespreking in 7.9.2.3.

7.9.1.3 Het passing-on verweer in Duitsland

In Duitsland is het *passing-on* verweer uitgesloten bij wet. In de literatuur bestond reeds langer de overtuiging dat een beroep op het (defensieve) *passing-*

330 Van Gerven 2006, p. 476.
331 *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977).

on verweer naar Duits recht niet mogelijk was.[332] De wetgever was het hiermee eens en introduceerde ter bevestiging nog een expliciet verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer in het 7e amendement van de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Dat verbod op het *passing-on* verweer werd door de Duitse regering in een van de latere concepten weer geschrapt, omdat het overbodig zou zijn nu het een feit van algemene bekendheid was dat naar Duits recht geen beroep kon worden gedaan op het *passing-on* verweer.[333]

Tijdens de parlementaire behandeling van het 7e amendement op de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* besloot het *Landgericht Mannheim* echter dat inbreukmakers op het mededingingsrecht niet succesvol kunnen worden aangesproken tot betaling van schadevergoeding aan directe afnemers ingeval de directe afnemers de hogere prijzen hebben doorberekend aan de indirecte afnemers.[334] De schade kon volgens het *Landgericht* niet worden berekend door een vergelijking te maken tussen de betaalde prijs en de prijs die zou zijn betaald zonder de kartelafspraak. Alle voordelen die waren verkregen als gevolg van het doorverkopen moesten worden meegenomen. Deze uitspraak werd overgenomen door het *Oberlandesgericht Karlsruhe*.[335]

De wetgever was het niet eens met de uitspraken van het *Landgericht Mannheim* en het *Oberlandesgericht Karlsruhe* en introduceerde alsnog een wettelijk verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer. In de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Par. 33, abs.3) is bepaald dat schadevergoeding niet mag worden uitgesloten wegens het enkele feit dat goederen of diensten zijn doorverkocht.[336] De bepaling luidt als volgt:

> 'Wer einen Verstoß nach Absatz 1 vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem überteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde. Bei der Entscheidung über den Umfang des Schadens nach § 287 der Zivilprozessordnung kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß erlangt hat, berücksichtigt werden. Geldschulden nach Satz 1 hat das Unternehmen ab Eintritt des Schadens zu verzinsen. Die §§ 288 und 289 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung.'

Deze bepaling sluit de mogelijkheid dat eventuele voordelen als gevolg van het doorberekenen van de schade worden meegenomen niet geheel uit.[337]

---

332 Zie Miege 2005, p. 35 en de daar vermelde literatuur. Zie bijvoorbeeld Hempel 2004, p. 364; Bulst 2004a, p. 2201; Bulst 2004b, p. 63; Immenga & Mestmäcker 2001, § 33, no. 40.

333 Bundestagsdrucksache nr. 15/3640, 54. Zie Miege 2005, p. 35.

334 LG Mannheim 11 juli 2003, Az. 7 O 326/02, 106 *GRUR* 2004, 182 *(Vitaminkartell)*.

335 OLG Karlsruhe 28 januari 2004, Az. 6 U 183/03, 57 *GRUR* 2004, 883, *NJW* 2004, 2243, *WuW/E DE-R* 1229, 415 *(Vitaminkartell)*.

336 Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *Bundesgesetzblatt* 2005, deel I, p. 1954-1969.

337 Zie Wurmnest 2005, p. 1184.

De rechter heeft nog enige speelruimte om tot een zekere compensatie te komen indien dat niet meer dan redelijk is.

7.9.1.4 Het passing-on verweer in Nederland

a. Abstract of concreet?

In Nederland bestaat geen rechterlijke of wettelijke uitsluiting van het *passing-on* verweer. De rechter zal de schade als gevolg van een schending van de mededingingsregels in beginsel concreet begroten. Bij het bepalen van schade zal de rechter in beginsel uitgaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde van een mededingingsinbreuk verkeert, inclusief de omstandigheden die zich voordoen na het intreden van de schade. De laedens zou bij de hantering van een concreet schadebegrip met succes een beroep kunnen doen op het *passing-on* verweer. Bos heeft ter voorkoming van een succesvol beroep van de laedens op het *passing-on* verweer gepleit voor de hantering van de abstracte of objectieve wijze van berekening van de schade.[338] Bij het bepalen van schade wordt dan niet uitgegaan van de concrete omstandigheden waarin de benadeelde verkeert, maar wordt van enkele van die omstandigheden geabstraheerd.[339]

Winstafdracht in de zin van artikel 6:104 BW biedt nog een alternatieve wijze van abstracte schadeberekening waardoor de laedens niet gedwongen is de omvang van zijn concrete schade aannemelijk te maken. Met een beroep op winstafdracht wordt het *passing-on* verweer ook geëlimineerd. Winstafdracht zal de verkrijging van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht echter niet vergemakkelijken. Het is vaak moeilijk om bij complexe gevallen zoals inbreuken op het mededingingsrecht de behaalde winst te berekenen. Daarvoor is een aantal oorzaken aan te wijzen, die ik reeds in § 7.7.3.6 heb besproken.

Het verschil in de hantering van een concreet of abstract schadebegrip kan voor de uitkomst van de beoordeling van het *passing-on* verweer groot zijn.[340]

---

338 Bos 2003, p. 318.

339 Lindenbergh 2008, nr. 36, p. 56. Lindenbergh wijst op het feit dat het niet alleen om een kwestie van berekening of begroting gaat, maar ook om de invulling van het begrip schade. De vraag is welke feitelijke gegevens wel en niet tot uitgangspunt moeten worden genomen bij de schadevaststelling.

340 HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 m.nt. EMM *(Het Engelse Kolenstakingsarrest)* maakt het verschil tussen een abstracte en concrete berekening van schade duidelijk. In deze zaak werd een vorm van abstracte schadeberekening voor het geval van niet-nakoming van een leveringsplicht aanvaard. De Hoge Raad oordeelt dat de schade, welke de koper door de wanprestatie van de verkoper leed, het verschil tussen de marktprijs en de koopprijs is. Daarbij doet de prijs waarvoor de koper mocht hebben doorverkocht niet ter zake. Het feit dat de koper enig voordeel door vrijstelling van de levering of anderszins mocht hebben genoten, gaat de eerste verkoper niet aan en zou geen rechtstreeks uitvloeisel van de wanprestatie zijn. Zie over het verschil tussen de hantering van een concreet of abstract schadebegrip ook Lindenbergh 2008, nr. 36, p. 55.

De wettelijke basis voor de abstracte schadeberekening is te vinden in artikel 6:97 BW. De rechter krijgt de vrijheid tot het hanteren van de abstracte schadeberekening, mits deze wijze van begroting in overeenstemming is met de aard van de schade. Bij de abstracte wijze van berekening van schade wordt niet geheel geabstraheerd van de concrete werkelijkheid, maar wordt bij de bepaling van de schade een zekere afstand genomen van bepaalde concrete omstandigheden waarin de gelaedeerde verkeert. Zo is het, in tegenstelling tot de concrete of subjectieve wijze van schadevaststelling, bij de abstracte schadevaststelling niet relevant of de afnemer de goederen of diensten al dan niet heeft doorverkocht. Het doet als gevolg daarvan ook niet ter zake of de afnemer van de goederen of diensten de te hoge aanschafprijzen die hij heeft betaald heeft verdisconteerd in zijn verkoopprijs en op deze wijze de hogere aanschafprijzen heeft doorberekend aan zijn afnemers. De schade bij hantering van de abstracte schadeberekening is het verschil tussen de prijs die bij een situatie van normale mededinging tot stand zou zijn gekomen en de overeengekomen, kunstmatig hooggehouden, prijs.[341]

Voordeel van een abstracte wijze van schadevaststelling is de doelmatigheid, die in de meeste gevallen gecombineerd wordt met een redelijk resultaat.[342] Principieel bezwaar is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.[343]

b. Voordeelstoerekening

Bij toepassing van de abstracte schadeberekening kan het *passing-on* verweer van de laedens effectief worden bestreden door de gelaedeerde. Een eventueel beroep van de laedens op voordeelstoerekening in de zin van artikel 6:100 BW dient te worden afgewezen. Dit artikel bepaalt dat indien een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening moet worden gebracht, voor zover dit redelijk is. Tegen het beroep van de laedens op voordeelstoerekening kan worden ingebracht dat er geen sprake is van 'een zelfde gebeurtenis', nu het voordeel (het doorberekenen van de kunstmatig hoge prijs aan de afnemers) niet automatisch voortvloeit uit het nadeel (het betalen van een kunstmatig hoge prijs). De directe afnemer moet zelf actief besluiten de te hoge prijs al dan niet gedeeltelijk door te berekenen aan de volgende afnemers.

341 Zie over de abstracte wijze van schadevaststelling ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 35-38.

342 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 37-38; Bloembergen 1965, nr. 35, p. 47-49.

343 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 37-38. Hartkamp & Sieburgh wijzen er tevens op dat de methode niet consequent wordt toegepast, in die zin dat de daarmede berekende schade als een minimum wordt beschouwd. Indien de eiser kan aantonen dat zijn schade groter is dan de objectieve schade, dan kan hij de werkelijk geleden (concreet berekende) schade vorderen.

Mocht al worden aangenomen dat het gaat om dezelfde gebeurtenis, dan verzet de strekking van de abstracte schadeberekening zich ertegen dat de schadevergoeding met toepassing van de regel van artikel 6:100 BW wordt verminderd met het concrete voordeel dat aan de schuldeiser toevalt als gevolg van de gebeurtenis die de schuldenaar tot schadevergoeding verplicht.[344] Het zal tevens niet redelijk zijn het concrete voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening te brengen.

Bloembergen heeft er in het kader van de voordeelstoerekening in zijn dissertatie al op gewezen dat het afwentelen van schade via het in rekening brengen van hogere prijzen aan het publiek een omstandigheid is waar de aansprakelijke persoon buiten behoort te staan.[345] Bloembergen verwoordt het als volgt:

> 'Vooral dit afwentelen van schaden via het in rekening brengen van hogere prijzen aan het publiek zal in onze maatschappij dikwijls voorkomen. In dit soort gevallen is de mogelijkheid van afwenteling een omstandigheid, waar de aansprakelijke persoon buiten behoort te staan. Het is hier de benadeelde, die in eerste instantie de schade lijdt; hoe hij die schade – of schades van die soort – in zijn bedrijf opvangt, is zijn zaak. Trouwens het onthouden van een actie aan de rechtstreeks benadeelde zal bijna steeds betekenen, dat de dader vrijuit gaat, want personen uit het publiek zullen hem bijna nimmer aanspreken.'[346]

c. Eigen schuld en de schadebeperkingsplicht

Indien de gelaedeerde schadevergoeding vordert wegens schending van het mededingingsrecht, zou de vergoedingsplicht van de laedens op het eerste gezicht kunnen worden verminderd door een beroep op eigen schuld of de schadebeperkingsplicht ex artikel 6:101 lid 1 BW. Zie mijn bespreking over eigen schuld en de schadebeperkingsplicht in § 7.7.3.8. Met betrekking tot het *passing-on* verweer zijn bijvoorbeeld situaties denkbaar waarin de winst hoger zou zijn geweest door minder van de hogere (kartel)prijs door te berekenen in de uiteindelijke verkoopprijs. Als gevolg van een beperktere stijging van de verkoopprijs is het bij goederen met een hoge prijselasticiteit mogelijk de afname van de vraag te beperken, waardoor er per saldo minder winst wordt gederfd dan bij een omvangrijkere stijging van de verkoopprijs.

Mijns inziens zal een beroep op eigen schuld of de schadebeperkingsplicht in dergelijke omstandigheden moeten worden afgewezen. In de eerste plaats is een verkoopprijsverhoging (al dan niet op grond van de verkeersopvattin-

---

344 Vgl. HR 14 januari 2005, *NJ* 2007, 481 m.nt. JH *(Ahold/Staat)*, r.o. 3.5.4; HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 *(De Preter/Van Uitert)*, r.o. 3.5. Zie de conclusie voor en de noot onder HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 m.nt. EMM *(Het Engelse Kolenstakingsarrest)* en HR 15 januari 1965, *NJ* 1965, 197 m.nt. GJS *(Flint/Veldpaus)*. Vgl. Verdam 1959, p. 181; Bloembergen 1965, nr. 37, p. 51-52; Kottenhagen-Edzes 1983, p. 53-57, p. 74-79; Bolt 1989, p. 196 e.v.

345 Bloembergen 1965, nr. 230, p. 331-332; Verdam 1959, p. 156.

346 Bloembergen 1965, nr. 230, p. 331-332.

gen) niet toerekenbaar aan de gelaedeerde. Er bestaan voor de gelaedeerde namelijk redelijke gronden om de hogere prijs door te berekenen. In de tweede plaats brengt de billijkheidscorrectie met zich mee dat de aan de gelaedeerde toe te rekenen verhoging van de verkoopprijs en de daardoor ontstane schade niet tot een vermindering van de vergoedingsplicht van het kartellid mag leiden, gelet op de ernst van de schending van het mededingingsrecht.

d. Effectiviteit en rechtvaardigheid

Indien de Nederlandse rechter rekening houdt met het *passing-on* verweer, wordt de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (bij het huidige gebrek aan mogelijkheden tot collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding) aanzienlijk gecompliceerder en naar alle waarschijnlijkheid ook minder effectief. De toenemende gecompliceerdheid van de actie tot schadevergoeding zal de eerste drempel zijn die de effectiviteit kan ondermijnen, de lagere schadevergoeding die het gevolg zal zijn van een geslaagd beroep op het *passing-on* verweer (of het geheel ontbreken van een schadevergoeding) zal de tweede drempel zijn die de effectiviteit kan ondermijnen. Bij het huidig gebrek aan mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding is het dan ook ongewenst dat de rechter dit verweermiddel bij de uiteindelijke hoogte van de schadevergoeding een rol laat spelen. De abstracte schadeberekening heeft vanuit het oogpunt van een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de voorkeur, zolang er geen wettelijk verbod bestaat op het toelaten van het *passing-on* verweer.

Tegenstanders van het hanteren van een abstracte schadeberekening zullen aanvoeren dat het feit dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht belemmerd wordt door de hantering van een concrete schadeberekening, geen rol hoort te spelen bij de keuze voor een concrete dan wel abstracte wijze van schadeberekening.[347] Deze tegenstanders hebben wel een argument, afhankelijk van de vraag hoe het begrip schade wordt gedefinieerd. Het kan bevreemding wekken dat schadevergoeding wordt verkregen door de directe afnemer, terwijl de directe afnemer per saldo niet tot nauwelijks schade (in concrete zin) heeft geleden nu de hogere prijs door hem is doorberekend aan de indirecte afnemers.[348]

Zoals ik in hoofdstuk 9 zal bepleiten, is het mogelijk maken van collectieve acties (ingesteld door indirecte afnemers of organisaties die de belangen van indirecte afnemers behartigen) ter verkrijging van schadevergoeding voor indirecte afnemers een rechtvaardiger oplossing, die mede vanuit het systeem

347 Zo is zaaksbeschadiging het belangrijkste geval waarin de schade abstract wordt berekend en is de abstracte schadeberekening in de rechtspraak afgewezen bij onder andere een vordering tot vergoeding van gederfde winst. Zie bijvoorbeeld Hartlief 2006, nr. 208; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nrs. 37-38.

348 Zie reeds Harris & Sullivan 1979, p. 269 e.v.

van de wet bezien, beter valt te verdedigen. De prikkel bij de indirecte verkrijgers (consumenten) om een actie in te stellen jegens de laedens ter verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht, is aanzienlijk groter indien de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve schadevergoedingsactie bestaat. Een verbod op het *passing-on* verweer is in dat geval ook niet meer nodig omdat de uiteindelijke schadelijders (de consumenten) een effectief middel tot hun beschikking hebben om de schade te kunnen verhalen. De schadevergoeding wordt op deze wijze verkregen door de gelaedeerden die de schade ook daadwerkelijk hebben geleden. Een oplossing die vanuit het oogpunt van effectiviteit en rechtvaardigheid bezien goed verdedigbaar is. De directe afnemer zou in dat geval alleen nog zijn vermogensschade kunnen vorderen als gevolg van een mogelijke afname van de omzet die veroorzaakt is door de hantering van een hogere prijs.

e. EU-conforme uitleg van artikel 6:97 BW

Zolang het voor consumenten niet mogelijk is om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te verkrijgen, zou verdedigd kunnen worden dat de nationale rechter op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw, zoals neergelegd in artikel 10 EG, voor de effectieve handhaving van het Europees (mededingings)recht bij het *passing-on* verweer moet uitgaan van een abstract schadebegrip.[349] De hantering van een concreet schadebegrip zou bij het aanvoeren van een *passing-on* verweer de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het in § 5.5.3 besproken effectiviteitsbeginsel (zie § 7.9.3.1 voor de verhouding tussen het *passing-on* verweer en het gemeenschapsrecht).[350] Artikel 6:97 BW behoort dan ook EU-conform te worden uitgelegd door de nationale rechter als *juge de droit commun*. Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief) mogelijk zou zijn de schade die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk te verhalen op de laedens, kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval namelijk niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn.

Tegen de zojuist genoemde visie kan worden ingebracht dat het HvJ EG in onder andere de zaken *Just* en *San Giorgio* heeft geoordeeld dat een beroep op het *passing-on* verweer juist niet in strijd is met het effectiviteitsbeginsel, nu het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig hun nationale recht rekening houden met het feit dat de ten onrechte toegepaste belastingen door de belastingplichtige onder-

349 Dit zal alleen anders kunnen zijn bij een zuivere monopolist, nu een monopolist de optimale prijs niet verder kan verhogen zonder dat de afzet zal verminderen.

350 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur.* 1976, p. 2043, r.o. 12; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 *(Palmisani)*, *Jur.* 1976, p. I-4025, r.o. 27.

neming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.[351] Het gemeenschapsrecht belet de nationale rechter niet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.[352] In de jurisprudentie komt echter een genuanceerder beeld naar voren. Zie mijn bespreking over het *passing-on* verweer en het Gemeenschapsrecht in § 7.9.3.1.

Daarnaast kan verdedigd worden dat er zich voor wat betreft de Nederlandse situatie van schadeberekening geen ongerechtvaardigde verrijking voordoet. Bij de vordering tot verkrijging van het bedrag dat teveel is betaald als gevolg van een schending van het mededingingsrecht (waar het hier met name om draait) kan worden geabstraheerd van de mogelijke afname van de afzet. Onder die omstandigheden zal het verwerpen van het *passing-on* verweer niet direct leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de gelaedeerde.

De vordering tot verkrijging van gederfde winst heeft reeds op het gebied van schadeberekening een concreet karakter. De gelaedeerde zal bij een vordering ter verkrijging van gederfde winst dienen te stellen wat zijn hypothetische inkoop en verkoophoeveelheden op een markt zonder de schending van het mededingingsrecht zouden zijn geweest. Tevens zou gekeken kunnen worden naar een vergelijking tussen de gemiddelde productiekosten per product en de hypothetische gemiddelde productiekosten per product. Het ligt niet voor de hand dat een aldus onderbouwde schadevergoedingsvordering snel zal uitlopen op ongerechtvaardigde verrijking van de afnemer.

7.9.1.5 De betekenis van het passing-on verweer bij de vordering uit onverschuldigde betaling

Een partij die presteert op grond van een overeenkomst die op grond van artikel 81 lid 2 EG of artikel 6 lid 2 Mw nietig is, heeft een recht op terugbetaling. Met behulp van de vordering uit onverschuldigde betaling op grond van artikel 6:203 BW kan de zonder rechtsgrond verrichte prestatie ongedaan worden gemaakt.[353] Zie over de vordering uit onverschuldigde betaling tevens mijn bespreking in § 7.13.3.

De directe afnemer die heeft gepresteerd op grond van een nietige (kartel-)overeenkomst kan van de leverancier op grond van onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 BW ongedaanmaking van de verrichte prestaties vorderen. Dit zal bijvoorbeeld het geval kunnen zijn in een *Courage/Crehan* situatie (zie § 7.4), waarbij caféhouder Crehan zich op de nietigheid van het beding betreffende de exclusieve afnameverplichting beroept en hogere prijzen heeft betaald aan

351 HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 *(Just)*, *Jur.* 1980, p. 501; HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur.* 1983, p. 3595.
352 Zie ook HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297.
353 Zie ook Van Leuken 2007, p. 1048.

brouwerij Courage dan wanneer hij niet gebonden was geweest door het met het mededingingsrecht strijdige exclusieve afnamebeding. De afwenteling door de directe afnemer (caféhouder Crehan) van de teveel betaalde kartelprijs op indirecte afnemers (cafébezoekers) staat niet in de weg aan de vordering uit onverschuldigde betaling. Onverschuldigde betaling is immers geen schadevergoedingsactie maar leidt tot een ongedaanmakingsverbintenis of (indien de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan wordt gemaakt) een waardevergoedingsverbintenis (artikel 6:210 BW).

De vordering uit onverschuldigde betaling vloeit volgens het HvJ EG voort uit de rechten die particulieren ontlenen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht. Het HvJ EG overweegt in *Weber's Wine World* (r.o. 93):

> 'Volgens vaste rechtspraak van het Hof hebben particulieren recht op terugbetaling van heffingen die in een lidstaat in strijd met de gemeenschapsbepalingen zijn geïnd. Dit recht is het gevolg en het complement van de rechten die particulieren ontlenen aan deze bepalingen, zoals die door het Hof zijn uitgelegd. De betrokken lidstaat is in beginsel verplicht, in strijd met het gemeenschapsrecht geïnde heffingen terug te betalen (zie met name arresten Comateb e.a., reeds aangehaald, punt 20; arrest van 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a., C-397/98 en C-410/98, Jurispr. blz. I-1727, punt 84, en arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 39).'[354]

De directe afnemer kan bij een geslaagde actie uit onverschuldigde betaling tweemaal betaling ontvangen (afgezien van de mogelijk lagere omzet als gevolg van een daling van de afzet als gevolg van de hogere prijs). Zowel van de indirecte afnemers (die de hogere prijs hebben betaald die de directe afnemer heeft verdisconeerd in zijn verkoopprijzen) als van de leverancier. Dit kan leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de directe afnemer.

Van Leuken ziet hier een oplossing in de door Hartkamp bepleite exceptie uit ongerechtvaardigde verrijking als uitwerking van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.[355] Deze exceptie zal echter alleen kunnen worden ingeroepen indien aan alle voorwaarden van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 BW is voldaan. Zo dient sprake te zijn van een (dreigende) ongerechtvaardigde verrijking van de directe afnemer die ten koste gaat van de leverancier (er dient een verband te bestaan tussen de verrijking en de schade). Een eis van artikel 6:212 BW is dat er schade (geleden verlies, gederfde winst) bij de leverancier dient te zijn ontstaan. Het feit dat op de leverancier de verplichting rust tot terugbetaling kan niet als schade worden gezien.[356] Het gaat bij de verplichting tot terugbetaling immers om de terugbetaling van verrichte prestaties waar de leverancier nooit recht op heeft gehad.

---

354 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C 147/01 *(Weber's Wine World), Jur*. 2003, p. I-11365.
355 Van Leuken 2007, p. 1051; Hartkamp 2001, p. 327.
356 Van Leuken 2007, p. 1051.

Als gevolg van de nietigheid van de mededingingsbeperkende overeenkomst bestaat er geen juridische grondslag meer voor de verrichte prestaties.

Indien naast de directe afnemer ook de indirecte afnemers een vordering jegens de leverancier hebben ingesteld, kan wel van schade worden gesproken. Ingeval de leverancier reeds aan de indirecte afnemers zou hebben betaald, zou de terugbetaling aan de directe afnemer tot het resultaat leiden dat de leverancier meer dient te betalen dan het onverschuldigd betaalde bedrag. Indien de indirecte afnemers eindconsumenten zijn, gaat het bij de schade als gevolg van de schending van het mededingingsrecht om kleine bedragen die voor de individuele consument de moeite van het procederen niet waard zijn (*Streuschaden* of strooischade, zie hoofdstuk 8). Zolang het voor consumenten nog niet eenvoudiger en vriendelijker is gemaakt om door middel van een collectieve actie of *class action* te procederen (zie hoofdstuk 8), zal niet snel sprake zijn van een terugbetaling aan de consument. Een beroep van de leverancier op het *passing-on* verweer zal dan ook, als gevolg van het ontbreken van schade, niet slagen.

De door Hartkamp verdedigde exceptie uit ongerechtvaardigde verrijking gaat reeds op indien de directe afnemer verrijkt wordt. Schade aan de zijde van leverancier (de partij die zich op de exceptie beroept) vormt in zijn voorstel geen eis voor een geslaagd beroep op de exceptie uit ongerechtvaardigde verrijking. In navolging van Van Leuken ben ik voor een stringentere toepassing van de exceptie.[357] Het verbod op ongerechtvaardigde verrijking vormt een uitzondering op de hoofdregel dat bij het onverschuldigd (zonder rechtsgrond) betalen (verrichten van een prestatie) jegens een ander een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat. Deze uitzondering dient, zeker gelet op het effectiviteitsbeginsel, terughoudend te worden toegepast.[358]

7.9.2 Indirecte acties; het doorberekeningsargument of *passing-on* argument als zwaard

7.9.2.1 Algemeen

De vraag of indirecte afnemers een actie tegen de laedens kunnen instellen, vormt de tegenhanger van de vraag of de laedens een beroep jegens de gelaedeerde kan doen op het *passing-on* verweer. Onder de indirecte afnemer versta ik de afnemer die niet rechtstreeks van de inbreukmaker op het mededingingsrecht afneemt maar van een tussenpersoon. De indirecte afnemer heeft schade geleden wegens het feit dat de tussenpersoon het als gevolg van de mededingingsinbreuk teveel betaalde aan hem heeft doorberekend.

357 Van Leuken 2007, p. 1051.
358 Van Leuken 2007, p. 1054.

De indirecte afnemer heeft geen vordering op de tussenpersoon, nu het doorberekenen van het teveel betaalde geen onrechtmatige daad van de tussenpersoon jegens de indirecte afnemer vormt. Tussen de indirecte afnemer en de tussenpersoon bestaat verder een geldige overeenkomst die de grondslag vormt voor de betaling. Dit zou alleen anders zijn als de indirecte afnemer een geslaagd beroep zou doen op de vernietigbaarheid van de overeenkomst tussen de indirecte afnemer en de tussenpersoon wegens wederzijdse dwaling op grond van artikel 6:228 sub c BW. Op dat moment zal de rechtsgrondslag komen te vervallen en zal de indirecte afnemer een actie jegens de directe afnemer of tussenpersoon kunnen instellen op grond van onverschuldigde betaling (§ 7.13.3) of ongerechtvaardigde verrijking (§ 7.13.2). Als gevolg van het beroep op onverschuldigde betaling ontstaat een ongedaanmakingsverbintenis (bij geldsommen strekt de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag ex artikel 6:203 lid 2 BW). Op basis van een actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking ontstaat ex artikel 6:212 BW een verbintenis tot schadevergoeding.

De vraag doet zich nu voor of de indirecte afnemer een vordering op grond van onrechtmatige daad heeft jegens de inbreukmaker op de mededingingsregels. Indien het *passing-on* verweer van de laedens wordt verworpen, zou een bevestigend antwoord op deze vraag er toe kunnen leiden dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade wordt aangesproken. Zowel de directe afnemer als de indirecte afnemer kunnen in dat geval een vordering instellen. Naast het feit dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade kan worden aangesproken, is het ook mogelijk dat de laedens meer schade moet vergoeden dan direct door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt.

Haak & VerLoren van Themaat signaleren deze mogelijkheid ook in hun onderzoek en illustreren dit treffend met een voorbeeld betreffende een kartelafspraak tussen vitamineproducenten.[359] In hun voorbeeld gaat als gevolg van het kartel de prijs van de benodigde grondstof per pil met 100% omhoog van 1 naar 2. De pillenproducenten die de duurdere grondstoffen moeten kopen verhogen hun verkoopprijzen ook met 100% van 2 naar 4. Vervolgens verhogen de detailhandelaren die de duurdere pillen van de pillenproducenten moeten kopen de prijzen ook met 100% van 4 naar 8. De schade die de consument nu heeft geleden kan worden begroot op het verschil tussen de consumentenprijs vóór de kartelinbreuk en de consumentenprijs na de kartelinbreuk. De schade zou dan 8-4 = 4 zijn. Aan de andere kant bedraagt echter de verhoging van de prijs door het kartel maar 1. Bij een schadebegroting die gebaseerd zou zijn op winstafdracht zou maar 1 behoeven te worden afgedragen. In deze situatie zou de laedens, bij toewijzing van de vorderingen van de indirecte afnemers, meer schade moeten vergoeden dan direct door de mededingingsinbreuk is veroorzaakt. De laedens zou wel kunnen tegenwerpen dat de

359 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 77-78.

prijsverhogingen die zich later in het proces voordoen niet op grond van het sluiten van de kartelovereenkomst aan hem kunnen worden toegerekend.

7.9.2.2 Relativiteit

De in § 7.6.7 besproken relativiteitsleer zou aan een indirecte actie in de weg kunnen staan. Volgens artikel 6:163 BW bestaat geen verplichting tot schadevergoeding wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. De vordering van de indirecte gelaedeerde tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht moet dan ook worden afgewezen wanneer de mededingingsbepaling (de geschonden norm) niet strekt ter bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde is geleden of wanneer de soort schade of de wijze waarop de schade is ontstaan buiten het bereik van de bescherming valt. De relativiteitsleer behoort in het algemeen geen belemmering te vormen voor een indirecte actie. Ik zie niet in waarom de geschonden mededingingsregels niet zouden strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde (vaak de consument) is of wordt geleden.[360] Zie hiervoor § 7.6.7 waar overtuigende argumenten zijn aangedragen voor de aanname dat de mededingingsregels strekken tot bescherming van de schade zoals die door consumenten is geleden.

Haak & VerLoren van Themaat zijn van mening dat eventuele schade die wordt opgelopen door tussenhandelaren niet wordt beschermd door de mededingingsregels.[361] Dit kan echter niet in zijn algemeenheid worden gezegd. Veelal worden tussenhandelaren als directe afnemers wel degelijk beschermd door de mededingingsregels. Dit is alleen anders in het door Haak & VerLoren van Themaat gegeven voorbeeld van de schade die tussenhandelaren lijden door de afspraak die een groep fabrikanten heeft gemaakt om voortaan rechtstreeks aan de detaillist te zullen leveren en de groothandel uit te sluiten.[362]

360 In Duitsland leek men daar anders over te denken. Alleen ingeval de schending van de mededingingsregels was gericht tegen de eiser bestond er in Duitsland een recht op schadevergoeding. Als gevolg van de hervorming van de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) door het 7e amendement is deze restrictie (*Schutznormerfordernis*) afgeschaft. Zie art. 33 (1) GWB en art. 823-II BGB. Een inbreuk op de mededingingsregels is mijns inziens uiteindelijk gericht tegenover zowel directe als indirecte afnemers. Niet valt in te zien waarom indirecte afnemers niet beschermd zouden behoren te worden op grond van het relativiteitsvereiste. Zie over de situatie in Duitsland ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 75-77 en de ook in hun rapport gesignaleerde rechtspraak LG Mannheim 11 juli 2003, Az. 7 O 326/02, 106 *GRUR* 2004, 182 *(Vitaminkartell)*; OLG Karlsruhe 28 januari 2004, Az. 6 U 183/03, 57 *GRUR* 2004, 883, *NJW* 2004, 2243, *WuW/E DE-R* 1229, 415 *(Vitaminkartell)*. Zie ook het landenrapport over Duitsland bij Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport). Zie over de situatie in Duitsland na de hervorming als gevolg van het 7e amendement Roth 2007, p. 69-70.

361 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76-77.

362 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 76-77.

In dat geval kan een gezonde mededinging meebrengen dat tussenhandelaren zullen verdwijnen.

Mochten de geschonden mededingingsregels niet strekken tot bescherming tegen de schade zoals die door de indirecte gelaedeerde(n) is geleden dan zou nog, zoals besproken in § 7.6.7, een beroep kunnen worden gedaan op schending van de zorgvuldigheidsnorm (een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt). Het enkele feit van wetsovertreding (kartelverbod of verbod op het maken van misbruik van een machtspositie) zal, ook al strekt het overtreden voorschrift niet ter bescherming tegen de schade, steeds meewegen bij het oordeel over de vraag of een betamelijkheidsregel is geschonden waar de benadeelde wel bescherming aan kan ontlenen (de correctie Langemeijer).[363]

7.9.2.3 Indirecte acties in de Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is het op federaal niveau alleen voor directe kopers mogelijk de overtreder van het mededingingsrecht in rechte aan te spreken. De indirecte actie (het *ius standi* van indirecte afnemers) is in de Verenigde Staten op federaal niveau door het *U.S. Supreme Court* verworpen in de uitspraak *Illinois Brick*.[364] Het U.S. Supreme Court motiveerde deze beslissing op drie gronden. In de eerste plaats zou het toestaan van een indirecte actie het risico met zich meebrengen dat de laedens meerdere keren aansprakelijk wordt gesteld, nu de laedens geen beroep mag doen op het *passing-on* verweer tegen een vordering van de directe afnemer. In de tweede plaats zal het toestaan van het passing-on verweer met zich meebrengen dat moet worden bewezen of en in welke mate de te hoge kartelprijs is doorberekend in het product dat de directe afnemer verkoopt. Dit is meestal zeer moeilijk vast te stellen. In *Hanover Shoe* was dit reden om het passing-on verweer uit te sluiten en in *Illinois Brick* rechtvaardigt dit de uitsluiting van de indirecte afnemer. In de derde plaats zijn directe afnemers volgens het U.S. Supreme Court betere handhavers dan indirecte afnemers. Het concentreren van de vordering bij directe afnemers is volgens het *U.S. Supreme Court* effectiever dan het zowel aan de directe en de indirecte afnemer toestaan van het instellen van een vordering. Wel heeft het *U.S. Supreme Court* in de uitspraak *ARC America* toegestaan dat het op grond van het niet-federale mededingingsrecht van de afzonderlijke deelstaten mogelijk kan zijn dat indirecte kopers de overtreder van het mededingingsrecht kunnen aanspreken.[365] Daarnaast zijn op federaal

363 Zie HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 *(Tandartsen)*.

364 *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977). In de Amerikaanse literatuur is de *Illinois Brick* uitspraak ook omstreden. Zie bijvoorbeeld Gavil 2005, p. 553-624; Page 2005, p. 303-338; Cavanaugh 2004, p. 1-51.

365 *California v ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989); Mobley 2003, p. 11. Zie ook Page 1999, p. 1-39; Page 2005; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 75.

niveau in twee bijzondere omstandigheden volgens het *U.S. Supreme Court* wel indirecte acties mogelijk zonder geconfronteerd te worden met complexe prijs-afzet problemen en elasticiteitsproblemen. In de eerste plaats zijn indirecte acties mogelijk ingeval er een *'pre-existing cost-plus'* contract bestaat tussen de directe koper en zijn afnemer. Een dergelijke overeenkomst komt in de bouwwereld voor. De contractpartij krijgt ingeval het werk klaar is een vergoeding die gelijk is aan de kosten plus een bonus, zelfs indien de kosten zijn overschreden. In de tweede plaats zijn indirecte acties mogelijk ingeval de directe afnemer in handen is van de indirecte afnemer of wordt gecontroleerd door de indirecte afnemer. Deze bijzondere situaties zullen zich maar weinig voordoen, zodat indirecte acties in de meeste gevallen op federaal niveau niet zijn toegestaan.

In *ARC America* heeft het *U.S. Supreme Court* een oordeel moeten geven over de verhouding tussen federaal recht en deelstatelijk recht en uiteindelijk geoordeeld dat het deelstatelijk recht mag bepalen dat indirecte acties wel toegestaan zijn. Het *U.S. Supreme Court* oordeelde dat de federale rechters minder toegerust zijn dan de deelstatelijke rechters om te oordelen over de complexe vragen die zich voordoen bij het vaststellen van de doorberekende bedragen. De federale rechter zal verder niet worden geconfronteerd met de wetgeving van de deelstaten op het gebied van indirecte acties, nu de meeste indirecte acties die gebaseerd zijn op deelstatelijk recht voor de deelstatelijke rechters zullen worden gebracht. Uiteraard zijn indirecte acties alleen mogelijk als het deelstatelijk recht dat toestaat. In een flink aantal deelstaten in de VS (bijna 67 %) is aparte wetgeving ingevoerd om een indirecte actie mogelijk te maken.[366] In deze deelstaten kan door zowel directe als indirecte kopers een vordering tot schadevergoeding worden ingesteld. In een aantal deelstaten is het gebruik van het *passing-on* verweer door de gedaagde ook toegelaten.

Het verbod op een indirecte actie wordt ook wel aangeduid als het verbod op het offensieve gebruik van het *passing-on* argument. Het op federaal niveau verbieden van de indirecte actie lijkt een direct (spiegelbeeldig) gevolg te zijn van het federale verbod op het gebruik van het *passing-on* verweer (en als gevolg daarvan de mogelijkheid dat de laedens meerdere malen voor dezelfde schade zou kunnen worden aangesproken). Enerzijds kan de laedens jegens de directe afnemer geen beroep doen op het *passing-on* verweer, anderzijds

366 30 deelstaten staan indirecte acties toe. In 2001 hadden 25 deelstaten en het District of Columbia zogenaamde *Illinois Brick repealer statutes*. Het betreft Alabama, Arizona, California, Colorado, Delaware, District of Columbia, Hawaii, Idaho, Illinois, Kansas, Maine, Maryland, Michigan, Minnesota, Mississippi, Nebraska, Nevada, New Mexico, New York, North Dakota, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Vermont en Wisconsin. Zie Cavanaugh 2004, p. 1 e.v. Drie deelstaten staan indirecte acties toe na een rechterlijke beslissing (Iowa, North Carolina en Tennessee), Florida staat indirecte acties toe onder de consumentenbeschermingsregels. Zie OECD, *Roundtable discussion on private remedies: passing on defense; indirect purchaser standing; definition of damages (United States)*, DAF/COMP/WP3/WD(2006)11, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, February 2006.

heeft de laedens geen last van vorderingen tot schadevergoeding van indirecte afnemers zodat hij niet voor dezelfde schade kan worden aangesproken door zowel de directe als de indirecte afnemers. Desondanks zijn aan deze beslissing van het *U.S. Supreme Court* de nodige nadelen verbonden. De daadwerkelijke schadelijders wordt een recht ontnomen op schadevergoeding. Indirecte afnemers (in het bijzonder de consumenten) blijven met lege handen achter, terwijl zij nu juist uiteindelijk vaak de werkelijke schade lijden. Het zou redelijk zijn als – in een systeem waarbij het verboden is om de overtreder van het mededingingsrecht aan te spreken – de indirecte afnemer in ieder geval een vordering op de directe afnemer zou hebben tot verkrijging van schadevergoeding.[367] De Amerikaanse *Antitrust Modernization Commission* kijkt nu naar de vraag of er behoefte is om het Amerikaans mededingingsrecht (inclusief het *passing-on* verweer en de *Illinois Brick* beslissing) te moderniseren.[368]

7.9.2.4 Nadere analyse van de argumenten van het U.S. Supreme Court

a. Inleiding

Als de argumenten van het *U.S. Supreme Court* in *Illinois Brick* worden onderworpen aan een nadere analyse, blijft er geen goede reden bestaan om het verbod op indirecte acties in te voeren in de EU. Ik bespreek de uitspraak *Illinois Brick* aan de hand van de presumpties die het *U.S. Supreme Court* hanteert ter onderbouwing van het federale verbod voor indirecte afnemers om van de laedens schadevergoeding te kunnen vorderen.[369]

b. Directe afnemers betere handhavers dan indirecte afnemers?

Aanhangers van de Chicago school (Landes en Posner) hebben wel verdedigd dat *Hanover Shoe* en *Illinois Brick* verdedigd kunnen worden op grond van een economische analyse.[370] Het toestaan van indirecte acties zou strijdig zijn met het doel van de handhaving van mededingingsrecht. Indien wordt aangenomen dat de doelstellingen van de handhaving van het mededingingsrecht bestaan uit compensatie en afschrikking/preventie en wanneer tegelijkertijd wordt aangenomen dat deze doelstellingen met elkaar in conflict zijn, dient in de opvatting van de aanhangers van de Chicago school de doelstelling afschrikking/preventie te prevaleren boven de doelstelling compensatie.[371] Nu directe afnemers betere handhavers zouden zijn dan indirecte afnemers, dienen alleen de directe afnemers een vordering te kunnen instellen.[372] Directe afnemers zouden betere handhavers zijn omdat ze dichter bij de laedens

367 Zie de feiten in de zaak *California v ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989).
368 Zie de Antitrust Modernization Commission Act 2002, Pub. L. No. 107-273, § 11051-11060, 116 Stat. 1856.
369 Deze analyse is mede gebaseerd op Petrucci 2008, p. 35-39.
370 Landes & Posner 1979, p. 602 e.v.
371 Petrucci 2008, p. 35-36; Landes & Posner 1979, p. 605.
372 Landes & Posner 1979, p. 605.

staan en toegang hebben tot alle relevante informatie (wat weer minder kosten met zich zou meebrengen).

Bij dit standpunt van Landes en Posner zijn wel enige kanttekeningen te plaatsen.[373] In de eerste plaats geeft het *U.S. Supreme Court* in *Illinois* zelf reeds aan het mogelijk is dat directe afnemers geen procedure beginnen omdat ze bang zijn om de relatie met hun leverancier te verstoren. In de tweede plaats kunnen directe afnemers minder prikkels hebben om een procedure te beginnen nu ze het teveel betaalde reeds hebben doorberekend aan hun afnemers.[374] Het standpunt dat directe afnemers de meest effectieve handhavers zijn, is dan ook omstreden. Petrucci wijst erop dat het *U.S. Supreme Court* met *Illinois* meer wilde voorkomen dat er een stormloop aan procedures zou volgen indien het voor indirecte afnemers mogelijk zou worden hun schade vergoed te krijgen. *Treble damages*-acties zouden volgens het *U.S. Supreme Court* veranderen in grootschalige *'multiparty litigations'*. Voor wat betreft de privaatrechtelijke handhaving in de EU zijn de argumenten van Landes en Posner niet voldoende overtuigend om indirecte acties te verbieden. Een dergelijk verbod zou ook in strijd zijn met de rechtspraak van het HvJ EG in onder andere *Courage/Crehan* (zie § 7.9.3.2).

c. Meervoudige aansprakelijkheid en dubbele betaling van schadevergoeding

Een ander probleem zou de meervoudige aansprakelijkheid zijn. Deze meervoudige aansprakelijkheid kan ertoe leiden dat de laedens dezelfde schade meerdere malen moet vergoeden. De laedens zal schadevergoeding dienen te betalen aan de directe afnemer (de laedens mag jegens de directe afnemer geen beroep doen op het *passing-on* verweer op grond van *Hanover Shoe*) en aan de indirecte afnemer. Naast deze 'dubbele' betaling van 'dezelfde' schade kan ook een onderscheid worden gemaakt tussen de schadevergoeding die aan de directe afnemer dient te worden vergoed wegens het afnemen van de afzet (bij elastische goederen zal de vraag afnemen als gevolg van de hogere prijs) en de schadevergoeding die aan de indirecte afnemer dient te worden vergoed wegens de te hoge prijs van het product. In dit laatste geval gaat het om twee verschillende schadeposten, waardoor geen sprake is van dubbele betaling van dezelfde schade.

Indien indirecte acties verboden zouden worden, staan consumenten per definitie buiten spel. Dat zou strijdig zijn met het beleid van de Commissie, die nu juist de positie van de consument in het mededingingsrecht voorop stelt. Het probleem van de dubbele betaling van dezelfde schade zou dan ook geen reden moeten zijn om het in de EU voor indirecte afnemers onmogelijk te maken een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen. Het probleem van de dubbele betaling van dezelfde schadevergoeding zit meer in het lokaliseren van de plaats waar de schade ligt en de bewijsproblemen

373 Zie ook Harris & Sullivan 1979, p. 269 e.v.
374 Hovenkamp 1990, p. 1727; Petrucci 2008, p. 36.

die daar mee kunnen samenhangen. Is de te hoge prijs doorberekend aan volgende afnemers en zo ja, hoeveel. Is de afzet door de hogere prijs afgenomen en zo ja, wat zijn de verschillen met de afzet (en de kostprijs) zoals die zou zijn geweest zonder de mededingingsovertreding.

d. Lokaliseren van de plaats waar de schade ligt en bewijsproblemen

Een derde argument om vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding van indirecte afnemers te verbieden, is gelegen in het lokaliseren van de plaats waar de schade ligt en de bewijsproblemen die daar mee kunnen samenhangen. Petrucci wijst op het feit dat de uiteindelijke prijs van een product afhankelijk is van drie factoren. In de eerste plaats de kostprijs, in de tweede plaats wordt gekeken naar de prijzen die concurrenten vragen en in de derde plaats wordt gekeken naar de vraag (hoeveel klanten zijn bereid te betalen voor het product).[375] Dit kan het berekenen van de effecten die de te hoge prijs heeft veroorzaakt op de uiteindelijke prijs extra complex maken. De kostprijs is immers niet het enige element dat meespeelt bij de uiteindelijke prijs van een product. De moeilijkheidsgraad van het lokaliseren van de schade hangt ook af van de vraag of de verdere distributieketen korter of langer is (in dat laatste geval met veel tussenpersonen).[376] Bij een kortere distributieketen is het lokaliseren van de plaats waar de schade ligt eenvoudiger dan bij een langere distributieketen. Desondank is het lokaliseren van de plaats waar de schade ligt niet onmogelijk. Zo hebben Harris & Sullivan een methode ontwikkeld om de effecten van een te hoge kartelprijs op de verschillende stadia van de distributieketen te berekenen.[377] Uit hun onderzoek blijkt dat de te hoge prijs vaak wordt doorberekend aan volgende afnemers. Hoewel het lokaliseren van de plaats waar de schade ligt niet eenvoudig is, zou dit in de EU geen rechtvaardiging moeten vormen voor het uitsluiten van vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding van indirecte afnemers. Eventueel zou iets kunnen worden gedaan met het bewijs van causaliteit van het doorberekende bedrag. Zo is in het Witboek voorgesteld dat indirecte afnemers zich kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging hun volledig is doorberekend. De bewijslast voor het slachtoffer met betrekking tot het causaal verband tussen de schending van het mededingingsrecht en de schade wordt op deze manier verlicht. Zie § 7.9.5.2.

375 Petrucci 2008, p. 38.

376 Zie voor een effect van het doorberekenen van de te hoge kartelprijs Harris & Sullivan 1979, p. 269 e.v.

377 Harris & Sullivan 1979, p. 269 e.v.

7.9.3 Het *passing-on* verweer, indirecte acties en het Gemeenschapsrecht

7.9.3.1 Het passing-on verweer en het Gemeenschapsrecht

In de jurisprudentie van het HvJ EG en het GvEA EG kan geen direct antwoord worden gevonden op de vraag hoe om te gaan met het *passing-on* verweer in mededingingszaken. Desalniettemin geeft het HvJ EG in *Courage/Crehan* enkele principes aan die direct spelen bij de problematiek die zich voordoet bij het *passing-on* verweer. Het HvJ EG overweegt in *Courage/Crehan* als volgt (r.o. 29-31):

> 'Bij gebreke van een communautaire regelgeving ter zake is het echter 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 ontlenen, 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) (zie arrest van 10 juli 1997, Palmisani, C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 27).
> Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (zie met name arresten van 4 oktober 1979, Ireks-Arkady/Raad en Commissie, 238/78, Jurispr. blz. 2955, punt 14; 27 februari 1980, Just, 68/79, Jurispr. blz. 501, punt 26, en 21 september 2000, Michaïlidis, C-441/98 en C-442/98, Jurispr. blz. I-7145, punt 31).[378]
> Mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid worden geëerbiedigd (zie arrest Palmisani, reeds aangehaald, punt 27) 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 ontzegt schadevergoeding te vorderen van haar contractpartij. 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) mag een justitiabele niet profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen, wanneer dit is komen vast te staan.'

De vraag is of de hantering van een concreet schadebegrip (§ 7.9.1.4) bij het aanvoeren van een *passing-on* verweer de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maakt en als gevolg daarvan in strijd is met het in § 5.5.3 besproken effectiviteitsbeginsel.

---

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

In § 7.9.1.4 werd er reeds op gewezen dat op het eerste gezicht verdedigd kan worden dat het HvJ EG in onder andere de zaken *Just* en *San Giorgio* heeft geoordeeld dat een beroep op het *passing-on* verweer niet in strijd is met het effectiviteitsbeginsel, nu het gemeenschapsrecht zich er niet tegen verzet dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig hun nationale recht rekening houden met het feit dat de ten onrechte toegepaste belastingen door de belastingplichtige onderneming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.[379] Het gemeenschapsrecht verzet zich er niet tegen dat nationaal recht de teruggaaf van onverschuldigd betaalde heffingen uitsluit indien deze tot ongegronde verrijking van de rechthebbende zou leiden. Het HvJ EG overweegt in *Just* (r.o.26):

> 'Te dezen zij erop gewezen dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorden ter zake gewaarborgde rechten niet vergt dat ten onrechte toegepaste belastingen worden terugbetaald in omstandigheden die zouden uitlopen op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden, het gemeenschapsrecht verzet zicht er dan ook niet tegen, dat de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig hun nationale recht rekening houden met het feit dat de ten onrechte toegepaste belastingen door de belastingplichtige onderneming in haar prijzen zijn verdisconteerd en op haar afnemers zijn afgewenteld.'[380]

Het HvJ EG voegt daar in *San Giorgio* nog aan toe (r.o. 13):

> '(…) nationale wettelijke bepalingen die de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste belastingen, rechten en heffingen uitsluiten, wanneer vaststaat dat degene die ze heeft moeten betalen, ze daadwerkelijk op anderen heeft afgewenteld, zijn dan ook in beginsel niet strijdig te achten met het gemeenschapsrecht.'[381]

In *Weber's Wine World* hanteert het HvJ EG echter een strikte uitleg van de uitzondering op de verplichting tot terugbetaling. Het HvJ EG oordeelt met betrekking tot de terugbetaling van in strijd met het gemeenschapsrecht geïnde heffingen (r.o. 94-95):

> 'Deze verplichting tot terugbetaling kent volgens deze rechtspraak slechts één uitzondering. Een lidstaat kan terugbetaling van een in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffing slechts afwijzen, wanneer door de nationale overheid is

379 HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 *(Just)*, *Jur*. 1980, p. 501; HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur*. 1983, p. 3595.

380 HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 *(Just)*, *Jur*. 1980, p. 501.

381 HvJ EG 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur*. 1983, p. 3595. Uiteindelijk werden door het HvJ EG in *San Giorgio* Italiaanse bewijsregels onverenigbaar bevonden met het effectiviteitsbeginsel. De bewijsregels legden de bewijslast dat de onverschuldigd betaalde heffingen niet zijn afgewenteld bij de ondernemingen. Daarnaast waren alle niet-schriftelijke bewijsmiddelen uitgesloten.

> vastgesteld dat de heffing geheel ten laste van een ander dan de belastingplichtige is gekomen en teruggaaf een ongerechtvaardigde verrijking van laatstgenoemde zou opleveren. Hieruit volgt dat indien slechts een gedeelte van de last van de heffing is afgewenteld, de nationale overheid het niet-afgewentelde bedrag behoort terug te betalen (zie in deze zin met name arresten Comateb e.a., reeds aangehaald, punten 27 en 28).
> Aangezien deze uitzondering een beperking van een aan de communautaire rechtsorde ontleend subjectief recht is, moet zij strikt worden uitgelegd, waarbij met name rekening moet worden gehouden met het feit dat de afwenteling van een belasting op de consument niet noodzakelijkerwijze de economische gevolgen van de heffing voor de belastingplichtige neutraliseert.'[382]

Het HvJ EG oordeelt dat de vraag of een indirecte belasting in een bepaald geval al dan niet is afgewenteld, een feitelijke vraag is ten aanzien waarvan de nationale rechter bevoegd is, die de aan hem voorgelegde bewijzen vrij mag beoordelen. De gehele of gedeeltelijke daadwerkelijke afwenteling is volgens het HvJ EG namelijk afhankelijk van verschillende factoren 'die bij iedere handelstransactie een rol spelen en die deze onderscheiden van andere gevallen in een andere context'.[383] De talrijke factoren die bepalend zijn voor de handelsstrategie wisselen volgens het HvJ EG van geval tot geval, zodat het volgens het HvJ EG nagenoeg onmogelijk is om de feitelijke invloed van elke factor op de afwenteling te bepalen.

Het HvJ EG overweegt vervolgens (r.o. 98-99):

> '(…) zelfs indien vaststaat dat de last van de ten onrechte geheven belasting geheel of gedeeltelijk op derden is afgewenteld, terugbetaling ervan aan de marktdeelnemer niet noodzakelijkerwijs meebrengt dat deze ongerechtvaardigd wordt verrijkt (zie arresten Comateb e.a., reeds aangehaald, punt 29, en van 21 september 2000, Michaïlidis, C-441/98 en C-442/98, Jurispr. blz. I-7145, punt 34).
> Zelfs indien (…) de heffing volledig in de berekende prijs is verdisconteerd, zou de belastingplichtige namelijk een financieel nadeel kunnen lijden als gevolg van een dalende verkoop (zie de reeds aangehaalde arresten Comateb e.a., punt 29, en Michaïlidis, punt 35).'

Het HvJ EG overweegt tot slot (r.o. 100-101):

> 'Daarom kan het bestaan en de mate van de ongerechtvaardigde verrijking waartoe de terugbetaling van een volgens van het gemeenschapsrecht ten onrechte geïnde heffing voor een belastingplichtige zou leiden, slechts worden vastgesteld na een economische analyse waarin rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.

382 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C 147/01 *(Weber's Wine World), Jur*. 2003, p. I-11365.
383 Zie ook HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken 331/85, 376/85 en 378/85 *(Bianco en Girard), Jur.* 1988, p. 1099.

> Bijgevolg verzet het gemeenschapsrecht zich ertegen dat een lidstaat weigert een in strijd met het gemeenschapsrecht geheven belasting aan een marktdeelnemer terug te betalen om de enkele reden dat deze in de door hem in rekening gebrachte consumentenprijs is verdisconteerd en daarom op derden is afgewenteld, zodat terugbetaling van de belasting per definitie tot een ongerechtvaardigde verrijking van deze marktdeelnemer zou leiden.'

In de jurisprudentie van het HvJ EG is de vraag naar de toelaatbaarheid van het *passing-on* verweer tot nu toe alleen expliciet aan bod gekomen in een andere context dan het mededingingsrecht.[384] In onder andere de zaken *Just*, *San Giorgio* en *Weber's Wine World* gaat het om in strijd met het gemeenschapsrecht geheven belasting door de overheid (verhouding tussen overheid en particulier). Het gaat in deze zaken om verdragsbepalingen die de nationale overheden verbieden om belastingen of heffingen in te voeren waardoor de handel tussen de lidstaten wordt belemmerd. Terwijl de ondernemer deze onverschuldigd betaalde belastingen of heffingen aanvecht en terugbetaling eist wegens een schending van het Europees recht, beroept de *overheid* zich op het *passing-on* verweer door aan te voeren dat de eiser het geleden nadeel of verlies heeft doorgegeven aan zijn of haar afnemers.

De vraag naar de toelaatbaarheid van het *passing-on* verweer in relaties tussen *particulieren* doet zich voornamelijk in mededingingszaken voor.[385] Te denken valt aan de berekening van de geleden schade op grond van een onrechtmatige daad of een vordering tot restitutie van een op grond van een nietige overeenkomst verrichte prestatie. De berekening en evenredige verdeling van de geleden schade kan als gevolg van het gebruik van het *passing-on* verweer in mededingingszaken meer complicaties met zich meebrengen dan bij zaken betreffende belasting of subsidieteruggave. De effecten van een kartel of het misbruik maken van een machtspositie kunnen namelijk moeilijker te meten zijn.[386]

Het verweer dat bij toewijzing van een vordering de eiser ongerechtvaardigd zou worden verrijkt, wordt in de jurisprudentie van het HvJ EG zowel gebruikt bij vorderingen op grond van onverschuldigde betaling als bij vorderingen op grond van onrechtmatige daad.

---

384 HvJ EG 4 oktober 1979, zaak 238/78 *(Ireks-Arkady)*, *Jur*. 1979, p. 2955; HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 *(Just)*, *Jur*. 1980, p. 501; HvJ EG 21 september 2000, gevoegde zaken C-441/98 and C-442/98 *(Michailidis)*, *Jur*. 2000, p. I-7145; Zie ook HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur*. 1983, p. 3595; HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken 331/85, 376/85 en 378/85 *(Bianco en Girard)*, *Jur*. 1988, p. 1099 en HvJ EG 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 tot en met C-218/95 *(Comateb)*, *Jur*. 1997, p. I-165. Zie ook de conclusie van AG Van Gerven in HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92 *(Banks)*, *Jur*. 1994, p. I-1209 (§ 48 en 51).

385 Vgl. Van Gerven 2006, p. 474 en Hartkamp 2007c, p. 552-554.

386 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 167.

Het wetenschappelijke werkdocument behorende bij het Groenboek laat zien dat in de latere jurisprudentie van het HvJ EG het doorberekenen van een bepaald bedrag (*passing-on*) enerzijds en ongerechtvaardigde verrijking anderzijds worden gezien als cumulatieve voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil het bedrag van de schadevergoeding lager uitvallen op basis van een *passing-on* verweer.[387] Zo overweegt het HvJ EG in *Comateb* (r.o. 27-30):

> 'Een Lid-Staat kan terugbetaling van een in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffing aan de handelaar derhalve slechts afwijzen, *wanneer vaststaat dat de heffing geheel ten laste van een ander is gekomen en teruggaaf aan de handelaar een ongerechtvaardigde verrijking van laatstgenoemde zou opleveren.*
> Hieruit volgt, dat indien slechts een gedeelte van de last van de heffing is afgewenteld, de nationale overheid het niet-afgewentelde bedrag aan de handelaar behoort terug te betalen.
> Echter, ook wanneer vaststaat, dat de last van de heffing geheel of gedeeltelijk op de koper is afgewenteld, brengt terugbetaling van het aldus afgewentelde bedrag aan de handelaar niet noodzakelijkerwijs mee dat hij ongerechtvaardigd wordt verrijkt.
> In het arrest Just (reeds aangehaald, r.o. 26) heeft het Hof namelijk opgemerkt, dat het in overeenstemming met de beginselen van het gemeenschapsrecht zou zijn, wanneer de rechter bij wie vorderingen tot terugbetaling aanhangig worden gemaakt, de schade in aanmerking neemt die een importeur kan hebben geleden doordat discriminerende of beschermende fiscale maatregelen tot een vermindering van de importen uit andere Lid-Staten hebben geleid.'[388]

Het HvJ EG overweegt daarnaast (r.o. 34):

> 'Niets belet handelaren overigens om volgens de desbetreffende procedures van het nationale recht en met inachtneming van de voorwaarden als genoemd in het arrest van 5 maart 1996 (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du pêcheur en Factortame, Jurispr. 1996, blz. I-1029) voor de bevoegde rechter schadevergoeding te eisen voor de als gevolg van de ten onrechte toegepaste heffing geleden schade, en wel *ongeacht of deze heffing is afgewenteld.*'[389]

---

387 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732.

388 HvJ EG 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 t/m C-218/95 *(Comateb)*, *Jur*. 1997, p. I-165; cursivering EJZ. In *Michailidis* overweegt het HvJ EG ook nog (r.o. 33): 'Een lidstaat kan terugbetaling van een in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffing aan de handelaar evenwel slechts afwijzen, wanneer vaststaat dat de heffing geheel ten laste van een ander is gekomen en teruggaaf aan de handelaar een ongerechtvaardigde verrijking van laatstgenoemde zou opleveren. Hieruit volgt, dat indien slechts een gedeelte van de last van de heffing is afgewenteld, de nationale overheid het niet-afgewentelde bedrag aan de handelaar behoort terug te betalen (arrest Comateb e.a., reeds aangehaald, punten 27 en 28).' Zie HvJ EG 21 september 2000, gevoegde zaken C-441/98 and C-442/98 *(Michailidis)*, *Jur*. 2000, p. I-7145.

389 Cursivering EJZ.

Met deze laatste overweging wordt niet zozeer duidelijk gemaakt dat het *passing-on* verweer er bij een vordering op grond van onrechtmatige daad niet toe doet (het feit dat de heffing is afgewenteld), maar dat voor het slagen van de schadevergoedingsvordering in het kader van de *Francovich*-jurisprudentie nodig is dat de eiser daarnaast schade heeft geleden, zoals bijvoorbeeld de handelaar die de heffing wel heeft afgewenteld, maar daardoor omzetschade heeft geleden of de afnemer op wie de heffing is afgewenteld.[390]

Resumerend oordeelt het HvJ EG in *Comateb* (r.o. 35 en het dictum) dat een lidstaat terugbetaling van een in strijd met het gemeenschapsrecht toegepaste heffing aan de handelaar slechts kan afwijzen, wanneer vaststaat dat de heffing geheel ten laste van een ander is gekomen en teruggaaf aan de handelaar een ongerechtvaardigde verrijking van laatstgenoemde zou betekenen. Volgens het HvJ EG dient de nationale rechter aan de hand van de omstandigheden van elk concreet geval te beoordelen, of aan deze voorwaarden is voldaan. Indien slechts een gedeelte van de last van de heffing is afgewenteld, behoort de nationale overheid het niet-afgewentelde bedrag aan de handelaar terug te betalen. Daarnaast oordeelt het HvJ EG dat een eventuele wettelijke verplichting om de heffing door te berekenen in de kostprijs niet het vermoeden wettigt dat de last van de heffing geheel is afgewenteld, ook niet wanneer er een sanctie staat op niet-nakoming van die verplichting. Ingeval de handelaar overeenkomstig het nationale recht geldend kan maken dat door de toepassing van de onrechtmatige heffing schade is ontstaan waardoor de ongerechtvaardigde verrijking geheel of gedeeltelijk ongedaan wordt gemaakt, dient de nationale rechter volgens het HvJ EG daaruit de consequenties te trekken, ook al is de heffing op de koper afgewenteld.

Het HvJ EG oordeelt in *Weber's Wine World* (r.o. 102):

> '(…) de regels van het gemeenschapsrecht betreffende de terugvordering van het onverschuldigd betaalde [moeten] aldus (…) worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling die terugbetaling weigert – hetgeen de nationale rechter dient te beoordelen – van een met het gemeenschapsrecht onverenigbare belasting op de enkele grond dat deze op derden is afgewenteld, *zonder te verlangen dat de omvang wordt vastgesteld van de ongerechtvaardigde verrijking die de terugbetaling van deze belasting voor de marktdeelnemer zou hebben*.'[391]

Het werkdocument behorende bij het Groenboek van de Commissie laat een ontwikkeling in de rechtspraak van het HvJ EG zien, waarbij het ontbreken van causaal verband tussen het doorberekenen van de te hoge prijs en de ongerechtvaardigde verrijking van de eiser zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld

---

390 Hartkamp 2007c, p. 556. In andere zin Tridimas 2006, p. 542; Craig & De Búrca 2007, p. 270 e.v.

391 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C 147/01 *(Weber's Wine World)*, *Jur*. 2003, p. I-11365, cursivering EJZ. Zie ook *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 171.

tot het punt waarop een aanname van causaal verband tussen het doorberekenen van de te hoge prijs en de ongerechtvaardigde verrijking van de eiser zo ongefundeerd is, dat het in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Zo overweegt het HvJ EG in *Weber's Wine World* (r.o. 117):

> 'Uit het voorgaande volgt dat het (…) doelmatigheidsbeginsel zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling of bestuurspraktijk die de uitoefening van door de communautaire rechtsorde toegekende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt door op basis van het enkele feit dat de belasting op derden is afgewenteld, een vermoeden van ongerechtvaardigde verrijking te creëren.'[392]

Het HvJ EG heeft nooit geoordeeld dat er op grond van het Europees recht een recht op het *passing-on* verweer bestaat. Het HvJ EG heeft enkel en alleen bepaald dat het Europees recht een nationale regel, op grond waarvan ongerechtvaardigde verrijking kan worden voorkomen, niet uitsluit.[393] Er kan dan ook alleen van een verweer op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden gesproken in de gevallen waarbij ten eerste het doorberekenen van de te hoge prijs wordt bewezen en daarnaast wordt bewezen dat er zich geen afname in afzet of een andere vermindering van inkomsten voordoet.[394] Dat laatste zal voornamelijk het geval zijn bij producten of diensten met een elastisch aanbod en een inelastische vraag, hetgeen zich in de realiteit niet vaak zal voordoen.[395]

7.9.3.2 Indirecte acties en het Gemeenschapsrecht

Hebben zowel directe als indirecte afnemers recht om een actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht? Uit de rechtspraak van het HvJ EG in *Courage/Crehan* lijkt te kunnen worden afgeleid dat zowel directe als indirecte afnemers geacht moeten worden een vordering tot schadevergoeding te kunnen instellen. Het HvJ EG overweegt (r.o. 23 en 24):

> 'In de derde plaats heeft het Hof reeds geoordeeld, dat de artikelen 85, lid 1, van het Verdrag en 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven (zie arresten van 30

392 HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-147/01 *(Weber's Wine World)*, *Jur*. 2003, p. I-11365.
393 Zie ook de A-G Slynn in zijn conclusie onder HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken 331/85, 376/85 and 378/85 *(Bianco en Girard)*, *Jur*. 1988, p. 1099.
394 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 173.
395 Zie ook de conclusie van de A-G Tesauro bij HvJ 14 januari 1997, zaak C-192/95 *(Comateb)*, *Jur*. 1997, p. I-165

januari 1974, BRT en SABAM, BRT I", 127/73, Jurispr. blz. 51, punt 16, en 18 maart 1997, Guérin automobiles/Commissie, C-282/95 P, Jurispr. blz. I-1503, punt 39). Uit bovenstaande overwegingen volgt, dat *elke* particulier zich in rechte op schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeenkomst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling.'[396]

In *Manfredi* is bovenstaande overweging nog eens bevestigd door het HvJ EG.[397] Op grond van het feit dat het HvJ EG beslist dat *elke* particulier zich in rechte op schending van het kartelverbod kan beroepen, kan worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens (aangenomen dat er schade is geleden en dat sprake is van causaal verband).

Het aan alle partijen bieden van de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen brengt uiteraard de nodige problemen met zich mee. Zo wordt er in het werkdocument behorende bij het Groenboek op gewezen dat het moeilijk is de mate van *passing-on* te berekenen, dat het voor de potentiële eiser niet stimulerend is om een actie in te stellen nu er bij een succesvolle actie minder schadevergoeding toegewezen zal worden (schadevergoeding zal namelijk moeten worden verdeeld tussen de verschillende afnemers in de afnameketen) en dat er sprake is van hogere transactiekosten als gevolg van de toename van het aantal zaken en de toename van de complexiteit van zaken die het gevolg zijn van dezelfde mededingingsinbreuk.[398]

7.9.4 Het Groenboek; de door de Commissie voorgestelde opties betreffende het *passing-on* verweer en de procesbevoegdheid van indirecte afnemers

7.9.4.1 Algemeen

In het Groenboek 'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' stelt de Commissie in § 2.4 de vragen:

'Moeten er voorschriften zijn betreffende de ontvankelijkheid en de werking van de 'passing-on defence'? Zo ja, welke soort voorschriften? Moeten indirecte afnemers procesbevoegdheid hebben?'

---

396 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297. Cursivering toegevoegd EJZ.

397 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.

398 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 193.

De Commissie heeft in het Groenboek vier opties aangedragen voor de beantwoording van deze vragen. In het werkdocument (*Commission Staff Working Paper*) behorende bij het Groenboek verduidelijkt de Commissie de voorgestelde opties. De Commissie heeft bij de beantwoording van de vragen gezocht naar een afweging tussen rechtvaardigheid (alle gelaedeerden hebben recht op de vergoeding van de schade die door hen is geleden) en efficiëntie.[399]

a. Het passing-on verweer is ontvankelijk en zowel directe als indirecte afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden

In de eerste optie (optie 21) is het *passing-on* verweer een 'ontvankelijk' verweer en kunnen zowel de directe als de indirecte afnemers de inbreukmaker dagvaarden. Een voordeel van dit systeem is dat elke gelaedeerde compensatie kan krijgen voor de door hem geleden schade. Daarnaast bestaat er geen risico om dezelfde schade tweemaal te hoeven vergoeden. Dit lijkt op het eerste gezicht een rechtvaardige oplossing.

Nadeel van deze optie is dat het risico bestaat dat de directe afnemer geen (of weinig) schadevergoeding krijgt toegewezen, omdat de inbreukmaker tegen hem het *passing-on* verweer kan inroepen. Het is dan ook maar de vraag of de directe afnemer een vordering zal instellen (het behoud van de goede verstandhouding tussen de directe afnemer en de leverancier kan daarnaast ook een rol spelen bij het al dan niet instellen van een actie ter verkrijging van schadevergoeding). Tevens wijst de Commissie op het feit dat het risico bestaat dat de schade van indirecte afnemers niet wordt vergoed, omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. De mate van doorberekening van de te hoge prijs aan de verschillende afnemers in de keten zal moeten worden vastgesteld. De Commissie wijst er dan ook op dat in dit verband bijzondere aandacht behoort te worden geschonken aan de bewijslast (zie het uiteindelijke voorstel van de Commissie in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels zoals besproken in § 7.9.5).

Eindafnemers (consumenten) moeten bij dit model de mogelijkheid hebben om met behulp van een collectieve actie een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen.[400] Een groot deel van de schade zal anders blijven liggen bij de eindafnemers, wegens de rationele desinteresse of rationele apathie van de gelaedeerden.[401] Bij het ontbreken van de mogelijkheid van collectieve schadevergoedingsacties zal de eerste optie dan ook niet bijdragen

399 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 194-195.

400 Vgl. *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 196.

401 Zie over rationele desinteresse Asser, Groen & Vranken 2003, p. 175 e.v.; Tzankova 2005, p. 23 e.v. Zie over rationele apathie Van den Bergh 2006, p. 148 e.v.

aan een effectieve en efficiënte vorm van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Tevens zal er niet tot nauwelijks een preventieve werking van uitgaan.

b. Het passing-on verweer is niet-ontvankelijk en alleen directe afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden

In de tweede optie (optie 22) is het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk en kunnen alleen directe afnemers de inbreukmaker dagvaarden. In de § 7.9.1.2 en 7.9.2.3 is gebleken dat deze optie in de Verenigde Staten op federaal niveau door het *U.S. Supreme Court* wordt aangehangen in de uitspraken *Hanover Shoe* en *Illinois Brick*.[402]

In de ogen van de Commissie is deze optie gunstiger voor directe afnemers omdat de procedure niet zal worden bemoeilijkt door de problemen in verband met het *passing-on* verweer. Bovendien heeft de directe afnemer over het algemeen een betere toegang tot de bewijsmiddelen die noodzakelijk zijn om de mededingingsinbreuk te bewijzen en de geleden schade aan te tonen. De effecten van een mededingingsinbreuk zijn nu eenmaal moeilijk(er) te meten naarmate men verder van de inbreukpleger en de directe afnemer komt af te zitten.[403] Een systeem waarbij de directe afnemers de gehele schade kunnen vorderen, zal vanuit het oogpunt van een efficiëntie en effectieve handhaving de voorkeur hebben.[404] Daarnaast zal het systeem ook een preventieve werking kunnen hebben.

Nadeel is dat de indirecte afnemers hun schade niet vergoed kunnen krijgen.[405] Dit heeft tot gevolg dat een groot deel van de schade uiteindelijk bij de consument terecht komt (ingeval het grootste deel van de schade door het vragen van een te hoge prijs aan de consument wordt doorberekend), terwijl dezelfde consument geen vordering kan instellen tot verkrijging van (compensatoire) schadevergoeding. Deze optie lijkt in strijd met de jurisprudentie van het HvJ EG. Zoals in § 7.9.3.2 is besproken, heeft het HvJ EG in *Courage/Crehan* bepaald dat *elke* particulier zich in rechte op schending van het Europees mededingingst kan beroepen, ook wanneer hij partij is bij een overeen-

402 *Hanover Shoe Inc v United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968); *Illinois Brick Co. v Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977). Wel heeft het *U.S. Supreme Court* in de uitspraak *California v ARC America Corp.* toegestaan dat het op grond van het niet-federale mededingingsrecht van de afzonderlijke deelstaten mogelijk kan zijn dat indirecte kopers de overtreder van het mededingingsrecht kunnen aanspreken. Zie *California v ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989) en mijn bespreking in § 7.9.2.3.

403 Zie *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 197.

404 Vgl. *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 197.

405 Zie over de nadelen ook Rüggeberg & Schinkel 2006, p. 395 e.v.

komst die de mededinging kan beperken of vervalsen in de zin van deze bepaling.[406] Deze uitspraak is door het HvJ EG bevestigd in *Manfredi*.[407]

Daarnaast bestaat het gevaar dat de directe afnemer ongerechtvaardigd wordt verrijkt ingeval de toegekende schadevergoeding hoger is dan de daadwerkelijk geleden schade (die al dan niet deels kan zijn doorgegeven aan de volgende afnemers in de distributieketen).

In het werkdocument behorende bij het Groenboek wordt, indien de directe afnemer actief is in een concurrerende markt, nog de mogelijkheid geopperd dat hij door de marktdynamiek gedwongen wordt de eventuele ongerechtvaardigde verrijking door te geven aan de volgende niveaus in de distributieketen.[408] Daarnaast denkt de Commissie aan een uitzondering voor (groepen van) consumenten, die wel een actie zouden moeten hebben.[409] Dit lijkt mij echter tegenstrijdig met de keuze voor deze optie. Wel zou hierdoor het probleem worden opgelost dat ontstaat als de directe afnemer besluit geen actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding. De directe afnemer kan bijvoorbeeld besluiten dat het gelet op het belang van een duurzame verhouding met de leverancier niet verstandig is om een actie tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen. Tevens valt te denken aan de situatie waarbij de directe afnemer inmiddels niet meer bestaat.

c. Het passing-on verweer is niet-ontvankelijk en zowel directe als indirecte afnemers kunnen de inbreukmaker dagvaarden

In de derde optie (optie 23) is het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk en kunnen zowel directe als indirecte afnemers een vordering instellen tot verkrijging van schadevergoeding. Deze optie lijkt op de situatie op statelijk (niet federaal!) niveau in enkele deelstaten van de Verenigde Staten na de uitspraak van het *U.S. Supreme Court* in *California v ARC America Corp*.[410]

Een voordeel van deze optie is dat er een preventieve werking vanuit kan gaan jegens de potentiële overtreders van het mededingingsrecht. Bovendien hebben zowel de directe als de indirecte afnemers een prikkel om schadevergoeding te eisen.[411]

Hoewel door de niet-ontvankelijkheid van het *passing-on* verweer het instellen van schadevorderingen voor eisers minder omslachtig wordt, brengt

406 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 23 en 24.

407 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM.

408 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 198.

409 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 199.

410 Zie *California v ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989) en mijn bespreking in § 7.9.2.3.

411 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 200.

deze optie de mogelijkheid met zich mee dat de verweerder meerdere malen wordt veroordeeld tot betaling van dezelfde schadevergoeding. Zowel directe als indirecte afnemers kunnen namelijk een vorderingen instellen tot verkrijging van schadevergoeding.Indien collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding mogelijk zouden worden, kunnen consumenten als indirecte afnemers in ieder geval een compensatoire schadevergoeding verkrijgen. De directe afnemers en de overige indirecte afnemers (niet consumenten, tussenschakels in de distributieketen) kunnen, indien zij de schade hebben doorgegeven, meer schadevergoeding vorderen van de inbreukmaker dan zij daadwerkelijk hebben geleden.

d. Een procedure in twee fasen waarbij het passing-on verweer niet-ontvankelijk is
De vierde optie (optie 24) bestaat uit een procedure in twee fasen waarbij het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk is. In een eerste fase is het *passing-on* verweer verboden en kan de inbreukmaker door elke gelaedeerde worden gedagvaard voor het totale bedrag aan schade. In een tweede fase wordt de schadevergoeding verdeeld tussen alle partijen die schade hebben geleden.

Deze optie is volgens de Commissie technisch moeilijk, maar heeft naar het oordeel van de Commissie het voordeel dat alle gelaedeerden een billijke schadevergoeding krijgen. Bovendien dient de inbreukmaker alle geleden schade te vergoeden. De inbreukmaker kan niet profiteren van het feit dat door de afnemers geen schadevergoedingsactie wordt ingesteld indien de kosten niet opwegen tegen de baten. Er kan dan ook enige preventieve werking uitgaan van deze optie. Een voordeel van deze optie is tevens dat de gelaedeerden uiteindelijk een compensatoire schadevergoeding ontvangen, zonder dat een van de partijen ongerechtvaardigd wordt verrijkt.

Een nadeel van de ze optie is gelegen in het feit dat het belang van de directe afnemer om een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen minder groot zal zijn. De directe afnemer zal namelijk een groot deel van de ontvangen schadevergoeding moeten afstaan aan de indirecte afnemers. Het risico bestaat dan ook dat de indirecte afnemer geen vordering tot verkrijging van schadevergoeding instelt.

Een tweede nadeel is gelegen in het feit dat in de tweede fase de gelaedeerden hun marktpositie moeten onthullen aan elkaar (de andere marktdeelnemers). Dit kan nadelige consequenties hebben voor de positie van sommige marktdeelnemers in de toekomst.[412] Dit kan weer leiden tot het niet vorderen van schadevergoeding van de directe afnemer door de indirecte afnemers.

412 Bulst 2006, p. 725-746.

7.9.4.2 Standpunt van de Nederlandse regering

De Nederlandse regering heeft zich in reactie op de vragen van de Commissie aangesloten bij optie 21, volgens welke het *passing-on* verweer ontvankelijk is en zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden.[413] De regering neemt daarbij kennelijk voor lief dat het gevolg van deze optie kan zijn dat de directe afnemer geen schadevergoeding krijgt toegewezen omdat de inbreukmaker jegens hem een beroep kan doen op het *passing-on* verweer, terwijl de schade van indirecte afnemers ook niet wordt vergoed omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. In het Groenboek wijst de Commissie er in dit verband ook op dat bij deze optie bijzondere aandacht behoort te worden geschonken aan de bewijslast. Het voordeel van deze optie is in de ogen van de Nederlandse regering dat er geen sprake kan zijn van over-compensatie van de door de benadeelden geleden schade en dat de aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten in acht worden genomen voor de berekening van de schadevergoeding. De regering gaat, naast aan de reeds door de Commissie onder de aandacht gebrachte bewijsproblemen betreffende de schade, bij haar keuze voorbij aan het feit dat voor indirecte afnemers de kosten van het procederen vaak niet opwegen tegen de schade die is geleden in een individueel geval. Dit probleem kan opgelost worden door het mogelijk maken van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding. Zie over de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties ter verkrijging van schadevergoeding hoofdstuk 9.

Optie 22 kan volgens de Nederlandse regering leiden tot een oneerlijke situatie nu indirecte kopers geen schade kunnen vorderen indien het *passing-on* verweer wordt uitgesloten en alleen directe afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden. De Nederlandse regering is bevreesd dat de door de rechter toegekende schadevergoeding hoger uitvalt dan de daadwerkelijk geleden schade.

Optie 23 (uitsluiting van het *passing-on* verweer en het uitbreiden van acties tot de indirecte afnemers) brengt volgens de Nederlandse regering het gevaar van een stapeling van acties met zich mee en daarmee het gevaar van overbelasting van het gerechtelijk apparaat. Daarnaast kan volgens de Nederlandse regering stapeling van vorderingen leiden tot betaling door de overtreder van bedragen die groter zijn dan de daadwerkelijk geleden schade en zijn beide gevolgen niet wenselijk.

Optie 24 (de twee stappen procedure) acht de Nederlandse regering onwenselijk nu deze optie geen recht doet aan het uitgangspunt dat een schadevergoeding enkel strekt ter compensatie van daadwerkelijk geleden schade.

---

413 Deze reactie van de Nederlandse regering op het Groenboek (COM/2005/672 def.) kan volgens haar niet als definitief standpunt worden gezien. Zie Nederlandse reactie op het Groenboek, p. 1.

7.9.5 Het Witboek

7.9.5.1 Het recht van de laedens om zich te beroepen op het passing-on verweer

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat de laedens het recht krijgt zich te beroepen op het *passing-on* verweer tegen een vordering van de (directe) afnemer tot verkrijging van compensatoire schadevergoeding wegens de te hoge prijzen die zijn betaald als gevolg van een schending van het mededingingsrecht. De bewijsstandaard mag bij dit verweer volgens de Commissie niet lichter zijn dan die voor de eiser die de schade moet aantonen.

De Commissie motiveert dit voorstel door erop te wijzen dat het HvJ EG de nadruk legt op 'het compensatiebeginsel en de daaraan ten grondslag liggende premisse dat schadevergoeding beschikbaar moet zijn voor iedere benadeelde die een voldoende causaal verband met de inbreuk kan aantonen.'[414] Indien de laedens geen beroep zou mogen doen op het *passing-on* verweer zou dit volgens de Commissie kunnen leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de afnemers die de prijsverhoging hebben doorberekend en in onterechte meervoudige compensatie door de gedaagde voor de onrechtmatige prijsverhoging.

Uiteindelijk lijkt het er ook in het voorstel van de Commissie om te gaan dat de rechter de over meerdere afnemers verdeelde schade in de juiste verhouding dient toe te wijzen, terwijl het niet noodzakelijk is dat alle afnemers daadwerkelijk een actie hebben ingesteld. Daarbij speelt een complicerende rol dat alle afnemers (behalve de eindgebruiker) de prijsverhoging geheel of gedeeltelijk kunnen doorgeven en tevens schade kunnen lijden als gevolg van omzetderving.

7.9.5.2 Het weerlegbaar vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan indirecte afnemers

De Commissie stelt tevens voor dat indirecte afnemers zich kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging hun volledig is doorberekend. De bewijslast voor het slachtoffer met betrekking tot het causaal verband tussen de schending van het mededingingsrecht en de schade wordt op deze manier verlicht.[415]

De Commissie motiveert dit voorstel door te wijzen op de problemen die zich kunnen voordoen ingeval een indirecte afnemer het doorberekenen van de prijsverhogingen gebruikt om de geleden schade aan te tonen. Zij wijst op het feit dat het voor afnemers aan het eind van de distributieketen zeer lastig is om het bestaan en de omvang van het doorberekenen van de onrecht-

414 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.6.
415 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.6.

matige prijsverhoging door de distributieketen te bewijzen, terwijl deze indirecte afnemers veelal de meeste schade lijden als gevolg van een schending van het mededingingsrecht.

Ingeval de indirecte afnemers het bewijs niet kunnen leveren, is de Commissie bang dat zij geen compensatie krijgen voor de geleden schade. De laedens die zich met een beroep op het *passing-on* verweer succesvol verweert tegen een vordering tot schadevergoeding van een zich hoger in de distributieketen bevindende eiser zou op deze manier ongerechtvaardigd worden verrijkt.[416]

Naar Nederlands recht kan de rechter de bewijspositie van de indirecte afnemer al wel wat makkelijker maken met behulp van de regels omtrent stelplicht en bewijslast.[417] Te denken valt aan het opleggen van een verzwaarde stelplicht voor de gedaagde ten aanzien van de hogerop in de afnameketen geabsorbeerd zijn van de te hoge (kartel of misbruik)prijs. Daarmee kan het processuele evenwicht tussen partijen worden hersteld.[418] Door de stelplicht en motiveringsplicht van de ene partij te verzwaren, wordt de bewijslast verlicht of verzwaard (afhankelijk van welke partij daarmee is belast). Tevens kan de rechter een rechterlijk of feitelijk (*praesumptio facti*) vermoeden uitspreken om de bewijslast voor de afnemers te verlichten.[419] Bij feitelijke vermoedens doet het zelfstandig denken van de rechter hem uit het bewezen feit tot het bestaan van een onbewezen feit concluderen.[420] Het feitelijk vermoeden kan als een indirecte vorm van bewijsvoering worden gezien, waarbij de rechter vrij is om aan de hand van ten processe gestelde feiten (al dan niet gecombineerd met algemene ervaringsregels dan wel feiten van algemene bekendheid) bij wege van een vermoeden tot vaststelling van het rechtsfeit in kwestie te komen.[421] Een dergelijk vermoeden houdt dus in dat de rechter een – gelet op de hem toekomende vrijheid in het kader van de bewijswaardering en de ruimte van de stelplicht ex artikel 150 Rv – voor toewijzing van het beoogde rechtsgevolg relevant feit aanneemt behoudens tegenbewijs.[422]

Hoewel het in het Witboek geformuleerde weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan de indirecte afnemers de positie van indirecte afnemers wel op voorhand makkelijker maakt, zal het ook leiden tot spanning tussen de belangen van de directe afnemers die als eiser optreden en de belangen van de indirecte afnemers die als eiser optreden. De directe afnemers zullen namelijk beweren dat de onrechtmatige prijsverhoging niet is doorberekend terwijl de indirecte afnemers zullen beweren dat de onrechtmatige prijsverhoging wel is doorberekend. Een mogelijke

416 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.6.
417 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 146.
418 Asser 1992, nr. 33; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 30, p. 53.
419 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 24, p. 43.
420 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 24, p. 43.
421 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 24, p. 43.
422 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 146.

collectieve actie (zie hoofdstuk 8) zal als gevolg van de tegenstrijdige belangen niet snel door de directe afnemers en de indirecte afnemers gezamenlijk worden ingesteld, terwijl een dergelijke gezamenlijke actie wel de nodige efficiëntievoordelen met zich mee zou kunnen brengen.[423] Tevens is 'overcompensatie' mogelijk indien het de gedaagde jegens de directe afnemer niet lukt om te bewijzen dat de directe afnemer de te hoge prijzen heeft doorberekend aan de indirecte afnemers, terwijl het de gedaagde jegens de indirecte afnemers niet lukt om het vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan indirecte afnemers te weerleggen.

7.9.6 Conclusie

In Nederland heeft de Hoge Raad nog geen uitspraak gedaan over de vraag of de laedens een succesvol beroep kan doen op het *passing-on* verweer bij schadevergoedingsacties op grond van schending van het mededingingsrecht.[424] Een beroep op het *passing-on* verweer kan worden uitgesloten door hantering van de abstracte schadebegroting. Principieel bezwaar tegen abstracte schadebegroting is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed. Indien een beroep op het *passing-on* verweer niet in strijd zou zijn met het effectiviteitsbeginsel en het Nederlandse recht een *passing-on* verweer toelaat, zal het *passing-on* verweer op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel ook in zaken betreffende het Europees mededingingsrecht moeten worden toegelaten.[425]

Zolang een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding niet mogelijk is, zou verdedigd kunnen worden dat de nationale rechter bij de beoordeling van het *passing-on* verweer op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw voor de effectieve handhaving van het Europees (mededingings)recht moet uitgaan van een abstract schadebegrip. De hantering van een concreet schadebegrip zal, indien de laedens een beroep doet op het *passing-on* verweer, de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het in § 5.5.3 besproken effectiviteitsbeginsel.[426] Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief)

---

423 Zie ook Crompton, Fishman & Wiemer 2008.

424 In HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)* staat winstafdracht ex art. 6:104 BW centraal. Winstafdracht wordt wel gezien als een oplossing voor het probleem van het *passing-on* verweer omdat wordt geabstraheerd van de concreet geleden schade, maar brengt ook de nodige problemen met zich mee. Zie voor een bespreking van winstafdracht § 7.7.3.6.

425 Zie in deze zin ook Van Leuken 2007, p. 1030.

426 Zie ook HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur*. 1976, p. 2043, r.o. 12; HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 *(Palmisani)*, *Jur*. 1997, p. I-4025, r.o. 27.

mogelijk zou zijn de schade – die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk – te verhalen op de laedens, kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval niet meer nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn.

Tegen deze visie kan worden ingebracht dat het HvJ EG in onder andere de zaken *Just* en *San Giorgio* heeft geoordeeld dat een beroep op het *passing-on* verweer juist niet in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Het gemeenschapsrecht belet de nationale rechter niet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden.[427] In de jurisprudentie komt een genuanceerd beeld naar voren. Er kan alleen van een verweer op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden gesproken in die gevallen waarbij ten eerste het doorberekenen van de te hoge prijs wordt bewezen en daarnaast wordt bewezen dat er zich geen afname in afzet of een andere vermindering van inkomsten voordoet.

Verdedigd kan worden dat er zich voor wat betreft de Nederlandse situatie van schadeberekening geen ongerechtvaardigde verrijking voordoet. Bij een vordering tot verkrijging van de geleden schade – waarbij de gelaedeerde stelt dat hij als gevolg van een schending van het mededingingsrecht te veel heeft betaald voor bepaalde goederen of diensten – kan worden geabstraheerd van de mogelijke afname van de afzet. Onder die omstandigheden zal het verwerpen van het *passing-on* verweer niet direct leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van de gelaedeerde.De vordering tot verkrijging van gederfde winst heeft reeds op het gebied van schadeberekening een concreet karakter. De gelaedeerde zal bij een vordering ter verkrijging van gederfde winst dienen te stellen wat zijn hypothetische inkoop en verkoophoeveelheden op een markt zonder de schending van het mededingingsrecht zouden zijn geweest. Tevens zou gekeken kunnen worden naar een vergelijking tussen de gemiddelde productiekosten per product en de hypothetische gemiddelde productiekosten per product. Het ligt niet voor de hand dat een aldus onderbouwde schadevergoedingsvordering snel zal uitlopen op ongerechtvaardigde verrijking van de afnemer.

Indien het *passing-on* verweer niet in strijd is met het effectiviteitsbeginsel, blijft de rechter op grond van artikel 6:97 BW vrij in zijn keuze voor een concrete of abstracte schadebegroting. Doelmatigheidsoverwegingen kunnen hierbij een rol spelen. Het gelijkwaardigheidsbeginsel leidt dan ook niet per definitie tot het resultaat dat het *passing-on* verweer in zaken betreffende het Europee mededingingsrecht moet worden toegelaten, indien een beroep op het *passing-on* verweer niet in strijd is met het effectiviteitsbeginsel.

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

De vraag of indirecte afnemers een actie tegen de laedens kunnen instellen, vormt de tegenhanger van de vraag of de laedens een beroep jegens de gelaedeerde kan doen op het *passing-on* verweer. De indirecte afnemer (de afnemer die niet rechtstreeks van de inbreukmaker op het mededingingsrecht afneemt maar van een tussenpersoon) heeft schade geleden wegens het feit dat de tussenpersoon het als gevolg van de mededingingsinbreuk teveel betaalde heeft doorberekend aan de indirecte afnemer. Uit het systeem van de wet vloeit voort dat naar Nederlands recht een indirecte actie mogelijk is, al heeft de Hoge Raad hierover nog geen expliciete uitspraak gedaan. Niet valt in te zien waarom de Hoge Raad in navolging van het *U.S. Supreme Court* indirecte acties zou verbieden. Het verbieden van indirecte acties gaat voorbij aan het recht om een procedure te mogen instellen indien schade is geleden.[428] Uit de rechtspraak van het HvJ EG in *Courage/Crehan* kan ook worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens. Bovendien doet zich bij uitsluiting van de indirecte actie het gevaar voor dat de overtreder en de directe afnemer tot een afspraak komen om de geleden schade te compenseren, terwijl de indirecte afnemer met de schade blijft zitten, bij gebrek aan een mogelijkheid om een indirecte actie in te stellen.[429]

Ingeval de rechter de schade die als gevolg van een mededingingsinbreuk door de directe afnemer is geleden, abstract zou begroten, zou het kunnen voorkomen dat de laedens de schade meerdere keren moet vergoeden. De laedens zou zowel aan de directe afnemer als aan de indirecte afnemer schadevergoeding moeten betalen.

In het Groenboek 'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' biedt de Commissie een keuze uit een viertal opties betreffende het *passing-on* verweer en de positie van indirecte afnemers. De Nederlandse regering heeft zich in reactie op de vragen van de Commissie aangesloten bij de optie volgens welke het *passing-on* verweer ontvankelijk is en zowel directe als indirecte afnemers de inbreukmaker kunnen dagvaarden.

Het voordeel van deze optie is dat er geen sprake kan zijn van overcompensatie van de door de benadeelden geleden schade en dat de aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten in acht worden genomen voor de berekening van de schadevergoeding. Aan de keuze voor deze optie zijn echter ook veel nadelen verbonden. Alle indirecte afnemers (inclusief de consumenten) zullen namelijk een actie tot verkrijging van schadevergoeding moeten instellen om de mededingingsovertreder te dwingen de door de mededingingsinbreuk veroorzaakte schade te vergoeden. De regering neemt kennelijk voor lief dat het gevolg van deze optie kan zijn dat de directe afnemer geen schadevergoe-

428 Zie ook de voorlopige reactie van de Nederlandse regering op vraag G van het Groenboek van de Commissie (COM/2005/672 def.), § 2.4, p. 10.

429 Zie ook de voorlopige reactie van de Nederlandse regering op vraag G van het Groenboek van de Commissie (COM/2005/672 def.), § 2.4, p. 10.

ding krijgt toegewezen omdat de inbreukmaker jegens hem een beroep kan doen op het *passing-on* verweer, terwijl de schade van indirecte afnemers niet wordt vergoed, omdat zij niet kunnen bewijzen dat en in welke mate de schade over de gehele toeleveringsketen is verdeeld. Het berekenen van de omvang van de schade in elke fase van de distributieketen zal (te) ingewikkeld zijn en bovendien (te) kostbaar. Daar komt nog bij dat de schade op lagere niveaus in de distributieketen sterk gespreid is en de kosten van een procedure tot verkrijging van schadevergoeding dus veel hoger zijn dan de te verwachten opbrengsten.

Indien een beroep op het *passing-on* verweer wordt afgewezen brengt dit niet automatisch met zich mee dat alleen directe afnemers een bedrag ontvangen dat hoger kan zijn dan de werkelijk geleden schade (de schade die per saldo overblijft nadat de supracompetitieve prijs is doorberekend aan de afnemers in het verdere verloop van de distributieketen), terwijl indirecte afnemers geen schadevergoeding kunnen vorderen. Bij uitsluiting van het *passing-on* verweer behoren indirecte afnemers de mogelijkheid te blijven houden om een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen. Directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding moeten naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin samenlopen. Dit zal kunnen leiden tot een schadevergoeding die hoger is dan de reële schade, maar in de afweging tussen efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid behoort de laedens die last te dragen.

Een redelijk alternatief is de vierde optie (optie 24) zoals voorgesteld door de Commissie in het Groenboek. Die optie bestaat uit een procedure in twee fasen. Een beroep door de laedens op het *passing-on* verweer is bij deze optie ook niet toegestaan. In een eerste fase is het *passing-on* verweer verboden en kan de inbreukmaker door elke gelaedeerde worden gedagvaard voor het totale bedrag aan schade. In een tweede fase wordt de schadevergoeding verdeeld tussen alle partijen die schade hebben geleden. Deze optie is technisch moeilijker, maar heeft het voordeel dat alle gelaedeerden een billijke schadevergoeding krijgen. De (communautaire) wetgever zou hierbij dienen te helpen door de aanname van speciale regelgeving. Er kan worden aangesloten bij een voorstel van Van Gerven naar aanleiding van het rapport van het Verenigd Koninkrijk in het Ashurst rapport en de vierde optie (optie 24) van de Commissie in het Groenboek.[430]

Van Gerven stelt voor de procedure zo vorm te geven dat de directe afnemer een vordering tot verkrijging van schadevergoeding kan instellen tegen de mededingingsovertreder, terwijl de mededingingsovertreder geen beroep kan doen op het *passing-on* verweer. De griffie van de rechtbank heeft vervolgens tot taak de indirecte afnemers (inclusief eindgebruikers/consumenten) publiekelijk te informeren dat zij hun vorderingen ter verkrijging van

430 Van Gerven 2007, p. 33-36. Zie ook het deelrapport betreffende het Verenigd Koninkrijk behorende bij Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 24.

schadevergoeding binnen een bepaalde termijn kunnen indienen bij de rechtbank. Deze taak zou mijns inziens ook bij de directe afnemer (de initiator van de procedure) kunnen worden neergelegd door bijvoorbeeld als eis te stellen dat een advertentie in de landelijke dagbladen dient te worden geplaatst of op andere wijze publiekelijk kenbaar dient te worden gemaakt dat indirecte afnemers hun vorderingen kunnen indienen bij de rechtbank. De kosten die daarmee gepaard gaan zouden omgeslagen kunnen worden over alle gelaedeerden die zich hebben aangemeld (door ze in te houden op de uiteindelijk toegekende schadevergoeding) of verhaald kunnen worden op de laedens. Nadat alle vorderingen van indirecte afnemers in de gestelde termijn binnen zijn, dient de laedens de mogelijkheid te hebben een schikkingsvoorstel te doen en bij acceptatie van het schikkingsvoorstel een bepaald bedrag veilig te stellen door een bankgarantie te geven of het bedrag over te maken naar een derdenrekening bij een notaris. Indien er zich een groep consumenten tussen de eisers bevindt, kan een (publieke of private) vertegenwoordiger de groep representeren. Indien na eventuele onderhandelingen geen schikking wordt bereikt, dient de rechter zich uiteindelijk te buigen over de totale omvang van de schadevergoeding en de verdeling van de schadevergoeding tussen alle gelaedeerden (directe en indirecte afnemers inclusief de consumenten).

Deze oplossing doet recht aan drie relevante principes die bij het *passing-on* verweer een rol spelen en die door het HvJ EG worden gezien als principes die bijna alle rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.[431] De laedens profiteert niet van zijn eigen onrechtmatig handelen (de inbreukmaker kan niet profiteren van het feit dat door de afnemers geen schadevergoedingsactie wordt ingesteld), de directe afnemer wordt niet ongerechtvaardigd verrijkt (de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten loopt niet uit op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden) en elke particulier kan zich in rechte op schending van de mededingingsregels beroepen (directe afnemers en indirecte afnemers inclusief consumenten) waarbij de vergoeding van de door schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakte schade adequaat is ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van hun rechten is verzekerd.[432]

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat de laedens het recht krijgt zich te beroepen op het *passing-on* verweer tegen een vordering van de (directe) afnemer tot verkrijging van compensatoire schadevergoeding wegens de te hoge prijzen die zijn betaald als gevolg van een schending van het mededingingsrecht. De Commissie stelt tevens voor dat

---

431 Van Gerven 2007, p. 35-36.

432 Zie voor deze principes HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297, r.o. 31, 30 en 24. Zie voorts HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 *(Brasserie du Pêcheur en Factortame)*, *Jur.* 1996, p. I-1029, r.o. 82.

indirecte afnemers zich kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging hun volledig is doorberekend. De bewijslast voor het slachtoffer met betrekking tot het causaal verband tussen de schending van het mededingingsrecht en de schade wordt op deze manier verlicht. Naar Nederlands recht bezit de Nederlandse rechter al de nodige mogelijkheden om de indirecte afnemers tegemoet te komen in hun (bewijs)positie. Hoewel het in het Witboek geformuleerde weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan de indirecte afnemers de positie van indirecte afnemers wel op voorhand makkelijker maakt, zal het ook leiden tot spanning tussen de belangen van de directe afnemers die als eiser optreden en de belangen van de indirecte afnemers die als eiser optreden. Een mogelijke collectieve actie (zie hoofdstuk 8) zal als gevolg van de tegenstrijdige belangen niet snel door de directe afnemers en de indirecte afnemers gezamenlijk worden ingesteld, terwijl een dergelijke gezamenlijke actie wel de nodige efficiëntievoordelen met zich mee zou kunnen brengen. Tevens zal het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan indirecte afnemers kunnen leiden tot overcompensatie (zie § 7.9.5.2).

7.10 *Punitive damages*

7.10.1 Inleiding

In het kader van de stimulering van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht heeft de Commissie de discussie over invoering van *punitive damages* geëntameerd. Onder het begrip *punitive damages* (ook wel de privaatrechtelijke boete genaamd) versta ik, in aansluiting bij Bolt & Lensing, 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 (bestraffing) en tot preventie van toekomstig onrecht van de laedens en anderen.[433] Het gaat bij *punitive damages* om bedragen die losstaan van de werkelijke schade.[434]

Het begrip e*xemplary damages* vormt een veelal in het Engelse recht gebruikt synoniem van het begrip *punitive damages*.[435] Het gebruik van de aanduiding *exemplary damages* heeft in het Engelse recht de voorkeur om aan te geven dat de sanctie (toekenning van de boete) als functie heeft een voorbeeld te stellen.[436] Met de aanduiding *exemplary damages* wordt dan ook de preventieve

433 Bolt & Lensing 1993, p. 5; Lindenbergh 1995, p. 127; Van der Heijden 2001, p. 1749-1756.
434 Zie ook Lindenbergh 1998, p. 19-20.
435 Andere benamingen zijn *vindictive damages*, *punitory damages*, *treble damages*, *retributory damages*, *penal damages*, *additional damages*, *plenary damages*, *imaginary damages*, *plenary damages* en *smart money*. Zie Bolt & Lensing 1993, p. 5; vgl. Owen 1976, p. 1265, noot 24.
436 Het gebruik is echter ook in het Engelse recht niet altijd consequent. Zie Lindenbergh 1998, p. 19, voetnoot 45.

functie van de boete benadrukt. De aanduiding *punitive damages* brengt meer het bestraffende doel tot uitdrukking.[437] In het Nederlands kunnen *punitive damages* het best worden vertaald met het begrip 'privaatrechtelijke boete', zoals ook door Bolt & Lensing is gehanteerd in hun gelijknamige preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking.[438]

Naar Nederlands recht zijn *punitive damages* niet mogelijk. Zoals reeds besproken in dit hoofdstuk (bijvoorbeeld § 7.2 en § 7.9) ligt aan ons schadevergoedingsrecht het beginsel van volledige schadevergoeding ten grondslag. Dit beginsel brengt enerzijds met zich mee dat de benadeelden niet meer vergoed kunnen krijgen dan de werkelijk geleden schade, zodat voor *punitive damages* geen plaats is. Anderzijds brengt dit beginsel met zich mee dat niet minder mag worden vergoed dan de werkelijk geleden schade. In de andere lidstaten van de EU wijkt de situatie wat betreft *punitive damages* niet veel af van de situatie in Nederland. Alleen Cyprus, Ierland en het Verenigd Koninkrijk kennen een vorm van *punitive* of *exemplary damages* in algemene zin.[439] *Punitive damages* worden dan ook in het grootste deel van Europa als 'vreemd' gezien. Veelal wordt gevreesd voor 'Amerikaanse toestanden' in het aansprakelijkheidsrecht.[440] Sinds het midden van de vorige eeuw is het toepassingsgebied van *punitive damages* in de Verenigde Staten dan ook steeds verder uitgebreid.[441] Aan de andere kant is in de Engelse rechtspraak het toepassingsgebied van *punitive damages* of *exemplary damages* de afgelopen jaren fors teruggedrongen.[442] Desondanks zijn op zowel Europees als op nationaal niveau verschuivingen in de rechtshandhaving waarneembaar (§ 1.3), die de discussie over mogelijke invoering van de privaatrechtelijke boete, in het

437 Bolt & Lensing 1993, p. 5.

438 Bolt & Lensing 1993.

439 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004, p. 84. In de niet-EU lidstaat Oekraïne zijn *double damages* ook mogelijk, zie Mobley 2003, p. 8.

440 Zie Hartlief 2005, p. 830-834; Haazen 2006a, p. 749-752; Haazen 2006b, p. 1156-1158.

441 Linssen 2001, p. 359 e.v.

442 Linssen 2001, p. 353 e.v. In *Rookes v Barnard* [1964] AC 1129, [1964] 1 *All ER* 367, HL, welke uitspraak is bevestigd in *Broome v. Cassell and Co* [1972] AC 1027, is uitgemaakt dat *exemplary damages* slechts in drie categorieën mogelijk zijn (waarbij de rechter of de jury een discretionaire bevoegdheid heeft om de laedens al dan niet te veroordelen tot betaling van *exemplary damages*): '*Conducts calculated to make a profit which may well exceed the compensation payable to the plaintiff; Oppressive, arbitrary or unconstitutional conduct by government servants & Express authorisation by statute*'. In *A.B. v. South West Waters Services Ltd* [1993] 1 *All ER* 609 heeft het *Court of Appeal* beslist dat een veroordeling tot betaling van *punitive damages* slechts mogelijk is op basis van een *cause of action* waarbij voor *Rookes v. Barnard* al een veroordeling werd toegestaan. Op deze arbitraire wijze van begrenzing is de nodige kritiek geuit door onder meer de *Law Commission* in haar rapport uit 1997 over *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*. Volgens de *Law Commission* moet in alle gevallen van *outrageously wrongful conduct* een veroordeling tot betaling van *punitive damages* mogelijk zijn en niet alleen in situaties waarover een rechter zich toevallig voor 1964 heeft uitgesproken. Zie Linssen 2001, p. 355.

bijzonder in de context van het mededingingsrecht, actueel maken.[443] Opvallend is het Franse voorontwerp tot hervorming van het verbintenissenrecht dat op het buitencontractuele vlak de weg baant voor een punitief verbintenissenrecht door middel van de invoering van *punitive damages*.[444]

7.10.2 Korte geschiedenis

Reeds in de 13e eeuw kende men een vorm van *punitive damages*.[445] De oorsprong van *punitive damages* zoals die nu bestaan, kan echter worden gevonden in het Engeland van de 18e eeuw. *Punitive damages* werden toen gezien als onderdeel van de vergoeding van immateriële schade.[446] In 1763 achtte de Engelse rechter een vergoeding toelaatbaar die uitging boven de werkelijk geleden schade.[447] *Punitive damages* werden in de Amerikaanse rechtspraak spoedig na de erkenning in de *common law* op grotere schaal overgenomen. Wel bestond enige verwarring over de vraag of *punitive damages* moesten worden gezien als vergoeding van immateriële schade of als boete om een afschrikkende en bestraffende werking te hebben.[448]

Bolt & Lensing wijzen in hun preadvies op twee factoren die verantwoordelijk zijn voor het ontstaan en voortbestaan van de privaatrechtelijke boete. In de eerste plaats de grote terughoudendheid van de rechter om in te grijpen in het oordeel van de jury omtrent de hoogte van de aan de eiser toe te kennen vergoeding. In de tweede plaats de beperkte mogelijkheden die de *common law* bood tot vergoeding van immateriële schade. Door middel van de privaatrechtelijke boete werd in enige mate in deze behoefte voorzien. De privaatrechtelijke boete is echter ook na het mogelijk worden van vergoeding van immateriële schadevergoeding blijven bestaan.

Een vergelijking zou kunnen worden gemaakt met de poenale acties die het Romeinse recht kende, waarbij de dader veel meer dan de daadwerkelijk geleden schade verschuldigd was. Er is echter geen bewijs dat *punitive damages* direct kunnen worden herleid tot het Romeinse recht. Hetzelfde geldt voor de Middeleeuwse *amercements*.[449]

---

443 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 275. Vgl. Nebbia 2008, p. 23-43.

444 Zie over het Franse voorontwerp tot hervorming van het verbintenissenrecht nader Cauffman 2007, p. 799-873.

445 Vgl. Bolt & Lensing 1993, p. 5 en Owen 1976, p. 1263.

446 Bolt & Lensing 1993, p. 5; Ellis 1982, p. 12 e.v.

447 Zie de zaken *Wilkes v. Wood*, 98 *Eng. Rep.* 489 (1763) en *Huckle v. Money*, 95 *Eng. Rep.* 768 (1763).

448 In de zaak *Day v. Woodworth* werden *punitive damages* expliciet erkend door het *U.S. Supreme Court*, 13 *How.* 363 (1852). In Engeland heeft het *House of Lords* pas in 1964 uitspraak gedaan in de zaak *Rookes v. Barnard*, [1964] AC 1129, [1964] 1 *All ER* 367, HL.

449 Bolt & Lensing 1993, p. 7 en de daar aangehaalde literatuur. Zie ook Massey 1987, p. 1267.

7.10.3 *Punitive damages* bij de privaatrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht

7.10.3.1 Punitive damages en het HvJ EG

Het HvJ EG heeft in de zaak Manfredi een antwoord gegeven op de prejudiciële vragen van de Italiaanse *Giudice di Pace* (enigszins te vergelijken met de sector kanton van de rechtbank) te Bitonto. Een van de vragen die de *Giudice di Pace* stelde was de vraag of artikel 81 EG aldus moet worden uitgelegd dat het de nationale rechter verplicht punitieve schadevergoeding toe te kennen, opdat het bedrag van de vergoeding hoger is dan het door de marktdeelnemer die deze bepaling heeft geschonden verkregen voordeel en aldus de totstandkoming van door dit artikel verboden mededingingsregelingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen ontmoedigt.

Het HvJ EG overweegt (r.o. 92-94):

> 'Wat de toekenning van schadevergoeding betreft en de eventuele mogelijkheid om punitieve schadevergoeding toe te kennen, dient bij gebreke van communautaire bepalingen ter zake de nationale rechtsorde van elke lidstaat de criteria te bevatten ter bepaling van de omvang van de schadevergoeding, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.
> In dat verband moeten allereerst, in overeenstemming met het gelijkwaardigheidsbeginsel, bijzondere vergoedingen, zoals exemplaire of punitieve schadevergoeding, in het kader van vorderingen uit hoofde van de communautaire mededingingsregels kunnen worden toegekend, voorzover zulks in het kader van soortgelijke, op het nationale recht gebaseerde vorderingen mogelijk is (zie in die zin arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 90).
> Het is evenwel vaste rechtspraak dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (zie met name arresten van 4 oktober 1979, Ireks-Arkady/Raad en Commissie, 238/78, Jur. blz. 2955, punt 14, en 21 september 2000, Michaïlidis, C-441/98 en C-442/98, Jur. blz. I-7145, punt 31, en arrest Courage en Crehan, reeds aangehaald punt 30).'

Het recht op punitieve schadevergoeding kan, anders dan het HvJ EG heeft geoordeeld met betrekking tot het recht op vergoeding van rente in het kader van een schadevergoeding (zie § 7.11), niet als een wezenlijk bestanddeel van de stelsels van de lidstaten worden gekwalificeerd. Enerzijds zegt het HvJ EG dat bijzondere vergoedingen, zoals exemplaire of punitieve schadevergoeding, in het kader van vorderingen uit hoofde van de communautaire mededingingsregels moeten kunnen worden toegekend (gelijkwaardigheidsbeginsel), indien zulks in het kader van soortgelijke, op het nationale recht gebaseerde vorderingen mogelijk is. 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.

7.10.3.2 Het Groenboek, punitive damages bij horizontale kartels?

In het door de Commissie ingediende Groenboek 'schadevergoedingen wegens schending van de communautaire antitrustregels' wordt als optie de toekenning van *double damages* gesuggereerd indien schade is geleden als gevolg van horizontale kartels.[450] Deze verdubbeling van het bedrag aan schadevergoeding kan in het voorstel van de Commissie automatisch zijn, aan voorwaarden verbonden zijn of een discretionaire bevoegdheid van de rechter zijn. *Double damages* kunnen als een vorm van *punitive damages* worden gezien.

De in het Groenboek gesuggereerde mogelijkheid tot de toekenning van *double damages* is beperkt tot de schade die is geleden als gevolg van horizontale kartels, nu horizontale kartels de meest schadelijke kartelvormen zijn. Indien een dergelijke mogelijkheid zou worden ingevoerd, zou het ook bij andere ernstige schendingen van het mededingingsrecht mogelijk moeten zijn om *double damages* te verkrijgen. Denk aan het op een ernstige wijze misbruik maken van een economische machtspositie ex artikel 82 EG.

Gelet op het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor een verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II-Vo) is de gesuggereerde optie van de Commissie opmerkelijk.[451] In artikel 24 van het oorspronkelijke voorstel werd de toepassing van een bepaling van het door de verordening aangewezen recht, die zou leiden tot de toekenning van een schadevergoeding die geen vergoedend karakter heeft (zoals schadevergoedingen die als voorbeeld of als straf zijn bedoeld), strijdig geacht met de communautaire openbare orde. Inmiddels is deze bepaling in de uiteindelijke verordening (zie § 10.4.3) verwijderd, om duidelijk te maken dat schadevergoedingen die als straf zijn bedoeld niet *ipso facto* buitensporig zijn.[452]

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 dient ter compensatie

450 Optie 16.

451 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), COM/2003/427 def. COD 2003/168.

452 Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen („Rome II"), *PbEU* L199/40. Zie ook Gewijzigd voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II) van 21 februari 2006, COM/2006/83 def., COD 2003/168, preambule onder amendement 50 en het gewijzigde voorstel voor art. 23. Zie Oosterhuis 2007, p. 38; Waelbroeck & Slater 2007, p. 425-445.

van geleden schade.[453] 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.

De voorgestelde optie door de Commissie is in lijn met een eerder voorstel van Van Gerven dat onder andere ziet op *exemplary damages* dan wel *restitutionary damages*.[454] Van Gerven is 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.'[455] 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 '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.'[456] Het voorstel van Van Gerven ziet op het uitvaardigen door de Gemeenschapswetgever 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*.'[457] 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

453 Nederlandse reactie op het Groenboek (COM/2005/672 def.), § 2.3, vraag E, p. 8.

454 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.

455 Van Gerven 2002, p. 69.

456 Van Gerven 2002, p. 69-70.

457 De aanduiding e*xemplary damages* kan worden gezien als een synoniem van de aanduiding *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 bijvoorbeeld Lindenbergh 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.

vergemakkelijkt en voldoende soepele en betaalbare *pretrial* onderzoeksmaatregelen die eisers toelaten een inbreuk op het spoor te komen en op afdoende manier te bewijzen.[458]

Een aantal van de door Van Gerven genoemde onderwerpen komt in dit boek nog aan de orde. Ik ga hier slechts nader in op het onderwerp van deze paragraaf, de mogelijkheid tot verkrijging van *punitive damages*.

7.10.3.3 Het Witboek, punitive damages een zaak voor de afzonderlijke lidstaten?

In het in april 2008 verschenen Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels ontbreekt het voorstel tot invoering van *double damages*. 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.'

Het ontbreken in het Witboek van de in het Groenboek nog voorgestelde *double damages* is wellicht het gevolg van het niet zijn van een 'evenwichtige maatregel die geworteld is in de Europese rechtscultuur en traditie'.[459] Dat neemt niet weg dat de Commissie in het bij het Witboek behorende werkdocument 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 mededingingsrecht 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.[460]

De Commissie lijkt de keuze om al dan niet *punitive damages* in te voeren vooralsnog aan de afzonderlijke lidstaten over te laten. Indien de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van mededingingsrecht niet structureel verbetert, laat de Commissie in de *Commission Staff Working Paper* behorende bij het Witboek uitdrukkelijk de mogelijkheid open om in de toekomst de Europese definitie van schade te veranderen.[461] In het bijbehorende werkdocument van de Commissie wordt 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

458 Van Gerven 2002, p. 70 (zie noot 1). Zie ook Van Gerven 2003, p. 53-93.

459 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, § 182.

460 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, § 312 en § 316.

461 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, § 195.

actually bring their antitrust damages action. In that context the appropriateness of the current definition of damages might have to be reconsidered.'[462]

Dit zal kunnen leiden tot het alsnog op Europees niveau invoering van *punitive damages*. De discussie over de mogelijke invoering van *punitive damages* blijft dus actueel, ondanks het feit dat *punitive damages* in het Witboek als zodanig niet meer worden genoemd.

7.10.4 *Treble damages* bij de privaatrechtelijke handhaving van Amerikaans mededingingsrecht

7.10.4.1 Algemeen

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.[463]

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 *punitive damages* waarbij de laedens het drievoudige van de geleden schade dient te vergoeden.

Het bevorderen van de civiele 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, een van de oogmerken die met de toekenning van *punitive damages* worden beoogd.[464] *Treble damages* worden overigens (ook in de Verenigde Staten) niet per definitie als *punitive damages* gezien.[465] Het verschil zit hem 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 aangenomen dat bij *punitive damages* de rechter beoordelingsruimte heeft

462 Zie *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, § 195.

463 Zie Schirmeister 1996, p. 139.

464 Schirmeister 1996, p. 139; Ellis 1982, p. 1. Zie voor de argumenten tegen de mogelijkheid tot verkrijging van *punitive damages* in het bijzonder Schirmeister 1996, p. 147 e.v.

465 Zie Paulis 2007, p. 13.

bij de vaststelling van de hoogte van de *punitive damages*.[466] Deze beoordelingsruimte heeft de rechter niet bij de oplegging van *treble damages*.

Treble damages kunnen door de gelaedeerde worden verkregen op grond van § 4 van de *Clayton Act* indien de laedens de mededingingsregels zoals neergelegd in de *Sherman Act* of andere mededingingswetgeving heeft geschonden. § 4 van de *Clayton Act* luidt:

> '(…) any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor 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.'[467]

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 advocatenkosten 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.[468]

Veel van deze speciale wetgeving is tot nu toe ondenkbaar geweest in de EU. Het idee dat de gelaedeerde zich door middel van *treble damages* zou kunnen verrijken ten koste van de laedens is in de EU tot nu toe niet ingeburgerd en niet geaccepteerd.[469] 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.[470]

7.10.4.2 Treble damages en de oorsprong van de Sherman Act 1890

De *Sherman Act* heeft historisch gezien een transatlantische oorsprong. Dat geldt voor zowel het kartelverbod zoals neergelegd in § 1 als voor het verbod op monopolies zoals neergelegd in § 2 van de *Sherman Act*.[471] § 1 luidt:

---

466 Heinze 2007, p. 17.

467 § 4 *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, *Suits by persons injured (a) Amount of recovery; prejudgment interest.* Cursivering EJZ.

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

469 Daarnaast valt te denken aan de juryrechtspraak in de Verenigde Staten die zou kunnen leiden tot een hoger bedrag dat wordt toegekend aan schadevergoeding.

470 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 61; Rosochowicz 2005, p. 5-7.

471 *Sherman Antitrust Act of 1890*, 15 U.S.C. § 1 & § 2 (1994).

> 'Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.'[472]

§ 2 luidt:

> 'Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $100,000,000 if a corporation, or, if any other person, $1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.'

Het Amerikaanse congres heeft destijds bij de vaststelling van de *Sherman Act* in 1890 het *Statute of Monopolies* als inspiratiebron gebruikt voor de beantwoording van de vraag op welke wijze de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de Verenigde Staten vorm zou kunnen worden gegeven.[473] Het *Statute of Monopolies* was vastgesteld in 1623 en ontstond uit de zaak *Darcy v. Allein*.[474] *Darcy v. Allein* (ook wel genaamd *The Case of Monopolies*) was de eerste definitieve uitspraak van een rechterlijke instantie waarin werd geoordeeld dat monopolies inherent schadelijk zijn en daarom in strijd zijn met de *common law*. De argumenten voor deze uitspraak kunnen worden gezien als basis van het huidige mededingingsrecht.

Edward Darcy (de eiser in deze zaak) was lid van de hofhouding van Koningin Elizabeth. Darcy had van de Koningin een vergunning gekregen om alle speelkaarten die in het Verenigd Koninkrijk werden verhandeld te importeren en te verkopen. De afspraak had te maken met de zorgen die de koningin had over het feit dat kaartspelen een groot probleem dreigde te worden onder haar onderdanen. Deze activiteit zou gereguleerd kunnen worden door één persoon de controle te geven over de handel in speelkaarten. Op het moment dat Allein probeerde zijn eigen speelkaarten te maken en te verkopen daagde Darcy Allein voor de rechter om deze concurrentie te voorkomen. De rechtbank (*Kings' Bench Division*) oordeelde dat de verlening van

---

472 In 2004 zijn de boetes aanzienlijk verhoogd. Zie sec. 215 (Increased Penalties for Antitrust Violations) van de Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, *118 Stat. 668 Public Law 108-237-June 22, 2004.*

473 Zie Baker 2004, p. 379. *Statute of Monopolies*, 21 Jam. I, c. 3 (1623) (Eng.).

474 *Darcy v. Allein (Case of Monopolies)*, 11 Co. Rep. 84b, 77 Eng. Rep. 1260, 1261-63 (K.B. 1602).

een monopolie door de Koningin ongeldig was wegens verschillende redenen.[475] Ten eerste belette een dergelijk monopolie bekwame personen handel te drijven en stimuleerde een dergelijk monopolie daardoor inactiviteit en werkloosheid. Ten tweede raakte iedereen gedupeerd die het product wilde gebruiken omdat de monopolist de prijs zou verhogen en tegelijkertijd geen prikkel had de kwaliteit van de verkochte goederen te behouden. Ten derde moest de Koningin volgens de *Kings' Bench Division* zijn misleid omdat een dergelijk monopolie alleen kon worden gebruikt voor de eigen opbrengst van de monopolist en het toestaan van een dergelijk monopolie niet in het algemeen belang was. Ten vierde zou het een gevaarlijk precedent scheppen om toe te staan dat een bepaalde handel wordt gemonopoliseerd. Zeker gezien het feit dat de persoon die het monopolie was verleend niets wist over het maken van speelkaarten en er geen enkele wet bestond die de creatie van een dergelijk monopolie toestond.

Naast het mededingingsrechtelijke probleem dat speelde in de zaak Darcy lag er ook een belangrijk politiek conflict aan ten grondslag. De strijd om de politieke macht tussen de kroon, parlement en de rechterlijke macht zou veertig jaar later eindigen in een burgeroorlog.[476] Wellicht een bewijs van het feit dat het moeilijk is mededingingsrecht te scheiden van de politieke en historische kaders.[477]

Het uit deze zaak voortvloeiende *Statute of Monopolies* werd door het Engels parlement vastgesteld in 1623.[478] Het *Statute of Monopolies* verbood monopolies en kende aan de gelaedeerde het recht toe *treble damages* te eisen en zogenaamde *double costs*. Hoewel *treble damages* reeds lang geleden zijn afgeschaft in Engeland (alleen *exemplary damages* zijn in Engeland nog mogelijk bij bijzonder zware overtredingen), is het recht op *treble damages* uiteindelijk wel in § 7 van de *Sherman Act* terecht gekomen.[479] Opmerking verdient wel dat in de Verenigde Staten in beginsel geen recht op wettelijke rente bestaat, zodat een deel van de *treble damages* als vervanging voor de wettelijke rente dienst doet.[480] De tijd tussen de overtreding en de definitieve uitspraak kan de *treble damages* in de Verenigde Staten reduceren tot een bedrag dat vergelijkbaar

475 De redenering achter de uitkomst van deze zaak is destijds opgeschreven door Sir Edward Coke. In de tijd dat de uitspraak werd gedaan was het nog niet gebruikelijk dat de rechters hun uitspraken voorzagen van een schriftelijke motivatie.

476 Bellamy 1999, p. 16.

477 Bellamy 1999, p. 16.

478 *Statute of Monopolies*, 21 Jam. I, c. 3 (1623), Eng.

479 *Act of July 2, 1890*, § 7, ch. 647, 26 Stat. 210. Vervangen door de *Clayton Act* (§ 4, 38 Stat. 731 (1914) en uiteindelijk ingetrokken (69 Stat. 283 (1955)). Zie nu 15 U.S.C. *(United States Code)*, § 15.

480 Zie Jones 1999, p. 229 e.v. De toekenning van wettelijke rente zou in het mededingingsrecht alleen mogelijk zijn in het bijzondere geval dat door de gedaagde excessieve vertraging in de procedure wordt veroorzaakt. Geamendeerd in de *Antitrust Procedural Improvements Act* van 1980, Pub. L. No. 96-349, 94 Stat. 2716; 15 USC § 15 (a).

is met *single damages* inclusief de wettelijke rente.[481] *Double costs* zijn uiteindelijk in de Verenigde Staten niet ingevoerd en vervangen door *single costs*.[482]

7.10.5 De privaatrechtelijke boete in Nederland

De situatie in Nederland en de rest van de EU is wat betreft *punitive damages* (de privaatrechtelijke boete) duidelijk anders dan de situatie in de Verenigde Staten. In de Verenigde Staten wordt de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht veel meer dan in Nederland en de rest van de EU gebruikt als instrument om tevens het publieke belang te dienen. In Nederland worden, zoals reeds blijkt uit het onderhavige hoofdstuk, vorderingen ter verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht niet anders behandeld dan vorderingen ter verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van andere wettelijke bepalingen van publiekrecht.

De schadevergoeding die in Nederland kan worden verkregen is, zoals reeds in dit hoofdstuk besproken, geregeld in afdeling 10 van de eerste titel van boek 6 BW. De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed bestaat ex artikel 6:95 BW uit vermogensschade en ander nadeel (dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft). Ex artikel 6:96 BW omvat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst. De vermogensdaling als gevolg van de schending van het mededingingsrecht moet worden vergoed, maar ook de vermogensstijging die de gelaedeerde als gevolg daarvan ontgaat.[483]

In de literatuur wordt langzamerhand de eventuele invoering van *punitive damages* positiever bejegend[484] Denk bijvoorbeeld aan de dissertatie van Schirmeister over Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht en het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking van Bolt en Lensing over de privaatrechtelijke boete.[485]

7.10.6 Enkele voor- en nadelen van invoering van de privaatrechtelijke boete

Bolt & Lensing hebben de voor- en nadelen van *punitive damages* in hun preadvies uitgebreid besproken. Ook de mogelijke invoering van *punitive*

---

481 Jones 1999, p. 230; Lande 1993, p. 115, 122.

482 Zie bijvoorbeeld Baker 2004, p. 379.

483 Overigens vallen de expertisekosten zoals kosten van juridisch advies en verzameling van bewijs onder art. 6:96 lid 2 sub b BW, net als intern gemaakte bedrijfskosten zoals door eigen deskundige medewerkers aan de zaak bestede tijd.

484 Vgl. Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 62.

485 Schirmeister 1996, hoofdstuk 3; Bolt & Lensing, 1993. Zie over *punitive damages* bijvoorbeeld Slok & Van 1990, p. 1823-1829; Verrijn Stuart 1992, p. 91; Kerkmeester 1998, p. 1807-1813; Van der Heijden 2001, p. 1749-1756; Van Nispen 2003, p. 12-13, p. 37-39 (nrs. 7 en 22). Zie voorts de verwijzingen bij Lindenbergh 1998, p. 32, Linssen 2001, p. 337 en Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 62.

damages is in hun preadvies ter sprake gekomen. In navolging van Bolt & Lensing hebben ook 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.[486]

Als mogelijke voordelen van de invoering van *punitive damages* komen zij tot de volgende argumenten:

- De gelaedeerde krijgt door de hogere vergoeding een extra stimulans om in actie te komen;
- De potentiële laedens krijgt een extra stimulans om de mededingingsregels niet te overtreden;
- De verantwoordelijke overheidsorganen (NMa en Commissie) zijn niet in staat alle overtredingen van de mededingingsregels te sanctioneren. *Punitive damages* kunnen helpen het als gevolg hiervan ontstane handhavingstekort aan te vullen;
- Als gevolg van het feit dat *punitive damages* aan de gelaedeerden toekomen ontstaat een hechtere relatie met de slachtoffers van een mededingingsinbreuk. Het rechtsgevoel van de slachtoffers en de samenleving zou beter kunnen worden bevredigd. Daarnaast zou de laedens zich beter realiseren welke norm is overtreden, zodat hij zich in de toekomst minder snel schuldig zal maken aan schending van die norm.

Als mogelijke nadelen van de invoering van *punitive damages* noemen zij de volgende argumenten:

- Schadevergoeding dient slechts als compensatie voor een schending van een subjectief recht van de gelaedeerde;
- De oplegging van straffen is een exclusieve overheidstaak die niet thuis hoort in het privaatrecht;
- De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is met minder waarborgen omgeven dan de bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving;
- In de Verenigde Staten bestaat geen recht op wettelijke rente. 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 *punitive damages* in combinatie met het al bestaande recht op de wettelijke rente dreigt het verkregen bedrag disproportioneel hoog te worden;
- Indien *punitive damages* worden gecombineerd met bestuursrechtelijke sancties van de NMa en de Commissie bestaat het gevaar van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel zoals neergelegd in artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM);

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

- *Punitive damages* zijn 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;
- De introductie van *punitive damages* in een of enkele landen van de EU zou een negatief effect hebben op het vestigingsklimaat van ondernemingen. *Punitive damages* zouden dus in de gehele EU mogelijk moeten zijn. Invoering van *punitive damages* in een of enkele landen van de EU zou voorkomen moeten worden.

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. Ter vergelijk zij opgemerkt dat ook in de Verenigde Staten juist vanuit het perspectief van fundamentele rechtswaarborgen vaker kritische kanttekeningen worden geplaatst bij punitieve privaatrechtelijke sancties door middel van de toekenning van *punitive damages*.[487]

In § 7.10.7 zal worden bezien met welke rechtswaarborgen de handhaving met behulp van punitieve privaatrechtelijke sancties door middel van *punitive damages* omgeven moet zijn om recht te doen aan het EVRM en in het bijzonder artikel 6 EVRM.[488]

7.10.7 *Punitive damages* en de rechtswaarborgen die voortvloeien uit het EVRM

7.10.7.1 Punitive damages als civil obligation en criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM?

In artikel 6 EVRM staan in de Engelse verdragstekst de begrippen *civil rights and obligations* en *criminal charge* centraal. Voor de toepasselijkheid van artikel 6 lid 1 EVRM dient een punitieve privaatrechtelijke vordering te worden aange-

487 Vgl. Verheij 1997, p. 71-81.

488 Andere relevante EVRM-waarborgen blijven buiten beschouwing. Zo valt bijvoorbeeld te denken aan art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM inzake eigendomsrecht. De andere relevante EVRM-waarborgen bieden niet meer bescherming dan art. 6 EVRM reeds doet. Art. 7 EVRM (geen straf zonder wet) komt ook niet nader aan de orde. Bij invoering van *punitive damages* zal hiermee echter wel rekening moeten worden gehouden. Toekenning van *punitive damages* is slechts mogelijk bij overtreding van voldoende nauwkeurig omschreven gedragingen alsmede daarbij behorende boetes. Zie Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 280. Vgl. Cauffman 2007, p. 841-847.

merkt als een *civil obligation* voor diegene die met een dergelijke vordering wordt geconfronteerd.[489] Nu toewijzing van de vordering leidt tot de verplichting om een geldsom te betalen (*civil obligation*) is artikel 6 lid 1 EVRM van toepassing.

Het is niet denkbeeldig dat *punitive damages* door het EHRM worden gezien als een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM. Indien *punitive damages* als *criminal charge* worden gezien, zouden ook het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM van toepassing zijn en zouden er strengere procedurele eisen gelden.[490] In de ontvankelijkheidsbeslissing *Blake/Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM zich uitgesproken over de vraag of het opleggen van een privaatrechtelijke boete een *criminal charge* betreft.[491] Het ging in deze zaak om de verplichting van Blake tot betaling van *restitutionary damages*. De hoogte van *restitutionary damages* wordt gebaseerd op het voordeel dat iemand heeft genoten als gevolg van een schending van een norm.[492] De verplichting tot betaling van *restitutionary damages* werd in die zaak als *civil obligation* en niet als *criminal charge* aangemerkt. Hierbij dient echter de kanttekening te worden geplaatst dat de boete een direct gevolg was van door Blake gepleegde contractbreuk. Daarnaast speelde de civielrechtelijke context van het geschil geen doorslaggevende rol bij de kwalificatie van de verplichting tot betaling van *restitutionary damages* als *civil obligation* (en niet als *criminal charge*). De ontvankelijkheidsbeslissing in *Blake/Verenigd Koninkrijk* verzet zich er dan ook niet tegen om buitencontractuele verplichtingen tot betaling van *punitive damages* als *criminal charge* aan te merken.[493]

Het feit dat *punitive damages* door de wetgever civielrechtelijk van aard worden geacht, is niet doorslaggevend. Het EHRM hanteert een autonome uitleg van het begrip *criminal charge* en bepaalt aan de hand van drie criteria de vraag of sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.[494] Ten eerste is van belang of de tekst die de overtreding definieert in de betreffende staat tot het strafrecht behoort. Dit criterium is echter niet doorslaggevend. Ten tweede is het karakter (of de aard) van de overtreding van belang.[495] Ten

489 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 280.
490 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 280.
491 EHRM 25 oktober 2005, zaaknr. 68890/01 *(Blake/Verenigd Koninkrijk)*, r.o. 96-100.
492 McDougall & Verzariu 2008, p. 181-184, p. 183.
493 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 280-281.
494 Zie ook EHRM 8 juni 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, *NJ* 1978, 223 m.nt. Meuwissen bij *NJ* 1978, 224 *(Engel e.a./Nederland)*; 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/Duitsland)*.
495 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/Duitsland)*.

derde zijn het karakter (of de aard) en de zwaarte van de sanctie die de betrokken persoon riskeert van belang.[496]

Voor het vaststellen van het karakter van de overtreding dient te worden onderzocht of de overtreding een norm betreft die voor alle burgers bindend is.[497] Tevens moet worden vastgesteld of de overtreding bestraft wordt met een sanctie met een *deterrent and punitive* karakter. Het karakter van de overtreding is sterk verbonden met het karakter van de straf.[498]

Voor het vaststellen van het karakter van de privaatrechtelijke boete is in de eerste plaats relevant ten behoeve van de overtreding van welke normen de privaatrechtelijke boete wordt opgelegd. Ingeval de boete gebruikt wordt om de naleving van algemeen geldende (publiek- dan wel civielrechtelijke) normen te verzekeren, bestaat er aanleiding om de privaatrechtelijke boete als *criminal* aan te merken. *Punitive damages* hebben naar hun aard een *deterrent and punitive* karakter. Op basis van het tweede *criminal charge*-criterium moeten *punitive damages* dan ook als *criminal* in de zin van artikel 6 EVRM worden aangemerkt.

De hoogte van een boete vormt (een deel van) het derde en laatste *criminal charge*-criterium. Volgens de rechtspraak van het EHRM kan het derde *criminal charge*-criterium geen afbreuk meer doen aan het bestraffende karakter van de boete in kwestie, nu op grond van het tweede criterium is geconcludeerd dat *punitive damages* als *criminal* in de zin van artikel 6 EVRM moeten worden aangemerkt.[499] Het EHRM beschouwt het karakter van de overtreding en het karakter en de zwaarte van de sanctie die de betrokken persoon riskeert als alternatief.[500] Voor het van toepassing zijn van het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM is het voldoende dat de overtreding in karakter *criminal* is of dat het karakter en de zwaarte van de sanctie die de betrokken persoon riskeert tot de strafrechtelijke sfeer behoren. Ook een zekere optelling van een aantal factoren die onder beide criteria zijn onder te brengen kan een overtreding *criminal* maken.[501]

Bij de hoogte van de boete dient wel rekening te worden gehouden met het feit dat het EHRM in *Jussila* heeft geoordeeld dat voor wat betreft de opleg-

---

496 EHRM 23 november 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, *NJ* 1978, 224 m.nt. Meuwissen *(Engel e.a./Nederland)*; EHRM 28 juni 1984, zaaknrs. 7819/77 en 7878/77 *(Campbell and Fell)*; EHRM 23 maart 1994, zaaknr. 14220/88 *(Ravnsborg)*.

497 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281.

498 Zie ook 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/Duitsland)*, r.o. 52.

499 Het derde *criminal charge*-criterium speelt alleen een zelfstandige rol ingeval 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. Zie Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281. Zie EHRM 8 juni 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, *NJ* 1978/223 *(Engel e.a./Nederland)*, m.nt. Meuwissen bij *NJ* 1978/224, r.o. 85.

500 EHRM 25 augustus 1987, zaaknr. 9912/82, *NJ* 1988, 938 m.nt. EAA *(Lutz/Duitsland)*.

501 EHRM 24 februari 1994, zaaknr. 12547/86, *NJ* 1994, 496 m.nt. EAA *(Bendenoun/Frankrijk)*.

ging van lichte sancties die kunnen worden beschouwd als een *criminal charge* voor feiten die niet tot de harde kern van het strafrecht behoren, gedifferentieerd kan worden in de mate waarin de waarborgen van artikel 6 EVRM volledig van toepassing zijn.[502] Het mededingingsrecht wordt in *Jussila* genoemd als een rechtsgebied dat niet tot de harde kern van het strafrecht behoort en waarbinnen dus niet alle rechtswaarborgen van artikel 6 EVRM onverminderd hoeven te gelden.[503] Het is echter niet duidelijk waaruit de concrete bescherming dan zal moeten bestaan.[504]

Punitive damages kunnen weliswaar onder de aanduiding *criminal* vallen, maar vallen ze ook onder de aanduiding *charge*? In de literatuur hebben enkele auteurs bij de beantwoording van de vraag of de verplichting tot het betalen van *punitive damages* moet worden gezien als een *criminal charge*, de begrippen *criminal* en *charge* strikt gescheiden.[505] Zij achten de invulling van het *charge*-begrip problematisch nu naar hun mening geen handeling vanwege de staat wordt verricht wanneer de ene private partij van de andere private partij de betaling van *punitive damages* vordert.[506] Het instellen van een civiele vordering lijkt op het eerste gezicht ook niet te kunnen worden gekwalificeerd als een 'official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', zoals het EHRM het uitdrukt.[507] Wel zou kunnen worden gesproken van een andere maatregel die een dergelijke beschuldiging inhoudt en op gelijke wijze in een aanzienlijke mate de situatie van de verdachte raakt. In een dergelijk geval is volgens het EHRM ook sprake van een *charge*. Bolt & Lensing beschouwen die maatregel dan als het indienen van de vordering door de eiser of, indien een gedraging vanwege de staat wordt vereist, als het ter beschikking stellen door de staat van de faciliteiten voor de toewijzing van de vordering.[508]

Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro hebben hun bedenkingen bij een strikt gescheiden interpretatie van de begrippen *criminal* en *charge*. Een dergelijke strikt gescheiden interpretatie van beide begrippen doet geen recht

502 EHRM 23 november 2006, zaaknr. 73053/01, *AB* 2007, 51 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik *(Jussila/Finland)*; Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281.

503 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281, voetnoot 53.

504 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281.

505 Bolt & Lensing 1993, p. 58-59; Boot 2008, p. 200-208, p. 204-205 (voor de transparantie dient hier vermeld te worden dat ik als scriptiebegeleider bij de totstandkoming van de in *Ars Aequi* gepubliceerde afstudeerscriptie van J. Boot betrokken was). Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro wijzen er overigens op dat dezelfde benadering bij deze auteurs niet leidt tot eenzelfde resultaat. Zo nemen Bolt & Lensing aan dat (soms) wel sprake kan zijn van een *criminal charge*, terwijl Boot aanneemt dat er geen sprake is van een *criminal charge*. Zie Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281, voetnoot 55.

506 Zie Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281-282.

507 Zie onder meer EHRM 27 februari 1980, zaaknr. 6903/75, *NJ* 1980, 561 *(Deweer/België)*, r.o. 46; EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77 en 7913/77, *NJ* 1987, 828, m.nt. van Dijk *(Foti e.a./Italië)*. Vgl. Bolt & Lensing 1993, p. 59.

508 Bolt & Lensing 1993, p. 59.

aan de door het EHRM gehanteerde strategische interpretatie van het *criminal charge*-begrip.[509] Deze strategische interpretatie heeft het EHRM gekozen om ervoor te zorgen dat staten hun verplichtingen onder artikel 6 EVRM niet kunnen ontlopen door sanctiebepalingen buiten het strafrecht te plaatsen.[510]

Voor een strategische interpretatie 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 rust)[511] kan in de eerste plaats steun worden gevonden in de vaste overweging van het EHRM dat het er de voorkeur aan geeft het begrip *charge* niet formeel, maar materieel in te vullen. Het EHRM overweegt in de zaak *Deweer* (r.o. 44):

> '(…) 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.'[512]

Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro wijzen op het feit dat in de *Deweer*-zaak geen sprake was van een strafrechtelijk onderzoek. Deweer was niet gearresteerd en had tevens geen officiële aankondiging van een op handen zijnde vervolging ontvangen. Dit alles stond er niet aan in de weg om te concluderen dat wel sprake was van een *charge*. Het EHRM vond het kennelijk voldoende dat Deweer consequent werd aangemerkt als 'overtreder' en als iemand die zijn 'vervolging' kon voorkomen door betaling van een afkoopsom.[513]

In de tweede plaats pleit voor een meer strategische benadering het oordeel van het EHRM dat eveneens sprake kan zijn van een *charge* in de zin van artikel 6 EVRM wanneer iemands positie 'has been substantially affected'.[514] Bij door een civiele partij gevorderde, maar uiteindelijk door de rechter opgelegde *punitive damages* is hiervan sprake.

In de derde plaats doet het feit dat de procedure in gang wordt gezet door een civiele partij geen afbreuk aan het *charge*-element. In de zaak *Minelli/Zwitserland* deed het feit dat een smaadprocedure diende te worden opgestart

509 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 281.
510 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/Duitsland)*, r.o. 49.
511 EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77 en 7913/77, *NJ* 1987, 828, m.nt. van Dijk *(Foti e.a./Italië)*, r.o. 52.
512 EHRM 27 februari 1980, zaaknr. 6903/75, *NJ* 1980, 561 *(Deweer/België)*. Zie ook EHRM 26 maart 1982, zaaknr. 8269/78 *(Adolf/Oostenrijk)*, r.o. 30.
513 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 282.
514 EHRM 21 december 2000, zaaknr. 36887/97, *EHRC* 2001, 18 *(Quinn/Ierland)*, r.o. 41.

door een klacht van een private partij volgens het EHRM geen afbreuk aan het strafrechtelijke karakter van de procedure.[515]

Op grond van de hiervoor besproken punten bestaan er goede gronden om het opleggen van de verplichting tot betaling van *punitive damages* te beschouwen als een *criminal charge*. Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro wijzen hierbij nog op het feit 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.'[516]

7.10.7.2 Fundamentele waarborgen ten aanzien van punitive damages

a. Algemeen

Artikel 6 EVRM garandeert het recht dat een ieder 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. Het recht wordt gegarandeerd bij geschillen over de vaststelling van *civil rights and obligations* en bij de bepaling over de gegrondheid van een *criminal charge*. Daarnaast garandeert artikel 6 EVRM het recht op toegang tot de rechter (wordt niet expliciet in artikel 6 lid 1 EVRM vermeld)[517] en de eis dat de uitspraak in beginsel in het openbaar wordt gedaan.[518] Deze algemene eisen zijn bij de verkrijging van compensatoire schadevergoeding hetzelfde als bij de verkrijging van punitieve schadevergoeding en zullen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht veelal geen probleem vormen. Dit kan echter anders zijn bij de aanvullende eisen die gesteld worden bij de verkrijging van *punitive damages*.

Nu het opleggen van *punitive damages* als een *criminal charge* moet worden beschouwd, dient de gedaagde zich in de civiele mededingingszaak op een

---

515 EHRM 25 maart 1983, zaaknr. 8660/79, *NJ* 1986, 698 m.nt. EAA *(Minelli/Zwitserland)*, r.o. 28. Hoewel het EHRM overwoog dat de procedure in de *Minelli*-zaak voor het overige strafrechtelijk genormeerd was en dat er strafrechtelijke sancties konden worden opgelegd, is in *Blake/Verenigd Koninkrijk* duidelijk geworden dat het civielrechtelijke karakter van een procedure op zichzelf niet voldoende is om het bestaan van een *criminal charge* op voorhand af te wijzen. Zie Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 282.

516 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 282.

517 EHRM 21 februari 1975, zaaknr. 4451/70, *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA *(Golder/Verenigd Koninkrijk)*, r.o. 36; EHRM 9 oktober 1979, zaaknr. 6289/73, *NJ* 1980, 376 m.nt. EAA *(Airey/Ierland)*.

518 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 282.

aantal aanvullende fundamentele beginselen te kunnen beroepen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM. Zo zullen het zwijgrecht, het *nemo tenetur*-beginsel (niemand mag worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken) en de *praesumptio innocentiae* (het beginsel dat de verdachte voor onschuldig dient te worden gehouden totdat zijn schuld volgens de wet bewezen is) een rol spelen bij de verkrijging van *punitive damages*. Tevens dient voldaan te worden aan de eis van *full jurisdiction* en evenredigheid.

b. De praesumptio innocentiae, het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel

Op grond van de *praesumptio innocentiae* dient de verdachte voor onschuldig te worden gehouden totdat zijn schuld volgens de wet bewezen is. Wettelijke vermoedens van schuld worden niet geheel uitgesloten, maar er worden wel grenzen aan gesteld.[519] Het dient in ieder geval te gaan om een weerlegbaar vermoeden van schuld.[520] Op grond van de onschuldpresumptie moeten de betrokken autoriteiten zich onthouden van openbare mededelingen die een inbreuk vormen op de onschuldpresumptie.[521] Het is de vraag of dit voor de eiser in een civiele procedure met zich meebrengt dat hij zich genuanceerd dient uit te laten over de mate waarin de schuld in het kader van een lopende procedure al dan niet is komen vast te staan.[522]

Het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel brengen met zich mee dat niemand mag worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken.[523] Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro constateren

> 'dat uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat de bescherming van artikel 6 EVRM zich hier echter beperkt tot materiaal dat "niet onafhankelijk" (dat is dus afhankelijk) van de wil van de betrokkene bestaat.'

Zij denken daarbij met name aan afgedwongen mondelinge en schriftelijke verklaringen.[524] Overig materiaal valt in beginsel buiten het beschermingsbereik. Zij maken daarbij wel een uitzondering. Ingeval het gaat

519 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 283.
520 EHRM 7 oktober 1988, zaaknr. 10519/83, *NJ* 1991, 351 m.nt. EAA *(Salabiaku/Frankrijk)*, r.o. 28.
521 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 283.
522 EHRM 10 februari 1995, zaaknr. 15175/89, *NJ* 1997, 523, m.nt. EJD *(Allenet de Ribemont/Frankrijk)*, r.o. 36-41.
523 EHRM 25 februari 1993, zaaknr. 34619/97, *NJ* 1993, 485 m.nt. Kn *(Funke/Frankrijk)*, *EHRC* 2002, 88, m.nt. Widddershoven, r.o. 44; EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 14310/88, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn *(John Murray/Verenigd Koninkrijk)*, r.o. 45-47. Vgl. ook EHRM 29 juni 2007, zaaknr. 15809/02, *NJ* 2008, 25 m.nt. EAA *(O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk)*, *EHRC* 2007, 104.
524 EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, *NJ* 1997, 699 m.nt. Kn *(Saunders/Verenigd Koninkrijk)*, r.o. 68-74.

> 'om documenten als bankafschriften, waarvan eigenlijk gezegd kan worden dat ze onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaan, maar waarvan de sanctie-opleggende 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.'[525]

Dit laatste is voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht met name van belang bij het voorstel van de Commissie in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels om de nationale rechter, in specifieke omstandigheden, de bevoegdheid te verlenen om procespartijen of derden te bevelen welomschreven categorieën van relevant bewijsmateriaal openbaar te maken (zie § 9.4.9.4).

Het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel brengen met zich mee dat ingeval de mogelijkheid bestaat dat de gedaagde tot betaling van *punitive damages* wordt veroordeeld (en dus sprake is van een *criminal charge*) de cautie moet worden gegeven. De cautie is de mededeling aan een verdachte dat deze het recht heeft om te zwijgen.[526] Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro beschouwen het moment waarop de gedagvaarde partij voor het eerst wordt verzocht te concluderen voor antwoord het meest geschikt voor het geven van de cautie.[527] Zij wijzen tevens op het feit dat bewijs dat door een mededingingsautoriteit in de toezichtfase is verkregen voordat sprake was van een *charge*, in beginsel niet gebruikt mag worden in een civiele procedure waarbij de gedaagde kan worden veroordeeld tot het betalen van *punitive damages*. Dit geldt uiteraard alleen voor zover dat materiaal niet onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat.[528]

c. Full jurisdiction en evenredigheid

Met *full jurisdiction* wordt bedoeld dat ten minste één rechterlijke instantie de vaststelling van de feiten en de toepassing van alle geldende rechtsnormen kan toetsen en daarover ook met volledige rechtsmacht (*full jurisdiction*) kan beslissen. Uitgangspunt is dat de rechter ook de feiten volledig moet kunnen toetsen.[529] In dit verband is het nog maar de vraag in hoeverre de civiele rechter in het kader van de oplegging van een privaatrechtelijke boete zonder

525 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 284. Zie EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96, *NJ* 2003, 354 m.nt. Sch *(J.B./Zwitserland)*, *EHRC* 2001, 45, m.nt. Albers, r.o. 65-71.

526 Vgl. art. 29 lid 2 Sv & art. 14.3.g IVBPR.

527 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 284.

528 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 284. EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, *NJ* 1997, 699 m.nt. Kn *(Saunders/Verenigd Koninkrijk)*, r.o. 74.

529 EHRM 23 juni 1981, zaaknrs. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 *(Le Compte, Van Leuven & De Meyere/België)*, r.o. 51; EHRM 10 februari 1983, zaaknr. 7299/75, *NJ* 1987, 315 *(Albert & Le Compte/België)*, r.o. 29.

meer uit mag gaan van de vaststelling van een overtreding door een mededingingsautoriteit (zie § 9.5.7).[530]

Met evenredigheid wordt bedoeld dat de rechter op grond van de eis van *full jurisdiction* ook moet kunnen toetsen of een direct uit de wet voortvloeiende sanctie evenredig is wanneer daarover wordt geklaagd. Een systeem van wettelijk gefixeerde boetes wordt door het EHRM niet uitgesloten, mits de wetgever zelf het vereiste van evenredigheid in acht heeft genomen en de rechter kan toetsen of die wettelijk regeling juist is toegepast.[531] Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro tekenen daarbij aan dat de jurisprudentie op dit punt nog niet uitgekristalliseerd lijkt.[532] De rechter zal bij een mogelijke wettelijke introductie van *punitive damages* in ieder geval de bevoegdheid moeten krijgen de evenredigheid van een uiteindelijk op te leggen boete te waarborgen. Dit kan bijvoorbeeld worden gerealiseerd door invoering van een hardheidsclausule in de toepasselijke wettelijke regeling.[533]

7.10.7.3 Samenloop privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving

a. Inleiding

Bij het introduceren van *punitive damages* dient rekening te worden gehouden met de samenloop tussen privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving. Is het mogelijk dat de laedens wordt veroordeeld tot het betalen van *punitive damages* terwijl reeds eerder een bestuurlijke boete of andere straf is opgelegd? Is het mogelijk dat de laedens een bestuurlijke boete of andere straf krijgt opgelegd terwijl reeds eerder in een civiele procedure een veroordeling heeft plaatsgevonden tot betaling van *punitive damages*? Deze vragen dienen beantwoord te worden aan de hand van het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel. Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijk & Zippro wijzen tevens op de rol die de onschuldpresumtie speelt bij *follow-on* zaken (zaken waarbij de civiele vordering tot verkrijging van schadevergoeding wordt ingesteld nadat een mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld). Ik behandel nu eerst het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel (b) en vervolgens de onschuldpresumtie (c).

---

530 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 283. Zie over de gebondenheid van de burgerlijke rechter aan een uitspraak van een mededingingsautoriteit mijn bespreking in § 9.6.7. Zie tevens Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 25-26.

531 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 283.

532 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 283. Zie EHRM 23 september 1998, zaaknr. 2781/95, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 873 e.v., m.nt. Kuijer & Lenos *(Malige/Frankrijk)*, r.o. 43-50; EHRM 2 juli 2002, zaaknr. 33402/96, *EHRC* 2002, 72, m.nt. Mols *(Göktan/Frankrijk)*, r.o. 58.

533 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 283.

b. Strijd met het ne bis in idem-beginsel en het una via-beginsel

Het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel vertonen nauwe samenhang.[534] Het *ne bis in idem*-beginsel brengt met zich mee dat niemand tweemaal voor hetzelfde feit gestraft of vervolgd mag worden.[535] Het *una via*-beginsel is nauw verweven met het *ne bis in idem*-beginsel en heeft eveneens tot doel dubbele bestraffing te voorkomen. Op grond van dit beginsel heeft de overheid de verplichting om, indien meerdere mogelijkheden van punitieve afdoening openstaan, een keuze te maken uit een van de mogelijkheden.[536]

Op nationaal niveau treft men het *ne bis in idem*-beginsel aan in het strafrecht (artikel 68 Sr). Na de inwerkingtreding van de Vierde Tranche Awb is het beginsel in het kader van de samenloopproblematiek ook in het bestuursrecht te vinden (artikel 5:43 en 5:44 Awb) In het burgerlijk recht treft men het *ne bis in idem*-beginsel niet aan. Op nationaal niveau bestaat dan ook geen duidelijke grondslag voor het verbod van samenloop van privaatrechtelijke handhaving met een punitief element en publiekrechtelijke handhaving met een punitief element.

Op internationaal en Europees niveau bestaan wel enige verdragsrechtelijke normen met betrekking tot het *ne bis in idem*-beginsel en het *una-via* beginsel. Op Europees niveau is het Zevende Protocol bij het EVRM van belang. Artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM luidt:

> 'No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.'

Artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM is niet alleen geschonden ingeval iemand twee keer wordt berecht of gestraft voor dezelfde overtreding, maar ook indien iemand twee keer wordt berecht of gestraft voor technisch gesproken twee verschillende overtredingen die hetzelfde feitencomplex betreffen.[537] Nederland heeft het Zevende Protocol bij het EVRM echter niet geratificeerd. Hoewel Nederland het Zevende Protocol bij het EVRM niet heeft geratificeerd, hebben veel landen van de Raad van Europa het Zevende Protocol wel geratificeerd.[538] Het *ne bis in idem*-beginsel werkt als algemeen begin-

534 Bröring 2005, p. 66.
535 Vgl. Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 127; Corstens 2003, p. 99.
536 Zie Rogier 1992, p. 163 e.v.; Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 127.
537 EHRM 29 mei 2001, zaaknr. 37950/97 *(Franz Fischer/Oostenrijk)*; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 65; Vgl. Wils 2003a, p. 131-149.
538 Op Andorra, België, Duitsland, Nederland, Spanje, Turkije en het Verenigd Koninkrijk na, is het Zevende Protocol door alle landen van de Raad van Europa geratificeerd. Van de zojuist genoemde landen die niet hebben geratificeerd hebben Andorra en het Verenigd Koninkrijk het Zevende Protocol überhaupt niet ondertekend.

sel van gemeenschapsrecht ook door in de communautaire rechtspraak.[539] Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot het *ne bis in idem*-beginsel niet gemakkelijk te duiden is.[540]

De vraag rijst of artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM alleen betrekking heeft op zaken waarvoor naar Nederlands recht de strafrechter competent is, of dat het artikel ook betrekking heeft op gevallen waarin (indien sprake is van een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM) het gaat om gewijsden van de bestuursrechter, belastingrechter en, in het kader van *punitive damages*, de burgerlijke rechter. Er zijn sterke argumenten die de stelling ondersteunen dat gewijsden van de bestuursrechter, de belastingrechter en, in het kader van *punitive damages*, de burgerlijke rechter binnen het bereik van artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM vallen.[541] Er zijn dan ook geen goede gronden om aan artikel 4 van het Zevende Protocol een geringere reikwijdte toe te kennen dan artikel 6 EVRM, waarin het begrip *criminal* ruim wordt uitgelegd.[542] Nederland heeft geen verklaring afgelegd waarin is opgenomen dat artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM alleen betrekking heeft op gewijsden van de strafrechter in de nationale zin van artikel 68 Sr, zoals Nederland bij artikel 14 lid 7 IVBPR wel heeft afgelegd. Verschillende andere landen hebben een dergelijke verklaring zowel afgelegd bij artikel 14 lid 7 van het IVBPR als artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM.[543] Die landen zijn dus uitgegaan van een ruimere uitleg van

---

539 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 oktober 2002, gev. zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P en C-254/99 P *(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. In het Verdrag van Lissabon is overigens neergelegd dat de EU zal toetreden tot het EVRM. Er kan dan worden geklaagd over vermeende mensenrechtenschendingen van lidstaten in de uitvoering van communautair recht. Er hoeft dan geen rekening meer te worden gehouden met EHRM 30 juni 2005, zaaknr. 45036/98 *(Bosphorus Airlines/Ierland)*, r.o. 155-156.

540 Zie Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 284. Zie voor een nadere uitwerking Ankaert & Put 2006, p. 5-17. Zie over het *non bis in idem*-beginsel met name p. 13-14. Ankaert & Put zien art. 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM zelfs als een bron van onenigheid en onzekerheid.

541 Zie voor de (soms moeilijk te doorgronden) jurisprudentie over deze problematiek onder meer EHRM 23 oktober 1995, zaaknr. 15963/90 *(Gradinger/Oostenrijk)*; EHRM 30 juli 1998, zaaknr. 25711/94 *(Oliveira/Zwitserland)*; EHRM 14 september 1999, zaaknrs. 36855/97 en 41731/98 *(Ponsetti & Chesnel/Frankrijk)*; EHRM 8 februari 2000, zaaknr. 34186/96 *(Freunberger/ Oostenrijk)*; EHRM 29 mei 2001, zaaknr. 37950/97 *(Franz Fischer/Oostenrijk)*; EHRM 2 juli 2002, zaaknr. 33402/96, *EHRC* 2002, 72, m.nt. Mols *(Göktan/Frankrijk)*.

542 Harteveld e.a. 2004, p. 200.

543 Deze verklaringen kunnen overigens een beperkte betekenis hebben. Zie EHRM 23 oktober 1995, zaaknr. 15963/90 *(Gradinger/Oostenrijk)*, waarin een algemene beperking door het EHRM niet rechtsgeldig werd verklaard omdat deze te ruim werd geacht. Zie Harteveld e.a. 2004, p. 190.

artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM.[544] Nu Nederland geen verklaring heeft afgelegd zal ook Nederland bij ratificatie gebonden zijn aan de ruimere uitleg.[545]

Op internationaal niveau is het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) van belang. In Nederland is strijd met het *ne bis in idem*-beginsel in beginsel ontoelaatbaar op grond van artikel 14 lid 7 IVBPR. In deze verdragsbepaling is neergelegd dat niemand voor een tweede keer mag worden berecht of gestraft voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds overeenkomstig de wet en het procesrecht van het land bij onherroepelijke uitspraak is veroordeeld of waarvan hij is vrijgesproken.

Artikel 14 lid 7 IVBPR luidt:

> 'No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.'

De Hoge Raad gaat in verschillende arresten impliciet uit van een directe werking van deze bepaling uit het IVBPR.[546] Door een inhoudelijk oordeel te geven of er sprake is van strijd met artikel 14 lid 7 IVBPR wordt de directe werking van dit artikel aangenomen.[547] Nederland heeft bij het verdrag met betrekking tot artikel 14 lid 7 IVBPR echter wel de volgende uitzondering bedongen:

> 'The Kingdom of the Netherlands accepts this provision only insofar as no obligations arise from it further to those set out in article 68 of the Criminal Code of the Netherlands and article 70 of the Criminal Code of the Netherlands Antilles as they now apply. They read:
> 1. Except in cases where court decisions are eligible for review, no person may be prosecuted again for an offence in respect of which a court in the Netherlands or the Netherlands Antilles has delivered an irrevocable judgement.
> 2. If the judgement has been delivered by some other court, the same person may not be prosecuted for the same of fence in the case of (I) acquittal or withdrawal of proceedings or (II) conviction followed by complete execution, remission or lapse of the sentence.'

Artikel 14 lid 7 IVBPR heeft gezien deze verklaring in Nederland alleen betrekking op gewijsden van de strafrechter in de nationale zin van artikel 68 Sr. Nederland heeft dit voorbehoud gemaakt wegens de onzekerheid die bij de

544 Harteveld, Keulen & Krabbe 1996 (alleen in de tweede druk wordt dit apect nog behandeld, in de derde druk is dit komen te vervallen), p. 190-191.
545 Harteveld, Keulen & Krabbe 1996 (alleen in de tweede druk wordt dit aspect nog behandeld, in de derde druk is dit komen te vervallen), p. 190-191.
546 Zie bijvoorbeeld HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 m.nt. ThWvV *(Albert K.)*; HR 5 februari 1991, *NJ* 1991, 402 *(A.M.)*.
547 Zie Harteveld e.a. 2004, p. 187.

regering bestond over de vraag of iemand die in een vreemde staat is veroordeeld nog wel in Nederland vervolgd zou kunnen worden wanneer de veroordeelde zijn straf niet of slechts gedeeltelijk zou hebben ondergaan.[548] Artikel 68 Sr laat dit namelijk wel toe.[549] Als gevolg van deze uitzondering biedt artikel 14 lid 7 IVBPR weinig houvast voor de samenloop van punitieve privaatrechtelijke handhaving en punitieve publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De regering beschouwt het *ne bis in idem*-beginsel wel in bredere zin als ongeschreven recht, maar de grondslag en de reikwijdte blijven onduidelijk.[550]

Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro concluderen dat het nationale, internationale en Europese recht 'weinig precieze houvast bieden voor het beoordelen van de samenloopproblematiek.' Zij merken op dat vooral het in de desbetreffende regelgeving neergelegde principe van het voorkomen van een dubbelde vervolging en bestraffing leidend zou moeten zijn bij het beoordelen van de samenloopproblematiek.[551]

De consequenties van het *ne bis in idem*-beginsel voor de al dan niet toelaatbaarheid van *punitive damages* kunnen aanzienlijk zijn. Wanneer de mededingingsautoriteiten hebben besloten een boete op te leggen is het op grond van het *ne bis in idem*-beginsel voor de rechter niet meer toegestaan de gedaagde te veroordelen tot betaling van *punitive damages*. Haak & VerLoren van Themaat komen dan ook tot de conclusie dat het zeer wel denkbaar is dat *exemplary damages* alleen in zogenaamde *stand alone*-zaken kunnen worden toegekend indien de mogelijkheid tot toekenning van *exemplary damages* zou worden ingevoerd.[552] Onder *stand alone*-zaken versta ik zaken waarin de NMa of de Commissie geen besluit heeft genomen, zodat in de civiele procedure niet wordt meegelift op de beslissing van een mededingingsautoriteit. Door de bevoegdheid te gebruiken die de Commissie en de NMa hebben om zich te voegen in een procedure voor de burgerlijke rechter zou kunnen worden voorkomen dat de burgerlijke rechter *punitive damages* toekent terwijl de mededingingsautoriteiten reeds bezig zijn met een onderzoek.

Aan deze mogelijkheid zijn echter de nodige nadelen verbonden. De consequentie is dat de omvang van de schadevergoeding voor de gelaedeerde afhangt van de vraag of een mededingingsautoriteit al dan niet een boete heeft opgelegd. Daarnaast is het niet altijd even makkelijk voor de mededingingsautoriteiten in te schatten of ze wel of niet komen tot een oplegging van een boete. De burgerlijke rechter zal zolang daar geen duidelijkheid over bestaat de laedens niet kunnen veroordelen tot betaling van *punitive damages* aan de

548 Lensing 2000, p. 121.
549 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932 (MvT), p. 26. Zie ook Lensing 2000, p. 121.
550 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 284; *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, p. 136. Zie ook Michiels & De Waard 2007, p. 62 e.v.
551 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 285.
552 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 65.

gelaedeerde. Alleen een veroordeling tot betaling van een compensatoire schadevergoeding zou in dat geval tot de mogelijkheden behoren. Bovendien kan zich de situatie voordoen dat de civiele procedure eerst wordt gevoerd en de Commissie of de NMa later besluiten alsnog een boete op te leggen aan de overtreder van de mededingingsregels. Indien de burgerlijke rechter de laedens reeds heeft veroordeeld tot betaling van *punitive damages* aan de gelaedeerde zal de oplegging van een boete door de Commissie of de NMa in strijd zijn met het *ne bis in idem*-beginsel. Indien de mogelijkheid tot verkrijging van *punitive damages* in mededingingszaken zou worden ingevoerd, verdient het aanbeveling een aparte regeling te ontwerpen waarbij de problemen betreffende de samenloop tussen privaatrecht enerzijds en publiekrecht (bestuursrecht en strafrecht) anderzijds worden geregeld. De regeling zoals die door de Nederlandse wetgever in de Vierde Tranche Awb is opgesteld zou daarbij als uitgangspunt kunnen dienen.

c. Onschuldpresumtie

In artikel 6 lid 2 EVRM is neergelegd dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Deze onschuldpresumtie kan een belemmering vormen om na een bestuursrechtelijke vernietiging van een boetebesluit over te gaan tot oplegging van *punitive damages*.[553]

In de zaken *Ringvold/Noorwegen* en *Y./Noorwegen* staat de relatie tussen een strafrechtelijke vrijspraak en een daaropvolgende civielrechtelijke procedure centraal.[554] Ringvold en Y. werden, nadat zij in een strafrechtelijke procedure waren vrijgesproken, in een civielrechtelijke procedure geconfronteerd met vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding van de vermeende slachtoffers. Adriaanse, Barkhuysen, De Houdijker & Zippro wijzen daarbij overigens op het feit dat de onschuldpresumtie niet alleen van toepassing is wanneer sprake is van een *criminal charge*, maar dat de presumtie ook bescherming kan bieden in civielrechtelijke procedures ingeval 'there were such links between the criminal proceedings and the ensuing compensation proceedings as to justity extending the scope of Article 6 § 2 to cover the latter.'[555] In de zaak *Ringvold/Noorwegen* komt het EHRM tot de conclusie dat van een dergelijke situatie geen sprake is. In de zaak *Y./Noorwegen* werd artikel 6 lid 2 EVRM wel van toepassing verklaard op de vordering tot verkrijging van schadevergoeding en werd door het EHRM een inbreuk op de onschuldpresumtie vastgesteld. Volgens het EHRM stelde de Noorse rechter te expliciet dat de schuld van Y., ondanks de vrijspraak in de strafrechtelijke procedure, vast was komen te

553 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 285.

554 EHRM 11 februari 2003, zaaknr. 34964/97 *(Ringvold/Noorwegen)*; EHRM 11 februari 2001, zaaknr. 56568/00 *(Y./Noorwegen)*.

555 Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008, p. 285; EHRM 11 februari 2003, zaaknr. 34964/97 *(Ringvold/Noorwegen)*.

staan.[556] Het toekennen van *punitive damages* na een bestuursrechtelijke vernietiging van een boetebesluit zou door de duidelijke bestraffing eenzelfde vaststelling van schuld kunnen inhouden die strijdig is met de onschuldpresumtie.

7.10.7.4 Conclusie

Bij de mogelijke invoering van *punitive damages* in mededingingszaken dient rekening te worden gehouden met de rechtswaarborgen die voortvloeien uit het EVRM. Nederland zou anders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het EHRM als gevolg van het bieden van onvoldoende rechtswaarborgen met betrekking tot het opleggen van *punitive damages*. Het is aannemelijk dat *punitive damages* moeten worden gekwalificeerd als *criminal charge* ex artikel 6 EVRM. Dit brengt met zich mee dat niet alleen gewaarborgd moet zijn dat sprake is van een eerlijke en openbare behandeling van de zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld en dat *full jurisdiction* heeft (eisen die op grond van artikel 6 lid 1 EVRM ook gelden bij een *civil obligation*), maar ook dat een evenredigheidstoets moet kunnen worden uitgevoerd met betrekking tot de *punitive damages* en dat dient te worden uitgegaan van de onschuldpresumtie, het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel ex artikel 6 lid 2 en artikel 6 lid 3 EVRM. Bij de samenloop van publiekrechtelijke punitieve handhaving en privaatrechtelijke punitieve handhaving van mededingingsrecht dient rekening te worden gehouden met het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel. Een samenloopregeling zoals opgenomen in de Vierde Tranche bij de Algemene wet bestuursrecht kan bij de invoering van *punitive damages* in mededingingszaken als voorbeeld dienen.

7.11 WETTELIJKE RENTE

De vordering tot vergoeding van schade die door een schending van het Europees mededingingsrecht is veroorzaakt wordt in beginsel beheerst door het recht van elke lidstaat, mits voldaan wordt aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Dit geldt ook voor de regels die het begrip schade en de vaststelling daarvan beheersen.[557] Het HvJ EG heeft in *Manfredi* bepaald dat op grond van het effectiviteitsbeginsel (in de Nederlandstalige vertaling van dit arrest doeltreffendheidsbeginsel genoemd) het recht op schadevergoeding niet alleen geleden verlies dient te omvatten, maar ook

556 EHRM 11 februari 2001, zaaknr. 56568/00 *(Y./Noorwegen)*, r.o. 44.

557 Zie ook M.R. Mok in zijn noot onder HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34.

gederfde winst en rente.[558] Het recht op vergoeding van rente in het kader van een schadevergoeding vormt volgens het HvJ EG een wezenlijk bestanddeel van de stelsels van de lidstaten.[559]

Binnen de EU bestaan tussen de lidstaten de nodige verschillen betreffende de wettelijke rente. Zo bestaan er verschillen betreffende het moment dat de wettelijke rente verschuldigd is.[560] De eerste periode begint vanaf het moment van de schending van het mededingingsrecht of vanaf het moment dat de schade door de gelaedeerde wordt geleden. De tweede periode begint vanaf het moment dat de laedens door de gelaedeerde wordt gesommeerd op te houden met zijn mededingingsbeperkende gedraging of vanaf het moment dat de laedens wordt gesommeerd te betalen voor de schade die is geleden. De derde periode begint met het uitbrengen van de dagvaarding. De laatste periode begint op het moment dat het eindvonnis door de rechter is gewezen.[561] Naast deze verschillen betreffende de vraag vanaf welk moment de wettelijke rente verschuldigd is, verschilt ook de hoogte van het rentepercentage per lidstaat aanzienlijk.[562] De hoogte van het rentepercentage wordt in verschillende lidstaten van de EU dwingend vastgesteld bij wet, maar kan ook worden gekoppeld aan het rentepercentage van de ECB. Tevens kan het zo zijn dat de rechter bepaalt wat de hoogte van het rentepercentage is (Verenigd Koninkrijk).[563] In de meeste lidstaten is de verkrijging van samengestelde rente (rente op rente) niet mogelijk. Nederland is op het gebied van samengestelde rente een van de uitzonderingen.[564]

De wettelijke rente is naar Nederlands recht op grond van artikel 6:119 BW verschuldigd vanaf het moment dat de schade optreedt. Ex artikel 6:119 BW bestaat de schadevergoeding, verschuldigd wegens vertraging in de voldoening van een geldsom namelijk uit de wettelijke rente van die som over de tijd dat de schuldenaar met de voldoening daarvan in verzuim is geweest. Bij de schadevergoedingsverbintenis op grond van onrechtmatige daad treedt het verzuim ex artikel 6:83 sub b BW zonder ingebrekestelling in. De wettelijke rente loopt vanaf het moment dat de verbintenis opeisbaar is. De verbintenis is opeisbaar op het moment dat de schade geacht moet worden te zijn geleden. De verschuldigde schadevergoeding voor niet-handelstransacties bestaat uit het bedrag van de volgens artikel 6:120 BW bij AMvB (de AMvB wordt gepubli-

558 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM, r.o. 87, 95 en 100. Zie ook HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-84/93 *(Brasserie du Pêcheur en Factortame)*, *Jur*. 1996, p. I-1029; HvJ EG 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98 *(Metallgesellschaft)*, *Jur*. 2001, p. I-1727.
559 HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91 *(Marshall II)*, *Jur*. 1993, p. I-4367, r.o. 31.
560 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 85-87.
561 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 85-86.
562 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 87.
563 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 86.
564 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 87.

ceerd in het Staatsblad) vastgestelde wettelijke rentevoet.[565] Dit is in lijn met de gedachte dat sprake moet zijn van compensatie van daadwerkelijk geleden schade.

Indien de zaak lang loopt, kan de verschuldigde wettelijke rente oplopen tot een aanzienlijk bedrag. Zoals ik reeds in § 7.10.6 heb aangegeven, bestaat in de Verenigde Staten geen recht op wettelijke rente. Het verschil in uitkomst tussen *treble damages* in de Verenigde Staten, en *single damages* en de wettelijke rente in Nederland, is dan ook minder groot dan op het eerste gezicht lijkt.

7.12 CLEMENTIEREGELINGEN EN DE DOORWERKING IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Bedrijven kunnen vrijstelling of verlaging van de boete krijgen als zij zelf informatie aan de Commissie of de NMa geven over kartels waarbij zij betrokken zijn of zijn geweest.[566] Clementieregelingen vormen een vreemde vorm van beloning voor de laedens. Er zijn serieuze kanttekeningen bij te plaatsen nu de overheid een beloning zet op het plegen van verraad. Hoe er ook over deze mogelijkheid gedacht wordt, clementieregelingen ondermijnen wereldwijd met succes de stabiliteit van kartels.[567]

---

565 De wettelijke rente voor handelstransacties (transacties tussen ondernemingen of tussen ondernemingen en overheidsinstanties (art. 6:119a BW)) volgt telkens voor een half jaar uit de marginale toewijzigingsrente die de Europese Centrale Bank (ECB) heeft toegepast (zie de maandberichten van de ECB) op de meest recente basis-herfinancieringstransactie die heeft plaatsgevonden vóór 1 januari respectievelijk vóór 1 juli van elk jaar, vermeerderd met 7 procentpunten (art. 6:120 lid 2 BW).

566 Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 2006, C 298/17; Zie voor wat betreft de NMa de Richtsnoeren clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de art. 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken d.d. 9 oktober 2007. Zie ook de Mededeling van de Commissie d.d. 19 februari 2002, *PbEG* 2002, C 45. Zie tevens de reeds vervangen tekst van de oude Richtsnoeren Clementietoezegging van 1 juli 2002, zoals gewijzigd bij besluiten van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 april 2004, 27 juni 2005 en bij besluit van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 28 maart 2006, *Stcrt*. 1 juli 2002, nr. 122; *Stcrt*. 29 april 2004, nr. 82, *Stcrt* 28 juni 2005 nr. 122, *Stcrt*. 29 maart 2006, nr. 63. De Minister van Economische Zaken heeft inmiddels aangegeven tot een scherpere scheiding tussen beleidsbepaling (minister) en uitvoering (NMa) te willen komen. Er komen Ministeriële beleidsregels inzake boetevaststelling en clementie, die de Boetecode 2007 en de Richtsnoeren Clementie van de NMa zullen vervangen. Daarnaast moet de NMa in de toekomst alle door haar vast te stellen uitvoeringsregels voorleggen aan de Minister, die daarop een afkeuringsrecht heeft. Dit afkeuringsrecht zal op korte termijn worden opgenomen in het Relatiestatuut EZ-NMa en op de langere termijn mogelijk in de wet. Zie de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 4 juli 2008, *Kamerstukken II* 2007/08, 24 036, nr. 349.

567 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 68 en de daar genoemde literatuur.

Als gevolg van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Mededingingswet als gevolg van de evaluatie van die wet (30071)' bevat de Mededingingswet een mogelijkheid voor de NMa om bestuurders en feitelijk leidinggevenden (natuurlijke personen) binnen een onderneming boetes op te leggen. De NMa mag voortaan boetes tot maximaal 450.000 euro opleggen aan de bestuurders van ondernemingen (artikel 57 lid 1 jo artikel 56 lid 1 Mw). De mededingingsautoriteit mag ook privé-woningen van bestuurders doorzoeken (artikel 55 lid 1 Mw). Met de mogelijkheid om een boete op te leggen aan degene die opdracht heeft gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, wordt volgens de Minister van Economische Zaken beoogd bestuurders, managers en andere werknemers van bedrijven ervan te weerhouden om de materiële en formele bepalingen in de Mededingingswet te overtreden. De bestuurlijke boete voor bestuurders en feitelijk leidinggevenden zou kunnen leiden tot een verdere toename van het beroep op het clementieprogramma van de NMa. Een bestuurder of feitelijk leidinggevende zal eerder willen meewerken als niet alleen de onderneming wordt gestraft, maar hij ook persoonlijk kan worden gestraft.[568]

De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zou daarentegen juist tot gevolg kunnen hebben dat de bereidheid van ondernemingen zal afnemen om zelf informatie over bestaande inbreuken op de mededingingsregels aan de mededingingsautoriteiten te verstrekken. Hoewel de bestuursrechtelijke boete voor de ondernemingen (en onder het nieuwe wetsvoorstel de leidinggevenden) die een beroep willen doen op de clementieregeling zal worden verminderd of zal komen te vervallen, zullen de mogelijke civielrechtelijke vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels roet in het eten kunnen gooien. De clementieregelingen zullen minder effectief worden omdat de bereidheid van potentiële klokkenluiders om de mededingingsovertreding aan te geven zal afnemen, waardoor zowel de bestuursrechtelijke handhaving als de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht aan effectiviteit zouden kunnen inboeten.

De vraag is of de publiekrechtelijke clementieregelingen moeten doorwerken in het (civiele) aansprakelijkheidsrecht. In de Verenigde Staten werken sinds 2004 publiekrechtelijke clementieregelingen door in het aansprakelijkheidsrecht op grond van de *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004*. De regeling werkt zo dat de partij die publiekrechtelijke clementie ontvangt slechts aansprakelijk is voor *single damages* indien de rechter oordeelt dat de betreffende partij voldoende heeft meegewerkt met de eiser in de civiele

568 Vrijwel alle grote lidstaten van de Europese Unie kennen reeds de mogelijkheid om een sanctie aan de leidinggevende op te leggen (zie bijvoorbeeld Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Spanje).

procedure.[569] De *treble damages* komen in dat geval te vervallen voor de partij die publiekrechtelijke clementie heeft ontvangen.

Haak & VerLoren van Themaat zijn van mening dat de doorwerking van een publiekrechtelijke clementie in het aansprakelijkheidsrecht op gespannen voet staat met de wens van de Commissie te stimuleren dat benadeelden een compensatie ontvangen voor hun geleden schade. In een systeem zoals dat geldt in de Verenigde Staten, waarbij de partij die publiekrechtelijke clementie ontvangt geen *punitive damages* hoeft te betalen maar slechts *single damages*, doet zich dit probleem echter niet voor. Ook indien de Commissie bij horizontale kartelafspraken zal kiezen voor *double damages*, zal dit probleem zich niet voordoen. De benadeelde blijft namelijk compensatie ontvangen door de compensatoire schadevergoeding (*single damages*) die de laedens nog altijd moet betalen aan degene die schade heeft geleden als gevolg van de mededingingsinbreuk. In een systeem waarbij de partij die publiekrechtelijke clementie ontvangt geen enkele (compensatoire) schadevergoeding hoeft te betalen, zullen benadeelden geen compensatie ontvangen. Dit zou mijns inziens een onaanvaardbare uitkomst zijn voor de positie van de gelaedeerde. In die situatie kan beter worden gekozen voor een systeem waarin de partij die een publiekrechtelijke clementie ontvangt pas schadevergoeding dient te betalen, wanneer de gelaedeerde de schade als gevolg van de mededingingsinbreuk niet op andere deelnemers aan het kartel kan verhalen. In dat geval is de door Haak & VerLoren van Themaat aangedragen oplossing inhoudende dat degene die een publiekrechtelijke clementie heeft ontvangen pas tot schadevergoeding is gehouden indien de gelaedeerde zijn schade niet op de andere deelnemers kan verhalen (zogenaamde achtergestelde aansprakelijkheid) een betere oplossing.[570] Zij zien zelfs het verlies van een primaire verhaalsmogelijkheid samenvallen met een verbetering van de bewijsmogelijkheden in de civiele procedure. Het vooruitzicht voor de informant dat een schadevordering zal uitblijven ingeval de schade reeds op de andere deelnemers aan het kartel kan worden verhaald, zal een extra stimulans vormen om ook in de civiele procedure met de gelaedeerde mee te werken. De vordering tegen de andere mededingingsovertreders zal als gevolg van de sterkere bewijspositie succesvoller kunnen zijn. Uiteraard zijn ook aan deze voordelen de nodige nadelen verbonden. Zo wijzen Haak & VerLoren van Themaat er terecht op dat de beperking van verhaalsmogelijkheden bij internationale kartels nadelen kan hebben voor de gelaedeerde. Zij gebruiken daarbij het voorbeeld van de

569 Haak & VerLoren van Themaat wijzen er in hun rapport terecht op dat een nadeel van deze procedure is dat pas aan het einde van de procedure wordt vastgesteld of de gedaagde naar het oordeel van de rechter voldoende heeft meegewerkt om de *detrebling provisions* toe te passen. Onder voldoende meewerken wordt volgens de *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act 2004* verstaan: *'providing a full account of all facts relevant to the civil action; furnishing all documents relevant to the civil action; and making oneself available for interviews, depositions and testimonies in connection with the civil action.'*

570 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 69.

gelaedeerde die een vordering heeft op het enige Nederlandse kartellid en als gevolg van een clementie voor de Nederlandse onderneming in het buitenland een veroordelend vonnis ten uitvoer zou moeten leggen waarbij de nodige moeilijkheden zouden kunnen ontstaan met de erkenning en tenuitvoerlegging.

In het Witboek stelt de Commissie voor om verder onderzoek in te stellen naar de mogelijkheid om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de partij aan wie immuniteit is verleend, te beperken tot eisen van de partijen met wie zij rechtstreeks of indirect contractuele betrekkingen heeft. Het komt erop neer dat partijen aan wie immuniteit is verleend alleen aansprakelijk mogen worden gehouden voor de door hen veroorzaakte schade. Zij zijn niet hoofdelijk aansprakelijk voor de volledige schade die door de schending van het mededingingsrecht is veroorzaakt (zie over hoofdelijke aansprakelijkheid § 7.8). Op de partij aan wie immuniteit is verleend dient dan de bewijslast te rusten om aan te tonen in hoeverre haar aansprakelijkheid beperkt moet worden.[571] Zie over de bewijsrechtelijke aspecten van clementieregelingen § 9.5.9.5.

7.13 Ongegronde vermogensverschuiving

7.13.1 Inleiding

In Nederland bestaan twee verschillende acties op grond van ongegronde vermogensverschuiving die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen. De actie uit onverschuldigde betaling enerzijds en de actie uit ongerechtvaardigde verrijking anderzijds. Onverschuldigde betaling is verwant met ongerechtvaardigde verrijking. Beide vorderingen kunnen echter niet worden vereenzelvigd. Enerzijds is een actie uit onverschuldigde betaling mogelijk, onafhankelijk van de vraag of daardoor A ten koste van B is verrijkt. Anderzijds is een actie uit ongerechtvaardigde verrijking toewijsbaar die niet op onverschuldigde betaling is gegrond.[572] De vorderingen uit onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking verschillen niet alleen in de vereisten waaraan moet zijn voldaan, maar ook in het doel waarop zij zijn gericht. Bij onverschuldigde betaling strekt de vordering tot ongedaanmaking van de zonder rechtsgrond verrichte prestatie. Bij ongerechtvaardigde verrijking strekt de vordering tot vergoeding van schade.[573] Onverschuldigde betaling hoort dan ook niet thuis in een hoofdstuk over verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het

571 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.9.

572 Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 316.

573 Dit verschil is echter minder groot dan het op het eerste gezicht lijkt. De vordering uit onverschuldigde betaling zal vaak leiden tot vergoeding van de waarde van de verrichte prestatie. Zie art. 6:210 lid 2 BW. Aan de andere kant kan schadevergoeding niet alleen in geld maar ook in natura worden toegekend (art. 6:103 BW). Zie Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 317.

mededingingsrecht. Gelet op het feit dat deze twee vormen van ongegronde vermogensverschuiving met elkaar zijn verwant, heb ik er voor gekozen ze toch allebei te bespreken in dit hoofdstuk over verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht.

7.13.2 Ongerechtvaardigde verrijking

7.13.2.1 De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking

De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk kan naast of in plaats van de vordering uit onrechtmatige daad een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking instellen.[574] Bij de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking hoeft uiteraard niet voldaan te worden aan de vereisten van artikel 6:162 BW, maar dient voldaan te worden aan de vereisten van artikel 6:212 BW. Voor het toewijzen van een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is ex artikel 6:212 BW vereist dat sprake is van een verrijking van de een en een verarming van de ander benevens causaal verband hiertussen. Wanneer sprake is van een kartel of van het misbruik maken van een economische machtspositie zal reeds snel aan deze eis zijn voldaan. Tevens moet de verrijking ongerechtvaardigd zijn. De verrijkte is, in het geval aan de voorgaande eisen is voldaan, verplicht tot schadevergoeding aan de verarmde voor zover dat redelijk is. Onder verrijking wordt zowel behaald voordeel als afgewend nadeel verstaan. Onder verarming worden zowel geleden verlies als gederfde winst verstaan. De verrijking is ongerechtvaardigd indien er geen redelijke oorzaak, geen rechtvaardigingsgrond (geen redelijke grond) voor aanwezig is. Dit is het geval indien de vermogensverschuiving niet op een rechtshandeling berust en ook niet door de wet wordt gesanctioneerd.[575] Aan de verbintenis tot schadevergoeding zijn drie maxima gesteld. Niet meer dan de verrijking, niet meer dan de schade en slechts voorzover schadevergoeding redelijk is.

Een verrijking die haar grondslag heeft in een rechtshandeling is in beginsel niet ongerechtvaardigd. Denk aan de koopovereenkomst tegen een te lage of juist te hoge prijs. Op het moment dat de overeenkomst nietig is wegens strijd

574 Het fundamentele probleem dat aan de discussie over ongerechtvaardigde verrijking ten grondslag ligt, is de vraag waarop de toepassing van art. 6:212 BW berust. 'Welke argumenten mogen worden ingezet, om te beargumenteren dat toepassing van deze bepaling in het concrete geval gerechtvaardigd is?', stelt Wissink zich de hamvraag in zijn preadvies. Wissink 2002, p. 63. Deze vraag is breder dan de tegenstelling systematiek of louter billijkheid. Redelijkheid en billijkheid maken tenslotte deel uit van het systeem. Dat impliceert niet dat het oordeel over de toepasselijkheid van art. 6:212 BW op louter billijkheid berust. Zo voert de parlementaire geschiedenis aan dat de term 'ongerechtvaardigd' in art. 6:212 BW niet gelijkgesteld mag worden met het begrip 'onbillijk'. Zie Eindverslag I, *PG Boek 6*, p. 836. Zie Wissink 2002, p. 63-65.

575 *PG Boek 6*, p. 829 e.v., 832 e.v.; Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 356.

met het kartelverbod van artikel 6 Mw of artikel 81 EG kan sprake zijn van ongerechtvaardigde verrijking. Dit kan ook het geval zijn bij ondernemingen die misbruik maken van een economische machtspositie. De overeenkomst die met een onderneming wordt gesloten die misbruik maakt van een economische machtspositie zal op grond van artikel 3:40 BW nietig zijn wegens strijd met een dwingende wetsbepaling of strijd (via de wet) met de goede zeden of openbare orde (zie § 2.3.4.5). Voor wat betreft artikel 82 EG kan ook verdedigd worden dat de nietigheid voortvloeit uit een analoge toepassing van artikel 81 lid 2 EG (§ 2.3.4.5). Het gevolg zal zijn dat de verrijking geen grondslag in een rechtshandeling heeft zodat een succesvolle actie uit ongerechtvaardigde verrijking mogelijk zou zijn, mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden voor een geslaagd beroep op ongerechtvaardigde verrijking.

In de meeste gevallen zal de overeenkomst die de afnemer of opdrachtgever sluit met de verkoper of opdrachtnemer niet in strijd zijn met het kartelverbod of met het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie. De verhouding tussen de benadeelde afnemer of opdrachtgever enerzijds en verkoper of opdrachtnemer anderzijds is immers een andere relatie dan de verhouding tussen twee partijen die een kartel hebben gesloten (zie § 2.3.3.3 sub f).[576] Is het mogelijk om in dergelijke situaties een geslaagd beroep te doen op ongerechtvaardigde verrijking? Het antwoord op deze vraag moet mijns inziens bevestigend zijn. Denkbaar is dat door de gelaedeerde een beroep wordt gedaan op een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW (bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden) of artikel 6:228 BW (dwaling). Dit zou het geval kunnen zijn als de kartelovereenkomst of het misbruik maken van een economische machtspositie de werking van het marktmechanisme verstoort zodat de prijs en eventuele andere voorwaarden ten nadele van de afnemer of opdrachtgever worden beïnvloed.

Bedreiging in de zin van artikel 3:44 lid 2 BW is aanwezig indien de inbreukpleger de gelaedeerde tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door onrechtmatig deze of een derde met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen.

Bedrog in de zin van artikel 3:44 lid 3 BW is aanwezig indien de inbreukpleger de gelaedeerde tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep.

Misbruik van omstandigheden in de zin van artikel 3:44 lid 4 BW is aanwezig indien de inbreukpleger die weet of moet begrijpen dat de gelaedeerde

576 In Rb. Rotterdam 23 oktober 1992, rolnr. 4088/88 *(Multi Veste/Boenders & Maasdam c.s.)* laat de rechtbank de nietigheid van een horizontale afspraak tussen aannemers zonder nadere motivering doorwerken in de verticale overeenkomst tussen de aannemer die bij de horizontale afspraak is betrokken en de opdrachtgever. Zie voor een beschrijving van deze zaak Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 77.

door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

Bij dwaling (artikel 6:228 BW) moet een juiste voorstelling van zaken hebben ontbroken. Dit kan door zuivere onwetendheid of door een positieve aanwezigheid van een onjuiste voorstelling van zaken.[577] Tevens moet sprake zijn van causaal verband tussen de dwaling en het sluiten van de overeenkomst.[578] Naast de eis van dwaling en causaal verband moet het gaan om een van de volgende gevallen; inlichtingen van de wederpartij (sub a), schending van een mededelingsplicht (sub b) of wederzijdse dwaling (sub c).

Bij een schending van het mededingingsrecht zijn de meest voor de hand liggende wilsvormingsgebreken bedrog en dwaling. Bedreiging en misbruik van omstandigheden zullen zich minder snel voordoen. Bij bedrog is de wil van de handelende persoon op onregelmatige wijze tot stand gekomen (wilsvormingsgebrek). De gelaedeerde kan de rechtshandeling ex artikel 3:49 BW vernietigen door een buitengerechtelijke verklaring (artikel 3:50 BW) of een rechterlijke uitspraak (artikel 3:51 BW). Bij dwaling geldt ook dat de wil en verklaring met elkaar overeenstemmen maar de wil van een of beide partijen zich op onjuiste wijze heeft gevormd. De overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten is vernietigbaar. De overeenkomst kan ook hier worden vernietigd door een buitengerechtelijke verklaring of een rechterlijke uitspraak.[579]

Ingeval de overeenkomst tussen de benadeelde afnemer of opdrachtgever enerzijds en verkoper of opdrachtnemer anderzijds door een beroep op een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW of dwaling wordt vernietigd, wordt de overeenkomst geacht nooit te hebben bestaan. Aangezien vernietiging terugwerkende kracht heeft komt de (redelijke) grondslag voor de verrijking bij bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden of dwaling met terugwerkende kracht te vervallen. Het gevolg zal zijn dat de verrijking geen grondslag in een rechtshandeling heeft zodat een succesvolle actie uit ongerechtvaardigde

577 TM, *PG Boek 6*, p. 901.

578 Het is niet noodzakelijk dat bij een juiste voorstelling van zaken in het geheel geen overeenkomst zou zijn gesloten. In geval de dwalende niet op dezelfde voorwaarden een overeenkomst zou hebben afgesloten is dat reeds voldoende voor de aanwezigheid van causaal verband. Zie TM, *PG Boek 6*, p. 901.

579 Vernietiging dient plaats te vinden binnen drie jaar nadat de dwaling is ontdekt (3:52 BW). Bij exceptief verweer kan de vernietiging ook nog daarna geschieden op grond van 3:51 lid 3 BW. Bij koop geldt op grond van art. 7:23 lid 2 BW een afwijkende regel. De verjaringstermijn bedraagt daar twee jaar na het door de koper tijdig aangetekende protest. In geval de verjaringstermijn is verstreken vervalt bij koop ook de mogelijkheid om bij exceptief verweer te vernietigen.

verrijking mogelijk is, mits wordt voldaan aan de overige voorwaarden voor een geslaagd beroep op ongerechtvaardigde verrijking.

Het is goed voorstelbaar dat alleen het deel van de overeenkomst dat het gevolg is van de schending van het mededingingsrecht wordt vernietigd op grond van dwaling of bedrog. De partiële nietigheid die het gevolg is van door een vernietiging ontstane nietigheid zorgt er dan voor dat alleen het deel van de overeenkomst blijft bestaan dat onder normale marktomstandigheden tot stand zou zijn gekomen. De benadeelde afnemer of opdrachtgever kan voor wat betreft het deel van de overeenkomst dat het gevolg is van de schending van het mededingingsrecht een vordering instellen tegen de verkoper of opdrachtnemer op grond van ongerechtvaardigde verrijking.[580]

Bij de dwaling behoort de buitengerechtelijke wijziging (de wederpartij kan een voorstel doen om de gevolgen van de rechtshandeling zodanig te wijzigen dat het nadeel op afdoende wijze wordt opgeheven ex artikel 6:230 lid 1 BW) of de gerechtelijke wijziging (de rechter kan op verlangen van een der partijen in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel wijzigen ex artikel 6:230 lid 2 BW) ook nog tot de mogelijkheden.[581]

7.13.2.2 Samenloop

Naast de vordering uit onrechtmatige daad kan tevens een verrijkingsvordering wordt ingesteld.[582] Beide vorderingen zijn in zekere zin inwisselbaar.[583] De ruime samenloop van verrijkingsvorderingen met vorderingen uit onrechtmatige daad en wanprestatie is in de Nederlandse literatuur stevig bekritiseerd.[584] In de literatuur worden echter ook sterke, mijns inziens doorslaggevende, systematische argumenten aangevoerd om aan te tonen dat de verrijkingsvordering niet slechts subsidiair van aard is, maar cumulatief.[585] Samenloopvraagstukken worden in het Nederlandse recht zelden opgelost door op voorhand de ene vordering achter te stellen bij de andere. Uitgangs-

580 De vordering op grond van art. 6:212 BW is niet uitgesloten op de enkele grond dat tussen partijen een contractuele verhouding bestaat. Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 362.

581 Zie voor misbruik van omstandigheden de vergelijkbare mogelijkheden in art. 3:54 lid 1 en lid 2 BW.

582 Zie over de relatie tussen onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking bijvoorbeeld Van Boom 2002, p. 71-147.

583 Vranken 1998, p. 1503. Zie voor dezelfde samenloop HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 172 m.nt. Van Schilfgaarde *(Vermobo/Van Rijswijk)*. In HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719 m.nt. JH *(Setz/Brunings)* overwoog de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat Brunings ook een vordering uit wanprestatie op de contractuele wederpartij had, er niet aan in de weg stond Setz aan te spreken uit ongerechtvaardigde verrijking.

584 Zie bijvoorbeeld Zwalve 1995, p. 157-163; Zwalve 1997, p. 585-586; Schoordijk 1996, p. 861-866.; Schoordijk 1997, p. 16; Nieskens-Isphording 1998, p. 98-109.

585 Vranken 1998, p. 1503; Zippro 2003, p. 349.

punt is het beginsel van cumulatie.[586] Ik voel mij dan ook het meest thuis bij de visie van Vranken, die meer in het algemeen de gedachte bestrijdt dat verrijkingsvorderingen slechts met uiterste terughoudendheid mogen worden gehanteerd.[587] Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is het goed mogelijk een actie in te stellen op grond van onrechtmatige daad en op grond van ongerechtvaardigde verrijking.[588] Het is wel de vraag of cumulatie feitelijk meer oplevert.

7.13.3 Onverschuldigde betaling

Onverschuldigde betaling is het zonder rechtsgrond verrichten van een prestatie jegens een ander. Dit is het geval als er geen verbintenis bestaat of als er een verbintenis bestaat, doch niet tussen de betalende en de ontvanger. Ook is denkbaar dat er een verbintenis bestond, maar deze verbintenis met terugwerkende kracht is komen te vervallen.

Een overeenkomst die onder het verbod valt van artikel 81 lid 1 EG of artikel 6 lid 1 Mw (en niet kan profiteren van een vrijstelling ex artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw) is van rechtswege geheel of gedeeltelijk nietig op grond van artikel 81 lid 2 EG of artikel 6 lid 2 Mw. De overeenkomst die met een onderneming wordt gesloten die misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG of artikel 24 Mw zal op grond van artikel 3:40 BW nietig zijn.[589] Voor wat betreft artikel 82 EG kan die nietigheid ook worden gebaseerd op een analoge toepassing van artikel 81 lid 2 EG. Zie § 2.3.4.5. Mok wijst op het feit dat onder omstandigheden ook een vordering uit onverschuldigde betaling denkbaar is ingeval wegens de niet-naleving van een verplichting van een op grond van een onder het kartelverbod vallend kartel een disciplinaire boete is opgelegd en voldaan. De oplegging van de disciplinaire boete, en de voldoening daarvan, is zonder rechtsgrond geschied wegens de nietigheid van de kartelovereenkomst.[590] Tevens kan sprake zijn van gehele of gedeeltelijke nietigheid van de overeenkomst tussen de onderneming die misbruik maakt van een machtspositie en de afnemer van goederen

---

586 Vranken 1998, p. 1503. Vranken wijst tevens op het feit dat sedert 1992 art. 6:104 BW de mogelijkheid biedt om bij onrechtmatig handelen of wanprestatie winstafgifte te vorderen. Als naar huidig recht de afgifte van onrechtmatig verkregen voordeel zowel op art. 6:104 BW als op art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) kan worden gebaseerd, waarom dan de laatste weg willen afsluiten als het toch via de eerste weg kan worden bereikt?

587 Vranken 1998, p. 1495-1503; Zippro 2003, p. 349.

588 Voor beschouwingen over plaats en taak van de ongerechtvaardigde verrijking in het Nederlandse recht verwijs ik naar onder meer Wissink 2002, p. 4-70; Hartkamp 2001, p. 311-318, 327-334; Van Maanen 2001; Snijders 2001, p. 17.

589 De rechtshandeling is nietig wegens strijd met een dwingende wetsbepaling (lid 2, verrichten van de rechtshandeling). Tevens is denkbaar dat de rechtshandeling nietig is wegens strijd met de goede zeden of de openbare orde (lid 1, inhoud). Zie § 2.3.4.5.

590 Mok 2004, p. 82.

of diensten op grond van een vernietiging van de overeenkomst door de afnemer wegens een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW (bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden) of dwaling ex artikel 6:228 BW (zie nader § 7.13.2.1). Het gedeelte van de prijs boven een normaal marktniveau (de *overcharge*) kan onverschuldigd zijn betaald.

Het rechtsgevolg van onverschuldigde betaling bestaat uit het ontstaan van een verbintenis tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie (6:203 BW).[591] De vordering uit onverschuldigde betaling strekt dan ook tot nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis. Slechts indien ongedaanmaking onmogelijk is (6:210 lid 2 BW) ontstaat een verbintenis tot waardevergoeding indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt en het verricht worden van de prestatie aan de ontvanger is toe te rekenen of de ontvanger had toegestemd in het verrichten van een tegenprestatie.

De partij die heeft gepresteerd op grond van een nietige overeenkomst heeft recht op terugbetaling van hetgeen onverschuldigd (zonder rechtsgrond) is betaald (de prestatie die jegens een ander is verricht). In mededingingszaken zal veelal door de afnemer teveel zijn betaald voor goederen of diensten. De onverschuldigde betaling betreft dan de teveel betaalde geldsom (bij gedeeltelijke nietigheid van de overeenkomst dat deel van de prestatie dat zonder de schending van het mededingingsrecht niet was betaald) of de gehele geldsom (bij volledige nietigheid van de overeenkomst). De vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald zal dan ook (bij de (van rechtswege) nietigheid van een verboden mededingingsbeperkende overeenkomst) neerkomen op de vordering tot teruggave van de onverschuldigd betaalde geldsom. Bij geldsommen strekt de vordering op grond van artikel 6:203 lid 2 BW tot teruggave van een gelijk bedrag.

7.14 VERJARING

7.14.1 Algemeen

Volgens het uitgangspunt van de nationale procedurele autonomie, gelden de nationaalrechtelijke verjaringstermijnen ook bij de handhaving en effectuering van gemeenschapsrecht op nationaal niveau.[592] In de zaak *Manfredi*

591 De wet en de heersende leer gaan uit van de gedachte dat de vordering uit onverschuldigde betaling niet zozeer gericht is op ongedaanmaking van een verrijking, maar op het terugdraaien van hetgeen zonder rechtsgrond is gepresteerd, een herstel in de oude toestand. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 803 e.v; Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 315-317.

592 Bij de bestuursrechtelijke handhaving van mededingingsrecht verjaart de bevoegdheid van de Commissie tot het opleggen van geldboeten en dwangsommen op grond van art. 25 Verordening 1/2003 na drie jaar bij inbreuken op de bepalingen betreffende het inwinnen van inlichtingen en het verrichten van inspecties en na vijf jaar bij de overige inbreuken. De bevoegdheid van de Commissie tot tenuitvoerlegging van op grond van de art. 23

heeft het HvJ EG geoordeeld dat het bij gebrek aan communautaire regelgeving aan de lidstaten is om verjaringstermijnen vast te stellen voor vorderingen tot schadevergoeding wegens overtredingen van artikel 81 lid 1 EG, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel (doeltreffendheidsbeginsel) daarbij gerespecteerd worden.[593] In het kader van de verjaringstermijn naar Italiaans recht overweegt het HvJ EG in *Manfredi* (r.o. 78-79):

> 'Een nationale bepaling krachtens welke de verjaringstermijn voor het indienen van een schadevordering begint te lopen op de dag waarop de mededingingsregeling of de onderling afgestemde feitelijke gedraging tot stand is gekomen, zou de uitoefening van het recht om vergoeding te vorderen van de door die mededingingsregeling of gedraging veroorzaakte schade in de praktijk onmogelijk maken, met name wanneer de in deze nationale bepaling neergelegde termijn tevens kort is en deze termijn niet kan worden geschorst.
> In een dergelijke situatie is het in geval van doorlopende of herhaalde inbreuken immers niet uitgesloten dat de verjaringstermijn al verstrijkt voordat de inbreuk is beëindigd, in welk geval het eenieder die schade heeft geleden na het verstrijken van de verjaringstermijn onmogelijk is beroep in te stellen.'

Een korte verjaringstermijn, die begint te lopen op het moment dat de mededingingsbeperkende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tot stand komt, leidt tot het resultaat dat de kans dat de gelaedeerden schadevergoeding kunnen vorderen steeds kleiner wordt naarmate de schending van het mededingingsrecht langer duurt (en als gevolg van die langere duur ernstiger wordt). Dit is een onbillijk resultaat, mede gelet op het feit dat partijen sneller een kartel zullen aangaan voor de duur van de verjaringstermijn en daarnaast gedurende de verjaringstermijn geen beroep zullen doen op de clementieregeling.[594]

7.14.2 Verjaring van de vordering tot verkrijging van schadevergoeding

7.14.2.1 Algemeen

Naar Nederlands recht zal de verjaringstermijn van vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht niet snel

---

Verordening 1/2003 (geldboeten) en art. 24 Verordening 1/2003 (dwangsommen) gegeven beschikkingen verjaart na vijf jaar. Op grond van art. 64 lid 1 Mw vervalt de bevoegdheid voor de NMa tot het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 56, eerste lid, onder a Mw) vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. Zie over de achtergronden van de verjaringsregels in het Europees en Nederlands mededingingsrecht nader Quaedvlieg 2001, p. 231-239.

593 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur*. 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM, r.o. 87,95 en 100.

594 Oosterhuis 2007, p. 38.

in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart op grond van artikel 3:310 lid 1 BW door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (de korte, subjectieve termijn), en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (de lange, objectieve termijn).[595] De verjaringstermijn gaat lopen ingeval de vordering opeisbaar is. Voor de opvorderbaarheid van (kartel/misbruik)schade is het echter niet noodzakelijk dat de omvang van de schade reeds vaststaat.[596] Onder 'bekend is geworden' dient slechts daadwerkelijke bekendheid (subjectief criterium) te worden verstaan, niet wat bekend had moeten zijn (objectief criterium).[597]

Stuiting van de verjaring van een rechtsvordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van mededingingsrecht kan geschieden door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging (artikel 3:316 lid 1 BW). De verjaring van een rechtsvordering wordt ook gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt (artikel 3:317 lid 1 BW) en door erkenning (artikel 3:118 BW). Bij stuiting gaat een nieuwe verjaringstermijn lopen die gelijk is aan de oorspronkelijke, maar niet langer dan vijf jaren (artikel 3:319 lid 1 en 2 BW).

7.14.2.2 Korte, subjectieve verjaringstermijn

Een schending van het mededingingsrecht kan worden gezien als een onrechtmatige daad die in de tijd voortduurt. De verbintenis tot vergoeding van schade van een dergelijke voortdurende onrechtmatige daad zal veelal deel voor deel ontstaan. Het gevolg is dat de verjaringstermijn ook deel voor deel gaat lopen. Het betreft dus geen verjaringstermijn die op één bepaald tijdstip in haar geheel gaat lopen.

Recentelijk heeft een vonnis van de Rechtbank Rotterdam duidelijk gemaakt dat het voor de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht van belang is tijdig een schadevergoedingsactie in te stellen tegen de laedens, en niet te wachten tot de Commissie een definitieve beslissing heeft genomen. Het betreft de zaak CEF City Electrical Factors B.V. *(CEF)* tegen de bestuurders van branchevereniging de Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch gebied *(FEG)*.[598] De gedupeerde die met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden en als gevolg

595 Zie over het onderscheid tussen de objectieve verjaringstermijn en de subjectieve verjaringstermijn onder meer Tjittes 1999, p. 56.

596 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 927 en 928 (MvA II); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009), nr. 411; Koopmann 1993, p. 59.

597 Koopmann (*Vermogensrecht*), art. 310, aant. 2.

598 Rb. Rotterdam 7 maart 2007, *LJN* BA0926 *(CEF/FEG)*.

daarvan een klacht bij de Commissie heeft ingediend, dient niet te lang te wachten op de bevinden van de Commissie indien het onderzoek lang duurt. De korte vijfjarige verjaringstermijn kan in dergelijke gevallen namelijk zijn verstreken.

In de zaak *CEF/VEG* kwam de Commissie in 1999 tot een definitieve beslissing tegen branchevereniging FEG op een in 1990 door CEF ingediende klacht. FEG werd door de Commissie schuldig bevonden aan een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG door een collectieve exclusief-verkeersregeling aan te gaan die erop gericht was leveringen aan niet-FEG-leden te verhinderen. Tevens beperkte FEG rechtstreeks en onrechtstreeks de vrijheid van haar leden om zelfstandig hun verkoopprijzen vast te stellen (de vrijheid werd beperkt door het bindend besluit vaste prijzen, het bindend besluit inzake publicaties, het verspreiden van prijsadviezen aan de leden betreffende bruto- en nettoprijzen alsmede door het bieden van een forum voor de leden voor het voeren van discussies betreffende prijzen en kortingen). Aan FEG werd een geldboete opgelegd van € 4,4 miljoen. In 1999 heeft CEF een civiele procedure ingesteld ter verkrijging van schadevergoeding tegen FEG en twee deelnemende ondernemingen. 19 mei 2000 stelt CEF voor de eerste keer ook de bestuursleden van FEG aansprakelijk voor de schade die de branchevereniging heeft veroorzaakt. Die brief stuit een eventueel lopende verjaringstermijn. De bestuurders van FEG verweren zich onder meer met de stelling dat voor zover de vordering van CEF jegens de bestuurders is gebaseerd op onrechtmatig handelen van FEG, de eventuele rechtsvordering tot vergoeding van schade is verjaard.

De Rechtbank overweegt dat bij een voortdurende onrechtmatige daad bestaande uit oneerlijke mededinging de verbintenis tot het vergoeden van schade deel voor deel zal ontstaan. Het door de bestuurders gevoerde verjaringsverweer slaagt volgens de Rechtbank indien het relevante onrechtmatige handelen niet tot na 19 mei 1995 (5 jaar voor de bestuurders aansprakelijk zijn gesteld) heeft voortgeduurd en CEF vóór 19 mei 1995 bekend was met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke personen. In het dossier van de Commissie staat dat de inbreuken op artikel 81 EG een periode betreffen die tenminste tot 1994 loopt. CEF slaagt niet in het bewijs dat het kartel ook na 1994 heeft voortgeduurd. CEF heeft ter ondersteuning van haar stelling onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld. De producties waarop CEF zich beroept, bieden aan die stelling geen steun. Voor het aannemen van een bewijsvermoeden ten gunste van CEF bestaat daarom geen grond. Dat het voor CEF erg moeilijk zou zijn om de beschikking te krijgen over relevante bewijsmiddelen rechtvaardigt evenmin het aannemen van een bewijsvermoeden. Voorts kan niet worden gezegd dat de bestuurders een (verzwaarde) motiveringsplicht hebben geschonden. Het verjaringsverweer van de bestuurders slaagt. De Rechtbank neemt aan dat CEF bekend was geworden met de schade en de aansprakelijke persoon vanaf het moment dat de klacht was ingediend bij de Commissie.

Zoals reeds gezegd begint de korte, subjectieve termijn pas te lopen na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en niet op het moment dat de mededingingsbeperkende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tot stand komt. Deze regeling zal niet snel in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.

7.14.2.3 Lange, objectieve verjaringstermijn

Zal de lange, objectieve termijn in strijd kunnen zijn met het effectiviteitsbeginsel? De verjaringstermijn terzake van de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten en dwangsommen op te leggen wegens schending van het mededingingsrecht gaat ex artikel 25 lid 2 Verordening 1/2003 in op de dag waarop de inbreuk is gepleegd. Bij voortdurende of voortgezette inbreuken gaat de verjaringstermijn echter pas in op de dag waarop de inbreuk is beëindigd.

Naar Nederlands burgerlijk recht vangt de verjaringstermijn, anders dan bij milieuschade en schade veroorzaakt door gevaarlijke stoffen, bij doorlopende gebeurtenissen niet pas aan als de gebeurtenis is afgelopen (artikel 3:310 lid 2 jo lid 3 BW).[599] Het lijkt op het eerste gezicht mogelijk dat de schadevergoedingsvordering van de benadeelde van een kartel of van een onderneming die misbruik maakt van een machtspositie (dat al dan niet langer dan twintig jaar voortduurt) verjaart omdat twintig jaar zijn verstreken sedert de verboden mededingingsbeperkende gedraging van de laedens, terwijl de benadeelde gedurende die twintig jaar niet bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Artikel 3:321 lid 1 sub f BW biedt echter een grond voor verlenging van de verjaringstermijn. Op grond van deze bepaling bestaat een grond voor verlenging van de verjaring tussen de schuldeiser en zijn schuldenaar die opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen houdt. Bij een beroep op deze bepaling door de gelaedeerde moet wel de opzet van de laedens worden aangetoond om het bestaan van de schuld te verbergen. De opzet van de schender van het mededingingsrecht om schade veroorzaakt door een kartel of het misbruik maken van een economische machtspositie verborgen te houden, zal in mededingingszaken veelal eenvoudiger bewijsbaar zijn dan in veel andere zaken waarbij het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen wordt gehouden. Wanneer een verjaringstermijn zou aflopen tijdens het bestaan van een verlengingsgrond of binnen zes maanden na het verdwijnen van een zodanige grond, loopt de termijn op grond van artikel 3:320 BW voort totdat zes maanden na het verdwijnen van die grond zijn verstreken. De benadeelde van een kartel of van een onderneming die misbruik maakt van een machtspositie kan dan ook gedurende die tijd geen voltooide verjaring worden tegengeworpen. Daarnaast is

599 Dit geldt ook voor de verwezenlijking van een gevaar als bedoeld in art. 6:175 BW dan wel van beweging van de bodem als bedoeld in art. 6:177 lid 1 sub b BW.

twintig jaar een lange absolute verjaringstermijn voor vermogensschade, waardoor ook deze termijn (van belang indien bijvoorbeeld geen opzet kan worden aangetoond zodat verlenging van de verjaringstermijn niet mogelijk is) niet snel in strijd zal zijn met het effectiviteitsbeginsel.

Gelet op de mogelijkheid tot verlenging van de verjaringstermijn, de lange absolute verjaringstermijn en het feit dat de korte subjectieve verjaringstermijn pas ingaat door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, zal de Nederlandse verjaringstermijn voor civiele schadevergoedingsvorderingen niet snel in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.[600]

7.14.3 Verjaring van de vordering uit onverschuldigde betaling

Een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling (geen schadevergoedingsverbintenis, maar een ongedaanmakings- of waardevergoedingsverbintenis) verjaart op grond van artikel 3:309 BW door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan. De Hoge Raad oordeelt in *Breezand/Gemeente Veere* dat de verjaringstermijn niet pas ingaat vanaf het moment dat de rechter een overeenkomst nietig verklaart, maar vanaf de dag dat de eiser bekend is geworden met het feit dat de door hem gedane betalingen zonder rechtsgrond waren verricht (r.o. 5.2.4).[601] Gelet op de lange absolute verjaringstermijn en gelet op het feit dat de korte subjectieve verjaringstermijn pas ingaat door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan, zal de Nederlandse verjaringstermijn voor civiele schadevergoedingsvorderingen ook niet snel in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel.

7.14.4 Het Witboek

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat de verjaringstermijn in het geval van een voortgezette of herhaalde inbreuk niet begint te lopen vóór de dag waarop de inbreuk is beëindigd.[602] De Commissie stelt

600 Vgl. Oosterhuis 2007, p. 33-39.
601 Zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 m.nt. JH *(Breezand/Gemeente Veere)*.
602 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.7.

daarnaast voor dat de verjaringstermijn niet begint te lopen vooraleer van het slachtoffer van de inbreuk redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze kennis heeft gekregen van de inbreuk en van de schade die hem daardoor is berokkend. Om te voorkomen dat verjaringstermijnen verstrijken zolang de publieke handhaving van de mededingingsregels door de mededingingsautoriteiten en de beroepsrechters nog niet is beëindigd, stelt de Commissie voor dat een nieuwe verjaringstermijn van ten minste twee jaar begint te lopen zodra de inbreukbeschikking waarop een eiser zich in een vervolgvordering beroept onherroepelijk is geworden.

Het voorstel heeft op het eerste gezicht weinig toegevoegde waarde ten opzichte van de huidige situatie naar Nederlands recht. De mogelijkheid dat de schadevergoedingsvordering van de benadeelde van een kartel of van een onderneming die misbruik maakt van een machtspositie (dat al dan niet langer dan twintig jaar voortduurt) verjaart omdat twintig jaar zijn verstreken sedert de verboden mededingingsbeperkende gedraging van de laedens, terwijl de benadeelde gedurende die twintig jaar niet bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, is onwaarschijnlijk. Artikel 3:321 lid 1 sub f BW biedt namelijk een grond voor verlenging van de verjaringstermijn (§ 7.14.2.3). Desondanks verbetert het voorstel van de Commissie wel de positie van de gelaedeerde die meer dan vijf jaar geleden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. De gelaedeerde die een klacht bij een mededingingsautoriteit heeft ingediend, kan in het voorstel rustig wachten op de definitieve beslissing van de mededingingsautoriteit alvorens een civiele procedure ter verkrijging van schadevergoeding in te stellen (vergelijk de in § 7.14.2.2 besproken zaak *CEF/VEG*). De vordering die op grond van de korte, subjectieve verjaringstermijn van vijf jaar verjaard is, zal 'herleven' als door een mededingingsautoriteit een inbreukbeschikking wordt genomen. Daarnaast zal de verjaringstermijn volgens het voorstel pas gaan lopen nadat de schending van het mededingingsrecht is beëindigd, terwijl naar Nederlands recht - bij een voortdurende onrechtmatige daad zoals een schending van het mededingingsrecht - de verbintenis tot het vergoeden van schade deel voor deel zal ontstaan, zodat ook de verjaringstermijn deel voor deel zal gaan lopen.

De Commissie kiest na een inbreukbeschikking voor een nieuwe verjaringstermijn in plaats van stuiting. De vrees van de Commissie dat stuiting leidt tot moeilijk te berekenen resterende termijnen (het is niet altijd makkelijk om na te gaan wanneer mededingingsautoriteiten procedures instellen en wanneer ze worden beëindigd) en onvoldoende tijd om een schadevergoedingsvordering in te stellen (bij stuiting aan het eind van de verjaringstermijn), is naar Nederlands recht ongegrond. In de eerste plaats begint verjaring pas te lopen bij bekendheid met de schade en de veroorzaker. In de tweede plaats is het sturen van een briefje een afdoende stuitingshandeling die een nieuwe verjaringstermijn doet aanvangen (artikel 3:317 lid 1 BW, § 7.14.2.1).

7.15 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

In dit hoofdstuk is het doel van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht onderzocht. Het doel van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht hangt samen met de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen, waarbij het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in het rechtens handhaven van aanspraken.[603] Het hoofddoel van het schadevergoedingsrecht kan worden omschreven als het zoveel mogelijk bewerkstelligen van de situatie zoals die zou hebben bestaan indien de normschending niet had plaatsgevonden. Financiering van herstel en compensatie van resterend nadeel zijn de functies die worden vervuld door vergoeding in geld.[604]

Naast het doel om de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de laedens zijn rechtsplicht om het mededingingsrecht niet te schenden was nagekomen (compensatie), zijn er naar Nederlands recht nog andere doeleinden van schadevergoeding te noemen. Te denken valt aan rechtshandhaving, preventie, straf, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking.[605]

Naast de compensatiefunctie zijn de rechtshandhavingsfunctie en de preventiefunctie vanuit beleidsmatig perspectief het meest van belang voor het streven naar een werkelijke mededinging in Nederland en de EU.[606] De vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht wordt ook door het HvJ EG, de Commissie en de nationale wetgever belangrijk gevonden voor de handhaving van het mededingingsrecht. De Commissie en het HvJ EG beschouwen de vordering tot schadevergoeding als (privaatrechtelijk) handhavingsinstrument.[607] Volgens het HvJ EG dragen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bij tot de handhaving van daadwerkelijke mededinging in de Gemeenschap. De Commissie is van mening dat de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak vervullen. Zij beschermen de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende subjectieve rechten door geschillen tussen particulieren te beslechten, met name door aan de slachtoffers van inbreuken op de mededingingsregels schadevergoeding toe te kennen. Naast de Commissie en het HvJ EG is ook de Nederlandse wetgever van mening dat schadevergoeding een belangrijke bijdrage kan leveren aan de handhaving van het mededingingsrecht.[608]

---

603 § 7.2.1.
604 § 7.2.1.
605 § 7.2.2.
606 § 7.2.2.2 & § 7.2.2.3.
607 § 7.3.1.
608 § 7.3.2.

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht moet gebruik worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale recht biedt. Het nationale recht dient wel aan de communautaire minimumvereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit te voldoen (zie ook § 5.5.3). Hoewel gebruik moet worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale recht biedt, lijken uit het arrest *Courage/Crehan* zelfstandige Europese criteria te ontstaan waaruit een recht op schadevergoeding kan voortvloeien.[609] Bij de eventuele invoering van een verordening of richtlijn met specifieke bepalingen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht dient dan ook onderzocht te worden of kan worden aangesloten bij de criteria die in de jurisprudentie van het HvJ EG zijn ontwikkeld.

Om naar Nederlands recht aansprakelijkheid op grond van schending van het mededingingsrecht te vestigen, is van belang dat wordt voldaan aan de eisen die het Nederlands burgerlijk recht stelt.[610] Voor het slagen van een actie uit onrechtmatige daad van de gelaedeerde jegens de inbreukmaker op het mededingingsrecht moet aan de gebruikelijke eisen van een actie uit onrechtmatige daad worden voldaan. Zo moet sprake zijn van een onrechtmatige daad van de inbreukmaker door te handelen in strijd met het mededingingsrecht, toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad (het handelen in strijd met het mededingingsrecht) aan de inbreukmaker, de gelaedeerde van de mededingingsinbreuk moet schade hebben geleden, er moet sprake zijn van causaal verband tussen het handelen in strijd met het mededingingsrecht en de schade die de gelaedeerde heeft geleden en er moet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste.[611]

Na de vestiging van de aansprakelijkheid dient gekeken te worden naar de omvang van de aansprakelijkheid.[612] Vier variabelen zijn van belang voor de toerekening in mededingingsrechtelijke zaken: de zwaarte van de schuld, de voorzienbaarheid van de schade, de graad van betrekking tussen de schending van het mededingingsrecht en de schade en de soort schade. Het nader causaal verband zal in mededingingingszaken niet snel tot problemen leiden, maar speelt wel een rol bij het beperken van de schadeposten die voor vergoeding in aanmerking komen.[613]

Van groter praktisch belang is het bepalen van de aard en omvang van de schadevergoeding.[614] Naast geleden verlies en gederfde winst komen voor vergoeding in aanmerking de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en de wettelijke rente. De rechter begroot de schade op grond van artikel 6:97 BW op de wijze die het meest met de aard ervan in overeen-

609 § 7.4.
610 § 7.6.
611 § 7.6.
612 § 7.7.
613 § 7.7.2.
614 § 7.7.3.

stemming is. Er zijn verschillende methoden beschikbaar om de schade als gevolg van het kartel te berekenen. Bij al deze methoden wordt de 'but for' prijs berekend, dat wil zeggen de prijs van het product zoals die zou zijn geweest zonder de vorming van het kartel. Door die prijs te vergelijken met de prijs na sluiting van het kartel wordt de schade meetbaar. Deze methoden van schadeberekening kunnen ook in Nederland worden gehanteerd bij de begroting van de schade, nu de rechter op grond van artikel 152 lid 2 Rv vrij is in de waardering van het aangedragen bewijs en artikel 6:97 BW beoogt de rechter zo veel mogelijk vrijheid te bieden bij zowel de begroting van de schade als bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden. Ook bij de beantwoording van de vraag of de schade-omvang nauwkeurig kan worden vastgesteld en bij de schatting in het geval dat de schade-omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, beoogt artikel 6:97 BW de rechter veel vrijheid te bieden. Die vrijheid kan de rechter niet als een discretionaire matigingsbevoegdheid gebruiken. De vrijheid kan slechts worden gebruikt om te komen tot het bedrag van de volledige schade. Dat neemt niet weg dat het feit dat de rechter bij de vaststelling van de omvang van de schade niet gebonden is aan de wettelijke bewijsregels, van groot belang kan zijn bij de effectuering van een claim die gebaseerd is op schending van het mededingingsrecht. Indien precieze gegevens in een mededingingsrechtelijke procedure ontbreken, mag en moet de rechter de schade zelfs *ex aequo et bono* bepalen.

De Commissie wil in aanwijzingen vereenvoudigde regels voor het begroten van de geleden schade opnemen. Gelet op het feit dat deze aanwijzingen niet bindend zijn voor de nationale rechter kan deze de aanwijzingen terzijde schuiven. Dergelijke aanwijzingen kunnen echter, afhankelijk hoe ze er precies uit komen te zien, de rechter en partijen wel behulpzaam zijn bij het op redelijke wijze begroten van de schade. Het verdient aanbeveling dat de Commissie ook aandacht besteedt aan de schade die ontstaat door omzetderving als gevolg van het doorberekenen van een te hoge (kartel of misbruik)prijs aan de afnemers (zie § 7.9). Tevens is het de vraag hoe slachtoffers van strooischade hun schade kunnen bewijzen (zie § 8.2). Denk aan de consument die als gevolg van het bierkartel een te hoge prijs heeft betaald voor bier. Deze laatste vraag wordt ook in het voorstel in het Witboek tot het mogelijk maken van collectieve schadeacties niet beantwoord door de Commissie (zie § 8.9).

Een ingewikkeld probleem bij de begroting van (mededingings)schade is het *passing-on* verweer.[615] Het *passing-on* verweer is het verweer dat de laedens kan voeren door te stellen dat de gedupeerde afnemer geen of nauwelijks schade heeft geleden omdat deze de hogere prijs die het gevolg is van de inbreuk op het mededingingsrecht heeft doorberekend aan zijn afnemers. Op deze wijze tracht de inbreukpleger te ontsnappen aan de betaling van een vergoeding voor de schade die door de directe afnemer is afgewenteld op de

615 § 7.9.

indirecte afnemers en de uiteindelijke consumenten. Een beroep op het *passing-on* verweer kan worden uitgesloten door hantering van de abstracte schadebegroting. Principieel bezwaar tegen abstracte schadebegroting is dat zij moeilijk in overeenstemming kan worden gebracht met het beginsel dat de in werkelijkheid geleden schade moet worden vergoed.

Zolang een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding niet mogelijk is, zou verdedigd kunnen worden dat de nationale rechter bij de beoordeling van het *passing-on* verweer op grond van het beginsel van de gemeenschapstrouw voor de effectieve handhaving van het Europees (mededingings)recht moet uitgaan van een abstract schadebegrip.[616] De hantering van een concreet schadebegrip zal, indien de laedens een beroep doet op het *passing-on* verweer, de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken en als gevolg daarvan in strijd zijn met het in § 5.5.3 besproken effectiviteitsbeginsel. Pas op het moment dat het voor indirecte afnemers daadwerkelijk (effectief) mogelijk zou zijn de schade, die geleden is als gevolg van de mededingingsinbreuk, te verhalen op de laedens kan niet meer worden gesproken van strijd met het effectiviteitsbeginsel. De uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten zou in dat geval niet meer nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk zijn.

Tegen deze visie kan worden ingebracht dat het HvJ EG in onder andere de zaken *Just* en *San Giorgio* heeft geoordeeld dat een beroep op het *passing-on* verweer juist niet in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Het gemeenschapsrecht belet de nationale rechter niet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (zie ook *Courage/Crehan*). In de jurisprudentie komt echter een genuanceerder beeld naar voren. Er kan alleen van een verweer op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden gesproken in de gevallen waarbij ten eerste het doorberekenen van de te hoge prijs wordt bewezen en daarnaast wordt bewezen dat er zich geen afname in afzet of een andere vermindering van inkomsten voordoet.

De vraag of indirecte afnemers een actie tegen de laedens kunnen instellen, vormt de tegenhanger van de vraag of de laedens een beroep jegens de gelaedeerde kan doen op het *passing-on* verweer.[617] De indirecte afnemer (de afnemer die niet rechtstreeks van de inbreukmaker op het mededingingsrecht afneemt maar van een tussenpersoon) heeft schade geleden wegens het feit dat de tussenpersoon het als gevolg van de mededingingsinbreuk teveel betaalde heeft doorberekend aan de indirecte afnemer. Uit het systeem van de wet vloeit voort dat naar Nederlands recht een indirecte actie mogelijk is. Het verbieden van indirecte acties gaat voorbij aan het recht om een procedure te mogen instellen indien schade is geleden. Uit de rechtspraak van het HvJ EG

616 § 7.9.1.4.
617 § 7.9.2.

in *Courage/Crehan* kan ook worden afgeleid dat de indirecte afnemer op grond van het gemeenschapsrecht niet kan worden weerhouden van zijn recht om schadevergoeding te vorderen van de laedens. Bovendien doet zich bij uitsluiting van de indirecte actie het gevaar voor dat de overtreder en de directe afnemer tot een afspraak komen om de geleden schade te compenseren, terwijl de indirecte afnemer met de schade blijft zitten bij gebrek aan een mogelijkheid om een indirecte actie in te stellen.

Indien een beroep op het *passing-on* verweer wordt afgewezen, brengt dit niet automatisch met zich mee dat alleen directe afnemers een bedrag ontvangen dat hoger kan zijn dan de werkelijk geleden schade (de schade die per saldo overblijft nadat de supracompetitieve prijs is doorberekend aan de afnemers in het verdere verloop van de distributieketen), terwijl indirecte afnemers geen schadevergoeding kunnen vorderen. Ingeval de rechter de schade die als gevolg van een schending van het mededingingsrecht door de directe afnemer is geleden, abstract zou begroten, zou het kunnen voorkomen dat de laedens de schade meerdere keren moet vergoeden. De laedens zou zowel aan de directe afnemer als aan de indirecte afnemer schadevergoeding moeten betalen.

Bij uitsluiting van het *passing-on* verweer behoren indirecte afnemers de mogelijkheid te blijven houden om een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen. Directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding moeten naast elkaar kunnen worden ingesteld en in die zin samenlopen. Dit zal kunnen leiden tot een schadevergoeding die hoger is dan de reële schade, maar in de afweging tussen efficiëntie, effectiviteit en rechtvaardigheid behoort de laedens die last te dragen.

Een redelijk alternatief is de vierde optie (optie 24) zoals voorgesteld door de Commissie in het Groenboek.[618] Die optie bestaat uit een procedure in twee fasen waarbij het *passing-on* verweer niet-ontvankelijk is. In een eerste fase is het *passing-on* verweer verboden en kan de inbreukmaker door elke gelaedeerde worden gedagvaard voor het totale bedrag aan schade. In een tweede fase wordt de schadevergoeding verdeeld tussen alle partijen die schade hebben geleden. Deze optie is technisch moeilijker, maar heeft het voordeel dat alle gelaedeerden een billijke schadevergoeding krijgen. De (communautaire) wetgever zou hierbij dienen te helpen door de aanname van speciale regelgeving.

Er kan worden aangesloten bij een voorstel van Van Gerven naar aanleiding van het rapport van het Verenigd Koninkrijk in het Ashurst rapport en de vierde optie (optie 24) van de Commissie in het Groenboek. Van Gerven stelt voor de procedure zo vorm te geven dat de directe afnemer een vordering tot verkrijging van schadevergoeding kan instellen tegen de mededingingsovertreder, terwijl de mededingingsovertreder geen beroep kan doen op het *passing-*

618 § 7.9.4.

on verweer. De griffie van de rechtbank heeft vervolgens tot taak de indirecte afnemers (inclusief eindgebruikers/consumenten) publiekelijk te informeren dat zij hun vorderingen ter verkrijging van schadevergoeding binnen een bepaalde termijn kunnen indienen bij de rechtbank. Deze taak zou mijns inziens ook bij de directe afnemer (de initiator van de procedure) kunnen worden neergelegd door bijvoorbeeld als eis te stellen dat een advertentie in de landelijke dagbladen dient te worden geplaatst of op andere wijze publiekelijk kenbaar wordt gemaakt dat indirecte afnemers hun vorderingen kunnen indienen bij de rechtbank. De kosten die daarmee gepaard gaan zouden dan weer omgeslagen kunnen worden over alle gelaedeerden die zich hebben aangemeld (door ze in te houden op de uiteindelijk toegekende schadevergoeding) of verhaald kunnen worden op de laedens. Nadat alle vorderingen van indirecte afnemers in de gestelde termijn binnen zijn, dient de laedens de mogelijkheid te hebben een schikkingsvoorstel te doen en bij acceptatie van het schikkingsvoorstel een bepaald bedrag veilig te stellen door een bankgarantie te geven of het bedrag over te maken naar een derdenrekening bij een notaris. Indien er zich een groep consumenten tussen de eisers bevindt, kan een (publieke of private) vertegenwoordiger de groep representeren. Indien na eventuele onderhandelingen geen schikking wordt bereikt dient de rechter zich uiteindelijk te buigen over de totale omvang van de schadevergoeding en de verdeling van de schadevergoeding tussen alle gelaedeerden (directe en indirecte afnemers inclusief de consumenten).

Deze laatste oplossing doet recht aan drie relevante principes die bij het *passing-on* verweer een rol spelen en die door het HvJ EG worden gezien als principes die bijna alle rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben. De laedens profiteert niet van zijn eigen onrechtmatig handelen (de inbreukmaker kan niet profiteren van het feit dat door de afnemers geen schadevergoedingsactie wordt ingesteld), de directe afnemer wordt niet ongerechtvaardigd verrijkt (de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten loopt niet uit op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden) en elke particulier kan zich in rechte op schending van de mededingingsregels beroepen (directe afnemers en indirecte afnemers, inclusief consumenten) waarbij de vergoeding van de door schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakte schade adequaat is ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van hun rechten is verzekerd.

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat de laedens het recht krijgt zich te beroepen op het *passing-on* verweer tegen een vordering van de (directe) afnemer tot verkrijging van compensatoire schadevergoeding wegens de te hoge prijzen die zijn betaald als gevolg van een

schending van het mededingingsrecht.[619] Uiteindelijk lijkt het er ook in het voorstel van de Commissie om te gaan dat de rechter de over meerdere afnemers verdeelde schade in de juiste verhouding dient toe te wijzen, terwijl het niet noodzakelijk is dat alle afnemers daadwerkelijk een actie hebben ingesteld. Daarbij speelt een complicerende rol dat alle afnemers (behalve de eindgebruiker) de prijsverhoging geheel of gedeeltelijk kunnen doorgeven en tevens schade kunnen lijden als gevolg van omzetderving.

De Commissie stelt in het Witboek tevens voor dat indirecte afnemers zich kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig aan hen is doorberekend.[620] De bewijslast voor het slachtoffer wordt op deze manier verlicht. Naar Nederlands recht bezit de Nederlandse rechter al de nodige mogelijkheden om de indirecte afnemers tegemoet te komen in hun (bewijs)positie. Hoewel het in het Witboek geformuleerde weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan de indirecte afnemers de positie van indirecte afnemers wel op voorhand makkelijker maakt, zal het ook leiden tot spanning tussen de belangen van de directe afnemers die als eiser optreden en de belangen van de indirecte afnemers die als eiser optreden. Een mogelijke collectieve actie (zie hoofdstuk 8) zal als gevolg van de tegenstrijdige belangen niet snel door de directe afnemers en de indirecte afnemers gezamenlijk worden ingesteld, terwijl een dergelijke gezamenlijke actie wel de nodige efficiëntievoordelen met zich mee zou kunnen brengen. Tevens zal het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan indirecte afnemers kunnen leiden tot overcompensatie (zie § 7.9.5.2).

De in § 7.10 besproken *punitive damages* zouden de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht aantrekkelijker kunnen maken voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk. In het Groenboek van de Commissie wordt de toekenning van *double damages* nog als optie gesuggereerd indien schade is geleden ten gevolge van horizontale kartels (optie 16). Deze verdubbeling kan in het voorstel van de Commissie automatisch zijn, aan voorwaarden verbonden zijn of een discretionaire bevoegdheid van de rechter zijn.[621] In het op het Groenboek volgende Witboek lijkt de Commissie de keuze om al dan niet *punitive damages* in te voeren vooralsnog aan de afzonderlijke lidstaten over te laten.[622] Niettemin wil de Commissie dit standpunt heroverwegen indien de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet structureel verbetert. Bij het toekennen van *punitive damages* moet worden uitgekeken dat de overtreder onevenredig zwaar of vaak wordt gestraft. Deze optie moet dan ook worden bekeken in samenhang met de andere maatregelen om de privaatrechtelijke handhaving te stimuleren.

---

619 § 7.9.5.1.
620 § 7.9.5.2.
621 § 7.10.3.2.
622 § 7.10.3.3.

Bij de mogelijke invoering van *punitive damages* in mededingingszaken dient rekening te worden gehouden met de rechtswaarborgen die voortvloeien uit het EVRM.[623] Nederland zou anders aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het EHRM als gevolg van het bieden van onvoldoende rechtswaarborgen met betrekking tot het opleggen van *punitive damages*. Het is aannemelijk dat *punitive damages* moeten worden gekwalificeerd als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.[624] Dit brengt met zich mee dat niet alleen gewaarborgd moet zijn dat sprake is van een eerlijke en openbare behandeling van de zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld en dat *full jurisdiction* heeft (deze eisen gelden op grond van artikel 6 lid 1 EVRM reeds bij een *civil obligation*), maar ook dat een evenredigheidstoets moet kunnen worden uitgevoerd met betrekking tot de *punitive damages* en dat dient te worden uitgegaan van de onschuldpresumtie, het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel ex artikel 6 lid 2 en artikel 6 lid 3 EVRM.[625] Bij de samenloop van publiekrechtelijke punitieve handhaving en privaatrechtelijke punitieve handhaving van mededingingsrecht dient rekening te worden gehouden met het *ne bis in idem*-beginsel en het *una via*-beginsel.[626] Een samenloopregeling zoals opgenomen in de Vierde Tranche bij de Algemene wet bestuursrecht kan bij de invoering van *punitive damages* in mededingingszaken als voorbeeld dienen.

Aan het eind van dit hoofdstuk is nog aandacht besteed aan de wettelijke rente,[627] de doorwerking van clementieregelingen in het aansprakelijkheidsrecht,[628] de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking,[629] de vordering uit onverschuldigde betaling[630] en de verjaringsregels.[631]

623 § 7.10.7.
624 § 7.10.7.1.
625 § 7.10.7.2.
626 § 7.10.7.3.
627 § 7.11.
628 § 7.12.
629 § 7.13.2.
630 § 7.13.3.
631 § 7.14.

8 Collectieve acties

8.1 INLEIDING

Bij een schending van het mededingingsrecht is vaak een groot aantal schadelijders betrokken en een beperkt aantal schadeveroorzakers. Deze schade valt te kwalificeren als massaschade en de daarbij behorende claims als massaclaims. In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord welke mogelijkheden er zijn om als collectiviteit het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven. In het bijzonder zal worden ingegaan op de problemen waar groepen benadeelden (met name consumenten en kleinere ondernemingen) mee te maken krijgen ingeval zij hun schade vergoed willen krijgen die geleden is als gevolg van een schending van de mededingingsregels. Naast de collectieve actie wordt de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (§ 8.7) en de *class action* (§ 8.8) besproken. Daarnaast worden enkele voorstellen gedaan om de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties te verbeteren. In § 8.9 wordt aandacht besteed aan de oplossingen die de Commissie op het gebied van collectieve acties voorstelt in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels.

8.2 STROOISCHADE

8.2.1 Inleiding

Ingeval zich schade voordoet die het gevolg is van schending van de mededingingsregels wordt de schade veelal over meerdere gelaedeerden 'uitgestrooid'. Concurrenten, afnemers, leveranciers en consumenten behoren veelal tot de benadeelden. De schade is voor elke afzonderlijke gelaedeerde zo gering dat het niet loont om als individu schadevergoeding te vorderen. Deze vorm van massaschade wordt strooischade genoemd.[1] Bij strooischade gaat het om een kleine schadepost in het vermogen van een grote hoeveelheid individuen die veroorzaakt is door een of meerdere normschenders. De kleine schadeposten

1 In de Duitstalige literatuur wordt veelal over *'Streuschäden'* (meervoud) of *'Streuschaden'* (enkelvoud) gesproken. Zie bijvoorbeeld Micklitz & Stadler 2003, p. 94, Stadler 2001, p. 1 e.v.; Brönneke 2001, p. 4. Zie ook Tzankova 2005, p. 18. In de Engelstalige literatuur wordt wel over *trifle loss* of *scattered damages claims* gesproken.

van de benadeelde individuen vormen bij elkaar opgeteld een aanzienlijk bedrag aan schade. Massaschade wordt wel onderscheiden in substantiële schade en strooischade.[2] Bij substantiële schade is het, gezien de omvang van de individuele claim, ook financieel lonend individueel te procederen. Proceseconomische redenen vormen veelal de voornaamste reden om collectief te procederen. Bij strooischade rechtvaardigen de individuele financiële belangen geen individuele actie en kan alleen een collectieve actie financieel verantwoord zijn.

8.2.2 Twee typen strooischade

Strooischade wordt in de literatuur wel onderverdeeld in twee typen strooischade.[3] Het eerste type betreft vorderingen waarbij het voeren van een individuele procedure ter verkrijging van schadevergoeding financieel te kostbaar zou zijn voor de gelaedeerde, maar het voeren van een collectieve actie niet. Het tweede type betreft vorderingen waarbij de schade die wordt geleden zelfs zo gering is, dat het ook voor de gelaedeerde die wil deelnemen aan een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding niet de moeite waard is om te procederen.

Bij het eerste type strooischade is een effectieve toegang tot de rechter in het geding. Het is financieel niet haalbaar om als gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een individuele schadevergoedingsactie in te stellen. De kosten om individueel te procederen zullen te hoog zijn in verhouding met de te verwachten opbrengsten. Bij het tweede type strooischade zal de schade naar subjectieve maatstaven door de schadelijders niet snel als verlies of nadeel worden gevoeld.[4] De drang om via een collectieve schadevergoedingsactie daadwerkelijk een op compensatie gerichte actie te ondernemen, is niet aanwezig nu de omvang van de geleden schade minimaal is. Er is bij de benadeelden sprake van wat in de literatuur wel 'rationele desinteresse' wordt genoemd.[5] Dit neemt niet weg dat de schade van de groep benadeelden als geheel wel degelijk hoog kan zijn. Het onrechtmatig voordeel dat de inbreukmaker heeft verkregen als gevolg van de voortdurende inbreuk op het mededingingsrecht zal substantieel zijn.[6]

2 Tzankova 2005, p. 15-16 en p. 24.
3 Tzankova 2005, p. 18-22.
4 Tzankova 2005, p. 20.
5 Stadler 1999, p. 174. Zie ook Asser, Groen & Vranken 2003, p. 175 e.v.; Tzankova 2005, p. 23 e.v. Van den Bergh 2006, p. 148 e.v. Van den Bergh heeft het over rationele apathie.
6 Vgl. Du Perron 2003, p. 109; Tzankova 2005, p. 21.

8.2.3 Collectieve voordeelsontneming of collectieve schadevergoeding

Compensatie van de geleden schade is normaal gesproken het uitgangspunt in het schadevergoedingsrecht (zie § 7.2.1). Tzankova wijst op het feit dat bij het tweede type strooischade niet zozeer om compensatie gaat, maar veel meer om de vraag of een bepaald normen- en waardenbesef meebrengt dat een normschender correctie behoeft en niet mag profiteren van de voordelen van zijn normschendend gedrag.[7] Tzankovana heeft een voorkeur voor het gebruik van de aanduiding 'collectieve voordeelsontneming' boven de aanduiding 'collectieve schadevergoeding', omdat de laatste aanduiding misleidend kan zijn nu noch het ongedane groepsnadeel, noch het ontnomen voordeel uiteindelijk tot een daadwerkelijke schadeloosstelling van de schadelijders hoeft te leiden.[8] Dit moge bij het tweede type strooischade het geval zijn, bij het eerste type strooischade gaat het wel degelijk om een collectieve schadevergoeding voor de gelaedeerden. Ik kies er dan ook in dit hoofdstuk voor om de aanduiding 'collectieve schadevergoeding' of 'collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding' te gebruiken en niet de aanduiding 'collectieve voordeelsontneming', tenzij ik specifiek doel op voordeelsontneming (§ 8.3.4.3). Dat neemt niet weg dat ik bewust ben van het feit dat collectieve schadevergoeding niet tot een daadwerkelijke schadeloosstelling van de schadelijders hoeft te leiden (met name bij het tweede type strooischade).

8.2.4 De vergoeding van strooischade in mededingingszaken overbodig?

Verdedigd zou kunnen worden dat het relatief onbelangrijk is dat de kleine bedragen aan strooischade (van het tweede type waarbij sprake is van rationele desinteresse bij de uiteindelijke gelaedeerden) voor vergoeding in aanmerking komen omdat het om minimale bedragen per gelaedeerde gaat. Vergelijk ook art. VI. – 6:102 van de *Draft Common Frame of Reference* waarin is neergelegd dat 'Trivial damage is to be disregarded' (*de minimis* regel). Dit argument is echter niet houdbaar. Hoewel de schade per individuele consument gering is, hebben een of meer schenders van het mededingingsrecht een aanzienlijk voordeel kunnen behalen als gevolg van de schaalgrootte enerzijds en de onmogelijkheid om daar als individuele consument iets tegen te ondernemen anderzijds.

Tzankova wijst er terecht op dat strooischade niet als bagatelschade mag worden gezien.[9] Zij onderscheidt een viertal redenen waarom de aanpak van strooischade wenselijk is.[10] In de eerste plaats wordt met de aanpak van

7 Tzankova 2005, p. 22.
8 Tzankova 2005, p. 22-23.
9 Tzankova 2005, p. 49-50.
10 Tzankova 2005, p. 127.

strooischade een betere aansluiting gevonden bij in de samenleving levende noties van rechtvaardigheid, die meebrengen dat een normschender niet van zijn normschendend gedrag mag profiteren. Hiermee hangt samen de toenemende maatschappelijke behoefte naar redres van onrecht. In de tweede plaats worden ongelijkheidsverhoudingen gecorrigeerd. In de derde plaats wordt normvervaging met bijbehorende uitstralende werking tegengegaan. In de vierde plaats zal van de aanpak van strooischade enige preventieve werking kunnen uitgaan omdat de laedens zelf voor de kosten van de mededingingsbeperkende gedraging moet opdraaien. De door Tzankova genoemde argumenten gelden ook voor de strooischade die veroorzaakt is door een schending van het mededingingsrecht.

8.2.5 Handhaving van het objectieve recht in plaats van individuele compensatie

Nu individuele compensatie bij het tweede type strooischade niet de grondslag vormt voor het met behulp van het privaatrecht instellen van een rechtsvordering tot verkrijging van schadevergoeding, wordt vaak veel verwacht van de bestuursrechtelijke handhaving. Dat dit niet altijd terecht is, heeft Tzankova in haar studie naar strooischade reeds aangetoond. In het bestuursrecht staat namelijk de rechtsbeschermingsgedachte centraal en draait het niet primair om handhaving van het objectieve recht.[11] Zo kan sprake zijn van een situatie waarin het privaatrecht rekent op bestuursrechtelijke handhaving (zo wijst de burgerlijke rechter in een mededingingsrechtelijke procedure soms graag door naar de bestuursrechtelijke weg, met name in het geval dat sprake is van een kortgedingprocedure), terwijl het bestuursrecht rekent op de mogelijkheden die het civiele recht biedt (zo wijst de wetgever op het grote belang van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht).

In die gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo groot is dat een individuele of gebundelde actie de moeite waard is (bij substantiële schade en het eerste type strooischade), zal de mogelijkheid om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te kunnen vorderen niet essentieel zijn voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Een actie zal in dat geval ook worden ingesteld zonder dat een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding mogelijk is. Daarentegen is in de gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo klein is dat zij niet zelfstandig een actie zullen instellen of zullen deelnemen aan een gebundelde actie, de mogelijkheid om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te kunnen vorderen essentieel voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Deze groep gelaedeerden heeft anders geen effectieve mogelijkheid de rechten die voortvloeien uit de mededingingsregels door

11 Tzankova 2005, p. 127.

middel van het privaatrecht te handhaven. Een aantal gelaedeerden zal zich na afloop van een succesvolle collectieve actie melden bij de initiatiefnemer om een deel van de schadevergoeding te incasseren. Een ander deel van de groep gelaedeerden zal, ondanks de succesvolle afloop van de collectieve actie, geen aanspraak maken op de toegewezen vergoeding. Voor deze laatste categorie maakt het voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet uit of de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve actie bestaat.

Weinrib stelt in *The Idea of Private Law* de onrechtvaardigheid van de winst of schade voorop en niet zozeer het bedrag van de winst of het nadeel.[12] Bij de strooischade die ontstaat bij de consument als gevolg van een schending van het mededingingsrecht door de laedens kan deze visie van Weinrib ook van pas komen. Het herstel van het door de strooischade verstoorde evenwicht heeft prioriteit. De vereffende rechtvaardigheid (die de oorspronkelijke evenwichtstoestand van de verdelende rechtvaardigheid weer wil herstellen) brengt met zich mee dat de schender van het mededingingsrecht niet mag profiteren van zijn normschendend gedrag. De vereffende rechtvaardigheid kan zowel het ontnemen van (kartel of misbruik)winst als het vergoeden van (kartel of misbruik)schade met zich meebrengen.[13] Naar Nederlands recht kan winstafdracht als een vorm van abstracte schadeberekening worden gezien. De gelaedeerde heeft op grond van artikel 6:104 BW geen eigen aanspraak op winstafdracht. Het betreft slechts een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de schade op het bedrag van de winst te begroten.[14] Zie mijn bespreking in § 7.7.3.6.

Voor wat betreft de problemen die zich voordoen bij strooischade die geleden is door gelaedeerden die geen aanspraak maken op de toegewezen schadevergoeding kan een link worden gemaakt met de visie van Verheij, die in zijn dissertatie in het kader van het zoeken van een rechtvaardiging voor het recht op smartengeld verdedigt dat het privaatrecht in staat dient te zijn te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht.[15] Niet direct met het oog op speciale of generale preventie, maar omdat er zonder reactie geen (subjectief) recht is. Rechtshandhaving is in de visie van Verheij de reden dat personen is sommige gevallen een recht op smartengeld hebben, terwijl er geen duidelijk aantoonbare schade is geleden die gecompenseerd dient te worden. In die visie wordt meer gekeken naar het belang van rechtshandhaving dan naar het belang van compensatie van de geleden schade.[16] Indien deze visie wordt toegepast op de problematiek bij strooischade die geleden

12 Weinrib 1995, p. 115 e.v.
13 Tzankova 2005, p. 50.
14 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)*. Zie ook HR 11 april 2000, *NJ* 2000, 489 m.nt. DWFV *(HBC c.s./Danestyle)*.
15 Verheij 2002, p. 445. Zie ook Tzankova 2005, p. 51.
16 Verheij 2002, p. 387 e.v.

is door gelaedeerden die geen aanspraak maken op de toegewezen schadevergoeding, kan met een beroep op het belang van rechtshandhaving worden verdedigd dat het voordeel van de laedens dient te worden ontnomen met behulp van een collectieve actie. Compensatie van de door de gelaedeerden geleden schade speelt in dat geval een ondergeschikte rol.

8.3 De collectieve actie (artikel 3:305a BW)

8.3.1 Rechterlijk verbod en gebod

Artikel 3:305a BW biedt sinds 1994 de mogelijkheid voor een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten en blijkens de ontplooide activiteiten ook daadwerkelijk behartigt.[17] Op deze wijze kunnen belangenorganisaties optreden in zaken waar per individu geringe, maar in totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan. Tevens is de drempel om naar de rechter te stappen voor een belangenorganisatie lager en zou van een collectieve actiemogelijkheid een zekere preventieve werking uit kunnen gaan.[18] De belanghebbenden zelf (de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht) houden de mogelijkheid zelfstandig in rechte een actie in te stellen. Zij zijn niet gebonden aan de uitspraak verkregen door de belangenorganisatie, nu de uitspraak op grond van het gezag van gewijsde slechts bindende kracht heeft tussen de belangenorganisatie en de gedaagde. Uiteraard kunnen belanghebbenden zich niet onttrekken aan de werking van een rechterlijke uitspraak indien de belangenorganisatie via een rechterlijk bevel of verbod een toekomstige mededingingsovertreding wil voorkomen.

Een stichting of vereniging in de zin van artikel 3:305a BW is alleen ontvankelijk in een groepsactie indien zij in de gegeven omstandigheden voldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van voorafgaand overleg te bereiken. Daarnaast zal een stichting of vereniging in de zin van artikel 3:305a BW slechts ontvankelijk zijn ingeval de behartigde belangen van de tot de groep

17 Zie hiervoor uitgebreider het proefschrift van Frenk 1994, in het bijzonder hoofdstuk 4. Onder het oude recht bestond geen algemene regel voor de collectieve actie. Er bestonden in het BW wel enkele bepalingen over misleidende reclame (6:196) en algemene voorwaarden (6:240). Ook in andere wetgeving bestonden bepalingen over deze actie. Te denken valt aan de Auteurswet (art. 29a), de Wet op de Persoonsregistraties (art. 10 lid 2), de Vestigingswet bedrijven 1954 (art. 30a), de Vestigingswet detailhandel (art. 26), de Drank- en Horecawet (art. 57a), de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (art. 20a), de Algemene wet gelijke behandeling (art. 10), de Wet op de naburige rechten (art. 19) en de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren (art. 128). Zie ook Stolker 2009 (T&C Vermogensrecht), art. 3:305a BW, aant. 8.

18 *Kamerstukken II* 1991/91, 22 486, nr. 3, p. 2 (MvT).

behorende individuen zich voor bundeling lenen.[19] Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht zal dit laatste niet altijd het geval zijn.[20] De belangen van consumenten zullen bijvoorbeeld niet per definitie overeenstemmen met de belangen van afnemers die op een ander niveau in de bedrijfskolom zijn geplaatst. Denk bijvoorbeeld aan importeurs of andere tussenpersonen die de mogelijk hogere prijs hebben doorberekend aan hun afnemers (zie mijn bespreking over het *passing-on* verweer in § 7.9). Voor de toewijsbaarheid van de vordering is het noodzakelijk dat niet hoeft te worden geoordeeld over individuele leden van de collectiviteit. In dat geval is namelijk geen sprake van gelijksoortige belangen.[21] Denk bijvoorbeeld aan aspecten van eigen schuld (6:101 BW), bepaalde aspecten van causaal verband en bestaan en omvang van de schade (zie echter mijn opmerkingen in § 8.3.2.1). In de *Vie d'Or*-zaak werd bijvoorbeeld geweigerd een verklaring voor recht te geven die verder gaat dan het onrechtmatigheidsoordeel.[22] Zie verder mijn bespreking in § 8.3.2.1.

In de literatuur wordt artikel 3:305a BW veelal in verband gebracht met artikel 1:2 lid 3 Awb.[23] Artikel 1:2 lid 3 Awb bepaalt dat ten aanzien van rechtspersonen als hun belangen mede worden beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen (zie over artikel 1:2 lid 3 Awb de bespreking in § 3.7 en § 3.9). Beide regelingen verschillen echter aanzienlijk. Zo stelt artikel 3:305a BW de eis van volledige rechtsbevoegdheid, zodat voor een informele vereniging geen plaats is. Daarnaast stelt artikel 3:305a BW, in tegenstelling tot artikel 1:2 lid 3 Awb, niet de eis van feitelijke werkzaamheid. Artikel 3:305a BW volstaat met de eis van belangenbehartiging ingevolge de statuten, terwijl de Awb het 'in het bijzonder' criterium gebruikt. De Awb kent tevens de uitzondering van de vordering tot schadevergoeding in geld niet (zie § 8.3.4). De strekking van de bepalingen is ook verschillend. In artikel 1:2 lid 3 Awb wordt het geschil bepaald door een bestuursbesluit en de publieke belangbehartiging door de overheid. Artikel 1:2 lid 3 Awb strekt er niet toe om organisaties de mogelijkheid te bieden hun statutaire belangen

19 Het begrip 'bundeling van belangen' is ontwikkeld in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 m.nt. WHH *(De Nieuwe Meer)*; HR 11 december 1987, *NJ* 1990, 73 m.nt. WHH en MS *(Staat/Nederlandse Vereniging van erkende reclame-adviesbureaus)*. Zie Lemstra 2005, p. 300. Zie over de bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter ook Groenendijk 1981, p. 47 e.v.

20 Zie bijvoorbeeld Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 139.

21 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 139.

22 In de *Vie d'Or* zaak heeft de Stichting Vie d'Or procedures aangespannen tegen de Verzekeringskamer, de accountants van Vie d'Or en een voormalig actuaris van Vie d'Or. Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *(Stichting Vie d'Or/Verzekeringskamer)*; *NJ* 2008, 528 *(Stichting Vie d'Or/Accountants)* en *NJ* 2008, 529 m.nt. C.C. van Dam *(Stichting Vie d'Or/Actuaris)*.

23 Zie bijvoorbeeld Van der Velde 1997, p. 1705-1709.

als materieel belang in het bestuursproces te behartigen.[24] Artikel 3:305a BW gaat daarentegen over de zelfstandige behartiging van statutaire belangen.[25]

Voor wat betreft de ontvankelijkheid wordt gekeken naar de vraag of de bij de vordering betrokken belangen zich voor bundeling lenen. Het soort vordering is voor de ontvankelijkheid niet van belang. Op grond van artikel 3:305a BW kan in een mededingingsrechtelijk geschil een rechterlijk verbod worden gevorderd om een bepaalde onrechtmatige handeling te verrichten. Ook kan gedacht worden aan een rechterlijk bevel (gebod) om een bepaalde handeling te verrichten waarvan het nalaten onrechtmatig zou zijn (artikel 3:296 BW). Met een verbods- of gebodsactie kan worden bereikt dat de mededingingsbeperkende gedraging wordt gestaakt of wordt voorkomen. Zo kan de gelaedeerde aan de rechter vragen om de laedens een verbod op te leggen nog langer het mededingingsrecht te schenden (denk bijvoorbeeld aan een verbod om levering te weigeren of een verbod op *predatory pricing*). Tevens kan de gelaedeerde aan de rechter vragen om de laedens een bevel op te leggen om een handeling te verrichten waarvan het nalaten in strijd zou zijn met het mededingingsrecht (denk bijvoorbeeld aan een gebod om te leveren of te contracteren in een geval van leveringsweigering).[26] Naast het rechterlijk verbod of bevel zal vaak een dwangsom worden gevorderd (artikel 611 a-i Rv).

In de praktijk spelen verbods- en gebodsacties zich vooral af voor de voorzieningenrechter in kort geding. Bij dergelijke verbods- of gebodsacties behoeven minder elementen te worden bewezen. Vereist is een reële dreiging van een onrechtmatige daad. Dreiging van schade behoeft niet te worden bewezen (artikel 3:296 BW). Uiteraard dient de eiser wel voldoende belang bij zijn vordering te hebben (artikel 3:303 BW).

8.3.2 Verklaring voor recht

8.3.2.1 Algemeen

Naast het rechterlijk verbod en gebod kan in een collectieve actie een verklaring voor recht worden gevorderd waarin de schending van het mededingingsrecht wordt vastgesteld. Een uitspraak van de rechter waarin voor recht wordt verklaard dat het mededingingsrecht is geschonden (declaratoir vonnis) zou individuele gelaedeerden behulpzaam kunnen zijn bij het uiteindelijk verkrijgen van schadevergoeding.[27] Is over de onrechtmatigheid al een uitspraak gewezen, dan zal een individuele benadeelde zich in een schadeprocedure kunnen

24 Schlössels 2004, p. 106.
25 Schlössels 2004, p. 106.
26 Zippro 2001; Houben 2005, p. 306.
27 Vgl. HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268 m.nt. Ma *(Philips/VEB)*.

toeleggen op de individuele kanten van zijn vordering. Te denken valt aan vragen over causaliteit en de omvang van de schade.

Het zou voor belangenorganisaties onder omstandigheden ook mogelijk moeten zijn om een verklaring voor recht te vragen met betrekking tot vragen betreffende causaliteit en schade.[28] Bij deze omstandigheden kan gedacht worden aan veralgemeniseerbare vragen over causaliteit en schade die de rechter kan beantwoorden zonder acht te slaan op de individuele omstandigheden van de gelaedeerden. In de *Vie d'Or*-zaak hebben Rechtbank en Hof echter geweigerd een verklaring voor recht te geven die verder gaat dan het onrechtmatigheidsoordeel.[29] De Hoge Raad heeft in de *Vie d'Or*-zaak bepaald dat een vordering tot verklaring voor recht dat meerdere partijen (in casu de Verzekeringskamer, de actuaris en de accountants) hoofdelijk verbonden zijn tot voldoening van de schade die de gelaedeerden (in casu de voormalige polishouders in het faillissement van Vie d'Or) hebben geleden, niet op de voet van artikel 3:305a BW kan worden ingesteld.[30] De Hoge Raad overweegt (r.o. 9.1.3):

> 'Nu deze vaststelling niet kan geschieden zonder te treden in de vraag in welke mate, afhankelijk van de bijzondere omstandigheden van het geval, het ontstaan van die individuele schade aan het handelen van de accountants, de Verzekeringskamer en de actuaris kan worden toegerekend en in welke mate de aan dezen en mogelijk aan de individuele benadeelde toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, verzet de strekking van art. 3:305a BW zich tegen toewijzing van die vordering.'

Dit zou met zich mee kunnen brengen dat ook de vordering tot verklaring voor recht dat meerdere schenders van het mededingingsrecht (de kartelsluitende partijen A, B en C) hoofdelijk verbonden zijn tot voldoening van de kartelschade die de directe en/of indirecte afnemers hebben geleden niet op grond van artikel 3:305a BW kan worden ingesteld. De belangen die een dergelijke rechtsvordering beoogt te dienen, laten zich (indien de redenering van de Hoge Raad in de *Vie d'Or*-zaak wordt doorgetrokken) in onvoldoende mate veralgemeniseren zodat zij niet kunnen worden gerekend tot de gelijksoortige belangen waarop artikel 3:305a BW het oog heeft. Het feit dat de rechter in de *Vie d'Or*-zaak wel beslissingen had gegeven over 'veralgemeniseerbare vraagstukken van causaliteit en aansprakelijkheid' (het causaal verband tussen het onrechtmatig handelen van de aansprakelijke partijen en de totale schade en

---

28 Vgl. Croiset van Uchelen 2007, p. 126.

29 In de *Vie d'Or* zaak heeft de Stichting Vie d'Or procedures aangespannen tegen de Verzekeringskamer, de accountants van Vie d'Or en een voormalig actuaris van Vie d'Or. Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *(Stichting Vie d'Or/Verzekeringskamer)*; *NJ* 2008, 528 *(Stichting Vie d'Or/Accountants)* en *NJ* 2008, 529 m.nt. C.C. van Dam *(Stichting Vie d'Or/Actuaris)*.

30 Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 528 *(Stichting Vie d'Or /Accountants)*, r.o. 9.1.3.

het tijdstip waarop die totale schade moet worden berekend) doet hier volgens de Hoge Raad niet aan af.[31]

8.3.2.2 Gezag van gewijsde

Bij een collectieve actie dient rekening te worden gehouden met het feit dat het gezag van gewijsde (de bindende kracht van het vonnis) alleen geldt tussen de partijen die betrokken waren bij de procedure die heeft geleid tot de verklaring voor recht waarin de schending van het mededingingsrecht is vastgesteld.[32] Alleen voor die partijen geldt dat in latere procedures tussen dezelfde partijen onbetwistbaar is hetgeen de rechter omtrent de rechtsbetrekking tussen partijen in zijn vonnis (de verklaring voor recht dat het mededingingsrecht al dan niet is geschonden) heeft beslist.[33] Voor het inroepen van het gezag van gewijsde is voldoende dat tussen partijen dezelfde rechtsbetrekking in geschil is. De vordering hoeft niet hetzelfde te zijn.[34]

In de Memorie van Toelichting wordt erop gewezen dat de rechter 'toch snel ervan zal uitgaan dat de litigieuze gedraging óók jegens individuele belanghebbenden die zelf een vordering tot schadevergoeding instellen, onrechtmatig zal zijn.'[35] De mogelijkheid wordt geopperd dat de rechter hier de gedaagde het bewijs kan opdragen dat juist jegens deze belanghebbende de gedraging niet onrechtmatig is.

Frenk wijst op het feit dat een declaratoir vonnis waarin wordt geconstateerd dat de gedraging onrechtmatig is, 'een steun in de rug is' bij de vordering tot verkrijging van schadevergoeding.[36] In de Memorie van Toelichting wordt erop gewezen dat in principe bij een declaratoir vonnis op verzoek van een belangenorganisatie de schadeplichtigheid vast staat, zodat individuele gedupeerden met het declaratoir vonnis hun voordeel kunnen doen.[37]

Croiset van Uchelen spreekt over een 'in beginsel bindend effect' dat niet overeenkomt met gezag van gewijsde, al pleit hij voor de aanname dat een uitspraak ex artikel 3:305a BW wel gezag van gewijsde zou moeten hebben in vervolgprocedures die worden ingesteld door individuele gelaedeerden.[38] Dit zou dan niet mogen ten nadele van een individuele gelaedeerde die zich niet uitdrukkelijk in het geding heeft gevoegd of de kans heeft gehad zich

31 Zie HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 528 *(Stichting Vie d'Or /Accountants)*, r.o. 9.1.3.
32 Zie over het gezag van gewijsde onder meer Veegens 1972; Star Busmann/Rutten 1972, nrs. 391-393; Asser/Anema & Verdam 1953, p. 291-376; Gras 1994; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 60; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 121-122 en de daar genoemde literatuur. Zie specifiek over de verhouding tussen het gezag van gewijsde en collectieve acties hoofdstuk 9 van de dissertatie van Frenk: Frenk 1994, p. 313-337.
33 Zie ook *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 26.
34 HR 18 september 1992, *NJ* 1992, 747.
35 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 26.
36 Frenk 1994, p. 29 e.v.
37 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p. 30.
38 Croiset van Uchelen 2007, p. 123-124.

daarin te voegen (*opt-in*) of de kans heeft gehad zich aan de werking van de uitspraak in de procedure te ontrekken (*opt-out*).[39]

Tzankova en Croiset van Uchelen zijn voorstander van een *opt-out* systeem.[40] Een dergelijk *opt-out* systeem wordt in de Verenigde Staten gehanteerd en werkt bij het oplossen van grote massaschades goed. Het gehanteerde *opt-in* systeem in Engeland is minder succesvol in het afwikkelen van massaschades. Dit valt deels te verklaren doordat gelaedeerden veelal terughoudend zullen zijn om zich in het geding te voegen en zich uit te leveren aan de belangenorganisatie indien het aankomt op procederen.[41]

Het is mogelijk om, voor wat betreft het gezag van gewijsde van een uitspraak in een artikel 3:305a BW procedure, onder de huidige regelgeving reeds een *opt-in* systeem te hanteren. Dit kan door als belangenorganisatie een volmacht te vragen van de individuele gelaedeerden om zich namens hen in het geding als partij te voegen. Vervolgens dient een conclusie tot partijvoeging ex artikel 217 Rv te worden genomen, waaraan een lijst wordt toegevoegd met alle partijen die zich wensen te voegen. De genoemde partijen zullen gebonden zijn aan het gezag van gewijsde van de uitspraak in de procedure.[42] Croiset van Uchelen wijst daarbij op het feit dat dergelijke incidentele conclusies in de loop van een procedure meerdere malen kunnen worden genomen, zodat nieuwe groepen gelaedeerden zich kunnen aansluiten bij de procedure en zich zullen refereren aan de standpunten van de belangenorganisatie.[43]

8.3.3 Onverschuldigde betaling

Naast een rechterlijk verbod of gebod en de verklaring voor recht behoort in een collectieve actie tevens een vordering uit onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW e.v.) tot de mogelijkheden.[44] Onverschuldigd betaalde bedragen als gevolg van een schending van het mededingingsrecht kunnen door middel van een collectieve actie worden teruggevorderd.[45] Zo zal het gedeelte van

39 Croiset van Uchelen 2007, p. 124.
40 Tzankova 2007a, p. 147-150, p. 182-183; Croiset van Uchelen 2007, p. 124.
41 Croiset van Uchelen 2007, p. 124.
42 Knigge 1998, p. 278; Croiset van Uchelen 2007, p. 124.
43 Croiset van Uchelen 2007, p. 126.
44 Iedere vordering is bijna mogelijk. Zo zijn bijvoorbeeld de vordering tot nakoming van een overeenkomst, de vorderingen tot ontbinding door de rechter van een overeenkomst en de vordering tot vernietiging van een rechtshandeling door de rechter mogelijk. Ook kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de vordering tot nakoming van een ongedaanmakingsverbintenis (art. 6:271 BW). Zie ook Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 69.
45 Vgl. Hof Leeuwarden 22 oktober 1997, *NJ* 1998, 251 *(Vereniging tegen Piramidespelen/No Limits)*. Zie met betrekking tot de vordering uit onverschuldigde betaling de verwijzing in het arrest naar de parlementaire geschiedenis (met name de opmerkingen van de staatssecretaris van justitie), r.o. 24-25. Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 15 februari 1989, *TvC*

de prijs boven het normale marktniveau onverschuldigd zijn betaald, ingeval de betreffende overeenkomst (gedeeltelijk) nietig is op grond van artikel 81 lid 2 EG en/of artikel 6 lid 2 Mw. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de overeenkomst vernietigd is op grond van een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW of artikel 6:228 BW.[46]

8.3.4 Schadevergoeding

8.3.4.1 Algemeen

Het derde lid van artikel 3:305a BW bepaalt dat de rechtsvordering niet kan strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. De argumenten van de Nederlandse wetgever om de rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van artikel 3:305a lid 3 BW uit te sluiten, komen mij niet sterk voor. De motivering van de wetgever om de rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van artikel 3:305a lid 3 BW uit te sluiten, is dat slechts individueel kan worden bepaald of en in hoeverre een persoon jegens wie onrechtmatig zou zijn gehandeld daardoor schade heeft geleden. De collectieve vordering zou hier niet geschikt voor zijn. Wegens het feit dat het dient te gaan om gelijksoortige belangen, dienen volgens het amendement Soutendijk/Korthals in een collectieve actie geen individueel verschillende vragen aan de orde te komen zoals bij de vordering tot verkrijging van schadevergoeding het geval zal zijn. Daarnaast zou de bestaande regelgeving volstaan, door in het geval de schade namens bepaalde personen te vorderen zou zijn, te denken aan de procesvolmacht en de lastgeving ter incasso.[47] Het voeren van een proefproces zou een andere mogelijke oplossing zijn.[48]

Het is te betreuren dat de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen, welke mogelijkheid in het aanvankelijke wetsvoorstel van de wetgever nog

---

1989, p. 76 e.v. *(Consumentenbond en ANBO/PTT)*. Zie Jongbloed (*Vermogensrecht*), art. 3:305a, aant. 16.

46 In Nederland bestaan twee verschillende acties op grond van ongegronde vermogensverschuiving die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen. De actie uit onverschuldigde betaling enerzijds en de actie uit ongerechtvaardigde verrijking anderzijds. Onverschuldigde betaling is verwant met ongerechtvaardigde verrijking. Beide vorderingen kunnen echter niet worden vereenzelvigd. Enerzijds is een actie uit onverschuldigde betaling mogelijk, onafhankelijk van de vraag of daardoor A ten koste van B is verrijkt. Anderzijds is een actie uit ongerechtvaardigde verrijking toewijsbaar die niet op onverschuldigde betaling is gegrond. De vorderingen uit onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking verschillen niet alleen in de vereisten waaraan moet zijn voldaan, maar ook in het doel waarop zij zijn gericht. Bij onverschuldigde betaling strekt de vordering tot ongedaanmaking van de zonder rechtsgrond verrichte prestatie. Bij ongerechtvaardigde verrijking strekt de vordering tot vergoeding van schade.

47 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 486, nr. 3, p.30 (MvT); Frenk 1994, p. 163.

48 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 177.

wel bestond, zonder goede reden (anders dan vermeende praktische overwegingen) bij amendement is verdwenen.[49] Het is maar de vraag of de angst voor een zekere mate van pluriformiteit in een collectieve actie terecht is.[50] De argumenten van de wetgever om de rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van artikel 3:305a lid 3 BW uit te sluiten, zijn niet overtuigend. Ook bij de in andere rechtsstelsels bestaande collectieve acties of *class actions* wordt bepaald of en in hoeverre personen schade hebben geleden en wordt uiteindelijk aan de personen die deze schade hebben geleden schadevergoeding uitgekeerd. De technisch-juridische problemen die ontstaan bij de vordering tot schadevergoeding in geld zijn niet onoverkomelijk. Ook voor een collectiviteit kan worden bepaald of en in hoeverre een (rechts)persoon jegens wie onrechtmatig zou zijn gehandeld schade heeft geleden als gevolg van de onrechtmatige gedraging. In de Amerikaanse *class action* vormt enige pluriformiteit ook geen beletsel voor het kunnen vorderen van schadevergoeding in geld.[51]

Het dient naar Nederlands recht op grond van artikel 3:305a BW te gaan om gelijksoortige belangen en de belangen moeten bundelbaar zijn. Het is verdedigbaar dat de grondslag van de vorderingen hetzelfde dient te zijn, maar indien bij de vaststelling van schade eventuele complicerende afzonderlijke berekeningen vereist zijn, kan de rechter zich best beperken tot vragen van aansprakelijkheid. De vraag naar de omvang van de individuele schade zou verder in een schadestaatprocedure kunnen worden afgehandeld.[52]

Eventuele problemen met betrekking tot de onbundelbaarheid van bepaalde belangen kunnen goed door de rechter zelf worden opgelost. Zo wijst Oranje op het feit dat de rechter (al dan niet na een comparitie) met behulp van een tussenvonnis in de zin van artikel 232 Rv kan beslissen op mogelijke weren van de gedaagde partij die zijn gegrond op onbundelbaarheid van de betrokken belangen. Door de vordering gedeeltelijk af te wijzen, kunnen ook bepaalde belanghebbenden buiten het collectief worden geplaatst.[53] Tevens kan de groep van belanghebbenden geheel worden goedgekeurd (waarbij de weren van de gedaagde partij ongegrond worden verklaard) of kan de collectieve actie geheel worden afgewezen (waarbij de weren geheel gegrond worden bevonden).

---

49 Amendement Soutendijk/Korthals, *Kamerstukken II* 1993/94, 22 486, nr. 15. Zie ook Oranje & Henquet 2004, p. 342 e.v.

50 Vgl. Oranje 2005, p. 290.

51 Oranje 2005, p. 290.

52 Zie over de schadestaatprocedure onder meer Spoelder 1966.

53 Oranje 2005, p. 296-297.

8.3.4.2 Een mogelijke oplossing; de collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding

De door het amendement Soutendijk/Korthals in de wet gekomen beperking vormt, gelet op de zojuist genoemde argumenten, een onnodige belemmering bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het is de hoogste tijd om de beperking in het derde lid van artikel 3:305a BW te schrappen en zo de mogelijkheid te scheppen om ook in collectief verband schadevergoeding in geld te vorderen. Deze conclusie wordt ondersteund door de fundamentele herbezinners van het burgerlijk procesrecht, die van mening zijn dat met name in het geval van 'strooischade' (volgens de definitie van de herbezinners: 'schade aan vele benadeelden die qua omvang voor elk daarvan zo minimaal is dat het voor hen afzonderlijk niet de moeite en kosten rechtvaardigt om deze in rechte af te dwingen') de toegang tot de rechter verbeterd kan worden.[54] Zij denken daarbij aan invoering van een adequate *small claims*-procedure of uitbreiding van de collectieve actieregeling met de mogelijkheid om in het geval van strooischade een schadevergoeding te mogen vorderen. Ook een combinatie van beide mogelijkheden wordt denkbaar geacht.[55]

Het is zaak dat de wetgever de aanbeveling van de fundamentele herbezinners serieus in overweging neemt en de gevolgen van het amendement Soutendijk/Korthals zo spoedig mogelijk ongedaan maakt. Een procedure in twee fasen zou bij een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding uitkomst kunnen bieden. De eerste fase is vergelijkbaar met een vordering tot verkrijging van schadevergoeding nader op te maken bij staat. In de eerste fase beslist de rechter of de vermeende schender van het mededingingsrecht aansprakelijk is voor de gestelde schade, zonder dat hoeft te worden geoordeeld over de precieze omvang van de schade. In deze fase dient te worden vastgesteld voor welke gedragingen en voor welke soorten schade de vermeende laedens aansprakelijk wordt gehouden. Tevens moet worden afgebakend welke groep(en) benadeelden binnen het collectief vallen.

In de tweede fase moet de omvang van de collectieve actie worden vastgesteld. Haak en VerLoren van Themaat stellen voor dat 'de collectieve vordering strekt tot betaling van de collectieve schade aan een fonds, dat vervolgens ervoor zorgt dat de schade per geval nader wordt vastgesteld, teneinde geschillen tussen individuele benadeelden en het fonds te voorkomen.'[56] Daarbij kan worden aangesloten bij de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade. Een systeem van *damage scheduling* zal hierbij uitkomst kunnen bieden. In een dergelijk systeem worden groepen benadeelden met vergelijkbare schade in

54 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 188.
55 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 187.
56 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 102-103.

categorieën ingedeeld en wordt per categorie een forfaitair schadebedrag vastgesteld.

Een dergelijke procedure dient wel met voldoende grondrechtelijke waarborgen te worden omkleed. Haak & VerLoren van Themaat wijzen op het feit dat niet alleen het beginsel van partijautonomie in het burgerlijk procesrecht en het in artikel 17 Grondwet neergelegde recht op toegang tot de rechter in het geding zijn, maar ook het voorschrift van artikel 6 EVRM dat een ieder bij de vaststelling van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.[57] Aan deze grondrechtelijke waarborgen wordt voldaan indien wordt voorzien in een adequate *opt-out* mogelijkheid. Een andere optie is een *opt-in* systeem. Een *opt-in* mogelijkheid zal niet veel toevoegen aan een effectievere privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Nadeel van een dergelijk systeem is dat er altijd een grote groep gelaedeerden zal zijn die zich afzijdig zal houden (rationele desinteresse of onbekendheid met de collectieve actie). Voor de gelaedeerden van strooischade is het actief aanmelden bij een collectieve actie nu juist een probleem wegens de geringe financiële belangen die voor de gelaedeerden op het spel staan. Dit brengt met zich mee dat het behaalde voordeel bij de schender van het mededingingsrecht blijft.[58] Een collectieve actie met een *opt-in* mogelijkheid voegt niet veel toe aan de reeds bestaande mogelijkheid om een gebundelde actie in te stellen (zie § 8.4).

Indien de collectieve vordering strekt tot betaling van de collectieve schade aan een fonds, zal het fonds vervolgens de schade per benadeelde individueel kunnen vaststellen en uitbetalen. Daarbij speelt nog wel de vraag aan wie het overschot toekomt indien een bepaald bedrag in het fonds niet is opgevraagd door de gelaedeerden. Haak & VerLoren van Themaat bespreken verschillende opties.[59] Zo kan het overschot aan de overtreder worden teruggegeven (zoals bij de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, zie artikel 7:910 BW), maar kan het overschot ook op andere wijze worden aangewend. Er zijn meerdere mogelijkheden denkbaar die op meer of mindere wijze de maatschappij en de gelaedeerden ten goede komen. Haak & VerLoren van Themaat noemen er vier. In de eerste plaats kan de collectieve belangenbehartiger het overschot behouden. Nadeel van deze optie is dat de collectieve belangenbehartiger minder snel geneigd zal zijn om daadwerkelijk een bedrag uit te keren aan de benadeelden, omdat hij er belang bij heeft het overschot zo groot mogelijk te houden. Het is ook niet duidelijk wat de collectieve belangenbehartiger vervolgens met het geld zou willen doen. Deze optie ligt dan ook niet voor de hand. In de tweede plaats kan het overschot naar evenredigheid verdeeld worden over de gelaedeerden die zich wel hebben gemeld. Dit brengt wel de nodige problemen met zich mee omdat aanspraken van benadeelden die

57 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 103.
58 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 103.
59 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 105-106.

zich niet hebben gemeld komen te vervallen. Haak & VerLoren van Themaat zien een oplossing in het reserveren van een deel van het overschot ten behoeve van latere aanmelders voor wie het verval van recht niet kan gelden.[60] In de derde plaats kan het overschot toekomen aan een instantie die zich volledig of deels inzet voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het voorstel van Haak & VerLoren van Themaat sluit aan bij het voorstel van de fundamentele herbezinners. De herbezinners denken aan een speciaal fonds van het Bureau voor Rechtshulp.[61] In de vierde plaats kan het overschot toekomen aan de Staat. Bij deze optie kan de Staat het overschot in meer of mindere mate aanwenden ten behoeve van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Haak & VerLoren van Themaat zien mogelijkheden in het door de Staat subsidiëren van eventuele algemeen belangacties en het Bureau voor Rechtshulp.[62]

Bij het mogelijk maken van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding kan er nog voor worden gekozen dergelijke acties allen ten behoeve van consumenten open te stellen.[63] Consumenten zijn eindgebruikers en dat brengt met zich mee dat zij per definitie de meest 'verstrooide' schade lijden. Gelet op de geringe omvang van de schade per consument en gelet op het feit dat de meeste consumenten niet over de kennis en financiële middelen beschikken om een juridische procedure te beginnen, zullen consumenten veelal geen initiatief nemen. Ondernemers zullen vaak een groter financieel belang hebben bij het instellen van een vordering tot verkrijging van schadevergoeding. Daarnaast zullen ondernemers veelal meer financiële slagkracht hebben dan consumenten en is het voor ondernemers makkelijker om via een gebundelde actie (§ 8.4) schadevergoeding te vorderen.

Haak & VerLoren van Themaat stellen als mogelijkheid voor een bijkomende voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de collectieve schadevordering te stellen. De initiator moet dan aannemelijk maken dat het initiëren van een gebundelde actie redelijkerwijs niet mogelijk is. Op deze manier kan voorkomen worden dat de mogelijkheid van een eventuele collectieve schadeactie wordt gebruikt in gevallen waarvoor de gewone processuele middelen al afdoende mogelijkheden bieden. Indien de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding alleen wordt opengesteld voor consumenten, lijkt deze voorwaarde mij overbodig. Indien de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding voor alle gelaedeerden wordt opengesteld, zou een dergelijke bijkomende voorwaarde van nut kunnen zijn indien de gewone processuele middelen afdoende mogelijkheden bieden.

60 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 106.
61 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 182; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 106.
62 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 106.
63 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 107.

8.3.4.3 Een mogelijke oplossing; de algemeen belang-actie

Naast het mogelijk maken van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding, kan door de wetgever een algemeen belang-actie worden geïntroduceerd. Een dergelijke actie kan zinvol zijn als individuele gelaedeerden geen aanspraak maken op vergoeding, zelfs niet indien de collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding succesvol is geweest. Het gaat dan om rationele desinteresse bij het tweede type strooischade.[64] Bij een dergelijk systeem wordt de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht losgelaten en spelen de rechtshandhavingsfunctie, de preventiefunctie en de straffunctie een belangrijker rol. Zie § 8.2.3. Tzankova heeft het bij dit type schade over collectieve voordeelsontneming in plaats van collectieve schadevergoeding.[65] Zie § 8.2.3-§ 8.2.5.

Bij het creëren van een dergelijke actie zou kunnen worden aangesloten bij het voorstel van Tzankova om het aan een duurzame publiek belangorganisatie (zoals bijvoorbeeld de Consumentenbond) wettelijk toe te staan om in geval van strooischade een collectieve voordeelsontnemingsactie en/of daartoe strekkende schikkingsonderhandelingen met de beweerde normschenders te initiëren, en het groepsnadeel of de ontnomen winst die daar het gevolg van mochten zijn te behouden.[66] In een dergelijk geval functioneert de privaatrechtelijke organisatie die optreedt in het algemeen belang als *private attorney general*. Private (rechts)personen kunnen een belangrijke rol spelen bij de handhaving van het recht. Een private (rechts)persoon die voor zijn eigen belang opkomt, vervult per definitie een rechtshandhavingsrol. Het verschil met de gedachte achter het optreden als *private attorney general* is dat rechtshandhaving niet meer verbonden is met individuele rechtsbescherming.[67]

De financiering van algemeen belang-acties zou bijvoorbeeld door de Staat of een door de Staat opgericht fonds kunnen geschieden. De opbrengst van een algemeen belang-actie zou dan naar de Staat gaan of naar een fonds waaruit in de toekomst dergelijke algemeen belang-acties worden gefinancierd. Vanuit het standpunt dat de ideale private normhandhaver financieel onafhankelijk is van overheidssteun en bemoeienis, verdient de financiering door een fonds (eventueel opgericht met een eenmalige donatie van de Staat) de voorkeur boven rechtstreekse financiering door de Staat.[68] Zie over de financiering met behulp van een fonds ook § 8.6.4.

64 Tzankova 2005, p. 20-22; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 108.
65 Tzankova 2005, p. 22-23.
66 Tzankova 2005, p. 128.
67 Tzankova 2005, p. 74-79.
68 Tzankova 2005, p. 129.

8.3.4.4 Deelconclusie

De mogelijkheid om door middel van een collectieve actie (met een adequate *opt-out* mogelijkheid) schadevergoeding voor de gelaedeerden van een mededingingsinbreuk te vorderen, zal de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht aanzienlijk versterken. Hetzelfde geldt voor het door de wetgever mogelijk maken van een algemeen belang-actie. In gevallen waarbij individuele gelaedeerden geen aanspraak maken op vergoeding, zelfs niet indien de collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding succesvol is geweest, kan het mogelijk maken van een algemeen belang-actie zinvol zijn voor een effectieve handhaving van het mededingingsrecht.

Zonder de mogelijkheid om schadevergoeding in geld te kunnen vorderen, is het zeer moeilijk om tot een schikking tussen de collectieve belangenbehartiger en de laedens te komen. Er bestaat bij onderhandelingen (ook in het kader van de in § 8.7 te bespreken WCAM-procedure) geen onderhandelingsevenwicht door het ontbreken van een wettelijke collectieve schadevergoedingsregeling.[69] Het ontbreken van een dergelijk drukmiddel kan in mededingingszaken niet gecompenseerd worden door artikel 6:96 lid 2 BW, waarin is bepaald dat de kosten tot vaststelling van schade en aansprakelijkheid door individuele gedupeerden kunnen worden gevorderd.[70]

Mocht een procedure op grond van artikel 3:305a BW (eventueel gecombineerd met een bundel representatieve proefprocedures waarin verklaringen voor recht worden gegeven met betrekking tot verschillende aansprakelijkheidsvragen) een voor de laedens ongunstige uitkomst hebben, dan kan hij de uitkomst van de procedure negeren met het argument dat de individuele gelaedeerden hun schadevergoeding maar met behulp van een individuele procedure moeten komen halen.

Bij (schade)bedragen die de moeite van het procederen waard zijn, loopt de laedens op grond van artikel 6:96 lid 2 BW jo artikel 241 Rv het risico om op te draaien voor een grote hoeveelheid individuele proceskostenveroordelingen en kosten tot vaststelling van de individuele schade (zie tevens § 8.6.4).[71] De laedens kan daarbij in kort geding worden veroordeeld tot betaling van een voorschot.[72] In mededingingszaken gaat het echter vaak om gevallen van strooischade, waarbij het voor veel consumenten niet de moeite waard is om te procederen (zogenaamde rationele desinteresse). De laedens zal juridisch gezien dan ook niet veel druk ervaren om tot een schikking met de collectieve

69 Zie ook Tzankova 2007a, p. 157. Leijten ziet het punt van het onderhandelingsevenwicht over het hoofd bij de verdediging van zijn standpunt dat een collectieve schadevergoedingsactie gemist kan worden omdat er alternatieven bestaan. Leijten 2005, p. 499 e.v.

70 Vgl. Croiset van Uchelen 2007, p. 127.

71 Croiset van Uchelen 2007, p. 127.

72 Croiset van Uchelen 2007, p. 127.

belangenbehartiger of een duurzame publiek belang-organisatie te komen zonder dat er een mogelijkheid bestaat voor de collectieve belangenbehartiger of de duurzame publiek belang-organisatie om met behulp van een collectieve actie schadevergoeding in geld te vorderen.

8.4 De gebundelde actie

8.4.1 Inleiding

De procesvolmacht en de lastgeving ter incasso kunnen als instrumenten worden gebruikt door een initiatiefnemer om voor anderen schadevergoedingsvorderingen in te stellen.[73] In mededingingszaken waar per individu geringe maar in totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan, zou van deze figuren gebruik kunnen worden gemaakt. Een dergelijke actie zal alleen mogelijk zijn ingeval de schade dusdanig groot is dat iemand het initiatief neemt en voldoende andere gelaedeerden zich aansluiten. De initiatiefnemer kan een individuele benadeelde zijn, maar ook een derde zoals een belangenorganisatie.

Gelaedeerden kunnen gezamenlijk een advocaat inschakelen die namens hen een zaak aanhangig maakt. Voor de eisers heeft deze manier van procederen het voordeel dat zij de kosten van rechtsbijstand en de mogelijke proceskostenveroordeling hoofdelijk kunnen omslaan. De advocatenkosten kunnen ook worden verdeeld op basis van hun aandeel in de schade. Een ander voordeel is het feit dat de rechtsvragen die zien op de vaststelling van de onrechtmatige schending van het mededingingsrecht, centraal worden behandeld.

Noodzakelijke voorwaarde is dat er tussen de gelaedeerde en de initiatiefnemer contact is voordat een actie kan worden ingesteld. De individuele benadeelden worden als eiser in de dagvaarding genoemd. Een in de zaak gewezen vonnis heeft alleen bindende kracht tussen de eisers en de gedaagden die in de dagvaarding staan vermeld.

Het is mogelijk dat een groepsactie in de zin van artikel 3:305a BW wordt gecombineerd met een gebundelde actie. Individuele vorderingen worden in dat geval ter incasso aan de stichting of vereniging overgedragen. De rechtspersoon treedt dan in twee verschillende hoedanigheden als eiser op. Enerzijds in de hoedanigheid van cessionaris (waarbij wel schadevergoeding in geld kan worden gevorderd) en anderzijds op grond van artikel 3:305a BW (waarbij geen schadevergoeding in geld kan worden gevorderd).[74]

---

73 Zie bijvoorbeeld Frenk 1994, p. 163 e.v.; Asser, Groen & Vranken 2003, p. 178.

74 Zie ook Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 139.

8.4.2 De procesvolmacht en de lastgeving ter incasso

Lastgeving is ex artikel 7:414 lid 1 BW de overeenkomst van opdracht waarbij de lasthebber zich jegens de lastgever verplicht voor rekening van de lastgever een of meer rechtshandelingen te verrichten. De overeenkomst kan ex artikel 7:414 lid 2 BW de lasthebber verplichten te handelen in eigen naam of in naam van de lastgever. Heeft de lasthebber de bevoegdheid ten name van de lastgever te handelen dan heeft hij tevens een volmacht (artikel 3:60 BW). Namelijk de bevoegdheid die de volmachtgever verleent aan de gevolmachtigde om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten. De gelaedeerde geeft bij een procesvolmacht de bevoegdheid aan de belangenorganisatie om in zijn naam een rechtsvordering in te stellen.[75] In een mededingingsrechtelijke procedure treedt de belangenorganisatie als vertegenwoordiger van de gelaedeerde op.

Bij de lastgeving ter incasso geeft de gelaedeerde aan de belangenorganisatie de last een vordering in eigen naam te innen.[76] Op grond van deze last kan de belangenorganisatie ook op eigen naam in rechte optreden. Bij de lastgeving ter incasso kan de 'cessionaris ter incasso' die de procedure voert het eventuele te verkrijgen bedrag verrekenen met de opeisbare vordering die hij op de 'cedent ter incasso' heeft.[77] De gelaedeerde van een inbreuk op de mededingingsregels vindt een derde partij die bereid is tegen een vergoeding de beslommeringen rond het incasseren van de vordering over te nemen.[78]

De lastgeving ter incasso is niet te vergelijken met een *class action*, waar consumenten veel eenvoudiger meedoen (althans *class members* zijn) zonder het risico te lopen tegen onverwacht hoge proceskosten op te lopen. Wanneer gebruik wordt gemaakt van het procederen krachtens lastgeving en/of volmacht kan alleen schadevergoeding worden gevorderd voor de gelaedeerden die de belangenorganisatie nadrukkelijk de opdracht hebben gegeven en/of gevolmachtigd hebben. De namen van de gelaedeerden dienen zelfs bij de volmacht als eiser in de dagvaarding te worden opgenomen.[79] Ook in het geval de belangenorganisatie als lasthebber in eigen naam optreedt, moeten de namen van de lastgevers voor de gedaagde bekend zijn. Een belangenorganisatie die schadevergoeding wil vorderen zal moeten nagaan of het verkrijgen van toestemming van de gelaedeerden door middel van een volmacht en lastgeving praktisch rond te krijgen is. In het geval de groep klein is en de identiteit van de gelaedeerden niet al te moeilijk te achterhalen is, kan de constructie met lastgeving en/of volmacht uitkomst bieden. De kosten van rechtsbijstand zullen op basis van het aandeel in de schade kunnen worden

75 Frenk 1994, p. 177.
76 Frenk 1994, p. 178.
77 Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 353.
78 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 178; Van Huizen 1990, p. 8.
79 Art. 45 Rv; Frenk 1994, p. 191.

gedeeld. Is daarentegen de groep groot en zijn de gelaedeerden moeilijk te achterhalen dan biedt de constructie met lastgeving en/of volmacht geen perspectief.[80] Individueel contact tussen de benadeelde en de initiator van de vordering is namelijk vereist voordat een vordering tot verkrijging van schadevergoeding kan worden ingesteld.

8.4.3 Cessie

De lastgeving ter incasso wordt ook wel cessie ter incasso genoemd. Partijen komen meestal een cessie met de aanduiding 'ter incasso' overeen om duidelijk te maken dat geen echte overgang van de vordering wordt beoogd. Een overgang doet zich in een dergelijk geval dan ook niet voor. Een eventuele overdracht zou nietig kunnen zijn wegens strijd met het fiduciaverbod ex artikel 3:84 lid 3 BW. Wel komt een dergelijke cessie ter incasso neer op de reeds in § 8.4.2 besproken lastgevingsovereenkomst waarbij de 'cessionaris ter incasso' de vordering als lasthebber op eigen naam int voor de 'cedent ter incasso'.[81]

Naast de lastgeving ter incasso (ook wel aangeduid als de 'cessie ter incasso' waarbij veelal geen echte overgang van de ter incasso gecedeerde vordering plaatsvindt van het vermogen van de gelaedeerde naar het vermogen van de derde partij), komt ook de 'echte' cessie voor. Dit zal het geval zijn als de rechtsverhouding daadwerkelijk de strekking heeft om een vordering over te doen gaan van het vermogen van de cedent naar het vermogen van de cessionaris. Een derde partij neemt tegen betaling de vorderingen van de gelaedeerden over en gaat vervolgens aan de slag om de vorderingen te innen. Zo is het in 2002 door een aantal advocaten opgerichte Belgische bedrijf *Cartel Damage Claims* (CDC) gespecialiseerd in het tegen betaling overnemen van vorderingen van de gelaedeerden van mededingingsinbreuken.[82] De marge tussen de overnameprijs van de vordering en het uiteindelijke bedrag aan schadevergoeding (dat door partijen met behulp van een schikking wordt overeengekomen of door de rechter wordt toegekend) komt ten goede aan de onderneming die de vordering heeft overgenomen. Voor de gelaedeerden van een mededingingsinbreuk kan het een groot voordeel zijn dat de kosten en de andere financiële risico's volledig voor rekening komen van de onderneming die de vordering heeft overgenomen. Naast een vaste overnameprijs kan de prijs van de vordering ook worden vastgesteld op een bepaald percentage van het uiteindelijk te realiseren bedrag aan schadevergoeding. Deze vorm van bundeling van vorderingen kan alleen voordelen opleveren bij gevallen van substantiële schade en het eerste type strooischade. Bij het tweede type

80 Frenk 1994, p. 191.
81 Snijders & Rank-Berenschot 2007, nr. 353.
82 Zie www.carteldamageclaims.com.

strooischade zal als gevolg van de rationele desinteresse van de groep van gelaedeerden de cessie geen oplossing bieden.

8.5 Zaakwaarneming

Frenk heeft in zijn dissertatie een beroep op zaakwaarneming verdedigd, daar waar de groep van gelaedeerden waarvoor wordt opgekomen omvangrijk is en de vorderingen van de gelaedeerden afzonderlijk niet al te groot zijn.[83]

Zaakwaarneming heeft het voordeel dat, anders dan bij volmacht en lastgeving, zonder toestemming van de belanghebbenden een procedure kan worden begonnen. De namen van de belanghebbenden hoeven niet in de dagvaarding te worden genoemd.[84] Een aanduiding in kwaliteit is volgens Frenk voldoende in het geval de gedaagde daaruit voldoende kan afleiden tegen welke vorderingen hij verweer moet voeren.[85] Er kunnen echter wel problemen ontstaan bij het vaststellen van de hoogte van ieders schade. De medewerking van de gelaedeerden is dan vereist, omdat een ieder de nodige gegevens moet verstrekken.

Is de schade van de gelaedeerden makkelijk uit de boeken van gedaagde te herleiden, dan hoeven de gelaedeerden verder niet veel te doen. Is de schade echter niet zo makkelijk te herleiden, dan is de belangenorganisatie volgens artikel 6:199 BW verplicht de zaakwaarneming voort te zetten. Frenk geeft in zijn dissertatie het voorbeeld van krantenberichten waarin de belangenorganisatie de gelaedeerden moet uitnodigen de nodige gegevens te verstrekken. Een voordeel van deze wijze van procederen is dat de verplichting pas ontstaat in het geval uitgemaakt is dat de gedaagde aansprakelijk is. Deze inspanning kan dan achterwege blijven als komt vast te staan dat de gedaagde niet aansprakelijk is. Dit is bij lastgeving en/of volmacht anders. Toch zal het maar afwachten zijn hoeveel gelaedeerden zich met deze gegevens zullen melden.[86]

---

83 Frenk 1994, p. 188-193.

84 Vgl. Westenberg 2006, p. 376, voetnoot 7 en zijn voorbeeld om de eisende partij in het dagvaardingsexploot aan te duiden als: 'Mr. X, waarnemende de zaken van de thans nog onbekende rechthebbende op de rechten van etc.'. Westenberg acht het niet uitgesloten dat een dergelijke omschrijving voldoende duidelijk is.

85 Frenk 1994, p. 191-192. Vgl. Westenberg 2006, p. 376, voetnoot 7.

86 Zie over de vraag of het toegestaan is om in de dagvaarding slechts te stellen dat er schade is geleden zonder aan te geven hoeveel schadevergoeding wordt gevorderd de dissertatie van Frenk 1994, p. 192 e.v.

8.6 FINANCIERING EN ORGANISATIE

8.6.1 Algemeen

De financiering en de organisatie van collectieve acties (inclusief gebundelde acties) vormen een belangrijk obstakel. Het instellen van een collectieve actie in mededingingszaken brengt de nodige kosten met zich mee. Vooral de advocatenkosten vormen veelal een onoverkomelijk probleem voor de collectieve belangenbehartiger. Die kosten kunnen slechts in beperkte mate op de mededingingsovertreder worden verhaald. De advocatenkosten en de kosten van een eventueel ingeschakelde deskundige kunnen dusdanig hoog zijn, dat zelfs bij een overwinning de schade als gevolg van het procederen te groot is en alleen advocaten en de eventueel ingeschakelde deskundigen er financieel beter van zijn geworden. De benadeelden zullen in gevallen waarbij de uitkomst van de zaak geheel niet zeker is en de problemen ingewikkeld zijn, vaak niet bereid zijn te procederen vanwege het onzekere financiële avontuur waaraan ze zouden beginnen.

8.6.2 Meeliften op de uitkomst van de door een ander gefinancierde procedure *(free riding)*

Bij het rondkrijgen van de financiering van een collectieve actie zal tevens het feit dat veel benadeelden gratis zullen willen meeliften op de uitkomst van de door de collectieve belangenbehartiger gefinancierde procedure (het zogenaamde *free riding*) een belangrijk obstakel vormen.[87]

In de huidige situatie is het voor de initiatiefnemer van een collectieve actie niet mogelijk om een vergoeding af te dwingen van de verschillende benadeelden die baat hebben bij een collectieve actie.[88] Naast het feit dat hier geen wettelijke basis voor is, zal het ook praktisch niet mogelijk zijn nu bij een collectieve actie niet alle namen van de gelaedeerden hoeven te worden vastgesteld.[89] Tevens is het in de huidige situatie niet mogelijk om de kosten van de opbrengst in te houden nu een veroordeling tot betaling van de schade aan de collectieve belangenbehartiger niet mogelijk is. In een collectieve actie kan namelijk alleen een veroordeling worden gevorderd tot betaling van een geldsom aan de individuele gelaedeerden (de geldsom zal gezien het verbod van artikel 3:305a BW niet kunnen bestaan uit schadevergoeding maar het gevolg zijn van een actie uit bijvoorbeeld onverschuldigde betaling of nakoming).

87 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 94; Tzankova 2007a, p. 178; Tzankova 2007b, p. 172 e.v.
88 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 95.
89 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 95.

Om de initiatiefnemer van de collectieve actie te prikkelen, zou een ruime vergoeding voor de kosten van de initiator op zijn plaats zijn. Deze vergoeding zou door de rechter ten laste van de uitkering aan de gelaedeerden moeten kunnen worden gebracht. Zie verder § 8.6.4.

8.6.3 Opheffing van het geldende verbod op de hantering van *contingency fees (no cure no pay* en *quota pars litis)* en *conditional fees (no win no fee)*

8.6.3.1 Algemeen

Collectieve schadevergoedingsacties komen makkelijker van de grond indien de advocatenkosten niet als het spreekwoordelijke zwaard van Damocles boven het hoofd hangen. Een mogelijke oplossing zou de opheffing zijn van het geldende verbod van *contingency fees (no cure no pay* en *quota pars litis)* en *conditional fees (no win no fee)* bij collectieve schadeacties of bij gebundelde acties waarvoor voldoende draagvlak bestaat. Het risico om financieel ten onder te gaan zou in dat geval aanzienlijk minder groot zijn. Bij *contingency fees* behoeft het honorarium van de advocaat alleen betaald te worden bij een succesvolle procedure (*no cure no pay*). Het honorarium wordt berekend aan de hand van de opbrengst van de procedure, bijvoorbeeld als percentage van de opbrengst (*quata pars litis*). Bij *conditional fees* behoeft het honorarium van de advocaat, evenals bij *contingency fees*, alleen betaald te worden bij een succesvolle procedure. Het honorarium wordt, in tegenstelling tot *contingency fees*, niet berekend aan de hand van de opbrengst van de procedure.

Op grond van het tweede lid van gedragsregel 25 van de NOvA staat het de advocaat niet vrij overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht (verbod van *no cure no pay*). Op grond van het derde lid van gedragsregel 25 mag de advocaat niet overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te berekenen gevolg (verbod van *quota pars litis*), behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief.

8.6.3.2 Het verbod op no cure no pay in strijd met het mededingingsrecht?

De NMa heeft in 2002 een redelijk vermoeden uitgesproken dat het verbod op *no cure no pay* in strijd is met artikel 6 Mw, omdat advocaten door het verbod in hun concurrentiemogelijkheden jegens elkaar worden beperkt.[90] De NOvA heeft met betrekking tot *no cure no pay* in de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning) dezelfde ver-

90 Zie NMa besluit 21 februari 2002, zaak 560 *(Engelgeer/NOvA)*.

bodsbepalingen opgenomen als in de gedragsregels (artikel 2 lid 1). Dit verbod heeft een dwingend karakter, mede in aanmerking genomen de strekking van de Verordening zoals beschreven in de Nota van Toelichting, waarin nadrukkelijk wordt aangegeven dat dit verbod van cruciale betekenis wordt geacht voor een behoorlijke uitoefening van de advocatenpraktijk.[91] Door het creëren van een formele basis voor het verbod op *no cure no pay* heeft de NOvA de mededingingswetgeving buiten spel willen zetten. Het verbod op *quota pars litis* is neergelegd in artikel 2 lid 2 van de Verordening op de Praktijkuitoefening (onderdeel Resultaatgerelateerde Beloning).

In 2005 heeft de NMa rapport opgemaakt en het vermoeden geuit dat de Orde met het verbod op resultaatsafhankelijk declareren Nederlandse en Europese mededingingsregels overtreedt.[92] Het verbod beperkt de advocaat in zijn vrijheid om zelf zijn declaratiemethode te bepalen en beperkt daarmee de onderlinge concurrentie. Een absoluut verbod op resultaatsafhankelijk declareren gaat volgens de NMa verder dan noodzakelijk is voor het waarborgen van de goede beroepsuitoefening. De NMa besluit de sanctieprocedure echter tijdelijk op te schorten gelet op het rapport van de Commissie Advocatuur (onder voorzitterschap van Van Wijmen).

8.6.3.3 No cure no pay en quota pars litis toegestaan bij letsel- en overlijdensschade?

25 maart 2004 stelt de Orde van Advocaten een wijziging van de Verordening vast. *No cure no pay* en *quota pars litis* worden onder voorwaarden toegestaan bij letsel- en overlijdensschade. De Kroon vernietigt deze wijzigingen in de verordening bij Koninklijk besluit van 9 maart 2005 wegens strijd met het algemeen belang.[93] *No cure no pay* is volgens de motivering van het besluit van de Kroon in strijd met de essentiële waarden die aan de beroepsuitoefening van de advocaat eigen zijn. De onafhankelijke beroepsuitoefening brengt met zich mee dat een advocaat geen eigen belang bij een zaak mag hebben. De advocaat zal dan zelf partij worden in het geschil omdat hij een persoonlijk belang heeft bij de afloop van de zaak. Voor een experiment is volgens de motivering van het besluit geen plaats omdat met kernwaarden niet kan

91 De Verordening is vastgesteld door de Nederlandse Orde van Advocaten, een openbaar lichaam met regelgevende bevoegdheden in de zin van art. 134 Grondwet, zodat deze bepaling moet worden aangemerkt als een materiële wetsbepaling in de zin van art. 3:40 lid 2 BW. Uit de Nota van Toelichting blijkt dat de verbodsbepaling niet uitsluitend strekt tot bescherming van de belangen van de justitiabele, zodat een afspraak die strijdig is met het verbod nietig is (en dus niet slechts vernietigbaar).

92 Persbericht (05-06) van de NMa d.d. 4 maart 2005.

93 *Stb.* 2005, 123.

worden geëxperimenteerd. Daarnaast is er volgens de motivering van het besluit geen leemte in de toegang tot het recht.[94]

8.6.3.4 De Commissie Advocatuur en de kabinetsreactie

De Commissie Advocatuur wijst *no cure no pay* af, maar is geen tegenstander van een experiment met een *no win no fee*-beloningssysteem. Bij *no win no fee* mag het honorarium niet bestaan uit een deel van de opbrengst. De cliënt dient inzicht te blijven houden in de tijd die aan zijn zaak is besteed. De declaratie (die gebaseerd is op het aantal gewerkte uren) mag uiteindelijk wel resultaatsafhankelijk worden gemaakt.[95] Voor een experiment met een *no win no fee*-beloningssysteem is volgens de Commissie Advocatuur alleen ruimte indien er een structurele leemte bestaat in de toegang tot het recht en die leemte niet op andere manier verholpen kan worden.[96]

De Commissie Advocatuur schetst drie mogelijkheden voor een *no win no fee*-beloningssysteem.[97] Bij de eerste mogelijkheid dient bij verlies van de procedure geen honorarium betaald te worden. Bij winst dient een opslag over het honorarium te volgen van maximaal 100%. Bij de tweede mogelijkheid dient bij verlies van de procedure geen honorarium betaald te worden. Bij winst dient een opslag over het honorarium te volgen van 25% buiten rechte en van maximaal 100% in rechte. Bij de derde mogelijkheid dient bij verlies een zekere korting op het honorarium te worden gegeven. Bij winst kan een zekere opslag op het honorarium in rekening worden gebracht. Deze derde mogelijkheid is thans al toegestaan (zie § 8.6.3.5) en eigenlijk geen echte variant van het *no win no fee*-beloningssysteem.

De cliënt zou volgens de Commissie Advocatuur in het kader van een *conditional fee*-overeenkomst een verzekering kunnen afsluiten voor de eigen kosten (zoals de kosten van deskundigen en advocaten) en de kosten van de

94 De Nederlandse Orde van Advocaten heeft zich in 2004, ter motivering van haar wijzigingsverordening tot het mogelijk maken van *no cure no pay*, op het standpunt gesteld dat een verbetering van de toegang tot het recht in letsel- en overlijdensschaden nodig was. De Orde van Advocaten heeft er bij de motivering van haar wijzigingsverordening op gewezen dat de kosten van een medisch deskundigenonderzoek door veel rechtzoekenden niet kunnen worden gedragen. De Minister van Justitie heeft bij brief d.d. 4 maart 2005 (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 114, p. 3) aan de Tweede Kamer gemeld dat voor de dekking van de kosten van medische deskundigenberichten in letsel- en overlijdenszaken alternatieve financieringsmogelijkheden in het leven zouden worden geroepen. Deze bestaan inmiddels uit een subsidie voor medische haalbaarheidsonderzoeken en de mogelijkheid om een geldlening te verkrijgen voor de kosten van medische deskundigenberichten. Zie de website van de Raad voor Rechtsbijstand: www.rvr.org.

95 Zie hoofdstuk V van het rapport van de Commissie Advocatuur. Van Wijmen e.a. 2006, p. 47.

96 Zie hoofdstuk V van het rapport van de Commissie Advocatuur. Van Wijmen e.a. 2006, p. 47.

97 Zie hoofdstuk V van het rapport van de Commissie Advocatuur. Van Wijmen e.a. 2006, p. 47.

wederpartij die de cliënt bij verlies moet dragen.[98] De Commissie Advocatuur oppert daarbij nog de suggestie dat advocatenkantoren de cliënt kunnen aanbieden de verzekeringspremie te betalen en te verdisconteren in de *conditional fee*-overeenkomst.

Het kabinet is (in reactie op het rapport van de Commissie Advocatuur) van mening dat niet van een structurele leemte gebleken is en bevordert dan ook een wettelijke regeling die *no cure no pay* verbiedt.[99] Desondanks is het absolute verbod op het *no win no fee*-beloningssysteem minder absoluut geworden dan het eerder leek te zijn, nu het kabinet een dergelijk systeem niet per definitie uitsluit.

8.6.3.5 Bestaande mogelijkheden

Het maatschappelijk debat over de toelaatbaarheid van een resultaatgerelateerde beloning van advocaten is nog altijd niet definitief uitgekristalliseerd. Onder de huidige regelgeving is het voor advocaten wel toegestaan een lager standaard uurtarief te berekenen, dat met een bepaald percentage wordt verhoogd bij een positief resultaat. Voorwaarde is wel dat het lager standaard uurtarief in ieder geval kostendekkend is en bestaat uit een mager salaris. De verhoging bij een positief resultaat kan een percentage van de opbrengst bij een positief resultaat zijn, mits het bedrag niet buitenproportioneel is.[100]

In deze context is de uitspraak van de voorzieningenrecher in de zaak van de advocaten van de erven Goudstikker tegen hun cliënt opmerkelijk.[101] In deze zaak had de honorariumafspraak tussen de laatst overgebleven erfgename van Jacques Goudstikker, Marei von Saher, en haar advocaat een resultaatgerelateerd karakter (*no cure no pay* en *quota pars litis*). Doordat erfgename Marei von Saher 202 schilderijen terugkreeg van de Nederlandse Staat, kwam het honorarium op basis van de *no cure no pay*-afspraak neer op € 12.000.000. De afspraak tussen Von Saher en haar advocaat kwam oorspronkelijk neer op een honorarium van 23 procent van de opbrengst van de juridische dienstverlening. In 2004 is dit percentage verlaagd tot 19,75 procent en uiteindelijk heeft de advocaat het totaalbedrag verlaagd tot € 12.000.000 exclusief de rente.

Von Saher wilde slechts € 1.300.000 betalen, waarop de advocaten die haar in de procedure hebben bijgestaan beslag wilde laten leggen op de kunstcollectie. Von Saher eist in kort geding een verbod op het leggen van beslag op de te verkopen werken.

---

98 Zie hoofdstuk V van het rapport van de Commissie Advocatuur. Van Wijmen e.a. 2006, p. 47.

99 Zie de reactie van het kabinet op de aanbevelingen van de Commissie advocatuur, § 4.6 (resultaatgerelateerde beloning), p. 18. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VI, nr. 144.

100 Zie bijvoorbeeld Hof van Discipline 9 februari 1998, *Advocatenblad* 19 maart 1999, p. 346-347.

101 Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2007, KG 07/94, LJN AZ8717 *(honorariumafspraak advocaten erven Goudstikker)*.

De voorzieningenrechter acht de gemaakte betalingsafspraak nietig, maar converteert deze afspraak ex artikel 3:42 BW in een alternatieve afspraak. Gelet op de bijzondere omstandigheden waaronder de afspraak tot stand is gekomen, acht de voorzieningenrechter een honorariumafspraak die uitgaat van een basisuurtarief gecombineerd met een resultaatafhankelijke vermenigvuldigingsfactor een geldige afspraak die in voldoende mate weerspiegelt wat partijen over en weer voor ogen heeft gestaan. Volgens de voorzieningenrechter kan in redelijkheid worden uitgegaan van 5800 uur aan bestede tijd tegen een uurtarief van € 325. Een resultaatafhankelijke vermenigvuldigingsfactor van 4 is volgens de voorzieningenrechter onder de gegeven omstandigheden, gelet ook op het financiële belang en de complexiteit van de zaak, de zware belasting die de behandeling van de zaak jarenlang op de praktijk van de advocaat heeft gelegd, alsmede de onvoorzienbaarheid van het beoogde resultaat, niet op voorhand onredelijk te noemen. Rekening houdend met de gebruikelijke 30% opslag aan rente en kosten (ten behoeve van de beslagprocedure), zal daarom voorshands worden uitgegaan van een bedrag van € 9.802.000.

De voorzieningenrechter legt het in conventie gevorderde beslagverbod op aan de advocaten onder de bepaling dat Von Saher een genoegzame bankcaire zekerheid heeft gesteld voor een bedrag van € 7.917.000. De zekerheid zal in ieder geval € 9.802.000 moeten bedragen, verminderd met een uitbetaald voorschot. Een bancaire garantie voor dit bedrag wordt onder de gegeven omstandigheden passend geacht, evenals een termijn van twee weken om deze zekerheid te stellen.

De uitspraak van de voorzieningenrechter is opmerkelijk. Via een omweg lijkt op deze wijze een *no cure no pay*-overeenkomst alsnog te worden toegestaan. Het converteren van de nietige *no cure no pay*-overeenkomst in een alternatieve overeenkomst leidt, nu de rechter het uurtarief eenvoudig met factor 4 vermenigvuldigt, tot een resultaat dat bijna hetzelfde is als het resultaat waartoe een geldige *no cure no pay*-overeenkomst zou hebben geleid. Technisch is het echter een andere oplossing, nu het bij de alternatieve overeenkomst (die als gevolg van de conversie van de *no cure no pay*-overeenkomst is ontstaan) niet direct gaat om een afgesproken percentage van de opbrengst van de juridische dienstverlening.

8.6.4 Verbetering van de positie van de initiatiefnemer

Naast de opheffing van het geldende verbod van *no cure no pay*, *quota pars litis* of *no win no fee,* is het noodzakelijk dat de rechter een ruimere vergoeding van de kosten kan toekennen aan de initiatiefnemer van een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels. Deze door de rechter vastgestelde vergoeding zou kunnen worden opgebracht uit het bedrag dat uiteindelijk aan de gelaedeerden is toegekend door de rechter of is vastgesteld door een schikking.

Zonder het probleem van de financiering van collectieve acties op te lossen, blijft het moeilijk om door middel van collectieve acties het mededingingsrecht met behulp van het privaatrecht te handhaven. De initiatiefnemer van een collectieve actie behoort ten minste zicht te hebben op volledige vergoeding van de te maken kosten. Daarnaast zou een eventueel bedrag bovenop de vergoeding van kosten kunnen worden geboden in verband met het risico dat de initiatiefnemer loopt om te worden veroordeeld in de proceskosten.[102] De kosten zullen met behulp van de criteria uit de Amerikaanse *Goldberger*-zaak door de rechter kunnen worden vastgesteld. Zie voor de *Goldberger*-criteria § 8.8.4.

Naast de gemaakte kosten die zijn ontstaan aan de zijde van de initiatiefnemer bij winst van de procedure, zijn er ook de gemaakte kosten bij verlies van de procedure. De kosten van de initiatiefnemer en een deel van de kosten van de gedaagde moeten dan immers geheel zelf door de initiatiefnemende collectieve belangenbehartiger worden gedragen. De kosten die gepaard gaan met een gang naar de Nederlandse rechter kunnen worden opgedeeld in vastrecht/griffierecht, kosten voor rechtsbijstand en overige kosten. De in het ongelijk gestelde partij zal op grond van artikel 237 Rv in de proceskosten worden veroordeeld. De kostenveroordeling vindt echter in beginsel plaats op grond van de forfaitaire liquidatietarieven. Dit brengt met zich mee dat de werkelijke gemaakte kosten van rechtsbijstand niet hoeven te worden vergoed (uitgezonderd het procederen bij inbreuken op intellectuele eigendomsrechten ex artikel 1019h Rv en bijvoorbeeld het misbruik maken van procesrecht). Tevens heeft de rechter op grond van artikel 242 Rv de bevoegdheid om de kostenveroordeling te matigen. Dit neemt niet weg dat in mededingingszaken de proceskosten die gepaard gaan met het inschakelen van economisch deskundigen hoog kunnen oplopen (zowel de kosten van de gerechtelijke deskundigen als de kosten van de deskundigen van de procespartijen).

In de literatuur wordt wel de oprichting van een fonds voorgesteld dat een mogelijke proceskostenveroordeling dekt ingeval door het fonds een verzoek tot het instellen van een collectieve actie is goedgekeurd.[103] Het idee is dan dat het fonds door een eenmalige donatie van de overheid wordt opgericht en zich vervolgens zelf in stand zou moeten houden. Dit zou kunnen worden vormgegeven doordat de *lead counsel* of de *class* advocaat de collectieve schadevergoedingsactie op basis van *no cure no pay*, *quota pars litis* of *no win no fee* aanneemt en de verplichting heeft om een percentage in het fonds te doneren bij een positief vonnis voor de gelaedeerden of bij het bereiken van

102 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 95.
103 Zie Tzankova 2007a, p. 164-165 en de daar vermelde literatuur.

een collectieve schikking.[104] Deze constructie zou in de praktijk goed kunnen werken.

Vanuit de gedachte dat de (privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke) handhaving van het mededingingsrecht van belang is voor de gehele samenleving, zou de financiering van collectieve acties ook kunnen worden overgelaten aan de Staat. Indien de financiering van collectieve acties zou worden overgelaten aan de Staat, kan gedacht worden aan het verworpen voorstel van de Duitse regering in het 7e amendement op de Duitse mededingingswet. In dit voorstel zou een (consumenten)organisatie in het algemeen belang kunnen vorderen dat de met de mededingingsovertreding behaalde winst aan de Staat wordt afgedragen.[105] Bij een dergelijk voorstel zou bijvoorbeeld 75 procent van het bedrag aan de Staat moeten worden afgedragen. De andere 25 procent van het bedrag zou de consumentenorganisatie zelf mogen houden. Die 25 procent zorgt voor de nodige prikkels bij de consumentenorganisatie om een actie in te stellen. Daarnaast kunnen van die 25 procent de proceskosten bij verlies van de procedure worden betaald.[106]

Sinds de hervorming in 2005 van de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* bestaat in Duitsland voor *non-profit* organisaties die bepaalde handelsbelangen promoten wel een mogelijkheid om met behulp van een collectieve actie de met de overtreding behaalde winst terug te eisen van ondernemingen die inbreuk hebben gemaakt op de artikelen 81 EG, 82 EG of de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (§ 33 lid 2 GWB jo § 34a lid 1 GWB). De opbrengst gaat niet naar de benadeelden, maar naar de Staat. De proceskosten worden door het *Bundeskartellambt* vergoed. Vereist is dat de inbreuk opzettelijk is gepleegd, dat de winst met de inbreuk ten koste van een grote groep consumenten is behaald en dat de mededingingsautoriteit niet zelf reeds aanspraak heeft gemaakt op de ten onrechte behaalde winst. Met behulp van een dergelijke collectieve actie kan ook een rechterlijk verbod of gebod worden verkregen.

8.7 Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade

De in 2005 in werking getreden Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) is neergelegd in de artikelen 7:907-7:910 BW en de artikelen 1013-1018 Rv. Deze wet maakt het mogelijk dat de rechter een schikking die is overeengekomen tussen de veroorzakers van de schade en de organisatie die de belangen van slachtoffers behartigt, op verzoek van de partijen die de overeenkomst

104 Vgl. Tzankova 2007a, p. 164-165; Collins 2005, p. 236-238. De verplichting om een percentage aan het fonds te doneren, dient ook te gelden ingeval niet voor een financiering via het fonds is gekozen. Anders zal het fonds alleen worden gebruikt voor risicovolle zaken. In dat geval zal de bodem van het fonds spoedig in zicht zijn. Zie Tzankova 2007a, p. 164, voetnoot 95.

105 7. GWB-Novelle (7e amendement op de Duitse mededingingswet).

106 Roth 2007, p. 74.

hebben gesloten, verbindend verklaart voor personen aan wie de schade is veroorzaakt.[107] Met behulp van de WCAM zijn inmiddels meerdere zaken betreffende massaschade afgerond. De *DES*-zaak (lichamelijke aandoeningen bij de dochters van DES-gebruikers) en de *Dexia*-zaak (omvangrijke schulden als gevolg van het beleggen met geleend geld) met schikkingen van respectievelijk 38 miljoen en 1 miljard.[108] De zaken van *Shell* (schadevergoeding voor aandeelhouders voor daling van de koers als gevolg van verkeerde opgave olie- en gasreserves), *Vie d'Or* (faillissement levensverzekeraar) en *Vedior* (compensatie voor gedupeerde Vedior-aandeelhouders voor de geleden schade na het vroegtijdig uitlekken van de overname van uitzendconcern Vedior door Randstad) kunnen daar naar verwachting binnenkort aan worden toegevoegd.[109]

Op grond van artikel 7:907 lid 1 BW kan een overeenkomst strekkende tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen, gesloten door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid met één of meer andere partijen, die zich bij deze overeenkomst hebben verbonden tot vergoeding van deze schade, door de rechter op gezamenlijk verzoek van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten verbindend worden verklaard voor personen aan wie de schade is veroorzaakt, mits de stichting of vereniging de belangen van deze personen ingevolge haar statuten behartigt.[110]

Op grond van artikel 7:908 lid 1 BW heeft de overeenkomst, op het moment dat het verzoek tot verbindendverklaring onherroepelijk is toegewezen, tussen partijen en de gerechtigden tot een vergoeding de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst waarbij ieder der gerechtigden als partij geldt. De gelaedeerden krijgen daarmee, zonder te procederen, recht op de schadevergoeding die is overeengekomen tussen de veroorzaker van de schade en organisatie die de belangen van slachtoffers behartigt. De gelaedeerden verliezen in beginsel de mogelijkheid zelf nog schadevergoeding te vorderen. Een dergelijke afwikkeling heeft voor de veroorzakers van de schade het voordeel dat zij niet betrokken worden in een veelheid van procedures en dat zij met zo'n

---

107 Wet van 23 juni 2005, *Stb*. 2005, 340. Directe aanleiding voor de invoering van de WCAM is de Des-problematiek. Na onderhandelingen tussen het Des-centrum en de farmaceutische industrie en hun verzekeraars is er ten behoeve van de Des-dochters een bedrag van 38 miljoen euro in een fonds gestort. Het wetsvoorstel inzake de WCAM heeft het mogelijk gemaakt dat de overeenkomst die voorziet in de verdeling van dit bedrag onder de Des-dochters door de rechter verbindend kon worden verklaard. Zie over het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade ook Van Mierlo e.a. 2005.

108 Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461, *LJN*: AX6440 *(DES)*; Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007, 427, *LJN*: AZ7033 *(Dexia)*.

109 Genoemde zaken stonden bij de afsluiting van dit boek nog op de rol van het Hof Amsterdam.

110 Onder personen aan wie de schade is veroorzaakt, worden mede begrepen personen die een vordering ter zake van deze schade onder algemene of bijzondere titel hebben verkregen.

overeenkomst in belangrijke mate zekerheid verkrijgen over hun financiële verplichtingen. Voor slachtoffers heeft deze afwikkeling het voordeel dat zij zonder langdurige juridische procedures binnen korte tijd en op eenvoudige wijze de schade vergoed krijgen.

Zoals gezegd verliezen de gelaedeerden 'in beginsel' de mogelijkheid zelf nog schadevergoeding te vorderen. Er zijn dus uitzonderingen. Dit hangt samen met het in artikel 17 van de Grondwet neergelegde recht op toegang tot de rechter en artikel 6 EVRM, waarin is neergelegd dat een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.[111] In het tweede lid van artikel 7:908 BW is bepaald dat de verbindendverklaring geen gevolg heeft ten aanzien van een gerechtigde tot een vergoeding die binnen een door de rechter te bepalen termijn van ten minste drie maanden na de in artikel 1017 lid 3 Rv bedoelde aankondiging van de beschikking door een schriftelijke mededeling aan de in de overeenkomst aangewezen persoon heeft laten weten niet gebonden te willen zijn (de zogenaamde *opt-out* mogelijkheid voor benadeelden die zich niet aan de overeenkomst wensen te binden). Voor de gerechtigde tot een vergoeding die bij de in artikel 1017 lid 3 Rv bedoelde aankondiging van de beschikking niet met zijn schade bekend kon zijn, heeft een verbindendverklaring geen gevolg indien hij na het bekend worden van zijn schade door een schriftelijke mededeling aan de in de overeenkomst aangewezen persoon heeft laten weten niet gebonden te willen zijn. Een partij die zich bij de overeenkomst heeft verbonden tot vergoeding van schade kan een gerechtigde tot een vergoeding als bedoeld in de voorgaande zin schriftelijk een termijn van ten minste zes maanden stellen waarbinnen deze kan laten weten niet gebonden te willen zijn.

De Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade vormt bij schikkingsonderhandelingen een onvoldoende stok achter de deur. Om te profiteren van de WCAM is vereist dat veroorzakers van de strooischade eerst overeenstemming bereiken met een organisatie van gedupeerden over de schadevergoeding. Dit is een essentieel verschil met de Amerikaanse *class action*, waar medewerking van de schadeveroorzaker niet is vereist. De WCAM zal daardoor voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet de waarde hebben die een *class action* of een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding wel kan hebben. De schadeveroorzaker die inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht, zal pas bereid zijn een overeenkomst te sluiten in de zin van de WCAM indien er een reële mogelijkheid bestaat dat de laedens in een civiele procedure zal worden veroordeeld tot het betalen van een aanzienlijk bedrag aan schadevergoeding in combinatie met aanzienlij-

111 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 4 (MvT).

ke proceskosten. Met andere woorden; de laedens moet iets te verliezen hebben alvorens tot een overeenkomst met de gelaedeerden te willen komen.

De zogenaamde *Vie d'Or*-methode, die inhoudt dat verklaringen voor recht worden toegestaan ten aanzien van verschillende onderdelen voor aansprakelijkheid in een representatief aantal zorgvuldig geselecteerde subgroepen die als proefgevallen kunnen worden gezien, zou wel enige invloed op een mogelijke schikking kunnen hebben.[112] Door een procedure te voeren op naam van een aantal zorgvuldig geselecteerde personen die representatief zijn voor de diverse schadegevallen, kan worden bereikt dat er duidelijkheid wordt gegeven over de relevante feitelijke en juridische vragen die aan een schikking in de weg kunnen staan. Er blijft nog voldoende ruimte over om een buitengerechtelijke schikking aantrekkelijker te maken dan de mogelijkheid voor individuen om alles uit te procederen.[113]

Nu het in mededingingszaken veelal gaat om het tweede type strooischade (§ 8.2.2), zal de *Vie d'Or*-methode toch niet succesvol zijn als gevolg van de rationele desinteresse van benadeelden. Zolang het – nu de proceskosten niet opwegen tegen de relatief geringe opbrengst – voor individuele consumenten niet de moeite waard is om te gaan procederen, heeft de laedens juridisch gezien weinig reden om met een belangengroepering van gelaedeerden tot een schikking te komen. Zelfs bij het eerste type strooischade (§ 8.2.2) zullen de kosten voor de benadeelden om individueel verder te procederen (na een reeds beschikbare verklaring voor recht) te hoog kunnen zijn in verhouding met de te verwachten opbrengsten.

Ter vergroting van de onderhandelingsbereidheid en ter ondersteuning van de totstandkoming van een collectieve schikking overweegt Minister van Justitie Hirsch Ballin de invoering van een preprocessuele comparitie en de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad in de WCAM.[114] De rechter kan de partijen tijdens een preprocessuele comparitie assisteren bij de formulering van de belangrijkste geschilpunten en hen vervolgens stimuleren al dan niet via de inschakeling van een bemiddelaar tot overeenstemming te komen. Een 'onwillige' partij zou volgens de Minister van Justitie met tussenkomst van de rechter mogelijk eerder bereid zijn over een schikking te praten. Aan een spoedig antwoord op een belangrijke rechtsvraag lijkt volgens de Minister van Justitie juist bij massavorderingen nadrukkelijk behoefte te bestaan en daarom overweegt hij de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad allereerst voor massavorderingen in te voeren. De bereidheid van partijen om (in een vroeger stadium)

---

112 HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *(Stichting Vie d'Or/Verzekeringskamer)*; *NJ* 2008, 528 *(Stichting Vie d'Or/Accountants)* en *NJ* 2008, 529 m.nt. C.C. van Dam *(Stichting Vie d'Or/Actuaris)*. Zie Tzankova 2007a, p. 157; Croiset van Uchelen 2007, p. 127.

113 Zie in deze zin Tzankova 2007a, p. 157.

114 Brief van de Minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 23 oktober 2008 (Evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade).

te onderhandelen en te komen tot een schikking zou daarmee vergroot worden. Hoewel de invoering van een preprocessuele comparitie en de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een collectieve schikking, zal de invoering van deze voorstellen het probleem van de rationele desinteresse bij de benadeelden niet oplossen.

8.8 *Class actions*

8.8.1 Algemeen

In de Verenigde Staten kunnen *class actions* een belangrijke rol spelen in mededingingszaken waar per individu geringe maar in totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan. In de Verenigde Staten heeft ongeveer 6% van de in de *federal courts* aangespannen *class actions* betrekking op mededingingsrecht.[115] Met behulp van een *class action* kan schadevergoeding in geld worden gevorderd.[116]

De *class action* is een massaclaim die ontwikkeld is in het federale recht van de Verenigde Staten. Een *class action* is een figuur waarbij iemand een vordering kan instellen ten behoeve van een hele groep van individueel niet nader geïdentificeerde personen met een gemeenschappelijk belang bij het geschil.[117] *Class actions* moeten dan ook onderscheiden worden van collectieve acties, bij collectieve acties zijn geïdentificeerde eisers betrokken wier belangen collectief worden waargenomen door een gemandateerde belangenvereniging of een overheidsinstantie.[118]

Het gaat bij *class actions* om een aansprakelijkheidsprocedure waarbij de rechterlijke uitspraak of de tussen procespartijen overeengekomen schikking niet alleen de procespartijen bindt, maar ook door en tegen niet procederende gelaedeerden kan worden ingeroepen.[119] Deze binding kan worden gerechtvaardigd nu de rechter enerzijds onderzoekt of de eisende partijen in voldoende mate representatief zijn voor de gehele groep van benadeelden (de '*class certification*') en anderzijds niet-procederende benadeelden kunnen aangeven dat zij niet gebonden wensen te worden aan de rechterlijke uitspraak of schikking (de '*exclusion*').[120]

---

115 Zie *Class Action Reports*, www.classactionreports.com/classactionreports/about.htm

116 Aanvankelijk was het in een Amerikaanse *class action* niet mogelijk om schadevergoeding in geld te vorderen. Zie Schirmeister 2005, p. 825.

117 Vgl. Groenendijk 1981, p. 310; Frenk 1994, p. 120 en Van Gerven 2002, p. 74 (voetnoot 33); Zie over de bescherming van collectieve belangen Van Gerven e.a. 2000, p. 248-277. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de Amerikaanse *class action* de dissertatie van Tzankova: Tzankova 2007a.

118 Van Gerven 2002, p. 74 (voetnoot 33).

119 Vgl. Polak 2006, p. 2347-2348.

120 Vgl. Polak 2006, p. 2348.

8.8.2 Vereisten waaraan dient te zijn voldaan voor het instellen van een *class action*

De *class action* is in het federale recht van de Verenigde Staten gecodificeerd in *Rule* 23 van de *Federal Rules of Civil Procedure*. *Rule* 23 van de *Federal Rules of Civil Procedure* stelt de vereisten vast waaraan dient te zijn voldaan voor het instellen van een *class action*. Artikel 23 (a) luidt:

> 'One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.'

Deze vier eisen zijn cumulatief. Alleen indien aan alle vier vereisten is voldaan, kan een vordering worden ingesteld als een *class action*. Daarnaast kan een *class action* op grond van *rule* 23 (b) van de *Federal Rules of Civil Procedure* alleen gehandhaafd worden indien aan een van de onderstaande 3 alternatieve situaties wordt voldaan:

> '(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of
> (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or
> (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or
> (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or
> (3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.'

Bij acties tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht zal voornamelijk sprake zijn van de laatste (derde)

situatie.[121] De 'leden' van de groep zullen op de hoogte dienen te worden gesteld van het feit dat de rechter de desbetreffende 'leden' op een nader te bepalen tijdstip zal uitsluiten van de groep indien zij dat verzoeken, maar dat de rechterlijke uitspraak of schikking, onafhankelijk van de uitkomst, zal gelden voor alle 'leden' die niet hebben aangegeven dat ze niet gebonden willen zijn aan de rechterlijke uitspraak of schikking.[122]

8.8.3 *Class actions* en schikkingen

8.8.3.1 Algemeen

Veel *class actions* eindigen uiteindelijk in een *class settlement*.[123] Een *class settlement* moet uiteindelijk door de rechter worden goedgekeurd op grond van *Rule* 23 (e) (1) (A). De rechter mag een *class settlement* alleen goedkeuren indien de schikking *fair, adequate and reasonable* is.[124] Kroes wijst echter terecht op het feit dat ondanks deze eisen veelvuldig zogenaamde *coupon settlements* werden goedgekeurd.[125] In dergelijke *coupon settlements* ontvangt de door de rechter benoemde advocaat (de *class counsel*) die optreedt voor de eiser of eisers die de *class action* voeren namens alle *class members* die gedupeerd zijn[126] een aanzienlijk bedrag aan advocatenkosten, terwijl de *class members* niet meer ontvangen dan een tegoedbon voor een bepaald product of een bepaalde dienst. Voor de gedaagde zijn dergelijke schikkingen voordeling omdat maar een deel van de *class members* de tegoedbon ook daadwerkelijk gebruikt. Op grond van de *Class Action Fairness Act 2005* dienen de advocaatkosten tegenwoordig in redelijke verhouding te staan met de waarde van de tegoedbonnen die daadwerkelijk worden gebruikt door de *class members*.[127]

8.8.3.2 Sell-out schikkingen

Verwant aan dit probleem is het gevaar van *sell-out* schikkingen. Dat zijn schikkingen die niet de meest optimale uitkomst voor de *class* (de groep strooischadelijders) bevatten gelet op de reële waarde van de groepsvordering

121 Zie ook Nazzini 2004, p. 100, § 4.69.
122 *Rule* 23 (c) van de *Federal Rules of Civil Procedure.* Zie ook Nazzini 2004, p. 101, § 4.69.
123 Zie ook Tzankova 2007a, p. 113. Zie uitgebreider over *class action settlements* Klonoff, Bilich & Malveaux 2006, p. 651-747.
124 Rule 23 (e) (3). De rechter maakt bij de toets of een schikking *fair, adequate and reasonable* is gebruik van de Grinell factors zoals die zijn ontwikkeld in *City of Detroit v. Grinell Corp.*, 495 F.2d 448, 463 (2d Cir. 1974). Zie Klonoff, Bilich & Malveaux 2006, p. 705, p. 720; Kroes 2008b, p. 268.
125 Kroes 2008b, p. 268.
126 *Rule* 23 (c) (1) (B). Zie ook *Rule* 23 (g).
127 Vgl. Kroes 2008b, p. 268.

en gelet op de aard en omvang van de normschending.[128] Uit het onderzoek van Tzankova (dat voor een groot deel is gebaseerd op Amerikaanse literatuur) blijk dat er verschillende mogelijkheden zijn om het misbruikgevaar aan te pakken. Deze mogelijkheden kunnen worden onderverdeeld in verbetervoorstellen via toezicht *(monitoring)* en verbetervoorstellen via stimuleringsmaatregelen *(incentives)*.

Met verbetervoorstellen via toezicht wordt dan bijvoorbeeld gedoeld op beroepsregels die de professionaliteit regelen van de agent (advocaat, de belangenbehartiger) die taken uitvoert ten behoeve van de principaal (de cliënt, de *class*). Andere mogelijkheden zijn het uitbesteden van de toezichtfunctie aan personen of instellingen die het optreden van de belangenbehartiger beter kunnen controleren dan de gemiddelde strooischadelijder. Denk aan de rechter, een *lead plaintiff* (bijvoorbeeld de schadelijder met het grootste financiële belang in de *class action*) of een deskundige derde.[129] In de Verenigde Staten vervult de rechter al deels deze taak. Denk aan het goedkeuren van de schikking door de rechter en het vaststellen van de beloning voor de advocaat.[130]

Met verbetervoorstellen via stimuleringsmaatregelen *(incentives)* kan gedacht worden aan het werken op basis van *no cure no pay* in plaats van het werken op basis van een uurtarief. Tevens valt te denken aan de openbare aanbesteding van *class attorney*-diensten, waarbij advocaten kunnen meedingen naar de gunst van de *class*.[131] Tzankova ziet voor de selectie van de belangenbehartiger een sleutelrol weggelegd voor duurzame belangenorganisaties.[132] In haar visie horen duurzame belangenorganisaties de regie te voeren in collectieve voordeelsontnemingsacties die geen individuele compensatie beogen (zoals bij strooischade volgens haar per definitie het geval is).

8.8.3.3 'Gedwongen' schikkingen

Naast het gevaar van een *sell-out* schikking (gevaar voor de eiser) bestaat ook het gevaar dat de beschuldigde wederpartij snel tot een onredelijke 'gedwongen' schikking wil komen wegens bijvoorbeeld reputatieverlies of alle kosten van een slepende procedure (gevaar voor de gedaagde). Tzankova omschrijft het als 'het creëren van volume dat voor een belangrijk deel uit ondeugdelijke vorderingen kan bestaan, maar de wederpartij wel tot een onredelijke schikking kan bewegen (…)'.[133] Zij bespreekt drie theorieën over het misbruikgevaar bij 'gedwongen' schikkingen die in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur

128 Vgl. de definitie van Tzankova 2005, p. 87 en p. 112.
129 Tzankova 2005, p. 116-118.
130 Rule 23 (d) (2) en Rule 23 (e) van de *Federal Rules of Civil Procedure*. Tzankova 2005, p. 116.
131 Zie Tzankova 2005, p. 119.
132 Tzankova 2005, p. 120-121.
133 Tzankova 2007a, p. 113; Tzankova 2005, p. 99.

worden genoemd.[134] Deze theorieën over het misbruikgevaar zijn ook bij de strooischade die het gevolg is van een schending van het mededingingsrecht van belang.

De eerste theorie komt neer op de redenering dat gedwongen collectieve schikkingen ontoelaatbaar zijn omdat ze nauwelijks individuele compensatoire waarde hebben.[135] De strooischadelijders hebben niets terwijl de verweerder het risico loopt veroordeeld te worden in het afwikkelen van enorme claims die zelfs het voortbestaan van de onderneming in gevaar brengen. Alleen de belangenbehartigers worden er zelf beter van. Het is mijns inziens maar de vraag of de strooischadelijders niets hebben. Er zijn creatieve oplossingen mogelijk. Denk bijvoorbeeld aan de zaak van het bierkartel tussen Heineken en enkele andere bierbrouwers. Het is voor de meeste consumenten niet mogelijk om aan te tonen dat ze (al dan niet indirect) bier hebben afgenomen van de brouwers die hebben deelgenomen aan het bierkartel. Compensatie voor de in het verleden betaalde te hoge bierprijs is dan ook problematisch. Wel kan compensatie in het heden en de toekomst worden geboden door bijvoorbeeld het tijdelijk verlagen van de bierprijs. Daarnaast valt bijvoorbeeld te denken aan de oprichting van een fonds waarmee andere verwante activiteiten worden verricht. Denk bijvoorbeeld aan een fonds waarmee bitterballen of andere versnaperingen worden gefinancierd die kosteloos worden aangeboden aan de bierdrinkende consument.

De tweede theorie beschouwt de *class action* als een gevaarlijke rechtsfiguur omdat ook onschuldige verweerders in langslepende kostbare procedures kunnen worden betrokken. Procederen is kostbaar en tijdrovend zodat partijen soms gedwongen worden om te schikken ook al hebben ze niets verkeerd gedaan.[136] Dit kan worden gezien als een belemmering van het recht op een eerlijk proces.[137] Uit de studie van Tzankova wordt echter duidelijk dat deze theorie (en met name het argument van een eerlijk proces) niet geheel gegrond is. Hoewel veel *class actions* lichtvaardig kunnen worden ingesteld, is het niet lastig om binnen een redelijke tijd en tegen een redelijke prijs een (voorlopig) inhoudelijk oordeel over het geschilpunt te kunnen krijgen. Dat kan door een onderbouwde *motion to dismiss* in te dienen of een verzoek tot een zogenaamde

134 Tzankova maakt daarbij gebruik van de heldere bespreking van Silver over de gangbare theorieën in de Amerikaanse rechtspraak en literatuur betreffende het gevaar van *blackmail charges* (gedwongen schikkingen). Zie Silver 2003, p. 1357-1430.

135 Silver 2003, p. 1361 e.v.; Tzankova 2005, p. 101.

136 Silver 2003, p. 1361 e.v.; Tzankova 2005, p. 101-102.

137 Vgl. Tzankova 2005, p. 102.

summary judgment.[138] Daarnaast eisen rechters tegenwoordig al in de certificatiefase een plan van aanpak over de aanpak van het proces.[139]

De derde theorie beschouwt risicovermijdend gedrag als de oorzaak van het schikken door verweerders.[140] Deze theorie stelt voorop dat verweerders geen gebruik durven maken van hun recht op toegang tot de rechter wegens de wetmatigheid 'massa = kassa'. Een *class action* bereikt veel meer gelaedeerden dan een traditionele procedure. De verweerder zal bereid zijn ver te gaan om de grote financiële gevolgen van een mogelijk verlies van een *class action* te voorkomen. Als gevolg van dit risicovermijdend gedrag zal de verweerder sneller tot een schikking willen komen, al betaalt de verweerder uiteindelijk meer dan de aan de *class action* ten grondslag liggende vorderingen betreffende strooischade feitelijk waard zijn *(overpayment)*. Niet alle claims die voor de 'massa' van de *class action* zorgen zijn namelijk even sterk.[141] Tzankova maakt in haar onderzoek echter duidelijk dat dit laatste argument *(overpayment)* niet sterk is. De meeste *class actions* waarin geschikt wordt zijn gecertificeerde *class actions*. Tevens zijn de meeste van die gecertificeerde *class actions* onderworpen geweest aan een *motion to dismiss* en een *summary judgment*. Uit de studie van Tzankova blijkt tevens dat de grote financiële gevolgen als gevolg van rechterlijke uitspraken in *class actions* erg meevallen. Een faillissement van verweerder als gevolg van een *class action* is eerder de uitzondering dan de regel. Zeker voor wat betreft gevallen van strooischade.[142] Daarnaast is niet empirisch aangetoond dat verweerders risicomijdend zijn.[143] Het lijkt soms juist eerder dat eisers risicomijdend zijn en tot een voordelige schikking willen komen.

8.8.4 Financiering van *class actions*

De financiering van *class actions* wordt meestal rond gekregen doordat de rechter de advocaten (in ieder geval de door de rechter benoemde *class cousel*) als honorarium een beloning toewijst die bestaat uit een deel van het uiteindelijk bedrag dat wordt toegekend aan de gelaedeerden. De Amerikaanse rechter

---

138 Een *motion to dismiss* bestrijdt (ongenuanceerd gezegd) de toereikendheid van de juridische onderbouwing en argumenten in de zaak, onafhankelijk van de vraag of de gestelde feiten uiteindelijk bewezen kunnen worden. Het gaat om een voorlopig oordeel van de rechter over de inhoudelijke gegrondheid van de onderliggende materiële vordering. Een *motion for summary judgment* stelt (ongenuanceerd gezegd) de toereikendheid van de feitelijke basis voor de *claim for relief* ter discussie. Vgl. Tzankova 2005, p. 105, voetnoot 355.

139 Tzankova 2005, p. 106. Zie ook de door rechters gehanteerde *Manual for Complex Litigation* 2004.

140 Silver 2003, p. 1381 e.v.; Tzankova 2005, p. 102-103.

141 Tzankova 2005, p. 103. Zie ook Silver 2003, p. 1369 e.v.

142 Tzankova 2005, p. 107-108. Bij gevallen van sluipende massaschade zoals asbestschade of tabakschade is dat anders. Zo zijn veel ondernemingen failliet gegaan om aan de massaclaims voor asbestschade te ontsnappen.

143 Tzankova 2005, p. 108-109.

maakt daarbij gebruik van verschillende tests, zoals de zogenaamde *multifactor approach*, de *lodestar* methode of de *percentage of fund* methode.[144]

Bij de gebruikelijke *multifactor approach* spelen onder andere een rol de omvang en de complexiteit van de zaak, de uitkomst van soortgelijke zaken, het risico op het verliezen of winnen van de procedure, de kennis en ervaring van de advocaten van eisers en gedaagde, de nieuwheid en complexiteit van de rechtsvragen en de aard en duur van de werkzaamheden van de advocaat voor de desbetreffende zaak (de *Goldberger*-gezichtspunten).[145]

De *lodestar* methode of de *percentage of fund* methode zijn recentere methoden om de beloning van advocaten vast te stellen. Bij de *lodestar* methode wordt het redelijk aantal gewerkte uren gekoppeld aan een redelijk uurtarief.[146] Bij de *percentage of fund* methode gaat het om een percentage van het bedrag dat uiteindelijk is toegewezen of een percentage van het bedrag dat is overeengekomen in een schikking. Vaak betreft het 20% tot 30% van het bedrag dat door de rechter is toegewezen of met een schikkingsovereenkomst is vastgesteld. Een voordeel van de laatstgenoemde methode (*percentage of fund*) is dat er geen verleiding voor de advocaten bestaat om meer tijd te schrijven dan nodig is. Nadeel is dat advocaten worden aangemoedigd snel tot een schikking te komen, wat niet altijd in het belang is van de gelaedeerden. Een ander gevaar is dat advocaten een te hoog honorarium krijgen in relatief eenvoudige zaken waarvan de uitkomst bijna zeker vaststaat. In zaken waarbij zeer veel of zeer weinig geld op het spel staat zal de uitkomst ook ongewenst zijn (een te hoog of te laag honorarium).[147] Vaak wordt nog met een zogenaamde *lodestar cross-check* methode bekeken of het uiteindelijke vergoedingspercentage redelijk is door het bedrag dat het resultaat is van de *percentage of fund* methode te delen door het aantal uren dat in de zaak is gestoken. Eisenberg & Miller wijzen daarbij op het feit dat, hoewel de *lodestar cross-check* methode wel vaak wordt toegepast bij een uitzonderlijk hoog uurtarief, dezelfde *lodestar cross-check* methode niet wordt toegepast als er een uitzonderlijk laag uurtarief uit de *percentage of fund* methode volgt. Een onderbetaalde

144 Zie Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 98.

145 *Goldberger v. Integrated Res.*, Inc., 209 F.3d 43 (2d Cir. 2000).

146 Zie bijvoorbeeld *A.R. ex rel. R.V. v. New York City Dept. of Ed.*, 407 F.3d 65, 79 (2d Cir. 2005); *Chambless v. Masters, Mates & Pilots Pension Plan*, 885 F.2d 1053, 1058 (2d Cir. 1989). Zie voor het berekenen van het redelijk aantal gespendeerde uren onder meer *Chambless*, 885 F.2d at 1058; *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 711 F.2d 1136, 1147-48 (2d Cir. 1983). Het *U.S. Supreme Court* heeft er op gewezen dat 'only those hours reasonably expended' moeten worden toegewezen. Zie *Hensley v. Eckerhart*, 461 U.S. 424, 434-35 (1983). Een redelijk uurtarief is een uurtarief 'in line with . . . prevailing [rates] in the community for similar services by lawyers of reasonably comparable skill, expertise and reputation.' Zie *Blum v. Stenson*, 465 U.S. 886, 895 n.11 (1984); *Chambless*, 885 F.2d at 1058-59. De rechter mag ook de kennis over de relevante markt gebruiken bij het vaststellen van een redelijk uurtarief. Zie *Miele v. New York State Teamsters Conference Pension & Ret. Fund*, 831 F.2d 407, 409 (2d Cir. 1987).

147 Zie ook Eisenberg & Miller 2004, p. 27–78.

advocaat wordt kennelijk minder ernstig geacht door de Amerikaanse rechter dan een overbetaalde advocaat. Vanuit het gezichtspunt dat de rechter de belangen van de gelaedeerden in het oog moet houden is dit begrijpelijk. De advocaat wordt geacht voor zijn eigen belangen op te komen.

Uit de empirische studie van Eisenberg & Miller over de periode 1993–2002 blijkt dat de hoogte van het bedrag dat de gelaedeerden krijgen toegewezen verreweg de belangrijkste factor is bij het bepalen van het honorarium van de advocaten. Zelfs in procedures waarbij de rechter de *lodestar* methode toepast (het redelijk aantal gewerkte uren wordt vermenigvuldigd met een redelijk uurtarief), blijkt de hoogte van het bedrag dat de cliënten krijgen toegewezen veel samenhang te vertonen met de hoogte van het bedrag dat de gelaedeerden krijgen toegewezen. Het toepassen van de *lodestar* methode zou op grond van hun onderzoek zelfs kunnen worden gekwalificeerd als een verspilling van tijd en kosten. Uit het onderzoek blijkt ook dat er geen hard bewijs is dat de bedragen die de gelaedeerden krijgen toegekend en (daarmee samenhangend) de hoogte van het honorarium van de advocaten die betrokken zijn bij *class actions* de afgelopen tijd sterk zijn toegenomen. Het gebruikelijke honorarium ligt ver onder een derde van het bedrag dat wordt uitgekeerd aan schadevergoeding. Uit de empirische studie van Eisenberg & Miller blijkt voorts dat het honorarium een lager percentage uitmaakt van het gehele bedrag dat aan schadevergoeding is toegewezen naar mate de omvang van het bedrag dat aan schadevergoeding is toegewezen toeneemt. Dit is ook in overeenstemming met de lijn die in de Amerikaanse jurisprudentie is waar te nemen.[148] Veelal hangt de hoogte van de toegewezen vergoeding samen met het aantal gelaedeerden en niet met de prestaties van de advocaat. Uit dezelfde studie blijkt dat het honorarium ook samenhangt met het risico dat een zaak wordt verloren. Het honorarium als percentage van de '*class recovery*' blijkt bij de federale gerechten hoger te zijn dan bij de statelijke gerechten. Schadevergoeding anders dan in geld blijkt nauwelijks effect te sorteren op de hoogte van het honorarium.

148 Zie bijvoorbeeld de ook door Haak & VerLoren van Themaat gesignaleerde jurisprudentie zoals *In re Visa Check/Master Money Antitrust Litigation*, CV-96-5238 (U.S.D.J. 2003). In deze *class action* beschuldigde vijf miljoen winkeliers Visa en Master Card van koppelverkoop. De zaak is uiteindelijk voor drie miljard dollar geschikt waarbij ook nog kortingen waren bedongen ter waarde van 800 miljoen dollar. De advocaten verzochten de rechter om een absurd hoge vergoeding (ruim 600 miljoen dollar als honorarium en een kleine 20 miljoen dollar aan kosten). De rechter paste de zes factoren toe zoals die bij de *multifactor approach* worden toegepast en bracht de vergoeding omlaag tot 220 miljoen dollar (6,5% van het overeengekomen bedrag). De gemaakte onkosten werden volledig toegewezen. Zie ook *In re Indep. Energy Holdings PLC*, No. 00 Civ. 6689, 2003 WL 22244676 (S.D.N.Y. Sep. 29, 2003) en *In re Nasdaq Market-Makers Antitrust Litigation*, 187 F.R.D. 465 (S.D.N.Y. 1998). Het betrof in de laatstgenoemde zaak een grote complexe '*price-fixing class action*' waarbij een groep (*class*) van meer dan een miljoen deelnemers meedeed. De zaak is uiteindelijk geschikt voor meer dan een miljard dollar.

Het Nederlandse recht kent de *class action* niet. Zoals in § 8.3 besproken kent het Nederlands recht wel de in artikel 3:305a BW geregelde collectieve actie. Nu via deze bepaling geen schadevergoeding in geld kan worden verkregen (zie § 8.3.4) is men, voor zaken waar per individu geringe maar in totaliteit aanzienlijke belangen op het spel staan (strooischade), zonder wetswijziging in Nederland en het grootste deel van Europa (uitzonderingen vormen Zweden, het Verenigd Koninkrijk en tot op zekere hoogte Portugal)[149] afhankelijk van de publiekrechtelijke wijze van handhaving van het mededingingsrecht via de mededingingsautoriteiten.[150] Voor collectieve acties die niet gericht zijn op het verkrijgen van schadevergoeding in geld kan wel gebruik worden gemaakt van de artikelen 3:305a-c BW. Denk aan het in mededingingsrechtelijke zaken relevante gerechtelijk verbod of bevel (§ 8.3.1), de verklaring voor recht (§ 8.3.2) en de vordering uit onverschuldigde betaling (§ 8.3.3).

Wordt de privaatrechtelijke handhaving door het ontbreken van een *class action* niet onmogelijk? Het antwoord op de vraag moet ontkennend zijn. *Class actions* hebben in de Verenigde Staten nooit een groot deel uitgemaakt van het totale aantal privaatrechtelijke vorderingen op grond van schending van het mededingingsrecht.[151] Bij gebrek aan een *class action* zal het voor de individuele consument moeilijk zijn schadevergoeding te krijgen. Er blijven echter voor ondernemingen meer dan genoeg zaken over waar de mogelijke schadevergoeding de tijd en kosten van het procederen waard zijn. De schade die door ondernemingen is geleden als gevolg van een schending van het mededingingsrecht zal vaak een aanzienlijk grotere omvang hebben dan de schade die is geleden door een individuele consument.

149 In Zweden zijn '*opt-in*' *class actions* mogelijk op grond van de Wet voor de groepsacties van januari 2003 (*Lagen om grupprättegång* 2001/02:107, wetsvoorstel SOU 1994:151). In het Verenigd Koninkrijk zijn groepsacties mogelijk als kan worden aangetoond dat claims 'common or related issues of fact' hebben; zie ook Mobley 2003, p. 9. In 2000 is in het Verenigd Koninkrijk met de invoering van de *Civil Procedure Rules* de *Group Litigation Order* in Part 19.III van de *Civil Procedure Rules* terecht gekomen, een specifieke wettelijke regeling die is geïntroduceerd voor *multi-party actions*. Deze regeling codificeert de praktijk van bundeling, structurering en coördinatie van *test* en/of *lead cases* (proefprocessen) die de rechter daar rond 1985 heeft gecreëerd toen een aantal omvangrijke massaschadegevallen voorkwam waar het destijds bestaande procesrechtelijk systeem geen afdoende oplossing voor bood. Zie Asser, Groen & Vranken 2003, p. 183-184. In Portugal bestaat een zogenaamde *actio popularis*. Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 45 en het daarbij behorende landenrapport van Portugal opgesteld door José Luís da Cruz Vilaça, Pedro Metello de Nápoles & Dorothée Choussy.

150 In Nederland de NMa of de Europese Commissie.

151 Jones 1999, p. 249.

8.9 Het voorstel van de Commissie in het Witboek

8.9.1 Algemeen

De Commissie is in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels van mening dat er wat betreft collectieve schadeacties duidelijk behoefte is aan mechanismen waardoor de individuele claims van slachtoffers van schendingen van mededingingsregels kunnen worden gebundeld. De kosten, de lange duur, de onzekerheid en de risico's die verbonden zijn aan een individuele actie tot verkrijging van schadevergoeding schrikken volgens de Commissie individuele consumenten en kleine ondernemingen af. Een groot aantal slachtoffers krijgt volgens de Commissie daardoor geen compensatie. 'In de zeldzame gevallen waarin tegen dezelfde inbreuk een groot aantal individuele acties wordt ingesteld, kan dat voor eisers, gedaagden of het rechtsstelsel ten kosten gaan van de proceseconomie', aldus de Commissie.

De Commissie stelt voor om 'via een combinatie van twee complementaire mechanismen voor collectieve actie' deze punten aan te pakken.[152] In de eerste plaats door het mogelijk maken van schadeacties door belangenbehartigers die door daartoe bevoegde entiteiten worden ingesteld namens geïdentificeerde of identificeerbare slachtoffers.[153] In de tweede plaats door het creëren van de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* regeling.

Volgens de Commissie dienen beide soorten acties elkaar aan te vullen omdat daartoe bevoegde entiteiten niet alle claims zullen kunnen of willen behandelen. De Commissie hecht belang aan het feit dat slachtoffers niet het recht wordt ontzegd een individuele schadeactie in te leiden indien zij dit willen. Wel dient volgens de Commissie te worden voorkomen dat dezelfde schade meer dan een keer wordt gecompenseerd.

8.9.2 Representatieve collectieve acties door daartoe bevoegde entiteiten

De Commissie spreekt in het Witboek over het mogelijk maken van 'schadeacties door belangenbehartigers, die door daartoe bevoegde entiteiten worden

152 Zie ook de verschillende opties in het Groenboek over collectief verhaal voor consumenten van eurocommissaris Kuneva. Het Groenboek is inventariserend van karakter en het mededingingsrecht is expliciet uitgesloten van het Groenboek. Groenboek *Collectief verhaal voor consumenten*, Brussel, 27 november 2008, COM/2008/794 def.

153 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.1; *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 48.

ingesteld namens geïdentificeerde of, in beperkte gevallen, identificeerbare slachtoffers'.[154]

Met entiteiten worden in het Witboek bijvoorbeeld consumentenverenigingen, overheidsinstanties of brancheorganisaties bedoeld. Het kan gaan om daartoe vooraf formeel aangewezen entiteiten of entiteiten die op *ad hoc* basis door een lidstaat in een bepaalde mededingingszaak zijn erkend om een actie in te stellen namens alle of een deel van hun leden.

Dergelijke entiteiten zullen, zodra ze zijn erkend in een lidstaat, volgens de Commissie tevens automatisch moeten worden erkend in de andere lidstaten zonder nog nader gecertificeerd te worden.[155] De bevoegde entiteiten moeten de gelaedeerden die zij vertegenwoordigen op een effectieve manier informeren over de vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding die zij instellen.[156]

Een representatieve actie is volgens de Commissie verdedigbaar nu genoemde bevoegde entiteiten waarschijnlijk minder terughoudend zijn met het instellen van een actie op grond van schending van het mededingingsrecht dan individuele consumenten of kleine ondernemers die de schade hebben geleden.[157] In de eerste plaats is belangenbehartiging en het instellen van een vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht voor genoemde bevoegde entiteiten de reden van hun bestaan, terwijl het voor consumenten en kleine ondernemers vaak niet mogelijk is om voldoende tijd en middelen te spenderen aan een actie tot verkrijging van schadevergoeding. In de tweede plaats zullen de gedupeerde ondernemers voorzichtig zijn met het instellen van een actie tot verkrijging van schadevergoeding van de laedens ingeval ze nog langer zaken moeten doen met de laedens. Het belang van een goede verstandhouding prevaleert in dergelijke gevallen boven het belang van de verkrijging van schadevergoeding.[158]

De opbrengst van de actie tot verkrijging van schadevergoeding zal volgens de Commissie bij voorkeur worden besteed aan compensatie van de schade die is geleden door de gelaedeerden die zijn vertegenwoordigd in de representatieve actie tot verkrijging van schadevergoeding. Het kan in uitzonderingsgevallen echter noodzakelijk zijn dat de schadevergoeding die is toegewezen

154 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.1; *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 48.

155 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 55.

156 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 49.

157 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 50.

158 Vgl. *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 50.

aan de daartoe bevoegde representatieve entiteiten is gedistribueerd naar gerelateerde entiteiten of daarmee samenhangende doelen.[159]

8.9.3 Collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* regeling

In het Witboek wordt door de Commissie gekozen voor het creëren van de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* regeling. Het voorstel van de Commissie lijkt meer te zijn dan een voeging van individuele zaken.[160] Het lijkt de bedoeling dat één eiser wordt aangewezen om namens de gelaedeerden een procedure te voeren. De gelaedeerden dienen daarmee in te stemmen door een *opt-in* verklaring.

Slachtoffers dienen bij een *opt-in* regeling uitdrukkelijk te besluiten hun individuele vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding te bundelen tot één actie. Daarentegen worden bij een *opt-out* regeling de vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding van alle gelaedeerden gebundeld, tenzij een gelaedeerde aangeeft niet gebonden te willen zijn. Bij een *opt-out* regeling zoals die bij *class actions* in de Verenigde Staten bestaat, hoeven de gelaedeerden niets te ondernemen om van een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding te profiteren. Zij hoeven slechts af te wachten en in een later stadium te beslissen of ze daadwerkelijk gebonden willen zijn aan de uitkomst van een procedure. Uiteraard moet wel voldaan worden aan bepaalde publicatievoorschriften.

De *opt-in* regeling zoals die door de Commissie in het Witboek wordt voorgesteld is vanuit het oogpunt van partijautonomie aantrekkelijk. Tzankova heeft in haar dissertatie echter ook gewezen op de nadelen van de *opt-in* regeling zoals die bijvoorbeeld in de Engelse benadering bestaat (*Part* 19.III van de *Civil Procedure Rules*). Zo wijst zij op de ingewikkelde kostendelingsregeling (met name om het *free rider*-probleem te ondervangen) en de hoge overlegkosten en coördinatiekosten (als gevolg van de mogelijkheid dat de meeste gelaedeerden hun eigen advocaat kunnen aanhouden voor individuele zaken).[161]

In de Engelse benadering begint de collectieve actie met een *Group Litigation Order* die ofwel ambtshalve door de rechter ofwel op verzoek van de belanghebbende wordt uitgevaardigd. De gelaedeerden kunnen zich na de uitvaardiging en publicatie van de *Group Litigation Order* inschrijven in een register bij de rechter waar de zaak aanhangig is. Uit de aangemelde zaken worden zaken

159 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 56.
160 Kroes 2008a, p. 107.
161 Tzankova 2007a, p. 148.

en personen geselecteerd die representatief zijn voor de gehele groep gelaedeerden (*test cases*). Deze *test cases* worden begeleid door advocaten (*lead solicitors*) die namens alle geregistreerde partijen procederen. Zodra op de gemeenschappelijke punten in een *test case* is beslist, is die beslissing bindend voor alle geregistreerde partijen. Zaken die niet worden beschouwd als *test case* moeten worden aangehouden totdat in de *test cases* is beslist. In dergelijke 'niet-*test cases*' kan, nadat in de de *test cases* is beslist, verder worden geprocedeerd over individuele rechtsvragen of feitelijke vragen. Tevens kan al dan niet collectief worden geschikt.[162]

Tzankova heeft in haar dissertatie verdedigd dat maatwerk op macroniveau eerder bevorderd wordt door een *opt-out* regeling dan door een *opt-in* regeling en door de benadering van de groep als een zelfstandige entiteit (het entiteitsmodel) in plaats van een optelsom van individuen (het consolidatiemodel).[163] Een *opt-out* regeling is bovendien laagdrempelig en heeft een groot bereik.[164] Een *opt-in* systeem zal veelal leiden tot minder gelaedeerden die hun schade terugvorderen dan een *opt-out* systeem. Dit zal leiden tot een minder effectieve handhaving, nu een groter deel van de onrechtmatig behaalde winst bij de laedens blijft liggen. De Commissie is echter bang dat een *opt-out* systeem waarbij een vordering tot verkrijging van schadevergoeding kan worden ingesteld namens een groep van niet geïdentificeerde personen (*class actions*) tot excessen zal kunnen leiden.[165] De Commissie is met name bevreesd dat de gelaedeerden de controle over de procedure kwijtraken en dat advocaten voornamelijk hun eigen belangen nastreven. In § 8.9.5 ga ik nader in op dit standpunt van de Commissie.

8.9.4 De verhouding tussen de verschillende collectieve schadeacties

De vraag is hoe representatieve collectieve schadeacties door daartoe bevoegde entiteiten enerzijds en collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* mogelijkheid anderzijds zich tot elkaar verhouden. De Commissie ziet ze als aanvullende middelen voor het collectief verhalen van schade.

Schadeacties die door daartoe bevoegde entiteiten worden ingesteld zullen niet altijd alle schendingen van het mededingingsrecht hoeven te behandelen. De daartoe bevoegde entiteiten kunnen volgens de Commissie een prioritering aanbrengen.[166] Het is de vraag of er veel ruimte is voor de *opt-in* collectieve schadeactie indien belangenorganisaties een bepaalde zaak niet willen behande-

162 Zie voor deze procedure uitvoeriger Tzankova 2007a, p. 40 e.v.
163 Tzankova 2007a, p. 191.
164 Tzankova 2007a, p. 148.
165 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 58.
166 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 60.

len. Kroes wijst terecht op het feit dat de keuze om een zaak niet te behandelen veelal de uitkomst zal zijn van een afweging van enerzijds de kans dat een (omvangrijke) schadevergoeding zal worden toegewezen en anderzijds de kosten van de actie.[167] Indien die afweging negatief uitvalt, is het onwaarschijnlijk dat vervolgens een *opt-in* collectieve actie van de grond zal komen. Tenminste één gelaedeerde zal daartoe toch het initiatief moeten nemen. Daar komt bij dat bij strooischade de drempel om mee te doen aan een *opt-in* collectieve schadeactie hoog ligt, nu de financiële belangen voor de gelaedeerden marginaal zijn.[168]

Daarnaast is het mogelijk dat er zich binnen de daartoe bevoegde entiteiten belangenconflicten voordoen. Zo wijst de Commissie bijvoorbeeld op de mogelijkheid dat een bepaalde brancheorganisatie of beroepsvereniging leden heeft die het slachtoffer zijn van een mededingingsovertreding terwijl er ook leden zijn die verantwoordelijk zijn voor de schending van het mededingingsrecht en de daardoor veroorzaakte schade.[169] Tevens valt te denken aan mogelijke tegenstrijdige belangen van directe afnemers en indirecte afnemers (§ 7.9.5.2). Het is ook mogelijk dat er geen brancheorganisatie of beroepsvereniging bestaat of dat bepaalde gelaedeerden, hoewel ze door een bevoegde entiteit goed zouden kunnen worden vertegenwoordigd, zelf een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding willen beginnen.

De mogelijke samenloop tussen een procedure van een belangenorganisatie en een *opt-in* groepsactie is niet duidelijk geregeld. Kroes wijst terecht op het gevaar van tegenstrijdige uitspraken en de positie van de laedens die zich moet verweren tegen verschillende collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding wegens dezelfde mededingingsinbreuk.[170] De Commissie stelt met betrekking tot de mogelijke samenloop van representatieve collectieve acties door daartoe bevoegde entiteiten enerzijds en collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* mogelijkheid en individuele acties tot verkrijging van schadevergoeding anderzijds twee zaken voorop. In de eerste plaats mogen individuele gelaedeerden niet worden afgehouden van hun recht om zelf al dan niet een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in te stellen.[171] Het is dan ook van belang dat de bevoegde entiteiten de gelaedeerden die zij vertegenwoordigen op een juiste manier informeren over de representatieve collectieve actie die zij hebben ingesteld of van plan zijn in te stellen. In de tweede plaats is het niet de bedoeling dat dezelfde schade meerdere malen wordt vergoed door de verschillende (al dan niet collectieve) acties die kunnen worden ingesteld tot verkrijging van schadevergoeding.

---

167 Kroes 2008a, p. 111.

168 Tzankova 2005; Kroes 2008a, p. 111.

169 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 60.

170 Kroes 2008a, p. 111.

171 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 61.

Volgens het voorstel in het Witboek kunnen in beperkte gevallen collectieve acties worden ingesteld door daartoe bevoegde entiteiten namens *identificeerbare* slachtoffers. De slachtoffers hoeven in deze beperkte gevallen dus niet per definitie op voorhand *geïdentificeerd* te zijn. Op deze manier kunnen *opt-out* acties alsnog via de achterdeur mogelijk worden. Het hangt van de formulering van de uiteindelijke voorstellen af of dergelijke *opt-out* acties via een omweg mogelijk worden.

8.9.5 Deelconclusie

Het mogelijk maken van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding is een van de belangrijkste vereisten voor een effectievere privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het voorstel van de Commissie in het Witboek betreffende collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding is dan ook van belang voor een betere werking van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het voorstel in het Witboek is concreter van aard dan de verschillende opties die worden genoemd in het later verschenen Groenboek over collectief verhaal voor consumenten van de voor het consumentenbeleid verantwoordelijke eurocommissaris Kuneva.[172] Het Groenboek over collectief verhaal voor consumenten is nog inventariserend van karakter, terwijl in het Witboek betreffende collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding al duidelijker richting wordt gekozen. Het voorstel voor een actie door daartoe bevoegde entiteiten wijkt op drie punten af van de Nederlandse collectieve actie.[173]

In de eerste plaats staat artikel 3:305a BW in de weg aan een rechtsvordering die strekt tot de verkrijging van schadevergoeding in geld. De Nederlandse collectieve actie voldoet dan ook niet aan de wens van de Commissie om het voor gelaedeerden mogelijk te maken collectieve schadevergoedingsacties in te stellen.

In de tweede plaats wordt voor de belangenorganisatie die de collectieve actie voert niet de eis van erkenning gesteld. Erkenning van de overheid om een collectieve actie te mogen voeren is geen vereiste van artikel 3:305a BW. Vereist is slechts een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die opkomt voor gelijksoortige belangen die zij ingevolge haar statuten behartigt.

In de derde plaats hoeven de gelaedeerden in de Nederlandse collectieve actie niet te worden geïdentificeerd. De belangenorganisatie kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van *gelijksoortige belangen* van andere personen. In *Philips/Vereniging van Effectenbezitters* heeft de Hoge Raad nog

172 Groenboek *Collectief verhaal voor consumenten*, Brussel, 27 november 2008, COM/2008/794 def.

173 Zie ook Kroes 2008a, p. 107.

eens geoordeeld dat het overleggen van een lijst, waaruit de wederpartij precies kon weten tegen wie zij zich had te verweren, geen ontvankelijkheidseis is bij een collectieve actie. Een dergelijke eis past met name niet 'bij het wezen van een dergelijke actie waarin het geding door de stichting of vereniging die de vordering instelt, op eigen naam wordt gevoerd, niet als procesvertegenwoordigster van of namens, maar slechts ter behartiging van de belangen van anderen.'[174]

Indien het voorstel van de Commissie om schadevergoeding in geld te kunnen vorderen in concrete wetgeving wordt omgezet, zullen gelaedeerden (met name consumenten en kleinere concurrenten) hun rechten die voortvloeien uit het Gemeenschapsrecht daadwerkelijk kunnen uitoefenen en meer invloed krijgen bij de handhaving van het mededingingsrecht. Dit geldt met name voor die gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo klein is dat zij niet zelfstandig een actie zullen instellen of zullen deelnemen aan een gebundelde actie.

Er dienen wel enkele kanttekening te worden gemaakt. In de eerste plaats blijft in het voorstel van de Commissie het bewijs van de schade en de omvang daarvan bij het verkrijgen van individuele schadevergoeding problematisch. Dit hangt weer samen met het feit dat veelal een individuele beoordeling is vereist van aspecten als schade, causaal verband en eigen schuld (artikel 6:101 BW).[175] De voorstellen bieden daarvoor geen directe oplossing. Eventueel kan voor de nadere uitwerking van de regeling nog worden gekeken naar de uitkomst van de onderzoeken van de Commissie betreffende het verbeteren van de collectieve verhaalsmogelijkheden van consumenten bij consumentengeschillen.[176]

In de tweede plaats wordt door de Commissie geen aandacht besteed aan collectieve schikkingen. De gedaagde die het geschil met een schikking wil beëindigen wil de zekerheid hebben dat hij niet alsnog met allerlei claims van andere eisers wordt geconfronteerd. Indien de gedaagde een schikking overeenkomt met een belangenbehartiger (die door een daartoe bevoegde entiteit is ingesteld) van de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht, worden individuele gelaedeerden daaraan niet gebonden. Hetzelfde probleem doet zich voor bij de schikking tussen de gedaagde en een groep eisers die hun vordering in een procedure hebben gebundeld. De eisers die niet meedoen met de schikking kunnen de laedens alsnog aanspreken, ondanks het feit dat de laedens een schikking is overeengekomen. Bij een schikking op basis van

---

174 HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268 m.nt. Ma *(Philips/Vereniging van Effectenbezitters e.a.)*, r.o. 3.3.3.

175 Zie ook Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 140.

176 *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, hoofdstuk 2, § 62-64. Zie ook 'EU-strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013, Consumenten mondig maken, hun welzijn verbeteren en hun effectief bescherming bieden', Brussel 13 maart 2007, COM (2007) 99 final, SEC (2007), 321-323, § 5.3.

een *opt-in* systeem blijft voor de laedens steeds het risico bestaan dat er alsnog procedures volgen. Naar Nederlands recht kan dit probleem worden opgelost door het *opt-out* systeem van de WCAM (§ 8.7).

Uit de rechtsvergelijking met de Amerikaanse *class action* kwam naar voren dat in de literatuur twee aspecten van misbruikgevaar worden gesignaleerd bij de buitengerechtelijke afhandeling van strooischade via collectieve schikkingen (§ 8.8). Enerzijds het gevaar van *sell-out* schikkingen (§ 8.8.3.2) en anderzijds het gevaar van 'gedwongen' schikkingen (§ 8.8.3.3). Het mede op de praktijk van de Amerikaanse *class action* gebaseerde voorstel van Tzankova tot een preliminaire inhoudelijke beoordeling door de rechter van de gegrondheid van de onderliggende strooischadevordering, zal dit misbruikgevaar kunnen voorkomen.[177] De rechter zou, nog voordat partijen in schikkingsonderhandelingen treden, een voorlopig oordeel moeten geven over de inhoudelijke gegrondheid van de onderliggende op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde vordering.[178] Bij *follow-on* zaken (waarbij een mededingingsautoriteit zich reeds heeft uitgesproken over de schending van het mededingingsrecht) zal het voorlopig oordeel van de rechter over de inhoudelijke gegrondheid van de onderliggende vordering eenvoudiger zijn dan bij *standalone* zaken (waarbij geen beslissing van een mededingingsautoriteit beschikbaar is).

In de derde plaats is de mogelijke samenloop tussen een procedure van een belangenorganisatie en een *opt-in* groepsactie niet duidelijk geregeld. Zie § 8.9.4.

In de vierde plaats is het vraag of de certificering van belangenbehartigers door de lidstaten noodzakelijk is.[179] Het lijkt mij beter dat de rechter al dan niet via een preliminaire beoordeling de representativiteit van de belangenbehartiger kan toetsen. Daarbij kunnen ook de capaciteiten van de belangenbehartiger om de groepsactie te voeren aan bod komen.[180] Tevens zullen, in het verlengde van de kanttekening die ik reeds plaatste bij het ontbreken van aandacht voor collectieve schikkingen, regels moeten worden ingevoerd om te voorkomen dat belangenbehartigers verschillende acties starten voor hetzelfde schadegeval.[181]

In de laatste plaats kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de verwerping door de Commissie van het *opt-out* systeem. Recente ontwikkelingen in Zweden, Noorwegen, Denemarken en Nederland (WCAM) brengen met zich mee dat de voorkeur voor een *opt-in* systeem achterhaald lijkt te zijn.[182] De mogelijke nadelen van een *opt-out* systeem lijken door de Commissie te worden

177 Tzankova 2005, p. 128-130.
178 Tzankova 2005, p. 128.
179 Kroes 2008a, p. 111.
180 Kroes 2008a, p. 111.
181 Kroes 2008a, p. 111.
182 Gaudet 2009, p. 107-117.

overdreven.[183] Zo zou volgens de Commissie een *opt-out* systeem meer kosten met zich meebrengen,[184] personen kunnen afhouden van hun rechten[185] en overcompensatie van de *representative claimant* bevorderen.[186] Daarnaast zouden de benadeelden onvoldoende controle kunnen uitoefenen op de advocaten die de groep vertegenwoordigen.[187] Op grond van de ervaringen in Zweden, Noorwegen, Denemarken en Nederland lijken deze nadelen van een *opt-out* systeem bij nader inzien erg mee te vallen.[188] Daar staat tegenover dat een *opt-out* systeem bij gevallen van strooischade zeer waarschijnlijk beter zal werken dan een *opt-in* systeem. Een *opt-out* systeem is laagdrempelig en heeft een groter bereik (massa) dan een *opt-in* systeem.[189] De gelaedeerden hoeven niets te doen en kunnen de berichtgeving afwachten om aan het eind van een procedure te beslissen of ze al dan niet gebonden willen worden aan de uitkomst.[190] Een *opt-in* systeem zal leiden tot minder gelaedeerden die hun schade terugvorderen dan een *opt-out* systeem. Dit zal leiden tot een minder effectieve handhaving, nu een groter deel van de onrechtmatig behaalde winst bij de laedens blijft liggen. Daarnaast heeft de laedens in een *opt-out* systeem uitzicht op een definitieve afhandeling van de zaak. Bij een *opt-in* systeem is een dergelijke definitieve afhandeling van de zaak minder snel binnen handbereik.

8.10 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

In gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo groot is dat een individuele of gebundelde actie de moeite waard is, zal de mogelijkheid om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te kunnen vorderen niet essentieel zijn voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Een actie zal in dat geval ook worden ingesteld zonder dat een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding mogelijk is. Daarentegen is in de gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo klein is (strooischade) dat zij niet zelfstandig een actie zullen instellen of zullen deelnemen aan een gebundelde actie, de mogelijkheid om door middel van een collectieve actie schadevergoeding te kunnen vorderen essentieel voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Deze

183 Gaudet 2009, p. 107-117.
184 Renda e.a. 2007, p. 570.
185 Renda e.a. 2007, p. 272, p. 573; *White Paper Impact Assessment*, SEC (2008) 405, p. 40.
186 Renda e.a. 2007, p. 568.
187 Renda e.a. 2007, p. 570; *White Paper Impact Assessment*, SEC (2008) 405, p. 38; *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, p. 20 e.v.
188 Gaudet 2009, p. 107-117.
189 Tzankova 2007a, p. 148.
190 Tzankova 2007a, p. 148.

groep gelaedeerden heeft anders geen effectieve mogelijkheid de rechten die voortvloeien uit de mededingingsregels door middel van het privaatrecht te handhaven.

Een aantal gelaedeerden zal zich na afloop van een succesvolle collectieve actie melden bij de initiatiefnemer om een deel van de schadevergoeding te incasseren. Een ander deel van de groep gelaedeerden zal, ondanks de succesvolle afloop van de collectieve actie, geen aanspraak maken op de toegewezen vergoeding. Voor deze laatste categorie maakt het voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet uit of de mogelijkheid tot het instellen van een collectieve actie bestaat.

Voor die gevallen waarin bij de uiteindelijke gelaedeerden sprake is van rationele desinteresse (het tweede type strooischade), zal het bij wet mogelijk maken van een algemeen belang-actie een oplossing vormen.[191] Bij de algemeen belang-actie wordt de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht losgelaten.[192] De visie dat het, omdat het om minimale bedragen per gelaedeerde gaat, relatief onbelangrijk is dat de kleine bedragen aan strooischade voor vergoeding in aanmerking komen, dient te worden verworpen. Hoewel de schade per individuele consument gering is, hebben een of meer schenders van het mededingingsrecht een aanzienlijk voordeel kunnen behalen als gevolg van de schaalgrootte enerzijds en de onmogelijkheid om daar als individuele consument iets tegen te ondernemen anderzijds. In dit opzicht kan worden aangesloten bij de reeds in eerder onderzoek van Tzankova naar voren gekomen redenen waarom de aanpak van strooischade wenselijk is.[193]

In de eerste plaats wordt met de aanpak van strooischade een betere aansluiting gevonden bij in de samenleving levende noties van rechtvaardigheid die meebrengen dat een normschender niet van zijn normschendend gedrag mag profiteren. Hiermee hangt samen de toenemende maatschappelijke behoefte naar redres van onrecht. In de tweede plaats worden ongelijkheidsverhoudingen gecorrigeerd. In de derde plaats wordt normvervaging met bijbehorende uitstralende werking tegengegaan. In de vierde plaats zal van de aanpak van strooischade enige preventieve werking kunnen uitgaan omdat de laedens zelf voor de kosten van de mededingingsbeperkende gedraging moet opdraaien.[194]

Naar Nederlands recht biedt artikel 3:305a BW de mogelijkheid voor een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering in te stellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen (voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt). In een collectieve actie kan een rechterlijk verbod en bevel worden gevorderd. Met een verbods- of gebodsactie kan worden bereikt dat de mededingings-

191 § 8.3.4.
192 § 8.3.4.3.
193 § 8.2.
194 § 8.2.4.

beperkende gedraging wordt gestaakt of wordt voorkomen. Zo kan de gelaedeerde aan de rechter vragen om de laedens een verbod op te leggen nog langer het mededingingsrecht te schenden (denk bijvoorbeeld aan een verbod om levering te weigeren of een verbod op *predatory pricing*). Tevens kan de gelaedeerde aan de rechter vragen om de laedens een bevel op te leggen om een handeling te verrichten waarvan het nalaten in strijd zou zijn met het mededingingsrecht (denk bijvoorbeeld aan een gebod om te leveren of te contracteren in een geval van leveringsweigering).[195] Naast het rechterlijk verbod of bevel zal vaak een dwangsom worden gevorderd (artikel 611 a-i Rv).

In de praktijk spelen verbods- en gebodsacties zich vooral af voor de voorzieningenrechter in kort geding. Bij dergelijke verbods- of gebodsacties behoeven minder elementen te worden bewezen. Vereist is een reële dreiging van een onrechtmatige daad. Dreiging van schade behoeft niet te worden bewezen (artikel 3:296 BW). Uiteraard dient de eiser wel voldoende belang bij zijn vordering te hebben (artikel 3:303 BW).

Naast het rechterlijk verbod of gebod kan in een collectieve actie een verklaring voor recht worden gevorderd waarin de schending van het mededingingsrecht wordt vastgesteld. Een uitspraak van de rechter waarin voor recht wordt verklaard dat het mededingingsrecht is geschonden (declaratoir vonnis), zou individuele gelaedeerden behulpzaam kunnen zijn bij het uiteindelijk verkrijgen van schadevergoeding.[196]

Naast een rechterlijk verbod of gebod en de verklaring voor recht behoort in een collectieve actie tevens een vordering uit onverschuldigde betaling (artikel 6:203 BW e.v.) tot de mogelijkheden.[197] Onverschuldigd betaalde bedragen als gevolg van een schending van het mededingingsrecht kunnen door middel van een collectieve actie worden teruggevorderd.[198] Zo zal het gedeelte van de prijs boven het normale marktniveau onverschuldigd zijn betaald, ingeval de betreffende overeenkomst (gedeeltelijk) nietig is op grond van artikel 81 lid 2 EG en/of artikel 6 lid 2 Mw. Hetzelfde geldt voor de vernietigbaarheid van de overeenkomst op grond van een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW of artikel 6:228 BW.[199]

Op grond van artikel 3:305a lid 3 BW kan een rechtsvordering als bedoeld in artikel 3:305a 1id 1 BW niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. De argumenten van de wetgever om de rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van artikel 3:305a lid 3 BW uit te sluiten zijn niet overtuigend. Ook bij de in andere rechtsstelsels bestaande collectieve acties of *class actions* wordt bepaald of en in hoeverre personen schade hebben geleden en wordt uiteindelijk aan de personen die deze schade hebben geleden schadevergoeding

195 § 8.3.1.
196 § 8.3.2.
197 § 8.3.3.
198 § 8.3.3.
199 § 8.3.3.

uitgekeerd. De technisch-juridische problemen die ontstaan bij de vordering tot schadevergoeding in geld zijn niet onoverkomelijk. Ook voor een collectiviteit kan worden bepaald of en in hoeverre een (rechts)persoon jegens wie onrechtmatig zou zijn gehandeld schade heeft geleden als gevolg van de onrechtmatige gedraging.

Het is de hoogste tijd om de beperking in het derde lid van artikel 3:305a BW te schrappen en zo de mogelijkheid te scheppen om ook in collectief verband schadevergoeding in geld te vorderen.[200] Deze conclusie wordt ondersteund door de fundamentele herbezinners van het burgerlijk procesrecht, die van mening zijn dat met name in het geval van 'strooischade' (volgens de definitie van de herbezinners: 'schade aan vele benadeelden die qua omvang voor elk daarvan zo minimaal is dat het voor hen afzonderlijk niet de moeite en kosten rechtvaardigt om deze in rechte af te dwingen') de toegang tot de rechter verbeterd kan worden.[201] Zij denken daarbij aan invoering van een adequate *small claims*-procedure of uitbreiding van de collectieve actieregeling met de mogelijkheid om in het geval van strooischade een schadevergoeding te mogen vorderen. Ook een combinatie van beide mogelijkheden wordt denkbaar geacht.[202] Het is zaak dat de wetgever de aanbeveling van de fundamentele herbezinners serieus in overweging neemt en de gevolgen van het amendement Soutendijk/Korthals zo spoedig mogelijk ongedaan maakt.

De procesvolmacht en de lastgeving ter incasso kunnen niet worden gezien als volwaardige vervangers van een collectieve actie.[203] De bestaande mogelijkheid om een proefproces te voeren vormt ook geen volwaardige vervanging voor de mogelijkheid voor gelaedeerden een collectieve actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding.[204] De WCAM vormt bij schikkingsonderhandelingen een onvoldoende stok achter de deur en is ook geen volwaardige vervanging voor de mogelijkheid voor gelaedeerden een collectieve actie in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding.[205] Om te profiteren van de WCAM is vereist dat veroorzakers van de strooischade eerst overeenstemming bereiken met een organisatie van gedupeerden over de schadevergoeding. Dit is een essentieel verschil met de Amerikaanse *class action*, waar medewerking van de schadeveroorzaker niet is vereist.[206] De WCAM zal daardoor voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet de waarde hebben die een *class action* of een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding wel kan hebben. De schadeveroorzaker die inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht, zal pas bereid zijn een overeenkomst te sluiten in de zin van de WCAM indien er een reële mogelijkheid bestaat dat de laedens

200 § 8.3.4.
201 § 8.3.4.2.
202 § 8.3.4.2.
203 § 8.4.
204 § 8.3.4.4; § 8.7; § 11.15.
205 § 8.7.
206 § 8.8.

in een civiele procedure zal worden veroordeeld tot het betalen van een aanzienlijk bedrag aan schadevergoeding in combinatie met aanzienlijke proceskosten. Met andere woorden; de laedens moet iets te verliezen hebben alvorens tot een overeenkomst met de gelaedeerden te willen komen.

De financiering van een gezamenlijke actie vormt een niet te verwaarlozen obstakel bij de gebundelde actie tot verhaal van schade. De opheffing van het voor de advocatuur geldende verbod op de hantering van *contingency fees* (*no cure no pay*, *quota pars litis*) of *conditional fees (no win no fee)* bij collectieve acties en/of gebundelde acties zal een aanzienlijke verbetering zijn om de effectieve toegang tot de rechter voor gelaedeerden te verbeteren. Het is noodzakelijk dat de rechter een ruimere vergoeding van de kosten kan toekennen aan de initiatiefnemer van een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van de mededingingsregels. Deze door de rechter vastgestelde vergoeding zou kunnen worden opgebracht uit het bedrag dat uiteindelijk aan de gelaedeerden is toegekend door de rechter of is vastgesteld in een schikking.

Zonder het probleem van de financiering van collectieve acties op te lossen, zal het moeilijk blijven om door middel van collectieve acties het mededingingsrecht met behulp van het privaatrecht te handhaven. De initiatiefnemer van een collectieve actie moet ten minste zicht hebben op volledige vergoeding van de te maken kosten. Daarnaast zou een eventueel bedrag bovenop de vergoeding van kosten kunnen worden geboden in verband met het risico dat de initiatiefnemer loopt om te worden veroordeeld in de proceskosten.[207] Naast de gemaakte kosten die zijn ontstaan aan de zijde van de initiatiefnemer bij winst van de procedure, zijn er ook de gemaakte kosten bij verlies van de procedure. De kosten van de initiatiefnemer en een deel van de kosten van de gedaagde moeten dan immers geheel zelf door de collectieve belangenbehartiger worden gedragen. Zeker in mededingingszaken kunnen de proceskosten die gepaard gaan met het inschakelen van economisch deskundigen hoog oplopen (zowel de kosten van de gerechtelijke deskundigen als de kosten van de deskundigen van de wederpartij).

In de literatuur wordt wel de oprichting van een fonds voorgesteld dat een mogelijke proceskostenveroordeling dekt ingeval door het fonds een verzoek tot het instellen van een collectieve actie is goedgekeurd. Het idee is dan dat het fonds door een eenmalige donatie van de overheid wordt opgericht en zich vervolgens zelf in stand zou moeten houden.[208] Een dergelijke constructie zou in de praktijk goed kunnen werken.

Vanuit de gedachte dat de (privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke) handhaving van het mededingingsrecht van belang is voor de gehele samenleving zou de financiering van collectieve acties ook kunnen worden overgelaten aan de Staat. Gedacht kan worden aan de in Duitsland ingevoerde mogelijkheid

207 § 8.6.4.
208 § 8.6.4.

om als organisatie in het algemeen belang te vorderen dat de met de mededingingsovertreding behaalde winst aan de Staat wordt afgedragen. Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht behoort de Staat echter een terughoudende rol te spelen, al kan de Staat uiteraard wel als zelfstandige procespartij optreden indien hij in zijn belangen wordt geschaad.

De Commissie is in het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels van mening dat er wat betreft collectieve schadeacties duidelijk behoefte is aan mechanismen waardoor de individuele claims van slachtoffers van schendingen van mededingingsregels kunnen worden gebundeld. De kosten, de lange duur, de onzekerheid en de risico's die verbonden zijn aan een individuele actie tot verkrijging van schadevergoeding schrikken volgens de Commissie individuele consumenten en kleine ondernemingen af.

De Commissie stelt voor om 'via een combinatie van twee complementaire mechanismen voor collectieve actie' deze punten aan te pakken. In de eerste plaats door het mogelijk maken van schadeacties door belangenbehartigers die door daartoe bevoegde entiteiten worden ingesteld namens geïdentificeerde of identificeerbare slachtoffers. In de tweede plaats door het creëren van de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding met een *opt-in* regeling.

Het voorstel van de Commissie in het Witboek betreffende collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding is van aanzienlijk belang voor een betere werking van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Gelaedeerden (met name consumenten en kleinere concurrenten) zullen hun rechten daadwerkelijk kunnen uitoefenen en meer invloed krijgen bij de handhaving van het mededingingsrecht indien dit voorstel in concrete wetgeving wordt omgezet. Dit geldt met name voor die gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo klein is dat zij niet zelfstandig een actie zullen instellen of zullen deelnemen aan een gebundelde actie.

Er dienen wel enkele kanttekening te worden gemaakt. In de eerste plaats blijft in het voorstel van de Commissie het bewijs van de schade en de omvang daarvan bij het verkrijgen van individuele schadevergoeding problematisch. In de tweede plaats wordt door de Commissie geen aandacht besteed aan collectieve schikkingen. De gedaagde die het geschil met een schikking wil beëindigen wil de zekerheid hebben dat hij niet alsnog met allerlei claims van andere eisers wordt geconfronteerd. Bovendien doet zich het gevaar voor van het sluiten van *sell-out* schikkingen (§ 8.8.3.2) of 'gedwongen' schikkingen (§ 8.8.3.3). Dit gevaar zou kunnen worden voorkomen door een preliminaire inhoudelijke beoordeling door de rechter van de gegrondheid van de op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde onderliggende strooischadevordering.[209] In de derde plaats is de mogelijke samenloop tussen een proce-

209 § 8.9.5.

dure van een belangenorganisatie en een *opt-in* groepsactie niet duidelijk geregeld (§ 8.9.4). In de vierde plaats is het vraag of de certificering van belangenbehartigers door de lidstaten noodzakelijk is. Het lijkt mij beter dat de rechter al dan niet via een preliminaire beoordeling de representativiteit van de belangenbehartiger kan toetsen. Bij deze toets kunnen ook de capaciteiten van de belangenbehartiger om een groepsactie te voeren aan bod komen. In de laatste plaats lijkt de voorkeur van de Commissie voor een *opt-in* systeem achterhaald te zijn, mede gelet op de positieve ervaringen in een aantal lidstaten van de EU met een *opt-out* systeem (WCAM).[210] Een *opt-out* systeem zal bij gevallen van strooischade zeer waarschijnlijk beter functioneren dan een *opt-in* systeem. Een *opt-out* systeem is laagdrempelig en heeft een groter bereik (massa) dan een *opt-in* systeem.[211] Een *opt-in* systeem zal leiden tot minder gelaedeerden die hun schade terugvorderen dan een *opt-out* systeem. Dit zal leiden tot een minder effectieve handhaving, nu een groter deel van de onrechtmatig behaalde winst bij de laedens blijft liggen. Daarnaast heeft de laedens in een *opt-out* systeem uitzicht op een definitieve afhandeling van de zaak.

210 § 8.9.5.
211 § 8.9.5.

9 Bewijs

9.1 INLEIDING

Bewijs heeft naar zijn aard een interdisciplinair karakter.[1] Nijboer citeert in zijn oratie de Amerikaan Wigmore, die noemt de bestudering van het bewijs binnen de rechtswetenschap het meest complexe en uitgebreide onderzoeksterrein

> 'omdat in feite het geheel aan menselijke kennis daarin relevant is, met inbegrip van – op metaniveau – de cognitieve filosofie (kennisleer, epistemologie), de cognitieve psychologie en andere op de menselijke cognitie betrekking hebbende vakterreinen, zoals de fysiologie en de linguïstiek'[2]

Feitenonderzoek en bewijs in het recht zijn complex, niet alleen al vanwege het feit dat het materieel recht het *probandum* bepaalt (datgene wat bewezen dient te worden, denk aan de criteria die staan in de artikelen 81 en 82 EG) en het bewijsrecht in civiele zaken hoofdzakelijk is neergelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar ook en vooral omdat bij feitenonderzoek en bewijs in het recht het geheel aan menselijke kennis relevant is.[3]

In dit hoofdstuk ga ik nader in op de bewijsproblemen die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht spelen. De bewijsproblemen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht onderscheid ik in twee fasen. De eerste fase is de periode waarin nog geen procedure in aangespannen. In deze fase zal de partij die meent te zijn benadeeld door een mededingingsovertreding gegevens en bewijs moeten verzamelen en aan de hand van deze gegevens en mogelijk bewijs een beslissing moeten nemen om al dan niet een procedure te starten door middel van het uitbrengen van een dagvaarding. De tweede fase is de fase die begint met het uitbrengen van een dagvaarding. Dit hoofdstuk onderzoekt de bewijsproblemen en mogelijke bewijsmiddelen in het geding voor de burgerlijke rechter. De bewijsproblemen

1 Nijboer 2002, p. 4.
2 Nijboer 2002, p. 4 e.v; Wigmore 1937.
3 Vgl. Nijboer 2002, p. 4-5.

en mogelijke bewijsmiddelen in het arbitraal geding vallen buiten dit onderzoek.[4]

In § 9.4 bespreek ik de bewijsproblemen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de voorfase van een procedure. In § 9.5 bespreek ik de bewijsproblemen in de procedurele fase. Ik begin nu eerst in § 9.2 met een korte schets van de ontwikkeling van het bewijsrecht. In § 9.3 ga ik in op de bewijslastverdeling bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

9.2 Van formeel bewijs naar vrij bewijs

9.2.1 Inleiding

Aan de hand van Anema & Verdam schets ik in vogelvlucht de historische ontwikkeling van een stelsel van formeel bewijs naar een stelsel van vrij bewijs in het civiele recht. Die ontwikkeling heeft er toe geleid dat in ons huidige stelsel in beginsel alle soorten bewijs in het proces mogen worden gebracht. Het staat de rechter sinds de invoering in 1988 van de herziening van het bewijsrecht vrij het bewijs naar eigen inzicht te waarderen. De weg naar een stelsel van vrij bewijs loopt via het Romeinse recht, het Germaanse recht, het canonieke en middeleeuwse recht naar het Franse en Nederlandse recht.

9.2.2 Een korte reis door de tijd

In het Romeinse recht is in de klassieke tijd het bewijs vrij en overgelaten aan het gezond verstand van de rechter.[5] In verband met de veranderingen van het proces en een aantal andere omstandigheden komen er regelingen met betrekking tot bewijs tot stand (oude ervaringsregelingen, wetenschappelijke en ambtelijke adviezen en keizerlijke rechtsregelen). Zij worden, tezamen met een aantal nieuwe regels, gecodificeerd onder Justinianus. Zie hiervoor Anema & Verdam en de daar vermelde achtergrondliteratuur.[6]

Het Germaanse procesrecht ging uit van een heel andere proces-opvatting dan het Romeinse procesrecht. In het oorspronkelijke Germaanse procesrecht is het bewijs geheel formeel om pas later in de Frankische tijd en in de Middeleeuwen richting materieel bewijs te verschuiven.

4 Zie voor een onderzoek naar de bewijsmiddelen in het arbitraal geding: Fung Fen Chung 2004.
5 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 1.
6 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 3.

In het moderne recht zijn nauwelijks beginselen van Germaans bewijsrecht opgenomen (uitzondering is bijvoorbeeld het bewijsinterlocutoir).[7] De ontwikkeling naar een stelsel van meer materieel bewijs werd afgebroken door het binnendringen van vreemd recht. Het vreemd recht heeft het inheemse recht uiteindelijk doen verdwijnen. Zie hiervoor Anema & Verdam en de daar genoemde achtergrondliteratuur.[8]

Het canonieke proces ging uit van het laat-Romeinse recht maar had daar enkele veranderingen in aangebracht. Veranderingen zijn bijvoorbeeld de invoering van de lijdelijkheid van de rechter en de schriftelijke vorm van de procedure. Anema & Verdam laten zien dat de neiging om de rechterlijke vrijheid te binden om misbruik te voorkomen een belangrijke weerslag had op het bewijsrecht. Er ontstond een bewijsrecht gebaseerd op de 'formele waarheid'. Zo weinig mogelijk regels moesten aan de persoonlijke overtuiging van de rechter worden overgelaten. De rechter werd onder de objectieve regel gesteld.[9]

In het oud-Franse recht werd het procesrecht en daarmee het bewijsrecht vastgelegd in de *Ordonnance civile* van 1667.[10] Veel formaliteiten werden in de *Ordonnance* afgeschaft of vereenvoudigd. Het bewijs kwam, wanneer begin van de negentiende eeuw werd overgegaan tot algemene codificatie van het civiele recht, grotendeels terecht bij het verbintenissenrecht in de *Code civil*. Andere procesrechtelijke bepalingen inzake bewijs kregen een plaats in de *Code de procédure civil* en in andere delen van de *Code civil*.[11]

Het Nederlandse bewijsrecht tenslotte is van Franse origine. De weg van een stelsel van formeel bewijs naar een stelsel van vrij bewijs is definitief ingezet en er worden ook pogingen gedaan te komen tot een bewijsrecht gebaseerd op zelfstandige grondslag, waarbij het stelsel van vrij bewijs meer ruimte krijgt.[12] Die ontwikkeling heeft er toe geleid dat in ons huidige stelsel in beginsel alle soorten bewijs in het proces mogen worden gebracht. Het staat de rechter sinds de invoering in 1988 van de herziening van het bewijsrecht vrij het bewijs naar eigen inzicht te waarderen.[13]

---

7 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 6 en de daar vermelde literatuur.
8 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 4 e.v.
9 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 8.
10 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 8-9.
11 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 10.
12 Zie uitvoeriger Asser/Anema & Verdam 1953, p. 10-15.
13 De herziening van het bewijsrecht is inwerking getreden per 1 april 1988.

9.3 BEWIJSLASTVERDELING

9.3.1 De bewijslastverdeling in Verordening 1/2003

De bewijslastverdeling bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht wordt niet door het nationale burgerlijk procesrecht bepaald, maar door Verordening 1/2003.[14] Artikel 2 Verordening 1/2003 luidt namelijk als volgt:

> 'In alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag dient de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel 81, lid 1, of artikel 82 van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen. De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81, lid 3, van het Verdrag beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.'

Uit de vijfde considerans kan worden afgeleid dat Verordening 1/2003 geen afbreuk doet aan de nationale voorschriften inzake de bewijsstandaard of aan de plicht van de rechterlijke instanties van de lidstaten de relevante feiten van een zaak vast te stellen, mits dergelijke voorschriften en plichten verenigbaar zijn met de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht. De vijfde considerans van Verordening 1/2003 luidt als volgt:

> 'Met het oog op een daadwerkelijke handhaving van de communautaire mededingingsregels onder eerbiediging van de fundamentele rechten van de verdediging, moet deze verordening regels bevatten inzake de bewijslast op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Het bewijs van inbreuk op de artikelen 81, lid 1, en 82 van het Verdrag moet rechtens genoegzaam worden geleverd door de partij of de autoriteit die de inbreuk aanvoert. De onderneming of ondernemersvereniging die verweer voert tegen een bewezen inbreuk moet rechtens genoegzaam het bewijs leveren dat aan de voorwaarden is voldaan om dat verweer te laten gelden. Deze verordening doet geen afbreuk aan de nationale voorschriften inzake de bewijsstandaard of aan de plicht van de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten de relevante feiten van een zaak vast te stellen mits dergelijke voorschriften en plichten verenigbaar zijn met algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht.'

De Nederlandse regels betreffende de bewijslastverdeling komen overeen met de bepaling zoals opgenomen in artikel 2 Verordening 1/2003. De wetgever heeft de bewijslastbepaling uit Verordening 1/2003 (artikel 2) dan ook niet overgenomen in de Mededingingswet, op arikel 6 lid 4 Mw na. Wel is naar

---

14 Zie voor deze bewijslastverdeling ook HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 PC-213 P, C-217/00 P en C-219/00 P *(Aalborg Portland)*, *Jur.* 2004, p. I-123.

Nederlands burgerlijk procesrecht een uitzondering mogelijk indien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Op grond van artikel 150 Rv draagt de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Naar Nederlands burgerlijk procesrecht dient een inbreuk op de mededingingsregels dan ook bewezen te worden door de partij die zich op een inbreuk beroept. De partij die zich beroept op de uitzondering van artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw draagt de bewijslast dat voldaan is aan de voorwaarden van artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw. In artikel 6 lid 4 Mw is nu ook nog eens expliciet neergelegd dat een onderneming of ondernemersvereniging die zich op het derde lid van artikel 6 Mw beroept, dient te bewijzen dat aan dat lid is voldaan.

9.3.2 De te bewijzen criteria ter vaststelling van een mededingingsovertreding

Zoals reeds in hoofdstuk 2 is besproken, dienen een aantal criteria van het kartelverbod en het verbod om misbruik te maken van een machtspositie gesteld en bij betwisting bewezen te worden. Bij toepassing van artikel 81 EG en/of artikel 6 Mw dienen de volgende vragen te worden beantwoord, wil sprake zijn van de toepasselijkheid van het kartelverbod (zie het stappenplan voor de nationale rechter en arbiter in § 2.3.7.1):

1 Is er sprake van ondernemingen? (§ 2.3.3.2 sub a)
2 Gaat het om een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit van een ondernemersvereniging? (§ 2.3.3.2 sub b-d)
3 Ligt de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging boven de bagateldrempel van artikel 7 Mw? (§ 2.3.5)
4 Strekt de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging ertoe of heeft de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging ten gevolge dat de mededinging merkbaar wordt verhinderd, beperkt of vervalst? (§ 2.3.3.2 sub e)
5 Valt de overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging onder een groepsvrijstelling? (§ 2.3.3.4)
6 Valt een overeenkomst, het besluit of de onderling afgestemde feitelijke gedraging onder de uitzondering van artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw? (§ 2.3.3.4)

Bij toepassing van artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw dienen de volgende vragen te worden beantwoord, wil sprake zijn van de toepasselijkheid van het verbod van misbruik van een economische machtspositie (zie het stappenplan voor de nationale rechter en arbiter in § 2.3.7.2):

- Wat is de relevante product- of dienstenmarkt? (§ 2.3.4.2 sub b)
- Wat is de relevante geografische markt? (§ 2.3.4.2 sub c)
- Bestaat er op de relevante markt een machtspositie? (§ 2.3.4.3)
- Wordt er misbruik gemaakt van de machtspositie? (§ 2.3.4.4)

De vraag of de betreffende overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging, het betreffende besluit van een ondernemersvereniging of het misbruik van een machtspositie de handel tussen de lidstaten merkbaar ongunstig kan (daadwerkelijk of potentieel) beïnvloeden, hoeft niet per definitie door de Nederlandse rechter te worden beantwoord omdat de inhoudelijke criteria van het Europese en Nederlandse kartelverbod (artikel 81 EG en artikel 6 Mw) en het Europese en Nederlandse verbod om misbruik te maken van een machtspositie (artikel 82 EG en artikel 24 Mw) hetzelfde zijn. Voor wat betreft de toepasselijkheid van artikel 6 Mw vervalt alleen het criterium dat de betreffende overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het betreffende besluit van een ondernemersvereniging de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Artikel 82 EG noemt ook de eis van de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Deze eis valt samen met het bepalen van de relevante geografische markt. De relevante geografische markt is dan ook doorslaggevend bij de vraag of een gedraging onder artikel 24 Mw valt of onder artikel 82 EG.

De bewijslast van het merkbaarheidsvereiste bij zowel de beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten als de beperking van de mededinging ligt mijns inziens bij de partij die de inbreuk stelt, zodat de verweerder niet hoeft te bewijzen dat niet aan dit criterium is voldaan.[15] Dit lijkt te kunnen worden afgeleid uit de uitspraak van de Hoge Raad in *Vreugdenhil/BVH*, waarin het merkbaarheidsvereiste in navolging van de conclusie van de A-G Keus wordt beschouwd als een positief vereiste. De Hoge Raad overweegt:

> 'Zowel voor het communautaire als het nationale mededingingsrecht geldt voorts het in de rechtspraak van het HvJ EG ontwikkelde criterium dat de handel tussen de lidstaten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt onderscheidenlijk de Nederlandse markt merkbaar worden beperkt (het merkbaarheidsvereiste). *Ook het merkbaarheidsvereiste is in beginsel te beschouwen als een positief vereiste*, zij het dat de – in de praktijk belangrijke – kwantitatieve criteria deels in negatieve vorm – als drempelvrijstelling – zijn uitgewerkt en vastgelegd. In EG-verband is dat gebeurd in de zogenaamde De minimis bekendmaking (Pb EG 2001, C368/13), een gepubliceerde beleidsregel van de Europese Commissie. Ook in de Mededingingswet is een drempelvrijstelling opgenomen: in de bagatelregeling van art. 7 is onder meer bepaald dat art. 6 lid 1 niet geldt als is voldaan aan een tweetal cumulatieve voorwaarden, te weten dat bij de overeenkomst niet meer dan acht

15 Zie ook Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 64; Vgl. HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 *(Vreugdenhil/BVH)* m.nt. MRM. Zie voor de stelplicht en bewijslast bij het merkbaarheidsvereiste ook HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 *(Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie)*.

ondernemingen zijn betrokken en dat de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar een bepaald bedrag niet te boven gaat.'[16]

Bij de overweging van de Hoge Raad dient nog te worden opgemerkt dat de Nederlandse bagatelregeling niet verward moet worden met de *de minimis* bekendmaking. De *de minimis* bekendmaking vormt een uitwerking van het merkbaarheidsvereiste en daarmee van de reikwijdte van het verbod van mededingingsafspraken. De Nederlandse bagatelregeling vormt geen uitwerking van het merkbaarheidsvereiste en is dus ook geen uitwerking van de reikwijdte van het verbod van mededingingsafspraken. De Nederlandse bagatelvoorziening betreft mededingingsafspraken die de mededinging merkbaar beperken en als gevolg daarvan onder het verbod vallen. Vanuit het perspectief van de mededinging zijn de mededingingsafspraken die onder de Nederlandse bagatelvoorziening vallen echter van duidelijk ondergeschikte betekenis.[17]

Voor wat betreft de bewijslast ten aanzien van de omzetdrempel van de *de minimis* bekendmaking en de wettelijke bagatelvoorziening in de Mededingingswet zal de partij die zich beroept op het rechtsgevolg in beginsel de bewijslast dragen.[18] Van Lierop & Pijnacker Hordijk wijzen erop dat de bewijslast van het merkbaarheidscriterium bij *hardcore* strekkingsbedingen anders zou kunnen liggen.[19] In *Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie* heeft de Hoge Raad bepaald dat de partij die een beroep doet op de nietigheidssanctie van artikel 6 Mw, mede dient te stellen, en bij voldoende gemotiveerde tegenspraak te bewijzen, dat sprake is van merkbare verstoring van de mededinging in de desbetreffende markt.[20]

Indien gesteld en bij betwisting bewezen wordt geacht dat het antwoord op elk van de voorgaande vragen bevestigend luidt, dienen de vragen behorende bij het derde lid van artikel 81 EG of 6 Mw te worden beantwoord. Artikel 81 lid 3 EG en artikel 6 lid 3 Mw geven de mogelijkheid om een uitzondering te maken op het verbod om mededingingsbeperkende afspraken te maken zoals omschreven in het eerste lid van artikel 81 EG en artikel 6 Mw. Bij toepassing van het derde lid van artikel 81 EG en het derde lid van artikel 6 Mw dienen de volgende vragen te worden beantwoord:

1 Draagt de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het besluit van een ondernemersvereniging bij aan de verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang?

---

16 HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 *(Vreugdenhil/BVH)* m.nt. MRM (cursivering toegevoegd EJZ).

17 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 14/15 (MvT).

18 Bekendmaking inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beïnvloeden, *PbEG* 2001, C 368/13.

19 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 64.

20 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 *(Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie)*, r.o. 3.4.

2 Zo ja, komt een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede?
3 Zo ja, worden er aan de betrokken ondernemingen geen beperkingen opgelegd welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn?
4 Zo ja (er worden geen beperkingen opgelegd welke niet onmisbaar zijn), wordt er geen mogelijkheid gegeven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen?

De gedaagde zal moeten stellen en bij tegenspraak bewijzen dat alle vragen positief kunnen worden beantwoord. Als een van de bovenstaande vier vragen behorende bij het derde lid van artikel 81 EG of 6 Mw negatief wordt beantwoord, is het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG of artikel 6 lid 1 Mw van toepassing. Worden de vier bovenstaande vragen bevestigend beantwoord, dan wordt het kartelverbod zoals neergelegd in het eerste lid van artikel 81 EG of het eerste lid van artikel 6 Mw buiten toepassing verklaard en is de overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of het besluit van een ondernemersvereniging toegestaan.

Bij toepassing van de artikelen 82 EG en 24 Mw dient ten eerste gesteld en bewezen te worden dat sprake is van een machtspositie en dient vervolgens gesteld en bewezen te worden dat de machtspositie wordt misbruikt.

9.3.3 De verplichting tot uitvoering van een marktanalyse

Partijen dienen voldoende te stellen dat aan alle relevante criteria van de desbetreffende mededingingsrechtelijke bepaling is voldaan. Bij betwisting dienen partijen genoegzaam te bewijzen dat aan de betwiste criteria is voldaan. In het mededingingsrecht is veelal een marktanalyse noodzakelijk om te bewijzen dat voldaan is aan alle criteria van de artikelen 81 EG, 82 EG, 6 Mw en 24 Mw. Zie voor de noodzakelijke marktanalyse nader mijn bespreking betreffende de inzet van economische deskundigheid in § 9.5.4. Een goed voorbeeld waarbij partijen niet voldoen aan hun stelplicht en de rechter te weinig aandacht besteed aan de noodzakelijke marktanalyse is de ook in het preadvies van Van Lierop & Pijnacker Hordijk aangehaalde zaak *Vreugendhil/Bloemenveiling*.[21] De Hoge Raad maakt hierbij onderscheid tussen overeenkomsten die reeds naar hun strekking dan wel in hun gevolgen de mededinging schaden. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.7.3):[22]

> 'Vreugdenhil klaagt terecht dat het hof had behoren aan te geven of naar zijn oordeel de Overeenkomsten reeds naar hun strekking dan wel in hun gevolgen

21 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 65.
22 HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)*.

de mededinging schaden en waarom het een dan wel het ander zich zou voordoen: tot mededingingsbeperkende gevolgen kan immers slechts worden geconcludeerd op grond van een uitvoerig feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse, waarvan uit het bestreden arrest niet blijkt.
Voor zover het hof zou hebben miskend dat mededingingsbeperkende gevolgen niet zonder marktanalyse kunnen worden vastgesteld, zou het van een onjuiste rechtsopvatting hebben blijk gegeven. Voor zover in rov. 2.6 besloten zou liggen dat de Overeenkomsten reeds naar hun strekking de mededinging beperken, zou het hof onvoldoende inzicht hebben geboden in de gedachtegang die tot dit oordeel heeft geleid. Immers, de enkele omstandigheid dat de Overeenkomsten BVH zouden verplichten om de Spaanse kwekers voor te schrijven om de verwerking van hun anjers te laten uitvoeren door BVH en in feite door Vreugdenhil, die op zijn beurt in opdracht van BVH werkt, brengt nog niet mee dat de Overeenkomsten een mededingingsbeperkende strekking hebben.
Ook aan de door art. 81 EG bedoelde mogelijkheid van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, aan het merkbaarheidsvereiste en aan de mogelijkheid dat sprake is van een bagatel in de zin van art. 7 Mededingingswet heeft het hof niet kenbaar aandacht besteed. Door dit een en ander onbesproken te laten, heeft het hof ofwel van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven, ofwel onvoldoende inzicht geboden in zijn gedachtegang.'

De rechter kan alleen tot het oordeel komen dat overeenkomsten mededingingsbeperkende gevolgen hebben op grond van een uitvoerig feitelijk onderzoek in de vorm van een marktanalyse. Alleen bij overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking (zoals *hardcore* afspraken die een evident negatief gevolg voor de mededinging en de consument hebben) kan een marktanalyse achterwege blijven, behoudens het toetsen van de merkbaarheid. Wel dient onderzocht te worden of de strekkingsbedingen ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de betrokken markt ten nadele van de eindgebruiker wordt belemmerd, beperkt of vervalst en het mededingingsrecht daarop dus van toepassing is (§ 2.3.3.2 sub e).

9.4 BEWIJSPROBLEMEN IN DE VOORFASE

9.4.1 Inleiding

Het verzamelen van bewijsmateriaal in de voorfase kan voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een groot probleem vormen. Dit probleem speelt vooral bij zaken waar (nog) geen oordeel van een mededingingsautoriteit op tafel ligt. De processuele middelen om naar Nederlands recht voorafgaande aan een procedure bewijs te vergaren, zijn beperkt tot de exhibitieplicht, de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag, het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht en een voorlopige descente. Een voorlopige descente zal bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet snel een rol spelen. In § 9.4.2 begin ik met een bespreking van de exhibitie-

plicht, in § 9.4.3 bespreek ik het bewijsbeslag, in § 9.4.4 het voorlopig getuigenverhoor, in § 9.4.5 het voorlopig deskundigenbericht en in § 9.4.6 de voorlopige descente. In § 9.4.7 onderzoek ik of een voorlopige bewijsverrichting aan de overheidsrechter kan worden verzocht, terwijl het geschil zelf aan de bevoegdheid van de overheidsrechter is onttrokken omdat gekozen is voor arbitrage. In § 9.4.8 besluit ik met een deelconclusie betreffende de bewijsproblemen in de voorfase. In § 9.4.9 worden enkele voorstellen besproken om de toegang tot bewijsmateriaal te vergemakkelijken.

9.4.2 De exhibitieplicht

9.4.2.1 Algemeen

In het Nederlands recht bestaat geen *algemene* exhibitieplicht voor partijen. Partijen zijn jegens elkaar en ten opzichte van de rechter niet verplicht tot het verschaffen van documenten en andere informatie. Wel bestaat er een *bijzondere* exhibitieplicht. De bijzondere exhibitieplicht ex artikel 843a Rv biedt aan partijen de mogelijkheid om relevante stukken die voor het bewijs van overtreding van de mededingingsregels van belang kunnen zijn, maar door de wederpartij worden achtergehouden, op te eisen. Te denken valt aan stukken die van belang zijn voor het bewijzen van kartelafspraken of stukken die aantonen dat er misbruik wordt gemaakt van een machtspositie. Een rapport van de NMa (artikel 59 en artikel 77 Mw) zou ook met behulp van artikel 843a Rv door de gelaedeerde bij de laedens kunnen worden opgevraagd.[23] Hetzelfde geldt mijns inziens voor een rapport van de Commissie dat door de gelaedeerde bij de laedens wordt opgevraagd. Hierbij speelt nog wel de vraag in hoeverre informatie die verkregen is door klagers, eventuele derden en ondernemingen die het voorwerp zijn van een onderzoek door de Commissie, als bewijs mag worden gebruikt in een civielrechtelijke procedure.

Het GvEA EG heeft in *Postbank* bepaald dat de Commissie niet krachtens haar geheimhoudingsplicht gehouden is de ondernemingen iedere overlegging aan de nationale rechters van tijdens de administratieve procedure ontvangen documenten te verbieden. Een dergelijke uitlegging zou de in artikel 10 EG (gemeenschapstrouw) bedoelde samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en de gemeenschapsinstellingen kunnen schaden, en vooral het recht van de marktdeelnemers op een doeltreffende rechterlijke bescherming kunnen aantasten. Wel moet worden gewaakt voor de bescherming van documenten die vertrouwelijke gegevens en zakengeheimen bevatten. Het is aan de nationale rechter om de bescherming van het vertrouwelijke karakter of van het

23 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 15.

zakengeheim van deze inlichtingen te waarborgen.[24] Overigens kan de nationale rechter naar aanleiding van procedures tot toepassing van de artikelen 81 of 82 EG de Commissie verzoeken inlichtingen waarover zij beschikt (of haar advies betreffende de toepassing van de communautaire mededingingsregels) aan hem te bezorgen op grond van artikel 15 Verordening 1/2003. De geheimhoudingsplicht van artikel 28 Verordening 1/2003 laat het bepaalde in artikel 15 Verordening 1/2003 onverlet.

Voor de toegang tot het dossier en de behandeling van vertrouwelijke gegevens is ook Verordening 773/2004 van belang. Op grond van artikel 15 lid 1 Verordening 773/2004 verleent de Commissie de partijen aan wie zij een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht, toegang tot het dossier. Toegang wordt verleend na toezending van de mededeling van punten van bezwaar. Het recht van toegang tot het dossier geldt op grond van artikel 15 lid 2 Verordening 773/2004 niet voor zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens. Wanneer de Commissie de punten van bezwaar meedeelt met betrekking tot een zaak waarin zij een klacht heeft ontvangen, verstrekt zij de klager op grond van artikel 6 lid 1 Verordening 773/2004 een afschrift van de niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar. Wanneer de Commissie de klager in kennis heeft gesteld van haar voornemen een klacht overeenkomstig artikel 8 lid 1 Verordening 773/2004 af te wijzen, kan de klager verzoeken om toegang tot de documenten waarop de Commissie haar voorlopige beoordeling heeft gebaseerd (uitgezonderd zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens van andere partijen die bij de procedure zijn betrokken). Bij het gebruik maken van documenten van de Commissie zijn twee belangrijke beperkingen van kracht. In de eerste plaats mogen de documenten alleen worden gebruikt in een civielrechtelijke procedure met het oog op de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG (zie bijvoorbeeld artikel 8 lid 2 Verordening 773/2004 en artikel 15 lid 4 Verordening 773/2004). Indien de nationale rechter nationaal mededingingsrecht toepast, lijkt gebruik van de documenten voor de bewijsvoering dus niet toegestaan. In de tweede plaats mag het niet gaan om zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens van andere partijen die bij de procedure zijn betrokken.

De geheimhoudingsplicht van artikel 28 Verordening 1/2003 is niet van toepassing indien de informatie (die door de Commissie is verkregen op grond

24 GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921. Zie ook HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365. Actieve medewerking met een nationale rechter die een onderzoek verricht naar overtredingen van een gemeenschapsregeling en die verzoekt om mededeling van informatie over feiten waaruit van die overtredingen kan blijken – welke medewerking dient te worden verleend in de vorm van overlegging aan die rechter van documenten en het verlenen van machtiging aan ambtenaren om in de nationale procedure als getuige op te treden – vormt volgens het HvJ EG in *Zwartveld* een verplichting voor iedere gemeenschapsinstelling, en met name voor de Commissie, die tot taak heeft, toe te zien op de toepassing van de bepalingen van het Verdrag en van de bepalingen die de instellingen krachtens het Verdrag vaststellen.

van de artikelen 17 tot en met 22 Verordening 1/2003) door een partij is verkregen of toegepast als bewijs in een procedure die niet afhankelijk is van een procedure die is gevoerd op grond van artikel 1/2003.[25] Denk aan informatie die door de wederpartij is verkregen op grond van de bijzondere exhibitieplicht. De verplichting tot geheimhouding op grond van artikel 28 Verordening 1/2003 geld alleen maar indien een partij de informatie heeft verkregen op grond van betrokkenheid in een procedure op grond van Verordening 1/2003. In elke andere situatie worden de rechten en verplichtingen om dit materiaal als bewijs in een civielrechtelijke procedure te gebruiken niet aangetast door het gemeenschapsrecht. Hetzelfde geldt indien de informatie buiten het bereik van artikel 287 EG en artikel 28 Verordening 1/2003 valt. Te denken valt aan informatie die niet door de Commissie op grond van de uitoefening van haar bevoegdheden verkregen is van andere ondernemingen en informatie die niet valt onder de geheimhoudingsplicht.[26]

De bijzondere exhibitieplicht moet worden gezien in het kader van de verruiming van de processuele mededelingsplichten die de afgelopen jaren zijn ingevoerd in het burgerlijk procesrecht.[27] Bij de verruiming van de processuele mededelingsplichten valt met name valt te denken aan de waarheidsplicht zoals neergelegd in artikel 21 Rv en de mogelijkheid voor de rechter om een bevel tot toelichting te geven ex artikel 22 Rv. Uit deze bepalingen vloeit echter geen algemene exhibitieplicht voort. De waarheidsplicht houdt geen verplichting in spontaan gegevens in te brengen en brengt ook geen rechtsplicht mee de 'objectieve' waarheid te spreken (de mogelijkheid van verschil van mening is nu juist eigen aan het burgerlijk proces).[28] Partijen dienen slechts te goeder trouw te zijn ten aanzien van hun feitelijke stellingen en mogen hierbij niet zo onvolledig zijn dat er in feite gelogen wordt.[29] Een algemene rechtsplicht tot het inbrengen van gegevens bestaat echter niet. De rechter kan als sanctie voor het niet naleven van de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 21 en 22 Rv daaruit de gevolgtrekking maken die hij gerede acht. Te denken valt bijvoorbeeld aan een verzwaring of omkering van de bewijslast.

Een partij kan nakoming van de bijzondere exhibitieplicht (artikel 843a Rv) vorderen tijdens de procedure door middel van een incidentele vordering. Indien het gaat om de verkrijging van een afschrift of inzage van een mededingingsrechtelijk gezien relevant stuk bij een derde, is de dagvaardingsprocedure van toepassing.

Artikel 843a Rv bepaalt dat hij die daarbij een rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescher-

25 Nazzini 2004, p. 239-240.
26 Nazzini 2004, p. 240.
27 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 188 (MvT).
28 Van der Wiel 2004, p. 39.
29 Van der Wiel 2004, p. 39.

den aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. De rechter bepaalt zo nodig ex artikel 843a lid 2 Rv de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft. Deze exhibitieplicht is zowel binnen als buiten het geding van toepassing.

Indien de gelaedeerde bekend is met het bestaan van bepaalde bewijsmiddelen maar hier niet over beschikt, kan hij bij degene die de betreffende bescheiden onder zich heeft inzage, afschrift of uittreksel van de desbetreffende bescheiden vorderen, mits de gelaedeerde daarbij een rechtmatig belang heeft.[30] Bij de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 ging het alleen om de dwanguitgiften van akten. Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 2001 wordt gesproken over bescheiden.[31] Onder het begrip 'bescheiden' worden volgens artikel 843a Rv mede verstaan op een gegevensdrager aangebrachte gegevens. Naast geschriften vallen ook computerbestanden, geluidsbanden, foto's en films onder de exhibitieplicht.[32] Voor een geslaagd beroep op artikel 843a Rv moet aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan. Ten eerste dient de verzoeker een rechtmatig belang te hebben, ten tweede moet het gaan om bepaalde bescheiden, ten derde dient het te gaan om bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin eiser of verzoeker of zijn rechtsopvolger partij is.[33] Door de eerste twee eisen te stellen wordt voorkomen dat zogenaamde *fishing expeditions* mogelijk worden.[34]

9.4.2.2 Rechtmatig belang

Wat met rechtmatig belang wordt bedoeld, is niet eenvoudig te bepalen. In de parlementaire geschiedenis is dit begrip slechts summier ingevuld.[35] Twee aanwijzingen komen in de parlementaire geschiedenis boven tafel. Ten eerste dient de houder van de bescheiden (toen nog akte) niet nodeloos te worden lastig gevallen.[36] Ten tweede komt het aan op de vraag of een partij een onredelijk voordeel geniet of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald bewijsstuk in de procedure niet als bewijsmiddel ter beschikking komt.[37] Met het begrip rechtmatig belang wordt de mogelijkheid geboden om belangen bij verstrekking van bescheiden af te wegen.

Het begrip rechtmatig belang is gekoppeld aan bepaalde bescheiden. Zoals reeds bleek in § 9.4.2.1 kunnen *fishing expeditions* hierdoor worden voorkomen.

---

30 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 68, p. 124.
31 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 68, p. 124.
32 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 188 (MvT).
33 Zie HR 18 februari 2000, *NJ* 2001, 259 m.nt. PV *(News International c.s./ABN AMRO)*.
34 Zie over *fishing expeditions* ook Hoogeveen 2005, p. 678 e.v.
35 *Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht*, p. 416; *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 553. Zie Ekelmans 2007, p. 30.
36 *Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht*, p. 416.
37 *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 553.

In lid 4 van artikel 843a Rv zijn twee andere beperkingen opgenomen, die duidelijk maken dat er grenzen zijn aan de verplichting tot het produceren van stukken.[38] De eerste beperking houdt in dat gewichtige redenen aan de verplichting tot het produceren van stukken in de weg kunnen staan (vgl. artikel 22 Rv). De tweede beperking houdt in dat er geen goede grond voor een exhibitieplicht bestaat, indien productie van bewijsmiddelen uit een oogpunt van een behoorlijke rechtsbedeling kan worden gemist.[39] Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarbij bewijs van de relevante feiten redelijkerwijs ook langs andere weg kan worden verkregen, zoals door een getuigenverhoor of deskundigenonderzoek.[40] Beide beperkingen kunnen met elkaar verweven raken en mogelijk een onderlinge afweging vergen.[41] Het is voorstelbaar dat de eisen van een behoorlijke rechtspleging zwaarder wegen dan de redenen die aan de verplichting tot het produceren van stukken in de weg kunnen staan. Rutgers wijst erop dat het in dergelijke gevallen in beginsel aankomt op de vraag of 'een partij een onredelijk (of: 'unfair') voordeel geniet, of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald (bewijs)stuk in de procedure niet (als bewijsmiddel) beschikbaar komt.'[42]

Een voorbeeld van een rechtmatig belang is de partij die op de hoogte is van het bestaan en de inhoud van een bepaalde (onderhandse) akte, deze akte als bewijsmiddel wil overleggen, maar niet meer de beschikking heeft over deze akte. De enkele interesse in een stuk of belang bij bescheiden is op zichzelf onvoldoende om daarop aanspraak te kunnen maken.[43] Stukken die niet relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het mededingingsrechtelijke geschil hoeven uiteraard niet verstrekt te worden.[44]

Ekelmans wijst op een ontwikkeling in de jurisprudentie waarbij aanvankelijk veel belang wordt geacht aan de vraag of de vordering voldoende aannemelijk was.[45] De vordering tot verstrekking van informatie mag er dan ook niet op gericht zijn om bescheiden te verkrijgen ter onderbouwing van een vorderingsrecht waarvan niet met zekerheid is te zeggen of dit geldend kan worden gemaakt.[46] Langzamerhand lijkt inmiddels meer betekenis toe te komen aan de bewijsnood bij de gelaedeerde.[47] Deze trend lijkt de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk iets meer mogelijkheden te geven.

38 Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 843a Rv, aant. 6.
39 Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 843a Rv, aant. 6.
40 Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 m.nt. JBMV *(K./Aegon)*.
41 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 188 (MvT); Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 843a Rv, aant. 6.
42 Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 843a Rv, aant. 6.
43 *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 553; Ekelmans 2007, p. 31.
44 Zie de aangehaalde rechtspraak in Ekelmans 2007, p. 31 waaronder Rb. Maastricht 7 maart 2002, *LJN* AE0630 *(nalatenschap moeder)*, r.o. 3.16; Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, *LJN* AM7927, r.o. 3.3.
45 Ekelmans 2007, p. 31 e.v.
46 Wesseling-Van Gent 2006, p. 335-374.
47 Zie voor een nadere evaluatie Ekelmans 2007, p. 32 e.v.

Ekelmans wijst er terecht op dat deze mildere benadering kan voorkomen dat een van de partijen bewijsnood van haar wederpartij in stand kan laten om zo te bereiken dat haar vordering wordt afgewezen. 'Bewijsnood rechtvaardigt immers op zichzelf geen omkering van de bewijslast, maar dat is anders indien de bewijsnood door de niet met het bewijs belaste wederpartij wordt gecreëerd…', aldus Ekelmans.[48] Wel blijft het noodzakelijk dat de verzoeker om bescheiden, voldoende stelt om te voldoen aan de eisen van artikel 843a Rv. Ekelmans ziet in de jurisprudentie een ontwikkeling waarbij in toenemende mate bepalend wordt of hetgeen verzoeker stelt het verzoek kan dragen zodat voor inhoudelijke discussie over de achterliggende vordering nog geen plaats is.[49] Dit komt overeen met de in § 9.4.4 en § 9.4.5 te bespreken beoordeling van verzoeken tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor en een voorlopig deskundigenbericht.

9.4.2.3 Bepaalde bescheiden

Met bepaalde bescheiden wordt bedoeld dat het om een onderhandse akte of bepaalde andere bescheiden moet gaan.[50] Van een algemeen inzagerecht is geen sprake. De vragende partij kan slechts inzage in bepaalde, met name genoemde stukken vragen. De term bescheiden dient ruim te worden uitgelegd.[51] Hoewel de term bepaalde bescheiden ruimer is dan de term onderhandse akten van artikel 843a Rv (oud), kan gezegd worden dat het bereik van de exhibitieplicht uiteindelijk is beperkt.[52] De bescheiden waarvan de

48 Ekelmans 2007, p. 34.
49 Ekelmans 2007, p. 35.
50 Authentieken akten vallen niet onder het begrip bescheiden in de zin van art. 843a Rv. In de wettelijke regeling van de ambtelijke bevoegdheid van degene die de betreffende authentieke akte opmaakt, is het recht op toegang tot dergelijke bescheiden te vinden. Zie Sijmonsma 2007, p. 37.
51 Sijmonsma 2007, p. 37.
52 Barendrecht & Van den Reek meende dat deze bepaling niet zo eng hoefde te worden uitgelegd en dat het artikel toepasbaar was op alle schriftelijke bewijsstukken en zelfs op informatiedragers. Naar hun mening zou de wetgever niet beoogd hebben de bepaling zo beperkt te interpreteren. Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 739 e.v.; Zie Giesen 2001, p. 19; Zie ook Van den Reek 1997, nr. 28 en nr. 25 e.v.; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 68-69, p. 124-126; Van Dijk, *TVP* 1999, p. 88; Hoyng 1991, p. 107 e.v.; Giesen wijst mijns inziens echter terecht op het feit dat nu in het ontwerp tot herziening van het bewijsrecht ook de regeling van de onderhandse akte herzien is, de term onderhandse akte bewust is opgenomen in art. 843a Rv. Dit volgde ook uit het feit dat in art. 843b Rv wel expliciet werd gerefereerd aan het schriftelijk bewijsmiddel. De ruime uitleg van art. 843a Rv was dan ook niet te verenigen met dit alles. Zie hiervoor Giesen 2001, p. 19-20; Zie ook J.B.M. Vranken in zijn noot onder HR 20 september 1991, *NJ* 1992, 552 *(Tripels/Masson)*; Vranken achtte ingrijpen door de wetgever noodzakelijk: Asser/Vranken (1995), nr. 24; Zie ook Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 52 e.v.; Wieten 2008, p. 40 e.v. Het begrip 'onderhandse akten' is inmiddels door de wetgever gewijzigd in het begrip 'bepaalde bescheiden'.

inzage eisende partij exhibitie vordert, moeten met name worden genoemd. Vage of algemene omschrijvingen zijn volgens de Hoge Raad niet voldoende.

Uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat de exhibitieplicht slaat op de situatie dat de inhoud van een schriftelijk bewijsmiddel in beginsel wel aan een partij bekend is, maar dat de betreffende partij het schriftelijk bewijsmiddel niet in haar bezit heeft.[53] Uit de jurisprudentie blijkt echter dat niet vereist is dat de inhoud in beginsel bekend is en dat als gevolg daarvan reeds van tevoren vaststaat dat de bescheiden een bepaald processueel standpunt ondersteunen.[54] Deze in de praktijk gehanteerde ruimere opvatting versterkt de betekenis van de exhibitieplicht.[55] De parlementaire geschiedenis geeft geen duidelijk antwoord op de vraag wat bepaalde bescheiden zijn. Aansluiting kan worden gevonden bij het begrip bepaalde bescheiden in artikel 22 Rv. Daaruit valt te concluderen dat de bescheiden tamelijk precies moeten worden omschreven, al zal het van het concrete geval afhangen hoe precies.[56] In ieder geval moeten de bescheiden concreet genoeg worden beschreven om zonder veel moeite vast te kunnen stellen welke stukken worden bedoeld.[57] De reden van deze eis ligt in het feit dat het 'vissen' naar informatie ongeoorloofd is.[58] Voor een recent overzicht van toegewezen en afgewezen verzoeken tot verstrekking van bepaalde bescheiden verwijs ik naar Ekelmans.[59]

9.4.2.4 Partij aangaande een rechtsbetrekking

Een partij kan ex artikel 843a lid 1 Rv alleen een vordering tot inzage, afschrift of uittreksel instellen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin zij of haar rechtsvoorgangers partij zijn. Dit was reeds te vinden in artikel 843a Rv (oud). Het doel van deze bepaling is voornamelijk af te bakenen van welke bescheiden een partij exhibitie kan vorderen.

Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is van belang dat onder de derde eis van bepaalde bescheiden aangaande een 'rechts-

53 *Parl. Gesch. Nieuw bewijsrecht*, p. 417.
54 Ekelmans 2007, p. 24.
55 Ekelmans plaatst de ruimere opvatting in het kader van de verruiming van de processuele mededelingsplichten en met de rechtspraak die verhindert dat een relevant aanbod tot leveren van getuigenbewijs wordt afgewezen op grond van de prognose dat bewijs niet geleverd zal kunnen worden. Daarnaast is de ruimere opvatting zijns inziens in overeenstemming met de eisen die gesteld worden aan een ter zake dienend aanbod om getuigenbewijs te leveren, nu ook in dat geval in beginsel niet hoeft te worden aangegeven wat de getuigen naar verwachting zullen verklaren (HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 270 *(OZ Export Planten Roozen Holland)*). Ekelmans 2007, p. 25.
56 Zie de aangehaalde jurisprudentie bij Ekelmans. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 februari 1996, *NJ* 1997, 127 *(Sigma Coatings/Bouman)*.
57 Ekelmans 2007, p. 26.
58 Sijmonsma 2007, p. 38. Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 24 december 2004, *LJN* AR4980 *(verwijdering kernwapens vliegbasis Volkel)*.
59 Ekelmans 2007, p. 26 e.v.

betrekking' waarin eiser of verzoeker of zijn rechtsopvolger partij is niet alleen een rechtsbetrekking op grond van overeenkomst valt, maar ook een rechtsbetrekking uit onrechtmatige daad. Het inbreuk maken op de mededingingsregels levert immers een verbintenis uit onrechtmatige daad op. Hoewel de Hoge Raad die vraag in 2000 niet heeft beantwoord, is in de parlementaire geschiedenis meer duidelijkheid verschaft. Volgens de toelichting van de Minister ligt het in de lijn van de met het wetsvoorstel beoogde verruiming van de exhibitieplicht om ook een verbintenis uit onrechtmatige daad aan te merken als een rechtsbetrekking in de zin van artikel 843a Rv.[60] Met partij zijn bij de rechtsbetrekking kan dus zowel gedacht worden aan verbintenissen uit de wet als aan verbintenissen uit overeenkomst. Het is nog niet uitgemaakt of rechtsbetrekkingen uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking kunnen worden toegepast, maar ik zie niet in waarom een verbintenis uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking niet als rechtsbetrekking zou zijn aan te merken.[61] In de eerste plaats zal dit passen in de beoogde verruiming van het toepassingsgebied van artikel 843a Rv. In de tweede plaats is het niet goed verdedigbaar dat een ten gevolge van een onrechtmatige daad ontstane verbintenis tot schadevergoeding wel als rechtsbetrekking is aan te merken en een verbintenis uit onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking niet.

9.4.2.5 Het soort bescheiden dat kan worden opgevraagd

De vraag is of de aanvrager slechts bescheiden kan opvragen waarbij de aanvrager en de houder zelf beiden rechtstreeks als partij betrokken zijn.[62] Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, komt dit neer op het feit dat artikel 843a Rv zich vooral beperkt tot verzoeken tot verstrekking van onderling gewisselde correspondentie en overeenkomsten.[63] Er bestaat echter een tendens waarin de exhibitieplicht ruimer wordt geïnterpreteerd.[64] In deze visie zouden stukken die *relevant zouden kunnen zijn* voor een rechtsbetrekking onder beperkingen opgevraagd moeten kunnen worden. Deze visie lijkt mij juist te zijn. Het valt goed te verdedigen dat alle stukken die voor het bepalen van de inhoud van een rechtsbetrekking van betekenis zijn, onder de exhibitie-

60 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5, p. 78-79; *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 554. In het voorstel voor een wettelijke regeling betreffende een inbreuk op intellectuele eigendomsrechten is in art. 1019a lid 1 Rv bepaald dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 843a Rv. Zie ook Ekelmans 2007, p. 15.

61 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5, p. 78-79 (NV II).

62 Vgl. Asser/Vranken (1995), nr. 24.

63 Zie voor een overzicht van jurisprudentie Ekelmans 2007, p. 15 e.v.

64 Zie voor voorstanders van een ruimere interpretatie onder meer Barendrecht & van den Reek 1994, p. 739; Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 13; Freudenthal 2002, p. 113; Van der Wiel 2004, p. 50 e.v.

plicht vallen.[65] Barendrecht & Van den Reek spreken in deze zin wel van het relevantie-vereiste.[66]

Voor een ruimere uitleg pleit ook Ekelmans, argumenten zijn onder meer de parlementaire geschiedenis, het feit dat de rechter op grond van artikel 22 Rv meer mogelijkheden zou hebben om bescheiden op te vragen dan partijen zelf hebben op grond van artikel 843a Rv, het feit dat de uitbreiding in 2002 van de exhibitieplicht tot op een gegevensdrager aangebrachte gegevens zich minder goed laat begrijpen indien voor bescheiden zoals foto's en geluidsopnamen vereist zou zijn dat partijen daarbij rechtstreeks als partij betrokken zijn en het feit dat er geen goede gronden zijn om een verzoek tot overleggen van bescheiden per definitie strenger te beoordelen dan een verzoek om iemand als getuige te horen (bij het verzoek om iemand als getuige te horen wordt niemand bij voorbaat van het verschijnen als getuigen vrijgesteld).[67]

9.4.2.6 Te zijner beschikking of onder zijn berusting

De aangesprokene hoeft bescheiden die niet te zijner beschikking of onder zijn berusting verkeren niet te overleggen. Wat iemand niet heeft, kan immers ook niet gegeven worden. De vraag is of de aangesprokene de bescheiden ook fysiek onder zich moet hebben of dat van hem kan worden verlangd dat hij bescheiden produceert waarover hij de beschikking kan krijgen door deze van een derde terug te vragen. De laatste optie komt mij juist voor. In de lagere rechtspraak kan steun voor deze opvatting worden gevonden.[68] Uiteraard zal in het geval dat aan de aangesprokene geen recht toekomt om de bescheiden aan hem te doen verstrekken, niet kunnen worden verlangd dat de desbetreffende bescheiden moeten worden overlegd aan de verzoeker.[69]

Degene die uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding is verplicht, zal niet gehouden zijn aan de vordering tot inzage of afschrift van bepaalde bescheiden te voldoen, indien de bescheiden uitsluitend uit dien hoofde ter zijner beschikking staan of onder zijn berusting zijn. Degene die de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke

65 Van der Wiel 2004, p. 51.

66 Barendrecht & Van den Reek 1994, p. 739. Ook in Frankrijk en België wordt uitgegaan van een relevantie-vereiste. Zie Van der Wiel 2004, p. 52.

67 Ekelmans 2007, p. 18-19. Ekelmans geeft een rechtspraakoverzicht van zaken waarin de rechter bereid is een ruimere uitleg te volgen.

68 Zie voor een overzicht van jurisprudentie Ekelmans 2007, p. 13-14.

69 Ekelmans 2007, p. 14 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 augustus 2006, *LJN* AY7032 *(Vlaardingen/Hannover en Axa)* en Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2006, HA ZA 04-2618.

rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd (artikel 843a lid 4 Rv).

9.4.2.7 Opvragen van bescheiden bij derden

In artikel 843a Rv staat dat een verzoek bescheiden moet betreffen aangaande een rechtsbetrekking waarin de *aanvrager* partij is. Dit leidt mijns inziens tot de conclusie dat bescheiden ook kunnen worden opgevraagd van een derde die geen partij bij het geschil is. Vergelijk de mogelijkheid van een verzoek aan een derde om als getuige op te treden. Ekelmans wijst daarnaast nog op het feit dat een derde onder omstandigheden ook verplicht is informatie te verschaffen aan een partij bij een mogelijk geschil zonder dat die derde zelf een norm heeft geschonden.[70] Ook het eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht bepleit de mogelijkheid om bij derden bescheiden op te vragen.[71] De Hoge Raad heeft de vraag of bescheiden kunnen worden opgevraagd die zich onder een derde bevinden tot nu toe echter ontkennend beantwoord.[72] Dat is jammer en niet noodzakelijk, nu de eventuele angst voor misbruik overbodig is. De toets van enerzijds een rechtmatig belang en anderzijds gewichtige redenen die aan de verstrekking in de weg staan, biedt voldoende tegenwicht.[73] Om mogelijke bezwaren weg te nemen, stelt Ekelmans de mogelijkheid voor om van een derde slechts inzage te kunnen vragen indien een verzoek aan de beoogde wederpartij te bezwaarlijk of onmogelijk is.[74] Een dergelijke constructie beperkt de overlast voor derden zoveel mogelijk, terwijl het niet onmogelijk wordt om bescheiden bij derden op te vragen.

9.4.2.8 Gewichtige redenen

In mededingingszaken zou door de aangesprokene partij een beroep kunnen worden gedaan op gewichtige redenen in de zin van artikel 843a lid 4 Rv, zoals vertrouwelijke bedrijfsgegevens.[75] Zo is het voorgekomen dat een

---

70 Ekelmans 2007, p. 23. Vgl. HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133 *(Pessers/Lycos)*. In *Pessers/Lycos* werd de provider verplicht om de gegevens van een eigenaar van een website te verstrekken. De vraag of de provider zelf onrechtmatig had gehandeld werd niet relevant gevonden.

71 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 71.

72 HR 11 maart 1994, *NJ* 1995, 3 *(Killbarr/Holland en Teeuwen)*; HR 18 februari 2000, *NJ* 2001, 259 *(News International/ABN AMRO)*. Zie uitgebreider over deze kwestie ook Ekelmans 2007, p. 21 e.v. Zie voor lagere rechtspraak bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2003, *JBPr* 2003, 63 *(Van de Beukel c.s./Van Gool c.s.)*; Rb. Amsterdam 31 augustus 2004, *KG* 04/1539. Voor een ruimere benadering waarbij bescheiden wel van een derden kunnen worden opgevraagd, kan verwezen worden naar Rb. 's-Gravenhage 19 april 2006, HA ZA 04-1675.

73 Zie in deze zin ook Ekelmans 2007, p. 23.

74 Ekelmans 2007, p. 23.

75 *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 157.

schriftelijke koopovereenkomst met een derde niet in het geding hoefde te worden gebracht met een beroep op concurrentieoverwegingen en de vrees van degene die zich beriep op de geheimhouding voor verdere procedures.[76] Een procespartij kan echter niet zomaar weigeren bescheiden te verstrekken. Er bestaat in het burgerlijk (proces)recht geen regel dat een partij niet gehouden is om aan bewijslevering tegen zichzelf mede te werken.[77] Het horizontaal werkende recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zoals in artikel 8 EVRM neergelegd, is geen absoluut recht en staat niet per definitie aan het geven van bescheiden in de weg.[78] Een belangenafweging zal nodig zijn om te bepalen of een inbreuk mag worden gemaakt op het grondwettelijke recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.[79]

De rechter honoreert het beroep op gewichtige redenen niet snel. Het feit dat bedrijfsinformatie of concurrentiegevoelige informatie in de openbaarheid komt, is niet voldoende om onder de exhibitieplicht uit te komen.[80] De belangen die met geheimhouding zijn gediend, kunnen dan ook vaak gewaarborgd worden door verschillende constructies. Zo kunnen niet relevante delen van de bescheiden onzichtbaar worden gemaakt, kan gebruik worden gemaakt van de geheimhoudingsplicht ex artikel 29 Rv, kan gebruik worden gemaakt van de door Ekelmans genoemde *special counsel* voor wie beperkingen gelden bij de mogelijkheid om informatie aan de procespartijen zelf te verschaffen (de constructie waarbij bescheiden slechts mogen worden verstrekt aan iemand die informatie betreffende de bescheiden niet of slechts beperkt mag verschaffen aan een van de procespartijen) en kan door partijen worden afgesproken dat alleen de rechter van een stuk mag kennisnemen.[81]

Indien een mededingingsinbreuk reeds is vastgesteld door de Commissie of de NMa en de gelaedeerde een vordering tot vergoeding van schade voorbereidt, zal een beroep van de laedens op gewichtige redenen ex artikel 843a lid 4 Rv niet snel door de rechter worden gehonoreerd. Indien de mededingingsinbreuk nog niet is vastgesteld, zal de rechter het belang van de laedens bij inzage, afschrift of uittreksel van de bescheiden moeten afwegen tegen het belang van de vermeende laedens bij geheimhouding van de vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Des te waarschijnlijker de inbreuk op het mededingingsrecht

76 HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 459 m.nt. JBMV *(Interforce/Rosier's beleggingsmaatschappij)*. Zie ook Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 68, p. 125.

77 Zie de aangehaalde jurisprudentie in Ekelmans 2007, p. 37.

78 Ekelmans 2007, p. 37; HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 m.nt. DWFV *(Ferdi E.)*.

79 Ekelmans 2007, p. 37 en de daar aangehaalde rechtspraak en literatuur. Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 m.nt. JBMV *(K./Aegon)* en de rechtspraak besproken in Groen 1995.

80 Vgl. Ekelmans 2007, p. 39. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 25 januari 2006, *NJF* 2006, 230 *(Van D/Van Schoenen v.o.f)*; Hof 's-Gravenhage 20 mei 2003, *S&S* 2004, 59 *(Pacelli)*. Zie ook Sijmonsma 2007, p. 52.

81 Ekelmans 2007, p. 38; Vgl. Sijmonsma 2007, p. 51-54; Vgl. ook J.B.M. Vranken in zijn annotatie bij HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 *(Lightning Casino/Antillen)*; Van Nispen 1993, p. 23 e.v.

is, des te waarschijnlijker is het dat de rechter de laedens zal veroordelen tot het aan de gelaedeerde verstrekken van inzage, afschrift of uittreksel van mogelijk bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Vergelijk artikel 8 van de Richtlijn Handhaving IE-rechten, waarin is bepaald dat de eiser bij een reeds vaststaande inbreuk recht heeft op informatie betreffende de naam, adres van de bij de inbreuk betrokken ondernemingen en inlichtingen waarmee de omvang van de inbreuk en de daarmee behaalde winst kan worden berekend.[82] Zoals zojuist hiervoor gezegd, honoreert de rechter het beroep op gewichtige redenen niet snel.

9.4.2.9 Eindrapport fundamentele herbezinning

Een interessante ontwikkeling is dat in het eindrapport 'Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht' gepleit wordt voor een ruimere exhibitieplicht dan de thans bestaande exhibitieplicht zoals neergelegd in artikel 843a Rv. De fundamentele herbezinners hebben kritiek gekregen op het feit dat ze in het interimrapport 'Fundamentele herbezinning' te weinig aandacht hebben besteed aan het rapport Storme en de *ALI-Unidroit principles* (zie voor de achtergrond van het rapport en de *principles* § 9.4.9.2).[83] De kritiek van Storme op het interimrapport Fundamentele herbezinning lijkt door de herbezinners serieus te zijn genomen.[84] In het interimrapport zagen de herbezinners nog geen reden voor fundamentele verandering van de bestaande Nederlandse voorlopige bewijsmaatregelen.[85]

De fundamente herbezinners menen in hun eindrapport dat er aanleiding is voor een ruimere regeling 'die tot doel heeft een partij of een derde te dwingen tot '*disclosure of documents*' welke desgewenst en waar nodig, op verzoek en onder rechterlijk toezicht, kan worden toegepast.'[86] Dit kan in hun visie door een uitbreiding van de bijzondere exhibitieplicht van artikel 843a Rv tot een algemene exhibitieplicht. Een dergelijke algemene exhibitieplicht zal tevens een exhibitieplicht van derden behoren te omvatten. De fundamente herbezinners achten het echter beter een nieuwe regeling te scheppen die zou kunnen aansluiten bij het Europese ontwerp van de werkgroep-Storme uit 1994.[87] In de voorfase zou dan door de partijen aan de rechter kunnen worden verzocht (preliminair verzoek) om de wederpartij of

82 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 157/45, *PbEU* 2004, L 195/16. Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 17.

83 Zie voor deze kritiek Chorus 2004, p. 25-41.

84 Storme 2004, p. 149-156. Vgl. ook het commentaar van Chorus 2004, p. 29 e.v.

85 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 124.

86 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 73.

87 Storme 1994, p. 97. Zie het daarin opgenomen ontwerp voor een Europese richtlijn voor *discovery*, met name de art. 4.1.1-4.5.2, p. 195 e.v. Zie voor een nadere toelichting p. 128 e.v.

een derde te bevelen een lijst van documenten over te leggen waartoe de wederpartij of een derde toegang heeft. Indien nodig kan inzage worden verleend of afschrift worden verstrekt van de documenten ten aanzien waarvan dat wordt verlangd.[88]

Bij aanvang van een procedure zou het voor de aanlegger en voor de verweerder verplicht moeten worden gesteld om een dergelijke lijst van documenten waartoe de partij toegang heeft over te leggen bij het stuk dat de procedure inleidt of bij het eerste stuk waarin het verweer is opgenomen. Eventuele *fishing expeditions* kunnen volgens de herbezinners voorkomen worden door

> 'in het geval van een verzoek voorafgaande aan een procedure (de "pre-action disclosure"), de eis te stellen dat aannemelijk is dat de verzoekende partij een bepaalde vordering zal kunnen instellen tegen de partij van wie disclosure wordt verlangd of tegen een ander, dat disclosure nodig is om te kunnen vaststellen of zo'n procedure zin heeft of om de grondslag voor een schikking te scheppen en een procedure te voorkomen.'[89]

De fundamentele herbezinners merken daarbij nog op dat voor zowel de partijen bij een geschil als eventuele derden een mogelijkheid zou moeten bestaan geen inzage te verlenen of afschrift te verstrekken van documenten die beschermd worden door een geheimhoudingsplicht van de betreffende partij of derde waarop een verschoningsrecht is gebaseerd. Ook kan gedacht worden aan eventuele gewichtige redenen die zich verzetten tegen kennisneming door de verzoekende partij. Geschillen hieromtrent zouden aan de rechter moeten kunnen worden voorgelegd.[90] Een nadere uitwerking van de procedurele voorschriften wordt door de herbezinners niet gegeven.

Er kan natuurlijk getwijfeld worden over de vraag of de suggestie van de herbezinners noodzakelijk is. Desondanks denk ik dat de mogelijke introductie van een *disclosure* of *discovery*-procedure (en dus een ruimere exhibitieplicht dan de thans bestaande bijzondere exhibitieplicht zoals neergelegd in artikel 843a Rv) niet op voorhand dient te worden afgewezen. Er dient een balans te worden gezocht tussen de voor en nadelen van *disclosure* of *discovery*-procedures. Kostbare *disclosure* of *discovery*-procedures voorafgaand aan of bij het begin van de procedure jagen partijen op kosten, kunnen leiden tot het 'vissen' naar informatie en zijn niet altijd bevorderlijk voor een efficiënt verloop van de verdere procedure.[91] Desondanks zijn er ook de nodige voordelen aan verbonden die niet kunnen worden veronachtzaamd.

De minister heeft in zijn reactie op het 'Eindrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht' de suggestie gedaan dat de

88 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 74.
89 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 74.
90 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 75.
91 *Kamerstukken II* 30 951, nr. 1, p. 16. Vgl. Ekelmans 2007, p. 69.

voorstellen van de Commissie in het Groenboek *'Schadevorderingen wegens schending van de communautaire mededingingsregels'* en de tegelijkertijd gepubliceerde *'Commission Staff Working Paper'* een belangrijke bijdrage kunnen vormen aan de gedachtevorming over *disclosure* of *discovery*-procedures.[92] Daarnaast denkt de minister aan de Europese bepalingen over *disclosure* in de richtlijn handhaving IE-rechten met het daarbij behorende wetsvoorstel ter implementatie van die richtlijn.[93] De adviescommissie voor het burgerlijk procesrecht heeft zich bereid verklaard dit onderwerp nader uit te werken.

9.4.3 Bewijsbeslag

De laedens van een mededingingsovertreding die beschikt over bescheiden die tegen hem kunnen worden gebruikt in een civiele procedure, zal proberen om het bewijsmateriaal onopgemerkt te laten verdwijnen. Bij de bestrijding van deze gang van zaken is het van belang de vraag te beantwoorden of beslag kan worden gelegd op bescheiden ter conservering van een bewijspositie. België, Engeland en Frankrijk kennen bijvoorbeeld vormen van bewijsbeslag.[94] In de Nederlandse wet valt geen duidelijk antwoord te vinden op deze vraag.[95] Het is de vraag of een grondslag kan worden gevonden in de exhibitieplicht. Bij een strikte lezing van artikel 843a Rv valt te concluderen dat slechts aanspraak bestaat op inzage, afschrift of uittreksel. Nu conservatoir beslag normaalgesproken bedoeld is om goederen waarbij vrees voor verduistering bestaat veilig te stellen in verband met verhaal van een geldvordering, is beslag tot afgifte strikt gezien niet geschikt.[96] Beslaglegging tot afgifte geschiedt ter verkrijging van het originele stuk, terwijl op grond van artikel 843a Rv slechts aanspraak bestaat op inzage, afschrift of uittreksel. Er zijn dan ook auteurs die de mogelijkheid tot beslaglegging ter veiligstelling van bewijs slechts mogelijk achten na een wijziging van de wet. In de rechtspraak echter wordt de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag veelal toegelaten, daarbij gelden dan wel de beperkingen zoals die ook in artikel 843a zijn terug te

92 Groenboek, COM/2005/672 def. en *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732.

93 Ekelmans wijst op het feit dat het wetsvoorstel slechts beperkt afwijkt van het reeds geldende recht zoals dat onder art. 843a Rv is ontwikkeld. Zie Ekelmans 2007, p. 69.

94 Ekelmans 2007, p. 57; Zie voor de verschillende regelingen ook Verkerk 2006, p. 113.

95 Uitgezonderd de op 1 mei 2007 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerde Richtlijn handhaving intellectuele-eigendomsrechten (Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 157/45, *PbEU* 2004, L 195/16). Zie de nieuwe Titel 15 in Boek 3 (art. 1019-1019i Rv). Freundenthal 2008, p. 200-210.

96 Ekelmans 2007, p. 56. In art. 1019c Rv is slechts voor intellectuele eigendomszaken de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag voorgesteld.

vinden.[97] Het moet bij het leggen van bewijsbeslag dan ook om *bepaalde* bescheiden gaan.

Dat bij de rechtbanken wordt uitgegaan van de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag, wordt duidelijk uit de zogenaamde beslagsyllabus. De beslagsyllabus is bedoeld om door de rechtbanken te worden gebruikt als handleiding bij de beoordeling van beslagrekesten. Daarnaast bevat de beslagsyllabus informatie voor de advocatuur omtrent de eisen die de rechtbanken met betrekking tot beslagrekesten stellen.[98] De beslagsyllabus is samengesteld onder verantwoordelijkheid van het LOVC (het landelijk overleg van de sectoren civiel van de rechtbanken). De beslagsyllabus vermeldt:

> 'Bij rekesten voor beslag tot afgifte van roerende zaken (…) waarin het gestelde recht op afgifte is gebaseerd op artikel 2.22 van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (Bvie), artikel 28 van de Auteurswet, artikel 5c van de Databankenwet, artikel 70 lid 6 van de Rijksoctrooiwet 1995 of artikel 843a Rv. (eventueel juncto artikel 1019a Rv.) en bij beslagrekesten ex artikel 1019b lid 1 juncto artikel 1019c lid 1 Rv. (beide laatste betreffen zogenaamd "bewijsbeslag") wordt regelmatig verzocht om door de deurwaarder, een deskundige of door de gerechtelijk bewaarder (als om aanstelling van die laatste is gevraagd) onderzoek te mogen laten doen aan de in beslag te nemen zaken. Dergelijke verzoeken moeten niet worden gehonoreerd, aangezien de gerekwestreerde (doorgaans) niet op het beslagrekest wordt gehoord, terwijl de in beslag te nemen zaken (de boekhouding, computers e.d.) vertrouwelijke gegevens van de gerekwestreerde kunnen bevatten. Het doel van een conservatoir beslag is uitsluitend om de bestaande situatie te conserveren en niet om de beslaglegger de mogelijkheid te bieden om met het beslag bewijs te vergaren. Indien de beslaglegger aan de te zaken waarop hij beslag wil leggen onderzoek wenst te (doen) verrichten, dient hij een daartoe strekkende vordering (in kort geding) in te stellen, zodat gerekestreerde in de gelegenheid wordt gesteld hiertegen verweer te voeren. Aan het verlof kan worden toegevoegd: "*…en bepaalt dat de gerechtelijk bewaarder daarvan geen inzage geeft of anderszins informatie omtrent de inhoud ter kennis brengt van verzoeker of derden, totdat door de voorzieningenrechter in kort geding, of door de bodemrechter, anders is bepaald.*" (vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 30 mei 2007, LJN: BA9007; PRG 2007, 104)'

Volgens de beslagsyllabus kan ook in het verlof worden bepaald dat afschriften van de bescheiden ((digitale) kopieën van bedoelde bescheiden, gegevensdragers, administratie en documenten) aan een gerechtelijk bewaarder worden verstrekt en dat de oorspronkelijke bescheiden, gegevensdragers, administratie en documenten terstond na het maken van kopieën aan gerekwestreerde dienen te worden teruggegeven. De rechter dient dan te bepalen (voor zover nodig) dat de eis in de hoofdzaak (in ieder geval inhoudende een vordering ex artikel

97 Zie de rechtspraak genoemd in Ekelmans 2007, p. 57.

98 Zie voor de meest recente beslagsyllabus (bij het beëindigen van dit onderzoek de 7e versie januari 2008; de 7e verbeterde versie verschijnt februari 2009): www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht/default.htm.

843a Rv – eventueel juncto artikel 1019a Rv) binnen 14 dagen na het eerstgelegde beslag dient te worden ingesteld. In de beslagsyllabus wordt gewezen op het feit dat bij de laatste benadering de beslagene meteen weer de beschikking heeft over de onder hem in beslag genomen zaken, terwijl de beslaglegger niet de mogelijkheid krijgt om (zonder dat de beslagdebiteur is gehoord) met het beslag bewijs te vergaren. Wel bestaat het risico dat na de teruggave de oorspronkelijke bescheiden door de beslagene aan het beslag worden onttrokken.

Uit de regeling in de beslagsyllabus valt af te leiden dat het conservatoir bewijsbeslag uitsluitend strekt tot het conserveren van de bestaande situatie en niet om de beslaglegger de mogelijkheid te bieden om met het beslag bewijs te vergaren. Mogelijke bedrijfsgeheimen vormen geen obstakel voor het leggen van conservatoir bewijsbeslag in mededingingszaken.[99] De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die bewijsbeslag laat leggen zal niet bij de inbeslagname of het maken van afschriften aanwezig mogen zijn. Veelal wordt een neutrale derde ingeschakeld om de stukken inclusief mogelijke bedrijfsgeheimen te bekijken. Deze derde kan bijvoorbeeld een notaris, advocaat of accountant zijn. Op deze manier wordt voorkomen dat door de gerekwestreerde (de houder van de bescheiden) schade wordt geleden. Ekelmans wijst daarbij op het feit dat de beslaglegger wel enigszins wijzer zou kunnen worden uit de omschrijving van de in beslag genomen bescheiden in het beslagexploit.[100]

De beslaglegger kan de voorzieningenrechter verzoeken om op grond van artikel 709 Rv te bevelen dat de bescheiden ter gerechtelijke bewaring worden afgegeven aan een door de voorzieningenrechter aan te wijzen bewaarder. Zeker ingeval de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk vreest dat de beslagen bescheiden zonder gerechtelijke bewaring zullen verdwijnen, is de keuze voor een gerechtelijke bewaring een optie. Om te voorkomen dat de houder van de bescheiden niet meer over zijn bescheiden kan beschikken, is in de beslagsyllabus de mogelijkheid gecreëerd om de bescheiden te kopiëren en slechts de kopieën in bewaring te geven.[101] De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die bewijsbeslag heeft laten leggen, zal vervolgens via een bodemprocedure of kort geding de vordering tot afgifte via een dagvaardigingsprocedure aanhangig moeten maken binnen een door de voorzieningenrechter te bepalen termijn.

99 Sijmonsma 2007, p. 63.
100 Ekelmans 2007, p. 60.
101 Vgl. Ekelmans 2007, p. 60-61.

9.4.4 Voorlopig getuigenverhoor

9.4.4.1 Algemeen

Naast de exhibitieplicht en het leggen van bewijsbeslag kan bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht gebruik worden gemaakt van het voorlopig verhoor van getuigen (artikelen 186-193 Rv). Het voorlopig getuigenverhoor bestond reeds in de negentiende eeuw en wordt ook nog wel valetudinaire enquête genoemd.[102]

Het voorlopig getuigenverhoor biedt de mogelijkheid spoedig na het plaatsvinden van niet vaststaande mededingingsrechtelijke feiten getuigenverklaringen af te leggen omtrent de vermeende mededingingsinbreuk. Daarnaast kan zoveel mogelijk voorkomen worden dat bewijsmogelijkheden verloren gaan tijdens de bodemprocedure. Het voorlopig getuigenverhoor strekt er echter voornamelijk toe belanghebbenden bij een eventueel daarna bij de burgerlijke rechter aanhangig te maken geding de gelegenheid te verschaffen vooraf helderheid te verkrijgen over de relevante feiten. Aan de hand van deze feiten worden zij in staat gesteld hun procespositie beter te beoordelen en kunnen zij besluiten wel of niet een geding aanhangig te maken. Indien zij besluiten een geding aanhangig te maken kunnen zij aan de hand van de feiten die bij het voorlopig getuigenverhoor naar voren zijn gekomen, bepalen tegen wie het eventuele geding moet worden aangespannen.[103] Via het voorlopig getuigenverhoor kan de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk dus te weten komen of het bewijs van de door hem te bewijzen feiten zal slagen en kan worden bepaald of een nadere actie al dan niet zinvol zal zijn. Hugenholtz/Heemskerk noemt als mogelijke redenen om een voorlopig getuigenverhoor te houden voordat van een eigenlijk geding sprake is:[104]

- het feit dat de getuigen kunnen worden gehoord op een moment dat de feiten, waarover zij moeten verklaren, nog vers in het geheugen liggen;
- het feit dat het bewijs wordt vastgelegd in een proces-verbaal en niet meer verloren kan gaan;
- het feit dat partijen hun kansen in een eventueel te voeren procedure beter kunnen beoordelen;
- het feit dat een procedure door een voorlopig verhoor kan worden voorkomen (schikking, eiser ziet af van een actie);

102 Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 109; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 94 e.v.; p. 163 e.v.; Stein/Rueb 2007, nr. 7.6.1, p. 162. Zie over het voorlopig getuigenverhoor ook Wieten 2008, p. 77.

103 HR 29 maart 1995, *NJ* 1998, 414 *(Saueressig/Forbo)*; Van Nispen 2002 (T&C Burgerlijke Rechtsvordering), art. 186, Inleidende opmerkingen, aant. 1.

104 Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 90.

- het feit dat het nog onzeker is wie de wederpartij zou zijn in een te voeren geding en naderhand door het verhoor duidelijk is geworden tegen wie de vordering moet worden ingesteld;
- het feit dat de feitelijke grondslag reeds voor het geding vorm aanneemt waardoor de relevante feiten duidelijker worden. Onnodige debatten over de feiten worden voorkomen en de economische procesvoering wordt bevorderd;
- het feit dat een tussenvonnis en getuigenverhoren in het geding achterwege zouden kunnen blijven.

Het voorlopige getuigenverhoor kan bevolen worden op verzoek van een procespartij of op verzoek van een belanghebbende. Onder belanghebbende in de zin van artikel 186 Rv wordt verstaan degene die procespartij kan worden in een eventuele procedure (degene die het aanspannen van een geding bij de burgerlijke rechter overweegt en degene die verwacht dat een geding tegen hem zal worden aangespannen) en degene die zozeer betrokken is bij een tussen anderen gevoerde of te voeren procedure en in een zodanige rechtsverhouding tot een van die anderen staat, dat hij zelf als belanghebbende moet worden aangemerkt.[105]

In het eerste lid van artikel 186 Rv is bepaald dat in de gevallen waarin bij de wet het bewijs door getuigen is toegelaten, op verzoek van de belanghebbende onverwijld een voorlopig getuigenverhoor kan worden bevolen voordat een zaak aanhangig is. Het tweede lid bepaalt dat de rechter tijdens een reeds aanhangig geding op verzoek van een partij een voorlopig getuigenverhoor kan bevelen. Vooruitlopend op een bewijsopdracht door de rechter kan dan een voorlopig getuigenverhoor plaatsvinden.[106] Algemeen wordt aangenomen dat ingeval het bewijs door getuigen is toegelaten, het verzoek tot voorlopig getuigenverhoor in beginsel dient te worden toegewezen.[107] De rechter komt geen discretionaire bevoegdheid toe, al lijkt het woordje 'kan' hier op te duiden.[108]

In beginsel behoort een verzoek van de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk tot een voorlopig getuigenverhoor door de rechter te worden toegewezen ingeval nog geen procedure aanhangig is gemaakt. Dit is anders in geval

105 Wieten 2008, p. 77; HR 29 maart 1995, *NJ* 1998, 414 *(Saueressig/Forbo)*.

106 Wieten 2008, p. 77; Onder het oude bewijsrecht was steeds gevaar voor verloren gaan van het bewijs vereist. Dit vereiste is op voorstel van de Commissie van Advies uit de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten vervallen. Zie Dijksterhuis-Wieten 1998, p. 110.

107 Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 186 Rv, aant. 8.

108 Vgl. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 95-97, p. 164-166; Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 186 Rv, aant. 8; HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 m.nt. HJS *(M./AMEV)*.

van misbruik van bevoegdheid (zie artikel 3:13 jo 3:15 BW).[109] Het verzoek kan, gelet op de eisen van proceseconomie en hoor en wederhoor, tevens worden afgewezen ingeval niet voldoende duidelijk is op welk feitelijk gebeuren het verhoor betrekking zal hebben.[110] Daarnaast kan de complexiteit van de zaak in samenhang met andere factoren aan toewijzing in de weg staan. Snijders geeft als voorbeeld de situatie dat het verzoek gericht is op de vaststelling van feiten die niet de kern van de zaak raken en waarbij toewijzing gelet op de complexiteit van de zaak een nodeloos omslachtige behandeling meebrengt.[111] Snijders wijst tevens op andere redenen voor afwijzing. Te denken valt aan niet-ontvankelijkheidstronten zoals het feit dat de verzoeker een 'spookpartij' is (een persoon zonder procesbevoegdheid zoals een minister qq), het geval dat arbitrage is overeengekomen terwijl arbiters reeds benoemd zijn of de situatie waarbij bewijs door getuigen in de betrokken zaak niet is toegelaten (dit laatste zal zich in mededingingszaken niet voordoen).[112] Indien de vast te stellen feiten op voorhand irrelevant te achten zijn voor toewijzing van de in te stellen rechtsvordering, ligt afwijzing ook voor de hand.[113]

Samenvattend zijn er vier omstandigheden waaronder een voorlopig verzoek kan worden afgewezen. Ten eerste het geval dat het verzoek in strijd is met de goede procesorde, ten tweede de omstandigheid dat de verzoeker geen of onvoldoende belang heeft bij het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor (artikel 3:303 BW), ten derde de situatie dat misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken[114] en ten vierde het geval dat het verzoek afstuit op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.[115] In *Frog People Mover/Floriade* heeft de Hoge Raad overwogen dat het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor, evenals bij het voorlopig deskundigenbericht, kan worden afgewezen als van de bevoegdheid om dit middel te bezigen misbruik wordt gemaakt (wat het geval

109 HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS *(Van de Ven c.s./Pierik c.s.)*. Ook kan de rechtspositie van de verzoeker te zwak zijn om een voorlopig getuigenverhoor te rechtvaardigen; zie Van Nispen (T&C Burgerlijke Rechtsvordering), art. 186, aant. 4; HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 m.nt. WHH *(Enka/Dupont)*.

110 Zie de annotatie van H.J. Snijders onder HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 345 *(Van der Ven c.s./Pierik c.s)*.

111 Zie de annotatie van H.J. Snijders onder HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 345 *(Van der Ven c.s./Pierik c.s)*. Zie ook HR 24 juni 1988, *NJ* 1989, 121 m.nt. JBMV *(Van Ewijk/De Staat)*; Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 186 Rv, aant. 8.

112 Zie de annotatie van H.J. Snijders onder HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 345 *(Van der Ven c.s./Pierik c.s)*.

113 HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 825 m.nt. JBMV *(Joosten/Gem. Oss)*.

114 Misbruik van recht werd aangenomen toen een verzoeker via het voorlopig getuigenverhoor achter geheime bedrijfsgegevens van de concurrent trachtte te komen. Zie bijvoorbeeld HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 1 m.nt. WHH *(Slingerland/Gemeente Amsterdam)*. Zie Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 10.

115 Dit criterium wordt in de literatuur wel opgevat als een verlaging voor de drempel om een verzoek af te wijzen. Zie bijvoorbeeld A.J. Akkermans, *AV&S* 2004, p. 93; M.A.J.G. Janssen, *JBPr* 2005 (3), p. 224; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 10.

kan zijn bij onevenredigheid van de wederzijdse belangen); als toewijzing strijdig zou zijn met de goede procesorde dan wel moet afstuiten op een ander, door de rechter als zwaarwichtig beoordeeld, bezwaar.[116]

Ingeval alle partijen bij het verhoor aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest, hebben de getuigenverklaringen in een voorlopig getuigenverhoor afgelegd, ex artikel 192 lid 1 Rv dezelfde bewijskracht als die getuigenverklaringen, welke op het gewone getuigenverhoor worden afgelegd. De rechter kan indien niet alle partijen bij het voorlopige getuigenverhoor aanwezig of vertegenwoordigd zijn geweest, de daarin afgelegde verklaringen buiten beschouwing laten (artikel 192 lid 2 Rv).[117] De exhibitieplicht (843a Rv) wordt in combinatie met het (voorlopig) getuigenverhoor ook wel *discovery*-procedure genoemd, al kan de bijzondere exhibitieplicht in combinatie met het voorlopig getuigenverhoor niet worden gelijkgesteld aan de *discovery*-procedure zoals die in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels kan worden aangetroffen. Over het algemeen biedt het Nederlands recht minder mogelijkheden tot *discovery* dan genoemde Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels. De mogelijkheden om documenten op grond van artikel 843a Rv op te vragen zijn beperkt en de inzage in de stukken van de wederpartij is meestal een veel sterker middel van waarheidsvinding dan het horen van vijandige en/of vergeetachtige getuigen.[118]

9.4.4.2 Recente ontwikkelingen

De Raad voor de Rechtspraak pleit in zijn advies naar aanleiding van het interimrapport van de fundamente herbezinners voor een beperking van de toegang tot het voorlopig getuigenverhoor.[119] Partijen gebruiken het voorlopig getuigenverhoor volgens de Raad voor de Rechtspraak vaak als *fishing expedition* zonder uitzicht te hebben op een mogelijke procedure. Tevens wordt het voorlopig getuigenverhoor gebruikt omdat hiermee tegen de laagste kosten kan worden geprocedeerd. De inrichting van het voorlopig getuigenverhoor verhindert volgens de Raad een doeltreffend en doelmatig gebruik. Het voorlopig getuigenverhoor heeft volgens de Raad vaak een minimaal of onduidelijk resultaat, terwijl de rechter en partijen daar veel tijd in hebben moeten steken.

De Commissie verbetervoorstellen heeft een drietal voorstellen tot verbetering gedaan. In de eerste plaats het in de wet beperken van het voorlopig getuigenverhoor tot alleen die gevallen waarin niet kan worden gewacht op een eventuele bewijsopdracht in de procedure. In de tweede plaats het in de wet beperken van het voorlopig getuigenverhoor tot zaken met een belang

---

116 HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442 m.nt DA, *JBPr* 2005, 21 m.nt. E.F. Groot *(Frog People Mover/ Floriade)*, r.o. 3.2.2.

117 De niet aanwezige of vertegenwoordigde partij heeft de getuige geen vragen kunnen stellen en evenmin door middel van een contra-enquête tegenbewijs kunnen leveren.

118 Croiset van Uchelen 2007, p. 109.

119 Raad voor de Rechtspraak advies, nr. 2.

groter dan € 5.000. In de derde plaats het verhogen van het griffierecht voor verzoeken tot voorlopig getuigenverhoor of voorlopig bericht of verhoor van deskundigen.

Eventuele invoering van de verbetervoorstellen zal geen echte verbetering teweeg brengen. De fundamente herbezinners twijfelen ook over het nut van de verbetervoorstellen. Zij wijzen daarbij op het feit dat de mogelijkheden om onnuttige voorlopige getuigenverhoren tegen te houden door de Hoge Raad aanzienlijk zijn vergroot doordat de criteria voor afwijzing van een voorlopig getuigenverhoor nader zijn gedefinieerd en thans even ruim zijn als voor de afwijzing van een verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht.[120] Het komt neer op het feit dat

> 'voorafgaande aan of tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek de rechter extra informatie kan vragen aan de verzoekende partij teneinde meer duidelijkheid over het bewijsthema en meer inzicht in de te verwachten duur en omvang van de verhoren c.q. het deskundigenonderzoek te verkrijgen en bij gebreke van de verschaffing daarvan, het verzoek als strijdig met de goede procesorde kan afwijzen.'[121]

Op grond van de bestaande jurisprudentie is het dan ook voor de rechter mogelijk een beleid te voeren dat nuttig geachte voorlopige bewijsverrichtingen toelaat, terwijl partijen worden aangemoedigd eventuele verzoeken tot voorlopige bewijsverrichtingen deugdelijk te onderbouwen.[122] Ingeval een procedure reeds aanhangig is heeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om op het verzoek te beslissen. Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan de rechter een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor afwijzen indien het voorlopig getuigenverhoor wordt gebruikt als *fishing expedition* naar mogelijke bedrijfsgeheimen, indien de te bewijzen feiten door de gelaedeerde niet concreet genoeg zijn gesteld of in het geval de verzoeker geen of onvoldoende belang heeft bij het verzoek. Zie ook de genoemde vier omstandigheden in § 9.4.4.1 (verzoek in strijd met de goede procesorde, de verzoeker heeft geen of onvoldoende belang bij het verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor (artikel 3:303 BW), verzoeker maakt misbruik van de bevoegdheid een voorlopig getuigenverhoor te verzoeken, het verzoek stuit af op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar).

120 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 70. Zie HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442 m.nt DA, *JBPr* 2005, 21 m.nt E.F. Groot *(Frog People Mover/Floriade)*; Zie ook HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 m.nt. HJS *(M./AMEV)* en HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 m.nt. HJS *(Uiterlinden/Van Zijp & Uiterlinden)*.

121 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 71.

122 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 71.

9.4.5 Voorlopig deskundigenbericht

Naast het voorlopig getuigenverhoor kan bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht ook gebruik worden gemaakt van het voorlopig deskundigenbericht. Het voorlopige deskundigenbericht vormt een mogelijkheid tot openbaarmaking van relevante mededingingsrechtelijke feiten en documenten in de periode *voor* het eigenlijke geding.

Het voorlopig deskundigenbericht is opgenomen in de artikelen 202-207 Rv. De wettelijke regeling vertoont grote gelijkenis met die van het voorlopig getuigenverhoor.[123] Het voorlopig deskundigenbericht is qua regeling namelijk bijna identiek aan het voorlopig getuigenverhoor.[124] Verschil is dat de regeling wat beknopter is.[125] Ten opzichte van het normale getuigenverhoor geschiedt het voorlopig getuigenverhoor, wanneer nog geen geding aanhangig is, niet ten overstaan van of door de rechter 'in het geding' zoals bedoeld in artikel 149 lid 1 Rv.[126]

De wettelijke regeling van het voorlopig deskundigenonderzoek in de zin van artikel 202 lid 2 Rv strekt ertoe partijen in de gelegenheid te stellen te beoordelen welke kansen zij hebben in een eventueel geding.[127] Een partij zou aan de hand van het deskundigenbericht zekerheid kunnen krijgen over de voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden. Aan de hand van die feiten en omstandigheden kan besloten worden of het verstandig is de procedure aan te vangen dan wel voort te zetten.[128] Tevens is het een regeling ter voorkoming van het verlies van mogelijke bewijsmiddelen (deskundigenverklaringen reken ik tot de bewijsmiddelen).

De rechter bepaalt in de beschikking de opdracht van de deskundigen. In de praktijk zullen vaak concrete vragen worden opgesteld die door de deskundigen beantwoord horen te worden. Daarnaast bepaalt de rechter ook waar en wanneer de deskundigen tot het onderzoek zullen overgaan (artikel 197 lid 1 Rv). Haak & Verloren van Themaat wijzen er daarbij terecht op dat de verweerder ruimschoots de mogelijkheid heeft om eventueel bewijs voor de deskundigen moeilijk toegankelijk te maken.[129] De enige methode die in de buurt kan komen bij de bevoegdheden van de Commissie en de NMa om verrassingsinvallen te doen, is het in § 9.4.3 besproken bewijsbeslag.

Het verzoek moet gedaan worden aan de rechter bij wie de zaak vermoedelijk aanhangig zal worden gemaakt of bij de rechter bij wie het geding reeds

---

123 Wieten 2008, p. 83. De voorlopige expertise bestond voor de invoering van het nieuwe bewijsrecht in 1988 niet als algemeen instituut. Dit geldt ook voor de voorlopige decente.
124 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 360.
125 Wieten 2008, p. 83.
126 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 109, p. 185.
127 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 360.
128 HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 m.nt. HJS *(M./AMEV)*. Zie ook HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584 *(Wustenhoff/Gebuis)*.
129 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 11-12.

aanhangig is. Het verzoekschrift moet naast de eisen van artikel 278 lid 1 Rv voldoen aan de eisen van artikel 203 lid 2 Rv. Dit houdt in dat het verzoekschrift melding behoort te maken van de aard en beloop van de vordering (ter beoordeling van de absolute competentie, zie artikel 203 Rv), de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd (artikel 203 lid 2 sub b Rv) en de naam en woonplaats van de wederpartij (artikel 203 lid 2 sub c Rv). Ingeval dit laatste onbekend is of in geval van onverwijlde spoed komt deze eis te vervallen (artikel 203 lid 3 Rv). Van een afwijzing van het verzoek kan appel worden ingesteld.[130]

De rechter komt bij de beoordeling van het verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek geen discretionaire bevoegdheid toe. Hij dient het onderzoek in beginsel te gelasten, mits het daartoe strekkende verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden.[131]

Het verzoek tot voorlopig deskundigenbericht zal worden afgewezen indien het verzoek in strijd is met de goede procesorde, ingeval misbruik wordt gemaakt van de bevoegdheid toepassing van het voorlopig getuigenverhoor te verlangen (bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten) of ingeval het verzoek moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.[132] Te denken

130 Appel en cassatie moeten bij verzoekschrift worden ingesteld, nu de procedure tot verkrijging van een voorlopig getuigenverhoor, voorlopige expertise of voorlopige descente een zelfstandige verzoekschriftprocedure is en de uitspraak dus een beschikking is. Voor zover het verzoek wordt toegewezen, is net als bij het voorlopig getuigenverhoor (art. 188 lid 2 Rv), geen hogere voorziening toegelaten aldus art. 204 lid 2 Rv. Ook deze bepaling moet, net als art. 188 lid 2 Rv, restrictief worden uitgelegd. Zie HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 m.n. WHH *(Enka/Dupont)*.

131 HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584 *(Wustenhoff/Gebuis)*.

132 Zie HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189 *(AEGON/D.)*; Vgl. de noot van H.J. Snijders (sub 7) onder HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 *(M./AMEV)*, r.o. 3.3 (een voorlopig deskundigenonderzoek kan mede dienen om de verzoekende partij houvast te bieden bij de beoordeling van haar proceskansen; als het verzoek betrekking heeft op feiten die onmiskenbaar van beslissend belang zijn voor de beslechting van het geschil, heeft de verzoekende partij aanspraak op toewijzing, tenzij omstandigheden zijn gebleken die tot afwijzing aanleiding konden geven). Zie ook HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 m.nt. HJS *(Uiterlinden/Van Zijp & Uiterlinden)*, r.o. 3.1.3 (omstandigheden die meebrengen dat toewijzing strijdig zou zijn met de goede procesorde of moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar, kunnen aanleiding geven tot afwijzing van het verzoek); HR 12 september 2003, *NJ* 2005, 441 m.nt. DA onder *NJ* 2005, 442 *(Royal & Sun Alliance Schadeverzekering/K.)*, r.o. 3.4 (verzoekster kan niet in redelijkheid tot het uitoefenen van de desbetreffende bevoegdheid worden toegelaten (misbruik van bevoegdheid)); HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442 m.nt DA, *JBPr* 2005, 21 m.nt. E.F. Groot *(Frog People Mover/Floriade)*, r.o. 3.2.2 (voor een voorlopig getuigenverhoor geldt ook dat het verzoek kan worden afgewezen als van de bevoegdheid om dit middel te bezigen misbruik wordt gemaakt (wat het geval kan zijn bij onevenredigheid van de wederzijdse belangen), als toewijzing strijdig zou zijn met de goede procesorde dan wel moet afstuiten op een ander, door de rechter als zwaarwichtig

valt bijvoorbeeld aan het geval dat met het voorlopig deskundigenonderzoek op geen enkele wijze kan worden aangetoond dat het mededingingsrecht is geschonden, terwijl het onderzoek voor de verweerder zeer belastend is en het onderzoek betrekking heeft op zeer gevoelige informatie.

9.4.6 Voorlopige descente

Van de voorlopige descente zal bij de privaatrechtelijke handhaving van het Europees en Nederlands mededingingsrecht niet vaak gebruik worden gemaakt. De voorlopige descente is dan ook van minder groot belang dan het voorlopig getuigenverhoor en de voorlopige expertise. De eisen die worden gesteld aan de voorlopige descente zijn hetzelfde als bij de voorlopige expertise. In plaats van de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd, moet bij de descente de plaats of de zaak die door de rechter in ogenschouw moet worden genomen in het verzoekschrift worden vermeld.

9.4.7 Arbitrage en voorlopige bewijsverrichtingen voor de overheidsrechter

Het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige descente moeten betrekking hebben op een zaak die voor de burgerlijke rechter aanhangig zal worden gemaakt of op een geding dat voor de burgerlijke rechter wordt gevoerd.[133] Hoe zit het nu met een geschil, waarbij mededingingsrechtelijke aspecten een rol spelen, dat is onderworpen aan arbitrage? Kan een voorlopige bewijsverrichting worden verzocht aan de overheidsrechter, terwijl het geschil zelf aan zijn bevoegdheid is onttrokken?[134] Hierbij wordt in artikel 1022 lid 3 Rv een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat arbiters reeds zijn benoemd en de situatie dat arbiters nog niet zijn benoemd.

Ingeval arbiters nog niet zijn benoemd, belet een overeenkomst van arbitrage niet dat een partij de overheidsrechter verzoekt een voorlopig getuigenverhoor, een voorlopig deskundigenbericht of een voorlopige plaatsopneming en bezichtiging te bevelen, mede op grond van het feit dat in dit stadium nog

---

beoordeeld, bezwaar); HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584, r.o. 3.4 (de rechter heeft bij de beoordeling van een verzoek om een voorlopig deskundigenonderzoek geen discretionaire bevoegdheid. Een dergelijk verzoek komt in beginsel voor toewijzing in aanmerking; tenzij sprake is van misbruik van bevoegdheid, strijd met de goede procesorde, of andere als zwaarwichtig beoordeelde bezwaren).

133 Zie ook Wieten 2008, p. 85.

134 Art. 1022 Rv luidt: 'De rechter, bij wie een geschil aanhangig is gemaakt waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten, verklaart zich onbevoegd, indien een partij zich voor alle weren op het bestaan van deze overeenkomst beroept, tenzij de overeenkomst ongeldig is.'

onzeker is of inderdaad een procedure voor arbiters gevoerd zal gaan worden.[135] Zijn arbiters reeds wel benoemd dan ligt dit anders. In een geval waarbij een arbitrale procedure aanhangig was gemaakt na het indienen van het voorlopig getuigenverhoor, maar voordat daarop daadwerkelijk was beslist, werd geoordeeld dat de voorlopige bewijsverrichting voor de overheidsrechter bleef toegestaan. De wederpartij zou anders naar eigen goeddunken de verzoeker in zijn recht kunnen frustreren, wat in strijd zou zijn met de goede procesorde.[136] Deze uitspraak werd gedaan voor de invoering van het derde lid van artikel 1022 Rv. Nu met het derde lid van artikel 1022 Rv volgens de MvT is aangesloten bij de jurisprudentie (vooral over getuigenverhoren waarbij over het algemeen voorlopige maatregelen mogelijk worden geacht ondanks een arbitraal beding) denk ik dat deze uitspraak nog steeds stand zal blijven houden.

9.4.8 Deelconclusie

Zoals hierboven duidelijk is geworden, kan het verzamelen van bewijsmateriaal in de voorfase voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een groot probleem vormen. Zeker in zaken waar (nog) geen oordeel van een mededingingsautoriteit op tafel ligt. De processuele middelen om naar Nederlands recht voorafgaande aan een procedure bewijs te vergaren, zijn beperkt tot de exhibitieplicht, de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag, het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht. De voorlopige descente zal bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet snel een rol spelen.

Inbreuken op het mededingingsrecht zullen met de exhibitieplicht, het leggen van bewijsbeslag, het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht niet altijd eenvoudig bewezen kunnen worden. De gelaedeerde van een vermeende mededingingsinbreuk zal vaak niet weten welke bescheiden dienen te worden opgevraagd. Helaas is het niet mogelijk bewijsbeslag op alle elektronische bestanden en papieren bescheiden te leggen en vervolgens te onderzoeken of eventuele mededingingsovertredingen kunnen worden afgeleid uit de verzamelde gegevens. De gelaedeerde zal vaak niet weten welke personen moeten worden opgeroepen voor een voorlopig getuigenverhoor. Ingeval die personen wel bekend zijn, moeten ze vervolgens nog bereid zijn zich omtrent de vermeende mededingingsinbreuk in belastende zin uit te laten. Bij het voorlopig deskundigenbericht moet duidelijk worden

135 Hierbij vindt art. 187 lid 1 Rv toepassing alsof geen overeenkomst tot arbitrage van kracht is. Zie art. 1022 lid 3 Rv. Zie ook Rb. Rotterdam 1 mei 1991, *NJ* 1991, 737 *(Kleinjan/Droogendijk)*.

136 Zie Wieten 2008, p. 85; Hof Arnhem 19 februari 1974, *NJ* 1974, 493 *(Tesser)*; Rb. 's-Hertogenbosch 7 december 1988, *NJ* 1989, 329 *(Stork Brabant/Rhode Island c.s.)*.

gemaakt wat de deskundige precies zal moeten onderzoeken. Tevens moet de deskundige toegang kunnen hebben tot gegevens over de markt en de positie van de vermeende laedens op die markt.

De rechter zal een afweging moeten maken tussen het belang van de gelaedeerde bij inzage in informatie en documentatie en het voorkomen dat bewijsmateriaal verloren gaat enerzijds en het belang van de vermeende laedens bij geheimhouding van vertrouwelijke bedrijfsgegevens anderzijds.[137] Indien een mededingingsinbreuk reeds is vastgesteld door de Commissie of de NMa en de gelaedeerde een vordering tot vergoeding van schade voorbereidt, zal een beroep van de laedens op gewichtige redenen ex artikel 843a lid 4 Rv niet snel door de rechter worden gehonoreerd. Indien de mededingingsinbreuk nog niet is vastgesteld, zal de rechter het belang van de laedens bij inzage, afschrift of uittreksel van de bescheiden moeten afwegen tegen het belang van de vermeende laedens bij geheimhouding van de vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Des te waarschijnlijker de inbreuk op het mededingingsrecht is, des te waarschijnlijker is het dat de rechter de laedens zal veroordelen tot het aan de gelaedeerde verstrekken van inzage, afschrift of uittreksel van mogelijk bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Zoals zojuist hiervoor gezegd, honoreert de rechter het beroep op gewichtige redenen niet snel.

Bovenstaande beschikbare middelen zullen tevens aanzienlijke kosten met zich mee kunnen brengen. De kosten dienen door de gelaedeerde te worden voorgeschoten. Bovendien worden ze slechts gedeeltelijk vergoed ingeval uiteindelijk een mededingingsinbreuk wordt aangenomen.

9.4.9 Voorgestelde oplossingen

9.4.9.1 Het Groenboek

De Commissie heeft in het Groenboek een aantal voorstellen gedaan om de toegang tot bewijsmateriaal te vergemakkelijken. Toegang van verzoekers tot bewijsmateriaal is essentieel om op doeltreffende wijze schadevorderingen te kunnen instellen. De Commissie vraagt zich in het Groenboek af of er bijzondere voorschriften behoren te zijn inzake de openbaarmaking van schriftelijke bewijzen in civiele schadeprocedures en zo ja, op welke wijze deze openbaarmaking moet worden georganiseerd. Uit het onderzoek in § 9.4 en de deelconclusie in § 9.4.8 is gebleken dat er voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk de nodige obstakels bestaan bij de verkrijging van bewijs in de voorfase. De vraag van de Commissie of er bijzondere voorschriften behoren te zijn inzake de openbaarmaking van schriftelijke bewijzen (vraag A van het Groenboek), kan dan ook niet direct worden ontkend.

137 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 17.

De Commissie stelt in het Groenboek vijf opties voor. De eerste optie luidt als volgt:

> 'Documenten moeten openbaar worden gemaakt zodra een partij de relevante feiten van de zaak omstandig heeft uiteengezet en het redelijkerwijze beschikbare bewijsmateriaal heeft overgelegd tot staving van haar stellingen ("fact pleading"). Openbaarmaking moet worden beperkt tot relevante en redelijkerwijze geïdentificeerde individuele documenten en moet door een rechter worden bevolen.'

De tweede optie luidt:

> 'Onder voorbehoud van 'fact pleading', moet – op bevel van een rechter – verplichte openbaarmaking van categorieën documenten tussen partijen mogelijk zijn.'

De derde optie luidt:

> 'Onder voorbehoud van "fact pleading", rust op elke partij de verplichting de andere partijen in het geding een lijst te verstrekken van relevante documenten die in haar bezit zijn en voor hen toegankelijk zijn.'

De vierde optie luidt:

> 'Het opleggen van sancties ingeval bewijsmateriaal wordt vernietigd om de onder de opties 1 tot en met 3 beschreven openbaarmaking te waarborgen.'

De vijfde optie luidt:

> 'De verplichting relevant bewijsmateriaal te bewaren. Overeenkomstig dit voorschrift kan een rechter nog voor het begin van een civiele procedure bevelen dat bewijsmateriaal dat relevant is voor de daaropvolgende procedure wordt bewaard. De partij die om een dergelijk rechterlijk bevel verzoekt, moet evenwel het redelijkerwijze beschikbare bewijsmateriaal overleggen om te staven dat er op het eerste gezicht sprake is van een inbreuk.'

De eerste optie houdt in dat documenten openbaar moeten worden gemaakt zodra een partij de relevante feiten van de zaak 'omstandig heeft uiteengezet en het redelijkerwijze beschikbare bewijsmateriaal heeft overgelegd tot staving van haar stellingen (*'fact pleading'*).' De Commissie doelt hier op de zogenaamde *disclosure* van documenten. Als gevolg van deze beperkte vorm van *disclosure* die bovendien alleen kan plaatsvinden door een bevel van de rechter, wordt voorkomen dat er misbruik van dit instrument kan worden gemaakt. Bij de tweede optie gaat het om bepaalde categorieën documenten die op bevel van de rechter verplicht openbaar moeten worden gemaakt. Bij de derde optie is een bevel van de rechter niet vereist. Er dient een lijst van relevante documenten aan de wederpartij te worden overlegd. De vierde optie regelt als sanctie een (afschrikkende) boete die kan worden opgelegd. De vijfde optie

maakt het mogelijk dat de rechter voor het begin van de civiele procedure kan bevelen dat al het relevante bewijsmateriaal wordt bewaard en niet in de papierversnipperaar verdwijnt. Uiteraard behoort de gelijktijdige invoering van een aantal genoemde opties tot de mogelijkheden.

Bij deze mogelijke oplossingen dient wel een kanttekening te worden geplaatst voor wat betreft *hardcore* restricties. Bij *hardcore* restricties is het grootste probleem het bijeenkrijgen van het bewijs van de relevante feiten. De juridische beoordeling van dergelijke *hardcore* restricties vergt een minder uitgebreid onderzoek dan bij restricties met een mededingingsbeperkend effect. Wanneer uit het onderzoek van de voorwaarden van een overeenkomst in hun juridische en economische context op zich reeds blijkt van een verstoring van de mededinging, kan er van worden uitgegaan dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken of vervalsen zodat de gevolgen ervan (behoudens het toetsen van de merkbaarheid) niet behoeven te worden onderzocht.[138] Het is maar zeer de vraag of met de voorgestelde oplossingen van de Commissie de gelaedeerden het bewijs van verboden *hardcore* restricties in handen zullen krijgen. Zelfs de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten lukt het vaak niet om tijdens een onderzoek verboden *hardcore* restricties aan te tonen (zonder hulp van 'verklikkers' die een beroep doen op de clementieregeling), terwijl zij over veel meer onderzoeksbevoegdheden beschikken om bewijs te verzamelen.[139]

Uit het rechtsvergelijkende onderzoek behorende bij het Groenboek blijkt dat de rechter in alle EU lidstaten ten minste enige bevoegdheden heeft om aan partijen en mogelijke derden opdracht te geven documenten op tafel te leggen. Het belangrijkste verschil tussen de *common law* traditie en de continentale (*civil law*) traditie is gelegen in het feit dat in de *common law* landen *disclosure* grotendeels door de partijen zelf wordt geregeld met een minimale controle door de rechter. In de continentale traditie speelt de rechter vaak een grotere rol bij de bewijsvergaring dan in de *common law* traditie.[140] In de continentale traditie is *disclosure* veel minder gebruikelijk en is de partij die een beroep doet op openbaarmaking veelal afhankelijk van de vrijwillige medewerking van de wederpartij.

9.4.9.2 Andere ontwikkelingen op Europees niveau

In het werkdocument behorende bij het Groenboek wordt verwezen naar de richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, het

138 Zie § 2.3.3.2 sub e. GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 *(GlaxoSmithKline)*, *Jur.* 2006, p. II-2969.

139 Eilmansberger 2007, p. 453 e.v.

140 *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 58.

rapport Storme en de *ALI-Unidroit principles*. Artikel 6 lid 1 van de richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten luidt:

> 'De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen, en voor de staving van haar vorderingen bewijsmateriaal heeft genoemd dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, overlegging van dit bewijsmateriaal door de wederpartij kunnen gelasten, behoudens bescherming van vertrouwelijke informatie. Voor de toepassing van dit lid kunnen de lidstaten bepalen dat een redelijk monster van een belangrijk aantal exemplaren van een werk of enig ander beschermd voorwerp, door de bevoegde rechterlijke instanties als aanvaardbaar bewijsmateriaal moet worden beschouwd.'[141]

In de *European Code of Civil Procedure* en de *ALI-Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure* is reeds aandacht besteed aan een regeling betreffende *disclosure*.[142] De *European Code of Civil Procedure* is een in 1993 in opdracht van de Comissie uitgebracht rapport van een werkgroep onder leiding van Marcel Storme. De werkgroep Storme heeft, in verband met het ontbreken van de tijd om een volledig wetboek voor de civiele procedure in Europa te ontwerpen, een keuze gemaakt om op een aantal gebieden een serie bepalingen te ontwerpen die de regels in de toen nog 12 lidstaten van de EG zouden kunnen harmoniseren door middel van richtlijnen.[143] Er wordt naast het onderwerp *discovery* onder meer aandacht besteed aan bewijs, de procedure bij verstek, de gedingkosten, de provisionele voorziening, de dwangsom, de minnelijke schikking, het begin van de instantie en de incassoprocedure. In het rapport zijn regels voorgesteld die zowel voor de *common law* jurist als de continentale jurist aanvaardbaar zijn.[144] Het rapport vormt voor wat betreft de verkrijging van informatie en bewijsmateriaal in de voorfase en de rol van de rechter in die fase (de fase die aan de procedure vooraf gaat) een goed uitgangspunt om op voort te bouwen. Met name de uitvoerige regeling betreffende *discovery* (negen artikelen met bijbehorende toelichting) is meer dan de moeite waard (zie § 9.4.2.9).[145]

In de door een gezamenlijke werkgroep van het *American Law Institute* en *Unidroit* opgestelde *ALI-Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure* zijn *principles* en *rules* neergelegd.[146] Nadat door een *ALI*-werkgroep in 1997 de *Transnational Rules of Civil Procedure* zijn opgesteld zijn de *ALI* en *Unidroit* in

141 Richtlijn 2004/48, *PbEU* L157/45.
142 Storme 1994, p. 128-135, 195-198.
143 Storme 1994, p. ix en x.
144 Zie over dit rapport onder meer Chorus 2004, p. 25-41; Freudenthal 2004, p. 29-37; Goldstein 2001, p. 789-801.
145 Uiteraard is er ook de nodige kritiek op het rapport Storme, zie bijvoorbeeld Lindblom 1997, p. 11-46.
146 Zie over de ALI-Unidroit Principles ook Verkerk & Verkijk 2006, p. 212-223.

2000 met elkaar gaan samenwerken. Als gevolg van die samenwerking zijn de *rules* in 2001 uitgebreid met *Principles of Transnational Civil Procedure*. De *principles* zijn primair bedoeld voor berechting van transnationale commerciële geschillen, maar kunnen ook geschikt zijn voor andere civiele geschillen. In de *ALI-Unidroit Principles* 2004 (16.1-16.6) wordt ook een beperkte vorm van *discovery* voorgesteld.

9.4.9.3 Naar een verruiming van discovery-mogelijkheden?

Het is zeer de vraag of de uitvoerige *discovery*-mogelijkheden zoals die in de Verenigde Staten bestaan tevens dienen te worden ingevoerd in Nederland en de EU. Dergelijke *discovery*-procedures zijn zeer kostbaar. Er kan daarbij veel en lang worden geprocedeerd over de vraag welke documenten wel en welke documenten niet dienen te worden overlegd. *Discovery* kan in de Verenigde Staten zo kostbaar zijn dat de kapitaalkrachtigste partij uiteindelijk aan het langste eind trekt.[147] Daarnaast kan zich de situatie voordoen dat de partij tegen wie de *discovery* wordt verzocht, een zo groot mogelijke berg stukken over de eisende partijen uitstort. De eisende partijen kunnen de grote hoop niet aan en kunnen de in de papiermassa verstopte '*smoking guns*' niet meer vinden.[148] De kapitaalkrachtige partij tegenover wie wordt verzocht de stukken te overleggen, kan daarmee (al dan niet met een schikking) wegkomen.

De situatie zoals die nu bestaat in Nederland kan echter wel enige *discovery*-impulsen gebruiken. De gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht kan al snel in de voorfase van een procedure in de knel komen bij de bewijsvergaring. Het *disclosure*-systeem zoals dat in Engeland van kracht is geworden na de 'Woolf reforms' biedt een middenweg tussen het *discovery*-systeem in de Verenigde Staten en de huidige mogelijkheden in Nederland.[149]

Voor partijen bestaat een verplichte *disclosure* van stukken die de zaak van de wederpartij kunnen ondersteunen. Indien nodig kan de *disclosure*-verplichting door de rechter worden afgedwongen. Met behulp van het toezicht door de rechter (zoals ook voorgesteld in optie 1 en optie 2 van vraag A van het voorstel in het Groenboek om de toegang tot bewijsmateriaal te vergemakkelijken) kan worden voorkomen dat 'Amerikaanse *discovery*-toestanden' ontstaan. Zoals reeds aangegeven in § 9.4.9.1 zal een *disclosure*-systeem niet altijd uitkomst bieden bij *hardcore* schendingen van het mededingingsrecht. Desalniettemin is het *disclosure*-systeem met het oog op de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht en de daarmee gepaard gaande bewijsproblemen in de voorfase een verbetering ten opzichte van het huidige systeem. Zie voor

147 Vgl. Croiset van Uchelen 2007, p. 110.
148 Croiset van Uchelen 2007, p. 110.
149 Vgl. Croiset van Uchelen 2007, p. 110.

het voorstel van de Commissie in het Witboek tot invoering van een beperkte vorm van *discovery* mijn bespreking in § 9.4.9.4.

9.4.9.4 Het Witboek; toegang tot bewijsmateriaal door middel van openbaarmaking tussen procespartijen

De Commissie stelt in het Witboek voor om bij schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels een minimale openbaarmaking van relevant bewijsmateriaal tussen procespartijen te verzekeren. De toegang tot bewijsmateriaal dient volgens de Commissie gebaseerd te zijn op *'fact-pleading* en een strikte rechterlijke toets van de waarschijnlijkheid van de claim en de evenredigheid van het verzoek tot openbaarmaking.'[150]

De Commissie stelt voor dat de nationale rechter in specifieke omstandigheden de bevoegdheid krijgt om procespartijen of derden te bevelen welomschreven categorieën van relevant bewijsmateriaal openbaar te maken.[151] Aan het bevel tot openbaarmaking zijn wel de nodige voorwaarden verbonden. Zo dient volgens het Witboek als voorwaarden voor het bevel tot openbaarmaking onder meer te gelden dat de eiser

> '- alle feiten en bewijsmiddelen heeft gepresenteerd die redelijkerwijs beschikbaar zijn voor hem, mits daaruit blijkt dat er plausibele redenen zijn om te vermoeden dat hij schade heeft geleden als gevolg van een door de gedaagde gemaakte inbreuk op de mededingingsregels;
> - voor de rechter genoegzaam heeft aangetoond dat hij, ondanks alle redelijkerwijze te verwachten inspanningen, niet in staat is op een andere wijze het verlangde bewijsmateriaal over te leggen;
> - voldoende specifiek heeft aangegeven welke precieze categorieën bewijsmateriaal openbaar moeten worden gemaakt, en
> - de rechter genoegzaam ervan heeft overtuigd dat de beoogde openbaarmaking zowel relevant is voor de zaak als noodzakelijk en evenredig'

Verklaringen van partijen die een beroep doen op de clementieregeling en onderzoek van de mededingingsautoriteiten worden afdoende beschermd. Om te voorkomen dat relevant bewijsmateriaal wordt vernietigd of dat wordt geweigerd zich te schikken naar een bevel tot openbaarmaking, dient de nationale rechter de bevoegdheid te krijgen om afdoende sancties met een afschrikkende werking op te leggen (inclusief de mogelijkheid om daaruit ongunstige conclusies te trekken in de civiele procedure tot verkrijging van schadevergoeding).

De bestaande mogelijkheden naar Nederlands burgerlijk procesrecht komen grotendeels overeen met het voorstel van de Commissie. De regeling die de Europese Commissie aanduidt met het begrip *discovery* komt meer overeen

150 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.2.
151 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.2.

met onze bijzondere exhibitieplicht ex artikel 843a Rv dan met de Angelsaksische *discovery*. Daarbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat de mogelijkheden in het voorstel iets verder lijken te gaan dan de bestaande mogelijkheden op grond van de bijzondere exhibitieplicht ex artikel 843a Rv (§ 9.4.2). In het voorstel van de Commissie dient voldoende specifiek te worden aangegeven welke 'precieze categorieën bewijsmateriaal' openbaar moeten worden gemaakt. Artikel 843a Rv stelt de eis dat het moet gaan om 'bepaalde' bescheiden (§ 9.4.2.3) die betrekking moeten hebben op een rechtsbetrekking waarin de eiser partij is (§ 9.4.2.4).

Eventueel zou bij een nadere uitwerking van het voorstel in het Witboek aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 1019a Rv. Artikel 1019a Rv betreft de omzetting van artikel 6 lid 1 van de Richtlijn Handhaving IE-rechten.[152] Deze bepaling vult artikel 843a Rv op een aantal punten aan. In het eerste lid is bepaald dat een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens inbreuk op een recht van intellectuele eigendom geldt als een rechtsbetrekking als bedoeld in artikel 843a Rv. In het tweede lid is bepaald dat in de procedure op de voet van artikel 843a Rv ook overlegging kan worden gevorderd van ander bewijsmateriaal dat zich in de macht van de wederpartij bevindt. In het derde lid is bepaald dat de rechter de vordering afwijst voor zover de bescherming van vertrouwelijke informatie niet is gewaarborgd. Tevens is bepaald dat artikel 843a lid 4 Rv niet van toepassing is.[153]

De Commissie heeft duidelijk de Amerikaanse wijze van *discovery* willen vermijden. Dit is, gelet op de nadelen van de Amerikaanse *discovery* (onder meer de hoge kosten door de *fishing expeditions*), goed verdedigbaar. Wel is het de vraag of de gelaedeerden in een *stand alone* actie veel aan de voorgestelde regeling hebben. Het zal voor hen niet makkelijk zijn feiten aan te voeren waaruit de aannemelijkheid van een vordering op grond van schending van het mededingingsrecht valt af te leiden. Zij zullen ook niet altijd goed in staat zijn voldoende specifiek aan te geven welke precieze categorieën bewijsmateriaal openbaar moeten worden gemaakt. Het is de vraag of de nationale rechter in *stand alone* acties de voorwaarden voor het bevel tot openbaarmaking soepelerer zal moeten hanteren dan bij zogenaamde *follow-on* zaken (waarbij een mededingingsautoriteit reeds een schending van het mededingingsrecht heeft geconstateerd).[154]

De Commissie dient bij de uitwerking van het Witboek enige aandacht te besteden aan het voorkomen van de mogelijkheid dat het bewijsmateriaal wordt gebruikt voor andere doelen dan de civiele mededingingsrechtelijke

---

152 Richtlijn 2004/48, *PbEU* L157/45.

153 Art. 843a lid 4 Rv luidt: 'degene die de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, is niet gehouden aan deze vordering te voldoen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, alsmede indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.'

154 Vgl. Kroes 2008a, p. 111-112.

procedure.[155] Tevens mag de toegang tot bewijsmateriaal niet in strijd komen met het beroepsgeheim en het verschoningsrecht van de advocaat.[156]

9.5 Bewijsproblemen in de procedurele fase

9.5.1 Inleiding

Het verzamelen van informatie en bewijsmateriaal tijdens de procedure kan voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een groot probleem vormen. Dit geldt vooral in zaken waar (nog) geen oordeel van een mededingingsautoriteit op tafel ligt. In de onderhavige paragraaf (§ 9.5) worden de bewijsproblemen in de procedurele fase onderzocht, de periode *tijdens* het eigenlijke geding. Ik bespreek in deze paragraaf het bewijs door getuigen, het bewijs door deskundigen, de doorwerking van een besluit van een mededingingsautoriteit, de vertrouwelijkheid van stukken en de toegang van benadeelde derden tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten. De exhibitieplicht en het bewijsbeslag heb ik reeds in § 9.4.2 en 9.4.3 besproken en komen niet meer aan de orde. Vanzelfsprekend kan van deze instrumenten ook nog in de procedurele fase gebruik worden gemaakt. Aan de mogelijkheid tot plaatsopneming en bezichtiging wordt nauwelijks aandacht besteedt omdat deze mogelijkheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zelden een rol zal spelen.

De nadruk bij de behandeling van de bewijsproblemen in de procedurele fase ligt op het deskundigenbewijs. Bij de bespreking van het deskundigenbewijs wordt in het bijzonder ingegaan op de rol die economisch deskundigen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kunnen spelen. In § 9.5.3 plaats ik het deskundigenbewijs in kort historisch perspectief. Daarbij besteed ik ook aandacht aan de meer algemene tendens waaruit blijkt dat de dominante rol van het waarnemingsbewijs in de huidige tijd plaats lijkt te moeten maken voor meer inzet van 'forensische expertise'. In § 9.5.4 behandel ik de inzet van economische deskundigheid, waarbij de rol van economische analyses bij de handhaving van het mededingingsrecht aan bod komt. Tevens besteed ik aandacht aan de inzet van economische deskundigheid (in de rechtszaal) bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

In § 9.5.7 besteed ik aandacht aan de doorwerking van een besluit van een mededingingsautoriteit. De vertrouwelijkheid van informatie en dossierstukken en de positie van de rechter komt in § 9.5.8 aan bod. De toegang van benadeelde derden tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten wordt in § 9.5.9 behandeld. In § 9.5.10 behandel ik de geheimhoudingsplicht. In § 9.6 verleg ik het perspectief van de procespartijen naar de burgerlijke rechter. Niet alleen

155 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 142.
156 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 142.

de procespartijen hebben namelijk invloed op het bewijs van een mededingingsinbreuk, maar ook de rechter. Ik onderzoek in § 9.6 de vraag wat de mogelijkheden voor de nationale rechter zijn om de feiten die relevant zijn voor de juiste toepassing van het mededingingsrecht boven tafel te krijgen.

9.5.2 Het bewijs door getuigen

9.5.2.1 Algemeen

In de procedurele fase van een mededingingszaak kan het bewijs van een kartelinbreuk of het misbruik maken van een machtspositie door middel van getuigen worden geleverd. Een ieder die daartoe op wettige wijze is opgeroepen is verplicht getuigenis af te leggen. Deze in artikel 165 Rv neergelegde regel is een burgerplicht van openbare orde, die gebaseerd is op het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte boven tafel komt in het belang van een goede rechtsbedeling en rechtsbescherming.[157] De opgeroepen getuige in een mededingingszaak dient voor de rechter te verschijnen en daar een verklaring af te leggen. Slechts in bijzondere gevallen kan een uitzondering worden gemaakt op grond van een eventueel professioneel (artikel 165 lid 2 sub b Rv) of relationeel (artikel 165 lid 2 sub a Rv; artikel 284 lid 3 Rv) verschoningsrecht.

Een getuigenverklaring kan slechts als bewijs dienen voorzover zij betrekking heeft op aan de getuige uit eigen waarneming bekende feiten, aldus artikel 163 Rv. Bewijs door getuigen van een kartelafspraak of het misbruik maken van een machtspositie is in beginsel steeds toegelaten (artikel 166 Rv), tenzij de wet een specifiek bewijsmiddel voorschrijft.[158]

De rechter is verplicht een getuigenverhoor te bevelen zo vaak een van de partijen het verzoekt en aanbiedt bepaalde feiten te bewijzen (de rechter komt geen discretionaire bevoegdheid toe).[159] In geval van misbruik van bevoegdheid kan dat anders zijn.[160] De rechter zal niet elk bewijsaanbod van partijen hoeven te honoreren. De door de verzoekende partij te bewijzen aangeboden feiten moeten betwist zijn (feiten of rechten die niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter ex artikel 149 Rv als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding

157 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 75, p. 134.

158 De wet schrijft in bepaalde gevallen een specifiek bewijsmiddel voor. Zo kan bijvoorbeeld de overeenkomst tot arbitrage op grond van art. 1021 Rv alleen door een geschrift worden bewezen.

159 Vgl. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 80, p. 142.

160 HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS *(Van de Ven c.s./Pierik c.s.)*. Ook kan de rechtspositie van de verzoeker te zwak zijn om een voorlopig getuigenverhoor te rechtvaardigen; zie Van Nispen, (T&C Burgerlijke Rechtsvordering), art. 186, aant. 4; HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 m.nt. WHH *(Enka/Dupont)*.

van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat) en tot de beslissing van de zaak kunnen leiden. De rechter mag het aanbod passeren ingeval het bewijsaanbod niet voldoet aan een aantal criteria waaraan dient te worden voldaan. Zo mag het bewijsaanbod niet te vaag zijn, moet het tijdig zijn gedaan en dient het terzake dienend te zijn.[161]

Partijen bepalen welke getuigen zullen worden voorgebracht. Uiteraard kan de rechter in zijn beslissing aangeven dat hij het wenselijk acht dat bepaalde personen als getuigen worden gehoord.[162] Partijen kunnen zelf ook als getuigen optreden ex artikel 164 Rv, al kan de verklaring slechts strekken ter aanvulling van onvolledig bewijs (164 lid 2 Rv).[163]

9.5.2.2 De weigerachtige getuige

Ingeval een bij aangetekende brief opgeroepen getuige niet verschijnt, bepaalt de rechter op verzoek van de belanghebbende partij (veelal de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk) een tijdstip waartegen de getuige bij deurwaardersexploot kan worden opgeroepen (171 Rv). Verschijnt deze getuige niet in de mededingingszaak, dan bepaalt de rechter op verzoek van de belanghebbende partij een dag om de getuige bij deurwaardersexploit op te roepen. Indien de getuige dan niet verschijnt, kan de rechter op grond van artikel 172 Rv bevelen dat hij door de politie voor de rechter wordt gebracht om aan zijn verplichtingen te voldoen. Indien de getuige weigert een verklaring af te leggen, kan de rechter op verzoek van de belanghebbende partij op grond van artikel 173 lid 1 Rv bevelen dat deze getuige op kosten van die partij in gijzeling wordt gesteld totdat hij aan zijn verplichtingen voldoet.[164] Eventueel kan in kort geding een veroordeling tot nakoming van de getuigplicht onder verbeurte van een dwangsom worden verzocht.[165] Bij de partijgetuige is op grond van artikel 173 lid 1 Rv een gijzeling niet mogelijk. Algemeen wordt aangenomen dat ook een dwangsom bij de partijgetuige niet mogelijk is.[166]

161 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 80, p. 143. Rutgers (*Rechtsvordering*), art. 166.
162 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 80, p. 142; *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 243.
163 Als partijgetuigen vallen aan te merken de formele procespartijen, materiële procespartijen, statutaire bestuurders en andere wettelijk of statutair tot gerechtelijke vertegenwoordiging van een materiële of formele procespartij bevoegde personen. Zie Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 74, p. 134. Zie HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 22 *(Reprotechniek/Traugott)* en HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 23 *(Masteco/Top-Pharm)* m.nt. HJS.
164 De gijzeling kan op grond van art. 173 lid 1 Rv maximaal een jaar duren.
165 Vgl. HR 18 mei 1979, *NJ* 1980, 213 m.nt. WHH *(Hulskorte/Van der Lek)*.
166 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 92, p. 158.

9.5.2.3 De anonieme getuige

In een mededingingszaak zal eventueel gebruik kunnen worden gemaakt van anonieme getuigen.[167] Het horen van anonieme getuigen is, anders dan in het strafrecht, niet geregeld in het burgerlijk procesrecht.[168] In artikel 184 Rv is bepaald dat het nalaten van een van de voorgeschreven formaliteiten alleen nietigheid van het verhoor met zich meebrengt indien de belanghebbende partij als gevolg van het nalaten in haar belangen is benadeeld en het verzuim niet hersteld kan worden. Dit is alleen anders bij het afleggen van de eed.

Hidma & Rutgers concluderen dat voor het vaststellen of een anonieme getuige al dan niet toelaatbaar is, moet worden nagegaan welke formaliteiten niet in acht worden genomen. Vervolgens zal moeten worden nagegaan in hoeverre de belanghebbende partij als gevolg van het niet in acht nemen van de formaliteiten in haar belangen wordt benadeeld. Welke formaliteiten worden niet in acht genomen bij de anonieme getuige?

In de eerste plaats zal niet worden voldaan aan het recht van hoor en wederhoor, nu wordt afgeweken van artikel 179 lid 2 en 3 Rv. Partijen en hun raadslieden dienen vragen te kunnen stellen aan de getuigen en de rechter dient ambtshalve of op verzoek van een der partijen getuigen tegenover elkaar (of tegenover partijen of een van hen) te kunnen stellen (artikel 179 lid 2 Rv). Tevens dient de rechter naar aanleiding van de getuigenverklaringen aan partijen vragen te kunnen stellen en dienen ook partijen elkaar zelf (of bij monde van hun raadslieden) vragen te kunnen stellen. In het Wetboek van Strafvordering wordt dit probleem verholpen door gebruik te maken van telecommunicatie of schriftelijke vragen (artikel 226d Sv).

Het voorstel van Hidma & Rutgers om vragen te stellen door middel van telecommunicatie met stemvervorming lijkt mij een goede oplossing om het ondervragingsrecht ex artikel 179 Rv zo veel mogelijk in stand te houden.[169] De rechter kan de getuige eventueel zien op videoscherm, terwijl de partijen en advocaten de getuige alleen kunnen horen.[170] De bewijskracht van een dergelijke verklaring is, anders dan in het strafrecht (artikel 342 lid 2 Sv), geheel aan de rechter overgelaten (artikel 152 lid 2 Rv). Als gevolg van het zo veel mogelijk in stand houden van het ondervragingsrecht zal het recht van hoor en wederhoor niet tot nietigheid van het getuigenverhoor leiden.

---

167 Zie over de anonieme getuige in het burgerlijk procesrecht onder meer Thoe Schwartzenberg 1992, p. 404-407; Hanssen 1996, p. 24-28; Asser 1991, p. 19 e.v.; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 93, p. 159-162.

168 In het strafrecht heeft de uitspraak van het EHRM in de zaak Kostovski veel invloed gehad. Vgl. de invoering van de vierde afdeling A aan titel III, boek II Sv. Zie EHRM 20 november 1989, zaaknr. 11454/85, *NJ* 1990, 245 m.nt. EAA *(Kostovski/Nederland)*.

169 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 93, p. 162.

170 Vgl. art. 10 lid 4 EG-Bewijsverordening waarin het ook mogelijk wordt gemaakt gebruik te maken van de moderne techniek op het gebied van communicatiemiddelen.

In de tweede plaats zal niet worden voldaan aan het voorschrift dat de belanghebbende partij de namen en de woonplaatsen van haar getuigen ten minste zeven dagen voor verhoor aan de wederpartij en de griffier zijn opgegeven (artikel 170 Rv). Door het niet voldoen aan dit voorschrift zal de wederpartij zich minder goed kunnen voorbereiden op het verhoor van de getuige. Deze lichte benadeling zal niet de nietigheid van het verhoor ten gevolge hebben in de zin van artikel 184 Rv.

In de derde plaats zal het verhoor niet ter openbare terechtzitting geschieden (166 lid 3). De rechter zal op grond van artikel 27 lid 1 Rv bevel dienen te geven het verhoor met gesloten deuren te houden en zorgvuldig moeten onderzoeken of de getuige represailles heeft te verwachten van de inbreukmakers op het mededingingsrecht. Hij zal uitdrukkelijk melding moeten maken van de gewichtige redenen om het verhoor niet ter openbare terechtzitting te houden.

In de vierde plaats zal de formaliteit van het door de rechter aan de getuige vragen van diens personalia buiten aanwezigheid van de partijen en hun raadslieden geschieden. De rechter zal de betrouwbaarheid van de anonieme getuige moeten beoordelen en daarvan in het proces-verbaal rekenschap afleggen nu de wederpartij daartoe niet in staat is.[171]

Indien de rechter in een mededingingszaak rekening houdt met de besproken vier eisen zal het gebruik maken van een anonieme getuige niet hoeven te leiden tot de nietigheid van het getuigenonderzoek in de zin van artikel 184 Rv.

9.5.2.4 Rogatoire commissie

De rechter kan ingeval een getuige in een mededingingsrechtelijke procedure te ver verwijderd woont van de plaats waar het getuigenverhoor plaatsvindt, het verhoor opdragen aan de rechter van gelijke rang van de woonplaats van de getuige (de rogatoire commissie ex artikel 174 lid 1 Rv). De rogatoire commissie is niet van toepassing indien het een partij betreft die als getuige wordt gehoord (artikel 174 lid 2 Rv). De partijgetuige dient ook bij een ver verwijderde rechter te verschijnen.

Een getuige kan ook in het buitenland worden gehoord (artikel 176 Rv).[172] Op dit gebied bestaan verdragen (Rechtsvorderingsverdragen van 1905 en 1954 en het Haags Bewijsverdrag) en een verordening (EG-Bewijsverordening). Het proces-verbaal van het getuigenverhoor dat is gehouden door middel van

171 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 93, p. 161.

172 Zie bijvoorbeeld de dissertatie van Hebly 1994 (waarin de later aangenomen EG-Bewijsverordening nog ontbreekt). Zie ook Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, nr. 86, p. 149-151.

een rogatoire commissie heeft gelijke bewijskracht als dat van het door de Nederlandse rechter gehouden getuigenverhoor (artikel 176 lid 3 Rv).

9.5.3 Deskundigenbewijs verkort in historisch perspectief verklaard

9.5.3.1 Inleiding

Alvorens de mogelijkheden van het deskundigenbewijs bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te bespreken, plaats ik het deskundigenbewijs in deze paragraaf in kort historisch perspectief. Ik bespreekt daarbij in § 9.5.3.3 ook de meer algemene tendens waaruit blijkt dat de dominante rol van het waarnemingsbewijs in de huidige tijd plaats lijkt te moeten maken voor meer inzet van 'forensische expertise'.

9.5.3.2 Kort historisch perspectief

In het Romeinse recht bestond geen regeling voor het deskundigenbericht. Dit betekent echter niet dat het Romeinse recht geen deskundigen kende. Een duidelijke scheiding tussen een bericht van deskundigen en een beslissing van arbiters bestond in het Romeinse recht niet.[173] Anema & Verdam gebruiken in dit verband het voorbeeld van de functie van *agrimensor*. Volgens de Wet der Twaalf Tafelen moest over onbelangrijke grensgeschillen de beslissing van arbiters worden ingeroepen.[174] Als arbiters fungeerde (waarschijnlijk) dezelfde personen die in belangrijke geschillen slechts opmetingen verrichten onder toezicht van de rechter en geen zelfstandig advies uitbrachten.[175]

Het oud-Franse recht ging meer richting een zelfstandige regeling van het deskundigenbericht die uiteindelijk werd opgenomen in de *Code procédure civil* en met enige wijzigingen werd overgenomen in ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zie hiervoor Anema & Verdam en de daar vermelde literatuur.

Het gebruik maken van niet-juridische deskundigen in het feitenonderzoek is reeds een bekend fenomeen in de Middeleeuwen, waarbij deskundigen in hekserij veelgevraagd waren en waarbij de deskundigen in hekserij 'verklaringen aflegde over hetgeen hun 'wetenschap' hen leerde met betrekking tot

173 Asser/Anema & Verdam 1953, p. 491.

174 Cicero, De legibus, 1.21.

175 Anema & Verdam noemen ook nog als voorbeelden de schriftdeskundige (*comparatores*), de vroedvrouwen (*obstetrices*), de tuinlieden (*Hortuani*), de schatters (*aestimatores*) en andere deskundigen (*summarii*). Zie Just. Nov. 30.1; 64.1. Tevens wijzen zij naar merkwaardige voorbeelden van deskundigenonderzoek door artsen in het recht der papyri. Zie de vermelde literatuur bij Asser/Anema & Verdam 1953, p. 492.

hetgeen aan hun oordeel was onderworpen'.[176] Irrationele beslismethoden zoals water- en vuurproeven en ook het tweegevecht waren beproefde middelen om rechtsgeschillen met niet bekennende personen te beslissen.[177] De kerk schafte in 1215 de ordalen af maar dit betekende nog lange tijd niet de definitieve afschaffing in de praktijk.[178]

De Renaissance brengt licht in de voorafgaande donkere periode en rationele beslismethoden nemen de plaats in van de irrationele beslismethoden.[179] Het rationeel redeneren kreeg de overhand, boven de empirie. De natuurwetenschappen nemen echter in de loop der tijd een steeds prominentere plaats in waardoor de waarneming en de empirie steeds belangrijker worden.[180] Nijboer laat daarbij (met een accent op het strafrecht) terecht zien dat er tijdens deze ontwikkeling een overgang plaatsvindt van een positief-wettelijk stelsel (formeel bewijs) naar een stelsel van vrij bewijs waarbij in beginsel alle soorten bewijs toelaatbaar zijn en het aan de rechter is om het bewijs te waarderen.[181]

9.5.3.3 Van waarnemingsbewijs naar bewijs door niet-juridisch deskundigen?

Is er in de huidige tijd sprake van een tendens waarbij de dominante rol van het waarnemingsbewijs plaats moet maken voor 'forensische expertise'? Nijboer is ervan overtuigd dat het waarnemingsbewijs een steeds minder belangrijke rol gaat spelen en dat het deskundigenbewijs een steeds grotere rol zal gaan spelen in de rechtspleging.[182]

> '(…) er wordt wel beweerd dat niet-juridisch geschoolde deskundigen inhoudelijk veel van het bewijs gaan overnemen. Vast staat in ieder geval dat de dominantie van waarnemingsbewijs (getuigenverklaringen, ook wel bekentenissen, maar die spelen een verschillende rol in de verschillende rechtsgebieden) voorbij is en dat dit type bewijs meer en meer plaats gaat maken voor het deskundigenbewijs (ook in relatie tot real evidence: sporen, stukken van overtuiging).'

176 Zie ook Nijboer 1997, p. 260. 'Reeds in de Middeleeuwen waren er – naar wordt beweerd – specialisten in hekserij, die in staat werden geacht valse van ware heksen te onderscheiden, waarbij de zaak in de regel beter afliep voor een valse dan voor een ware heks', aldus Nijboer.

177 Nijboer 1999, p. 18. Nijboer wijst op het feit dat het duel in zowel Europa als Noord-Amerika tot in de 19e eeuw bleef voorkomen als middel tot de oplossing van rechtsgeschillen met ontkennende personen.

178 Bartlett 1988.

179 Nijboer 1999, p. 18.

180 Nijboer 1999, p. 18.

181 Nijboer 1999, p. 16-25.

182 Nijboer 1999, p. 19. Zie ook het door Nijboer aangehaalde werk van Damaska. Damaska 1997. Het geheel aan onderzoeksresultaten uit de psychologische functieleer die ons bewust hebben gemaakt van het cognitieve menselijke tekort is volgens Nijboer een van de oorzaken die het waarnemingsbewijs als hoofdvorm van bewijs heeft aangetast.

Nijboer zal primair doelen op de ontwikkelingen in het strafrecht, maar ook in het civiele recht zou deze ontwikkeling zich kunnen voordoen. In ieder geval is de interesse voor de problemen die zich bij de inzet van deskundigen in de (civiele) rechtspleging voordoen er in de loop der jaren niet minder op geworden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de oprichting van de Stichting Studiekring Deskundigen en Rechtspleging (SDR) in 2000 en de komende oprichting van een landelijk deskundigenregister dat wordt ondersteund door de Raad voor de Rechtspraak en het Ministerie van Justitie. Daarnaast heeft de Raad voor de Rechtspraak in januari 2007 de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' gepubliceerd.[183] Deze is bedoeld om de tot nu toe door ieder gerecht zelf opgestelde instructiebladen voor deskundigen te vervangen. Tevens is door de Raad ook een 'Model deskundigenbericht' gepubliceerd.[184] In de literatuur is de laatste tijd ook veel verschenen over de forensisch deskundige. Voor wat betreft het deskundigenadvies in de civiele procedure kan worden verwezen naar de dissertatie van De Groot.[185]

9.5.4 Forensische economie; de inzet van economische deskundigheid

9.5.4.1 Inleiding

De goede rechter naar het bekende beeld van Dworkin is de Hercules die altijd in staat is het juiste antwoord ('right answer') te vinden op basis van superieure kennis. In mededingingsrechtelijke zaken zal echter vooral een juist oordeel over de feiten en omstandigheden van het geval een moeilijke kwestie voor de rechter zijn. De superieure kennis waar Dworkin over droomt zal dan ook niet altijd bij de rechter aanwezig zijn. De rechter is tenslotte mens en geen god.

Het juridisch onderwijs en onderzoek brengt juristen voort die zich hebben bekwaamd in juridische dogmatiek, retorica en systematisch denken.[186] Het is echter voor de rechter soms noodzakelijk om zich voor de oplossing van concrete geschillen te verdiepen in andere wetenschappen. Door de steeds complexer wordende samenleving wordt in de rechtspleging steeds vaker gebruik gemaakt van allerlei (forensische) deskundigen. Denk bijvoorbeeld aan medici, accountants, psychologen, psychiaters, deskundigen die worden ingezet in onteigeningszaken, het NFI (strafrecht) en de raad voor de kinderbescherming. Tevens valt te denken aan de inzet van deskundigen in de ict-

183 www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht.
184 www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht.
185 De Groot 2008.
186 Zie Van Boom 2003a, p. 36.

branche, in octrooizaken en procedures betreffende het merkenrecht en auteursrecht.[187]

In het (publiekrechtelijk) mededingingsrecht wordt gebruik gemaakt van economisch specialisten. Deze specialisten zullen vaak industrieel econoom zijn.[188] Industriële economie wordt ook wel industriële organisatie genoemd en is de deeltak van de economie die zich bezighoudt met marktstructuren, marktgedrag en marktresultaten.[189] Industriële economen houden zich bezig met analyses van bedrijfstakken en vragen als hoeveel bedrijven zouden er idealiter dezelfde markt moeten bedienen (monopolie, oligopolie, veel aanbieders, weinig aanbieders). Het gaat daarbij om zaken als producenten- en consumentensurplus en innovatie (met meer winst is ook meer innovatie door te voeren en verbetert de concurrentiekracht/arbeidsproductiviteit op langere termijn).

Voor de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht is vooral de industriële economie van belang. Zo kan de industriële economie een belangrijke rol spelen bij de afbakening van de relevante markt.[190] Schinkel onderscheidt vier fasen waarin bij de handhaving van mededingingsrecht gebruik kan worden gemaakt van de industriële economie.[191] De eerste fase bestaat uit opsporing en onderzoek van schendingen van mededingingsrecht *(detection and investigation)*, de tweede fase bestaat uit het opbouwen van een mededingingszaak *(case development)*, de derde fase bestaat uit besluitvorming en procederen in een mededingingszaak *(decision making and litigation)* en de vierde fase bestaat uit remedies, sancties en schadevergoeding als gevolg van een schending van het mededingingsrecht *(remedies, sanctions and damages)*.[192]

187 Vragen die daarbij een rol spelen zijn vragen als: is dit nieuw, brengt dit verwarring met zich mee, is er sprak van nabootsing etc. Zie ook Peeperkorn 2002.

188 In de macro-economie wordt vooral gekeken naar fenomenen op landen of wereldniveau. In de micro-economie wordt vooral gekeken naar individuele consumenten en producenten. De industriële economie kijkt meer naar bedrijfstakken, marktstructuren en marktgedrag.

189 Zie hiervoor ook Van den Bergh 2003, p. 11 en de daar vermelde verwijzing naar enkele belangrijke handboeken zoals D.W. Carlton & J.M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Reading (Mass.): Addison Wesley 2000 en J. Church & R. Ware, *Industrial Organization*, Boston: Mc Graw-Hill 2000. Toonaangevende wetenschappelijke tijdschriften in de industriële economie zijn onder meer RAND Journal of Economics (*RJE*), International Journal of Industrial Organisation (*IJIO*), Journal of Industrial Economics (*JIE*), Journal of Law and Economics (*JLE*) en de International Review of Law and Economics (*IRLE*). Zie ook het invloedrijke werk van Richard A. Posner: Posner 1976; Posner 2001 (tweede editie van zijn standaardwerk *Antitrust Law* uit 1976).

190 Zie voor een onderzoek naar de relatie tussen de industriële economie en het mededingingsrecht in het kader van de afbakening van de relevante markt de Rotterdamse dissertatie van Nevo-Ilan: Nevo-Ilan 2007.

191 Schinkel 2008, p. 1-30.

192 Zie voor een nadere uitwerking Schinkel 2008, p. 1-30.

9.5.4.2 Economische analyses en handhaving van mededingingsrecht

a. Verenigde Staten

Het mededingingsrecht is van oorsprong een Amerikaans fenomeen. Dit rechtsgebied is met de oprichting van de Europese Gemeenschap succesvol geëxporteerd van de nieuwe wereld naar de oude wereld. Hoewel de industriële economie van groot belang is voor de fundering van het mededingingsrecht, was het juridisch-politiek establishment verantwoordelijk voor de geboorte van het mededingingsrecht.[193] Economen stonden destijds grotendeels aan de kant te kijken hoe het mededingingsrecht door juristen en politici ter wereld werd gebracht. Dit neemt niet weg dat de rol van economen in de ontwikkeling van het mededingingsrecht groot te noemen is. Het staat vast dat de heersende economische theorie aan het eind van de negentiende eeuw als basis diende voor de uitgangspunten van de eerste mededingingswetgeving, de Amerikaanse Sherman Act van 1890.[194]

Mededingingsrecht wordt reeds lange tijd beïnvloed door een constante toename van het gebruik van economische theorie.[195] Dit rechtsgebied vertoont dan ook een cyclische beweging. Naarmate de economische theorieën wijzigen veranderen de regels langzamerhand mee in de zin dat het belang van de theorieën in de besluitvorming toeneemt of afneemt.[196]

Economische argumentatie lijkt in de Verenigde Staten lange tijd een belangrijker rol te hebben gespeeld dan in het Europees mededingingsrecht. Nadat de zogenaamde 'Harvard School' de basisinzichten van de industriële economie (in de Verenigde Staten aangeduid als industriële organisatie) in het 'marktstructuur-marktgedrag-marktresultaat' paradigma had omschreven en de samenhang tussen deze drie variabelen meende te kunnen verklaren, had dit samen met het nieuwe mededingingsstreven van '*workable competition*' een duidelijke toename van de invloed van mededingingstheorie op het mededingingsbeleid en het mededingingsrecht ten gevolg.[197] Deze ontwikkeling verplaatste zich uiteraard ook naar de Amerikaanse rechtszaal.[198]

b. Europese Unie

In het Europees mededingingsrecht worden economische analyses ook van steeds groter belang.

---

193 McChesney 1998, p. xi.
194 Van den Bergh 1997, p. 7.
195 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 54-104.
196 Van den Bergh 1997, p. 7-8.
197 Van den Bergh 1997, p. 8; Clark 1940, p. 241-256; Kaysen & Turner 1959, p. 82 e.v.; Scherer & Ross 1990.
198 De toenmalige *Chief Justice* van het *U.S. Supreme Court* Earl Warren werd ook het boegbeeld van de *Harvard School* benadering van het mededingingsrecht (althans de rechtspraak van de periode voor de opkomst van de Chicago School).

> 'We are increasingly confronted with the need to investigate complex cases, which require in-depth fact finding and rigorous economic and/or econometric analyses. The CFI Judgements confirm this need. We are therefore discussing measures aimed at further strengthening the economic expertise capabilities of the Competition DG. (…) an increases economic approach in the interpretation of our rules was indeed, one of my main objectives when I took on my new responsibilities.'

Deze woorden sprak Mario Monti, de voorganger van Neelie Kroes als commissaris voor het mededingingsbeleid, in 2002 op een conferentie in New York.[199] Uit dit citaat van Monti blijkt al dat economische analyses (inclusief de econometrie) van steeds groter belang worden bij de toepassing van het Europees mededingingsrecht. De beginselen van de economische wetenschap vormen dan ook de basis van de wetgeving op het gebied van marktordening, concurrentie en welvaart.[200] Mededingingstheorie, mededingingspolitiek en mededingingsrecht zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden.[201]

De Europese Commissie heeft in de beginperiode het economisch denken proberen te scheiden van het nemen van (juridische) beslissingen. Het HvJ EG heeft in 1969 echter al in het arrest *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt* aangegeven dat een gebrek aan economische analyse de funderingen van het mededingingsrecht kan ondermijnen.[202] Langzamerhand lijkt ook in de oude wereld het besef door te dringen dat de inbreng van economisch deskundigen van doorslaggevend belang kan zijn bij de bewijsvoering in mededingingszaken. Economisch deskundigen kunnen in mededingingszaken van belang zijn voor bijvoorbeeld het bepalen van marktdefinities, het berekenen van economische schade, de vaststelling van toetredingsbarrières, het berekenen van welvaart en consumentensurplus, '*predation'* en het simuleren van fusies ('*market investor principle*', redelijk rendement, netwerkexternaliteiten).

Een goed voorbeeld waaruit blijkt dat de Commissie er steeds meer van doordrongen is dat economische analyses in het mededingingsrecht van aanzienlijk belang kunnen zijn, is de Bekendmaking van de Commissie over de afbakening van de relevante markt.[203] Zie § 2.3.4.2. Tevens kan gedacht worden aan de versoepeling van het beleid inzake verticale overeenkomsten.[204] Dit zijn overeenkomsten tussen ondernemingen die in verschillende

199 Monti 2002.
200 Velthuijsen 2003.
201 Van den Bergh 1997, p. 7
202 HvJ EG 13 februari 1969, zaak 14/68 *(Walt Wilhelm)*, *Jur.* 1969, p. 1. Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 12. Zie voor het gebruik van een economische analyse bijvoorbeeld ook HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359 (een geval van *predatory pricing*).
203 Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5.
204 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen d.d. 13 oktober 2000, *PbEG* 2000, C 291/1. Zie ook Verordening 2790/1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag

stadia van de productie- of distributieketen werkzaam zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder bepaalde producten of diensten kunnen worden gekocht, verkocht en/of doorverkocht. Zie ook de bespreking in § 2.3.3.2 sub e. Denk bijvoorbeeld aan exclusieve afname overeenkomsten, alleenverkoopovereenkomsten, franchiseovereenkomsten en selectieve distributie. Onder de nieuwe economische oriëntatie van de Commissie is het beleid inzake verticale overeenkomsten duidelijk versoepeld (uitzondering waren de verhoudingsgewijs soepele regels betreffende *franchising*). De aanstelling van een *Chief Economist* bij de Commissie lijkt ook te duiden op een toenemend belang van economische analyses.

9.5.4.3 Efficiëntie versus rechtszekerheid

Het is goed verdedigbaar dat een integratie van mededingingsrecht en industriële economie van belang is voor een goed functionerend mededingingsrecht. Onder juristen valt echter veelvuldig de klacht te horen dat economen alleen maar aan efficiëntie denken en aan de rechtszekerheid te weinig belang hechten. Deze zorg is begrijpelijk. De vraag of bepaalde gedragingen van ondernemingen wel of niet toelaatbaar zijn moet duidelijk beantwoord kunnen worden. In het geval er onduidelijk bestaat over de wel of niet toelaatbaarheid van bepaalde gedragingen ontstaat te veel onzekerheid voor de ondernemingen op de markt.

Niet vergeten moet echter worden dat ook onder het huidige juridische regime rechtszekerheid in de zin van volledige afwezigheid van onzekerheid een utopie is. Zo blijft de afbakening van de relevante markt een moeilijk punt. Het is de vraag of relatief eenvoudige regels gebaseerd op marktaandelen de gulden middenweg vormen tussen de economische benadering die op efficiëntie is gericht en de juridische benadering die op rechtszekerheid is gericht.[205] Uit economisch onderzoek blijkt dat het marktaandeel geen sluitend criterium is voor het beoordelen van de ernst van concurrentieverstoringen.[206] Marktaandelen laten volgens de laatste economische inzichten geen rechtstreekse evaluatie van marktmacht toe en bieden daarom geen betrouwbaar economisch houvast.[207]

Aan de andere kant is het zo dat economische theorieën niet de enige uitgangspunten kunnen zijn bij het voeren van mededingingsbeleid. Zo wijst de Commissie, naast het gebrek aan rechtszekerheid, ook op het feit dat een

---

op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L 336/21.

205 Zie hiervoor Van den Bergh 2003, p. 19.

206 Zie bijvoorbeeld Van den Bergh 2003, p. 19.

207 Zie bijvoorbeeld Van den Bergh 2003, p. 12; Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 122 e.v., p. 148.

grondige evaluatie van elk geval afzonderlijk reeds teveel middelen zal vergen.[208] Daarnaast is het zo dat economische argumenten niet automatisch juridische argumenten vormen. Zo noemt Van den Bergh bijvoorbeeld het strikte verbod van verticale (minimum)prijsbinding. Dit verbod valt niet te rijmen met de economische inzichten. Er kunnen dan ook vraagtekens worden gesteld bij de verboden die gelden zonder dat een analyse van de werkelijke effecten is gemaakt.[209] Anderzijds kan een analyse van de werkelijke effecten kostbaar en tijdrovend zijn. Bij de afweging tussen economische efficiëntie, inzet van middelen, tijd en rechtszekerheid dient geaccepteerd te worden dat de juridische werkelijkheid niet altijd zal overeenkomen met de economische werkelijkheid.

9.5.4.4 Economische deskundigheid in de rechtszaal

Naast deze rol van economen in de ontwikkeling van het mededingingsrecht is ook de rol van economen in de rechtszaal van groter belang aan het worden.[210] Met het meer op economische analyses gerichte mededingingsbeleid van de Commissie, het GvEA en het HvJ EG lijkt de inzet van economische deskundigheid in de nationale rechtspleging van steeds wezenlijker belang te worden voor een goede toepassing van het mededingingsrecht.[211] De functies die zij bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht in de rechtszaal vervullen verschillen. Schadeberekening is een van die functies. Hoeveel schade heeft de gedupeerde partij geleden door het verboden mededingingsbeperkend gedrag van de andere partij? Een andere taak is de vaststelling van de aansprakelijkheid op grond van het mededingingsrecht zelf, denk daarbij aan het bepalen van marktdefinities en de vaststelling van toetredingsbarrières. Tevens kan gedacht worden aan het berekenen van welvaart en consumentensurplus en het berekenen van economische schade.

Een marktanalyse is in het mededingingsrecht in twee situaties noodzakelijk.[212] De eerste situatie wordt gevormd door kartelzaken in de zin van artikel 81 EG en 6 Mw, waarbij afspraken zijn gemaakt of gedragingen plaatsvinden die op zichzelf niet tot doel hebben de mededinging te beperken, maar die wel als onbedoeld gevolg kunnen hebben dat de mededinging wordt

208 Groenboek *Verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie*, 22 januari 1997, COM/96/0721 final, nr. 13.

209 Zie ook Van den Bergh 2003, p. 12; Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 204-246.

210 Er bestaan een aantal tijdschriften die aandacht besteden aan de forensische economie. Bekende tijdschriften zijn onder meer: *Journal of Competition Law and Economics, Global Competition Law Review* en *Journal of Forensic Economics* (uitgegeven door de Amerikaanse *National Association of Forensic Economics* (NAFE)).

211 Zie bijvoorbeeld GvEA EG 6 juni 2002, zaak T-342/99 *(Airtours)*, *Jur.* 2002, p. II-2585.

212 Zie ook VerLoren van Themaat 2002, p. 65

beperkt (zie § 2.2.3.2 (e)).[213] De tweede situatie wordt gevormd door zaken betreffende de beoordeling of er al dan niet misbruik van een economische machtspositie wordt gemaakt in de zin van artikel 82 EG en 24 Mw. Alleen al de vaststelling van het marktaandeel en daarmee de afbakening van de relevante geografische markt en productmarkt of dienstenmark eisen kennis van belangrijke economische vraagstukken. Een marktanalyse (in ieder geval een marktdefinitie) is dan noodzakelijk. Aan de marktanalyse dienen volgens het HvJ EG hoge eisen te worden gesteld.[214]

Onder het nieuwe regime van Verordening 2003/1 is van een systeem waarin ontheffingen op basis van artikel 81 lid 3 werden aangevraagd bij de Commissie, overgestapt naar een systeem van de wettelijke uitzondering op het verbod, de zogenaamde *exception légale*. De nationale rechters (en nationale mededingingsautoriteiten en de Europese Commissie) moeten kunnen beoordelen of voldaan is aan de voorwaarden van de wettelijke uitzondering zoals beschreven in het derde lid van artikel 81 EG (zie § 2.3.3.4). In het verleden werd de beoordeling van ontheffingen vaak gezien als een discretionaire afweging met behulp van economische criteria.[215] De Commissie leek daartoe beter uitgerust te zijn dan de nationale rechters. Niettemin moeten de nationale rechters nu zelf economische analyses gaan toepassen en inschattingen van het beleid gaan maken.[216]

De nationale rechter (in Europeesrechtelijk verband de decentrale Europese rechter) zal om moeten kunnen gaan met de bewijswaarde van statistisch materiaal en empirische studies. De rechter zal conclusies uit economische theorieën op waarde moeten kunnen schatten. Hij zal goed gefundeerd economisch onderzoek moeten kunnen onderscheiden van wat in de literatuur *'junk science'* wordt genoemd, het minder goed gefundeerd of slecht onderzoek.[217]

De rechter in mededingingszaken zal er niet aan kunnen ontkomen soms gebruik te moeten maken van economische theorieën en econometrisch bewijsmateriaal. Wat dit betreft was Oliver Wendell Holmes Jr. zijn tijd ver vooruit toen hij in 1897 in *Harvard Law Review* schreef:

---

213 Zie ook VerLoren van Themaat 2002, p. 65. VerLoren van Themaat geeft als voorbeeld een joint venture- of distributieovereenkomst die ziet op het efficiënt en succesvol op de markt brengen van een bepaald product. Als duidelijk is dat de overeenkomst alleen is gesloten omdat partijen de zekerheid hebben gekregen dat zij op exclusieve basis met elkaar zouden gaan samenwerken dient de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval te onderzoeken of er mededingingsbeperkende effecten optreden. Bij de omstandigheden van het geval valt te denken aan de omvang van de marktaandelen en de aanwezigheid van netwerken van parallele overeenkomsten.

214 HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935.

215 Van den Bergh 2003, p. 10.

216 Van den Bergh 2003, p. 10.

217 Van den Bergh 2003, p. 12.

> 'For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.'[218]

De inzet van economische expertise kan dan ook zeer nuttig zijn bij de oplossing van een mededingingsrechtelijk geschil. De jurist, die gewend is deductief-analogisch te denken, dient open te staan voor economische inzichten en econometrisch bewijsmateriaal. Dit behoeft niet zo ver te gaan dat de rechter zich de economie en de econometrie volledig eigen hoeft te maken.

De Brauw verwoordde het reeds in 1931 tijdens een interventie voor de Nederlandse Juristen-Vereniging (NJV) op treffende wijze als volgt:

> 'Men behoeft niet een cursus in de veeartsenijkunde door te maken, omdat men wel eens met de verborgen gebreken van een koe te maken kan hebben. Men moet zich daarin niet specialiseren.'[219]

De rechter zal, om de deskundige goed te kunnen aansturen en diens rapport op waarde te kunnen schatten, toch enige kennis van het betreffende vakgebied moeten hebben. Het feit dat hij die kennis niet heeft is nu echter juist de reden om een deskundige in te schakelen. De (kennis)paradox is, dat wie een deskundige echt goed wil begrijpen, eigenlijk geen deskundige meer nodig heeft. Het blijft dan ook een kwestie van behelpen.[220] De rechter zal bij de inzet van economische expertise bij voorkeur moeten kunnen omgaan met economisch en econometrisch bewijsmateriaal en economische en econometrische gegevens op waarde kunnen schatten. Hij moet weten welke conclusies uit economische theorieën kunnen worden afgeleid en hoe de bewijswaarde van empirische studies en statistisch materiaal moet worden beoordeeld.[221] De rechter hoeft, om te spreken in de woorden van Oliver Wendell Holmes Jr., geen '*man of statistics and master of economics*' te zijn, maar enige basiskennis over de economische achtergronden van het mededingingsrecht kan voor de '*black-letter man*' geen kwaad. In mededingingszaken kan het begrijpen van een deskundigenadvies van een econoom of econometrist van belang zijn voor het oplossen van een geschil.

Een argument dat nog een rol kan spelen voor de rechter om economische en econometrische gegevens op waarde te kunnen schatten vormt het feit dat de rechter verantwoordelijk is voor zijn eigen uitspraak.[222] De rol die niet-juridisch deskundigen (bijvoorbeeld economen/econometristen) bij de uiteindelijke uitkomst van het proces hebben gespeeld kan aanzienlijk zijn, maar de uiteindelijke uitspraak is en blijft de verantwoordelijkheid van de rechter. Het

218 Holmes 1897, p. 469.
219 De Brauw 1931, p. 151-152.
220 De Groot & Akkermans 2007, p. 501.
221 Van den Bergh 2003, p. 10.
222 Zie Nijboer 1999, p. 16.

zonder meer aanvaarden van de resultaten die niet-juridisch deskundigen aandragen is daarom niet verstandig. In de nu volgende § 9.5.5 en § 9.5.6 ga ik uitgebreider in op vraag welke eisen aan de (economisch) deskundige moeten worden gesteld en hoe de deskundigheid van de deskundige door de rechter en procespartijen kan worden beoordeeld.

9.5.5 Amerikaans mededingingsrecht en de eisen aan de economisch deskundige

9.5.5.1 Inleiding

In de Verenigde Staten van Amerika is de aandacht voor de economisch deskundige in mededingingszaken reeds lange tijd aanwezig. Ondanks de verschillen die bestaan tussen de situatie in de Verenigde Staten en Nederland, kunnen de in de Verenigde Staten geldende regels en jurisprudentie instructief zijn voor de wijze waarop in Nederland en Europa dient te worden omgegaan met deskundigenbewijs. In deze paragraaf (§ 9.5.5) behandel ik een aantal in de Amerikaanse rechtspraak ontwikkelde gezichtspunten die de Nederlandse rechter en procespartijen behulpzaam kunnen zijn bij de waardering van deskundigenbewijs. Bij deze bespreking is het wel van belang te beseffen dat de rechtsverhouding tussen partijen, rechter en deskundige in de Verenigde Staten over het algemeen een wat ander karakter heeft dan op het continent.[223] Deskundigenbewijs kan in de Verenigde Staten veel meer dan in Europa in de context van een partijstandpunt staan. Zo is het in veel gerechten mogelijk dat een partij zichzelf als deskundige kan doen horen.[224]

In de Verenigde Staten is de inzet van economische expertise in de afgelopen dertig jaar sterk toegenomen.[225] Keerpunt van deze toegenomen inzet van economisch deskundigen in de rechtspleging is dat de economisch deskundige meer bezig is met het procesbelang van de partij waarvoor hij of zij is ingezet dan met de wetenschappelijke 'waarheid'. Reeds in 1984 verscheen voor de *American Bar Association* een werk van Greenfield en Olinsky getiteld '*The Use of Economists in Antitrust Litigation*'.[226] In literatuur en praktijk is duidelijk het besef aanwezig dat '*the opinion testimony of expert economists*' in antitrustzaken vaak het verschil tussen winst en verlies uitmaken.[227] Het bewijs in bijna alle mededingingszaken is afhankelijk van economisch-deskundigen. Zo werd in Arkansas in juni 1998 door 21 onafhankelijke scheepsbouwers een anti-trust zaak gewonnen tegen Brunswick Corporation, een fabrikant

223 De Groot 2008, p. 29.
224 De Groot 2008, p. 214.
225 Zie ook McChesney 1998, p. xii.
226 Greenfield & Olinsky 1984.
227 Zie bijvoorbeeld Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 1.

en verkoper van binnenboordmotoren voor motorboten. Er werd een bedrag van 140 miljoen dollar toegewezen aan de 21 onafhankelijke bootbouwers. De advocaten van de 21 onafhankelijke bootbouwers hadden de zaak voornamelijk gefundeerd op een verklaring van een hoogleraar economie van Stanford University (Larry Lessig). Deze deskundige was van mening dat Brunswick een marktaandeel van 78 % had en betrokken was bij mededingingsbeperkend gedrag. De toegenomen marktmacht die Brunswick had verkregen door het opkopen van twee bootbouwers werd gebruikt om de handel te beperken. Uiteindelijk gevolg was dat Brunswick meer kon vragen voor de motoren dan onder normale omstandigheden het geval zou zijn geweest. In hoger beroep vernietigde de rechter het vonnis van de federale rechtbank, voornamelijk wegens het feit dat de verklaring van de hoogleraar nooit had mogen worden toegelaten omdat de deskundige relevante gegevens (data) en publicaties veronachtzaamde.[228] Een voorbeeld van een zaak waarin de verklaring van een deskundige uiteindelijk het verschil kan uitmaken tussen 140 miljoen dollar of helemaal niets.

9.5.5.2 Uitsluitingsregels

Bij de vraag of de expertise van een deskundige toelaatbaar is, spelen traditioneel gezien de volgende ongeschreven uitsluitingsregels een rol: de *common knowledge rule*, de *field of expertise rule*, de *ultimate issue rule* en de *basis rule*.[229] Het ontstaan van deze uitsluitingsregels wordt wel verklaard door de juryrechtspraak in het Anglo-Amerikaanse recht.[230] De vermeende beperkte capaciteiten van juryleden om onderscheid te kunnen maken tussen betrouwbaar (deskundigen)bewijs en onbetrouwbaar (deskundigen)bewijs speelt hierbij een rol.

a. De 'common knowledge rule'

Met de *common knowledge rule* wordt bedoeld dat kennis die algemeen bekend mag worden, geen toelichting door een deskundige behoeft. Dergelijke kennis hoeft dan ook niet door een deskundige in het geding te worden gebracht.[231] Bij de *common knowledge rule* kan zich het gevaar voordoen dat rechters en een eventuele jury gevoelig kunnen zijn voor vooroordelen en misverstanden. Broeders wijst in zijn dissertatie terecht op het feit dat wat 'iedereen' weet

228 The econoom gebruikte een economisch model 'to construct a hypothetical market which was not grounded in the economic reality of the stern drive engine market, for it ignored inconvenient evidence', aldus Judge Diana Murphy in *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000). 'Even a theory that might meet certain Daubert factors should not be admitted if it does not ally to the specific facts of the case' (citaat uit *Kumho*).

229 Broeders 2003, p. 38 e.v.; Freckelton 1987, p. 18.

230 Meintjes-Van der Walt 2001, p. 147; Broeders 2003, p. 38.

231 Vgl. in Engeland de zaak *R. v. Turner* (1975) I QB 834 841.

niet per definitie juist is.[232] Daarbij wijst hij ook op het feit dat het menselijk vermogen tot logisch redeneren niet altijd sterk is ontwikkeld. In een mededingingsprocedure kan daarbij ook gedacht worden aan 'ongecijferdheid' of het onvermogen om met getallen om te gaan.[233]

b. De 'field of expertise rule'

Bij de *field of expertise rule* gaat het om het feit dat de deskundigheid van de expert valt te relateren aan een bepaald deskundigheidsgebied. Zo wijst Broeders op het feit dat niet altijd duidelijk is of de expertise waarover de deskundige zegt te beschikken als zodanig kan worden aangemerkt en of de deskundige de expertise in voldoende mate bezit.[234] Denk aan methoden en technieken die nieuw zijn, onbekend zijn of waarvan de waarde nog niet is aangetoond.

c. De 'ultimate issue rule'

De *ultimate issue rule* is bedoeld om te voorkomen dat de deskundige op de stoel van de rechter of jury gaat zitten. Voorkomen moet worden dat de deskundige een antwoord geeft op de centrale vraag. In strafzaken zal het dan gaan om de vraag of de verdachte heeft gedaan of nagelaten wat hem ten laste wordt gelegd. Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal het veelal gaan om de vraag of er sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad als gevolg van een schending van het mededingingsrecht. Regel 704 van de *Federal Rules of Evidence* lijkt de *ultimate issue rule* af te schaffen. Regel 704 luidt:

> '(a) Except as provides in subdivision (b), testimony in the form of an opinion or inference otherwise admissible is not objectionable because it embraces an ultimate issue to be decides by the trier of fact.'

d. De 'basis rule'

De strekking van de *basis rule* houdt in dat duidelijk moet zijn waarop de deskundige zijn mening baseert. De deskundige behoort de rechter zoveel mogelijk inzicht te geven in de vraag wat het eigen werk van de deskundige is en wat het aandeel van derden in de totstandkoming van zijn of haar conclusies is. De deskundige moet zijn of haar bronnen dan ook expliciet vermelden.[235] Vergelijk het in de Verenigde Staten ook in het civiele recht

232 Broeders 2003, p. 39.
233 Broeders 2003, p. 39.
234 Broeders 2003, p. 41-42.
235 Broeders, 2003, p. 49-50. Vgl. het in de Verenigde Staten geldende verbod op *hearsay evidence*, dat niet alleen voor getuigen geldt, maar ook voor deskundigen.

geldende verbod op *hearsay evidence*, dat niet alleen voor getuigen geldt, maar ook voor deskundigen.[236]

9.5.5.3 Uitsluiting van deskundigenbewijs wegens onbetrouwbaarheid

De uitspraak *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.* van het *U.S. Supreme Court* heeft veel invloed gehad op de inzet van economisch deskundigen in mededingingszaken.[237] In *Daubert* worden een aantal criteria gegeven onder welke omstandigheden een *District Court* een *economic testimony* kan uitsluiten wegens onbetrouwbaarheid (*unreliable economic testimony*). De *Daubert*-uitspraak geeft de rechter een instrument in handen waarmee de betrouwbaarheid en daarmee de toelaatbaarheid van wetenschappelijk bewijs kan worden getoetst. Met behulp van *Daubert* kan de rechter zijn taak als poortwachter uitvoeren, waardoor voorkomen wordt dat ondeugdelijk bewijs de jury kan bereiken.[238] Een dergelijk instrument bestond voor de *Daubert*-beslissing ook reeds op grond van *rule* 702 van de *Federal Rules of Evidence*, welke regel kan worden gezien als een modificatie van de tot 1975 geldende jurisprudentie zoals gevormd in *Frye*.[239]

In de *Daubert*-zaak stellen twee minderjarige kinderen en hun ouders een actie in tegen Merrell Dow Pharmaceuticals. Merrell Dow Pharmaceuticals had Bendectin, een geneesmiddel tegen misselijkheid, op de markt gebracht. De kinderen hebben serieuze geboorteafwijkingen over gehouden als gevolg van het feit dat de moeder prenataal het geneesmiddel Bendectin heeft gebruikt. Het District Court wijst de vordering af op grond van de beëdigde verklaring van een deskundige, die op grond van de uitgebreide wetenschappelijke literatuur concludeert dat het gebruik door de moeder van Bendectin geen risicofactor vormt voor geboorteafwijkingen. Hoewel eisers reageren door de inzet van acht andere 'well-credentialed' deskundigen die hun conclusie dat Bendectin wel geboorteafwijkingen kan veroorzaken baseren op dierenproeven, analyses van chemische structuren (chemical structure analyses) en ongepubliceerde heranalyses van eerder gepubliceerde menselijke statistische studies, oordeelt de rechter dat dit bewijs niet voldoet aan het criterium om als deskundigenbewijs te worden toegelaten. Er wordt niet voldaan aan de 'algemene acceptatie' standaard voor de toelaatbaarheid van een deskundigenverklaring. In hoger beroep wordt deze weigering bevestigd op grond van de uitspraak *Frye v. United States*.[240] In deze uitspraak werd de regel geformu-

236 Vgl. rule 802 van de *Federal Rules of Evidence*: 'Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress.' In Engeland is de *hearsay*-regel in het privaatrecht afgeschaft.

237 *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.*, U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993).

238 Broeders 2003, p. 51.

239 *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 47, 293 F. 1013 (1923).

240 *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 47, 293 F. 1013, 1014 (1923).

leerd dat de verklaring van een deskundige (de vertaling van *expert testimony* als getuige-verklaring mist de finesses van de verschillen tussen de *Common Law* en de continentale rechtsculturen),[241] die gebaseerd is op wetenschappelijke techniek, toelaatbaar is zolang de techniek die gebruikt wordt in de relevante wetenschappelijke gemeenschap maar algemeen geaccepteerd is als betrouwbaar.[242] Uiteindelijk gaat de *Daubert*-zaak naar het *U.S. Supreme Court*.

Het *U.S. Supreme Court* overwoog in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical* dat de adoptie van de *Federal Rules of Evidence*, in dit geval in het bijzonder artikel 702, de *Frye* test heeft vervangen. De basisregel wordt gevormd door artikel 402 van de *Federal Rules of Evidence*:

> 'All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible.'

Relevant bewijs wordt in artikel 401 van de *Federal Rules of Evidence* gedefinieerd als datgene wat heeft

> 'any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence.'

In de uitspraak *US v. Abel* (U.S. 45 (1984)) bepaalde het *U.S. Supreme Court* dat de *Federal Rules of Evidence* de plaats innemen van de *common law* regels inzake bewijs. Wel moet daarbij bedacht worden dat bij de interpretatie van de *Federal Rules of Evidence* de *common law* regels inzake bewijs een rol kunnen blijven spelen.[243] *Rule* 702 (*Testimony by Experts*) luidt als volgt:

> 'If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case. (As amended Apr. 17, 2000, eff. Dec. 1, 2000.)'

Een verklaring van een deskundige is volgens het *U.S. Supreme Court* in *Daubert* toelaatbaar als de deskundige voldoende gekwalificeerd is, als de deskundige

---

241 Zie Nijboer 1997, p. 261.

242 *Frye v. United States*, 54 App. D.C. at 47, 293 F. at 1014 (1923). Zie de opinie van Justice Blackmun in de zaak *Daubert*.

243 Zie de opinie van Justice Blackmun, meerderheidsopinie van het *U.S. Supreme Court*, in de zaak *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.*, U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993).

een betrouwbare methode heeft gebruikt om tot zijn oordeel te komen en als het oordeel van de deskundige relevant is voor de vragen die spelen. Het moet volgens *rule* 702 van de *Federal Rules of Evidence* gaan om *'scientific, technical, or other specialized knowledge'* en die kennis moet bovendien *'assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue'*. Verklaringen van deskundigen die niet relevant zijn voor de oplossing van het geschil worden op deze manier terzijde geschoven. '*Scientific*' impliceert volgend het *U.S. Supreme Court* een onderbouwing in de methoden en procedures van de wetenschap.[244] '*Knowledge*' impliceert naar mening van het *U.S. Supreme Court* meer dan enkel subjectief geloof of niet ondersteunde speculatie.[245]

In *Daubert* heeft het *U.S. Supreme Court* vier gezichtspunten gegeven aan de hand waarvan de rechter (*trial judge*) bij aanvang kan beoordelen of de verklaring van de deskundige moet worden toegelaten.

1 Is de theorie of techniek getest of kan de theorie of techniek worden getest?[246]

'Scientific methodology today is based on generating hypotheses and testing them to see if they can be falsified; indeed, this methodology is what distinguishes science from other fields of human inquiry', aldus Michael D. Green, in de opinie van het *U.S. Supreme Court* geciteerd door Justice Blackmun.[247] De wetenschapsfilosoof Karl R. Popper wordt ook door het *U.S. Supreme Court* gebruikt om de definitie van wetenschappelijke status van een theorie te ontlenen: *'The criterion of the scientific status of a theorie is its falsifiability, or refutability, or testability'*.[248]

2 Is de theorie of techniek die wordt gebruikt door de deskundige onderworpen aan een zorgvuldig overwogen beoordeling van collega-deskundigen (*peer review*).[249]

Publicatie staat echter niet in een *sine qua non*-verband met toelaatbaarheid aldus in terechte zin het *U.S. Supreme Court*. Het is echter ook mogelijk dat

244 'The adjective "scientific" implies a grounding in the methods and procedures of science', aldus Justice Blackmun.
245 'Similarly, the word "knowledge" connotes more than subjective belief or unsupported speculation', aldus Justice Blackmun.
246 'Ordinarily, a key question to be answered in determining whether a theory or technique is scientific knowledge that will assist the trier of fact will be whether it can be (and has been) tested.'
247 Green 1992, p. 645.
248 Popper 1989, p. 37.
249 'Another pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication.'

een goed gefundeerde maar innovatieve theorie niet gepubliceerd wordt.[250] Sommige beweringen zijn ook te nieuw, te uitzonderlijk of er bestaat te weinig belangstelling voor om te worden gepubliceerd. Onderwerping van de theorie of techniek aan de kritische blik van de wetenschappelijke wereld is en blijft echter een element van betrouwbaar onderzoek omdat het de waarschijnlijkheid dat aanzienlijke fouten in de gebruikte methodologie worden ontdekt, doet toenemen.

3 Heeft de techniek een bekende of potentiële foutmarge?[251] Bestaan er maatstaven die de werkzaamheid van de techniek controleren en worden die gehandhaafd?

4 Is de theorie of techniek die wordt gebruikt algemeen geaccepteerd in de relevante wetenschappelijke gemeenschap?

Als de theorie of techniek geaccepteerd is in een groot deel van de wetenschappelijke gemeenschap, kan dat een belangrijke aanwijzing zijn om het bewijs toelaatbaar te achten. Tegelijkertijd kan een theorie of techniek die maar op een zeer kleine acceptatie in de desbetreffende wetenschappelijke gemeenschap kan rekenen kritisch worden bekeken.[252]

9.5.5.4 Methodologische tekortkomingen en aanbevelingen

De *District Courts* wagen zich tegenwoordig aan een beoordeling van de gebruikte economische methodologie. In het geval de methodologie niet beantwoordt aan de daaraan te stellen eisen, kan dat een grond vormen om de verklaring van een getuige-deskundige uit te sluiten. Voorbeelden van methodologische tekortkomingen zijn onder andere het niet verzamelen of gebruiken van marktgegevens, het negeren van alternatieve hypothesen en verklaringen voor marktomstandigheden, het toepassen van de regels op een te mechanische manier, het toepassen van een geaccepteerde methode op een

250 Zie het ook in de uitspraak aangehaalde werk van Horrobin 1990, p. 1438-1441.

251 'Additionally, in the case of a particular scientific technique, the court ordinarily should consider the known or potential rate of error (…), and the existence and maintenance of standards controlling the technique's operation.' Zie bijvoorbeeld de in *Daubert v. Merrell dow Pharmaceuticals* door Justice Blackmun genoemde zaak *United States v. Smith*, 869 F. 2d 348, 353-354 (CA7 1989) en *United States v. Williams*, 583 F. 2d 1194, 1198 (CA2 1978), cert. denied, 439 U.S. 1117 (1979).

252 'Finally, "general acceptance" can yet have a bearing on the inquiry. A reliability assessment does not require, although it does permit, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a particular degree of acceptance within that community.' *United States v. Downing*, 753 F. 2d, 1238 (3d Cir.1985). 'Widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and "a known technique that has been able to attract only minimal support within the community," *Downing*, supra, at 1238, may properly be viewed with skepticism.'

niet acceptabele manier of op een manier die niet is onderworpen aan commentaar en *peer review*, het niet goed definiëren van belangrijke factoren zoals de afbakening van de relevante markt, het verdedigen van bepaalde aannames die niet consistent zijn met het bewijs of met de economische realiteit van een bepaalde markt en het ontbreken van wetenschappelijke publicaties of het ontbreken van ervaring met het optreden als forensisch deskundige op een bepaald gebied.[253]

Badal, Slizewski & Kinrich doen op basis van hun onderzoek een aantal nuttige aanbevelingen om het gevaar van uitsluiting van de economische expert zoveel mogelijk te verkleinen.[254] De eerste aanbeveling ziet op het feit dat een economisch deskundige dient te worden ingezet met academische en professionele ervaring op het gebied waar een vraag over speelt in de mededingingszaak. Niet elke econoom is geschikt om als deskundige op te treden in een zaak betreffende het mededingingrecht. Net zoals de arts of jurist zijn specifieke deskundigheid heeft, geldt dit ook voor de econoom. Badal, Slizewski & Kinrich raden dan ook aan om een deskundige te kiezen die voldoende academische en relevante professionele ervaring heeft in de te onderzoeken branche en in de taak die hij voor de rechter uitvoert.

De tweede aanbeveling ziet op het feit dat er verschil bestaat tussen een aansprakelijkheidsdeskundige en een schadedeskundige. Bij schadevergoedingsacties op grond van het mededingingsrecht maken Badal, Slizewski & Kinrich een onderscheid tussen de aansprakelijkheidsfase en de schadevergoedingsfase. De eventuele deskundige die wordt ingezet in de aansprakelijkheidsfase behoeft niet dezelfde te zijn als de deskundige die wordt ingezet in de schadevergoedingsfase. Een deskundige die wordt ingezet in de aansprakelijkheidsfase moet expert zijn op het gebied van de economische theorie en literatuur inzake de mededinging. De deskundige die wordt ingezet in de schadevergoedingsfase zal expert moeten zijn op het gebied van de berekening van geleden schade. De schade-expert zal vaak geen econoom zijn maar een accountant of financieel analist.[255] De expert op het ene gebied zal vaak niet tevens expert zijn op het andere gebied. De ervaring in de Verenigde Staten leert dat het beter kan zijn twee verschillende deskundigen in te schakelen in een procedure waarbij op grond van schending van het mededingingsrecht schadevergoeding wordt gevorderd. Een op het gebied van de vestiging van de aansprakelijkheid en een op het gebied van de vergoeding van geleden schade.

De derde aanbeveling ziet op het feit dat de economische expert zijn werk onafhankelijk doet. Het is van belang dat de deskundige belangrijke feiten, waaronder marktgedrag van ondernemingen, niet zomaar aanneemt, maar daadwerkelijk (onafhankelijk) onderzoekt en controleert. Badal, Slizewski &

253 Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 5.
254 Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 6.
255 Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 6.

Kinrich wijzen tevens op het feit dat te allen tijde moet worden voorkomen dat het deskundigenrapport door de advocaat zelf wordt geschreven. Hoewel dit tamelijk voor de hand lijkt te liggen, is de verleiding bij sommige advocaten groot om het deskundigenadvies naar hun hand te zetten door het rapport zelf te redigeren of zelf te schrijven.

De vierde aanbeveling ziet op het feit dat voldoende tijd en middelen dienen te worden ingezet om de relevante gegevens te verzamelen. Het gebrek aan gegevens betreffende de relevante markt is het punt waarop de deskundige het meest wordt aangevallen in de Verenigde Staten. Hoewel het vergaren van de relevante gegevens duur is (de cliënt kan een gepeperde rekening verwachten, naast de normale advocatenkosten moeten namelijk ook nog eens de kosten voor het onderzoek van de deskundige worden betaald) en veel tijd kan kosten, is het onvermijdelijk om succesvol een actie in te stellen op grond van een schending van het mededingingsrecht.

De vijfde aanbeveling ziet op het vergelijken van de gehanteerde methode en resultaten in de rapportage met de relevante literatuur. Het verdient aanbeveling om, voor zover er relevante literatuur is verschenen op het desbetreffende gebied, te kijken of de betreffende rapportage van de deskundige, inclusief gehanteerde methode en resultaten in overeenstemming zijn met de heersende literatuur. In het geval de rapportage van de deskundige afwijkt van de heersende literatuur, zal dit in ieder geval goed gemotiveerd moeten worden om de afwijking te rechtvaardigen.[256]

De zesde aanbeveling ligt op het terrein van het omgaan met mogelijke problemen. Om de bewijsvoering in een mededingingszaak rond te krijgen is het van belang dat eventuele problemen niet worden genegeerd. De economisch deskundige die optreedt in een procedure betreffende het mededingingsrecht moet eerlijk zijn over de mogelijkheden en beperkingen die zijn of haar methode en gegevens hebben. Wanneer onvoldoende marktgegevens voorhanden zijn, is het beter om kritisch naar het eigen onderzoek te kijken en de rechter ook op de beperkingen van het onderzoek te wijzen. De rechter zal zo eerder geneigd zijn te vertrouwen op relevante informatie die de deskundige naar voren brengt. Badal, Slizewski & Kinrich wijzen daarbij op het feit dat de deskundige die voor de rechter zijn eigen onderzoek niet kritisch evalueert, meer kans loopt om te worden uitgesloten dan de deskundige die zijn onderzoek wel kritisch evalueert.[257]

Hoewel veel van bovenstaande aanbevelingen de bekende open deur intrappen, loopt het in de praktijk vaak fout doordat er niet aan wordt voldaan. Deze conclusie wordt ondersteund door het onderzoek van Badal, Slizewski & Kinrich naar uitspraken van federale rechters in de periode juli 1995 tot

256 Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 7.
257 Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 7.

en met juni 2001.[258] Uit dit onderzoek blijkt een duidelijke trend waarneembaar dat de verklaringen van (economisch) deskundigen door de federale rechters in de Verenigde Staten kritischer worden bekeken dan voorheen. Omslagpunt lijkt de zaak *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael* te zijn die in maart 1999 gewezen werd door het *U.S. Supreme Court*.[259] In de nu volgende paragraaf over de ontwikkelingen na *Daubert* besteed ik enige aandacht aan deze zaak.

9.5.5.5 De ontwikkelingen na Daubert

In *General Electric Co. v. Joiner* en *United States v. Scheffer* wordt de *Daubert*-lijn door het *U.S. Supreme Court* bevestigd.[260] In *General Electric Co. v. Joiner* wordt de poortwachter functie van *rule* 702 nader gepreciseerd. *Chief Justice* Rehnquist stelde dat de methode die door de deskundige wordt gebruikt niet los kan worden gezien van de conclusie die daarmee kan worden bereikt. In geval een te grote afstand ontstaat tussen de data en de conclusie wordt de expertise onbetrouwbaar en als gevolg daarvan ontoelaatbaar. Niet slechts de ondeugdelijkheid van de onderzoeksmethode maar ook de ondeugdelijkheid van conclusies kan tot ontoelaatbaarheid leiden. In *United States v. Scheffer* wordt de *Daubert*-lijn doorgezet en wordt het belang van de rechter als poortwachter bij de beoordeling van de deugdelijkheid en daarmee de toelaatbaarheid van wetenschappelijk bewijs bevestigd.[261]

De zaak *Kumho Tire Co., Ltd. V. Carmichael* is voor de inzet van economische expertise in mededingingszaken het meest van belang. Deze zaak heeft een stimulerend effect gehad op het aantal maal dat in mededingingszaken een beroep is gedaan op *Daubert*. *Daubert* werd voor de *Kumho*-uitspraak weliswaar toegepast op de verklaringen van in de economische wetenschap gespecialiseerde getuigen-deskundigen, maar de verklaring van een getuige-deskundige

258 Een selectie van 19 uitspraken van federale rechterlijke instanties met betrekking tot de toepassing van de *Daubert* uitspraak op 'economic testimony' in antitrust zaken van 5/7/1995 tot en met 25/6/2000). Zie Badal, Slizewski & Kinrich 2001, appendix (Spring 2001, *The Economic Committee Newsletter published by the Antitrust Section of the American Bar Association*).

259 *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S. Ct. 1167, 1171 (1999).

260 *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136, 118 S.Ct. 512 (1997). In *General Electric Co. v. Joiner* stelde Joiner dat de longkanker waaraan hij leed deels veroorzaakt was doordat hij in zijn baan dagelijks was blootgesteld aan PCB's in transformatoren die onder meer door General Electric waren geproduceerd.

261 *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303 (1998). In *United States v. Scheffer* ging het om de vraag of het resultaat van een door de verdachte afgelegde polygraaftoets toelaatbaar was als bewijs. De betrouwbaarheid van de polygraaf was volgens het oordeel van het *U.S. Supreme Court* zodanig omstreden dat het bewijs terecht ontoelaatbaar was verklaard.

werd bijna nooit uitgesloten. Na de *Kumho*-uitspraak lijkt hierin verandering te zijn gekomen.[262]

Het *U.S. Supreme Court* bevestigde in *Kumho* de *Daubert*-uitspraak en voegde daar nog aan toe dat de gezichtspunten die in *Daubert* zijn geformuleerd niet alleen van toepassing zijn op verklaringen van deskundigen die gebaseerd zijn op wetenschappelijke kennis of techniek, maar van toepassing zijn op alle verklaringen van deskundigen (*expert-testimony*) die gebaseerd zijn op technische of andere gespecialiseerde kennis.[263] De rol van de rechter als poortwachter (*gatekeeper*) werd in *Kumho* nog eens benadrukt. Tevens werd de '*abuse of discretion standard*' voor hoger beroep (die reeds eerder in *General Elektric Co. v. Joiner* was gegeven) versterkt.[264] De rechter die de verklaring van een deskundige uitsluit zal alleen worden teruggefloten in hoger beroep als hij duidelijk misbruik maakt van zijn bevoegdheden. Voorts werd door het *U.S. Supreme Court* nog eens benadrukt dat het uiteindelijk de rechter is die moet beslissen of de expertise van de deskundige voldoende is om de jury te assisteren de specifieke vragen in een zaak te beantwoorden.[265]

9.5.5.6 Deelconclusie

Aan de deskundige die voor de federale Amerikaanse rechter moet optreden worden behoorlijk zware eisen gesteld. Het is dan ook zaak dat de advocaat veel aandacht besteedt aan de selectie van de juiste deskundige. De deskundige moet tijdig worden ingeschakeld. Het kijken naar de achtergrond van de deskundige (inclusief publicaties) is geen overbodige luxe. Er dient een economisch deskundige te worden ingezet met academische en professionele ervaring op het gebied waar een vraag over speelt in de mededingingszaak. De juiste kwalificaties voor het kunnen beantwoorden van de voorliggende vragen zijn uiteraard van belang, maar het is eveneens belangrijk om verschil te maken tussen de aansprakelijkheidsdeskundige en de schadedeskundige. De economische expert dient zijn werk ook zo onafhankelijk mogelijk te verrichten. Het is daarbij van belang dat de deskundige belangrijke feiten en gegevens niet zomaar aanneemt, maar daadwerkelijk onderzoekt en controleert. Tevens moet geaccepteerd worden dat de vergaring van relevante gegevens nu eenmaal tijd, energie en geld kost. Er dienen voldoende tijd en middelen te worden ingezet om de relevante gegevens te kunnen verzamelen. Daarnaast is het van belang dat de gehanteerde methode en resultaten in de rapportage worden vergeleken met de relevante literatuur. Zijn die niet in overeenstemming met

---

262 Zie bijvoorbeeld Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 3. De appelinstanties hebben volgens het onderzoek van Badal, Slizewski & Kinrich veel ruimte gegeven aan de lagere instanties om verklaringen van getuigen-deskundigen af te wijzen.

263 Zie ook Badal, Slizewski & Kinrich 2001, p. 2.

264 Zie ook Hechler 2002, p. A20.

265 Zie de opinie van Justice Stephen Breyer (8 tegen 1 meerderheid).

elkaar dan moet er een goede verklaring voor zijn. Het is van belang problemen te onderkennen en niet onder de tafel te schuiven.

In de *Daubert*-uitspraak heeft het *U.S. Supreme Court* vier gezichtspunten geformuleerd aan de hand waarvan de rechter kan toetsen of de verklaring van een deskundige moet worden toegelaten. Zo is het belangrijk om de door de deskundige gebruikte methode (theorie of techniek) vroegtijdig zo goed mogelijk te testen. Tevens is het van belang of de theorie en/of de techniek die door de deskundige wordt gebruikt onderworpen is aan een (positieve) beoordeling van collega-deskundigen. Het bekend zijn met foutmarges en maatstaven die de werkzaamheid van de techniek controleren kan van belang zijn. Evenals de vraag of de theorie of techniek die is gebruikt algemeen geaccepteerd is in de relevante wetenschappelijke gemeenschap.

De gezichtspunten die door het *U.S. Supreme Court* in de *Daubert*-zaak zijn geformuleerd, kunnen ook voor de Nederlandse rechter behulpzaam zijn bij de beoordeling van een verklaring van een deskundige.[266] Zo lijkt de strafkamer van de Hoge Raad in het *orthopedisch schoenmakerarrest* aan te sluiten bij de gezichtspunten zoals die door het *U.S. Supreme Court* zijn geformuleerd in de zaak *Daubert*. De Hoge Raad geeft in dit arrest aan dat de rechter die met deskundigenbewijs wordt geconfronteerd zich rekenschap moet geven of de deskundigheid van de deskundige zich tot het desbetreffende onderzoek uitstrekt en zo ja, volgens welke methode de deskundige het onderzoek heeft uitgevoerd. Verder moet de deskundige aangeven waarom hij deze methode betrouwbaar acht en in hoeverre hij in staat is deze methode vakkundig toe te passen. Wel moet voor ogen worden gehouden dat het in *Daubert* gaat om een vorm van *input*-controle, waarbij de selectie van het deskundigenbewijs aan de poort plaats vindt. In het Nederlandse recht kan eerder worden gesproken van *output*-controle. De verklaring van een deskundige kan als bewijsmiddel een rol spelen in de bewijsbeslissing. Het gebruik van de verklaring van een deskundige als zodanig kan gemotiveerd worden in de uitspraak.[267] Betrouwbaarheid van bewijs is niet zozeer een overweging bij de vraag of het bewijs kan worden toegelaten, maar speelt vooral een rol bij het bepalen van de waarde die er aan moet worden gehecht.[268]

---

266 Zie HR 27 januari 1998, *NJ* 1998, 404 m.nt. JR *(orthopedisch schoenmakerarrest)*. Vgl. HR 14 maart 1989, *NJ* 1989, 747 m.nt. 'tH *(poppenspel-arrest)*.

267 Broeders 2003, p. 51.

268 In Engeland en Wales speelt, hoewel net als in de Verenigde Staten sprake is van juryrechtspraak, de betrouwbaarheid van wetenschappelijk bewijs vooral een rol bij het bepalen van de waarde die aan het onderzoek moet worden gehecht en niet bij de vraag of het bewijs überhaupt kan worden toegelaten. In de Verenigde Staten is dit laatste het geval. Zie Broeders 2003, p. 42 en de daar vermelde literatuur.

9.5.6 Hoe te beoordelen of de (economisch) deskundige deskundig is?

9.5.6.1 Algemeen

Nu deskundigen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht bij de vaststelling van de aansprakelijkheid (op grond van een schending van het mededingingsrecht) en bij het bepalen van de schadeomvang een grote rol kunnen spelen, is de vraag van belang hoe moet worden beoordeeld of de (economisch) deskundige deskundig is. Het aanvechten van een deskundigenbericht van een door de rechter benoemde deskundige of een door partijen gezamenlijk aangevraagd deskundigenbericht is vaak niet eenvoudig nu de lat in de praktijk hoog ligt.[269] De Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen (r.o. 3.6)

> 'alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking dient te nemen en dat hij op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang dient te toetsen of er aanleiding is van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken.'[270]

De rechter neemt in de praktijk het oordeel van de deskundige echter vaak over en behoeft zijn beslissing in het algemeen niet uitgebreider te motiveren dan aan te geven dat het oordeel en de conclusies van de deskundige hem overtuigend voorkomen.[271] Nu het deskundigenbericht veelal de doorslag geeft voor het uiteindelijk oordeel van de rechter, dient sprake te zijn van een deugdelijk deskundigenadvies opgemaakt door een gekwalificeerde deskundige. Er zijn echter niet altijd voldoende bronnen om te onderzoeken wie een goede deskundige op het desbetreffende expertisegebied is.[272] Daar komt bij dat rechters en partijen soms te weinig naar de achtergrond en de ervaring van de deskundige vragen. In dergelijke gevallen kan de rechter te weinig controleren of het deskundigenbericht waarop zijn uitspraak voor een aanzienlijk deel is gebaseerd wel voldoet aan de eisen die daaraan gesteld mogen worden.

9.5.6.2 Kennis, ervaring, vaardigheden en attitude van de deskundige

Naar aanleiding van de gedachten die zijn ontwikkeld omtrent een landelijk register deskundigen, zijn door Van Dijk de aan de deskundige te stellen eisen

---

269 Van Dijk 2007, p. 435.
270 HR 19 oktober 2007, *RvdW* 2007, 887 *(X./Interpolis)*.
271 HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74 *(Nieuw Vredenburg/NHL)*; Van Dijk 2007, p. 435.
272 Van Dijk 2007, p. 435.

onderverdeeld in drie hoofdcategorieën: kennis en ervaring, vaardigheden en attitude.[273]

Bij de categorie kennis en ervaring staat de kennis omtrent het eigen vakgebied voorop. In sommige vakgebieden bestaat een beroepsvereniging die de nodige vakinhoudelijke eisen stelt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij medisch specialisten. De wet kan bij dergelijke beroepsgroepen ook de nodige vakinhoudelijke eisen stellen. Indien er geen door een beroepsvereniging vastgestelde vakinhoudelijke normen bestaan, zoals bij mededingingseconomen naar mijn weten het geval is, is het van groot belang dat de deskundigheid van de deskundige kan worden getoetst. Naast de vakinhoudelijke kennis is ook de forensische kennis van belang. Het rapport dient de civiele (mededingings)zaak ook echt verder te kunnen brengen. De econoom die in mededingingszaken optreedt dient dan ook enige kennis te hebben van de vragen die voor juristen centraal staan en waar juristen een antwoord op willen hebben. Dat het mededingingsrecht niet in overeenstemming is met de visie van een mededingingseconoom is juridisch gezien niet relevant. Tevens dient rekening te worden gehouden met procedurele regels die in acht moeten worden genomen door de deskundige. Te denken valt aan het beginsel van hoor en wederhoor.[274] De 'Leidraad deskundigen in civiele zaken' van de Raad voor de rechtspraak kan hierbij behulpzaam zijn.[275] De laatste tijd worden ook aparte opleidingen verzorgd om de vakinhoudelijke kennis van de deskundige aan te vullen met enige forensische kennis.[276]

Naast kennis en ervaring zal de deskundige die in een civiele (mededingings)zaak wordt gevraagd een deskundigenadvies uit te brengen over een aantal vaardigheden moeten beschikken. Zo dient de deskundige in staat te zijn uit te leggen waarom hij voor de door hem gehanteerde onderzoeksmethoden heeft gekozen. Hij dient voor niet-deskundigen op een begrijpelijke en onderbouwde manier zijn advies te kunnen presenteren. Tevens dient hij op basis van vakinhoudelijke en forensische kennis te kunnen beoordelen of de aan hem voorgelegde vraagstelling duidelijk is en voldoende zinvolle antwoorden kan opleveren voor de beantwoording van de juridische vraag die kan leiden tot de oplossing van het geschil.[277]

Naast kennis, ervaring en vaardigheden dient de deskundige ook over een bepaalde attitude te beschikken. Hij dient zorgvuldig, integer, onafhankelijk en onpartijdig te zijn.[278]

---

273 Van Dijk 2007, p. 436.
274 Van Dijk 2007, p. 436.
275 De Leidraad is te raadplegen op www.rechtspraak.nl.
276 Een dergelijke opleiding (Specialisatie Opleiding Gerechtelijk Deskundige) wordt bijvoorbeeld door de rechtenfaculteit van de Universiteit Leiden verzorgd via het Juridisch Post-Academisch Onderwijs (PAO).
277 Van Dijk 2007, p. 437.
278 Van Dijk 2007, p. 437.

9.5.6.3 Registervorming

In Nederland ontbrak tot nu toe een centraal en voor eenieder toegankelijk register van deskundigen, waar men op basis van objectieve criteria zijn keuze zou kunnen maken. De laatste jaren is echter steeds meer draagvlak ontstaan voor de vorming van een deskundigenregister. Een dergelijk register kan de rechter en procespartijen helpen de kwaliteit van de deskundige te beoordelen. Er zijn reeds enige voorlopers van een dergelijk landelijk deskundigenregister. Voor tolken en vertalers is een wetsvoorstel aanhangig waarbij een landelijk register wordt opgericht waarin alleen tolken worden opgenomen die aan bepaalde eisen voldoen.[279] De zittende magistratuur heeft toegang tot een deskundigenindex, een databank van deskundigen die hebben opgegeven dat zij bereid zijn als deskundige op te treden in civiele zaken, strafzaken en zaken betreffende bestuursrecht. De deskundigen die in Leiden de cursus Gerechtelijk Deskundige hebben gevolgd, hebben op eigen initiatief een 'Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen' (LRGD) opgericht. Deze gedeeltelijk private initiatieven zijn toe te juichen, maar het wachten is op een daadwerkelijk door de rechterlijke macht gehanteerd landelijk register van deskundigen voor de rechtspleging in strafrecht, civiel recht en bestuursrecht.

De Minister van Justitie heeft in 2006 aan de Tweede Kamer bericht dat hij van plan is om een register op te zetten ter verhoging en borging van de kwaliteit van forensische deskundigen in strafzaken.[280] Dit onafhankelijke en openbare register zou per 2008 operationeel dienen te zijn. Naar aanleiding van het bericht van de Minister van Justitie, de Wet deskundige in strafzaken[281] en de initiatieven van de Stichting Deskundigen & Rechtspleging (SDR) en de Stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen (ORMED) is door de directeur-generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving van het Ministerie van Justitie een stuurgroep opgericht met als taak een landelijk deskundigenregister te ontwikkelen. Het landelijk deskundigenregister – dat de door de SDR geregistreerde naam Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen (NRGD) zal gaan voeren – richt zich eerst op de rechtspleging in het strafrecht. Na verloop van tijd zal het NRGD waarschijnlijk worden uitgebreid naar de rechtspleging in het civiel recht en het bestuursrecht. Het deskundigenregister zal zich richten op de meest voorkomende deskundigendisciplines. De deskundigen zullen moeten voldoen aan objectieve eisen van bekwaamheid en betrouwbaarheid om tot het register te worden toegelaten. Om deze objectiviteit te garanderen zal het register op onafhankelijke wijze moeten worden beheerd. Zowel het opstellen van kwaliteitsnormen als het

279 Wetsvoorstel 29 936.

280 *Kamerstukken II* 2006/2007, 29 452 en 30 250, nr. 48, p. 16.

281 Wetsvoorstel 31 116; Wet van 22 januari 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces (Wet deskundige in strafzaken), *Stb.* 2009, 33.

toetsen dient te worden gedaan door vakdeskundigen met aantoonbare kennis en ervaring. Inmiddels is bekend dat de Wet deskundige in strafzaken op 1 januari 2010 in werking zal treden.[282] Als gevolg daarvan zal het NRGD ook van start gaan.[283]

Naast mededingingseconomen zullen bij de vaststelling van de omvang van de schade veroorzaakt door een schending van het mededingingsrecht ook experts op het gebied van schadeberekening nodig kunnen zijn. Het is de vraag of voor deze vormen van expertise plaats is in het deskundigenregister. Gelet op de huidige focus op de rechtspleging in het strafrecht zullen de rechter en de procespartijen bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nog niet veel hebben aan het Nederlands Register Gerechtelijk Deskundigen (NRGD). Wellicht zal in het door privaat initiatief opgerichte Landelijk Register van Gerechtelijke Deskundigen (LRGD) wel reeds plaats zijn voor mededingingseconomen en experts op het gebied van schadeberekening, nu dat register voornamelijk deskundigen registreert die optreden in civiele en bestuursrechtelijke procedures.

9.5.6.4 Disclosure statement

In § 9.5.5 heb ik de vergelijking gemaakt met de eisen die in de Verenigde Staten door het *US Supreme Court* worden gesteld aan de deskundige. In Engeland zijn in deel 35 van de *Civil Procedure Rules* bepalingen over *'Experts and Assessors'* neergelegd. De algemeen geformuleerde *Civil Procedure Rules* zijn nader uitgewerkt in de *Practice Directions*. In de *'Code of Guidance for Experts and those instructing them'* is de *Practice Direction Experts and Assessors* weer nader uitgewerkt door een regeling opgesteld door de *'Academy of Experts'*.[284] In deel 35 van de CPR zelf staat niets over de eisen die aan een deskundigenrapport kunnen worden gesteld. De *Practice Direction* bepaalt te dien aanzien:

> 'An expert's report must:
> 1. give details of the expert's qualifications;
> 2. give details of any literature or other material which the expert has relied on in making the report;

282 Wet van 22 januari 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering tot verbetering van de regeling van de positie van de deskundige in het strafproces (Wet deskundige in strafzaken), *Stb.* 2009, 33.

283 Bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) wordt bepaald hoe het landelijk deskundigenregister straks wordt beheerd (inclusief taken en verantwoordelijkheden van het College van het Deskundigenregister). In de AMvB worden nadere regels gegeven over de kwaliteitseisen waar deskundigen aan moeten voldoen om in aanmerking te komen voor registratie. Tevens worden nadere regels gegeven over de organisatie, financiering en rechtsvorm van het register.

284 Zie www.academy-experts.org/defaultin.htm.

3. contain a statement setting out the substance of all facts and instructions given to the expert which are material to the opinions expressed in the report or upon which those opinions are based;
4. make clear which of the facts stated in the report are within the expert's own knowledge;
5. say who carried out any examination, measurement, test or experiment which the expert has used for the report, give the qualifications of that person, and say whether or not the test or experiment has been carried out under the expert's supervision;
6. where there is a range of opinion on the matters dealt with in the report
a. summarise the range of opinion, and
b. give reasons for his own opinion;
7. contain a summary of the conclusions reached; (...).'

In het Verenigd Koninkrijk is het regel dat expertiserapporten worden voorafgegaan door een zogenaam *disclosure statement*. Deze regels zijn ook in de Nederlandse rechtspraktijk bruikbaar om te bepalen wie de deskundige eigenlijk is en hoe zijn rapport dient te worden beoordeeld. Nog te vaak wordt aan de deskundige die dient op te treden in de rechtspleging nauwelijks gevraagd wat zijn achtergrond is. Welke opleiding heeft hij genoten, wat is zijn professionele ervaring, hoe vaak heeft hij deskundigenbericht uitgebracht, wat is zijn wetenschappelijke opvatting etc.[285] Een *disclosure statement* bij het vragen van een deskundigenbericht vormt dan ook een wenselijke aanvulling voor de keuze van de persoon van de deskundige en voor de beoordeling van zijn deskundigenadvies.

Voor de mededingingseconoom zal bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kunnen worden aangesloten bij een studiemodel voor een *disclosure statement* dat in samenwerking met de deelnemers aan de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) is ontwikkeld door de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging van de VU.[286] De eerste vier vragen van het studiemodel gaan over de persoon van de deskundige en luiden als volgt:

'a. Waar bent u werkzaam?
(indien u bij meerdere organisaties werkzaam bent gaarne alle noemen)
b. Heeft u aan uw beroep gerelateerde nevenfuncties en zo ja, welke?
c. Wat kwalificeert u voor het uitbrengen van een expertiserapport in de onderhavige zaak?
(Te noemen zijn met name opleiding en professionele ervaring)
d. Heeft u in het verleden reeds als expertiserend deskundige opgetreden en zo ja, hoe vaak en in wiens opdracht?

285 Zie over het *disclosure statement* Smeehuijzen 2003, p. 126-129; Van Dijk 2007, p. 439-441.
286 Zie A.J. Akkermans & J.L. Smeehuijzen, *Disclosure statement*, versie augustus 2005, www.rechten.vu.nl/iwmd; Smeehuijzen 2003, p. 126-129; Van Dijk 2007, p. 441.

(Met "in wiens opdracht" wordt bedoeld: in opdracht van de eisende partij, van de aangesproken partij of van de rechter; het is uiteraard niet nodig namen te noemen)'

De laatste vijf vragen van het studiemodel gaan over de wetenschappelijke opvattingen van de deskundige en luiden als volgt:

'a. Bestaan er over het onderwerp van de expertise medisch-wetenschappelijk ['medisch-wetenschappelijk' zal voor de mededingingseconoom vervangen dienen te worden door 'wetenschappelijk', EJZ] uiteenlopende opvattingen?
Indien uw antwoord op vraag 2a bevestigend luidt:
b. Kunt u in hoofdlijnen uiteenzetten in welk opzicht de meningen uiteenlopen (voor zover mogelijk met verwijzing naar literatuur)?
c. Welke is uw eigen opvatting?
d. Kunt u aangeven of een deskundige met een andere opvatting in het onderhavige geval tot een ander oordeel was gekomen dan waartoe u komt?
e. Als inderdaad een deskundige met een andere opvatting in het onderhavige geval tot een ander oordeel was gekomen: kunt u aangeven wat dat oordeel zou zijn geweest?'

De inschakeling van een (economisch) deskundige kan gepaard gaan met veel discussie tussen de gelaedeerden en de laedens over diverse vragen. Gedacht kan worden aan de keuze van de deskundige, de formulering van de vraagstelling, de interpretatie of de uitleg van het uiteindelijk uitgebrachte deskundigenadvies etc. Voorstellen van de wederpartij worden wantrouwend bekeken en vaak afgewezen op grond van het enkele feit dat het afkomstig is van de wederpartij. Een *disclosure statement* zal kunnen helpen bepaalde aspecten van het deskundigenbericht beter in perspectief te plaatsen. Het is niet de oplossing voor alle problemen die zich bij de kennisparadox voordoen, maar het biedt de rechter en procespartijen wel meer inzicht in de persoon van de deskundige en zijn wetenschappelijke opvattingen.

9.5.7 De doorwerking van een besluit van een mededingingsautoriteit

9.5.7.1 Inleiding

Het is voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk vaak moeilijk de bewijsvoering rond te krijgen. De bewijslast en daarmee het bewijsrisico bij de toepassing van het Europees en Nederlands mededingingsrecht in de nationale context ligt bij de eiser. Mededingingsrechtelijke claims liften bijna altijd mee op een beslissing van een mededingingsautoriteit of 'regulator'. Het betreft meestal een besluit van de NMa of de Commissie waarin wordt vastgesteld dat het mededingingsrecht is geschonden. Het meeliften van civiele schadevorderingen op besluiten van de NMa of de Commissie is te verklaren

vanwege het feit dat het zonder besluit van een mededingingsautoriteit – waarin uitdrukkelijk staat dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht – veel moeilijker is om een inbreuk op het mededingingsrecht te bewijzen.

Is in een civiele procedure de mededingingsinbreuk reeds bewezen met een besluit van een mededingingsautoriteit waarin staat dat er sprake is van schending van het mededingingsrecht? Aan deze vraag gaat de vraag vooraf of de civiele rechter voor wat betreft de relevante feiten en de toepassing van het recht 'gebonden' is aan het besluit van de NMa, de Commissie of een buitenlandse mededingingsautoriteit.

9.5.7.2 Doorwerking van een besluit van de Commissie

a. Bindende rechtskracht van een beschikking van de Commissie

Voor wat betreft de Commissie kan de vraag of de civiele rechter gebonden is aan het besluit van de mededingingsautoriteit in dezelfde zaak snel worden beantwoord. De Commissie neemt bij de beantwoording van deze vraag een bijzondere positie in. Zie mijn bespreking van de *Masterfoods*-jurisprudentie in § 5.4.8. In het eerste lid van artikel 16 Verordening 1/2003 is neergelegd dat de nationale rechter geen beslissing kan nemen die in strijd is met de door de Commissie gegeven beschikking. De nationale rechter moet ook vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar reeds aangevangen procedure. Eventueel kan de procedure worden opgeschort.[287] De Commissie zal volgens haar samenwerkingsmededeling (overweging 12) een opgeschorte zaak met voorrang behandelen. Artikel 16 van Verordening 1/2003 luidt als volgt:

> 'Wanneer nationale rechterlijke instanties artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag toepassen op overeenkomsten,besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, kunnen zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Ook moeten zij vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar gestarte procedure. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten. Deze verplichting laat de rechten en verplichtingen op grond van artikel 234 van het Verdrag onverlet.'

De civiele rechter is dus op grond van artikel 16 Verordening 1/2003 en artikel 10 EG (de gemeenschapstrouw) 'gebonden' aan de beschikking van de Commis-

287 Deze bepaling verschilt met de uitspraak van het HvJ EG in *Delimitis*, waaruit kon worden afgeleid dat de nationale rechter een procedure zou dienen te schorsen in geval twijfel zou kunnen bestaan over de uitleg door de Commissie. Zie HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935. De rol van de rechter is onder Verordening 1/2003 groter geworden dan het HvJ EG in *Delimitis* voor ogen had.

sie. Het moet daarbij wel om dezelfde zaak gaan. In een iets andere zaak kan dat anders liggen. Beschikkingen van de Europese Commissie zijn volgens het *House of Lords* in de zaak *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan* alleen bindend indien het zowel dezelfde partijen betreft als dezelfde overeenkomsten, besluiten of gedragingen die in strijd zijn met het mededingingsrecht.[288] In een civielrechtelijke procedure zal de bewijsrechtelijke waarde van een eventuele informele zienswijze afhangen van de formulering en motivering.[289]

De rechtsgeldigheid van een Commissiebeschikking kan, op de mogelijkheid van het stellen van een prejudiciële vraag na, niet voor de nationale rechter ter discussie worden gesteld. Dit zou naar Nederlands recht de 'formele rechtskracht' van een beschikking van de Commissie kunnen worden genoemd. Nu de Commissie hiërarchisch hoger staat dan de Nederlandse rechter kan beter over de 'bindende rechtskracht' worden gesproken in plaats van de 'formele rechtskracht'. Eventuele prejudiciële vragen betreffende de rechtsgeldigheid van de Commissiebeschikking zijn overigens niet mogelijk indien voor de partij die de rechtsgeldigheid ter discussie stelt rechtstreeks beroep tegen de beschikking bij het GvEA EG openstond.[290] Dit heeft tot gevolg dat de laedens jegens wie een boetebeschikking van de Commissie is gericht, voor de nationale rechter geen prejudiciële verwijzing over de rechtsgeldigheid van die beschikking kan uitlokken in een civiele procedure die voortbouwt op de beschikking van de Commissie.

b. Bindende rechtskracht alleen op het dictum of ook op de feitenvaststelling

Rust de bindende rechtskracht in beginsel alleen op het dictum van de beschikking of ook op de vaststelling van de feiten? Dient artikel 16 lid 1 Verordening 1/2003 zo te worden uitgelegd dat aan de feitenvaststelling door de Commissie dwingende bewijskracht toekomt? Met andere woorden: brengt het feit dat de burgerlijke rechter gebonden is aan de beschikking van de Commissie nu tevens mee dat de feitenvaststelling van de Commissie bindend is voor de burgerlijke rechter? Deze vraag kan nog niet eenduidig beantwoord worden. In de literatuur wordt wel verdedigd dat het HvJ EG zal oordelen dat feitenvaststellingen in overwegingen die in beroep voor het GvEA EG aanvechtbaar zijn geweest niet alsnog voor de nationale rechter ter discussie kunnen worden gesteld.[291] Dit zou anders kunnen zijn indien het GvEA EG een vaststelling van de Commissie met betrekking tot de feiten in stand laat en daar slechts de lagere bestuursrechtelijke bewijsdrempel op toepast.[292] De bewijsstandaard

288 [2006] UKHL 38.
289 Vgl. Slot, Swaak & Mulder 2007, p. 87.
290 Zie HvJ EG 9 maart 1994, zaak C-188/92 *(Textilwerke Deggendorf)*, *Jur.* 1994, p. I-833.
291 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 26.
292 Vgl. Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 26. Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 43, die de bestuursrechtelijke bewijsdrempel vergelijken met de strafrechtelijke bewijsdrempel.

die het GvEA EG hanteert is nu eenmaal lager dan de bewijsstandaard die de burgerlijke rechter hanteert. Ingeval de laedens vervolgens voor de burgerlijke rechter alsnog overtuigend bewijs aandraagt om tot het oordeel te komen dat de bevindingen van de Commissie onjuist zijn, ontstaat een dilemma.

Van Lierop & Pijnacker Hordijk verwachten – met een beroep op het feit dat de communautaire rechtsorde in gedrang zal komen indien voor de nationale rechter de feitenvaststelling in Commissiebeschikkingen opnieuw ter discussie zou kunnen worden gesteld – dat het HvJ EG zal oordelen dat de nationale rechter ook in dat geval geen ruimte heeft om het bewijs opnieuw te wegen.[293] Dit leidt tot de situatie dat tegen een vaststelling van de feiten door de Commissie geen tegenbewijs mogelijk is, terwijl dat tegen een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de strafrechter wel mogelijk is. Artikel 161 Rv kent dwingende bewijskracht toe aan een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van de strafrechter, maar sluit de mogelijkheid van tegenbewijs niet uit op grond van artikel 151 lid 2 Rv. Deze conclusie wekt vanuit het nationaal recht bezien bevreemding op, nu niet goed te verdedigen valt dat de bewijsstandaard die de Commissie hanteert hoger is dan de bewijsstandaard van de strafrechter. Van Lierop & Pijnacker Hordijk zien dit als de prijs die voor de Europese integratie moet worden betaald.[294] Zij wijzen daarbij op het feit dat de burgerlijke rechter desondanks niet belet wordt in zijn mogelijkheden om de bewijsvoering op het punt van de schade en het causaal verband tussen de in de Commissiebeschikking gestelde feiten en de geleden schade te toetsen.[295]

Het antwoord op de vraag of de bindende rechtskracht in beginsel alleen op het dictum van de beschikking rust of ook op de vaststelling van de feiten, is mijns inziens genuanceerder. Indien het om vaststellingen gaat die niet meegewogen hebben in het eindbesluit en dus niet ten grondslag liggen aan de beargumentering van de Commissie, is de nationale rechter vrij om af te wijken van de vaststelling van de feiten van de Commissie.[296] Indien het gaat om vaststellingen die wel hebben meegewogen in het eindbesluit en dus ten grondslag liggen aan de beargumentering van de Commissie, is de nationale rechter gebonden aan de vaststelling van de feiten door de Commissie. A-G Van Gerven heeft er in zijn conclusie bij de zaak *Banks* reeds op gewezen dat de kans op tegenstrijdige uitspraken en een aantasting van het rechtszeker-

293 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 26.

294 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 26.

295 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 26. Zie voor een voorbeeld Rb. Haarlem, vonnissen van 7 november 1989 en 4 mei 1993, rolnr. H 879/87 *(Burns/Van Driel & SNH)*, waarin de rechter op grond van het ontbreken van causaal verband tussen de schade en de door de Commissie in een beschikking vaststelde mededingingsinbreuk een vordering van de eiser tot verkrijging van schadevergoeding heeft afgewezen. Zie voor een beschijving van deze niet gepubliceerde zaak Pijnacker Hordijk & Noë 2001, p. 89-90.

296 Vgl. § 61 van de conclusie van A-G Van Gerven in de zaak *Banks*, HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92 *(Banks)*, *Jur.* 1994, p. I-1209.

heidsbeginsel in de eerste situatie beduidend kleiner is dan in de tweede situatie.[297]

9.5.7.3 Doorwerking van een besluit van de NMa en buitenlandse mededingingsautoriteiten

Voor wat betreft de NMa en eventuele buitenlandse mededingingautoriteiten is de zaak minder duidelijk dan voor de Commissie. De gemeenschapstrouw van artikel 10 EG speelt hier geen rol en ook de lijn zoals door het HvJ EG uiteengezet in de zaak *Masterfoods* kan hier niet worden gevolgd.

Uit het Ashurst rapport blijkt dat alle lidstaten erkennen dat besluiten van de nationale mededingingsautoriteiten en buitenlandse mededingingsautoriteiten als bewijs kunnen worden gebruikt bij de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht (wel wordt in de meeste lidstaten minder waarde gehecht aan beslissingen van buitenlandse mededingingsautoriteiten).[298] Uit het onderzoek blijkt dat in de meeste lidstaten dergelijke besluiten niet direct bindend zijn voor de burgerlijke rechter (al worden in Cyprus, Estland en Frankrijk beslissingen van de nationale mededingingsautoriteit als cruciaal bewijs gezien en zijn ook in Ierland en Italië besluiten van mededingingsautoriteiten moeilijk te weerleggen in civiele procedures).[299] Wel zijn er opvallende uitzonderingen in de EU. Zo is in Litouwen en Malta bij wet geregeld dat documenten van een mededingingsautoriteit (nationale en buitenlandse mededingingsautoriteiten) een hogere bewijskracht hebben dan andere bewijsstukken[300] Tsjechië, Griekenland, Slovenië, Zweden (alleen indien het besluiten betreft omtrent de verlening van individuele excepties) en Groot-Brittannië gaan zelfs nog verder door besluiten van de nationale mededingingsautoriteiten bindend te verklaren voor de nationale rechter.[301] Hongarije hanteert een systeem waarbij de uiteindelijke oordelen van de mededingingsautoriteit bindend zijn voor de nationale rechter. In Polen en Oostenrijk is het zo dat rechterlijke uitspraken waarin een mededingingsinbreuk wordt vastgesteld bindend zijn voor de rechter die de schadevordering behandelt.[302]

---

297 Zie § 61 van de conclusie van A-G Van Gerven in de zaak *Banks*, HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92 *(Banks)*, *Jur.* 1994, p. I-1209.

298 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 109.

299 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 69.

300 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 69 en de daarbij horende individuele landenrapporten betreffende Litouwen en Malta.

301 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 69 en de daarbij horende individuele landenrapporten betreffende Tsjechië, Griekenland, Slovenië, Zweden en Groot-Brittannië

302 Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 69 en de daarbij horende individuele landenrapporten betreffende Hongarije, Polen en Oostenrijk.

Duitsland heeft sinds de inwerkingtreding van het 7e amendement op de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* de meest vergaande oplossing. De definitieve besluiten van de eigen mededingingsautoriteit, mededingingsautoriteiten van andere EU lidstaten, nationale rechters van andere EU lidstaten (indien deze rechters als taak hebben in mededingingszaken bestuursrechtelijke besluiten te nemen of in beroep moeten oordelen over dergelijke bestuursrechtelijke besluiten) en de Commissie zijn bindend voor de partijen die bij een vordering tot verkrijging van schadevergoeding zijn betrokken.

In een aantal lidstaten (Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland en Hongarije) bestaat een procedure waarbij de nationale mededingingsautoriteiten niet bindende opinies aan de nationale rechter kunnen geven.[303] In Frankrijk wordt veelvuldig gebruik gemaakt van deze procedure, waarbij de opinies vaak een doorslaggevende rol spelen in de civiele procedure. Opvallend is dat de Franse mededingingsautoriteit haar eigen opsporingsbevoegdheden mag gebruiken bij de samenstelling van het rapport voor de civiele rechter. In Spanje kan de burgerlijke rechter een niet bindend advies over schadevergoeding vragen aan de speciale rechtbank voor mededinging.[304]

In Nederland zal het feit dat de NMa, de Commissie of een buitenlandse mededingingsautoriteit een inbreuk op het mededingingsrecht heeft vastgesteld een veelal doorslaggevende rol spelen bij de vraag of sprake is van een mededingingsovertreding. Dat kan zowel via de weg van de formele rechtskracht (bij de Commissie kan beter worden gesproken over de bindende rechtskracht, zie § 9.5.7.2) als via de weg van de vrije waardering van bewijs ex artikel 152 lid 2 Rv. In de nu volgende paragraaf behandel ik de eventuele formele rechtskracht van een besluit van de NMa. In § 9.5.7.5 behandel ik de weg van de vrije waardering van bewijs.

9.5.7.4 Formele rechtskracht van het besluit van de NMa

a. Bevoegdheid en ontvankelijkheid

De burgerlijke rechter is sinds *Guldemond/Noordwijkerhout* altijd bevoegd over bestuursrechtelijke geschillen te oordelen, zolang de eiser maar in zijn eis stelt dat zijn burgerlijke rechten zijn geschonden.[305] Dit leidt echter niet automatisch tot een beoordeling van het geschil. Eiser moet ook nog ontvankelijk worden verklaard.

Het wetgevingsbeleid in Nederland is er op gericht het bestuursprocesrecht zo vorm te geven dat de bestuursrechter een zo volledig mogelijke rechtsbescherming kan bieden.[306] De aanvullende rol van de burgerlijke rechter wordt hierdoor verminderd. Een eiser die verzuimt in bezwaar of beroep te

303 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 70.
304 Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 70.
305 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 *(Guldemond/Noordwijkerhout)*.
306 Zie Pietermaat 2001, p. 99.

gaan, wordt in een procedure voor de burgerlijke rechter waarin hij hetzelfde probeert te bereiken niet-ontvankelijk verklaard.[307] In het geval de vordering een *andere* strekking heeft dan hetgeen men bij de bestuursrechter kan bereiken, is men wel ontvankelijk. Een derdebelanghebbende die bij de civiele rechter schadevergoeding of een verbod vordert, zal volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad door de burgerlijke rechter ontvankelijk worden verklaard al staat er een bestuursrechtelijke weg open en ook al kiest de derdebelanghebbende tevens voor de publiekrechtelijke weg of heeft hij reeds voor de publiekrechtelijke weg gekozen en heeft die weg niet tot succes geleid.[308]

In *Kuunders/Milieuverenigingen* werd door de Hoge Raad overwogen dat (r.o. 4.1.3)

> 'wanneer de burgerlijke rechter de vordering tot het verbieden van een bepaalde, als onrechtmatig gewraakte gedraging ontvankelijk acht nadat de administratieve rechter in een door dezelfde eiser ingesteld beroep de overheid niet gehouden heeft geoordeeld tot het ter zake uitoefenen van bestuursdwang, hij niet hetzelfde punt beslist als waaromtrent reeds was beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang'[309]

307 HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 301 m.nt. FHvdB *(Changoe/Staat)*, r.o. 3.2; HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 *(Plassenschap Loosdrecht/Nagtegaal en Bavelaar)*, *AB* 1978-1 m.nt. JR.St.

308 HR 17 september 1982, *NJ* 1983, 278 m.nt. MS *(Zegwaard/Knijnenburg)*; HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 m.nt. MS en CJHB *(Kuunders/Milieuverenigingen)*. In *Zegwaard/Knijnenburg* overwoog de Hoge Raad dat met het uitspreken van een niet-ontvankelijkheid in deze situatie zou worden miskend dat (r.o. 3.1): 'aan een – niet tegen de overheid gerichte – vordering voor de gewone rechter, al of niet in kort geding, waarbij de eisende partij een rechterlijk verbod vraagt van jegens haar onrechtmatige gedragingen van gedaagde, op zichzelf niet in de weg staat dat er, bij gebruikmaking van administratiefrechtelijke rechtsgangen, ook andere wegen bestaan, waarlangs bereikt zou kunnen worden dat gedaagde ten gevolge van maatregelen van de overheid zijn gewraakte gedragingen staakt.' In *Kuunders/Milieuverenigingen* overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar *Zegwaard/Knijnenburg* (r.o. 4.1.3): 'Het hof heeft deze vraag terecht, in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad van 17 dec. 1982, *NJ* 1983, 278 ontkennend beantwoord en daarbij evenzeer terecht opgemerkt dat niet ter zake doet dat de stichtingen (…) van bedoelde administratiefrechtelijke weg (het uitlokken van bestuursdwang) in feite gebruik hebben gemaakt. De rechtsontwikkeling sedert bedoeld arrest is niet van dien aard dat niet langer zou behoren te worden vastgehouden aan het toen aanvaarde standpunt. Dit standpunt vindt ten aanzien van het uitlokken van bestuursdwang – en alleen daarom gaat het hier, gezien hetgeen hierna (…) zal worden overwogen – zijn rechtvaardiging mede daarin dat deze weg, ondanks het openstaan van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, ten gevolge van de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid en de omvang van de ter zake mogelijke toetsing beduidend minder effectief is dan die via de burgerlijke rechter. Daarbij verdient nog opmerking dat wanneer de burgerlijke rechter de vordering tot het verbieden van een bepaalde, als onrechtmatig gewraakte gedraging ontvankelijk acht nadat de administratieve rechter in een door dezelfde eiser ingesteld beroep de overheid niet gehouden heeft geoordeeld tot het ter zake uitoefenen van bestuursdwang, hij niet hetzelfde punt beslist als waaromtrent reeds was beslist in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.'

309 HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 m.nt. MS en CJHB *(Kuunders/Milieuverenigingen)*.

De vraag is of de burgerlijke rechter ook niet over hetzelfde punt beslist als de mededingingsautoriteit, in het geval een derdebelanghebbende schadevergoeding of een verbod/gebod vordert op grond van onrechtmatig handelen van gedaagde wegens het in strijd handelen met het mededingingsrecht en de mededingingsautoriteit bijvoorbeeld heeft geoordeeld dat van strijd met het mededingingsrecht geen sprake is.[310] Hiermee hangt samen de vraag of er sprake is van formele rechtskracht van een besluit van de mededingingsautoriteit.

b. Formele rechtskracht

De leer van de formele rechtskracht houdt in dat ingeval tegen een besluit van een overheidsorgaan een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang heeft opengestaan en die rechtsgang door de belanghebbende niet, niet tot het einde of zonder succes (rechtsgang heeft niet tot vernietiging van het bestreden besluit geleid) is benut, de burgerlijke rechter moet uitgaan van de rechtsgeldigheid van de inhoud en de wijze van totstandkoming van de beschikking.[311] De ontwikkeling van de leer van de formele rechtskracht is begonnen in de uitspraak *Semper Crescendo* en tot ontwikkeling gekomen in *Heesch/Van de Akker*.[312]

Wanneer tegen een besluit van een bestuursorgaan geen rechtsmiddel is aangewend of het besluit in beroep in stand is gebleven, dient de burgerlijke rechter ervan uit te gaan dat het besluit in overeenstemming is met het recht, zowel wat betreft de wijze van totstandkoming als wat betreft de inhoud van het besluit. De partij die de administratieve rechtsgang niet heeft benut kan zich niet op de onrechtmatigheid van het besluit beroepen. De burgerlijke rechter bemoeit zich niet inhoudelijk met een oordeel over de rechtmatigheid van een besluit in het geval en voor zover ter zake een bestuursrechtelijke voorziening aanwezig is.[313] Dit komt de rechtszekerheid, de handhaving van de wettelijke rechtsmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de civiele rechter, de rechtseenheid en een efficiënte rechtsbedeling ten goede.[314]

---

310 De NMa kan een verbodsbeschikking vaststellen, vaststellen dat er geen sprake is van een overtreding, bepaalde voorwaarden stellen en een informele zienswijze geven. Zie ook § 3.4.2.2.

311 Zie M.R. Mok in zijn noot onder HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 *(Van Rattingen Grondverzet/Loenen)*, sub 1.

312 HR 19 november 1976, *NJ* 1979, 216 m.nt. M. Scheltema *(Semper Crescendo)*; HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. M. Scheltema *(Heesch/Van de Akker)*. Zie ook M.R. Mok in zijn noot onder HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 *(Van Rattingen Grondverzet/Loenen)*.

313 Ten Berge 1999, p. 20. Bescherming tegen de overheid. Alleen als de burgerlijke rechter over hetzelfde punt oordeelt als is beslist door het bestuursorgaan of de bestuursrechter is in de rechtspraak formele rechtskracht van een besluit verbindend gebleken. Zie HR 17 september 1982, *NJ* 1983, 278 m.nt. MS *(Zegwaard/Knijnenburg)*; HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 m.nt. MS en CJHB *(Kuunders/Milieuverenigingen)*. Zie Grosheide 2001, p. 95.

314 Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005, p. 670; Mok & Tjittes 1995, p. 385; Pietermaat 2001, p. 100.

Formele rechtskracht wordt vaak ingeroepen in procedures tussen de overheid en een particulier, terwijl het in het geval van een civiele vordering van een gelaedeerde op grond van schending van het mededingingsrecht gaat om een civiele procedure tussen particulieren. Meestal betreft het ondernemingen, maar het kan ook gaan om een conflict tussen een onderneming en een consument, een onderneming en een consumentenorganisatie of een onderneming en de overheid die optreedt als gedupeerde civiele partij.

Pietermaat is van oordeel dat de burgerlijke rechter op grond van de formele rechtskracht moet uitgaan van de rechtmatigheid van het oordeel van de NMa. Zij wijst hiervoor op de verschillende overwegingen die aan het leerstuk van de formele rechtskracht ten grondslag liggen. Zij denkt dan met name aan de rechtszekerheid (nadat de bezwaartermijnen en beroepstermijnen verlopen zijn zouden de partijen opnieuw moeten procederen over een geschil dat reeds door het bestuur en indien bezwaar en beroep is ingesteld de bestuursrechter is beslist) en de rechtseenheid (het uiteenlopen van de beoordeling door de NMa en de civiele rechter van een mededingingsrechtelijk geschilpunt). Zij wijst voorts nog op de *erga omnes* werking van bestuursbesluiten. Het zou vreemd zijn als bestuursbesluiten, die in de regel jegens een ieder werken, niet meer gelden omdat er sprake is van een civiele procedure tussen ondernemingen.[315] Pietermaat pleit er dan ook voor dat het besluit in de civiele procedure als een gegeven wordt beschouwd.

Pijnacker Hordijk & Noë zijn in een bijdrage over afstemmingsvraagstukken in de verhouding tussen de NMa en de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds van mening dat de leer van de formele rechtskracht niet geldt bij een besluit van de NMa. Zij beargumenteren deze stelling met het feit dat het leerstuk van de formele rechtskracht is ontwikkeld met het oog op civielrechtelijke geschillen tussen enerzijds de belanghebbende bij een besluit en anderzijds het bestuursorgaan dat het besluit in kwestie heeft genomen. Het leerstuk van de formele rechtskracht is volgens Pijnacker Hordijk & Noë niet zonder meer te transponeren op geschillen tussen de adressaat van een besluit en een derde private partij, nu het civiele proces tussen twee private partijen van een andere orde is dan een administratiefrechtelijk proces tussen een private partij en een bestuursorgaan (bijvoorbeeld wat betreft de bewijswaardering). Nu zij bij het bepalen van de civielrechtelijke rechtsgevolgen van de vaststelling van een inbreuk op de Mw door de NMa geen gebruik kunnen maken van het beginsel van formele rechtskracht kijken zij naar andere factoren om de civielrechtelijke gevolgen te bepalen die een vaststelling van een inbreuk op de Mw door de NMa heeft. Daarbij komen zij tot de conclusie dat:

315 Pietermaat 2001, p. 106; Linden 1998, p. 124.

- het streven om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen bij de toepassing en handhaving van de Nederlandse Mededingingswet een minder fundamenteel gewicht heeft dan in het communautaire recht;
- het feitenonderzoek door een mededingingsautoriteit niet zonder meer van dezelfde orde is als het feitenonderzoek door een onafhankelijke burgerlijke rechter;
- een besluit van de NMa slechts bewijsrechtelijke betekenis heeft in het civiele rechtsgeding met de toets van artikel 186 Rv oud (159 Rv nieuw, betwisting van de echtheid van een authentieke akte) als richtsnoer.

Hebben Pijnacker Hordijk & Noë gelijk als zij van mening zijn dat de leer van de formele rechtskracht niet geldt bij een besluit van de NMa? De stelling dat formele rechtkracht in beginsel slechts ingeroepen wordt in procedures tussen overheidsorganen en burgers is feitelijk onjuist. Een besluit van de NMa kan ook formele rechtskracht hebben in een privaatrechtelijke verhouding zoals tussen de laedens en de gelaedeerde in een mededingingsrechtelijke procedure. Zie hiervoor de uitspraak van de Hoge Raad in *Van Rattingen Grondverzet/Loenen*, waarin de leer van de formele rechtskracht van een besluit nog eens expliciet van toepassing is geacht in een procedure tussen civielrechtelijke (rechts)personen.[316] In deze zaak is door eiser in cassatie betoogd dat de leer van de formele rechtskracht niet kan worden toegepast in civiele geschillen waar de partijen civielrechtelijke personen zijn die geen aan een administratieve rechtsgang onderworpen besluiten nemen. De Hoge Raad heeft het beroep verworpen.

Mok wijst in zijn *NJ*-noot onder deze zaak op het gegeven dat de formele rechtskracht van een besluit in beginsel niet kan worden tegengeworpen aan een partij voor wie de bestuursrechtelijke rechtsgang om dit besluit aan te tasten niet heeft opengestaan.[317] Heeft deze bestuursrechtelijke rechtsgang wel opengestaan en is de beschikking tot de justitiabele gericht – zoals in de zaak *Van Rattingen Grondverzet/Loenen* het geval was – dan is er wel degelijk sprake van formele rechtskracht van een bestuursbesluit. In het door de A-G Spier in zijn conclusie bij *Van Rattingen Grondverzet/Loenen* aangehaalde arrest *Utrecht/Budinovski* heeft de Hoge Raad zelfs geoordeeld dat de formele rechtskracht van een beschikking ook kan worden tegengeworpen aan anderen dan degenen tot wie het bestuursbesluit is gericht, als zij het rechtens vereiste belang hebben om gebruik te kunnen maken van een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang om het besluit aan te tasten.[318]

Het argument van Pijnacker Hordijk & Noë dat het streven om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen bij de toepassing en handhaving van de Neder-

316 HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 m.nt. MRM *(Van Rattingen Grondverzet/Loenen)*.
317 Zie M.R. Mok in zijn noot onder HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 *(Van Rattingen Grondverzet/Loenen)*, sub 1.
318 HR 8 september 1995, *NJ* 1997, 159 m.nt. MS *(Utrecht/Budinovski & Pejkovski)*.

landse Mededingingswet een minder fundamenteel gewicht heeft dan in het communautaire recht lijkt mij geen argument te zijn om al dan niet de leer van de formele rechtskracht van toepassing te laten zijn op een besluit van de NMa. Het streven om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen heeft ook in het Nederlands recht een fundamenteel gewicht. Daarnaast is het, zoals Grosheide formuleert in zijn commentaar op de conclusies van Pijnacker Hordijk & Noë,

> 'niet goed denkbaar dat (…) de toetsing van de rechtmatigheid afhankelijk zou zijn van het processuele kader waarbinnen de rechtmatigheidsvraag wordt opgeworpen. Immers, de rechtmatigheidsvraag moet worden beoordeeld aan de hand van objectieve factoren die losstaan van de vraag wie in een bepaalde procedure de wederpartij is. Anders gezegd: er is niet zo iets als relativiteit van de wettelijke norm die ertoe zou kunnen leiden dat een overeenkomst wel onrechtmatig is ten opzichte van de overheid maar niet ten opzichte van een concurrent (…).'[319]

Het tweede door Pijnacker Hordijk & Noë genoemde argument is van veel groter belang voor de beantwoording van de vraag naar de formele rechtskracht. Zij concluderen dat het feitenonderzoek door een mededingingsautoriteit niet zonder meer van dezelfde orde is als het feitenonderzoek door een onafhankelijke burgerlijke rechter. Deze conclusie – die mij evident lijkt nu de rechterlijke macht een geheel andere instantie is dan een mededingingsautoriteit – is van groot belang nu pas van formele rechtskracht kan worden gesproken indien sprake is van dezelfde feitelijke grondslag.

Het draait bij dit tweede argument om de vraag of de NMa op basis van een zeer globaal onderzoek of op basis van een zeer gedegen onderzoek de klacht van een derdebelanghebbende afwijst. Het antwoord op deze vraag kan te maken hebben met de prioriteiten die de NMa stelt of met het feit dat er zich op het eerste gezicht geen schending van het mededingingsrecht voordoet. Indien vervolgens de overeenkomst of de gedraging door de derdebelanghebbende aan de burgerlijke rechter wordt voorgelegd, kan niet zonder meer van de formele rechtskracht worden uitgegaan wegens het feit dat de leer van de formele rechtskracht veronderstelt dat er een oordeel is gevormd op basis van dezelfde feitelijke grondslag. De NMa moet beslissen over de vraag of zij naar aanleiding van de klacht wel of niet gaat optreden (inclusief prioriteitenafweging) terwijl de burgerlijke rechter moet beslissen of de overeenkomst wel of niet in strijd is met het mededingingsrecht. Uiteindelijk zal de NMa natuurlijk ook moeten beslissen of de overeenkomst wel of niet in strijd is met het mededingingsrecht, maar daar komt nog iets bij, namelijk wel of niet optreden met alle daaruit volgende consequenties. Ingeval de prioriteit van de NMa niet bij de desbetreffende zaak ligt, zal de mededingingsautoriteit bovendien veelal geen gedegen onderzoek hebben verricht en is er nog een

319 Grosheide 2001, p. 96.

taak te vervullen voor de burgerlijke rechter. Ten slotte speelt de leer van de formele rechtskracht geen rol als een derde niet als derdebelanghebbende in een bestuursrechtelijke procedure heeft kunnen opkomen voor zijn zaak.

De laatste conclusie van Pijnacker Hordijk & Noë, inhoudende dat een besluit van de NMa slechts bewijsrechtelijke betekenis heeft ex artikel 186 Rv oud (artikel 159 Rv nieuw), komt mij niet sterk voor.[320] Het betreft namelijk geen geschrift dat het uiterlijk heeft van een authentieke akte ex artikel 159 Rv waarvan de authenticiteit zou kunnen worden betwist.[321]

Overigens is opmerkelijk dat Pijnacker Hordijk in zijn preadvies met Van Lierop volledig lijkt te zijn teruggekomen op zijn eerdere standpunt. Van Lierop & Pijnacker Hordijk formuleren het als volgt:

> 'Moeilijk kan worden betwist dat aan besluiten van de NMa waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat formele rechtskracht resp. gezag van gewijsde toekomt. Dit geldt ook in een procedure tussen civiele partijen, althans voor zover tussen deze partijen de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen het besluit heeft opengestaan.'[322]

c. Formele rechtskracht alleen op het dictum of ook op de feitenvaststelling

Ingeval aan besluiten van de NMa formele rechtskracht toekomt (besluit waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat en waartegen voor partijen de mogelijkheid van bezwaar en beroep heeft opengestaan), rust de formele rechtskracht van een besluit van de NMa op het dictum van het besluit en niet op de feitenvaststelling. Het dictum van het besluit bepaalt welke rechtsgevolgen het besluit in het leven roept. De motivering in de zin van artikel 3:46 Awb is de toepassing van het recht op de feiten die aan het besluit ten grondslag liggen (waarbij de motivering bij discretionaire bevoegdheden tevens een belangenafweging kan omvatten).[323] De feitenvaststelling door de NMa levert in een civiele procedure geen dwingende bewijskracht op. In *Aharchi/Bedrijfsvereniging* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het dictum doorslaggevend is en niet de daaraan ten grondslag liggende overwegingen.[324] De feitenvaststelling van een bestuurlijk orgaan dient voor de onafhankelijke burgerlijke rechter niet per definitie doorslaggevend te zijn.[325]

9.5.7.5 Vrije bewijswaardering

Indien men van oordeel is dat de leer van de formele rechtskracht (of bindende rechtskracht indien het de Commissie betreft) onder de gegeven omstandig-

---

320 Zie ook Grosheide 2001, p. 96.
321 Zie in deze zin ook Grosheide 2001, p. 96.
322 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 31.
323 Kortmann 2006b, p. XIII.
324 HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 m.nt. MS *(Aharchi/Bedrijfsvereniging)*.
325 Vgl. de reactie van de NVvR op het Groenboek (COM/2005/672 def.) van de Commissie.

heden niet van toepassing is (bijvoorbeeld omdat een derde niet als derdebelanghebbende in een bestuursrechtelijke procedure heeft kunnen opkomen voor zijn zaak) dan vormt een besluit van de NMa, de Commissie of een buitenlandse mededingingsautoriteit in ieder geval een belangrijk gezichtspunt bij de vorming van een oordeel door de burgerlijke rechter. Het zal veelal een overtuigend en doorslaggevend argument vormen dat door de eisende partij wordt ingebracht om de mededingingsinbreuk aan te tonen.[326]

De waardering van het bewijs is in beginsel aan het oordeel van de burgerlijke rechter overgelaten (tenzij de wet anders bepaalt) op grond van artikel 152 lid 2 Rv. De Nederlandse rechter is dus, ingeval geen formele rechtskracht of bindende rechtskracht wordt aangenomen, vrij in de waardering van de beslissing van een mededingingsautoriteit. De bewijskracht van een besluit van een mededingingsautoriteit zal afhangen van de wijze waarop de mededingingsautoriteit haar besluit heeft gemotiveerd en van de mogelijke betwisting door de laedens. Haak & VerLoren van Themaat zijn terecht van mening dat ingeval de gedaagde partij uitvoerig gemotiveerd weerlegt waarom het besluit van de NMa onjuist is, de civiele rechter zal moeten ingaan op deze betwisting en niet kan volstaan met een eenvoudige verwijzing naar een besluit van de NMa. Het is ook mogelijk dat de rechter aanvullend bewijs van de overtreding noodzakelijk acht om de overtreding aan te nemen.

9.5.7.6 Behoren inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten bindend te zijn?

In het Groenboek van de Commissie wordt de vraag gesteld (vraag c) of de op de verzoeker rustende bewijslast inzake de schending van de antitrustregels in schadeprocedures dient te worden verlicht, en zo ja, hoe? De commissie geeft bij het stellen van deze vraag drie opties.

In optie 8 wordt voorgesteld dat inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten bindend moeten zijn voor de civiele rechter of dat de bewijslast zou moeten worden omgekeerd ingeval een dergelijk inbreukbesluit bestaat.

Optie 9 beoogt een verschuiving of verlichting van de bewijslast in geval van informatie-asymmetrie tussen de verzoeker en de verweerder, met als doel de asymmetrie op te heffen. De Commissie denkt dat dergelijke voorschriften tot op zekere hoogte tegenwicht kunnen bieden voor het feit dat er ten behoeve van de verzoeker geen of bijna geen openbaarmakingsvoorschriften bestaan.

326 Uit het onderzoek van Mobley blijkt dat in België, Tsjechië, Frankrijk, Hongarije, Italië, Zweden, Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk de beslissing van een mededingingsautoriteit niet bindend is in een civiele procedure. In Polen, Spanje en in het Verenigd Koninkrijk onder de 'Enterprise Act 2002' is een voorafgaande beslissing van een mededingingsautoriteit wel bindend in een civiele procedure. Zie Mobley 2003, p. 10.

In optie 10 wordt voorgesteld dat een ongerechtvaardigde weigering van een partij om bewijsmateriaal te verstrekken gevolgen kan hebben voor de bewijslast. De Commissie denkt daarbij aan weerlegbare of onweerlegbare vermoedens dan wel om de mogelijkheid voor de rechter om met deze weigering rekening te houden wanneer hij beoordeelt of het relevante feit is bewezen.

In het kader van het onderwerp van deze paragraaf is optie 8 van belang. Zoals reeds in § 9.5.7.3 naar voren kwam bestaat in enkele lidstaten de regeling dat de burgerlijke rechter in beginsel gebonden is aan het oordeel van een mededingingsautoriteit. Zoals in § 9.5.7.2 al is besproken, is de Nederlandse rechter op grond van het Europees recht gebonden aan een beslissing van de Commissie (mits dezelfde feiten en dezelfde partijen).

Is het wenselijk of zelfs noodzakelijk dat de Nederlandse rechter gebonden is aan een beslissing van de NMa en andere bij het *European Competition Network* aangesloten mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten? Deze vraag kan niet zonder meer bevestigend worden beantwoord. De partijen in de civiele procedure zijn niet noodzakelijkerwijs dezelfde als de partijen die bij de procedure bij de NMa betrokken waren. Daarnaast zal het in de praktijk voor de gelaedeerde makkelijk zijn om met het inbreukbesluit van de NMa of andere mededingingsautoriteiten van de EU-lidstaten in de hand de rechter te overtuigen van de mededingingsinbreuk. Mocht de rechter – nadat de gedaagde partij uitvoerig gemotiveerd heeft weerlegd waarom het besluit (waarbij een inbreuk wordt vastgesteld) van de NMa of een andere mededingingsautoriteit uit de lidstaten van de EU onjuist is – aannemen dat er geen mededingingsinbreuk heeft plaatsgevonden, dan zal de aanname dat er sprake is van een mededingingsinbreuk zeer waarschijnlijk ook niet terecht zijn en heeft de eiser geen recht op schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.

Daarnaast wordt, ter verdediging van het standpunt dat het wenselijk is dat de Nederlandse rechter gebonden is aan een beslissing van de NMa of een andere bij het *European Competition Network* aangesloten mededingingsautoriteit, wel een vergelijking gemaakt met artikel 161 Rv. In deze bepaling is neergelegd dat een in kracht van gewijsde gegaan op tegenspraak gewezen vonnis, waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs oplevert van dat feit.

Haak & VerLoren van Themaat wijzen erop dat de feitenvaststelling door de NMa bij de totstandkoming van een besluit onvergelijkbaar is met de wijze waarop in een strafrechtelijke procedure de feiten door een onafhankelijke en onpartijdige rechter worden vastgesteld in een procedure die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM.[327] Een bepaling, die besluiten van de NMa of een andere mededingingsautoriteit op dezelfde manier behandelt als artikel 161 Rv doet met een in kracht van gewijsde gegaan op tegenspraak gewezen

327 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 43.

vonnis van de Nederlandse strafrechter, verdient dan ook geen navolging. De NVvR heeft zich in een reactie op het Groenboek ook negatief uitgelaten over de suggestie om aan besluiten van mededingingsautoriteiten van de lidstaten dwingende bewijskracht toe te kennen.[328]

De omkering van de bewijslast ingeval de mededingingsautoriteit reeds heeft geoordeeld dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht, is een andere door de Commissie in het Groenboek voorgestelde optie (optie 8). Dit kan een voordeel voor de gelaedeerde zijn. Daarbij plaats ik gelijk de kanttekening dat het in de praktijk voor de gelaedeerde makkelijk zal zijn om met het inbreukbesluit van de NMa in de hand de burgerlijke rechter te overtuigen van de mededingingsinbreuk. Het voordeel is dus beperkt. In het BW zijn soortgelijke omkeringen van de bewijslast onder meer te vinden in artikel 7:658 BW (werkgeversaansprakelijkheid) en artikel 6:237 BW (grijze lijst van bedingen in algemene voorwaarden).[329]

Bij de eventuele invoering zou een omkering van de bewijslast alleen van toepassing dienen te zijn indien besluiten van de mededingingsautoriteit definitief zijn geworden. Indien nog beroep mogelijk is, moet de burgerlijke rechter vrij zijn te oordelen zoals hem goeddunkt. Een vroegere binding van de onafhankelijke burgerlijke rechter aan de uitspraak van een overheidsorgaan lijkt mij ongezond.[330] Naast het beperkte voordeel moet ook gekeken worden naar de mogelijke nadelen. Kan de invoering van een dergelijke omkering van de bewijslast kwaad?

Haak & VerLoren van Themaat stellen de vraag of het beoogde doel van een effectievere handhaving van het mededingingsrecht door civiele partijen voldoende rechtvaardigt dat de uit het civiele (proces)recht voortvloeiende verhoudingen moeten worden verstoord door de invoering van een wettelijk vermoeden (zeker gelet op het feit dat de gelaedeerde niet altijd de zwakkere partij zal zijn, maar ook een concurrerende sterke onderneming kan zijn en het privaatrecht niet alleen voor handhaving van publieke belangen is bedoeld). Deze vraag hangt natuurlijk samen met de fundamentele vraag of alle maatregelen die de Commissie voorstelt om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren wel echt noodzakelijk en gerechtvaardigd zijn. Alles overwegende, lijkt mij de omkering van de bewijslast naar Nederlands recht een overbodige bepaling.

Haak & VerLoren van Themaat overwegen nog de invoering van een verzwaarde motiveringsplicht voor de burgerlijke rechter bij afwijking van een besluit van een mededingingsautoriteit. De burgerlijke rechter zou dan – op het punt van de aanname van een inbreuk op het mededingingsrecht –

328 De reactie is te raadplegen op de website van het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie.

329 Tevens valt te denken aan art. 2:138 (boekhoudplicht bestuurder). Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 43.

330 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 43.

moeten motiveren op welke gronden inhoudelijk van de beslissing van de mededingingsautoriteit wordt afgeweken. Als gevolg hiervan zal de rechter bij twijfel geneigd zijn in het voordeel van de gelaedeerde te beslissen. Hier zal ook weer moeten worden bepaald of een dergelijke verzwaarde motiveringsplicht reeds geldt als nog beroep kan worden ingesteld bij de bestuursrechter of dat het moet gaan om een onherroepelijk besluit. Daarnaast zal moeten worden bepaald of de verzwaarde motiveringsplicht ook geldt voor mededingingsautoriteiten uit de lidstaten of alleen voor de NMa.

Een verzwaarde motiveringsplicht kan een instrument zijn dat zonder al te grote problemen kan worden ingevoerd. Het dwingt de rechter in ieder geval zorgvuldig te motiveren waarom wordt afgeweken van het besluit van de NMa. Daarnaast gaat het minder ver dan de omkering van de bewijslast.

9.5.7.7 Het Witboek; bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten

a. Het voorstel van de Commissie

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat een nationale rechter – die zich moet uitspreken over schadevergoedingsacties wegens schending van de artikelen 81 of 82 EG – geen besluit kan nemen dat in strijd is met een eindbesluit van een bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededingingsautoriteit of een uitspraak van de beroepsrechter.[331] Het dient dan te gaan om een eindbesluit waarin een inbreuk op de artikelen 81 of 82 EG is vastgesteld of ten aanzien waarvan een beroepsrechter een einduitspraak heeft gedaan waarin de beschikking van de nationale mededingingsautoriteit wordt bevestigd of waarin die rechter zelf een inbreuk vaststelt.

Het dient bij deze regel te gaan om onherroepelijke besluiten waarbij de gedaagde alle beroepsmogelijkheden heeft uitgeput. Tevens heeft deze regel alleen betrekking op dezelfde praktijken en dezelfde onderneming of ondernemingen ten aanzien waarvan de nationale mededingingsautoriteiten of beroepsrechters een inbreuk hebben vastgesteld.

De Commissie denkt dat bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten tot een (door de verschillende nationale instanties) coherentere toepassing van de artikelen 81 en 82 EG zal leiden en tot een vergroting van de rechtszekerheid. Tevens zal volgens de Commissie de doeltreffendheid en de proceseconomie bij schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels aanzienlijk worden verhoogd. De feiten en de juridische kwesties die reeds door een gespecialiseerde overheidsinstantie en (in het geval van beroep) de bestuursrechter zijn onderzocht en beoordeeld,

331 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.3.

hoeven niet opnieuw door de civiele rechter te worden onderzocht. Deze herhaling van de feitelijke en juridische beoordeling resulteert volgens de Commissie in aanzienlijke extra kosten, vertraging en grotere onvoorspelbaarheid voor de schadevergoedingsacties van de gelaedeerden.[332]

b. Kanttekeningen

Bij het voorstel van de Commissie dienen verschillende kanttekeningen te worden gemaakt. In de eerste plaats is in § 9.6.7.6 reeds besproken waarom het voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht niet noodzakelijk is dat de Nederlandse rechter gebonden is aan een beslissing van de NMa, een eindbesluit van een bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededingingsautoriteit of een uitspraak van de beroepsrechter.

In de tweede plaats miskent de in het Witboek voorgestelde binding van de nationale rechter aan een uitspraak van een nationale mededingingsautoriteit van een andere EU lidstaat de onafhankelijkheid van de nationale rechter en de zelfstandigheid van de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Er is in principe geen hiërarchische verhouding tussen de twee vormen van handhaving. Het voorstel in het Witboek zou in strijd kunnen zijn met de scheiding der machten en de rechterlijke onafhankelijkheid.[333]

De nationale rechter is als decentrale gemeenschapsrechter niet gebonden aan beslissingen van de Europese Commissie als *mededingingsautoriteit*, maar aan beslissingen van de Europese Commissie als *supranationale gemeenschapsinstelling* die getoetst kunnen worden door de centrale gemeenschapsrechters (GvEA EG en HvJ EG).[334] Dit is een verschil met het voorstel in het Witboek.

In de derde plaats kan het voorstel in het Witboek een negatieve werking hebben op de bestuursrechtelijke handhaving. Zo kan het leiden tot de situatie dat aangeklaagde schenders van het mededingingsrecht minder snel zullen schikken met een nationale mededingingsautoriteit (denk aan het aanvragen van een toezeggingsbesluit in de zin van hoofdstuk 5A Mw).[335] Tevens zullen ondernemingen naar verwachting eerder bezwaar en beroep aantekenen tegen boetebesluiten van de nationale mededingingsautoriteit wegens de gevolgen in mogelijke civielrechtelijke vervolgprocedures. Dit is in strijd met het stimuleringsbeleid van de Commissie en de NMa om met ondernemingen die het mededingingsrecht hebben geschonden een schikking overeen te komen.[336]

In de vierde plaats dient rekening te worden gehouden met het feit dat de bescherming die de bestuursrechter in Nederland biedt minder effectief

332 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.3.
333 Komninos 2008, p. 15-16.
334 Komninos 2008, p. 16; Vgl. O'Keeffe 2001, p. 301-311.
335 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.
336 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.

lijkt te zijn dan de bescherming die de burgerlijke rechter biedt. Bij de burgerlijke rechter is in beginsel geen plaats voor een marginale toetsing van de stelling van een van de procespartijen.[337] Tevens is het, gelet op de verschillende materiële en procedurele maatstaven, de vraag of de rechtsbescherming die de nationale beroepsrechters en de bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededingingsautoriteiten bieden niet te ver uiteenloopt binnen de EU.[338]

Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart wijzen in hun bijdrage over het Witboek op het arrest *Coats* van het GvEA EG.[339] Het GvEA EG wijst in *Coats* op het feit dat de verzwaarde normen voor een *criminal charge* van artikel 6 EVRM van toepassing zijn op de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[340] Als gevolg van die verzwaarde normen dient in de eerste plaats de bewijslast bij de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit te liggen Zie ook de jurisprudentielijn van het HvJ EG in de zaken *Baustahlgewebe* en *Anic*.[341] In deze arresten is bepaald dat het aan de Commissie is om de door haar vastgestelde inbreuk te bewijzen en de elementen te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk bewijzen. In de tweede plaats geldt een onschuldvermoeden (artikel 6 lid 2 EVRM) en in de derde plaats dient de bestuursrechter een besluit tot oplegging van een bestuursrechtelijke boete in volle omvang te kunnen toetsen (vgl. mijn bespreking in § 7.10.7.2).[342] Uit het *Coats*-arrest blijkt dat de Commissie in de eerste plaats een overtreding dient vast te stellen en in de tweede plaats haar overtuiging dat de vermeende overtreding een merkbare beperking van de mededinging bevat, dient te ondersteunen met 'nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen'.[343] De bestuursrechter dient vervolgens naar twee vragen te kijken. Is er een afspraak tot stand gekomen en had deze afspraak als oorzaak of gevolg een merkbare beperking van de mededinging. Bij de vraag of er een afspraak tot stand is gekomen dient de

337 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.

338 Vgl. Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 144-145.

339 GvEA EG 12 september 2007, zaak T-36/05 *(Coats)*, *Jur.* 2007, p. II-110.; Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.

340 GvEA EG 12 september 2007, zaak T-36/05 *(Coats)*, *Jur.* 2007, p. II-110. Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.

341 HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95 *(Baustahlgewebe)*, *Jur.* 1998, p. I-8417; HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P *(Anic)*, *Jur.* 1999, p. 4125.

342 EHRM 23 juni 1981, zaaknrs. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 *(Le Compte, Van Leuven & De Meyere/België)*, r.o. 51; EHRM 10 februari 1983, zaaknr. 7299/75, *NJ* 1987, 315 *(Albert & Le Compte/België)*, r.o. 29. Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.

343 Zie ook de verwijzing van het GvEA EG in *Coats* naar GvEA EG 27 september 2006 *(Dresdner Bank)*, gevoegde zaken T-44/02, T-54/02, T-56/02, T-60/02 en T-61/02, *Jur.* 2006, p. II-3567 en GvEA EG 21 januari 1999, gevoegde zaken T-185/96, T-189/96 en T-190/96 *(Riviera Auto Service)*, *Jur.* 1996, p. II-110.

beoordelingsmaatstaf van het *Aalborg Portland*-arrest te worden gehanteerd.[344] Het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst moet volgens het *Aalborg Portland*-arrest (r.o. 57)

> 'in de meeste gevallen (…) worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.'[345]

Bij de vraag of deze afspraak als oorzaak of gevolg een merkbare beperking van de mededinging heeft veroorzaakt, wordt slechts een marginale toetsing gehanteerd.[346] Het HvJ EG overweegt in *Aalborg Portland* (r.o. 279):

> 'De toetsing door de gemeenschapsrechter van de ingewikkelde economische analyse door de Commissie moet zich noodzakelijkerwijs beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie met name arrest van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie, 42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34, en arrest BAT en Reynolds/Commissie, reeds aangehaald, punt 62).'

Eenzelfde toetsing zal over het algemeen worden gehanteerd door de nationale (bestuurs)rechters die de besluiten van de nationale mededingingsautoriteiten dienen te toetsen in beroep. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) formuleert de toetsingsmaatstaf in *Mobile operators* als volgt (r.o. 9.2):

> 'Zoals het College heeft overwogen in zijn uitspraak Essent en Edon/NMa (uitspraak van 27 september 2002, Awb 01/633, www.rechtspraak.nl: LJN AE8688) heeft NMa een zekere beoordelingsvrijheid bij zijn [haar, EJZ] waardering van economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw. Dit neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 56, eerste lid, Mw is voldaan. Hierbij dient niet alleen te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Met name dient de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de

344 HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 PC-213 P, C-217/00 P en C-219/00 P *(Aalborg Portland)*, *Jur.* 2004, p. I-123.

345 HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 PC-213 P, C-217/00 P en C-219/00 P *(Aalborg Portland)*, *Jur.* 2004, p. I-123.

346 HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 PC-213 P, C-217/00 P en C-219/00 P *(Aalborg Portland)*, *Jur.* 2004, p. I-123, r.o. 279. Zie ook Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143.

> samenhang te controleren, maar moet hij ook beoordelen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.'[347]

Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart beschouwen de toetsing die het CBB vereist lichter van aard dan de toetsing die het HvJ EG en het GvEA EG hanteren. Het 'aannemelijk maken' van het CBB lijkt minder ver te gaan dan de 'nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen' van het GvEA EG. In de praktijk lijkt dit verschil echter minder groot te zijn.[348] In ieder geval is duidelijk dat de NMa de nodige beoordelingsvrijheid heeft bij haar waardering van economische feiten en omstandigheden in het licht van de bepalingen van de Mw. Anders dan in de bestuursrechtelijke procedure is in een civielrechtelijke procedure geen ruimte voor een marginale toetsing van de stellingen van een van de procespartijen. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming voor de laedens lijkt er als gevolg van het voorstel in het Witboek sprake te zijn van enige achteruitgang. De nationale rechter kan immers volgens het voorstel geen besluiten nemen die in strijd zijn met een eindbesluit van een bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededingingsautoriteit of een uitspraak van de beroepsrechter.

In de vijfde plaats valt te wijzen op de door Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart genoemde problematiek van de hoofdelijke aansprakelijkheid van moedervennootschappen. Indien de betrokken vennootschappen niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen, zijn volgens het Europees mededingingsrecht verschillende vennootschappen die tot eenzelfde concern behoren een economische eenheid en dus een onderneming in de zin van de artikelen 81 EG en 82 EG.[349] Bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht richten de Commissie en de NMa een boetebesluit niet alleen aan de vennootschap die rechtstreeks bij een schending van het mededingingsrecht is betrokken, maar ook (hoofdelijk) aan moedervennootschappen. Moeder- en dochtervennootschap maken mededingingsrechtelijk gezien deel uit van dezelfde onderneming.[350] Het GvEA EG heeft in *Akzo Nobel* geoordeeld dat de verhouding tussen de moeder en een volledige (100%) dochter voldoende is voor het bestaan van een weerlegbaar vermoeden dat de moeder beslissende invloed uitoefent op het gedrag van de dochter en dat zij als gevolg daarvan

---

347 CBB 31 december 2007 *(Mobile operators)*, *LJN* BC1396. Opvallend is dat het CBB de NMa in *Mobile operators* de ene keer als vrouwelijk heeft beschouwd (zij/haar) en de andere keer als mannelijk (zijn).

348 Zie Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 143-144. Zie bijvoorbeeld CBB 31 december 2007 *(Mobile operators)*, *LJN* BC1396, r.o. 9.3.2.

349 GvEA EG 30 september 2003, zaak T-203/01 *(Michelin/Commissie)*, *Jur.* 2003, p. II-4071, r.o. 290.

350 Zie GvEA EG 12 december 2007, zaak T-112/05 *(Akzo Nobel)*, *Jur.* 2007, p. II-5049, r.o. 57-59.

een onderneming zijn in de zin van het mededingingsrecht.[351] De Commissie kan de moedermaatschappij in dat geval hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij bewijst dat haar dochteronderneming haar instructies niet eerbiedigt en zich derhalve op de markt autonoom gedraagt. De moeder zal het vermoeden dus moeten weerleggen door bewijzen voor de autonomie van haar dochter aan te voeren.[352]

De NMa, de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) hanteren een soortgelijke interpretatie van het mededingingsrecht bij aansprakelijkheid in concernverband.[353] Dit zal volgens de NMa te maken hebben met de effectiviteit van de handhaving.[354] Het is naar aanleiding van het voorstel van de Commissie in het Witboek de vraag of een besluit van een nationale mededingingsautoriteit (of de Commissie) – waarin wordt vastgesteld dat een moederonderneming hoofdelijk aansprakelijk is voor de schendingen van het mededingingsrecht door een dochteronderneming – ook bindend is voor de burgerlijke rechter. Indien de moederonderneming niets te maken heeft gehad met de schendingen van het mededingingsrecht van de dochteronderneming, kan de moederonderneming civielrechtelijk niet zo makkelijk worden aangesproken. De moederonderneming heeft in dat geval geen onrechtmatige daad gepleegd, is niet hoofdelijk aansprakelijk en kan niet direct worden vereenzelvigd met de dochteronderneming.[355]

---

351 Er bestaat nog wel steeds discussie of de verhouding tussen de moeder en een volledige dochter voldoende is om een weerlegbaar vermoeden op te leveren dat de moeder beslissende invloed uitoefent op het gedrag van de dochter en dat zij als gevolg daarvan een onderneming zijn in de zin van het mededingingsrecht (*AEG*-jurisprudentie) of dat bijkomende omstandigheden zijn vereist voor de aanname van een dergelijk vermoeden (*Stora*-jurisprudentie). Het GvEA EG kiest in *Akzo Nobel* voor de AEG interpretatie. Tegen het arrest is op 3 maart 2008 door Akzo Nobel beroep aangetekend bij het HvJ EG (zaak C-97/08 P). Akzo Nobel stelt dat het GvEA EG het begrip 'onderneming' in de zin van art. 81 EG en art. 23, lid 2 Verordening 1/2003, zoals het door het HvJ EG is uitgelegd in de rechtspraak inzake de toerekening van onrechtmatige handelingen van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij, onjuist heeft toegepast. Zie voor het weerlegbaar vermoeden bij een volledige dochter HvJ EG 25 oktober 1983, zaak 107/82 *(AEG-Telefunken)*, *Jur.* 1983, p. 3151, r.o. 50; GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 t/m T-307/94, T-313/94 t/m T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 *(LVM)*, *Jur.* 1999, p. II-931, r.o. 59, 961 en 984. Zie voor de bijkomende omstandigheden HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P *(Stora)*, *Jur.* 2000, p. I-9925.

352 GvEA EG 27 september 2006, zaak T-314/01 *(Avebe)*, *Jur.* 2006, p. II-3085, r.o. 136; HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P *(Stora)*, *Jur.* 2000, p. I-9925, r.o. 29.

353 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 144. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 13 februari 2004, *LJN* AO3912 *(Secon Group & G-Star/NMa)* en in beroep CBB 7 december 2005, *LJN* AU8309.

354 Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 144. Zie NMa besluit 21 april 2004, zaak 1615 *(fietsfabrikantenzaak)*.

355 Vgl. Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 144.

9.5.8 De vertrouwelijkheid van informatie en dossierstukken en de rechter

9.5.8.1 Inleiding

Tussen het belang van de overtreder van het mededingingsrecht en het belang van de gelaedeerde van een overtreding van het mededingingsrecht zit veelal een discrepantie. De overtreder wil dat er zo weinig mogelijk vertrouwelijke bedrijfsgeheimen bekend worden gemaakt, terwijl de gelaedeerde veelal belang heeft bij zoveel mogelijk openheid van zaken. Met dit probleem hangt samen het ook in artikel 6 EVRM neergelegde fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor. De vraag is hoe de belangen van waarheidsvinding en hoor en wederhoor zich verhouden met het recht op geheimhouding.

9.5.8.2 Uitwisseling van vertrouwelijke informatie

Op grond van het fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor zoals ook neergelegd in artikel 6 EVRM zal de rechter zijn beslissing alleen mogen baseren op gegevens van feitelijke aard waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en gedurende het proces ter discussie hebben kunnen stellen.[356] Een concurrent die een overtreder van het mededingingsrecht dagvaardt, zal al snel inzage kunnen verkrijgen in bedrijfsgegevens die concurrentiegevoelig zijn. In dit licht wijzen Haak & VerLoren van Themaat op de door Asser voorgestelde mogelijkheid om de wederpartij iemand te laten aanwijzen aan wie de vertrouwelijke stukken ter inzage worden gegeven.[357] Deze persoon zou dan kunnen beoordelen of het nodig is bezwaar te maken tegen overlegging van de vertrouwelijke stukken aan de rechter zonder dat de gelaedeerde de gegevens kent.[358]

Het recht op geheimhouding in een procedure lijkt bij de totstandkoming van het nieuwe bewijsrecht in 1988 over het hoofd te zijn gezien. Bij de herziening van het procesrecht in 2002 heeft het ook nauwelijks aandacht gekregen.[359] Vranken heeft er voor gepleit dat niet alleen geheimhoudingsplichten die met een verschoningsrecht worden versterkt geregeld moeten worden, maar ook het recht op geheimhouding in gevallen waarin bijvoorbeeld de verlangde informatie of bescheiden privé dienen te kunnen blijven of bedrijfsgeheimen betreffen die niet in handen van de wederpartij mogen komen.[360]

---

356 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742 m.nt. HJS *(Copo/Berger)*. Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 46.

357 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 46; Asser 1991, p. 17 e.v.

358 Zie ook Van Nispen 1993, p. 23 e.v.; Vgl. *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 155.

359 Vgl. de noot van annotator J.B.M. Vranken onder HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 *(Lightning Casino/Nederlandse Antillen)*. Zie ook Vranken 1986, p. 18-20, 126 e.v.

360 Vranken 1990, p. 225-233. Zie ook de in de annotatie van Vranken vermelde literatuur waaronder Wachter 1988, p. 387-390; Asser 1991, p. 17-20; Van Nispen 1993, p. 23-24; Hammerstein 1997, p. 94-95.

Vranken beschouwt een dergelijk recht op geheimhouding als een logische consequentie van de ontwikkeling in het procesrecht, ook in Nederland, waarin partijen meer en meer gehouden zijn informatie te verstrekken en bescheiden over te leggen. Hij maakt daarbij de vergelijking met een aantal in 2002 ingevoerde regels. Te denken valt aan:

- de waarheidsplicht ex artikel 21 Rv;
- het bevel tot toelichting en overlegging van bescheiden ex artikel 22 Rv;
- de verplichting dat het exploot van de dagvaarding de bewijsmiddelen waarover eiser kan beschikken vermeldt en tevens de getuigen vermeldt die hij kan horen ter staving van de betwiste gronden van de eis ex artikel 111 lid 3 Rv jo artikel 120 lid 4;
- de verplichting dat de gedaagde alle excepties en zijn antwoord ten principale tegelijk naar voren brengt en dat tevens de conclusie van antwoord de bewijsmiddelen vermeldt waarover gedaagde kan beschikken en de getuigen vermeldt die hij daartoe (tot staving van de gronden van zijn verweer) kan horen ex artikel 128 Rv.

Hoewel de Hoge Raad bij het professionele verschoningsrecht een ruime marge geeft aan degene die zich op een verschoningsrecht beroept om zelf te beoordelen of dit recht hem wel of niet toekomt, heeft de Hoge Raad in gevallen waarin het verschoningsrecht niet speelt, de uiteindelijke beoordeling van de gegrondheid van het inroepen van het recht op geheimhouding wel in handen van de rechter gelegd.

In de uitspraak *Lightning Casino/Nederlandse Antillen* heeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 4.4.6 aansluiting gezocht bij de Awb, in het bijzonder artikel 8:29 lid 3, 4 en 5 Awb.[361] De Hoge Raad zorgt er eigenlijk voor dat artikel 8:29 lid 3, 4 en 5 Awb via jurisprudentierecht niet alleen in bestuursrechtelijke procedures, maar ook in civielrechtelijke procedures van toepassing is. Hoewel de wetgever in de artikelen 22 en 843a lid 4 Rv aansluiting heeft gezocht bij artikel 8:29 Awb, is de wetgever niet verder gegaan dan het feit dat de rechter beslist of sprake is van gewichtige redenen, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking mag maken die hij geraden acht.[362] De Hoge Raad gaat verder dan de wetgever. Na te hebben geconcludeerd dat het vonnis van het Hof niet in stand kan blijven en de overige onderdelen van het middel geen bespreking behoeven, merkt de Hoge Raad met het oog op de behandeling van het geding na verwijzing het volgende op (r.o. 4.4.6):

> '(i) (…) De vraag of gewichtige redenen geheimhouding met betrekking tot een bepaald stuk of bepaalde inlichtingen rechtvaardigen, zal de rechter in het algemeen

361 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV *(Lightning Casino/Nederlandse Antillen)*. Zie over deze uitspraak ook Van der Korst 2004, p. 301.

362 Zie ook de annotatie van J.B.M. Vranken (sub 5) onder HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 *(Lightning Casino/Nederlandse Antillen)*.

niet kunnen beantwoorden zonder kennis te nemen van dat stuk of die inlichtingen. Het Hof zal dan ook kunnen verlangen dat het Land daaraan meewerkt. Overigens valt ook niet in te zien waarom het Land, dat in de LOB-procedure de brief van 18 september 1996 van de *VN*A uitsluitend ter kennisneming van het Gerecht heeft overgelegd, dit stuk in de onderhavige procedure niet met het oog op de door het Hof te nemen beslissing met betrekking tot de door het Land verlangde geheimhouding uitsluitend ter kennisneming van het Hof zou kunnen overleggen.
(ii) Mocht het Hof tot het oordeel komen dat geheimhouding om gewichtige redenen gerechtvaardigd is, dan kan het Land desgewenst mededelen dat, met het oog op de beoordeling van de onderhavige vorderingen van Lightning Casino c.s., uitsluitend het Hof kennis zal mogen nemen van bedoelde brief, dan wel van bepaalde daarin vervatte inlichtingen, in welk geval aan Lightning Casino c.s. dient te worden gevraagd of zij aan het Hof toestemming verlenen mede op grond van die brief of inlichtingen uitspraak te doen.
(iii) In het geval een dergelijke mededeling niet door het Land wordt gedaan, dan wel bedoelde toestemming niet door Lightning Casino c.s. wordt verleend, brengen eisen van een behoorlijke rechtspleging mee dat de leden van het Hof die over de geheimhouding hebben beslist, geen deel uitmaken van de kamer die het geding daarna verder behandelt.
(iv) In dat laatste geval zal het Hof bij de vervolgens aan de orde komende toetsing van het besluit tot weigering van de vergunning, mocht het Hof tot het oordeel komen dat zodanige toetsing niet mogelijk is zonder tenminste enige informatie over de (aard en inhoud van de) ten aanzien van de directie van Lightning Casino gerezen bezwaren die de Gouverneur bij zijn beoordeling heeft betrokken, en dat het besluit op die grond dan ook zou moeten worden vernietigd, het Land in de gelegenheid kunnen stellen zodanige informatie alsnog te verstrekken.'

Hoewel deze uitspraak bestuursrechtelijk van aard is (de Nederlandse Antillen kende destijds nog geen apart stelsel voor bestuursrechtspraak), is annotator J.B.M. Vranken terecht van mening dat de uitspraak van de Hoge Raad niet beperkt is tot gevallen van bestuursrechtelijke aard, maar ook geldt in civielrechtelijke procedures.[363] Hij is van mening dat er 'ruimte moet zijn

363 Vranken wijst ook op de gang van zaken in industriële eigendomsprocedures waarin vertrouwelijke informatie soms wel aan de advocaat van de wederpartij ter hand wordt gesteld. De advocaat kan op de ter hand gestelde informatie reageren terwijl het hem tegelijkertijd verboden is om gegevens door te spelen naar zijn cliënt. Vranken merkt over deze gang van zaken op: 'Ik acht deze aanpak ook na de onderhavige uitspraak nog steeds mogelijk. Toelaatbaar is m.i. eveneens om bijvoorbeeld namen en adressen door te strepen of niet te hoeven noemen, passages in schriftelijke stukken zwart te kleuren, kernbestanddelen eruit te lichten met weglating van de gevoelige informatie, en een verbod de gegevens in andere procedures te gebruiken. Ook een "special counsel", bijvoorbeeld in zaken van staatsbelang, of een vertrouwenspersoon zoals voorgesteld door van Nispen, t.a.p., is m.i., anders dan de regering vreesde (PG Burgerlijk Procesrecht, van Mierlo/Bart, 2002, p. 155) niet uitgesloten. Zie voor andere voorbeelden art. 31.19 Civil Procedure Rules in Engeland. De botsing van het belang van waarheidsvinding en hoor en wederhoor met het recht op geheimhouding kan zich in veel verschillende varianten voordoen. Daar past geen eenheidsoplossing bij.'

voor op het type geval toegespitste creatieve vondsten' voor de beantwoording van de vraag hoe nu om te gaan met de botsing van het belang van waarheidsvinding en hoor en wederhoor met het recht op geheimhouding. Met het oog op artikel 6 EVRM is de plicht tot het verschaffen van informatie en het overleggen van bescheiden niet absoluut (zie rechtsoverweging 4.4.4). Vranken wijst op het feit dat de geheimhouding proportioneel moet zijn en een voldoende tegenwicht moet vinden in procedurele garanties.[364] Hij is mijns inziens terecht van oordeel dat de procedurele garanties die de Hoge Raad in de onderhavige zaak heeft ontleend aan artikel 8:29 Awb de toets van artikel 6 EVRM ruimschoots kunnen doorstaan.

Overigens zou kunnen worden verdedigd dat het afwegingskader van artikel 8:29 Awb in algemene zin vervangen moet worden door de afweging van het HvJ EG in de zaak *Varec/Belgische Staat* (r.o. 53).[365] In *Varec/Belgische Staat* heeft het HvJ EG bepaald dat de nationale rechter in aanbestedingszaken (r.o. 43)

> '[moet] kunnen beslissen dat informatie die is vervat in het dossier betreffende een dergelijke aanbesteding, niet aan partijen en hun advocaten wordt doorgegeven, indien dat noodzakelijk is om de door het gemeenschapsrecht gewenste bescherming van de eerlijke mededinging of van de rechtmatige belangen van de economische subjecten te verzekeren.'

Vervolgens gaat het HvJ EG nader in op de vraag of dit standpunt in overeenstemming is met het recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. Het HvJ EG overweegt (r.o. 46-47):

> 'Er zij op gewezen dat artikel 6, lid 1, EVRM onder meer bepaalt dat "eenieder recht [heeft] op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht [...]". Volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens vormt het feit dat een procedure op tegenspraak plaatsvindt één van de elementen voor de beoordeling of zij eerlijk is, maar is het niet uitgesloten dat dit moet worden afgewogen tegen andere rechten en belangen.
> Ingevolge het beginsel van hoor en wederhoor hebben de procespartijen in de regel het recht kennis te nemen van de bewijzen en de opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd en hierover hun standpunt kenbaar te maken. In bepaalde gevallen kan het evenwel noodzakelijk zijn dat bepaalde gegevens niet aan partijen worden meegedeeld teneinde de fundamentele rechten van een derde te vrijwaren of een belangrijk algemeen belang veilig te stellen (zie Europees Hof voor de rechten van de mens, arresten van 16 februari 2000, Rowe en Davis v Verenigd Koninkrijk,

364 Zie de annotatie van J.B.M. Vranken (sub 10) onder HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 *(Lightning Casino/Nederlandse Antillen)*. Zie ook de daar door hem vermelde jurisprudentie van het EHRM.

365 HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06 *(Varec/Belgische Staat)*, *Jur.* 2008, p. I-581, *AB* 2008, 341 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *NJ* 2008, 271 m.nt. MRM.

> Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 61, en 24 april 2007, V. v Finland, nog niet gepubliceerd, § 75).'

Het recht op eerbiediging van het privéleven van artikel 8 EVRM (dat ook van toepassing kan zijn op beroeps- of handelsactiviteiten van een natuurlijke persoon of rechtspersoon), het erkende algemene beginsel van de bescherming van zakengeheimen en het behoud van een eerlijke mededinging in aanbestedingsprocedures kunnen een beperking rechtvaardigen van het recht op een eerlijk proces.[366] In het kader van een aanbestedingsprocedure (r.o. 51)

> 'impliceert het beginsel van hoor en wederhoor voor partijen derhalve niet het recht op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle bij de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie ingediende gegevens betreffende deze aanbestedingsprocedure. Dit recht op toegang moet daarentegen in evenwicht worden gebracht met het recht van andere economische subjecten op bescherming van hun vertrouwelijke gegevens en hun zakengeheimen.'

In *Varec/Belgische Staat* overweegt het HvJ EG (r.o. 52-54):

> 'Het beginsel van bescherming van vertrouwelijke gegevens en van zakengeheimen moet aldus worden toegepast dat het zich verdraagt met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en met de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen (zie naar analogie arrest van 13 juli 2006, Mobistar, C-438/04, Jurispr. blz. I-6675, punt 40) en, in het geval van een beroep bij een rechter of bij een instantie die een gerecht is in de zin van artikel 234 EG-Verdrag, dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.
> Daartoe moet de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie noodzakelijkerwijs kunnen beschikken over de informatie, daaronder begrepen de vertrouwelijke informatie en de zakengeheimen, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen (zie naar analogie arrest Mobistar, reeds aangehaald, punt 40).
> Gezien de bijzonder ernstige schade die uit de onrechtmatige mededeling van bepaalde informatie aan een concurrent kan voortvloeien, moet voornoemde instantie, alvorens deze informatie mede te delen aan een procespartij, het betrokken economische subject de mogelijkheid geven zich erop te beroepen dat de informatie een vertrouwelijk karakter heeft of een zakengeheim uitmaakt (zie naar analogie arrest AKZO Chemie en AKZO Chemie UK/Commissie, reeds aangehaald, punt 29).'

De uitspraak *Varec/Belgische Staat* heeft in beginsel slechts betrekking op aanbestedingsgeschillen.[367] Het door het HvJ EG verwoorde uitgangspunt dat

366 R.o. 48-50.

367 De uitspraak lijkt ook direct van toepassing te zijn in telecommunicatiezaken nu het HvJ EG in r.o. 53 verwijst naar de zaak *Mobistar*. Het CBB zal dan ook art. 8:29 Awb buiten toepassing moeten laten indien art. 8:29 Awb verhindert dat de nationale rechter moet kunnen beschikken over alle informatie die vereist is om met volledige kennis van zaken

de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie noodzakelijkerwijs moet kunnen beschikken over de informatie – daaronder begrepen de vertrouwelijke informatie en de zakengeheimen – die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen, vertoont echter sterke gelijkenis met het algemeen geldende vereiste van artikel 6 EVRM van *full jurisdiction*. Op grond daarvan moet de nationale rechter bevoegd zijn 'to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it'.[368] Zie over het vereiste van *full jurisdiction* ook § 7.10.7.2 (c).

9.5.8.3 Deelconclusie

Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is van belang dat uit de zojuist in § 9.5.8.2 besproken uitspraak van de Hoge Raad (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*) kan worden afgeleid dat de rechter alleen kennis kan nemen van de vertrouwelijke informatie indien de vermeende laedens toestemming heeft verleend.[369] De vermeende laedens zal moeten kiezen tussen twee opties. Enerzijds het geheimhouden van bepaalde concurrentiegevoelige informatie met het daarbij gepaard gaande risico van het verlies van de procedure. Anderzijds de wetenschap dat het vonnis mede op grond van de geheime informatie zal worden gewezen met het daarmee gepaard gaande gevaar dat concurrentiegevoelige informatie bij de verkeerde personen op tafel belandt.[370] Dit laatste zal zich vooral voordoen indien de rechter zijn uitspraak niet naar behoren kan motiveren zonder de inhoud van de concurrentiegevoelige informatie te openbaren. Ingeval de rechter zijn uitspraak niet goed zou kunnen motiveren zonder de inhoud van de concurrentiegevoelige informatie te openbaren, zal hij de concurrentiegevoelige informatie bij zijn oordeel buiten beschouwing moeten laten. Dit komt uiteraard voor risico van de partij die de informatie geheim wil houden.[371] De zaak *Varec/Belgische Staat* en het algemeen geldende vereiste van *full jurisdiction* in de zin van artikel 6 EVRM zullen daar in civiele procedures op grond van een schending van het mededingingsrecht geen verandering in brengen.[372] Bij vertrouwelijke gegevens die een partij aan de rechter wil overleggen en die niet bekend mogen

uitspraak te doen. Zie R.J.G.M. Widdershoven in zijn annotatie in de *AB* onder HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06 *(Varec/Belgische Staat)*, *Jur.* 2008, p. I-581, *AB* 2008, 341, *NJ* 2008, 271 m.nt. MRM.

368 EHRM 23 juni 1981, zaaknrs. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 *(Le Compte, Van Leuven & De Meyere/België)*, r.o. 51; EHRM 10 februari 1983, zaaknr. 7299/75, *NJ* 1987, 315 *(Albert & Le Compte/België)*, r.o. 29. Zie R.J.G.M. Widdershoven in zijn annotatie in de *AB* onder HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06 *(Varec/Belgische Staat)*, *Jur.* 2008, p. I-581, *AB* 2008, 341, *NJ* 2008, 271 m.nt. MRM.

369 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 47.

370 Zie ook Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 48.

371 Asser 1991, p. 17 e.v.; Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 49.

372 HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06 *(Varec/Belgische Staat)*, *Jur.* 2008, p. I-581, *AB* 2008, 341 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *NJ* 2008, 271 m.nt. MRM.

worden bij de wederpartij mag de burgerlijke rechter slechts in uitzonderlijke situaties kennis nemen van de gegevens.[373] Toestemming van de wederpartij kan een dergelijke uitzonderlijke situatie zijn.[374]

9.5.9 De toegang van benadeelde derden tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten

9.5.9.1 Inleiding

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan het verkrijgen van toegang tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten van doorslaggevend belang zijn voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk. Heeft de gelaedeerde die zijn vordering tot schadevergoeding wil onderbouwen met dossierstukken van de mededingingsautoriteit recht op toegang tot de betreffende dossierstukken?

Indien het gaat om dossierstukken van de Commissie, moet gekeken worden naar de zogenaamde 'Eurowob' (Verordening 1049/2001).[375] De Eurowob kan gezien worden als een rechtstreeks uitvloeisel van het transparatiebeginsel in de zin van artikel 255 EG.[376] In artikel 255 EG is het principiële recht op toegang tot alle documenten van de instellingen neergelegd. De Eurowob voorziet in het recht van eenieder op toegang tot alle documenten van de instellingen van de EG, uitgezonderd interne stukken of stukken waarop een van de vier uitzonderingsgronden van de Eurowob van toepassing is, te weten bescherming van het doel van inspecties, bescherming van commerciële belangen, bescherming van de gerechtelijke procedures, bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu. Deze uitzonderingsgronden kunnen op hun beurt weer wijken indien een hoger openbaar belang gediend wordt met openbaarmaking. In beginsel lijkt de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk dus een recht op toegang te hebben tot de dossierstukken. In het kader van deze vraag is het arrest van het GvEA EG in de zaak *Verein für Konsumenteninformation/Commissie* van belang.[377]

9.5.9.2 Verein für Konsumenteninformation/Commissie

In de zaak *Verein für Konsumenteninformation/Commissie* (ook we de Lombardclub-kartelzaak genoemd) heeft de Commissie op 11 juni 2002 een aantal

373 Smits 1996, p. 104.
374 Smits 1996, p. 104.
375 Verordening 1049/2001, *PbEU* 2001, L 145/43.
376 Zie over het recht op toegang tot documenten en de bescherming van persoonsgegevens in de EU onder meer Kranenborg 2007.
377 GvEA EG 13 april 2005, zaak T-2/03, *Jur*. 2005, p. II-1121 *(Verein für Konsumenteninformation)*.

Oostenrijkse banken beboet voor een kartelafspraak over onder andere de rentevoet voor beleggingen en kredieten.[378] De Verein für Konsumenteninformation (VKI) verzocht de Commissie om toegang tot het dossier te verlenen. De Commissie heeft het verzoek van de VKI afgewezen. De commissie heeft in de afwijzende beschikking het dossier in elf categorieën ingedeeld en voor elke categorie aangegeven welke uitzonderinggronden van de Eurowob van toepassing was. Het door de VKI gedane voorstel om ten minste gedeeltelijke toegang tot het dossier te verlenen was naar de mening van de Commissie geen mogelijkheid omdat dit de Commissie ertoe zou dwingen alle individuele documenten (in totaal ruim 47000 pagina's!) in het dossier te beoordelen, wat een enorme werklast met zich mee zou brengen.

Het GvEA EG overweegt dat wanneer een instelling een verzoek op grond van de Eurowob (verordening nr. 1049/2001) ontvangt, zij in beginsel verplicht is, een concreet en individueel onderzoek te verrichten naar de inhoud van de in het verzoek bedoelde documenten. Het GvEA EG overweegt (r.o. 75):

> 'Dit principiële uitgangspunt betekent echter niet dat een dergelijk onderzoek in elk geval is vereist. Aangezien het concrete en individuele onderzoek dat de instelling in beginsel moet verrichten in antwoord op een verzoek om toegang op grond van verordening nr. 1049/2001, tot doel heeft, de betrokken instelling in staat te stellen, te beoordelen in hoeverre een uitzondering op het recht van toegang van toepassing is, en of gedeeltelijke toegang kan worden verleend, is het immers mogelijk dat een dergelijk onderzoek niet noodzakelijk is wanneer, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, het overduidelijk is dat de toegang moet worden geweigerd of integendeel moet worden verleend. Dit is met name het geval wanneer bepaalde documenten ofwel overduidelijk volledig onder een uitzondering op het recht van toegang vallen, ofwel, integendeel, overduidelijk volledig toegankelijk zijn, ofwel door de Commissie reeds concreet en individueel zijn onderzocht in soortgelijke omstandigheden.'[379]

Het GvEA EG komt tot de conclusie dat er in deze zaak geen sprake is van bijzondere omstandigheden. Bij elk van de vier aangevoerde uitzonderingsgronden van de Eurowob, namelijk bescherming van het doel van inspecties (artikel 4, lid 2, derde streepje, van verordening nr. 1049/2001), de bescherming van de commerciële belangen (artikel 4, lid 2, eerste streepje, van verordening nr. 1049/2001), de bescherming van gerechtelijke procedures (artikel 4, lid 2, tweede streepje) en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu (artikel 4, lid 1, sub b), geldt dat de Commissie niet zonder concreet onderzoek naar de aard en strekking van de individuele documenten in het dossier had kunnen vaststellen of een uitzonderingsgrond van toepassing was. De Commissie had zich volgens het GvEA EG ook concreet moeten buigen over de mogelijkheid van ten minste een gedeeltelijke toegang

378 Beschikking 11 juni 2002, zaak COMP/36.571/D-1 *(Oostenrijkse banken)*, *PbEU* 2004, L 56/1.
379 GvEA EG 13 april 2005, zaak T-2/03, *Jur*. 2005, p. II-1121 *(Verein für Konsumenteninformation)*.

tot de individuele documenten in het dossier en niet kunnen volstaan met het afwijzen van het verzoek van de VKI enkel onder verwijzing naar de uitzonderingsgronden.

Na de behandeling van de uitzonderingsgronden onderzoekt het GvEA EG of de Commissie op grond van het evenredigheidsbeginsel het verzoek van de VKI had mogen afwijzen wegens de werklast die het verzoek met zich mee bracht. In artikel 6 lid 3 van de Eurowob wordt namelijk bepaald, dat in geval van verzoeken om omvangrijke documenten of om een zeer groot aantal documenten, (…) de betrokken instelling informeel met de aanvrager kan overleggen om een billijke oplossing te vinden. Op grond van artikel 6 Eurowob zou door de Commissie een billijke oplossing kunnen worden gezocht door een afweging te maken tussen de belangen van de verzoekers en de Commissie. Het GvEA EG concludeert dat een afwijking van deze onderzoeksplicht slechts kan worden aanvaard in uitzonderlijke gevallen en alleen wanneer de administratieve last van het concrete en individuele onderzoek van de documenten bijzonder groot blijkt te zijn en daardoor de grenzen overschrijdt van hetgeen redelijkerwijze kan worden verlangd.[380]

Het is aan de Commissie te bewijzen hoe groot de last is, nu het recht van toegang tot bij de instellingen berustende documenten het principiële uitgangspunt is.[381] Ingeval de Commissie aantoont dat de administratieve last die het concrete en individuele onderzoek van de in het verzoek bedoelde documenten meebrengt onredelijk is, moet met de verzoeker overleg worden gepleegd om te kijken welk belang hij bij het verkrijgen van de betrokken documenten heeft. Tevens moet concreet worden nagegaan welke alternatieven er bestaan om een minder belastende maatregel te nemen dan het concrete en individuele onderzoek van de documenten. Aangezien het recht van toegang tot de documenten het principe is, blijft de Commissie in deze context verplicht om voorrang te geven aan het alternatief dat geen administratieve last meebrengt die de grenzen van hetgeen redelijkerwijze kan worden verlangd overschrijdt, maar wel het recht van de verzoeker om toegang te krijgen tot bij de instellingen berustende documenten maximaal eerbiedigt. De Commissie kan zicht volgens het GvEA EG slechts aan een concreet en individueel onderzoek onttrekken wanneer zij werkelijk alle denkbare alternatieven heeft bestudeerd en in haar besluit omstandig heeft uitgelegd waarom ook deze alternatieven een onredelijke werklast met zich meebrengen.

Het GvEA EG erkent dat het dossier over het Lombardclub-kartel zeer fors van omvang is, maar komt desondanks tot de conclusie dat de beschikking van de Commissie nietig moet worden verklaard. De Commissie heeft namelijk ten onrechte nagelaten om uit te leggen waarom eventuele alternatieven voor een toegang tot het volledige dossier tot een onredelijke werklast zouden leiden. Het GvEA EG wijst daarbij in het bijzonder op het feit dat – hoewel de

380 R.o. 112. Zie GvEA EG 7 februari 2002, zaak T-211/00 *(Kuijer II)*, *Jur.* 2002, p. II-485, r.o. 57.
381 R.o. 113.

Commissie in haar verweerschrift heeft gesteld dat het opstellen van een inhoudsopgave onevenredig veel werk zou meebrengen – in het bestreden besluit niet vermeld wordt dat dit alternatief is bestudeerd. Volgens het GvEA EG kan als gevolg hiervan niet worden aangenomen dat dit alternatief concreet is onderzocht. Ten slotte blijkt uit het bestreden besluit evenmin dat de Commissie heeft onderzocht hoe groot de werklast zou zijn om de enkele documenten die verzoekers belangen het meest zouden dienen, te identificeren en vervolgens individueel en concreet te onderzoeken. De algehele afwijzing om toegang tot het dossier te verlenen is onder alle omstandigheden in strijd met de Eurowob.

9.5.9.3 Eurowob en bewijsvergaring

Het arrest *Verein für Konsumenteninformation/Commissie* is van aanzienlijk belang voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In de zaak betreffende het Lombardclub-kartel waren door afnemers in de Verenigde Staten schadevergoedingsacties aanhangig gemaakt tegen de betrokken banken die een kartelafspraak hadden gemaakt over onder andere de rentevoet voor een aantal beleggingen en kredieten. Deze afnemers hebben met een beroep op alle mogelijke regelingen in Brussel de dossierstukken in handen willen krijgen, nu ze zeer bruikbaar waren voor de schadevergoedingsacties in de Verenigde Staten. Uiteraard hebben de banken dit met alle hun beschikbare juridische middelen proberen te voorkomen.

Het GvEA EG heeft in twee andere zaken uitspraak gedaan over de toegang tot het lombardclub-dossier. In de door de Österreichische Postsparkasse en de Bank für Arbeit und Wirtschaft aanhangig gemaakte procedures heeft het GvEA EG bevestigd dat eindafnemers als belanghebbende kunnen worden aangemerkt in de zin van Verordening 1/2003 en procedureverordening 2842/98.[382] Tevens werd bepaald dat de Commissie afnemers een afschrift kan verstrekken van een niet-vertrouwelijke versie van de Punten van Bezwaar. In de door Bank Austria Creditanstalt aanhangig gemaakte zaak heeft het GvEA EG de argumenten van tafel geveegd op grond waarvan Bank Austria Creditanstalt zich verweerde tegen openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke tekst van de boetebeschikking[383] Het belang van een beboete onderneming dat details van het inbreukmakend gedrag niet aan het publiek bekend worden gemaakt, verdient volgens het GvEA EG geen bijzondere bescherming. Het GvEA EG komt tot deze conclusie omdat het publiek zo ruim mogelijk kennis moet kunnen nemen van de gronden van elk optreden van de Commissie en omdat

382 GvEA EG 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01 *(Österreichische Postsparkasse/Commission)*, *Jur.* 2006, p. II-1601.

383 GvEA EG 30 mei 2006, zaak T-198/03 *(Bank Austria Creditanstalt /Commission)*, *Jur.* 2006, p. II-1429.

de gelaedeerden kennis moeten kunnen nemen van de details van een inbreuk om hun rechten jegens de bestrafte ondernemingen te kunnen uitoefenen.

Wat zijn nu de consequenties van de zojuist besproken arresten voor de Commissie? De Commissie dient bij een verzoek van de gelaedeerde op grond van de Eurowob gedetailleerd de mogelijkheden van openbaarmaking van de dossierstukken te onderzoeken. Bij dit onderzoek zullen – op het moment dat de Commissie zich niet meer kan beroepen op het belang van het onderzoek – de ondernemingen die onderwerp zijn van het dossier een rol spelen, nu de Commissie op grond van de Eurowob verplicht is de van de betrokken ondernemingen afkomstige documenten ter beoordeling aan hen voor te leggen. Het is te voorzien dat de overtreders van de mededingingsregels zich zullen beroepen op het feit dat de uitzonderingsgronden van de Eurowob – zoals de bescherming van commerciële belangen in de zin van artikel 4, lid 2, eerste streepje, van verordening nr. 1049/2001 – op van hun afkomstige documenten van toepassing zijn, terwijl de gelaedeerden zullen aanvoeren dat vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding een hoger openbaar belang zullen dienen zodat alsnog tot openbaarmaking zou moeten worden overgegaan.[384]

9.5.9.4 Wob en bewijsvergaring

De NMa heeft in mededingingszaken een zelfde soort verplichting als de Commissie om verzoeken van elke derde om toegang tot het dossier in behandeling te nemen en tot openbaarmaking over te gaan als geen uitzonderingsgronden van toepassing zijn. De Raad van State heeft namelijk, anders dan de NMa altijd heeft verdedigd, vastgesteld dat artikel 90 Mw geen openbaarmakingsregeling bevat die aan de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) derogeert.[385] Op grond van de Wob heeft een ieder het recht om informatie neergelegd in documenten te vragen van een bestuursorgaan of een onder een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

Bij informatie die is verkregen op grond van een clementieregeling zou de situatie nog anders kunnen liggen. In artikel 10 lid 2 sub d Wob is bepaald dat geen informatie dient te worden verstrekt, indien het belang bij het verstrekken van die informatie niet opweegt tegen het belang van inspectie, controle en toezicht door een bestuursorgaan. Verdedigd zou kunnen worden dat het verstrekken van de informatie in het kader van clementieverzoeken niet opweegt tegen het toezichtsbelang dat de clementieregeling beoogt te dienen.[386] Het doel van de clementieregeling is namelijk het opsporen van schendingen van het mededingingsrecht. De verplichting om informatie die in het kader van een clementieverzoek is verstrekt aan derden af te geven,

384 Smeets 2007, p. 62.
385 ABRvS 7 februari 2007, *LJN* AZ 7951 *(Koninklijke Gazelle/Raad van Bestuur NMa)*.
386 Kroes 2008a, p. 110.

is strijdig met het grotere publieke belang van opsporing van schendingen van het mededingingsrecht. Kroes wijst daarbij nog op het feit dat het toezichtsbelang zwaarder weegt wegens het feit dat na afloop van het onderzoek eventuele benadeelden hun voordeel zullen kunnen doen met de beschikking van de NMa indien daarin een schending van het mededingingsrecht wordt geconstateerd.[387]

Kroes wijst terecht op het feit dat een gelaedeerde op grond van artikel 843a Rv van de NMa inzage in of kopie van een clementieverzoek kan vorderen.[388] Het is onwaarschijnlijk dat de Wob de weg van artikel 843a Rv afsluit. De strekking van de Wob (openbaarheid van bestuur) is namelijk geheel anders dan de strekking van artikel 843a Rv (verkrijgen van een bewijsmiddel). Het is onzeker of de NMa zich op grond van artikel 90 Mw kan beroepen op het verschoningsrecht van artikel 843a lid 3 Rv.[389]

9.5.9.5 Clementieregelingen en bescherming tegen openbaarmaking

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat bij civielrechtelijke schadevergoedingsacties afdoende bescherming tegen openbaarmaking moet kunnen worden geboden voor ondernemingsverklaringen van een clementieverzoeker.[390] De Commissie wil deze bescherming bieden om te vermijden dat de clementieverzoeker in een minder gunstige positie komt te verkeren dan de overige inbreukmakers. Het zal voor de laedens anders minder aantrekkelijk worden een clementieverzoek in te dienen. Tevens kan de kwaliteit van diens verklaring ongunstig worden beïnvloed door de dreigende openbaarmaking van de bekentenis.

In het Witboek stelt de Commissie voor dat de bescherming zou gelden voor alle ondernemingsverklaringen die worden ingediend door alle clementieverzoekers ten aanzien van een inbreuk op artikel 81 EG, ongeacht of het clementieverzoek door de mededingingsautoriteit wordt geaccepteerd, afgewezen of deze geen besluit neemt. Deze bescherming zal dienen te gelden wanneer openbaarmaking wordt bevolen door een rechter, ongeacht of dit voor of na een besluit door een mededingingsautoriteit is.

Naar Nederlands recht bestaat op het punt van de civielrechtelijke positie van de clementieverzoeker nog geen regeling. Het voorstel van de Commissie biedt voor de clementieverzoeker meer zekerheid, nu naar Nederlands recht onzeker is of clementieverklaringen een gewichtige reden opleveren in de zin van artikel 843a Rv (de bijzondere exhibitieplicht, zie § 9.4.2) en artikel 22 Rv

387 Kroes 2008a, p. 110.
388 Kroes 2008a, p. 110.
389 Vgl. Rb. Amsterdam 29 november 2007, *LJN* BB9689, *JOR* 2008, 41 m.nt. D.R. Doorenbos *(Partrust)*. Vgl. Kroes 2008a, p. 110.
390 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.9.

(rechterlijk bevel tot toelichting en tot overlegging van bescheiden). Tevens is niet geheel duidelijk of de NMa een geslaagd beroep kan doen op artikel 10 lid 2 sub d Wob (zie § 9.5.9.4).[391] Zie voor de doorwerking van publiekrechtelijke clementieregelingen in het aansprakelijkheidsrecht mijn bespreking in § 7.12.

9.5.9.6 Deelconclusie

Concluderend kan worden gesteld dat de gelaedeerde die zijn vordering tot verkrijging van schadevergoeding wil onderbouwen met documenten van de mededingingsautoriteiten in beginsel toegang heeft tot de desbetreffende dossiers. Wel moet, zoals Smeets ook signaleert, hierbij de kanttekening worden geplaatst dat 'gedurende de administratieve fase en tot aan een eventuele boetebeschikking de uitzonderingsgrond 'bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits' van de Eurowob op de meeste belastende dossierstukken van toepassing zal zijn.'[392] Smeets wijst hierbij op het arrest van het GvEA EG in de zaak *Yves Franches & Daniel Byk/Commissie*.[393] In deze zaak concludeerde het GvEA EG dat rapporten van de interne fraudedienst niet toegankelijk waren gedurende de periode waarin geen besluit was genomen over de uitkomst die zou worden verbonden aan de rapporten. Op het moment dat de Commissie een boete heeft opgelegd, verstrijkt de uitzonderingsgrond 'belang van het onderzoek'.[394]

Smeets is van mening dat van de hoge boetes die de Commissie oplegt

> 'een aanzuigende werking uitgaat doordat benadeelde derden de hoge transactiekosten die met civielrechtelijke handhaving gepaard gaan zullen afzetten tegen de enorme boetes die worden opgelegd en – nog daargelaten of dit gerechtvaardigd is – de verwachting die daar van uitgaat over de hoogte van eventuele schadevergoedingen.'[395]

Dit laatste argument lijkt mij van niet van al te groot belang te zijn, nu de hoogte van de publiekrechtelijk boete geen direct effect heeft op de hoogte van de civielrechtelijke schadevergoeding. Wel interessant is de door Smeets genoemde ontwikkeling waarbij steeds meer aandacht ontstaat voor het zogenaamde '*plea bargaining*'.[396] Dit zijn schikkingen tussen de bij de mededingingsovertreding betrokken ondernemingen en de Commissie waarmee een

391 Zie ook Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 148.
392 Smeets 2007, p. 62.
393 GvEA EG 6 juli 2006, gevoegde zaken T-391/03 en T-70/04 *(Yves Franchet & Daniel Byk)*, *Jur.* 2006, p. II-2023. Zie Smeets 2007, p. 62.
394 Zie GvEA EG 14 december 2006, zaak T-237/02 *(Technische Glaswerke Ilmenau)*, *Jur.* 2006, p. II-5131
395 Smeets 2007, p. 63
396 Smeets 2007, p. 63.

bestuursrechtelijke procedure wordt voorkomen.[397] Als gevolg van deze schikkingen kan de werkdruk bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de perken worden gehouden. Door middel van '*plea bargaining*' zouden ook eventuele problemen betreffende de toegang tot dossiers en meer in het algemeen problemen betreffende de omgang met bewijsmateriaal kunnen worden opgenomen in de onderhandelingen met de Commissie. Tevens zou gedacht kunnen worden aan het feit dat snel tot overeenstemming met de Commissie kan worden gekomen indien de ondernemingen die het mededingingsrecht hebben overtreden zich op het gebied van privaatrechtelijke schikkingen met bijbehorende schadevergoeding welwillend opstellen jegens de gelaedeerden. In artikel 9 Verordening 1/2003 is een grondslag gegeven voor '*plea bargaining*'. In artikel 9 Verordening 1/2003 is bepaald dat de Commissie toezeggingen van ondernemingen bij beschikking een verbindend karakter kan verlenen. De beschikking kan voor een bepaalde periode worden gegeven en bevat de conclusie dat er niet langer gronden voor een optreden van de Commissie bestaan.

De NMa heeft in mededingingszaken een zelfde soort verplichting als de Commissie om verzoeken van elke derde om toegang tot het dossier in behandeling te nemen en tot openbaarmaking over te gaan als geen uitzonderingsgronden van toepassing zijn. Bij informatie die verkregen is op grond van een clementieregeling zou de situatie nog anders kunnen liggen. In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat bij civielrechtelijke schadevergoedingsacties afdoende bescherming tegen openbaarmaking moet kunnen worden geboden voor ondernemingsverklaringen van een clementieverzoeker.

9.5.10 De geheimhoudingsplicht

9.5.10.1 Toegang tot informatie voor partijen die betrokken zijn bij de procedure van de Commissie

Indien de Commissie van oordeel is dat er een schending van de mededingingsregels heeft plaatsgevonden, kan zij de formele procedure beginnen. Dit gebeurt door het uitbrengen van punten van bezwaar. In deze punten van bezwaar worden de belangrijkste conclusies van de Commissie vermeld over de schending van het mededingingsrecht. Partijen die een klacht bij de Commisse hebben ingediend kunnen op grond van artikel 6 Verordening 773/2004 een afschrift van de niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar krijgen.

397 Vgl. met betrekking tot *Plea Bargaining* in het strafrecht: Hildebrandt, Van Kampen & Nijboer 1994.

Ingeval de Commissie de klager in kennis heeft gesteld van haar voornemen een klacht ex artikel 7 lid 1 Verordening 773/2004 af te wijzen, kan de klager op grond van artikel 8 Verordening 773/2004 verzoeken om toegang tot de documenten waarop de Commissie haar voorlopige beoordeling heeft gebaseerd. De klager mag echter geen toegang hebben tot zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens van andere partijen die bij de procedure zijn betrokken.

Eventuele derden (andere personen dan de partijen aan wie de Commissie een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht of klagers die gerechtigd zijn tot het indienen van een klacht) kunnen worden gehoord op grond van artikel 13 Verordening 773/2004. Indien zij een voldoende belang aantonen, stelt de Commissie hen schriftelijk in kennis van de aard en het onderwerp van de procedure.

Partijen aan wie de Commissie een mededeling van bezwaar heeft gericht, verleent de Commissie op verzoek toegang tot het dossier op grond van artikel 15 Verordening 773/2004. Toegang wordt verleend na toezending van de mededeling van punten van bezwaar. Het recht van toegang tot het dossier geldt niet voor zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens, noch voor interne documenten van de Commissie of van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het recht van toegang tot het dossier geldt op grond van artikel 15 lid 2 Verordening 773/2004 ook niet voor de briefwisseling tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of tussen die nationale mededingingsautoriteiten ingeval de briefwisseling in het dossier van de Commissie is opgenomen. Op grond van artikel 16 Verordening 773/2004 wordt er geen mededeling gedaan van noch toegang verleend tot gegevens, met inbegrip van documenten die zakengeheimen of andere vertrouwelijke gegevens van een persoon bevatten. Desalniettemin belet niets in Verordening 773/2004 de Commissie om de voor het bewijs van een inbreuk op de artikelen 81 EG en 82 EG noodzakelijke gegevens – zoals zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens – openbaar te maken of te gebruiken. Wanneer zakengeheimen en vertrouwelijke informatie nodig zijn om een inbreuk aan te tonen, moet de Commissie voor elk afzonderlijk document beoordelen of de noodzaak tot openbaarmaking zwaarwegender is dat de schade die als gevolg van de openbaarmaking zou kunnen ontstaan. Zie artikel 27 lid 2 Verordening 1/2003, artikel 15 lid 3 Verordening 773/2004 en § 67 van de Mededeling betreffende de behandeling van klachten.[398]

398 Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* C 101/65.

9.5.10.2 *Het gebruik maken van inlichtingen en gegevens ten behoeve van een civielrechtelijke procedure op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG*

In artikel 28 Verordening 1/2003 is bepaald dat de overeenkomstig de artikelen 17 t/m 22 Verordening 1/2003 verkregen inlichtingen slechts voor het doel mogen worden gebruikt waarvoor zij zijn ingewonnen. Daarnaast mogen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, hun functionarissen, personeelsleden en andere onder het toezicht van de deze autoriteiten werkende personen – inclusief functionarissen en ambtenaren van andere autoriteiten van de lidstaten – geen inlichtingen openbaar maken die zij uit hoofde van Verordening 1/2003 hebben verkregen of uitgewisseld en die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen.[399] In artikel 28 lid 2 Verordening 1/2003 wordt wel een uitzondering gemaakt voor de uitwisseling en het gebruik van gegevens zoals bepaald in de artikelen 11, 12 14, 15 en 27 Verordening 1/2003. Deze uitzonderingen gaan echter niet over het gebruik maken van de gegevens ten behoeve van een civielrechtelijke procedure.

In artikel 8 lid 2 Verordening 773/2004 wordt erop gewezen dat documenten waartoe de klager toegang heeft gehad in het kader van de procedures die de Commissie op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG voert, alleen door de klager mogen worden gebruikt voor gerechtelijke (civielrechtelijke) of administratieve procedures met het oog op de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG. Artikel 15 lid 4 Verordening 773/2004 bepaalt dat documenten die zijn verkregen in het kader van de op grond van artikel 15 Verordening 773/2004 verleende toegang tot het dossier – het betreft in dat geval partijen aan wie de Commissie een mededeling van punten van bezwaar heeft gericht – alleen kunnen worden gebruikt voor gerechtelijke of administratieve procedures met het oog op de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG. Dergelijke gegevens mogen dus gebruikt worden in een civielrechtelijke procedure.

In de zaak *Postbank* zijn door het GvEA EG onder het oude regime van Verordening 17/62 drie argumenten aangevoerd voor het verstrekken van informatie aan de nationale rechter in civielrechtelijke procedures.[400] In de eerste plaats vereist de gemeenschapstrouw (artikel 10 EG) dat de Commissie nationale rechters assisteert bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG. De gemeenschapstrouw zoals neergelegd in artikel 10 EG en de daaruit voortvloeiende samenwerkingsverplichting beperkt dan ook het bereik van artikel 287 EG en bepalingen van secundair gemeenschapsrecht. In de tweede plaats valt samenwerking met de nationale rechters buiten artikel 20 lid 1 van de toenmalige Verordening 17/62. In de derde plaats wordt de directe werking van de artikelen 81 en 82 EG aangetast ingeval per definitie alle documenten

399 Deze plicht geldt ook voor de vertegenwoordigers en deskundigen van de lidstaten die vergaderingen van het adviescomité bijwonen. Zie art. 28 lid 2 Verordening 1/2003.

400 GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921, r.o. 63-67; Nazzini 2004, p. 237, § 8.89-8.91.

en informatie die zijn verkregen door de Commissie niet kunnen worden gebruikt in civielrechtelijke procedures. Onder het nieuwe regime van Verordening 1/2003 is het tweede argument (samenwerking met de nationale rechter valt buiten Verordening 17/62) komen te vervallen. De vraag is nu hoe artikel 28 lid 1 Verordening 1/2003 – waarin bepaald is dat de overeenkomstig de artikelen 17 tot en met 22 verkregen inlichtingen slechts voor het doel mogen worden gebruikt waarvoor zij zijn ingewonnen – zich verhoudt tot de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechter en de directe werking van de artikelen 81 EG en 82 EG.[401]

In artikel 15 van Verordening 1/2003 is neergelegd dat de nationale rechter naar aanleiding van een procedure tot toepassing van artikel 81 EG of 82 EG de Commissie kan verzoeken inlichtingen waarover zij beschikt aan de nationale rechter te bezorgen. Zoals reeds besproken in § 5.4.9.3 (het stappenplan gebaseerd op de SamenwerkingsMededeling van de Commissie) kan het ook gaan om het advies van de Commissie betreffende de toepassing van het Europees mededingingsrecht. Voor wat betreft het openbaar maken van informatie door de Commissie aan de nationale rechter gelden op grond van artikel 15 Verordening 1/2003 de bepalingen betreffende de geheimhoudingsplicht ex artikel 28 Verordening 1/2003 niet.[402] Dit brengt met zich mee dat de nationale rechter de Commissie om informatie mag vragen die door de Commissie is verkregen op grond van de artikelen 17 t/m 22 van Verordening 1/2003 en die van belang is voor de civielrechtelijke procedure.[403] Uit het arrest *Postbank* lijkt te kunnen worden afgeleid dat er op grond van artikel 10 EG nog andere vormen van samenwerking kunnen bestaan buiten artikel 15 Verordening 1/2003 om. Als gevolg van de directe werking van de artikelen 81 en 82 EG moet het voor partijen ook mogelijk zijn om documenten en informatie in te brengen in een civielrechtelijke procedure. Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat de documenten en informatie die zijn verkregen door de betrokkenheid bij procedures op grond van Verordening 1/2003 alleen mag worden gebruikt bij civielrechtelijke procedures die betrekking hebben op de artikelen 81 EG en 82 EG (en dus niet op bijvoorbeeld het nationaal mededingingsrecht). Daarnaast mag het niet gaan om zakengeheimen en andere vertrouwelijke informatie.

9.5.10.3 De geheimhoudingsplicht; het overdragen van zakengeheimen en vertrouwelijke informatie

In artikel 287 EG is bepaald dat de leden van de instellingen van de Gemeenschap, de leden van de comités, alsmede de ambtenaren en personeelsleden van de Gemeenschap zijn gehouden, zelfs na afloop van hun functie, de

401 Nazzini 2004, p. 238, § 8.91.
402 Nazzini 2004, p. 230, § 8.66.
403 Nazzini 2004, p. 230, § 8.66.

inlichtingen die naar hun aard vallen onder de geheimhoudingsplicht en met name de inlichtingen betreffende de ondernemingen en hun handelsbetrekkingen of de bestanddelen van hun kostprijzen, niet openbaar te maken. Deze bepaling van primair gemeenschapsrecht prevaleert boven secundair gemeenschapsrecht zoals de artikelen 15 Verordening 1/2003 en 28 Verordening 1/2003.

Hoewel op het eerste gezicht uit artikel 287 EG lijkt af te leiden dat de Commissie dergelijke vertrouwelijke informatie niet mag overdragen aan de nationale rechter, ligt de zaak genuanceerder. Uit artikel 10 EG (de gemeenschapstrouw) vloeit immers voort dat de Commissie en de nationale rechter met elkaar moeten samenwerken en informatie moeten delen voor zover dat noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van het EG-Verdrag.[404] Een strikte toepassing van artikel 287 EG zou ook de effectieve en uniforme handhaving van het gemeenschapsrecht in gevaar brengen.[405] Nazzini wijst op het feit dat de artikelen 15 lid 1 Verordening 1/2003 en 28 Verordening 1/2003 in deze context moeten worden gelezen. Het is de Commissie niet per definitie verboden om aan de nationale rechter inlichtingen te verstrekken die onder de geheimhoudingsplicht vallen. Het gaat dan om vertrouwelijke informatie en om zakengeheimen. Onder de noemer zakengeheimen worden inlichtingen verstaan waarvan niet enkel de openbaarmaking aan het publiek, maar ook de overlegging aan een ander rechtssubject dan dat waarvan de inlichting afkomstig is, de belangen van laatstbedoeld subject ernstig kan schaden.[406] De nationale rechter moet de Commissie in dat geval wel de garantie geven dat de bescherming van artikel 287 EG wordt gewaarborgd.[407] Alleen ingeval de nationale rechter garandeert dat hij de vertrouwelijke inlichtingen en zakengeheimen zal beschermen, verstrekt de Commissie de gevraagde inlichtingen. De Commissie dient daarbij aan te geven welke delen onder het beroepsgeheim vallen en welke daar niet onder vallen en dus openbaar mogen worden gemaakt.[408] Zie ook mijn bespreking in § 5.4.9.3 (het stappenplan gebaseerd op de SamenwerkingsMededeling van de Commissie).

Informatie die vrijwillig werd verstrekt door (rechts)personen die een beroep doen op de clementieregeling wordt niet aan de nationale rechters toegezonden zonder toestemming van de aanvrager. Het is de Commissie namelijk toegestaan om te weigeren informatie te verstrekken aan de nationale

404 GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921; Nazzini 2004, p. 230, § 8.68.

405 Nazzini 2004, p. 230, § 8.68.

406 SamenwerkingsMededeling, punt 23; GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921, r.o. 86-87; HvJ EG 7 november 1985, zaak 145/83 *(Adams)*, *Jur.* 1985, p. 3539, r.o. 34. Zakengeheimen dienen zelfs nog meer te worden beschermd tegen openbaarmaking dan vertrouwelijke informatie.

407 Zie de SamenwerkingsMededeling, punt 24; GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921.

408 Zie de SamenwerkingsMededeling, punt 25.

rechter op grond van dwingende redenen in verband met de noodzaak om de belangen van de Gemeenschap te beschermen of te voorkomen dat de Gemeenschap in haar functioneren en onafhankelijkheid wordt belemmerd, in het bijzonder doordat de vervulling van de haar opgedragen taken in gevaar wordt gebracht.[409] Zie over de verhouding met de clementieregeling ook § 5.4.9.3 en mijn bespreking in § 9.5.9.5.

9.5.10.4 Toegang tot zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens en beroep bij het GvEA EG

In *AKZO Chemie* heeft het HvJ EG bepaald dat het aan de Commissie is om te bepalen of een document al dan niet zakengeheimen bevat.[410] Volgens het HvJ EG dient de Commissie – na de onderneming de gelegenheid te hebben gegeven haar standpunt kenbaar te maken – ter zake een naar behoren gemotiveerde beschikking te geven die ter kennis van de onderneming moet worden gebracht. Het HvJ EG oordeelt tevens dat de Commissie, alvorens haar beschikking uit te voeren, de onderneming de mogelijkheid moet geven zich tot het HvJ EG (thans het GvEA EG) te wenden ten einde de beoordeling van de Commissie te doen toetsen en de mededeling van documenten aan de concurrent te verhinderen. In de zaak *Postbank* heeft het GvEA EG de uitspraak van het HvJ EG in *AKZO Chemie* nog eens bevestigd. Artikel 16 van Verordening 773/2004 (betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het EG-Verdrag) bepaalt dat er geen mededeling wordt gedaan noch toegang wordt verleend tot gegevens (met inbegrip van documenten) die zakengeheimen of andere vertrouwelijke gegevens van een persoon bevatten.[411] Tegen het besluit van de Commissie kan (binnen twee maanden vanaf de dag van bekendmaking van de handeling, vanaf de dag van kennisgeving aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen) beroep worden ingesteld bij het GvEA EG (artikel 230 lid 4 EG). Dit beroep kan zowel worden ingesteld door de partij die zich beroept op de bescherming van vertrouwelijke gegevens als door de partijen die betrokken zijn bij de civielrechtelijke procedure voor de nationale rechter.

---

409 SamenwerkingsMededeling, punt 26; HvJ EG 6 december 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-4405, r.o. 10 en 11; HvJ EG 26 november 2002, zaak C-275/2000 *(First en Franex)*, *Jur.* 2002, p. I-10943, r.o. 49; GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921, r.o. 93.

410 HvJ EG 24 juni 1986, zaak 53/85 *(AKZO Chemie/Commissie)*, *Jur.* 1986, p. 1965.

411 Verordening 773/2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* L 123/18.

9.6 De actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid

9.6.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de mogelijkheden voor de nationale rechter zijn om de feiten die relevant zijn voor de juiste toepassing van het mededingingsrecht boven tafel te krijgen. In § 9.6.2 wordt aandacht besteed aan het beginsel van de partij-autonomie, dat de rechter tot een zekere lijdelijkheid noopt.[412] In § 9.6.3 wordt de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten besproken. In § 9.6.4 bespreek ik de inlichtingencomparitie. In § 9.6.5 komt het bevel tot openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers ex artikel 162 Rv aan bod. § 9.6.6 behandelt het getuigenbewijs, in het bijzonder de mogelijkheid van de rechter om partijen ambtshalve op te dragen getuigenbewijs te leveren. In § 9.6.7 sluit ik af met een deelconclusie.

9.6.2 Partij-autonomie

Wat zijn de mogelijkheden voor de nationale rechter om de feiten die relevant zijn voor de juiste toepassing van het mededingingsrecht boven tafel te krijgen? Bij het beantwoorden van deze vraag kan niet voorbij gegaan worden aan het beginsel van de partij-autonomie, dat de rechter tot een zekere lijdelijkheid noopt. Het beginsel van de partij-autonomie en het lijdelijkheidsbeginsel hangen dan ook nauw met elkaar samen en zijn in zekere zin twee kanten van dezelfde medaille.[413] Partijen bepalen in beginsel of er geprocedeerd wordt, tegen wie er geprocedeerd wordt en waarover geprocedeerd wordt.[414] In de fundamentele herbezinning over ons burgerlijk procesrecht is wel gepleit voor uitbanning van het beginsel der partij-autonomie.[415] Dit pleidooi heeft veel kritiek ondervonden.[416] In het eindrapport blijven de herbezinners verdedigen dat het te ver gaat om te spreken van een beginsel van de partij-autonomie.[417] Wel wordt toegegeven dat het in beginsel partijen zelf zijn die de grondslag van het proces bepalen en de feitelijke gegevens verschaffen.[418] Deze laatste punten vormen nu juist de kern van het beginsel van

412 Snijders 2007a, p. 82; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 42; Bos 1999, p. 137.
413 Snijders 2007a, p. 82; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 42; Bos 1999, p. 137.
414 Zie hierover uitgebreid Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 42; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 5. Zie ook Chorus 1987; Bosch-Boesjes 1991.
415 Asser, Groen & Vranken 2003, p. 63 e.v.; Hugenholtz/Heemskerk beschouwt de partij-autonomie juist als een fundamenteel hoofdbeginsel. Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 5.
416 Zie bijvoorbeeld Snijders 2004, p. 9-24; Ingelse 2004, p. 43-67.
417 Zie ook Wesseling-van Gent 2003, p. 18-19. Wesseling-van Gent beschouwt de partij-autonomie als 'niet meer dan een kenmerk'.
418 Asser, Groen & Vranken 2006, p. 49 e.v.

de partijautonomie.[419] De rechter is bij zijn onderzoek ex artikel 24 Rv gebonden aan de grondslag van de vordering of het verzoek en verweer zoals door partijen naar voren gebracht. Hij moet zich houden aan de constellatie van feiten zoals door partijen aan hem voorgelegd. Uit artikel 149 lid 1 Rv vloeit ook voort dat de rechter in beginsel slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen, die overeenkomstig de voorschriften van het wettelijk bewijsrecht zijn bewezen.[420] Een uitzondering wordt gemaakt voor niet-betwiste feiten (artikel 149 lid 1 Rv), feiten van algemene bekendheid (artikel 149 lid 2 Rv) en algemene ervaringsregels (artikel 149 lid 2 Rv). Tevens vloeit uit artikel 149 Rv voort dat de rechter ook geen feiten aan zijn beslissing ten grondslag mag leggen uit een ander procesdossier (al dan niet dezelfde procespartijen betreffende), welke niet door een van de partijen in het betreffende geding zijn aangevoerd.[421]

Belangrijker nog voor mededingingszaken, waar vaak in eerste instantie een kort geding wordt gevoerd ter verkrijging van een verbod of gebod, is het feit dat dit ook geld voor feiten uit een aan de bodemprocedure voorafgaand gevoerd kort geding. Het kort geding behoort immers niet tot 'het geding' als bedoeld in artikel 149 Rv.[422] Dit laatste geldt echter niet voor de voorlopige voorziening binnen het kader van de aanhangige bodemprocedure ex artikel 223 Rv. Deze vormt namelijk samen met het hoofdgeding wel 'het geding' als bedoeld in artikel 149 Rv.[423]

De feiten worden niet alleen gesteld bij de conclusie van eis en antwoord, maar kunnen ook blijken uit een comparitie van partijen, een getuigenbewijs of uit een deskundigenbericht.[424] Snijders, Klaassen & Meijer wijzen dan ook terecht op het feit dat de lijdelijkheid van de rechter niet inhoudt dat de rechter passief is. Ter illustratie wijzen zij onder andere op het feit dat de rechter desgewenst ambthalve persoonlijke verschijning van partijen kan gelasten (artikelen 87-89, 191, 279 en 284 lid 1 Rv), vragen kan stellen en overlegging van stukken kan vorderen (artikelen 22, 88, 89, 162 en 284 lid 1 Rv), een getuigenverhoor kan bepalen en getuigen kan horen (artikelen 163 e.v. en 284 Rv), een deskundigenbericht kan gelasten en deskundigen kan benoemen (artikelen 194 e.v. en 284 lid 1 Rv).[425]

---

419 Vgl. Snijders 2007a, p. 82.
420 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 79.
421 *Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht*, p. 84.
422 Zie HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 315 m.nt. WMK *(Hoogenboom/Van Seggelen)*.
423 HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 84 m.nt. HJS *(N./B.)*.
424 Bos 1999, p. 138.
425 Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 42.

9.6.3 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten

Hoe scherp zijn de grenzen tussen ambtshalve aanvulling van rechtsgronden en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten? Bos acht de rechter dankzij zijn vele onderzoeksmogelijkheden tegenwoordig in staat de feitelijke grondslag van een procedure om te vormen tot een aangevulde rechtsgrond.[426]

De rechter zal naar de mening van Bos (in navolging van Van den Reek)[427] hiertoe eerder de neiging hebben, nu rechtsvorming een wezenlijk onderdeel van zijn takenpakket lijkt te zijn geworden en de informatiebehoefte van de rechter zal toenemen in het geval de rechterlijke uitspraak duidelijk verder zal reiken dan de belangen van partijen in het concrete geval. Hij wijst op het feit dat

> 'in de praktijk het algemene beeld van de actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid is ontstaan. De rechter strooit met mededelingsplichten in de richting van partijen, ook al dient hij – als gezegd – de door partijen te bepalen grenzen van het geschil te respecteren en het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen.'[428]

Bos wijst daarbij op de inlichtingencomparitie en op het, in het kader van de bewijslastverdeling, nader aanscherpen van de stelplicht van de ene partij in het geval de bewijslast van de andere partij door het tekort aan informatie de doorslag zal geven in de uiteindelijke uitkomst van het geding.[429]

Hoewel de grenzen tussen ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (in beginsel wel toegestaan) en ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten (niet toegestaan) in theorie duidelijk zijn, zal de rechter in de praktijk met zojuist genoemde instrumenten toch enige (beperkte) sturing kunnen geven aan de aanvulling van de rechtsfeiten.

9.6.4 De inlichtingencomparitie

De comparitie kan ten doel hebben tot een schikking te komen, maar kan evenzeer dienen tot het verkrijgen van inlichtingen, nodig voor de oplossing van een mededingingsrechtelijke vraag.[430] Zeker in het geval te weinig of

426 Bos 1999, p. 138.
427 Van den Reek 1994, p. 165-178.
428 Bos 1999, p. 138.
429 Bos 1999, p.138.
430 Hidma & Rutgers 2004, nr. 5, p. 10; nr. 7, p. 15; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 146; Wieten 2008, p. 3. Zie over de rol van de inlichtingencomparitie onder het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van voor 1 januari 2002 (voor de invoering van de Wet herzie-

onduidelijke mededingingsrechtelijk relevante feiten zijn gesteld, of als de rechter ingelicht wil worden over de mogelijkheden die partijen zien tot bewijslevering, komt de inlichtingencomparitie van pas.[431] Daarnaast gebruikt de rechter de comparitie om met partijen (en hun advocaten) te overleggen over de verdere instructie. Bij de instructie kan ook worden besproken of moet worden overgegaan tot het gelasten van deskundigeninbreng in de procedure, waarbij aan de orde kan komen wie als deskundige(n) benoemd zou kunnen worden. Tevens kan aan de orde komen of de rechter zal overgaan tot het bevelen van een getuigenverhoor. Te denken valt aan getuigen die verklaringen kunnen afleggen over mededingingsbeperkende gedragingen die niet op papier staan. De rechter zal veelal een schikkings- en inlichtingencomparitie bevelen.[432] Overigens kan de rechter, los van de comparitie na antwoord, ex artikel 87 en 88 Rv op elk gewenst moment een (inlichtingen)comparitie bevelen (en vanzelfsprekend ook een schikkingscomparitie), zodat de zojuist genoemde mogelijkheden ieder moment tot zijn beschikking staan.[433]

Ex artikel 22 Rv kan de rechter in alle gevallen en in elke stand van de procedure (dus ook buiten de inlichtingencomparitie om) partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.[434] Wanneer een partij zonder gewichtige redenen weigert het bevel van de rechter op te volgen, kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, aldus het processueel vermoeden van artikel 22 Rv. Op grond van het niet voldoen aan de informatieverschaffingsplicht wordt een feit aangenomen behoudens tegenbewijs. Dit kan tot een omkering van de bewijslast leiden ten gunste van de partij op wie volgens de hoofdregel ex artikel 150 Rv de bewijslast rust. In een mededingingsrechtelijk geschil is de betekenis van deze bepaling niet onbelangrijk. De rechter kan via deze bepaling bepaalde stukken, documenten, gegevens en andere bescheiden van partijen verlangen die de noodzakelijke informatie bevatten over het al dan hebben gemaakt van afspraken in strijd met het kartelverbod of het al dan niet misbruik maken van een machtspositie. De MvT acht het, naast de algemene sanctie van de gevolgtrekking die de rechter geraden oordeelt, ook denkbaar dat de rechter op vordering van een partij het bevel versterkt met een dwangsom. Op deze manier speelt het bevel

---

ning van het procesrecht voor burgerlijke zaken (wetsvoorstel 26 855)): Asser/Vranken (1995), nr. 17 e.v., p. 11 e.v.

431 Van den Reek 1997, p. 29; Hidma & Rutgers 2004, nr. 5, p. 10-11; Wieten 2008, p. 3.

432 Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 146.

433 Zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 146.

434 Art. 19a Rv (oud) koppelde het bevel van art. 19a Rv (oud) nog vast aan de inlichtingencomparitie. Zie hiervoor ook Van den Reek 1997, p. 30. In het kader van de harmonisering van het burgerlijk procesrecht is er dan ook voor gekozen art. 19a Rv een ruimere strekking te geven. In de MvT wordt ook opgemerkt dat er geen goede grond is waarom de in art. 22 Rv (19a Rv oud) gegeven bevoegdheid in andere gevallen niet of in mindere mate zou gelden (p. 83).

tevens in de verhouding tussen procespartijen een rol. Partijen kunnen op deze manier ook over en weer aanspraak maken op schriftelijke bescheiden die mededingingsrechtelijk relevant zouden kunnen zijn.[435]

Partijen hebben op grond van artikel 22 Rv de mogelijkheid, indien daartoe gewichtige redenen bestaan, bepaalde stukken niet over te leggen of de gevraagde inlichtingen niet te verstrekken. De plicht van partijen om op bevel van de rechter nadere informatie te verschaffen geldt in dat geval niet. Het is aan de rechter om te beoordelen of de weigering gerechtvaardigd is. Gewichtige redenen kunnen zowel vertrouwelijke gegevens van persoonlijke als van bedrijfsmatige aard zijn. De nadere invulling van dit criterium is door de wetgever aan de rechtspraak overgelaten.[436] Het niet verschaffen van de gevraagde gegevens kan leiden tot het verlies van de procedure wegens het niet rond krijgen van de bewijsvoering. Erkenning van de gewichtige redenen doet het bewijsrisico echter niet verspringen naar de andere partij.[437] Het is dan ook aan te raden in dit soort gevallen de rechter te verzoeken om ex artikel 27 Rv de zaak met gesloten deuren te behandelen en ex artikel 29 Rv aan partijen een geheimhoudingsverplichting op te leggen.

9.6.5 Bevel tot openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers ex artikel 162 Rv

Naast de inlichtingencomparitie en de mogelijkheid die artikel 22 Rv biedt, kan de rechter in de loop van het rechtsgeding, op verzoek of ambtshalve, aan ieder der partijen of aan een van haar de openlegging bevelen van de boeken, bescheiden en geschriften, die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren. Artikel 162 Rv komt voor het grootste deel overeen met artikel 8 WvK (oud). De voorloper van artikel 162 Rv, artikel 8 WvK (oud) vermeldde daarbij nog dat het ging om boeken, bescheiden en geschriften die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren, *teneinde deze te raadplegen of daarvan een uittreksel te doen nemen, voor zover de rechter dit nodig acht in verband met het punt in geschil*. Deze passage werd door de wetgever overbodig geacht en is komen te vervallen.[438] De rechter kan ook hier uit de niet-voldoening aan zijn bevel de gevolgtrekking maken die hem geraden zal voorkomen.

---

435 Zie ook Van den Reek 1997, p. 31. Van den Reek verwijst in zijn dissertatie ook naar HR 18 mei 1979, *NJ* 1980, 213 m.nt. WHH *(Hulskorte/Van der Lek)* waarin de Hoge Raad overwoog dat de getuigplicht er mede toe strekt de belangen van procespartijen te beschermen.

436 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5, p. 29 (MvT).

437 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 5, p. 83 (MvT); zie ook Van den Reek 1997, p. 31.

438 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 121 (MvT).

9.6.6 Getuigenbewijs

9.6.6.1 Algemeen

De rechter kan tevens ambtshalve partijen opdragen getuigenbewijs te leveren. Bos is van mening dat de rechter de plicht heeft om ambtshalve getuigenbewijs op te dragen aan partijen nu het Europees mededingingsrecht naar zijn mening van openbare orde is.[439] Zoals ik reeds heb beschreven in § 5.5 ligt dit genuanceerder en kan naar mijn mening ook geen plicht voor de rechter worden aangenomen om ambtshalve getuigenbewijs op te dragen aan partijen. Het gemeenschapsrecht verplicht de nationale rechter er tenslotte niet toe, ambtshalve een rechtsgrond in het geding te brengen ontleend aan schending van gemeenschapsbepalingen, wanneer hij voor het onderzoek van dat middel de hem passende lijdelijkheid zou moeten verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.[440] Zie verder mijn bespreking in § 5.5 (in het bijzonder § 5.5.6) van de arresten *Van Schijndel*,[441] *Océano*,[442] *Cofidis*[443] en *Mostaza Claro*.[444]

9.6.6.2 De getuigplicht

Uit artikel 165 lid 1 Rv kan worden afgeleid dat een ieder die daartoe op wettige wijze is opgeroepen, de plicht heeft om te getuigen. Deze plicht is gebaseerd op het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid (ten dienste van een goede rechtsbedeling) in rechte boven tafel komt. Tevens dient de plicht om te getuigen ter bescherming van de belangen van de desbetreffende partij.[445] Uitzonderingen op deze getuigplicht zijn het familiale verschoningsrecht, het functionele verschoningsrecht en het *nemo tenetur*-beginsel.

---

439 Zie Bos 1999, p. 139.

440 HvJEG 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 en Van Veen)*, *Jur*. 1995, p. I-4705. Zie ook *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 en HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)*.

441 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 en Van Veen)*, *Jur*. 1995, p. I-4705.

442 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 *(Océano)*, *Jur*. 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730.

443 HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00 *(Cofidis)*, *Jur*. 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. MRM.

444 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05 *(Mostaza Claro)*, *Jur*. 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. MRM.

445 HR 18 mei 1979, *NJ* 1980, 213 m.nt. WHH *(Hulskorte/Van der Lek)*.

Op grond van het familiale verschoningsrecht ex lid 2 onder a zijn 'de echtgenoot en de vroegere echtgenoot dan wel de geregistreerde partner en de vroegere geregistreerde partner van een partij, de bloed- of aanverwanten van een partij of van de echtgenoot of van de geregistreerde partner van een partij, tot de tweede graad ingesloten, een en ander tenzij de partij in hoedanigheid optreedt' ontheven van hun verplichting om getuigenis af te leggen (een verklaring af te leggen).[446] De partijgetuige komt niet het recht toe zich te beroepen op het familiaal verschoningsrecht ex artikel 165 lid 2 sub a Rv.

Het functionele verschoningsrecht komt toe aan personen die een vertrouwensrelatie hebben met een der partijen.[447] In mededingingsrechtelijke zaken zal voornamelijk moeten worden gedacht aan de advocaat die beschikt over informatie relevant voor de oplossing van een mededingingsrechtelijk geschil. Uit de vertrouwensrelatie vloeit een geheimhoudingsplicht voort. Er zal een afweging moeten plaatsvinden tussen de belangen waarop de verplichting tot geheimhouding is gericht en de zwaarwegende belangen die gemoeid zijn met de waarheidsvinding in een burgerlijk proces.[448] De omvang van het verschoningsrecht betreft alleen de wetenschap die de getuige in zijn ambt, beroep of betrekking is toevertrouwd. De opgegeven vragen behoeven, behoudens in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden, niet beantwoord te worden zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.[449]

Het *nemo tenetur*-beginsel brengt met zich mee dat er in een civiele procedure een beroep kan worden gedaan op het verschoningsrecht in het geval de getuige (ook de partijgetuige) zichzelf of een van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de zijlijn in de tweede of derde graad, of zijn echtgenoot of vroegere echtgenoot onderscheidenlijk zijn geregistreerde partner of vroegere geregistreerde partner aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling ter zake van een misdrijf zou blootstellen. Nu het mededingings-

446 Zij zijn echter wel verplicht te verschijnen en zij zijn uiteraard bevoegd een verklaring af te leggen. Een persoon die een beroep doet op het familiaal verschoningsrecht hoeft niet te motiveren waarom hij van het verschoningsrecht gebruik wil maken. Zie HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 606 *(B./C. en C.)*.

447 Zo komt het functionele verschoningsrecht toe aan geestelijken en medici (HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95; *(Lunshof)*), advocaten (HR 12 december 1958, *NJ* 1961, 270 *(Viskil)*), HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188; *(Panholzer/Cancuk)*), notarissen (HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 *(curatoren OGEM/Maas)*), HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467 *(Van Eijck/Tomol)*), juridisch medewerkers van bureaus voor rechtshulp (HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 *(Brouwer/Zürich)*), verplegers (HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 761 *(Westra)*), belastingambtenaren (HR 21 februari 1997, *NJ* 1997, 305 *(Pouw/L&V)*) en reclasseringsambtenaren (HR 20 juni 1968, *NJ* 1968, 332 *(geheimhoudingsplicht reclasseringsambtenaar)*).

448 HR 22 december 1989, *NJ* 1990. 799 *(ABN/Fraterman)*.

449 Zie HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 m.nt. WLH onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 *(curatoren OGEM/Maas)*; HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174 m.nt. WLH onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 *(Schadd)*.

recht nog alleen bestuursrechtelijk en civielrechtelijk gehandhaafd wordt is de kans op een strafrechtelijke veroordeling terzake van een misdrijf niet al te groot. Dit kan in de toekomst anders zijn, nu het niet onwaarschijnlijk is dat het mededingingsrecht uiteindelijk ook strafrechtelijk zal kunnen worden gehandhaafd.

9.6.7 Deelconclusie

Niet alleen de procespartijen spelen een rol bij het boven tafel krijgen van de feiten die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht van belang zijn. De rechter heeft ook een aantal mogelijkheden.

Te denken valt aan het desgewenst ambtshalve gelasten van een persoonlijke verschijning van partijen, het stellen van vragen en het vorderen van het overleggen van stukken, het bepalen van een getuigenverhoor en het horen van getuigen, het gelasten van een deskundigenbericht en het benoemen van deskundigen. Naast de inlichtingencomparitie kan ook gedacht worden aan het aanscherpen van de stelplicht van de ene partij indien de bewijslast van de andere partij door het tekort aan informatie de doorslag zal geven in de uitkomst van het geding.

Uit bovenstaande bespreking van de middelen die de rechter ten dienste staan, kan worden geconcludeerd dat de rechter nog een aanzienlijke rol kan spelen om de feiten die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevant zijn boven tafel te krijgen.

9.7 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

In dit hoofdstuk zijn de bewijsproblemen onderzocht die zich voordoen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Uit het onderzoek kwam naar voren dat de bewijsproblemen zijn te onderscheiden in twee fasen. De eerste fase is de periode waarin nog geen procedure is aangespannen.[450] De tweede fase is de periode die begint met het uitbrengen van een dagvaarding.[451]

Nadat ik enige aandacht heb besteed aan de ontwikkeling van een stelsel van formeel bewijs naar een stelsel van vrij bewijs (§ 9.2), ben ik begonnen met een bespreking van de bewijsproblemen in de eerste fase.[452] Uit deze bespreking kwam naar voren dat het verzamelen van bewijsmateriaal in de voorfase voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een groot probleem kan vormen, zeker in zaken waarbij nog geen oordeel van een mededin-

450 § 9.4.
451 § 9.5.
452 § 9.4.

gingsautoriteit op tafel ligt. De processuele middelen om naar Nederlands recht voorafgaande aan een procedure bewijs te vergaren zijn beperkt tot de exhibitieplicht, de mogelijkheid tot het leggen van bewijsbeslag, het voorlopig getuigenverhoor, het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige descente.[453] Voorlopige bewijsverrichtingen voor de overheidsrechter zijn ook mogelijk ingeval arbitrage is overeengekomen, maar daarbij geldt wel de restrictie dat arbiters nog niet zijn benoemd.[454]

Schendingen van het mededingingsrecht zullen met de exhibitieplicht, het leggen van bewijsbeslag, het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht niet altijd eenvoudig bewezen kunnen worden. De gelaedeerde van een vermeende mededingingsschending zal vaak niet weten welke bescheiden dienen te worden opgevraagd.[455] Uit het onderzoek bleek dat het helaas niet mogelijk is bewijsbeslag op alle elektronische bestanden en papieren bescheiden te leggen en vervolgens te onderzoeken of eventuele mededingingsovertredingen kunnen worden afgeleid uit de verzamelde gegevens.[456] De gelaedeerde zal vaak niet weten welke personen moeten worden opgeroepen voor een voorlopig getuigenverhoor.[457] Ingeval die personen wel bekend zijn, moeten ze vervolgens nog bereid zijn zich omtrent de vermeende mededingingsinbreuk in belastende zin uit te laten. Bij het voorlopig deskundigenbericht moet duidelijk worden gemaakt wat de deskundige precies zal moeten onderzoeken en de deskundige moet toegang kunnen hebben tot gegevens over de markt en de positie van de vermeende laedens op die markt.[458]

De rechter zal een afweging moeten maken tussen het belang van de gelaedeerde bij inzage in informatie en documentatie en het voorkomen dat bewijsmateriaal verloren gaat enerzijds en het belang van de vermeende laedens bij geheimhouding van vertrouwelijke bedrijfsgegevens anderzijds. Indien een mededingingsinbreuk reeds is vastgesteld door de Commissie of de NMa en de gelaedeerde een vordering tot vergoeding van schade voorbereidt, zal een beroep van de laedens op gewichtige redenen ex artikel 843a lid 4 Rv niet snel door de rechter worden gehonoreerd. Indien de mededingingsinbreuk nog niet is vastgesteld zal de rechter het belang van de laedens bij inzage, afschrift of uittreksel van de bescheiden moeten afwegen tegen het belang van de vermeende laedens bij geheimhouding van de vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Des te waarschijnlijker de inbreuk op het mededingingsrecht is, des te waarschijnlijker is het dat de rechter de laedens zal veroordelen tot het aan de gelaedeerde verstrekken van inzage, afschrift of uittreksel van

453 § 9.4.2 – § 9.4.6.
454 § 9.4.7.
455 § 9.4.2.
456 § 9.4.3.
457 § 9.4.4.
458 § 9.4.5.

mogelijk bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Zoals zojuist hiervoor gezegd honoreert de rechter het beroep op gewichtige redenen niet snel. Bovenstaande beschikbare middelen zullen tevens aanzienlijke kosten met zich mee kunnen brengen. De kosten dienen door de gelaedeerde te worden voorgeschoten. Bovendien worden ze slechts gedeeltelijk vergoed indien uiteindelijk wordt aangenomen dat sprake is van een schending van het mededingingsrecht.

In § 9.4.9.4 is aandacht besteed aan het voorstel van de Commissie in het Witboek (betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels) op het gebied van de toegang tot bewijsmateriaal. De Commissie stelt voor dat de nationale rechter in specifieke omstandigheden de bevoegdheid krijgt om procespartijen of derden te bevelen welomschreven categorieën van relevant bewijsmateriaal openbaar te maken. Aan het bevel tot openbaarmaking zijn wel de nodige voorwaarden verbonden. De bestaande mogelijkheden naar Nederlandse burgerlijk procesrecht komen grotendeels overeen met het voorstel van de Commissie. Daarbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat de mogelijkheden in het voorstel iets verder lijken te gaan dan de bestaande mogelijkheden op grond van de bijzondere exhibitieplicht ex artikel 843a Rv (§ 9.4.2). Eventueel zou bij een nadere uitwerking van het voorstel in het Witboek aansluiting kunnen worden gezocht bij artikel 1019a Rv. De Commissie dient bij de uitwerking van het Witboek aandacht te besteden aan het voorkomen van de mogelijkheid dat het bewijsmateriaal wordt gebruikt voor andere doelen dan de civiele mededingingsrechtelijke procedure. Tevens mag de toegang tot bewijsmateriaal niet in strijd komen met het beroepsgeheim en het verschoningsrecht van de advocaat.

Na de bespreking van de eerste fase (de periode waarin nog geen procedure is aangespannen) zijn in § 9.5 de bewijsproblemen in de procedurele fase besproken. In deze fase kan de gelaedeerde gebruik maken van het bewijs door getuigen, het bewijs door deskundigen, de exhibitieplicht, het bewijsbeslag en de mogelijkheid tot plaatsopneming en bezichtiging.[459] Uit dit onderzoek kwam naar voren dat economische deskundigheid bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht een belangrijke rol kan spelen in de rechtszaal, zeker in gevallen waarbij er (nog) geen besluit van een mededingingsautoriteit op tafel ligt waarin wordt geconcludeerd dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht.[460]

In § 9.5.5 is aandacht besteed aan een aantal in de Amerikaanse rechtspraak ontwikkelde gezichtspunten die de Nederlandse rechter en de procespartijen behulpzaam kunnen zijn bij de waardering van het deskundigenbewijs. In de *Daubert*-uitspraak heeft het *U.S. Supreme Court* vier gezichtspunten geformuleerd aan de hand waarvan de rechter kan toetsen of de verklaring van een deskundige moet worden toegelaten. De gezichtspunten die door het *U.S. Supreme Court* zijn geformuleerd in de *Daubert*-zaak kunnen ook voor de

459 § 9.5.1.
460 § 9.5.4.

Nederlandse rechter behulpzaam zijn bij de beoordeling van een verklaring van een deskundige. Wel moet voor ogen worden gehouden dat het in *Daubert* gaat om een vorm van *input*-controle, waarbij de selectie van het deskundigenbewijs aan de poort plaats vindt. In het Nederlandse recht kan eerder worden gesproken van *output*-controle. Betrouwbaarheid van bewijs is niet zozeer een overweging bij de vraag of het bewijs kan worden toegelaten, maar speelt vooral een rol bij het bepalen van de waarde die er aan moet worden gehecht.

Aan de deskundige op het gebied van de economie/econometrie die voor de rechter moet optreden worden zware eisen gesteld. Het is dan ook zaak dat de advocaat of de rechter veel aandacht besteedt aan de selectie van de juiste deskundige. De deskundige moet tijdig worden ingeschakeld en het kijken naar de achtergrond van de deskundige (inclusief publicaties) is geen overbodige luxe. De juiste kwalificaties voor het kunnen beantwoorden van de voorliggende vragen zijn uiteraard van belang, maar minstens even belangrijk is het om verschil te maken tussen de aansprakelijkheidsdeskundige en de schadedeskundige. Onafhankelijkheid van de deskundige is een ander belangrijk toetsingscriterium. Het is daarbij ook van belang dat de deskundige belangrijke feiten en gegevens niet zomaar aanneemt, maar daadwerkelijk onderzoekt en controleert. Tevens moet geaccepteerd worden dat de vergaring van relevante gegevens nu eenmaal tijd, energie en geld kost. Het is verstandig om te onderzoeken of de rapportage van de deskundige in overeenstemming is met de heersende literatuur. Is dit niet het geval dan moet er een zeer goede verklaring voor zijn. Tevens is het van belang problemen te onderkennen en niet onder de tafel te schuiven.

In § 9.5.6 is aandacht besteed aan de vraag hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is. Een zogenaamd *disclosure statement* kan hier uitkomst bieden.

In § 9.5.7 is onderzocht in hoeverre besluiten (met name verbodsbeschikkingen) van een mededingingsautoriteit doorwerken in een civiele procedure. Hoewel er over te twisten valt of de leer van de formele rechtskracht van toepassing is op een besluit van een mededingingsautoriteit, kan in ieder geval geconcludeerd worden dat een besluit van een mededingingsautoriteit een belangrijk en veelal overtuigend en doorslaggevend argument voor de burgerlijke rechter vormt bij de vorming van zijn oordeel of er al dan niet sprake is van een mededingingsovertreding.

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat een nationale rechter die zich moet uitspreken over schadevergoedingsacties wegens schending van de artikelen 81 of 82 EG geen besluit kan nemen dat in strijd is met een eindbesluit van een bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededingingsautoriteit of een uitspraak van de beroeps-

rechter.[461] Het dient dan te gaan om een eindbesluit waarin een inbreuk op de artikelen 81 of 82 EG is vastgesteld of ten aanzien waarvan een beroepsrechter een einduitspraak heeft gedaan waarin de beschikking van de nationale mededingingsautoriteit wordt bevestigd of waarin die rechter zelf een inbreuk vaststelt. Het dient bij deze regel te gaan om onherroepelijke besluiten waarbij de gedaagde alle beroepsmogelijkheden heeft uitgeput. Tevens heeft deze regel alleen betrekking op dezelfde praktijken en dezelfde onderneming of ondernemingen ten aanzien waarvan de nationale mededingingsautoriteiten of beroepsrechter een inbreuk heeft vastgesteld.

Bij het voorstel van de Commissie dienen verschillende kanttekeningen te worden gemaakt.[462] In de eerste plaats is het voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht niet noodzakelijk dat de Nederlandse rechter gebonden is aan een beslissing van de NMa, een eindbesluit van een bij het *European Competition Network* aangesloten nationale mededingingsautoriteit of een uitspraak van de beroepsrechter. In de tweede plaats kan het voorstel in het Witboek een negatieve werking hebben op de bestuursrechtelijke handhaving. In de derde plaats dient rekening te worden gehouden met het feit dat de bescherming die de bestuursrechter in Nederland biedt minder effectief lijkt te zijn dan de bescherming die de burgerlijke rechter biedt. In de vierde plaats valt te wijzen op de problematiek van de hoofdelijke aansprakelijkheid van moedervennootschappen. Indien een nationale mededingingsautoriteit een moedervennootschap hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een schending van het mededingingsrecht door een volle dochtervennootschap betekent dat nog niet dat de civiele rechter is gebonden om de moedervennootschap ook civielrechtelijk hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de gedragingen van de dochtervennootschap.

In § 9.5.8 is de botsing van het belang van waarheidsvinding en het fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor met het recht op geheimhouding onderzocht. Uit dit onderzoek kwam naam voren dat de rechter alleen kennis kan nemen van de vertrouwelijke informatie ingeval de vermeende laedens toestemming heeft verleend. De vermeende laedens zal moeten kiezen tussen twee opties. Enerzijds het geheimhouden van bepaalde concurrentiegevoelige informatie met het daarbij gepaard gaande risico van het verlies van de procedure. Anderzijds de wetenschap dat het vonnis mede op grond van de geheime informatie zal worden gewezen met het daarmee gepaard gaande gevaar dat concurrentiegevoelige informatie bij de verkeerde personen op tafel belandt. Dit laatste zal zich vooral voordoen indien de rechter zijn uitspraak niet naar behoren kan motiveren zonder de inhoud van de concurrentiegevoelige informatie te openbaren. Ingeval de rechter zijn uitspraak niet goed zou kunnen motiveren zonder de inhoud van de concurrentiegevoelige informatie te openbaren zal hij de concurrentiegevoelige

461 § 9.5.7.7.
462 § 9.5.7.7.

informatie bij zijn oordeel buiten beschouwing moeten laten. Dit komt uiteraard voor risico van de partij die de informatie geheim wil houden.

In § 9.5.9 is onderzocht in hoeverre benadeelde derden toegang hebben tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten. Het verkrijgen van toegang tot dossierstukken kan namelijk van doorslaggevend belang zijn voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk. De gelaedeerde die zijn vordering tot verkrijging van schadevergoeding wil onderbouwen met documenten van de mededingingsautoriteiten heeft in beginsel op grond van de Eurowob en artikel 255 EG toegang tot de desbetreffende dossiers. Wel moet hierbij de kanttekening worden geplaatst dat gedurende de administratieve fase en tot aan een eventuele boetebeschikking de uitzonderingsgrond 'bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits' van de Eurowob op de meeste belastende dossierstukken van toepassing zal zijn.

De NMa heeft in mededingingszaken een zelfde soort verplichting als de Commissie om verzoeken van elke derde om toegang tot het dossier in behandeling te nemen en tot openbaarmaking over te gaan als geen uitzonderingsgronden van toepassing zijn. Bij informatie die is verkregen op grond van een clementieregeling zou de situatie nog anders kunnen liggen.

In het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels stelt de Commissie voor dat bij civielrechtelijke schadevergoedingsacties afdoende bescherming tegen openbaarmaking moet kunnen worden geboden voor ondernemingsverklaringen van een clementieverzoeker.[463] De Commissie wil deze bescherming bieden om te vermijden dat de clementieverzoeker in een minder gunstige positie komt te verkeren dan de overige inbreukmakers. In het Witboek stelt de Commissie voor dat de bescherming zou gelden voor alle ondernemingsverklaringen die worden ingediend door alle clementieverzoekers ten aanzien van een inbreuk op artikel 81 EG, ongeacht of het clementieverzoek door de mededingingsautoriteit wordt geaccepteerd, afgewezen of deze geen besluit neemt. Deze bescherming zal dienen te gelden wanneer openbaarmaking wordt bevolen door een rechter, ongeacht of dit voor of na een besluit door een mededingingsautoriteit is.

Naar Nederlands recht bestaat op het punt van de civielrechtelijke positie van de clementieverzoeker nog geen regeling. Het voorstel van de Commissie biedt voor de clementieverzoeker meer zekerheid, nu naar Nederlands recht onzeker is of clementieverklaringen een gewichtige reden opleveren in de zin van artikel 843a Rv (de bijzondere exhibitieplicht, zie § 9.4.2) en artikel 22 Rv (rechterlijk bevel tot toelichting en tot overlegging van bescheiden). Tevens is niet geheel duidelijk of de NMa een geslaagd beroep kan doen op artikel 10 lid 2 sub d Wob (zie § 9.5.9.4).

463 § 9.5.9.5.

Interessant is de ontwikkeling waarbij steeds meer aandacht ontstaat voor het zogenaamde '*plea bargaining*'.[464] Dit zijn schikkingen tussen de bij de mededingingsovertreding betrokken ondernemingen en de Commissie waarmee een bestuursrechtelijke procedure wordt voorkomen. Als gevolg van deze schikkingen kan de werkdruk bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de perken worden gehouden. Door middel van '*plea bargaining*' zouden ook eventuele problemen betreffende de toegang tot dossiers en meer in het algemeen problemen betreffende de omgang met bewijsmateriaal kunnen worden opgenomen in de onderhandelingen met de Commissie. Tevens zou gedacht kunnen worden aan het feit dat snel tot overeenstemming met de Commissie kan worden gekomen ingeval de ondernemingen die het mededingingsrecht hebben overtreden zich op het gebied van privaatrechtelijke schikkingen met bijbehorende schadevergoeding welwillend opstellen jegens de gelaedeerden. In § 9.5.10 is aandacht besteed aan de geheimhoudingsplicht betreffende zakengeheimen en andere vertrouwelijke informatie.

In § 9.6 heb ik het perspectief verlegd van de procespartijen naar de burgerlijke rechter. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat de rechter met de middelen die hem ten dienste staan nog een aanzienlijke rol kan spelen om de feiten die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevant zijn, boven tafel te krijgen. Te denken valt aan het desgewenst ambtshalve gelasten van een persoonlijke verschijning van partijen, het stellen van vragen en het vorderen van het overleggen van stukken, het bepalen van een getuigenverhoor en het horen van getuigen, het gelasten van een deskundigenbericht en het benoemen van deskundigen. Naast de inlichtingencomparitie kan ook gedacht worden aan het aanscherpen van de stelplicht van de ene partij indien de bewijslast van de andere partij door het tekort aan informatie de doorslag zal geven in de uitkomst van het geding.[465]

464 § 9.5.9.6.
465 § 9.6.7.

10 Enkele aspecten van internationaal privaatrecht

10.1 ALGEMEEN

Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht zal het, zeker bij zaken waar het Europees mededingingsrecht van toepassing is, snel voorkomen dat de gelaedeerden en de laedens in verschillende landen woonachtig zijn en de effecten van de inbreuk op het mededingingsrecht zich verspreiden over meerdere landen. In veel zaken waarbij de Europese mededingingsregels zijn overtreden, zijn grensoverschrijdende elementen aanwezig in verband met het effect op de tussenstaatse (intra-communautaire) handel dat aanwezig dient te zijn.[1]

Indien de effecten van de inbreuk op het mededingingsrecht zich verspreiden over meerdere landen kunnen conflicten ontstaan over de vraag welke rechter bevoegd is en welk recht van toepassing is. Daarnaast dient gekeken te worden naar de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen in mededingingszaken. Het internationaal privaatrecht kan dan ook een belangrijke rol spelen bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

In dit hoofdstuk bespreek ik in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht enkele aspecten van internationaal privaatrecht betreffende de rechterlijke bevoegdheid, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen. Dit hoofdstuk pretendeert geen volledig overzicht te geven van alle mogelijkheden en problemen die bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht voortvloeien uit het internationaal privaatrecht. Ik behandel in dit hoofdstuk slechts de belangrijkste aspecten van internationaal privaatrecht die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht aan de orde komen.

Ik begin in § 10.2 met een bespreking van mogelijke jurisdictieproblemen en het gevaar van *forum shopping*. Vervolgens bespreek ik in § 10.3 de rechterlijke bevoegdheid. In § 10.4 komt het toepasselijk recht aan de orde en in § 10.5 behandel ik de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen.

---

1 Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204; Eilmansberger 2007, p. 444.

10.2 JURISDICTIEPROBLEMEN EN HET GEVAAR VAN *FORUM SHOPPING*

Indien de effecten van een mededingingsovertreding zich afspelen in meerdere lidstaten, bestaat het gevaar dat de gelaedeerde gaat winkelen (*shopping*) bij de rechter in het land waar de meeste voordelen worden geboden (*forum*). Een vorm van concurrentie tussen rechters en rechtstelsels. *Forum shopping* veronderstelt dat de eiser de keuze heeft om te kiezen uit verschillende bevoegde gerechten en op zoek is naar het voor hem meest geschikte forum.[2] Verschillen in de toepassing van de mededingingsregels tussen de 27 lidstaten kunnen ervoor zorgen dat er op grond van strategische redenen voor wordt gekozen een proces aanhangig te maken in de lidstaat met de meest strikte interpretatie van de mededingingsregels of juist de lidstaat met de meest soepele interpretatie van de mededingingsregels. Hoewel concurrentie een van de hoofddoelen van het mededingingsrecht is, wordt concurrentie tussen de rechters en rechtsstelsels van de verschillende lidstaten niet beoogd en is concurrentie volgens velen ook ongewenst.[3] Jurisdictieconflicten tussen de nationale rechters van de lidstaten dienen in ieder geval te worden vermeden.

In het licht van de maatregelen die door de Commissie zijn genomen om discrepanties tussen de rechters van de verschillende lidstaten in de toepassing van het mededingingsrecht zoveel mogelijk te voorkomen en zoveel mogelijk een consistente toepassing van de mededingingsregels door de rechters van de verschillende lidstaten na te streven (denk bijvoorbeeld aan het optreden van de Commissie voor de nationale rechters als *amicus curiae* en de vernieuwde samenwerkingsbekendmaking), zullen de verschillen tussen de rechters van de verschillende lidstaten op dit punt niet zo groot zijn dat procespartijen structureel aan *forum shopping* zullen gaan doen. Daarentegen kan *forum shopping* voor wat betreft de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht wel degelijk plaatsvinden op grond van verschillen tussen het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht van de individuele lidstaten.[4]

De gelaedeerde zal rekening kunnen houden met de vraag welke rechter de voor hem meest gunstigste uitspraak zal geven. Bij de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht zullen verschillen op het gebied van de hoogte van de te verkrijgen schadevergoeding een rol kunnen spelen. Zo zal de gelaedeerde de rechter kunnen uitkiezen die naar verwachting een zo hoog mogelijke schadevergoeding zal toekennen. Daarnaast spelen andere belangrijke omstandigheden een rol, zoals bijvoorbeeld verschillen in de mogelijkheden om bewijs te vergaren en documenten

2 Zie bijvoorbeeld Widmer & Maurenbrecher 1997, p. 268; Bomhoff 2004, p. 3.

3 Concurrentie is een van de hoofddoelen van het Nederlands mededingingsrecht. De oorspronkelijke doelstellingen van het Europees mededingingsrecht zijn kort samen te vatten als het bevorderen van de marktintegratie en de optimale allocatie van productiefactoren. Zie voor een nadere bespreking hoofdstuk 2, § 2.2.

4 Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204; Kon & Maxwell 1998, p. 446.

van de wederpartij boven tafel te krijgen (*discovery*), verschillen in de aanname van causaal verband, taalbarrières en de te overbruggen geografische afstand.

Jacobs en Deisenhofer wijzen op het feit dat de gelaedeerde altijd de voordelen van het procederen in een bepaalde (vreemde) jurisdictie zal afwegen tegen de voordelen van het procederen binnen de eigen jurisdictie. De voordelen van procederen binnen de eigen jurisdictie zijn onder andere de vertrouwdheid met het eigen rechtsstelsel en het beter kunnen overzien van de kosten en risico's van procederen. Deze voordelen kunnen voor de gelaedeerde doorslaggevend zijn in de ontwikkeling van een voorkeur voor het procederen binnen de eigen rechtsorde. Dit zou de reden kunnen zijn van het feit dat eiser en gedaagde in de meeste zaken waarbij de artikelen 81 en 82 EG zijn gebruikt uit dezelfde (lid)staat komen.[5]

Naast de zojuist genoemde factoren die een rol spelen bij de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht (waarbij gebruik wordt gemaakt van het aansprakelijkheidsrecht van de individuele lidstaten), dient ook rekening te worden gehouden met het feit dat de decentralisatie van de handhaving van het mededingingsrecht kan leiden tot het stimuleren van het veelvoudig procederen in verschillende jurisdicties op grond van dezelfde contracten. Jacobs en Deisenhofer wijzen bijvoorbeeld op de situatie bij distributienetwerken.[6] De exceptie van litispendentie op grond van de EEX-Vo (Brussel I-Vo) en het EVEX-Verdrag (Lugano) werkt alleen in procedures waar dezelfde partijen bij betrokken zijn.[7] Het procederen binnen distributienetwerken kan andere partijen betreffen, waar de regels van litispendentie niet in voorzien.[8] Dit kan ertoe leiden dat een in wezen zelfde zaak aanhangig is bij verschillende nationale rechters (zie voor litispendentie en connexiteit § 10.3.9).

Bij de toepassing van het mededingingsrecht door nationale rechters kunnen zich ook andere transnationale problemen voordoen die al dan niet *forum shopping* uitlokken. Jacobs en Deisenhofer wijzen bijvoorbeeld op de problemen op het gebied van de vergaring van bewijs in andere jurisdicties

---

5 Zie Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204; Kerse & Khan 2005, nr. 10.26.

6 Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204.

7 Het EEX-Verdrag was tot voorkort alleen in de betrekkingen met Denemarken nog van belang. Denemarken neemt een bijzondere positie in als gevolg van protocol 5 bij het Verdrag van Amsterdam. Denemarken heeft een algemeen voorbehoud gemaakt met betrekking tot op titel IV EG gebaseerde regelingen. Ten gevolge van de verwerping van het Verdrag van Maastricht door de Deense burgers in 1992 is het Koninkrijk Denemarken geen partij bij de aanneming door de Raad van maatregelen uit hoofde van Titel IV EG. Op 19 oktober 2005 heeft de Europese Gemeenschap met het Koninkrijk Denemarken een overeenkomst ondertekend waarin de bepalingen van de onderhavige verordening tot Denemarken worden uitgestrekt. De overeenkomst is namens de Gemeenschap goedgekeurd bij een besluit van de Raad van 27 april 2006, *PbEU* 2006, L 120. De overeenkomst is in werking getreden op 1 juli 2007, *PbEU* 2004, L 94.

8 Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204.

(zie de Bewijsverordening en het Bewijsverdrag),[9] de praktische problemen van juridische vertegenwoordiging bij andere nationale rechters (waaronder de taalproblemen), de vraag of en hoe de doctrine betreffende *forum non conveniens* zal worden toegepast in mededingingszaken (zie § 10.3.8), de regels over rechtsmacht (§ 10.3.7) en erkenning en tenuitvoerlegging met betrekking tot grensoverschrijdende tijdelijke maatregelen (inclusief het gerechtelijk verbod of bevel) en de uiteenlopende opvattingen over de openbare orde met betrekking tot de erkenning van buitenlandse uitspraken. Bij dit laatste probleem kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het feit dat *punitive damages* in strijd zijn met de openbare orde van sommige lidstaten (zie § 10.5.3.3).[10]

10.3 Rechterlijke bevoegdheid

10.3.1 Inleiding

Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht zal het, zeker bij zaken waar het Europees mededingingsrecht van toepassing is, snel voorkomen dat de gelaedeerden en de laedens in verschillende landen woonachtig zijn en de effecten van de inbreuk op het mededingingsrecht zich verspreiden over meerdere landen. Voor wat betreft de vraag welke rechter bevoegd is, indien de gelaedeerde in grensoverschrijdende gevallen een vordering wil instellen tegen de laedens, dient gekeken te worden naar het commune internationaal bevoegdheidsrecht en de EEX-Vo (Verordening 44/2001).

Het commune internationaal bevoegdheidsrecht is alleen nog van belang ingeval de internationale bevoegdheidsvraag buiten het formeel en materieel toepassingsgebied van de internationale regelingen valt waaraan Nederland is gebonden. In de praktijk is de EEX-Vo de belangrijkste internationale regeling.

---

9 Verordening 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van de bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 2001, L 174/1; Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken, 's-Gravenhage 18 maart 1970, *Trb*. 1969, 94 en *Trb*. 1979, 38.

10 Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204-205. Art. 24 van de ontwerpverordening Rome II luidde nog als volgt: 'De toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht, die zou leiden tot de toekenning van een schadevergoeding die geen vergoedend karakter heeft, zoals schadevergoedingen die als voorbeeld of als straf zijn bedoeld, is strijdig met de communautaire openbare orde.' Deze bepaling is in de uiteindelijke Rome II-Vo verdwenen. Art. 26 Rome II-Vo luidt nu: 'De toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld, indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.' Hoewel ik mij bewust ben van het feit dat de Rome II-Vo niet over de rechterlijke bevoegdheid gaat maar over het toepasselijk recht op niet-contractuele verbintenissen, is deze bepaling toch interessant gelet op de verhouding tussen de openbare orde en *punitive damages*.

Verordening 44/2001 regelt welke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen tegen verweerders die hun woonplaats in een van de lidstaten hebben.[11] Dergelijke verweerders kunnen worden gedagvaard voor de gerechten van de staat waar zij woonplaats hebben of – naar keuze van de verzoeker – voor de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. De plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan is (a) de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis of (b) de plaats waar de schade is ingetreden (naar keuze van de verzoeker).

10.3.2 Het commune internationaal bevoegdheidsrecht

10.3.2.1 Dagvaardingsprocedures

a. Hoofdregel (forum rei)

De Nederlandse rechter is op grond van artikel 2 Rv in zaken die bij dagvaarding worden ingeleid bevoegd wanneer de gedaagde in Nederland zijn woonplaats of vaste verblijfplaats heeft (*forum rei*). Bij een rechtspersoon geldt op grond van artikel 1:10 lid 2 BW als woonplaats de plaats waar hij volgens zijn statuten of reglementen zijn zetel heeft. Nu de EEX-Vo van toepassing is indien het een burgerlijke of handelszaak betreft en de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat (Nederland), speelt het commune internationaal bevoegdheidsrecht geen rol indien de gedaagde in Nederland zijn woonplaats of vaste verblijfplaats heeft.

Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan het van belang zijn dat op grond van artikel 1:14 BW een persoon die een kantoor of filiaal houdt, bij aangelegenheden die het kantoor of filiaal betreffen mede daar woonplaats heeft. Ingeval de verweerder een rechtspersoon is met zijn statutaire zetel, zijn hoofdbestuur of zijn hoofdvestiging gevestigd in een land buiten de EU dan valt de vraag naar de bevoegdheid van de rechter buiten het formeel toepassingsgebied van de EEX-Vo. Heeft een rechtspersoon met zijn statutaire zetel, zijn hoofdbestuur of zijn hoofdvestiging gevestigd in een land buiten de EU echter een kantoor of filiaal in Nederland dan zou op grond van het commune internationaal bevoegdheidsrecht de rechtspersoon voor wat betreft de aangelegenheden van het filiaal of het kantoor toch alsnog in Nederland kunnen worden gedagvaard.[12]

---

11 Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

12 Vgl. Strikwerda 2005, nr. 216.

b. Aanvullende gronden voor de internationale bevoegdheid

Naast de hoofdregel zoals neergelegd in artikel 2 Rv (*forum rei*) kent artikel 6 Rv aanvullende gronden voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Deze aanvullende gronden betreffen de verbintenissen uit overeenkomst (de Nederlandse rechter is op grond van artikel 6 sub a Rv bevoegd ingeval de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt in Nederland is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd), individuele arbeidsovereenkomsten of agentuurovereenkomsten (de Nederlandse rechter is op grond van artikel 6 sub b Rv bevoegd indien de arbeid gewoonlijk in Nederland wordt verricht), consumentenovereenkomsten (de Nederlandse rechter is op grond van artikel 6 sub d Rv bevoegd indien de consument in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft en de partij die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf aldaar commerciële of beroepsactiviteiten ontplooit, of dergelijke activiteiten met ongeacht welke middelen richt op Nederland en de overeenkomst onder die activiteiten valt) en verbintenissen uit onrechtmatige daad (de Nederlandse rechter is bevoegd op grond van artikel 6 sub e Rv indien het schadebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan of zich kan voordoen).[13]

c. Samenhang van vorderingen

In artikel 7 Rv worden een aantal aanvullende bevoegdheidsgronden gegeven (accessoire bevoegdheden) in verband met de samenhang van vorderingen. In artikel 7 lid 1 Rv wordt de pluraliteit van gedaagden geregeld. Is de Nederlandse rechter bevoegd ten aanzien van de vordering tegen één gedaagde dan is de Nederlandse rechter tevens bevoegd ten aanzien van de vorderingen tegen de andere gedaagden. Wel is vereist dat voldoende samenhang bestaat tussen de vorderingen tegen de verschillende gedaagden. Bij de vordering

13 Daarnaast bestaan er nog bijzondere bevoegdheidsregels ingeval het gaat om zakelijke rechten op en huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerende zaken, nalatenschappen, de geldigheid, de nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen en gevallen van faillissement, surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling. In art. 7 Rv worden een aantal aanvullende bevoegdheidsgronden gegeven (accessoire bevoegdheden) in verband met de samenhang van vorderingen. In art. 7 lid 1 Rv wordt de pluraliteit van gedaagden geregeld. Is de Nederlandse rechter bevoegd ten aanzien van de vordering tegen één gedaagde dan is de Nederlandse rechter tevens bevoegd ten aanzien van de vorderingen tegen de andere gedaagden. Wel is vereist dat voldoende samenhang bestaat tussen de vorderingen tegen de verschillende gedaagden. Bij de vordering in reconventie en de vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst brengt de bevoegdheid betreffende de oorspronkelijke vordering ook de bevoegdheid ten aanzien van de vordering in reconventie en de vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst met zich mee, uitgezonderd het geval dat tussen deze vorderingen en de oorspronkelijke vordering onvoldoende samenhang bestaat. Zie art. 7 lid 2 Rv. Zie Strikwerda 2005, nr. 218. Ingeval de oorspronkelijke vordering slechts ingesteld is om de gedaagde in het nevengeding van de bevoegde rechter af te houden, ontbreekt de accessoire bevoegdheid betreffende de vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst ook. Zie Strikwerda 2005, nr. 218 en de daar vermelde wetsgeschiedenis.

in reconventie en de vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst brengt de bevoegdheid betreffende de oorspronkelijke vordering ook de bevoegdheid ten aanzien van de vordering in reconventie en de vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst met zich mee, uitgezonderd het geval dat tussen deze vorderingen en de oorspronkelijke vordering onvoldoende samenhang bestaat (zie artikel 7 lid 2 Rv).[14] Ingeval de oorspronkelijke vordering slechts ingesteld is om de gedaagde in het nevengeding van de bevoegde rechter af te houden, ontbreekt de accessoire bevoegdheid betreffende de vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst ook.[15]

10.3.2.2 Verzoekschriftprocedures

Verzoekschriftprocedures zullen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen bij de WCAM-procedure (zie § 8.7). De WCAM-procedure zal alleen van toepassing kunnen zijn indien een schikking is bereikt tussen de laedens en de groep benadeelden van een mededingingsinbreuk. Op grond van artikel 1013 lid 1 Rv en artikel 7:907 lid 1 BW wordt de WCAM-procedure ingeleid met een verzoekschrift. De rol van het commune internationaal bevoegdheidsrecht zal echter beperkt zijn tot verweerders die buiten de EU wonen, nu de EEX-Vo formeel van toepassing is ten aanzien van alle (potentiële) verweerders in een WCAM-procedure die woonplaats hebben in een EU-lidstaat.[16] Slechts ten aanzien van de verweerders die buiten de EU wonen, dient de Nederlandse rechter toepassing te geven aan artikel 3 Rv.[17]

In verzoekschriftprocedures is op grond van artikel 3 sub a Rv de Nederlandse rechter bevoegd ingeval de verzoeker (of bij meerdere verzoekers één van hen) of een in het verzoekschrift genoemde belanghebbende (de gelaedeerde) in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft.[18] In artikel 3 sub b Rv is nog een accessoire bevoegdheid neergelegd voor verzoekschriften die betrekking hebben op een geding dat met een dagvaarding dient te zijn ingeleid. In dergelijke gevallen is de Nederlandse rechter bevoegd van het verzoekschrift kennis te nemen indien hij bevoegd is in de dagvaardingsprocedure.

Een door partijen gemaakte uitdrukkelijke (artikel 8 Rv) of stilzwijgende (artikel 9 Rv) forumkeuze bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is mogelijk in zowel de dagvaardingsprocedures als de verzoekschriftprocedures.

---

14 Strikwerda 2005, nr. 218.
15 Strikwerda 2005, nr. 218 en de daar vermelde wetsgeschiedenis.
16 Polak 2006, p. 3249.
17 Polak 2006, p. 3249.
18 De Nederlandse rechter komt niet de bevoegdheid toe zich onbevoegd te verklaren met een beroep op de *forum non conveniens*-correctie. Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 90 (MvT).

10.3.3 Van EEX-Verdrag naar EEX-Verordening

Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam hebben de Europese Raad en de Commissie op grond van artikel 65 EG ook communautaire bevoegdheden tot regelgeving inzake samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen. De op artikel 65 EG gebaseerde EEX-Vo (Brussel I-Vo) regelt als opvolger van het EEX-Verdrag (het Verdrag van Brussel van 1968) de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.[19]

Het HvJ EG heeft met betrekking tot de voorloper van de EEX-Vo (het EEX-Verdrag) geoordeeld dat het EEX-Verdrag niet tot doel heeft het procesrecht één te maken, maar de rechterlijke bevoegdheid voor de beslechting van civiel- en handelsrechtelijke geschillen binnen de Gemeenschap te verdelen en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen te vergemakkelijken.[20] Het hoofddoel van de EEX-Vo is rechtszekerheid en komt grotendeels overeen met de doelstelling van het EEX-Verdrag. Partijen moeten weten waar ze aan toe zijn. In de preambule wordt dan ook gewezen op het feit dat de (bevoegdheids)regels in hoge mate voorspelbaar moeten zijn.[21] Daarnaast vormt de goede werking van de interne markt een belangrijk doel. In de preambule wordt overwogen (1e en 2e overweging):

> 'De Gemeenschap heeft zich ten doel gesteld een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid te handhaven en ontwikkelen waarin het vrije verkeer van personen gewaarborgd is. Met het oog op de geleidelijke totstandbrenging van een dergelijke ruimte dient de Gemeenschap onder meer de maatregelen op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken vast te stellen die voor de goede werking van de interne markt nodig zijn.
> Sommige verschillen in de nationale regels inzake de rechterlijke bevoegdheid en de erkenning van beslissingen bemoeilijken de goede werking van de interne markt. Bepalingen die de eenvormigheid van de regels inzake jurisdictiegeschillen in burgerlijke en handelszaken mogelijk maken alsook de vereenvoudiging van de formaliteiten met het oog op een snelle en eenvoudige erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissingen van de lidstaten waarvoor deze verordening verbindend is, zijn onontbeerlijk.'

Met het oog op het vrije verkeer van beslissingen in burgerlijke en handelszaken is het volgens de preambule nodig en passend de regels inzake de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissin-

---

19 Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1.

20 HvJ EG 15 mei 1990, zaak C-365/88 *(Kongress Agentur Hagen GmbH/Zeehaghe BV)*, *Jur*. 1990, p. I-1845, r.o. 17.

21 11e overweging van de preambule.

gen in een verbindend en rechtstreeks toepasselijk besluit van de Gemeenschap neer te leggen.[22]

Een belangrijk nevendoel van de EEX-Vo is het beperken van parallel lopende processen die worden behandeld voor rechters van verschillende lidstaten en het voorkomen van in meerdere lidstaten gegeven onverenigbare beslissingen. De verordening beoogt volgens de preambule een duidelijke en afdoende regeling te geven om problemen op het gebied van aanhangigheid en samenhang op te lossen.[23] In de preambule wordt overwogen (16e en 17e overweging):

> 'Op grond van het wederzijds vertrouwen in de rechtsbedeling is het gewettigd de in een lidstaat gegeven beslissingen van rechtswege te erkennen zonder dat daarvoor, behoudens bij betwisting, nog een procedure moet worden gevolgd. Eveneens op grond van dit wederzijds vertrouwen moet de procedure om een in een lidstaat gegeven beslissing in een andere lidstaat uitvoerbaar te verklaren, doeltreffend en snel zijn. De verklaring van uitvoerbaarheid van een beslissing moet daarom vrijwel automatisch, zonder dat het gerecht ambtshalve een van de in deze verordening genoemde gronden voor niet-uitvoering kan aanvoeren, worden afgegeven, na een eenvoudige formele controle van de overgelegde documenten.'

Denemarken nam (overeenkomstig een protocol bij het Verdrag van Amsterdam) oorspronkelijk niet deel aan de EEX-Vo, zodat het EEX-Verdrag van toepassing bleef op de verhouding met Denemarken.[24] De Europese Gemeenschap heeft echter met het Koninkrijk Denemarken een overeenkomst ondertekend waarin de bepalingen van de onderhavige verordening tot Denemarken worden uitgestrekt. De overeenkomst is in werking getreden op 1 juli 2007.[25]

Het te Lugano gesloten EVEX-Verdrag tussen de toenmalige EG-lidstaten en de toenmalige lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie (Finland, Noorwegen, Oostenrijk, IJsland, Zweden en Zwitserland), dat in werking is getreden op 1 januari 1992, is voor wat Nederland betreft nog slechts van belang in de verhouding tot Zwitserland, Noorwegen en IJsland.[26] De andere toenmalige leden van de Europese Vrijhandelsassociatie zijn inmiddels toe-

---

22 5e overweging van de preambule.

23 15e overweging van de preambule.

24 Denemarken neemt een bijzondere positie in als gevolg van protocol 5 bij het Verdrag van Amsterdam. Denemarken heeft een algemeen voorbehoud gemaakt met betrekking tot op titel IV EG gebaseerde regelingen. Ten gevolge van de verwerping van het Verdrag van Maastricht door de Deense burgers in 1992 is het Koninkrijk Denemarken geen partij bij de aanneming door de Raad van maatregelen uit hoofde van Titel IV EG. Krachtens art. 68 EEX-Vo heeft de Verordening slechts in de betrekkingen tussen de lidstaten het EEX-Verdrag vervangen en Denemarken is krachtens art. 1 lid 3 EEX-Vo geen lidstaat in de zin van de EEX-Vo.

25 *PbEU* 2004, L 94.

26 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 16 september 1988, *Trb*. 1989, 58; *Trb.* 1991, 179; *Trb.* 1992, 72; *Trb.* 1998, 73.

getreden tot de EU. Nu – voor zover relevant bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht – de inhoud van het EVEX-Verdrag voor een groot deel identiek is aan het EEX-Verdrag en de EEX-Vo, besteed ik geen nadere aandacht aan het EVEX-Verdrag.

De EEX-Vo is uiteraard van belang voor mededingingsrechtelijke zaken die voor de nationale burgerlijke rechters komen, nu het materiële toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling van de EEX-Vo volgens artikel 1 EEX-Vo bepaalt dat de Verordening van toepassing is op 'burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht'.[27] In het tweede lid van artikel 1 EEX-Vo wordt een aantal onderwerpen buiten het materiële toepassingsgebied van de verordening gesteld. Voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is van belang dat arbitrage buiten het materiële toepassingsgebied van de EEX-Vo valt. Voor arbitrage is onder andere het Verdrag van New York betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke beslissingen van belang.[28]

10.3.4 Hoofdregel van het formeel toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling

De hoofdregel van het formeel toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling van de EEX-Vo is neergelegd in artikel 2 EEX-Vo. Uit de artikelen 2, 3 en 4 EEX-Vo volgt dat uitsluitend de woonplaats van de verweerder beslissend is voor de vraag naar de formele toepasselijkheid van de EEX-Vo. De nationaliteit van de verweerder is niet van belang.[29] De rechter van het land waar de verweerder zijn woonplaats heeft is bevoegd (*forum rei*).

Ingeval de verweerder een vennootschap of rechtspersoon is, wat in geschillen betreffende het mededingingsrecht veelal het geval zal zijn, wordt ex artikel 60, eerste lid van de EEX-Vo de vennootschap of rechtspersoon voor wat betreft de toepassing van de verordening geacht woonplaats te hebben op de plaats van haar statutaire zetel, haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging.[30] Onder het begrip hoofdbestuur wordt verstaan het centrum van de bestuursactiviteiten en onder het begrip hoofdvestiging wordt verstaan het centrum van de

27 Het begrip 'burgerlijke en handelszaken' dient volgens het HvJ EG autonoom uitgelegd te worden 'aan de hand van, enerzijds, de doelen en het stelsel van het Verdrag en, anderzijds, de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels tezamen worden gevonden.' Zie HvJ EG 14 oktober 1976, zaak 29/76 *(LTU/Eurocontrol)*, *Jur.* 1976, p. 1541, *NJ* 1982, 95; Strikwerda 2005, nr. 233. Zie over het begrip burgerlijke en handelszaken ook Polak 2003, p. 676-684; Polak & Bomhoff 2005, p. 153-179.

28 Verdrag nopens de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke uitspraken op 10 juni 1958 te New York gesloten, *Trb*. 1959, 58; *Trb*. 1964, 96; *Trb*. 1971, 85; *Trb.* 1980, 27; *Trb.* 1996, 13.

29 De woonplaats van de eiser is niet van belang; zie HvJ EG 13 juli 2000, zaak C-412/98 *(Group Josi/UGIC)*, *Jur.* 2000, p. I-5925, *NJ* 2003, 597. Zie ook Strikwerda 2005, nr. 232.

30 Strikwerda 2005, nr. 232.

bedrijfsactiviteiten.[31] Tussen de verschillende criteria bestaat geen hiërarchie. Als gevolg van het feit dat meerdere criteria naast elkaar worden gebruikt ter bepaling van de woonplaats, kunnen meerdere rechters van verschillende lidstaten bevoegd zijn. Mogelijke negatieve jurisdictiegeschillen worden aldus voorkomen.[32] De mogelijke positieve jurisdictiegeschillen moeten met toepassing van de regels betreffende litispendentie en connexiteit worden opgelost (artikelen 27-30 EEX-Vo).[33]

10.3.5 Alternatieve bevoegdheidsregels

10.3.5.1 Algemeen

In artikel 5 EEX-Vo zijn de alternatieve bevoegdheidsregels gegeven. De eiser heeft ingeval de vordering betrekking heeft op een van de in artikel 5 EEX-Vo genoemde onderwerpen een keus tussen het *forum rei* (artikel 2 EEX-Vo) of de rechter die bevoegd is ex artikel 5 EEX-Vo.[34] In artikel 5 sub 1 EEX-Vo wordt het alternatieve forum gegeven ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst. In het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan dit van belang zijn bij een beroep op de nietigheid van de overeenkomst wegens schending van het mededingingsrecht. De rechter van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd, is alternatief bevoegd.[35] Het alternatieve forum ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad wordt gegeven in arti-

---

31 Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 60 EEX-Vo, aant. 2. Nu in het Verenigd Koninkrijk en Ierland het begrip statutaire zetel onbekend is, stelt art. 60 lid 2 EEX-Vo de 'registered office' gelijk met de statutaire zetel. In geval geen 'registered office' bestaat wordt de 'place of incorporation' (de plaats van oprichting) daarmee gelijkgesteld. Ontbreekt ook de 'place of incorporation' dan wordt teruggevallen op de plaats krachtens het recht waarvan de vorming is geschied.

32 Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 60 EEX-Vo, aant. 2.

33 In de verhouding tot Denemarken bleef, voor de inwerkingtreding van de overeenkomst waarin de bepalingen van de onderhavige verordening tot Denemarken worden uitgestrekt, het EEX-Verdrag van toepassing en diende de Nederlandse rechter op basis van art. 53 EEX-Verdrag te moeten bepalen waar de vennootschap of rechtspersoon was gevestigd. Art. 53 EEX-Verdrag verwees voor wat betreft de vaststelling van de plaats van vestiging (de plaats van vestiging wordt gelijkgesteld met de woonplaats) naar de regels van het voor de geadieerde rechter geldende IPR. De Nederlandse rechter diende dus te kijken naar de regels van Nederlands IPR en volgens het Nederlands IPR geldt de leer van de statutaire zetel. Nu volgens art. 53 EEX-Verdrag de woonplaats moest worden bepaald aan de hand van het ipr van de geadieerde rechter was in het EEX-Verdrag de strijd om de leer van de werkelijke zetel en de incorporatieleer weer van belang.

34 De bevoegdheidsregels van art. 5 EEX-Vo bepalen zowel de internationale bevoegdheid als de interne relatieve bevoegdheid van de rechter. Zie Strikwerda 2005, nr. 236.

35 Zie voor een uitgebreide beantwoording van de vraag hoe de plaats bepaald dient te worden waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt is uitgevoerd of uitgevoerd moet worden Strikwerda 2005, nr. 237 e.v.

kel 5 sub 3 EEX-Vo en zal ik nu eerst bespreken voor zover van belang voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

10.3.5.2 Verbintenissen uit onrechtmatige daad

Bij verbintenissen uit onrechtmatige daad is op grond van artikel 5 sub 3 EEX-Vo alternatief bevoegd de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen (*locus delicti*).[36] Het HvJ EG heeft de vraag hoe de *locus delicti* moet worden vastgesteld als het *Handlungsort* (de plaats van handeling) en het *Erfolgsort* (de plaats waar de schade is ingetreden) uiteenlopen, beantwoord door te bepalen dat de fora van beide plaatsen alternatief bevoegd zijn, dit ter keuze van de eiser (*Kalimijnen*).[37] Het *Erfolgsort* moet volgens het HvJ EG beperkt worden opgevat. Het *Erfolgsort* omvat niet iedere plaats waar de schadelijke gevolgen van het feit voelbaar zijn, doch uitsluitend de plaats waar de daadwerkelijke aantasting van lijf of goed van de eiser heeft plaatsgevonden.[38] In *Marinari* heeft het HvJ EG bepaald dat het begrip 'plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan' niet ziet op de plaats waar de gelaedeerde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een door hem geleden, in een andere verdragsluitende staat ingetreden aanvankelijke schade.[39] De bij een meervoudige locus bestaande keuze tussen de rechter van het *Handlungsort* en de rechter van het *Erfolgsort*

36 Voor bijvoorbeeld geschillen betreffende de exploitatie van een filiaal, een agentschap of een andere vestiging, trustverhoudingen en hulp- en bergloon bestaan er alternatieve fora. Daarnaast zijn er exclusieve fora betreffende geschillen over onder meer de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen en rechtpersonen (art. 22 sub 2 EEX-Vo) en de registratie of geldigheid van octrooien, merken, tekeningen en modellen van nijverheid etc. (art. 22 sub 4 EEX-Vo). Zie voor een uitgebreidere behandeling Strikwerda 2005, nr. 241 e.v.

37 HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76 *(Bier/Mines de Potasse d'Alsace)*, *Jur*. 1976, p. 1735, *NJ* 1977, 494 m.nt. JCS. Het HvJ EG motiveert deze beslissing door er op te wijzen dat (r.o. 17): 'gelet op de nauwe betrekking tussen de voor elke aansprakelijkheid noodzakelijke elementen, het niet geraden voorkomt te kiezen voor een van de beide genoemde aanknopingspunten met uitsluiting van de andere, daar elk hiervan naar gelang van de omstandigheden een bijzonder nuttig uitgangspunt kan vormen voor de bewijslevering en de procesvoering.' Het HvJ EG wil vermijden dat, in geval de laedens zijn woonplaats heeft in de Staat van de veroorzakende gebeurtenis, een zogenaamde versmelting zou plaatsvinden van de bevoegdheden die zijn voorzien in de art. 2 EEX-Verdrag en 5 sub 3 EEX-Verdrag. De aanwijzing van alleen het intreden der schade zou volgens het HvJ EG tot gevolg hebben dat (r.o. 21): 'in gevallen waarin de plaats van de veroorzakende gebeurtenis niet dezelfde is als de woonplaats van de aansprakelijke persoon, een nuttige aansluiting bij de bevoegdheid van een rechter in de naaste nabijheid van de oorzaak der schade zou zijn uitgesloten.'

38 HvJ EG 19 september 1995, zaak C-364/93 *(Marinari)*, *Jur.* 1995, p. I-2719, *NJ* 1997, 52.

39 HvJ EG 19 september 1995, zaak C-364/93 *(Marinari)*, *Jur.* 1995, p. I-2719, *NJ* 1997, 52. Zie ook HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-220/88 *(Dumez France/Hessische Landesbank)*, *Jur*. 1990, p. I-49, *NJ* 1991, 573 m.nt. JCS. In *Dumez* ging het om een indirect gelaedeerde (moedermaatschappij) terwijl het in *Marinari* ging om een direct gelaedeerde.

bestaat niet indien de schending van het mededingingsrecht in het ene land is gepleegd (in welk land de aanvankelijke schade ook is ingetreden) en de schade als gevolg van de schending van het mededingingsrecht pas in een ander land voelbaar wordt (bijvoorbeeld het land waar het hoofdkantoor of de moedermaatschappij van een onderneming staat). De keuze bestaat alleen ingeval de daad in de ene lidstaat is gepleegd en de schade in een andere lidstaat ontstaat. Deze rechtspraak van het HvJ EG betreffende het EEX-Verdrag behoudt zijn gelding onder de huidige EEX-Vo.[40]

De *locus delicti* omvat in zaken betreffende schending van het mededingingsrecht zowel de plaats waar de mededingingsbeperkende gedraging is overeengekomen (*Handlungsort*) als de plaats waar de mededingingsbeperkende gedragingen zijn geïmplementeerd (kan zowel het *Handlungsort* als het *Erfolgsort* zijn).[41]

In mededingingsrechtelijke zaken waarbij schadevergoeding wordt gevorderd, is het mogelijk dat de schade van een mededingingsinbreuk intreedt in meerdere landen. Er is dan niet meer sprake van één *Erfolgsort*. Eiser kan zijn vordering dan niet alleen instellen bij het *forum rei* en de rechter van het *Handlungsort*, maar ook bij de rechters van de verschillende plaatsen waar de schade is ingetreden. Het HvJ EG heeft echter in *Shevill*, een zaak betreffende een onrechtmatige perspublicatie, beslist dat de rechters van de verschillende plaatsen waar de schade is ingetreden slechts bevoegd zijn kennis te nemen van de vordering tot verkrijging van vergoeding van de schade die in het land van de aangezochte rechter is geleden.[42] Verdedigd zou kunnen worden dat deze uitspraak ook bij andere verbintenissen uit onrechtmatige daad geldt.[43] De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die zijn schade vergoed wil krijgen, dient in dat geval bij het aanhangig maken van een zaak ter verkrijgen van schadevergoeding rekening te houden met de *Shevill* uitspraak van het

40 In de preambule van de EEX-Vo wordt het belang van de waarborging van de continuïteit tussen het verdrag en de verordening onderstreept. Zie de preambule onder 19. De rechtspraak van het HvJ EG betreffende het EEX-Verdrag behoudt zijn betekenis voor de uitleg van de EEX-Vo voor zover de EEX-Vo niet afwijkt van het EEX-Verdrag. Zie Strikwerda 2005, nr. 231.

41 Vgl. Basedow 2007, p. 250.

42 HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93 *(Shevill/Presse Alliance)*, *Jur.* 1995, p. I-415, *NJ* 1996, 269 m.nt. ThMdB. In HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87 *(Kalfelis/Schröder)*, *Jur.* 1988, p. 5565, *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS heeft het HvJ EG besloten dat de rechter die ex art. 5 sub 3 EEX-Vo bevoegd is om kennis te nemen van het op onrechtmatige daad gebaseerde deel van de vordering daarmee nog niet bevoegd is van andere onderdelen van de vordering (onderdelen die niet op onrechtmatige daad zijn gebaseerd) kennis te nemen. De meest efficiënte oplossing om het instellen van vorderingen bij rechters van verschillende lid-staten te voorkomen, is de vordering ex art. 2 EEX-Vo aan te brengen bij de rechter van de woonplaats van de verweerder. Zie Strikwerda 2005, nr. 239.

43 Zie bijvoorbeeld *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, nr. 267.

HvJ EG.[44] De rechter van het *Handlungsort* is bevoegd van de volledige vordering kennis te nemen, dat wil zeggen van alle schade in welke lidstaat dan ook geleden. De rechter van het *Erfolgsort* is slechts bevoegd om van de vordering van in dat land geleden (ingetreden) schade kennis te nemen. Ingeval de volledige schade is geleden in het land van de aangezochte rechter dan doen zich geen problemen voor. Is echter een deel van de schade geleden buiten het land van de aangezochte rechter, dan kan het efficiënter zijn de zaak aanhangig te maken bij het *forum rei* of de rechter van het *Handlungsort*. Zo wordt voorkomen dat de gelaedeerde in meerdere lidstaten een procedure aanhangig moet maken om zijn volledige schade vergoed te krijgen. Een ruime uitleg van de *Shevill* uitspraak (waarbij wordt uitgegaan van het feit dat *Shevill* niet alleen van toepassing is op onrechtmatige perspublicaties en de concrete omstandigheden van dat geval maar ook op schendingen van het mededingingsrecht en andere onrechtmatige daden) is dan ook bezwaarlijk voor de geleaedeerde(n) en kan een belemmering vormen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het is, mede gelet op de proceseffici ëntie, de vraag waarom niet iedere rechter van het *Erfolgsort* bevoegd is kennis te nemen van alle geleden schade die veroorzaakt is door een schending van het mededingingsrecht.

Artikel 5 sub 3 EEX-Vo is ook van toepassing indien een verbod van het handelen in strijd met de mededingingsregels wordt gevraagd.[45] Bij een dreigende inbreuk op het mededingingsrecht kan artikel 5 sub 3 EEX-Vo ook worden toegepast, nu artikel 5 sub 3 EEX-Vo een uitdrukkelijke bevoegdheid toekent aan de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich kan voordoen. In het EEX-Verdrag ontbraken de woorden 'of zich kan voordoen'. Uit deze woorden wordt duidelijk dat artikel 5 sub 3 EEX-Vo ook van toepassing is in een procedure waarin een verbod van een dreigende onrechtmatige daad gevraagd wordt.[46] Zie voor het kort geding § 10.3.7.

10.3.5.3 Verbintenissen uit overeenkomst

Bij een beroep op de nietigheid van een overeenkomst wegens schending van het mededingingsrecht kan het van belang zijn om te bepalen welke rechter bevoegd is om te oordelen over de nietigheid en het eventuele deel van de overeenkomst dat niet onder de nietigheidssanctie valt. In behandel hier dan ook kort een aantal bijzondere bevoegdheidsregels die op het eerste gezicht niet direct relevant zijn voor mededingingszaken, maar op het tweede gezicht toch relevant kunnen zijn. Bepalingen die strijdig zijn met het kartelverbod kunnen zich namelijk in allerlei overeenkomsten voordoen.

---

44 HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93 *(Shevill/Presse Alliance)*, *Jur.* 1995, p. I-415, *NJ* 1996, 269 m.nt. ThMdB.

45 Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 5 EEX-Vo, aant. 17.

46 Strikwerda 2005, nr. 239.

De hoofdregel voor verbintenissen uit overeenkomst is te vinden in artikel 2 van de EEX-Vo. De rechter van het land waar de verweerder zijn woonplaats heeft, is bevoegd (*forum rei*). Voor wat betreft verbintenissen uit overeenkomst wordt het alternatieve forum gegeven in artikel 5 sub 1 EEX-Vo. Alternatief bevoegd is het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Met overeenkomst wordt geen kartelovereenkomst in de zin van artikel 81 EG of 6 Mw bedoeld (althans niet per definitie), maar een overeenkomst in de zin van artikel 5 sub 1 EEX-Vo. Het begrip moet volgens het HvJ EG autonoom worden uitgelegd.[47] Strikwerda wijst erop dat het HvJ EG het begrip overeenkomst ruim opvat en slechts negatief heeft afgebakend door te beslissen dat het begrip niet ziet op een situatie waarin geen sprake is van een verbintenis die een partij vrijwillig jegens een andere partij is aangegaan.[48]

De bijzondere bevoegdheidsregels betreffende verzekeringsovereenkomsten, consumentenovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten, overeenkomsten van huur en verhuur en pacht en verpachting van onroerend goed derogeren aan artikel 5 sub 1 EEX-Vo. Ingeval het bestaan of de totstandkoming van een overeenkomst wordt bestreden (verweerder stelt dat de overeenkomst die de eiser ten grondslag legt aan zijn vordering niet bestaat of niet tot stand is gekomen) kan de eiser zich nog steeds wenden tot de rechter die krachtens artikel 5 sub 1 EEX-Vo bevoegd is.[49] Een partij die een beroep doet op de nietigheid van de overeenkomst op grond van het feit dat de overeenkomst in strijd is met het mededingingsrecht kan zich dus ex artikel 5 sub 1 EEX-Vo

47 Zie Strikwerda 2005, nr. 237; HvJ EG 22 maart 1983, zaak 34/82 *(Peters/ZNAV)*, *Jur.* 1983, p. 987, *NJ* 1983, 644 m.nt. JCS; HvJ EG 8 maart 1988, zaak 9/87 *(Arcado/Haviland)*, *Jur.* 1988, p. 1539, *NJ* 1990, 424 m.nt. JCS; HvJ EG 17 juni 1992, zaak C-26/91 *(Handte/TMCS)*, *Jur.* 1992, p. I-3967, *NJ* 1996, 316 en HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97 *(Réunion européenne/ Spliethoff's Bevrachtingskantoor)*, *Jur.* 1998, p. I-6511, *NJ* 2000, 156 m.nt. PV.

48 Zo haalt Strikwerda HvJ EG 22 maart 1983, zaak 34/82 *(Peters/ZNAV)*, *Jur.* 1983, p. 987, *NJ* 1983, 644 m.nt. JCS aan, waarin het HvJ EG de verplichting tot betaling van een geldsom op grond van een lidmaatschap van een vereniging beschouwt als een verbintenis uit overeenkomst in de zin van art. 5 sub 1 EEX-Vo. Het HvJ EG heeft in HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 14/76, *NJ* 1977, 170 m.nt. JCS *(De Bloos/Bouyer)* bepaald dat onder het begrip verbintenissen uit overeenkomst ook de verbintenissen vallen die in de plaats treden van de geschonden contractuele verbintenis (denk aan de vervangende verbintenis tot schadevergoeding). De vervangen verbintenis schept in dat geval de competentie van de rechter, de vervangende verbintenis tot schadevergoeding schept de competentie niet. Zie Strikwerda 2005, nr. 237.

49 Strikwerda 2005, nr. 237; HvJ EG 4 maart 1982, zaak 38/81 *(Effer/Kantner)*, *Jur.* 1982, p. 825, *NJ* 1983, 508 m.nt. JCS. Ingeval de rechter na zijn onderzoek naar de juistheid van de stelling tot de conclusie komt dat de overeenkomst inderdaad niet bestaat of niet tot stand is gekomen dan dient de rechter zich onbevoegd te verklaren. De afwijzing van de vordering is een andere mogelijkheid, onbevoegdverklaring is echter de oplossing die het best in het systeem past en waar in de literatuur de voorkeur naar uitgaat. Zie Strikwerda 2005, nr. 237.

wenden tot het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd.

Bij de toepassing van artikel 5 sub 1 EEX-Vo rijst de vraag wat wordt bedoeld met de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd. Tenzij anders is overeengekomen, bepaalt artikel 5 sub 1 punt b EEX-Vo de plaats van uitvoering van de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt bij de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken en bij de verstrekking van diensten. Voor de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken is dat de plaats in een lidstaat waar de zaken volgens de overeenkomst geleverd werden of geleverd hadden moeten worden. Voor de verstrekking van diensten is dat de plaats in een lidstaat waar de diensten volgens de overeenkomst verstrekt werden of verstrekt hadden moeten worden.

Vloeit de overeenkomst voort uit een andere overeenkomst dan de koop van roerende zaken en het verrichten van diensten, dan dient gekeken te worden naar de uitspraak van het HvJ EG in *Tessili/Dunlop*.[50] Op grond van dit arrest wordt de plaats waar de verbintenis moet worden uitgevoerd, bepaald aan de hand van het materiële recht dat volgens het IPR van de aangezochte rechter op de overeenkomst van toepassing is.[51] In het arrest *Groupe Concorde* heeft het HvJ EG deze lijn nog eens herhaald.[52] Hoewel gewezen onder het EEX-Verdrag behoudt deze jurisprudentie zijn betekenis onder de EEX-Vo.

Bij koopovereenkomsten met betrekking tot roerende zaken en bij overeenkomsten tot het verstrekken van diensten (die een mededingingsbeperkende bepaling bevatten) kan de uitspraak van het HvJ EG in *Tessili/Dunlop* nog een rol spelen indien de plaats van uitvoering van de verbintenis niet in een lidstaat is gelegen. Artikel 5 sub 1 punt b EEX-Vo is dan niet van toepassing en op grond van punt c dient in dat geval te worden teruggekeerd naar punt a. Met behulp van het op de overeenkomst van toepassing zijnde recht dient op grond van artikel 5 sub 1 punt a EEX-Vo de plaats van uitvoering te worden bepaald. Ingeval deze plaats in een lidstaat ligt, is de aangezochte rechter alsnog bevoegd om van het geschil betreffende de verbintenis kennis te nemen.[53]

Indien partijen uitdrukkelijk in de overeenkomst afgesproken hebben waar de plaats van uitvoering van de verbintenis is gelegen, dan is dat de plaats van uitvoering ex artikel 5 sub 1 punt a EEX-Vo. Aan de vormvoorschriften van artikel 23 EEX-Vo (overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegd gerecht) dient alleen voldaan te worden indien de plaats van uitvoering fictief is en

50 HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 12/76 *(Tessili/Dunlop)*, *Jur*. 1976, p. 1473, *NJ* 1977, 169.

51 Zie ook Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 5 EEX-Vo, aant. 6.

52 HvJ EG 28 september 1999, zaak C-440/97 *(Groupe Concorde)*, *Jur*. 1999, p. I-6307, *NJ* 2001, 595 m.nt. PV.

53 Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 5 EEX-Vo, aant. 6.

er geen verband bestaat tussen de plaats van uitvoering en de reële inhoud van de overeenkomst.[54]

Ingeval de plaats van uitvoering een andere is dan de overeengekomen plaats doet zich de vraag voor welke rechter bevoegd is. Verdedigd kan worden dat de eiser de keuze heeft om het geschil aanhangig te maken bij de rechter van de in de overeenkomst aangewezen plaats of bij de rechter van de feitelijke plaats van uitvoering.[55] Mocht dit niet worden aangenomen dan zou dat tot het onwenselijke resultaat kunnen leiden dat de debiteur de in het contract overeengekomen plaats van uitvoering kan wijzigen en daarmee zonder toestemming van de andere contractpartij(en) de rechtsmacht van de rechter van de in het contract overeengekomen plaats van uitvoering kan wijzigen.

Indien in de overeenkomst geen duidelijke plaats van uitvoering is vermeld, dient aan de hand van het op de overeenkomst toepasselijke recht bepaald te worden waar de plaats van uitvoering is gelegen. De aangezochte rechter zal aan de hand van zijn eigen IPR-regels het toepasselijke recht op de overeenkomst moeten bepalen. Zie voor het toepasselijke recht op overeenkomsten mijn bespreking in § 10.4.

Op vorderingen uit consumentenovereenkomsten zijn de artikelen 15-17 EEX-Vo van toepassing.[56] Deze bepalingen zullen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen indien bijvoorbeeld de consument de leverancier aanspreekt wegens schending van het mededingingsrecht.

10.3.5.4 Accessoire bevoegdheid bij meerdere verweerders

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal het vaak voorkomen dat er meerdere verweerders zijn (zie ook § 7.8). Bij een kartelovereenkomst zijn minimaal twee partijen betrokken. Indien er meer dan één verweerder is kan een verweerder (die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat) op grond van artikel 6 sub 1 EEX-Vo ook voor het gerecht van de woonplaats van de andere verweerder worden opgeroepen, op voorwaarde dat er tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde

54 Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 5 EEX-Vo, aant. 6; HvJ EG 17 januari 1980, zaak 56/79 *(Zelger/Salinitri)*, *Jur*. 1980, p. 89, *NJ* 1980, 511, m.nt. JCS; HvJ EG 20 februari 1997, zaak C-106/95 *(MSG/Les Gravières Rhénanes)*, *Jur*. 1997, p. I-911, *NJ* 1998, 565, m.nt. PV.

55 Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 5 EEX-Vo, aant. 6.

56 Op vorderingen uit individuele arbeidsovereenkomsten zijn de art. 18-21 EEX-Vo van toepassing.

te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.[57]

In *Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor* oordeelde het HvJ EG nog dat twee in het kader van eenzelfde schadevergoedingsactie tegen verschillende verweerders gerichte vorderingen, waarvan de ene is gebaseerd op contractuele aansprakelijkheid en de andere op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, niet als samenhangend kunnen worden aangemerkt.[58] In *Freeport* is het HvJ EG echter 'omgegaan' en lijkt de regel uit *Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor* een uitglijder te zijn geweest.[59] Het feit dat tegen meerdere verweerders gerichte vorderingen een verschillende rechtsgrondslag hebben, staat volgens het HvJ EG in *Freeport* niet aan de toepassing van artikel 6 sub 1 EEX-Vo in de weg.[60]

Artikel 6 sub 1 EEX-Vo vindt op grond van het *Freeport*-arrest toepassing 'wanneer de tegen de verschillende verweerders gerichte vorderingen samenhangend zijn op het moment waarop zij worden ingesteld, dat wil zeggen wanneer een goede rechtsbedeling vraagt om gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te voorkomen dat bij afzonderlijke berechting onverenigbare beslissingen worden gegeven.'[61] Het HvJ EG heeft in *Freeport* geoordeeld dat voor toepassing van artikel 6 sub 1 EEX-Vo niet hoeft vast te staan dat de vorderingen niet enkel zijn ingesteld om één van de verweerders te onttrekken aan de bevoegdheid van de rechter van de lidstaat waar hij zijn woonplaats heeft. Het kan dus voorkomen dat een in Nederland gevestigde onderneming die deelneemt aan een kartel wordt opgeroepen voor de Italiaanse rechter indien een andere deelnemer van het kartel in Italië is gevestigd. In theorie zou zich het geval kunnen voordoen dat een in Nederland gevestigde laedens die aansprakelijk is voor 99,9% van de kartelschade wordt opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een in Italië gevestigde laedens die slechts aansprakelijk is voor 0,1% van de kartelschade. De vraag is hoe het HvJ EG

57 Zie HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87 *(Kalfelis/Schröder)*, *Jur.* 1988, p. 5565, *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS.

58 HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97 *(Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor)*, *Jur.* 1998, p. I-6511, *NJ* 2000, 156 m.nt. PV, r.o. 50.

59 In het *Freeport*-arrest wil het HvJ EG het 'omgaan' overigens niet toegeven. Zie de opmerkelijke argumentatie in r.o. 43-47 van HvJ EG 11 oktober 1997, zaak C-98/06 *(Freeport/Olle Arnoldsson)*, *Jur.* 2007, p. I-8319, *NJ* 2008, 80 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 76.

60 HvJ EG 11 oktober 1997, zaak C-98/06 *(Freeport/Olle Arnoldsson)*, *Jur.* 2007, p. I-8319, *NJ* 2008, 80 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 76.

61 HvJ EG 11 oktober 1997, zaak C-98/06 *(Freeport/Olle Arnoldsson)*, *Jur.* 2007, p. I-8319, *NJ* 2008, 80 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 76, r.o. 54. Art. 6 sub 1 EEX-Vo is niet van toepassing in het kader van een geschil ter zake van inbreuk op een Europees octrooi waarbij onderscheiden, in verschillende verdragsluitende staten gevestigde vennootschappen zijn gedagvaard voor feiten die zij zouden hebben begaan op het grondgebied van een of meer van deze staten, zelfs niet wanneer deze vennootschappen tot eenzelfde concern behoren en op dezelfde of nagenoeg dezelfde wijze hebben gehandeld overeenkomstig een gemeenschappelijk beleidsplan dat is uitgegaan van slechts een van hen. HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03 *(Roche Nederland/Primus)*, *Jur.* 2006, p. I-6535, *NJ* 2008, 76 m.nt. PV.

een dergelijke situatie zal beoordelen, nu het in *Freeport* geen misbruikregel heeft willen aanvaarden.[62]

In de *Provimi*-zaak heeft het Britse *High Court* zich bevoegd verklaard om kennis te nemen van de vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding die zijn ingesteld tegen een aantal ondernemingen die door de Commissie schuldig zijn bevonden aan het maken van prijsafspraken in het beroemde vitaminekartel.[63] *Provimi* had vitaminen gekocht van diverse in Europa gevestigde kartelleden en besloot een schadeclaim in te dienen in het Verenigd Koninkrijk wegens de voordelen die het procederen in het Verenigd Koninkrijk met zich meebracht (inclusief *disclosure*, de hoogte van de toegekende schadevergoedingen in gecompliceerde zaken en de relatief snelle afhandeling van zaken).

Hoewel de meeste gedaagden geen zaken deden in het Verenigd Koninkrijk, oordeelde het *High Court* dat het voor een gezamenlijke behandeling van de vorderingen tegen de verschillende gedaagden voor de rechter in het Verenigd Koninkrijk voldoende was dat een dochteronderneming van een deelnemer aan het kartel was gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, zelfs ingeval er geen contractuele relatie bestond tussen de gelaedeerden en de Britse dochteronderneming. Het Britse *High Court* acht zich bevoegd om kennis te nemen van de schade die in alle lidstaten is geleden (en dus niet alleen voor de schade die in het Verenigd Koninkrijk is geleden zoals in de *Shevill*-zaak). Een eiser die zijn schade heeft geleden in meerdere lidstaten hoeft volgens de *Provimi*-uitspraak dus niet meerdere procedures aanhangig te maken in meerdere lidstaten om zijn gehele schade te kunnen verhalen. Opvallend is dat de economische eenheid-doctrine (de zelfstandige uitleg van het begrip onderneming in de zin van artikel 81 EG, zie § 2.3.3.2 sub a) in de uitspraak van het Britse *High Court* gevolgen heeft voor het internationaal bevoegdheidsrecht. Een buiten de forumstaat gevestigde moederonderneming kan samen met een binnen die staat gevestigde of handelende dochteronderneming aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de schending van het mededingingsrecht heeft veroorzaakt.

10.3.6 Opnieuw *forum shopping*

In grensoverschrijdende mededingingszaken kunnen al snel rechters uit meerdere lidstaten bevoegd zijn. Ik neem als voorbeeld een geval waarbij onderneming A gevestigd te België een kartelovereenkomst heeft gesloten met onderneming B gevestigd in het Verenigd Koninkrijk. De kartelovereenkomst

62 Zie over de rechterlijke bevoegdheid bij meerdere verweerders in de zin van art. 6 sub 1 EEX-Vo ook Bomhoff 2005, hoofdstuk 3.

63 *Provimi v Aventis Animal Nutrition* [2003] EWHC 961 (Comm), [2003] 2 All ER (Comm) 683, [2003] All ER (D) 59 (May).

is gesloten tijdens een bijeenkomst in Parijs. Afnemer C gevestigd te Nederland heeft louter in Nederland schade geleden als gevolg van de kartelovereenkomst tussen A en B. De gelaedeerde ondernemer C heeft nu de keuze uit vier verschillende fora.

Op grond van artikel 2 EEX-Vo is de rechter van het land waar de verweerder zijn woonplaats heeft bevoegd (*forum rei*). De gelaedeerde kan dus op grond van artikel 2 EEX-Vo zowel bij de Belgische rechter als de rechter in het Verenigd Koninkrijk terecht. Daarnaast kan hij op grond van de alternatieve bevoegdheidsregel van artikel 5 sub 3 EEX-Vo terecht bij de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. Verweerders A of B zullen nu ter keuze van verzoeker C kunnen worden opgeroepen voor de rechter hetzij van de plaats waar de schade is ingetreden (*Erfolgsort*), hetzij van de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt (*Handlungsort*).[64] Indien de schade in Nederland is ingetreden is de Nederlandse rechter bevoegd. De Franse rechter is tevens bevoegd, nu de de kartelovereenkomst in Frankrijk is gesloten en de plaats van de veroorzakende gebeurtenis die aan de schade ten grondslag ligt dus Frankrijk is. De gelaedeerde C kan nu reeds kiezen uit de Nederlandse rechter, de Belgische rechter, de Britse rechter en de Franse rechter om zijn vordering tot verkrijging van schadevergoeding aanhangig te maken.

Indien de schade die C lijdt als gevolg van de kartelovereenkomst tussen A en B intreedt in andere lidstaten zoals Duitsland, Polen en Luxemburg dan is sprake van meer dan één *Erfolgsort* en kan C naast de Nederlandse, Belgische, Britse en Franse rechter ook de Duitse, Luxemburgse en Poolse rechter kiezen. Wel moet daar de in § 10.3.5.2 reeds aangegeven beperking aan worden gesteld dat de rechters van de verschillende plaatsen waar de schade is ingetreden slechts bevoegd zijn kennis te nemen van de vordering tot verkrijging van vergoeding van de schade die in het land van de aangezochte rechter is geleden.[65] Is de volledige schade geleden in het land van de aangezochte rechter dan doen zich geen problemen voor. Is echter een deel van de schade geleden buiten het land van de aangezochte rechter dan kan het efficiënter zijn de zaak aanhangig te maken bij het *forum rei* of de rechter van het *Hand-*

64 Zie HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76 *(Bier/Mines de Potasse d'Alsace)*, *Jur.* 1976, p. 1735, *NJ* 1977, 494 m.nt. JCS.

65 HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93 *(Shevill/Presse Alliance)*, *NJ* 1996, 269 m.nt. ThMdB. In HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87 *(Kalfelis/Schröder)*, *Jur.* 1988, p. 5565, *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS heeft het HvJ EG besloten dat de rechter die ex art. 5 sub 3 EEX-Vo bevoegd is om kennis te nemen van het op onrechtmatige daad gebaseerde deel van de vordering daarmee nog niet bevoegd is van andere onderdelen van de vordering (onderdelen die niet op onrechtmatige daad zijn gebaseerd) kennis te nemen. De meest efficiënte oplossing om het instellen van vorderingen bij rechters van verschillende lid-staten te voorkomen, is de vordering ex art. 2 EEX-Vo aan te brengen bij de rechter van de woonplaats van de verweerder. Zie Strikwerda 2005, nr. 239.

lungsort. Zo wordt voorkomen dat de gelaedeerde in meerdere lidstaten een procedure aanhangig moet maken om zijn volledige schade vergoed te krijgen.

10.3.7 Kort geding

In de wetgeving van een lidstaat vastgestelde voorlopige of bewarende maatregelen kunnen op grond van artikel 31 EEX-Vo bij de gerechten van die staat worden aangevraagd, zelfs indien een gerecht van een andere lidstaat krachtens deze verordening bevoegd is van het bodemgeschil kennis te nemen. Deze bepaling is alleen van belang ingeval de voor het treffen van een voorlopige of bewarende maatregel aangezochte rechter niet bevoegd is op grond van een andere bevoegdheidsregel van de EEX-Vo.[66] Indien de rechter op een van de andere bevoegdheidsregels van de EEX-Vo bevoegd is, dan is hij ook bevoegd voorlopige of bewarende maatregelen te treffen. Het is in dat geval voor de aangezochte rechter niet nodig zijn bevoegdheid te vestigen op artikel 31 EEX-Vo.

In het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is van belang dat het Nederlandse kort geding ook valt onder de regeling van artikel 31 EEX-Vo.[67] Hierbij dient de kanttekening te worden geplaatst, dat de op grond van artikel 31 EEX-Vo gebaseerde voorlopige en bewarende maatregelen (inclusief het kort geding) in beginsel alleen kunnen worden gevraagd bij de rechter van het land waar de verzochte maatregel uitgevoerd dient te worden.[68] Deze regel vloeit voort uit de in *Van Uden/Deco Line* geformuleerde eis dat er een reële band dient te bestaat tussen het voorwerp van de gevraagde maatregelen en de op territoriale criteria gebaseerde bevoegdheid van de lidstaat van de geadieerde rechter.[69] Dit brengt ook met zich mee dat de rechter in beginsel alleen voorlopige maatregelen kan gelasten die in zijn

66 HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95 *(Van Uden/Deco Line)*, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 m.nt. PV; HvJ EG 27 april 1999, zaak C-99/96 *(Mietz/Intership)*, *Jur.* 1999, p. I-2277, *NJ* 2001, 90 m.nt. PV.

67 HvJ EG 27 april 1999, zaak C-99/96 *(Mietz/Intership)*, *Jur.* 1999, p. I-2277, *NJ* 2001, 90 m.nt. PV; HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95 *(Van Uden/Deco Line)*, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 m.nt. PV. Voor het incassokortgeding geldt een uitzondering. Het incassokortgeding valt slechts onder art. 31 EEX-Vo indien de garantie bestaat dat het toegewezen bedrag aan de verweerder wordt terugbetaald ingeval de eiser in de bodemprocedure alsnog in het ongelijk zou worden gesteld en de gevorderde maatregel alleen betrekking heeft op de vermogensbestanddelen van de verweerder die zich bevinden in de territoriale bevoegdheidssfeer van de geadieerde rechter. Is aan deze voorwaarden niet voldaan dan komt de in kortgeding gewezen uitspraak op grond van de EEX-Vo niet voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking. Zie Strikwerda 2005, nr. 257.

68 HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95 *(Van Uden/Deco Line)*, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 m.nt. PV.

69 HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95 *(Van Uden/Deco Line)*, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 m.nt. PV.

land dienen te worden uitgevoerd.[70] In het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan dan ook worden geconcludeerd dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de gelaedeerde, indien de rechter zijn bevoegdheid baseert op artikel 31 EEX-Vo, met succes een rechterlijk verbod of bevel kan vorderen waarmee kan worden afgedwongen dat de inbreuk op het mededingingsrecht ook buiten Nederland wordt gestaakt. Het door de Hoge Raad gewezen *Interlas*-arrest, waarin de Hoge Raad in kort geding zijn zegen geeft aan het grensoverschrijdend verbod of bevel, kan dan ook niet meer doorslaggevend zijn onder artikel 31 EEX-Vo.[71] Ingeval de rechter zijn bevoegdheid op een gewone bevoegdheidsregel van de EEX-Vo baseert (artikel 2, 5-24 EEX-Vo), kan de gelaedeerde uiteraard wel een rechterlijk verbod of bevel verkrijgen waarmee kan worden afgedwongen dat de inbreuk op het mededingingsrecht ook in andere lidstaten wordt gestaakt.

10.3.8 *Forum non conveniens*-leer

De *forum non conveniens*-leer houdt in dat de rechter vrij is zich als ongeschikte rechter onbevoegd te verklaren ingeval de zaak onvoldoende aanknopingspunten heeft met de rechtssfeer van het forumland, terwijl hij formeel wel bevoegd

70 Strikwerda 2005, nr. 257.

71 HR 24 november 1989, *NJ* 1992, 404 *(Interlas)* m.nt. DWFV. De in *Interlas* gehuldigde opvatting, waarin bepaald werd dat de Nederlandse rechter bevoegd is in kort geding een verbod van handelingen en gedragingen op te leggen, buiten het gebied van de nationale jurisdictie, lijkt stand te kunnen houden. In HR 19 maart 2004, *NJ* 2007, 585 m.nt. PV *(Philips/Postech)* oordeelt de Hoge Raad dat de *Interlas*-regel uitsluitend geldt voor gevallen waarbij de bevoegdheid is gebaseerd op het commune internationale bevoegdheidsrecht. Er bestaat volgens de Hoge Raad geen grond in de gevallen die buiten het formele toepassingsgebied van het EEX-Verdrag (tegenwoordig de EEX-Vo) of het EVEX vallen een beperking te aanvaarden als bedoeld in HvJ EG 21 mei 1980, zaak 125/79 *(Denilauler/Couchet Frères)*, *Jur.* 1980, p. 1553, *NJ* 1981, 184 m.nt. JCS. In het *Denilauler*-arrest heeft het HvJ EG geoordeeld dat het toestaan van voorlopige en bewarende maatregelen van de rechter bijzondere behoedzaamheid vereist alsmede een grondige kennis van de concrete omstandigheden waarin de maatregel haar gevolgen moet doen gevoelen. De plaatselijke rechter of in ieder geval de rechter van de verdragsluitende staat waarin zich de door de gevraagde maatregelen getroffen tegoeden bevinden, is volgens het HvJ EG het beste in staat de omstandigheden te beoordelen op grond waarvan de gevraagde maatregelen moeten worden toegestaan of geweigerd, dan wel de modaliteiten en voorwaarden moeten worden vastgesteld die de verzoeker in acht zal hebben te nemen om het voorlopige en bewarende karakter van de toegestane maatregelen te garanderen. De Hoge Raad wijst reflexwerking van het *Denilauler*-arrest op het commune IPR af. Het is nog niet geheel duidelijk of deze reflexwerking ook moet worden afgewezen ingeval de rechtsmacht wordt gebaseerd op het nieuwe commune internationale bevoegdheidsrecht (art. 1-14 Rv). Zie Vlas in zijn annotatie onder HR 19 maart 2004, *NJ* 2007, 585 *(Philips/Postech)*. Zie ook HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03 *(Roche Nederland/Primus)*, *Jur.* 2006, p. I-6535, *NJ* 2008, 76 m.nt. PV; HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-4/03 *(GAT/LuK)*, *Jur.* 2006, p. I-6509, *NJ* 2008, 78 m.nt. PV; HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 81 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 78 *(Sjarbaini/Audilux)*.

is op grond van enige regel van het internationaal bevoegdheidsrecht.[72] In de EEX-Vo en het EEX-Verdrag is bewust geen plaats ingeruimd voor de *forum non conveniens*-leer.[73] De rechter zal, ook in mededingingszaken, niet de vrijheid hebben om zich onbevoegd te verklaren wegens onvoldoende aanknoping tussen de mededingingszaak en het forumland, indien hij bevoegd is op grond van enige bepaling in de EEX-Vo.[74]

De *forum non conveniens*-leer maakt in beginsel ook geen deel meer uit van het commune internationaal bevoegdheidsrecht. De wetgever heeft de *forum non conveniens*-regel als algemene exceptie op de bevoegdheidsregels geen plaats meer toegekend in de rechtsmachtafdeling in Boek 1 Rv.

10.3.9 Litispendentie en connexiteit

10.3.9.1 Inleiding

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kunnen zich problemen voordoen op het terrein van litispendentie en connexiteit. Met name het misbruik maken van de litispendentieregeling kan een belemmering vormen voor een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zo kan de werking van de privaatrechtelijke handhaving ernstig belemmerd worden door de inzet van Italiaanse torpedo's (zie § 10.3.9.4).

10.3.9.2 Litispendentie

In artikel 27 EEX-Vo wordt de aanhangigheid of litispendentie geregeld. Het artikel heeft nagenoeg dezelfde inhoud als artikel 21 van het EEX-Verdrag. Artikel 27 EEX-Vo bepaalt dat ingeval voor gerechten van verschillende lidstaten tussen *dezelfde partijen* vorderingen aanhangig zijn, die *hetzelfde onderwerp* betreffen en op *dezelfde oorzaak* berusten, het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht zijn uitspraak ambtshalve aanhoudt, totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht vaststaat. Wanneer dit laatste het geval is en de beslissing in de eerst ingestelde procedure in aanmerking komt voor erkenning en tenuitvoerlegging in het land waar de zaak het laatst is aangebracht, dient de laatst geadieerde rechter zich onbevoegd te verklaren. Cumulatie van internationale bevoegdheden moet op deze wijze worden voorkomen, zodat geen tegenstrijdige beslissingen worden

72 Vgl. Strikwerda 2005, nr. 227.
73 Vgl. HvJ EG 1 maart 2005, zaak C-281/02 *(Owuso/Jackson)*, *Jur.* 2005, p. I-1383.
74 Vgl. Strikwerda 2005, nr. 234.

genomen.[75] Onverenigbare beslissingen vormen een obstakel voor het vrij verkeer van vonnissen, zoals dit onder de EEX-Vo plaatsvindt.[76]

Of een partij in de ene procedure eiser is en in de andere procedure gedaagde, is niet relevant voor het begrip 'dezelfde partijen'. Partijen zijn niet verplicht dezelfde rol te vervullen.[77]

Indien de vorderingen een grond vinden in hetzelfde feitencomplex en dezelfde rechtsregels, dan is voldaan aan de eis van 'dezelfde oorzaak' (de rechtsverhouding tussen partijen).[78] Ingeval de vorderingen hetzelfde doel hebben, is voldaan aan de eis van 'hetzelfde onderwerp'.[79] Het HvJ EG interpreteert het begrip 'hetzelfde onderwerp' tamelijk ruim.[80] Het doel van de ingestelde vorderingen hoeft dan ook niet volledig gelijk te zijn voor de aanname dat het 'hetzelfde onderwerp' betreft. De vordering van de gelaedeerde tot vaststelling van de aansprakelijkheid van de laedens berust bijvoorbeeld op dezelfde oorzaak en betreft hetzelfde onderwerp als de vordering van de laedens tot een verklaring van recht dat zij niet aansprakelijk is.[81] Hetzelfde geldt voor enerzijds een vordering tot nakoming van een overeenkomst van A jegens B en anderzijds een vordering van B jegens A tot nietigverklaring van de overeenkomst.[82]

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van litispendentie dient de nationale rechter alleen te kijken naar de aanspraken van eisers of verzoekers in beide procedures. De verweermiddelen van gedaagden of verweerders spelen geen rol.[83]

Het is voor de laatst geadieerde rechter niet toegestaan om zelf te beoordelen of de eerst aangezochte rechter bevoegd is op grond van de EEX-Vo of het

75 Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 27 EEX-Vo, aant. 2.
76 Polak 2007, p. 133.
77 Zie HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92 *(Ship Tatry)*, *Jur*. 1994, p. I-5439, *NJ* 1995, 659 m.nt. ThMdB en HvJ EG 19 mei 1998, zaak C-351/96 *(Drouot/CMI)*, *Jur*. 1998, p. I-3075, *NJ* 2000, 155 m.nt PV. In *Drouot/CMI* oordeelde het HvJ EG zelfs dat de nationale rechter de verzekeraar en zijn verzekerde met elkaar mag vereenzelvigen, op voorwaarde dat hun belangen, gezien het voorwerp van de beide procedures, identiek en onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Denk enerzijds aan de procedure tussen de gelaedeerde en de laedens en anderzijds de procedure tussen de gelaedeerde en de verzekeraar van de laedens. Zie ook Polak 2007, p. 137.
78 Zie ook Strikwerda 2005, nr. 259.
79 Strikwerda 2005, nr. 259.
80 Zie HvJ EG 8 december 1987, zaak 144/86 *(Gubisch/Palumbo)*, *Jur*. 1987, *NJ* 1989, 420 m.nt. JCS. Zie ook Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 27 EEX-Vo, aant. 2.
81 HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92 *(Ship Tatry)*, *Jur*. 1994, p. I-5439, *NJ* 1995, 659 m.nt. ThMdB. Zie ook HR 10 november 1995, *NJ* 1996, 259 *(Ampersand c.s./Sisro)*.
82 Zie Polak 2007, p. 136. Zie HvJ EG 8 december 1987, zaak 144/86 *(Gubisch/Palumbo)*, *Jur*. 1987, *NJ* 1989, 420 m.nt. JCS.
83 Zie HvJ EG 8 mei 2003, zaak C-111/01 *(Gantner/Basch)*, *Jur*. 2003, p. I-4207, *NJ* 2006, 349 m.nt. PV, r.o. 24-32; HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-39/02 *(Maersk/De Haan)*, *Jur*. 2004, p. I-9657. Zie ook Polak 2007, p. 137.

nationaal procesrecht van de eerst geadieerde rechter. De laatst geadieerde rechter beschikt slechts over de dwingend geformuleerde opdracht de zaak aan te houden en zich onbevoegd te verklaren indien de eerst aangezochte rechter zich bevoegd acht.[84]

Voor de toepassing van artikel 27 EEX-Vo is niet vereist dat partijen beiden woonplaats hebben in een EEX-staat. Artikel 27 EEX-Vo moet zowel worden toegepast ingeval de bevoegdheid van de rechter is gebaseerd op de EEX-Vo als ingeval de bevoegdheid is gebaseerd op het via artikel 4 EEX-Vo van toepassing verklaarde commune internationale bevoegdheidsrecht van de aangezochte rechter.[85]

Polak merkt op dat de EEX-Vo naast deze preventieve maatregel ook repressieve maatregelen kent, inhoudende de verplichte weigering om de beslissing van de rechter van de ene lidstaat te erkennen en/of uitvoerbaar te verklaren in een andere lidstaat, als gevolg van onverenigbaarheid met een beslissing die tussen dezelfde partijen is gegeven door de rechter van laatstgenoemde lidstaat, door de rechter van een andere lidstaat of door de rechter van een derde land.[86] Deze repressieve maatregelen zijn geregeld in artikel 34 aanhef en onder 3 en 4 en artikel 45 lid 1 EEX-Vo.[87]

In artikel 12 Rv is een van artikel 27 EEX-Vo afgeleide regel geformuleerd. Artikel 12 Rv bepaalt dat indien een zaak voor een rechter van een vreemde staat aanhangig is gemaakt en daarin een beslissing kan worden gegeven die voor erkenning en, in voorkomend geval, voor tenuitvoerlegging in Nederland vatbaar is, de Nederlandse rechter bij wie nadien een zaak tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp is aangebracht, de behandeling kan aanhouden totdat daarin door eerstbedoelde rechter is beslist. Indien die beslissing voor erkenning en, in voorkomend geval, voor tenuitvoerlegging in Nederland vatbaar blijkt te zijn, verklaart de Nederlandse rechter zich onbevoegd. Nu voor de toepassing van de EEX-Vo voldoende is dat twee of meer rechters uit de lidstaten gelijktijdig worden ingeschakeld (nadere eisen met betrekking

84 HvJ EG 27 juni 1991, zaak C-351/89 *(Overseas Union/New Hampshire)*, *Jur*. 1991, p. I-3317, *NJ* 1993, 527 m.nt. JCS; HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02 *(Gasser/MISAT)*, *Jur*. 2003, p. I-14693, *NJ* 2007, 151 m.nt. PV. Polak wijst nog op de beperkte uitzondering op de hoofdregel in HvJ EG 9 oktober 1997, zaak C-163/95 *(Von Horn/Cinnamond)*, *Jur*. 1997, p. I-5451, *NJ* 1999, 793 m.nt. PV. Zie Polak 2007, p. 137 en de daar vermelde jurisprudentie in voetnoot 16.

85 Als gevolg van art. 4 EEX-Vo worden de commune internationale bevoegdheidsregels van de geadieerde rechter in het stelsel van de EEX-Vo opgenomen. Dit heeft als gevolg dat een vonnis gewezen tegen een buiten de EEX-zone wonende verweerder binnen de EEX-zone kan worden erkend en tenuitvoergelegd ingeval de bevoegdheid is gebaseerd op een exorbitant forum. Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 4 EEX-Vo, aant. 2. Op in lidstaten aanhangige procedures betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van in niet-lidstaten gewezen vonnissen in burgerlijke en handelszaken zijn de art. 27, 28 en 29 EEX-Vo niet van toepassing. Zie HvJ EG 20 januari 1994, zaak C-129/92 *(Owens Bank/Bracco)*, *Jur*. 1994, p. I-117, *NJ* 1994, 351 m.nt. JCS.

86 Polak 2007, p. 133.

87 Polak 2007, p. 133.

tot de bevoegdheidsgrondslag van de geadieerde rechter of de woonplaats van procespartijen worden door het HvJ EG niet gesteld), is het toepassingsgebied van artikel 12 Rv beperkt tot de situatie waarbij de Nederlandse rechter en een rechter van een niet-lidstaat is betrokken.[88]

10.3.9.3 Connexiteit

Indien partijen maar deels dezelfde zijn als die tussen welke een daarvoor reeds ingeleide procedure wordt gevoerd, dan is de laatst aangezochte rechter slechts verplicht zich onbevoegd te verklaren ingeval de partijen in het geding ook partij zijn bij het geding dat eerder bij een rechterlijke instantie van een andere EEX-staat was ingeleid. Tussen de andere partijen zal de procedure gewoon kunnen worden voortgezet, zodat het kan gebeuren dat de laatst aangezochte rechter zich ten aanzien van sommige partijen onbevoegd moet verklaren en het geding ten aanzien van andere partijen gewoon doorgang zou kunnen vinden.[89] Voor deze situatie kan artikel 28 EEX-Vo uitkomst bieden.[90] Connexiteit ziet op het geval dat in twee of meer landen gelijktijdige procedures aanhangig zijn die met elkaar samenhangen. Wanneer samenhangende vorderingen aanhangig zijn voor gerechten van verschillende lidstaten, *kan* het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht zijn uitspraak op grond van artikel 28 EEX-Vo aanhouden. Onder samenhangende vorderingen in de zin van artikel 28 lid 1 EEX-Vo worden dan volgens artikel 28 lid 3 EEX-Vo bedoeld 'vorderingen waartussen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven.' Het HvJ EG heeft in de zaak *Tatry* beslist dat het begrip 'onverenigbare uitspraken' (in artikel 28 lid 3 EEX-Vo wordt gespro-

88 Polak 2007, p. 135 en de daar aangehaalde jurisprudentie. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 27 juni 1991, zaak C-351/89 *(Overseas Union/New Hampshire)*, *Jur*. 1991, p. I-3317, *NJ* 1993, 527 m.nt. JCS; HvJ EG 20 januari 1994, zaak C-129/92 *(Owens Bank/Bracco)*, *Jur*. 1994, p. I-117, *NJ* 1994, 351 m.nt. JCS; HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02 *(Gasser/MISAT)*, *Jur*. 2003, I-14693, *NJ* 2007, 151 m.nt. PV; HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-39/02 *(Maersk/De Haan)*, *Jur*. 2004, p. I-9657.

89 Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 27 EEX-Vo, aant. 2.

90 In art. 29 EEX-Vo is nog een speciale regeling getroffen voor het geval dat voor de vorderingen meer dan één gerecht bij uitsluiting bevoegd is. Ingeval zich die situatie voordoet, worden de partijen op grond van art. 29 EEX-Vo verwezen naar het gerecht waarbij de zaak het eerst aanhangig is gemaakt. Het artikel kan een nuttige functie vervullen bij geschillen over de geldigheid, nietigheid of de ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen met plaats van vestiging in een lidstaat, dan wel van de besluiten van hun organen, op grond van het feit dat de daar gehanteerde bevoegdheidsgrond (namelijk de plaats van vestiging) afhankelijk is van het eigen IPR van de rechter. De botsing tussen de leer van de werkelijke zetel en de incorporatie-theorie kan er dan toe leiden dat meer dan één rechter 'exclusief' bevoegd is. Positieve competentieconflicten en litispendentie worden door art. 29 EEX-Vo voorkomen. Art. 29 EEX-Vo is voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nauwelijks van belang.

ken over 'onverenigbare beslissingen' maar onder het EEX-Verdrag werd nog gesproken van 'onverenigbare uitspraken') ruim moet worden opgevat.[91] 'Om een goede rechtsbedeling te verzekeren moet deze uitlegging ruim zijn en alle gevallen omvatten waarin er gevaar voor tegenstrijdige uitspraken bestaat, ook al kunnen de uitspraken afzonderlijk ten uitvoer worden gelegd en sluiten de rechtsgevolgen ervan elkaar niet uit', aldus het HvJ EG (r.o. 53). De samenhang kan het gevolg zijn van het feit dat gedeeltelijk dezelfde procespartijen betrokken zijn bij de gelijktijdig aanhangige procedures of dat er overlap bestaat van de centraal staande geschillen. Connexiteit is niet in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geregeld.

De rechter kan ook op verzoek van partijen (artikel 28 lid 2 EEX-Vo) tot verwijzing van de zaak overgaan indien voldaan is aan de voorwaarde dat de wetgeving van de eerst aangezochte rechter voeging van samenhangende vorderingen mogelijk maakt en de eerst aangezochte rechter voor wat betreft beide vorderingen bevoegd is.[92] Naast de preventieve maatregelen van aanhouding en verwijzing kent de EEX-Vo in artikel 34 onder 3 en 4 en artikel 45 lid 1 EEX-Vo ook hier de repressieve maatregelen van niet-erkenning en niet-tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen.[93]

10.3.9.4 Misbruik van de litispendentieregeling

De laedens die vreest voor een schadeclaim op grond van schending van het mededingingsrecht in een land dat haar niet bevalt (denk aan een land waar relatief hoge schadevergoedingen worden uitgekeerd of waar er op het gebied van bewijs meer mogelijkheden bestaan voor de gelaedeerde), kan er voor kiezen niet te wachten totdat de gelaedeerde een procedure aanhangig heeft gemaakt. De laedens maakt in dat geval zelf een procedure aanhangig tegen de gelaedeerde bij een ander forum. Een door (advocaten van) de laedens vaak gebruikte truc is het aanhangig maken van een negatiefdeclaratoirprocedure tegen de gelaedeerde in een land met een trage rechtsgang zoals Italië of België. De laedens vordert dan een verklaring van recht dat zij niet aansprake-

---

91 HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92 *(Ship Tatry)*, *Jur*. 1994, p. I-5439, *NJ* 1995, 659 m.nt. ThMdB.

92 Bij verwijzing krachtens art. 28 lid 2 EEX-Vo is het van belang dat beide zaken in eerste aanleg aanhangig zijn. Die eis is gesteld om te voorkomen dat een partij een instantie zou worden ontnomen. Art. 28 lid 2 EEX-Vo is wat dit betreft gewijzigd ten opzichte van art. 22 sub 2 EEX-Verdrag, nu de eis dat de vorderingen in eerste aanleg aanhangig moeten zijn van toepassing is bij *verwijzing* van de zaak en niet meer bij *aanhouding* van de zaak. De laatst aangezochte rechter heeft ingeval sprake is van samenhangende vorderingen steeds de mogelijkheid zijn uitspraak aan te houden zonder dat van belang is in welke instantie de zaak aanhangig is. Het EEX-Verdrag bood dan ook geen afdoende voorziening ingeval problemen betreffende samenhang speelde op een later tijdstip in de procedure. Zie ook Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 28 EEX-Vo, aant. 1 en 3 en de daar aangehaalde literatuurverwijzingen.

93 Polak 2007, p. 134. In Rv is geen tegenhanger van art. 28 EEX-Vo opgenomen.

lijk is.[94] Op grond van artikel 27 EEX-Vo dient de later aanhangig gemaakte procedure te worden aangehouden, totdat de rechter in de negatiefdeclaratoirprocedure heeft bepaald of hij bevoegd is. Er wordt in de literatuur wel gesproken over 'Italian torpedoes'.[95] Italiaanse torpedo's zijn effectief nu de Italiaanse civiele rechtsgang zo traag is dat de voortgang van procedures in andere lidstaten effectief getorpedeerd wordt. De laedens van een mededingingsinbreuk vergroot op deze manier de kans dat de gelaedeerde eerder bereid is te schikken en bij eventuele schikkingsonderhandelingen (meer) water bij de wijn zal doen omdat procederen de komende jaren toch niets zal opleveren.

De rechter heeft geen mogelijkheden om iets te doen aan mogelijk misbruik van de litispendentieregeling zoals neergelegd in de EEX-Vo. In de zaak *Gasser/MISAT* heeft het HvJ EG geen antimisbruikregel willen accepteren.[96] Zelfs indien een partij opzettelijk de procedure zoveel mogelijk wil vertragen door een negatiefdeclaratoirprocedure in te stellen bij een forum dat zonder enige twijfel geen bevoegdheid toekomt op grond van de EEX-Vo, bestaat er voor de laatst geadieerde rechter geen mogelijkheid om af te zien van aanhouding van de zaak tot het moment dat de eerst geadieerde rechter zich onbevoegd heeft verklaard. Het feit dat een procedure (zoals de negatiefdeclaratoirprocedure) in het land van de eerst geadieerde rechter bijzonder lang zal duren en daarmee zelfs in strijd kan zijn met artikel 6 EVRM heeft het HvJ EG in de zaak *Gasser/MISAT* ook niet kunnen overtuigen.[97] Het HvJ EG heeft het evenmin toegestaan dat ingeval een procespartij opzettelijk de procedure wil vertragen, een rechter van een van de lidstaten een verbod oplegt aan de desbetreffende procespartij om een procedure bij de rechter van een andere lidstaat in te stellen of voort te zetten.[98] Polak komt dan ook terecht tot de conclusie dat 'de bepalingen van het EEX inzake litispendentie en connexiteit (…) kennelijk naar de letter [moeten] worden toegepast, ook als zulks in een concreet geval misbruik van procesrecht honoreert.'[99] De regel dat de eerst geadieerde rechter

94 Zie uitgebreider over de negatiefdeclaratoirprocedure Bomhoff 2004, p. 1-8.

95 Zie bijvoorbeeld Polak 2007, p. 136. Zie ook de poging van de Italiaanse Hoge Raad om Italiaanse torpedo's onder het EEX-Verdrag te voorkomen, Corte Suprema di Cassazione 19 december 2003, nr. 19550 *(Macchine Automatiche/Windmoller & Holscher KG)*. Art. 5 onder 3 EEX-Vo bepaalt dat een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad kan worden opgeroepen voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen. In de EEX-Vo zijn ten opzichte van het EEX-Verdrag de woorden 'of zich kan voordoen' toegevoegd. Deze toevoeging heeft een belangrijke rol gespeeld in de discussie bij de vraag of de bevoegdheid van de eerst geadieerde rechter bij een negatiefdeclaratoirprocedure kan worden gebaseerd op art. 5 aanhef en onder 3 EEX-Vo.

96 HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02 *(Gasser/MISAT)*, *Jur*. 2003, p. I-14693, *NJ* 2007, 151 m.nt. PV.

97 Polak 2007, p. 143-144.

98 HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02 *(Turner/Grovit)*, *Jur*. 2004, p. I-3565, *NJ* 2007, 152 m.nt. PV.

99 Polak 2007, p. 144.

eerst aan zet is en later geadieerde rechters de zaak dienen aan te houden is gelet op procesefficiëntie en het belang om geen onverenigbare uitspraken te krijgen een terecht uitgangspunt. Dit neemt echter niet weg dat een antimisbruikregeling vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid onontbeerlijk is. Het HvJ EG onderneemt op dit gebied geen enkele poging om op redelijk te verantwoorden wijze enige rechtvaardigheid te realiseren. De uitspraak *Gasser/MISAT* roept bij mij dan ook de nodige twijfels op nu het recht, inclusief het internationaal privaatrecht, niet alleen maar bestaat uit techniek of gehaaidheid,[100] maar 'eerst en vooral een poging [is] om op redelijk te verantwoorden wijze rechtvaardigheid te realiseren.'[101]

Alles zal afhangen van de tijd die het de geadieerde rechter kost om vast te stellen of hem wel of niet rechtsmacht toekomt. Het kan bij sommige aangezochte (continentale) rechters helaas zelfs voorkomen dat het twaalf jaren duurt om tot de conclusie te komen dat de geadieerde rechter geen rechtsmacht toekomt.[102] Een dergelijke gang van zaken zal een aanzienlijke belemmering kunnen vormen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Indien het HvJ EG geen antimisbruikregeling wil erkennen, dienen de artikelen 27 en 28 EEX-Vo door de Europese wetgever te worden aangevuld met een antimisbruikregeling.[103] Een andere mogelijkheid zou een minder strikte interpretatie van het begrip 'hetzelfde onderwerp' in artikel 27 EEX-Vo kunnen zijn, zodat tussen een op schending van het mededingingsrecht gebaseerde aansprakelijkheidsprocedure en een negatiefdeclaratoirprocedure geen litispendentie meer bestaat, maar slechts connexiteit.[104] Het is dan aan de discretionaire bevoegdheid van de later geadieerde rechter overgelaten (zie het woord 'kan') om zijn uitspraak op grond van artikel 28 EEX-Vo aan te houden.[105] Het verhoogde risico op parallelle procedures of tegenstrijdige beslissingen dient in dat geval te worden geaccepteerd ten gunste van het op redelijk te verantwoorden wijze realiseren van enige rechtvaardigheid in de procedure.

10.3.10 Massaclaims

Bij een schending van het mededingingsrecht zijn vaak een groot aantal schadelijders betrokken en een beperkt aantal schadeveroorzakers. Deze schade valt te kwalificeren als massaschade en de daarbij horende claims als massa-

100 Zie over rechtvaardigheid en gehaaidheid in het IPR: Polak 2007, p. 145-146.
101 Hirsch Ballin 2001, p. 735.
102 Hartley 2005, p. 815.
103 Zie ook het pleidooi van Polak voor de toevoeging van een dergelijke antimisbruikregeling: Polak 2007, p. 144-145.
104 Polak 2007, p. 145.
105 Zie ook Polak 2007, p. 145.

claims die met behulp van *class actions* of collectieve acties kunnen worden geëffectueerd. In hoofdstuk 8 is aandacht besteed aan de mogelijkheid om als collectiviteit het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven. Collectieve acties, *class actions* en de WCAM-procedure kunnen van belang zijn bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Voor wat betreft de internationale bevoegdheid van de rechter bij een collectieve actie, *class action* of de WCAM-procedure dient eerst te worden vastgesteld of de collectieve actie, *class action* of WCAM-procedure binnen het materieel en formeel toepassingsgebied van de EEX-Vo vallen.

Voor wat betreft het materieel toepassingsgebied kan worden aangenomen dat de collectieve actie, de WCAM-procedure en de *class action* binnen het materieel toepassingsgebied van de EEX-Vo vallen. Een in een lidstaat ingestelde collectieve actie of *class action*, die tot doel heeft de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de laedens jegens een groep gelaedeerden vast te stellen, valt onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken'. Ook de WCAM-procedure, die tot doel heeft een privaatrechtelijke overeenkomst die gesloten is in het kader van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid van de laedens jegens een groep gelaedeerden verbindend te verklaren, valt onder het begrip 'burgerlijke en handelszaken'.[106] Deze conclusie wordt ondersteund door de uitspraak *VKI/ Henkel* van het HvJ EG.[107] In deze zaak betreffende een Oostenrijkse consumentenorganisatie (*Verein für Konsumenteninformation*) die op grond van het Oostenrijks recht de bevoegdheid had om ten behoeve van consumenten een verbodsactie in te stellen inzake het gebruik van oneerlijke contractbepalingen, oordeelt het HvJ EG (r.o. 30):

> 'Een vereniging voor consumentenbescherming als VKI is immers een privaatrechtelijk orgaan, en bovendien houdt het hoofdgeding, zoals de Duitse regering terecht stelt, geen verband met de uitoefening van overheidsbevoegdheid, aangezien het enkel de uitoefening betreft van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van de op betrekkingen tussen particulieren toepasselijke regels van gemeen recht. De bij de verwijzende rechter aanhangige vordering betreft integendeel het verbod voor handelaars om in overeenkomsten met consumenten oneerlijke bedingen te gebruiken, en heeft dus tot doel privaatrechtelijke betrekkingen door de rechter te laten toetsen. Een dergelijke vordering betreft dus een burgerlijke zaak zoals bedoeld in artikel 1, eerste alinea, Executieverdrag.'

Het feit dat VKI een privaatrechtelijke organisatie is, en de rechtsvordering van VKI tegen Henkel geen verband houdt met de uitoefening van overheidsbevoegdheid maar toetsing van privaatrechtelijke betrekkingen aan de hand van het gewone privaatrecht tot doel heeft, brengt met zich mee dat het een

106 Polak 2006, p. 2348-2349.

107 HvJ EG 1 oktober 2002, zaak C-167/00 *(VKI/Henkel)*, *Jur.* 2002, p. I-8111, *NJ* 2005, 221 m.nt. PV.

burgerlijke zaak betreft die onder het materiële toepassingsgebied van de EEX-Vo valt.[108]

De collectieve actie of *class action* valt, indien de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ook onder het formeel toepassingsgebied van de EEX-Vo (artikelen 2-4). Bij de WCAM-procedure dient de vraag beantwoord te worden of er sprake is van een verweerder in de zin van de artikelen 2-4 EEX-Vo. Polak beantwoordt deze vraag bevestigend, nu artikel 1013 Rv bepaalt dat de personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten (de gelaedeerden) worden opgeroepen voor de behandeling van het verzoek tot verbindendverklaring, en dat deze personen de bevoegdheid hebben een verweerschrift in te dienen.[109] Het ligt dan ook in de rede om de gelaedeerden te beschouwen als verweerders in de zin van de EEX-Vo.

Wanneer er meerdere verweerders zijn, is de rechter van de woonplaats van één van hen bevoegd. Zie artikel 6 sub 1 EEX-Vo. Nu het in mededingingszaken veelal om een actie op grond van onrechtmatige daad zal gaan, kan de collectieve actie, *class action* of WCAM-procedure op grond van artikel 5 sub 3 EEX-Vo ook worden ingesteld bij de rechter van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen. Op grond van artikel 24 EEX-Vo is het ook mogelijk dat de procespartijen stilzwijgend instemmen met de bevoegdheid van de rechter die door de eisers of verzoekers is geadieerd (impliciete forumkeuze).[110]

Indien het een verweerder betreft die buiten een lidstaat woont, dan is voor de Nederlandse rechter het commune internationaal bevoegdheidsrecht van toepassing. Voor de WCAM-procedure dient in dat geval gekeken te worden naar artikel 3 Rv, artikel 1013 lid 1 Rv en artikel 7:907 lid 1 BW (zie § 10.3.2). De Nederlandse rechter zal bevoegd zijn indien (a) hetzij de verzoeker of, indien er meer verzoekers zijn, één van hen, hetzij één van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft, (b) het verzoek betrekking heeft op een bij dagvaarding ingeleid of in te leiden geding ten aanzien waarvan de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, of (c) de zaak anderszins voldoende met de rechtssfeer van Nederland verbonden is. De Nederlandse rechter komt bij de vaststelling van zijn bevoegdheid geen *forum non conveniens*-correctie toe (zie § 10.3.8).

Polak wijst op het feit dat zich bij massaclaims snel problemen kunnen voordoen rond gelijktijdig aanhangige procedures in binnen- en buitenland, zeker gelet op de grote aantallen gelaedeerden die bij een massaclaim zijn betrokken.[111] Te denken valt aan de individuele gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die in Nederland een actie tot verkrijging van schadevergoeding jegens de laedens instelt, terwijl in het buitenland een *class action* tegen

108 Vgl. Polak 2006, p. 2349.
109 Polak 2006, p. 2349.
110 Polak 2006, p. 2350.
111 Polak 2006, p. 2350.

de laedens aanhangig is gemaakt tot verkrijging van schadevergoeding. Tevens valt bijvoorbeeld te denken aan een in Nederland geïnitieerde WCAM-procedure die samenvalt met een actie van een Duitse gelaedeerde die een procedure is begonnen bij de Duitse rechter.

In § 10.3.9 bleek dat zowel in de EEX-Vo als in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt uitgegaan van het principe dat de laatst ingestelde procedure wordt aangehouden en de eerst aanhangig gemaakte procedure voorrang krijgt. Met dit principe als uitgangspunt wordt dubbel werk voorkomen en wordt tevens voorkomen dat rechters in twee of meer landen tot onverenigbare beslissingen komen.[112] Zoals reeds in § 10.3.9 bleek, wordt in de EEX-Vo een onderscheid gemaakt tussen litispendentie en connexiteit. Polak stelt zichzelf de vraag of de bepalingen betreffende litispendentie (EEX-Vo en artikel 12 Rv) en connexiteit (EEX-Vo) zich lenen voor toepassing op de situatie waarbij één van de aanhangige procedures een massaclaim betreft of op de situatie waarbij alle aanhangige procedures massaclaims betreffen.[113] Het kenmerkende verschil tussen een 'normale' situatie en een massaclaim situatie is dat het bij een normale situatie gaat om parallelle procedures tussen personen die zelf als procespartij optreden, terwijl het bij een massaclaim gaat om benadeelden die niet zelf als procespartij deelnemen aan een massaclaim, maar in beginsel wel aan de daaruit voortkomende rechterlijke uitspraak of schikking zijn gebonden.[114] In de jurisprudentie is het antwoord (nog) niet te vinden.

Polak ziet desondanks een aanwijzing in de ratio van de litispendentie- en connexiteitbepalingen. De achterliggende ideeën zoals de bevordering van de procesefficiëntie en het voorkomen van onverenigbare beslissingen brengen met zich mee dat de laatst geadieerde rechter, die tot de conclusie komt dat in een ander land reeds een massaclaim of individuele aansprakelijkheidsprocedure betreffende de schending van het mededingingsrecht aanhangig is gemaakt, het voor hem lopende proces dient aan te houden 'totdat duidelijk is geworden in hoeverre een rechterlijke uitspraak of schikking in de eerst ingestelde procedure relevant zou kunnen zijn voor de rechterlijke oordeelsvorming in de laatst ingestelde procedure.'[115] Hij baseert deze bevoegdheid van de rechter tot aanhouding van de procedure op de eisen van een goede procesorde, nu supranationale of nationale bepalingen die van toepassing zijn op deze situatie van parallelle procedures ontbreken.

112 Polak 2006, p. 2350.
113 Polak 2006, p. 2350-2351.
114 Polak 2006, p. 2351.
115 Polak 2006, p. 2351; Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 27 september 2001 *(WACA c.s./Baan c.s.)*, *NIPR* 2002, p. 272.

10.4 TOEPASSELIJK RECHT

10.4.1 Inleiding

Voor de vraag welk materieel recht van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, zoals de vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht, dient gekeken te worden naar de WCOD en de Rome II-Vo. De Rome II-Vo is op grond van artikel 32 Rome II-Vo van toepassing vanaf 11 januari 2009 (uitgezonderd het per juli 2008 inwerkingtredende artikel 29 Rome II-Vo). Op grond van artikel 31 Rome II-Vo is de Rome II-Vo van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen na de inwerkingtreding van de verordening.

Voor de schadeveroorzakende mededingingsinbreuken die dateren van voor de inwerkingtreding van de Rome II-Vo (voor 11 januari 2009) dient, om het toepasselijk recht vast te stellen, gekeken te worden naar de WCOD. Het IPR van de lidstaten is tot de inwerkingtreding van de Rome II-Vo niet uniform voor wat betreft het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.

10.4.2 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad

Artikel 3 lid 1 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD) bepaalt dat verbintenissen uit onrechtmatige daad worden beheerst door het recht van de Staat op welks grondgebied de daad plaatsvindt (*lex loci delicti*). Ingeval een daad schadelijk inwerkt op een persoon, een goed of het natuurlijk milieu elders dan in de Staat op welks grondgebied die daad plaatsvindt, wordt het recht toegepast van de Staat op welks grondgebied die inwerking geschiedt, tenzij de laedens de inwerking aldaar redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien (artikel 3 lid 2 WCOD). Indien de laedens en de gelaedeerde in dezelfde Staat hun gewone verblijfplaats of gewone plaats van vestiging hebben, is het recht van die Staat van toepassing (artikel 3 lid 3 WCOD).[116]

Artikel 4 lid 1 WCOD bepaalt dat in afwijking van artikel 3 WCOD verbintenissen wegens ongeoorloofde mededinging beheerst worden door het recht van de Staat op welks grondgebied de mededingingshandeling de concurrentieverhoudingen beïnvloedt. Artikel 4 (lid 1) WCOD bevat dus een uitzondering op de hoofdregel van artikel 3, eerste lid, en een verbijzondering van de uitzondering vervat in artikel 3, tweede lid WCOD.[117] Artikel 4 lid 1 WCOD behandelt (evenals artikel 3 lid 2 WCOD) de situatie dat de onrechtmatige daad

116 De gevolgenuitzondering wordt, in overeenstemming met HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 622 *(COVA)*, geformuleerd als een algemene uitzondering op de *lex loci delicti*-regel. Zie Strikwerda 2005, nr. 181. Vgl. ook art. 14 ontwerp voor een Eenvormige Benelux ipr-wet.

117 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 608, nr. 3, p. 7 (MvT); Strikwerda 2005, nr. 185.

wordt gepleegd in Staat A, maar schadelijk inwerkt in Staat B (meervoudige locus).[118] De conflictregel knoopt niet aan bij de plaats waar de ongeoorloofde strategie wordt uitgezet (het *Handlungsort*) en knoopt ook niet aan bij de plaats waar de concurrent schade lijdt (het *Erfolgsort*). De conflictregel die van toepassing is bij verbintenissen wegens ongeoorloofde mededinging knoopt aan bij de plaats van de markt waar de concurrentiestrijd gevoerd wordt, maar is volgens de Memorie van Toelichting iets concreter geformuleerd. De in het eerste lid gehanteerde formulering waarin de terminologie 'recht van de markt' niet voorkomt, komt volgens de Memorie van Toelichting tegemoet aan het bezwaar dat bij een voortschrijdende internationalisering van de handel 'de markt' moeilijk valt te localiseren en steeds minder sprake is van een echte nationale markt. Het is paradoxaal dat het begrip 'markt' in de nieuwe Rome II-Vo weer wordt geïntroduceerd.

De gevolgenuitzondering ex artikel 3 lid 3 WCOD en de regel van artikel 3 lid 2 WCOD betreffende het uiteenlopen van *Handlungsort* en *Erfolgsort* kunnen hier niet worden toegepast. Wel staat het partijen vrij om een rechtskeuze te maken. Daarnaast zou, indien de onrechtmatige gedraging nauw verbonden is met een andere rechtsverhouding, zoals een overeenkomst, op de onrechtmatige gedraging niet de *lex loci delicti* kunnen worden toegepast maar het recht dat van toepassing is op die andere rechtsverhouding (accessoire aanknoping).[119] Artikel 4 WCOD bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is ingeval de mededingingshandeling uitsluitend tegen een bepaalde concurrent is gericht (denk bijvoorbeeld aan het infiltreren bij een bepaalde concurrent), in dat geval dient weer te worden teruggekeerd naar de hoofdregel zoals geformuleerd in artikel 3 (*lex loci delicti*).

De vraag is of artikel 4 lid 1 WCOD, dat handelt over verbintenissen wegens ongeoorloofde mededinging, ook van toepassing is op verbintenissen die zijn ontstaan als gevolg van een inbreuk op het (publiekrechtelijk) mededingingsrecht, zoals het kartelrecht en het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie. De parlementaire geschiedenis laat hierover geen twijfel bestaan. Deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord. Het begrip 'ongeoorloofde mededinging' dient volgens de Minister van Justitie ruim te worden opgevat. In de Memorie van Toelichting wordt er zelfs van uitgegaan dat de bepaling primair ziet op schending van het (publiekrechtelijk) mededingingsrecht, in het bijzonder de Mededingingswet. De Minister van Justitie verwoordt het als volgt:

> 'Voorts teken ik aan dat het begrip ongeoorloofde mededinging een ruim begrip is, dat binnen de context van dit wetsvoorstel moet worden bezien. Het gaat bij dit begrip niet alleen om gedragingen die binnen de reikwijdte van een nationale mededingingswet vallen, maar in het algemeen om ongeoorloofde handelingen

118 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 608, nr. 3, p. 7 (MvT).
119 Strikwerda 2005, nr. 182 en 185.

die de concurrentie beïnvloeden, een en ander ter beoordeling van de burgerlijke rechter.'

De conflictregel zoals neergelegd in artikel 4 WCOD biedt geen eenvormige oplossing indien de onrechtmatige mededingingshandeling de concurrentieverhoudingen beïnvloedt op het grondgebied van meerdere lidstaten.[120] De in artikel 4 WCOD neergelegde conflictregel lijkt toch uit te gaan van het bestaan van nationale concurrentieverhoudingen. In de Memorie van Toelichting wijst de Minister van Justitie dan ook op het feit dat 'een versnippering van het toepasselijk recht (…) veelal onontkoombaar [zal] zijn.' Een praktische oplossing kan dan volgens de Memorie van Toelichting worden gevonden in het maken van een rechtskeuze (artikel 6 WCOD) of de accessoire aanknoping (artikel 5 WCOD).

Artikel 4 lid 2 WCOD verklaart artikel 4 lid 1 WCOD niet toepasselijk ingeval de ongeoorloofde mededinging uitsluitend is gericht op een specifieke concurrent. In de Memorie van Toelichting wijst de Minister van Justitie op het feit dat hierbij voornamelijk dient te worden gedacht aan 'oneerlijke reclame jegens een bepaalde onderneming, het weglokken van personeel, infiltraties bij een bepaalde concurrent e.d.'[121] In dergelijke gevallen dient te worden teruggevallen op de hoofdregel van artikel 3 WCOD.

10.4.3 Rome II-Vo

10.4.3.1 Inleiding

Voor de vraag welk materieel recht van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen – zoals de vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht – dient vanaf 11 januari 2009 gekeken te worden naar Verordening 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II-Vo).[122] De Rome II-Vo is op grond van artikel 2 lid 2 Rome II-Vo ook van toepassing op niet-contractuele verbintenissen die dreigen te ontstaan, zodat ook preventieve verbods- en gebodsacties in het kader van dreigende schendingen van het mededingingsrecht onder de Rome II-Vo vallen.

120 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 608, nr. 3, p. 8 (MvT).
121 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 608, nr. 3, p. 8 (MvT).
122 Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* L199/40.

10.4.3.2 Voorgeschiedenis

De Commissie stelt zichzelf in het Groenboek betreffende schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels nog de vraag welk materieel recht van toepassing moet zijn op schadevorderingen in mededingingszaken.[123] De Commissie twijfelt in het Groenboek nog of het toepasselijke recht moet worden aangewezen op grond van de algemene regel van artikel 5 (inmiddels artikel 4) van Verordening Rome II (recht van het land waar de schade is ingetreden, optie 31) of dat er speciale regels van toepassing moeten zijn bij schending van de mededingingsregels (optie 32).[124] Zo zou volgens de Commissie een speciale regel kunnen worden ingevoerd waarbij wordt bepaald dat bij vorderingen op grond van schending van het mededingingsrecht de algemene regel van artikel 5 (inmiddels artikel 4) inhoudt, dat op de vordering de rechtsstelsels van toepassing kunnen zijn van de staten op de markt waarvan de gelaedeerde schade heeft geleden als gevolg van de mededingingsverstorende gedragingen (een op effecten gebaseerde aanpak).

Een andere voorgestelde optie (optie 33) is dat de bijzondere regel neerkomt op de toepassing van het recht van het land van de geadieerde rechter. De *lex fori* regel laat de vraag welk recht van toepassing is, afhangen van de vraag welke rechter bevoegd is. Het voordeel is dat deze regel de zaak voor de rechter eenvoudiger maakt, nu deze zijn eigen recht kan toepassen. Bovendien bevordert het tot op zekere hoogte de rechtszekerheid voor partijen (partijen weten waar ze aan toe zijn).

Indien voor deze laatste mogelijkheid wordt gekozen dient de nodige aandacht te worden besteed aan gevallen waarin de mededingingsverstorende gedragingen gevolgen hebben voor het grondgebied van meer dan één staat. Nu de eiser onder het regime van de *Shevill* uitspraak (§ 10.3.5.2) een belang heeft om de rechter van het land van de gedaagde te adiëren (de rechter van het *forum rei* is immers bevoegd kennis te nemen van de vordering tot verkrijging van alle door de laedens veroorzaakte schade), kan een *lex fori* regel in het nadeel van de eiser werken.[125] De eiser wordt namelijk gedwongen te procederen op grond van het recht van een andere lidstaat (het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht van de geadieerde rechter), terwijl veelal de voorkeur bestaat om te procederen op grond van het eigen recht.[126] Een *lex fori* regel zou tevens door de laedens kunnen worden misbruikt. De laedens zou als eerste een negatiefdeclaratoirprocedure aanhangig kunnen maken tegen de gelaedeerde in een land met een trage rechtsgang zoals Italië of België ('Italian

123 Groenboek, COM/2005/672 def., § 2.8.

124 Groenboek, COM/2005/672 def., vraag K, opties 31-34, met name optie 31 en optie 32.

125 HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93 *(Shevill/Presse Alliance)*, *Jur.* 1995, p. I-415, *NJ* 1996, 269 m.nt. ThMdB.

126 Vgl. Eilmansberger 2007, p. 446. De eventueel bestaande voorkeur van de gelaedeerde om te procederen op grond van het eigen recht lijkt niet een belang te zijn dat ondersteund wordt door art. 65 EG. Zie Basedow 2007, p. 247-248.

torpedoes'). Zie § 10.3.9.4. De *lex fori* regel zou de schender van het mededingingsrecht op deze wijze een onverdiend voordeel geven.[127] De mogelijkheid van *forum shopping* is onder een *lex fori* regel dan ook niet beperkt tot de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht.[128]

Ingeval de aan de vordering ten grondslag liggende mededingingsverstorende gedragingen gevolgen hebben voor het grondgebied van meer dan één staat en wanneer de rechter bevoegd is uitspraak te doen over de volledige schade die de verzoeker heeft geleden, stelt de Commissie in optie 34 voor de verzoeker te laten kiezen welk recht van toepassing is op het geschil. Deze keuze kan dan in het voorstel van de Commissie worden beperkt tot een van de rechtsstelsels die overeenkomstig het beginsel van de betrokken markt worden aangewezen. De Commissie stelt in optie 34 ook nog voor de keuze uit te breiden tot een keuze voor één rechtsstelsel: ofwel het recht dat op elk afzonderlijk schadegeval van toepassing is, ofwel het recht van het land van de rechter. Deze uitbreiding in keuzemogelijkheden kan een disproportioneel voordeel aan de eiser geven. De keuze voor het recht van het land van de rechter (*lex fori*) brengt echter wel een groot voordeel voor de bevoegde rechter mee en dient dan ook (naast de keuzemogelijkheid voor een van de rechtsstelsels die overeenkomstig het beginsel van de betrokken markt worden aangewezen) serieus te worden overwogen.[129]

10.4.3.3 Artikel 6 Rome II-Vo

Inmiddels is in artikel 6 Rome II-Vo een aparte regeling opgenomen voor oneerlijke concurrentie én daden die de vrije concurrentie beperken. Deze regeling komt in essentie overeen met optie 32 van het Groenboek. De tekst is uiteindelijk een compromis geworden tussen het standpunt van de Raad en het standpunt van het Europees Parlement. Met lidstaat wordt in Verordening 864/2007 elke EU-lidstaat bedoeld, uitgezonderd Denemarken (zie artikel 1 lid 4 Rome II-Vo). Opvallend is dat het voor partijen, in afwijking van artikel 6 WCOD (zie § 10.4.2), op grond van artikel 6 lid 4 Rome II-Vo niet meer mogelijk is een rechtskeuze te maken. Artikel 6 lid 4 Rome II-Vo sluit voor partijen de rechtskeuzemogelijkheid, zoals neergelegd in artikel 14 Rome II-Vo, uitdrukkelijk uit.

De aanname van de Rome II-Vo wil niet zeggen dat de toepassing van het recht van het land van de rechter (optie 33 van het Groenboek) of een rechtskeuze (optie 34 van het Groenboek) bij een herziening van de Rome II-Vo niet meer in overweging kunnen worden genomen. De Commissie heeft zich dat recht voorbehouden.[130] In het Witboek worden op het gebied van het toepas-

127 Basedow 2007, p. 248-249.
128 Basedow 2007, p. 249.
129 Vgl. Eilmansberger 2007, p. 446.
130 COM (2006) 566 final, p. 3 e.v.

selijk recht echter geen voorstellen gedaan. Het lijkt dan ook onwaarschijnlijk dat de bestaande regel in de Rome II-Vo nog gewijzigd zal worden.

Artikel 6 Rome II-Vo luidt als volgt:

> '1. De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een daad van oneerlijke concurrentie, wordt beheerst door het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad of dreigen te worden geschaad.
> 2. In het geval dat een daad van oneerlijke concurrentie uitsluitend de belangen van een bepaalde concurrent schaadt, is artikel 4 van toepassing.
> 3.(a) De niet-contractuele verbintenis die uit een beperking van de mededinging voortvloeit, wordt beheerst door het recht van het land waarvan de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt.
> 3.(b) Wanneer de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt in meer dan één land, mag de persoon die schadevergoeding vordert bij het gerecht van de woonplaats van de verweerder, echter verkiezen zijn vordering te gronden op het recht van het gerecht waarbij hij het geschil aanhangig heeft gemaakt, mits de markt in die lidstaat een van de markten is die rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloed worden door de beperking van de mededinging waaruit de niet-contractuele verbintenis voortvloeit waarop de vordering is gebaseerd. Wanneer de eiser, overeenkomstig de toepasselijke regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid, meer dan één verweerder voor dat gerecht daagt, kan hij uitsluitend kiezen om zijn vordering op het recht van dat gerecht te gronden indien de beperking van de mededinging, waarop de vordering tegen elk van deze verweerders berust, ook de markt van de lidstaat van dat gerecht rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloedt.
> 4. Van het recht dat krachtens dit artikel van toepassing is, kan niet bij overeenkomst op grond van artikel 14 worden afgeweken.'

Het derde lid van artikel 6 Rome II-Vo ziet op de aansprakelijkheid wegens schending van het publiekrechtelijk mededingingsrecht (kartelverbod en verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie).[131] In Verordening 864/2007 (Rome II-Vo) is de keus gemaakt voor het recht van het land waar de markt (waarschijnlijk) wordt beïnvloed door de mededingingsovertreding. Ingeval de mededingingsbeperking in meerdere landen de markt beïnvloedt, zijn volgens de marktregel meerdere rechtsstelsels van toepassing. Om een dergelijke situatie te voorkomen, is een uitzondering op de marktregel gemaakt. Wordt de markt in meer dan één land beïnvloed of waarschijnlijk beïnvloed dan mag de gelaedeerde er 'in bepaalde omstandigheden' voor kiezen zijn vordering te gronden op het recht van de rechter waarbij hij het geschil aanhangig heeft gemaakt (*lex fori laedentis*). De gelaedeerde mag er op grond van artikel 6 lid 3 sub b Rome II-Vo voor kiezen zijn vordering te gronden op het recht van het gerecht waarbij hij het geschil aanhangig heeft ge-

131 Zie over art. 6 lid 3 Rome II-Vo ook Mankowski 2008, p. 177-193.

maakt, mits aan de volgende voorwaarden ('bepaalde omstandigheden') is voldaan:

1 De markt in die lidstaat is een van de markten die rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloed worden door de beperking van de mededinging waaruit de niet-contractuele verbintenis voortvloeit waarop de vordering is gebaseerd.
2 Ingeval de gelaedeerde op grond van de regels betreffende de bevoegdheid meer dan één verweerder voor de desbetreffende rechter daagt (zie bijvoorbeeld artikel 6 sub 1 EEX-Vo en mijn bespreking in § 10.3.5.4 betreffende de accessoire bevoegdheid bij meerdere verweerders), kan hij alleen kiezen zijn vordering op het recht van dat gerecht te gronden indien de mededingingsbeperking waarop de vordering tegen *elk* van deze verweerders berust, ook de markt van de lidstaat van dat gerecht rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloedt.

Het keuzerecht lijkt niet te gelden bij de vordering tot verkrijging van een rechterlijk verbod of gebod. Het keuzerecht komt namelijk toe aan de persoon die schadevergoeding vordert en niet aan degene die schade lijdt.[132] De gelaedeerde mag alleen kiezen voor de toepasselijkheid van het recht van het land van de woonplaats van de laedens indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: de vordering is aldaar aanhangig gemaakt; de markt van dat land wordt rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloed door de mededingingsbeperking; dat land is een lidstaat; en de vordering strekt tot schadevergoeding.[133]

Artikel 6 van de Rome II-Vo geeft in het eerste en tweede lid een regeling voor daden van oneerlijke concurrentie. Deze bepaling ziet niet zozeer op aansprakelijkheid wegens schending van het publiekrechtelijk mededingingsrecht (kartelverbod en verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie), maar op aansprakelijkheid uit ongeoorloofde of oneerlijke concurrentie (een onrechtmatige daad) zoals het weglokken van werknemers, het onthullen van zakengeheimen, corruptie, het in diskrediet brengen van een concurrent door het verstrekken van valselijke informatie, industriële spionage of het aanzetten tot contractbreuk.[134]

Op grond van artikel 6 lid 1 Rome-II Vo wordt de niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een daad van oneerlijke concurrentie beheerst door het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad of dreigen te worden ge-

132 Schaafsma 2008, p. 1003.
133 Schaafsma 2008, p. 1003.
134 Zie de toelichting van de Commissie bij art. 5 van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), COM/2003/427 def. COD 2003/168, p. 18.

schaad. Indien een oneerlijke handelspraktijk uitsluitend de belangen van een bepaalde concurrent aantast, kan naast het recht van het land waar de schade zich voordoet (ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan en ongeacht in welke landen de indirecte gevolgen van die gebeurtenis zich voordoen) ook het recht worden toegepast van het land waarin de beide partijen hun gewone verblijfplaats hebben of waar kennelijk nauwere banden mee bestaan (artikel 6 lid 2 jo artikel 4 Rome II-Vo).

De Europese wetgever ziet de marktregel als een concretisering van de plaats waar de schade zich voordoet zoals bedoeld in artikel 4 lid 1 Rome II-Vo. In de uiteindelijke considerans (die tot stand is gekomen na een strijd tussen de Raad en het Europees Parlement) wordt dan ook aangegeven dat de bijzondere regel in artikel 6 Rome II-Vo geen uitzondering op de algemene regel in artikel 4, lid 1 Rome II-Vo vormt (recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroozakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan), maar juist een verduidelijking daarvan. Inzake oneerlijke concurrentie dient de collisieregel bescherming te bieden aan concurrenten, consumenten en het publiek in het algemeen en tevens garant te staan voor het goed functioneren van de markteconomie. Deze doelstellingen zijn in het algemeen te bereiken door aanknoping bij het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen dan wel de gezamenlijke belangen van de consumenten worden of dreigen te worden aangetast.

De considerans (overweging 22) geeft tevens aan dat onder niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit beperking van de mededinging zoals bedoeld in artikel 6 lid 3 Rome II-Vo zowel inbreuken op nationale als op communautaire mededingingsregels moeten worden verstaan. De considerans luidt als volgt (overwegingen 21, 22 & 23):

> 'De bijzondere regel in artikel 6 vormt geen uitzondering op de algemene regel in artikel 4, lid 1, maar juist een verduidelijking daarvan. Inzake oneerlijke concurrentie dient de collisieregel bescherming te bieden aan concurrenten, consumenten en het publiek in het algemeen en tevens garant te staan voor het goed functioneren van de markteconomie. Deze doelstellingen zijn in het algemeen te bereiken door aanknoping bij het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen dan wel de gezamenlijke belangen van de consumenten worden of dreigen te worden aangetast.
>
> Onder niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit beperking van de mededinging, in de zin van artikel 6, lid 3, moeten zowel inbreuken op nationale als op communautaire mededingingsregels worden verstaan. Het recht dat op dergelijke niet-contractuele verbintenissen van toepassing is, is het recht van het land waar de markt wordt of waarschijnlijk wordt beïnvloed. In het geval dat de markt in meer dan een land wordt beïnvloed of waarschijnlijk wordt beïnvloed, mag de persoon die schadevergoeding vordert, in bepaalde omstandigheden echter verkiezen zijn vordering te gronden op het recht van het gerecht waarbij hij het geschil aanhangig heeft gemaakt.
>
> Voor de doeleinden van deze verordening moet het concept van beperking van de mededinging betrekking hebben op overeenkomsten tussen ondernemingen,

besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen een lidstaat of op de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, alsmede het misbruiken van een machtspositie in een lidstaat of op de interne markt, voor zover dergelijke overeenkomsten, besluiten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of misbruiken verboden zijn krachtens de artikelen 81 en 82 van het Verdrag of krachtens het recht van een lidstaat.'

De door de Commissie voorgestelde speciale regel met betrekking tot oneerlijke concurrentie die uitgaat van het principe van de toepassing van één nationaal recht en het risico op *forum shopping* zoveel mogelijk beperkt, is uiteindelijk op aandringen van de delegatie uit het Europees Parlement door de Raad aangenomen. De stemming in het Europees Parlement was verdeeld. Artikel 6 Rome II-Vo zoals geformuleerd in het Gemeenschappelijk standpunt van de Raad was uiteindelijk verwijderd. In een laatste poging om akkoord te gaan met compromistekst heeft rapporteur Diana Wallis een aantal wijzigingen voorgesteld voor artikel 6 Rome II-Vo en de bijbehorende overwegingen in de considerans (amendement 31). In de stemming van het Europees Parlement waren sommige overwegingen in de considerans alsnog aangenomen die de woorden en de reikwijdte van artikel 6 Rome II-Vo van een nadere toelichting voorzagen, terwijl (de aangepaste tekst van) artikel 6 Rome II-Vo zelf werd verworpen. Als gevolg hiervan verwezen de overwegingen 19, 20 en 21 van de considerans naar een artikel (artikel 6 Rome II-Vo) dat niet langer bestond.

De Commissie heeft er terecht op gewezen dat het onbegrijpelijk was dat het Europees Parlement de overwegingen wilde laten staan en zelfs verbeteren, terwijl de specifieke regel niet meer bestond. De Commissie heeft met succes voorgesteld de regel zoals opgenomen in amendement 31 van het Europees Parlement te accepteren. De speciale regel helpt volgens de Commissie de rechtszekerheid en voorzienbaarheid in het recht, nu het de plaats waar de schade zich voordoet, verankert door te kiezen voor het recht van de plaats van de markt waar de concurrentiestrijd wordt gevoerd (de zogenaamde 'marktregel').

De algemene regel van artikel 4 Rome II-Vo (aanknoping bij de *lex loci damni*) zal op territoriaal vlak vaak samenvallen met de bijzondere regel uit artikel 6 Rome II-Vo. Dit komt omdat het land waar de schade zich voordoet vaak zal samenvallen met het land waar de markt wordt of waarschijnlijk wordt beïnvloed. De mededingingsbeperkende effecten, die bepalend zijn voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht (zie § 1.4.2), zullen zich voordoen in het land waar de markt wordt of waarschijnlijk wordt beïnvloed.

Hoewel de algemene regel van artikel 4 Rome II-Vo (aanknoping bij de *lex loci damni*) op territoriaal vlak vaak zal samenvallen met de bijzondere regel uit artikel 6 Rome II-Vo, wijst de Commissie op het feit dat dit niet automatisch het geval is. Zo is het maar de vraag waar de schade zich voordoet indien twee concurrerende ondernemingen uit staat A actief zijn op markt B. De Commissie wijst daarbij op het feit dat de regels betreffende accessoire aankno-

ping, gewone verblijfplaats en de uitzonderingsclausule in het algemeen niet geschikt zijn voor het mededingingsrecht.[135] In gevallen van schending van het mededingingsrecht en grensoverschrijdende oneerlijke concurrentie kan het dan ook onder omstandigheden moeilijk zijn vast te stellen waar de schade zich voordoet (het criterium van de hoofdregel van artikel 4 Rome II-Vo). Is dat het land waar het ongeoorloofde middel wordt vervaardigd of de oneerlijke strategie wordt uiteengezet (land A, het *Handlungsort*), het land van de markt waar de concurrentiestrijd wordt gevoerd (land B, de marktregel) of het land waar de concurrent daadwerkelijk schade ondervindt (land C, het *Erfolgsort*)?[136] De hoofdregel van artikel 4 Rome II-Vo laat hier (te) veel keuzeruimte.

In de bijzondere regel van de Rome II-Vo is uiteindelijk gekozen voor land B, het land van de markt waar de concurrentiestrijd wordt gevoerd. In artikel 6 lid 3 Rome II-Vo (en tevens in artikel 4 lid 1 WCOD, zie § 10.4.2) wordt aangeknoopt bij het recht van het land waar de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt.

10.4.3.4 Kanttekeningen

Nog steeds dient de kanttekening te worden geplaatst dat er bij mededingingsrechtelijke overtredingen met een grensoverschrijdend karakter (artikel 6 lid 3 sub a en sub b Rome II-Vo) sprake kan zijn van versnippering van het toepasselijke recht (zie ook § 10.4.4).

De eiser kan op grond van de regels van de rechterlijke bevoegdheid in de EEX-Vo zijn vordering aanhangig maken bij de rechter van de woonplaats van de schender van het mededingingsrecht (*forum rei*, artikel 2 EEX-Vo), de rechter van de plaats waar de mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging is afgesproken of het mededingingsbeperkende besluit is genomen (het *Handlungsort*, artikel 5 EEX-Vo) of de rechter van de plaats waar de mededingingsbeperkende effecten zich voordoen (het *Erfolgsort*, artikel 5 EEX-Vo). Bij deze laatste optie wordt de eiser wel beperkt door de grenzen zoals die door het HvJ EG in *Shevill* zijn gesteld. De rechter van het *Erfolgsort* is volgens de *Shevill* uitspraak slechts bevoegd om kennis te nemen van de vordering van de in dat land geleden (ingetreden) schade.

Indien de vordering aanhangig wordt gemaakt bij het *forum rei* of het *Handlungsort* en de markt in meerdere landen beïnvloed wordt, zullen op grond van artikel 6 lid 3 sub a Rome II-Vo meerdere rechtsstelsels van toepassing zijn op de vordering van de gelaedeerde tot verkrijging van vergoeding van de schade die in meerdere landen is geleden. Om te voorkomen dat meerdere rechtsstelsels van toepassing zijn kan de eiser een beroep doen op

135 Zie de toelichting van de Commissie bij art. 5 van het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), COM/2003/427 def. COD 2003/168, art. 5.

136 Strikwerda 2005, p. 198; Van der Weide 2008, p. 218.

artikel 6 lid 3 sub b Rome II-Vo. Ingeval de eiser schadevergoeding eist bij het *forum rei* en de markt in verschillende landen beïnvloed wordt, kan de eiser er namelijk op grond van artikel 6 lid 3 sub b Rome II-Vo voor kiezen zijn vordering te gronden op het recht van de rechter van de woonplaats van de laedens (*lex fori laedentis*), mits de markt in die lidstaat een van de markten is die rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloed worden door de beperking van de mededinging waaruit de niet-contractuele verbintenis voortvloeit waarop de vordering is gebaseerd.

Het kan een voordeel zijn dat maar één rechtsstelsel van toepassing is op de vordering tot verkrijging van schadevergoeding (artikel 6 lid 3 sub b Rome II-Vo). Desondanks kan het voor de gelaedeerde soms verstandiger zijn om aparte schadevergoedingsacties in te stellen in de verschillende landen waar de schade is geleden. Indien de gelaedeerde op grond van het recht van de rechter van de woonplaats van de laedens schadevergoeding eist bij het *forum rei* en de vordering omvat schade die in verschillende landen is geleden kunnen zich namelijk de nodige problemen voordoen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de problemen op het gebied van het bewijs van de schade die is ontstaan in de verschillende landen.[137] Zo wijst Basedow op het feit dat het voor de berekening van de geleden schade nodig kan zijn marktonderzoek te laten uitvoeren in de verschillende nationale markten.[138] Tevens kan het voor het bewijs nodig zijn documenten te verkrijgen die in verschillende landen zijn gelokaliseerd (deze documenten dienen vervolgens weer vertaald te worden in de officiële taal van de geadieerde rechter). Ondanks het bestaan van Verordening 1206/2001 (EG-bewijsverordening) bestaan er dan ook nog steeds de nodige verschillen tussen de lidstaten in de nationale stelsels van burgerlijk procesrecht.[139]

Indien de laedens schade heeft veroorzaakt in 27 lidstaten van de EU zou het, ondanks de Rome II-Vo, in de praktijk nog steeds zo kunnen zijn dat er door de gelaedeerden 27 procedures tot verkrijging van schadevergoeding moeten worden ingesteld in 27 verschillende lidstaten. Zowel voor de laedens, de gelaedeerden als de rechterlijke macht is dat vanuit het oogpunt van een efficiënte afwikkeling van mededingingsschade geen ideale uitkomst.

---

137 Vgl. Basedow 2007, p. 250.

138 Basedow 2007, p. 251.

139 Verordening 1206/2001 van de Raad van de Europese Unie van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 2001, L 174/1. Zie Basedow 2007, p. 251 en de daar vermelde literatuur.

10.4.4 Mogelijke praktische problemen met betrekking tot het toepasselijk recht

Bij schendingen van het mededingingsrecht met een grensoverschrijdend karakter kan er voor wat betreft het toepasselijk recht zowel onder de Rome II-Vo als onder de WCOD 'versnippering' ontstaan (met name onder de WCOD, zie § 10.4.2). Met versnippering bedoel ik dat er meerdere rechtsstelsels van toepassing kunnen zijn.

Kortmann is van mening dat bij grensoverschrijdende gevallen waarin partijen in persoon ageren het probleem van de 'versnippering' van het toepasselijk recht in de praktijk niet zo groot is als wel wordt gedacht.[140] Dit komt volgens hem met name omdat onderwerpen zoals hoofdelijkheid, juridische wijze van schadebegroting en bewijsrecht bij schikkingsonderhandelingen zelden aan de orde komen. Dit is echter anders voor wat betreft de vragen over verjaring en wettelijke rente. Zowel de verjaringsregels als de regels met betrekking tot de wettelijke rente zijn alleen al in de lidstaten zeer verschillend. Zo verjaren vorderingen in sommige lidstaten (bijvoorbeeld Italië en Zweden) reeds een aantal jaar na veroorzaking van de schade (zie bijvoorbeeld mijn bespreking van de zaak *Manfredi* in § 7.14.1). Nederland is op dit vlak coulanter met een vijfjarige verjaringstermijn voor de vordering tot schadevergoeding die op grond van artikel 3:310 lid 1 BW pas begint na bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon en in ieder geval verjaart twintig jaar na het ontstaan van de vordering (zie § 7.14).[141] Naast de verjaringsregels is ook het recht op de wettelijke rente in de verschillende lidstaten anders geregeld. Er zijn landen waar het recht op wettelijke rente pas ontstaat op het moment van aanzegging. In Nederland is de wettelijke rechte verschuldigd vanaf het moment van het ontstaan van de vordering (zie § 7.11). Daarnaast is Nederland een uitzondering in de EU nu de wettelijke rente hier op grond van artikel 6:119 lid 2 BW niet enkelvoudig maar samengesteld wordt berekend.[142] Bij een enkelvoudige berekening wordt de rente berekend van datum Y tot en met datum Z. De hoofdsom blijft gedurende die periode gelijk. Samengestelde rente houdt in dat feitelijk rente over rente wordt berekend, nu bij het berekenen van de rente de rente na een jaar wordt opgeteld bij de hoofdsom. Vanaf dat moment wordt er over het nieuwe bedrag rente berekend, totdat er weer een jaar is verstreken, waarna de rente weer bij de hoofdsom wordt opgeteld.

Kortmann wijst op het feit dat deze verschilpunten in de praktijk goed zijn te verdisconteren in een individuele (schikkings)regeling. Bij grensoverschrijdende gevallen waarin een belangenorganisatie een groot aantal partijen

140 Kortmann 2007.

141 Kortmann wijst daarbij nog op het feit dat 'Nederlandse verjaringstermijnen relatief "zacht" zijn', waarmee hij doelt op de verlengingsgronden en de eventuele correctie op grond van de redelijkheid en billijkheid.

142 Kortmann 2007.

vertegenwoordigt, is de versnippering in de praktijk problematischer en zal deze in de weg kunnen staan aan een minnelijke oplossing.[143] Zie hiervoor § 10.4.9.1.

10.4.5 EVO

10.4.5.1 Inleiding

Voor de bepaling van het recht dat van toepassing is op een kartelovereenkomst of een overeenkomst met een partij die misbruik maakt van een economische machtspositie dient gekeken te worden naar het EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO).[144] Het EVO zal eind 2009 worden vervangen door de Rome I-Vo.[145] De Rome I-Vo zal op grond van artikel 28 Rome I-Vo van toepassing zijn op overeenkomsten die na 17 december 2009 zijn gesloten. Zie voor de Rome I-Vo mijn bespreking in § 10.4.6.

10.4.5.2 Formeel en materieel toepassingsgebied

Op grond van artikel 2 EVO heeft het verdrag een universeel formeel toepassingsgebied. Het materieel toepassingsgebied wordt in artikel 1 EVO geregeld. Artikel 1 EVO bepaalt dat de bepalingen van het verdrag van toepassing zijn op verbintenissen uit overeenkomst in gevallen waarbij uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen. Het verdrag is dus van toepassing op overeenkomsten die een internationaal karakter hebben. In artikel 1 EVO worden ook de onderwerpen genoemd die buiten het materiële toepassingsgebied vallen, zoals bijvoorbeeld de overeenkomst tot arbitrage.

10.4.5.3 Verwijzingsregels

In artikel 3 EVO is de hoofdregel van de verwijzingsregeling neergelegd. Op grond van artikel 3 van het EEG-Verdrag betreffende het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO) staat een rechtskeuze voorop.

---

143 Kortmann 2007.

144 EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *PbEG* 23 1980, L 266/1, *Trb*. 1980, 156.

145 Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6. Zie ook het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), COM (2005) 650 def. Zie ook Groenboek over de omzetting van het verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in een communautair instrument, alsmede over de modernisering ervan, COM (2002) 654 def.

Indien geen rechtskeuze is gemaakt, wordt de (kartel)overeenkomst op grond van artikel 4 EVO beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst is verbonden. Op grond van artikel 4 lid 2 EVO wordt de overeenkomst vermoed het nauwst verbonden te zijn met het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie moet verrichten ten tijde van het sluiten van de overeenkomst haar gewone verblijfplaats of hoofdbestuur heeft. Ingeval de overeenkomst in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de partij wordt gesloten, dient gekeken te worden naar het land waar zich de hoofdvestiging bevindt. Mocht zich het geval voordoen dat de prestatie op grond van de overeenkomst door een andere vestiging dan de hoofdvestiging dient te worden verricht, dan dient gekeken te worden naar het land waar zich de andere vestiging bevindt. In sommige gevallen zal de kenmerkende prestatie (in het algemeen is dit de prestatie die niet bestaat uit het betalen van een geldsom, maar uit de daartegenoverstaande verplichting) niet zijn vast te stellen. Zo zal de kenmerkende prestatie bijvoorbeeld niet zijn vast te stellen bij een horizontale kartelafspraak (een afspraak op hetzelfde niveau van de distributieketen) tussen twee of meer leveranciers van goederen en/of diensten. Indien niet is vast te stellen wat de kenmerkende prestatie is, dan dient te worden teruggevallen op het uitgangspunt van artikel 4 lid 5 EVO en dient het recht van de nauwste band te worden toegepast. Dit geldt ook indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land.[146]

Naast deze verwijzingsregels gelden voor een aantal specifieke onderwerpen (bijvoorbeeld overeenkomsten betreffende zakelijke rechten of gebruiksrechten op onroerende zaken en overeenkomsten tot vervoer van goederen) nog aanvullende of afwijkende regels.[147] In het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zullen deze aanvullende of afwijkende verwijzingsregels die van toepassing zijn op een aantal specifieke onderwerpen, gewoonlijk geen grote rol spelen. Dit zal alleen anders kunnen zijn indien er verboden mededingingsbeperkende bepalingen zijn opgenomen in overeenkomsten met betrekking tot een van deze specifieke onderwerpen

146 De Hoge Raad pleit in dit opzicht voor een terughoudende toepassing van art. 4 lid 5 EVO. Zie HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 750 *(Balenpers)*.

147 Zo geldt bij overeenkomsten betreffende zakelijke rechten of gebruiksrechten op onroerende zaken het vermoeden dat deze het nauwst zijn verbonden met het recht van het land van ligging (art. 4 lid 3 EVO). Het vermoeden van lid 2 geldt bovendien niet voor overeenkomsten tot vervoer van goederen (art. 4 lid 4 EVO). Er bestaan ook speciale conflictregels voor consumentenovereenkomsten (art. 5 EVO) en arbeidsovereenkomsten (art. 6 EVO). Verzekeringsovereenkomsten waarin risico's worden gedekt die op het grondgebied van de EG zijn gelegen, vallen buiten het materieel toepassingsgebied van het EVO. Zie Strikwerda 2005, nr. 176. Op de in het EVO uitgesloten verzekeringsovereenkomsten zijn Europese richtlijnen van toepassing, zie voor een uitvoering van deze richtlijnen de Wet conflictenrecht Schadeverzekering (Wet van 7 juli 1993, *Stb*. 1993, 392 (oorspronkelijk 18 april 1991, *Stb*. 1991, 300)) en de Wet conflictenrecht Levensverzekering (Wet van 23 december 1992, *Stb*. 1993, 16).

(denk bijvoorbeeld aan een verboden mededingingsbeperkende restrictie in een vervoersovereenkomst of een verboden mededingingsbeperkende restrictie in een overeenkomst betreffende een gebruiksrecht op een onroerende zaak).

10.4.6 Rome I-Vo

10.4.6.1 Inleiding

Op grond van artikel 65 jo 67 EG is reeds geruime tijd gewerkt aan de herziening en omzetting van het EVO in een nieuwe verordening (Rome I-Vo). 17 juni 2008 is de uiteindelijke Rome I-Vo vastgesteld. Zoals reeds opgemerkt in § 10.4.5.1 zal de Rome I-Vo van toepassing zijn op overeenkomsten die na 17 december 2009 zijn gesloten. Voor de bepaling van het recht dat van toepassing is op een na 17 december 2009 gesloten kartelovereenkomst of overeenkomst met een partij die misbruik maakt van een economische machtspositie dient gekeken te worden naar de Rome I-Vo. Het EVO is dan alleen nog van belang voor Denemarken en het Verenigd Koninkrijk.[148] Ierland heeft aangegeven dat het wel wenst deel te nemen aan de aanneming en toepassing van de Rome I-Vo.[149]

10.4.6.2 Formeel en materieel toepassingsgebied

Op grond van artikel 2 heeft de Rome I-Vo een universeel formeel toepassingsgebied. Het materieel toepassingsgebied wordt in artikel 1 Rome I-Vo geregeld. Artikel 1 Rome I-Vo bepaalt dat de verordening van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken, in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen. De Rome I-Vo is dus, evenals het EVO, van toepassing op overeenkomsten die een internationaal karakter hebben. In artikel 1 Rome I-Vo worden ook de onderwerpen genoemd die buiten het materiële toepassingsgebied vallen, zoals bijvoorbeeld de overeenkomst tot arbitrage.

10.4.6.3 Verwijzingsregels

In artikel 3 Rome I-Vo is de hoofdregel van de verwijzingsregeling neergelegd. Op grond van artikel 3 Rome I-Vo staat een rechtskeuze voorop. Indien geen

148 De grondgebieden van de lidstaten die onder de territoriale werkingssfeer van het EVO vallen en waarop de Rome I-Vo niet van toepassing is overeenkomstig art. 299 EG. Zie art. 24 lid 1 Rome I-Vo. Zie ook de considerans van de Rome I-Vo., nrs. 44, 45 en 46. Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland hebben bij het Verdrag van Amsterdam een uitzonderingspositie bedongen ten aanzien van communautaire maatregelen op het gebied van het IPR.

149 Zie ook de considerans bij de Rome I-Vo, nr. 44.

rechtskeuze is gemaakt, worden in artikel 4 van de Rome I-Vo een aantal specifieke verwijzingsregels gegeven voor de verkoop van roerende zaken, de overeenkomst inzake dienstverlening, de overeenkomst die een zakelijk recht op een onroerend goed of de huur van een onroerend goed tot onderwerp heeft, de franchiseovereenkomst, de distributieovereenkomst, de overeenkomst met betrekking tot de veiling van goederen en de overeenkomst die overeenkomstig niet-discretionaire regels is gesloten in het kader van een multilateraal systeem dat meerdere koop- en verkoopintenties van derden met betrekking tot financiële instrumenten in de zin van artikel 4, lid 1, punt 17, van Richtlijn 2004/39/EG samenbrengt of het samenbrengen daarvan vergemakkelijkt en die wordt beheerst door één recht.

Indien de (kartel)overeenkomst niet onder een van de zojuist in artikel 4 lid 1 Rome I-Vo genoemde gevallen valt of de bestanddelen van de overeenkomst onder meer dan een van de gevallen van artikel 4 lid 1 Rome I-Vo vallen, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst moet verrichten, haar gewone verblijfplaats heeft. Zie voor de kenmerkende prestatie van de (kartel)overeenkomst § 10.4.5.3. Indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan het in artikel 4 lid 1 of lid 2 Rome I-Vo bedoelde land, is het recht van dat andere land van toepassing. Indien het toepasselijke recht niet overeenkomstig artikel 4 lid 1 of lid 2 (kenmerkende prestatie) Rome I-Vo kan worden vastgesteld, wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is.

Naast deze verwijzingsregels gelden voor een aantal specifieke onderwerpen nog aanvullende of afwijkende regels. Het betreft vervoersovereenkomsten (artikel 5 Rome I-Vo), consumentenovereenkomsten (artikel 6 Rome I-Vo), verzekeringsovereenkomsten (artikel 7 Rome I-Vo) en individuele arbeidsovereenkomsten (artikel 8 Rome I-Vo). In het kader van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zullen deze aanvullende of afwijkende verwijzingsregels die van toepassing zijn op een aantal specifieke onderwerpen alleen een rol kunnen spelen indien er verboden mededingingsbeperkende bepalingen zijn opgenomen in overeenkomsten die betrekking hebben op een van deze specifieke onderwerpen (denk bijvoorbeeld aan een verboden mededingingsbeperkende restrictie in een vervoersovereenkomst).

10.4.7 Weens Koopverdrag

Het Weens Koopverdrag bevat geen conflictregels maar materieel kooprecht voor internationale koopovereenkomsten. Dit verdrag is op grond van artikel 1 Weens Koopverdrag (WK) van toepassing op koopovereenkomsten betreffende roerende zaken tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn wanneer de staten verdragsluitende staten zijn of wanneer volgens de regels

van internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is. Het feit dat de partijen hun vestigingen in verschillende staten hebben, dient buiten beschouwing te worden gelaten wanneer zulks niet blijkt uit de overeenkomst, of uit transacties tussen dan wel uit informatie verstrekt door de partijen te eniger tijd voor of bij het sluiten van de overeenkomst. Voor de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag is op grond van artikel 1 lid 3 WK zonder belang welke nationaliteit de partijen hebben, of zij kooplieden zijn en of de overeenkomst burgerrechtelijk (bedoeld zal zijn burgerlijkrechtelijk) dan wel handelsrechtelijk van aard is.

De vraag is of het Weens Koopverdrag van belang is bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het verdrag zal alleen van belang kunnen zijn bij een partieel nietige kartelovereenkomst die tevens gekwalificeerd kan worden als een koopovereenkomst betreffende roerende zaken (tussen partijen die in verschillende staten gevestigd zijn wanneer de staten verdragsluitende staten zijn of wanneer volgens de regels van internationaal privaatrecht het recht van een verdragsluitende staat van toepassing is).[150] Het verdrag heeft op grond van artikel 4 WK geen betrekking op de geldigheid van de overeenkomst of van de daarin vervatte bedingen.[151] Mocht een kartelovereenkomst partieel nietig zijn op grond van strijd met artikel 81 EG of artikel 6 Mw, dan kan op grond van artikel 4 WK de geldigheid van het restant van de overeenkomst niet aan de hand van het Weens Koopverdrag worden vastgesteld. De vraag wat de effecten zijn van de partieel nietige overeenkomst dient beoordeeld te worden naar het nationaal recht waar het EVO (na 17 december 2009 de Rome I-Vo) naar verwijst.[152]

---

150 Het Weens Koopverdrag geeft geen definitie van het begrip 'koopovereenkomst'. Desondanks kan de omschrijving van het begrip 'koopovereenkomst' indirect worden afgeleid uit de bepalingen die de verplichtingen van de verkoper (art. 30 WK) en de koper (art. 53 WK) uiteenzetten. De koopovereenkomst is volgens deze bepalingen een overeenkomst waarbij de verkoper de zaken moet afleveren, zo nodig de documenten moet afgeven en de eigendom van de zaken moet overdragen. De koper is verplicht de koopprijs te betalen en de zaken in ontvangst te nemen. Zie Schlechtriem & Schwenzer 2005, art. 1, § 14.

151 Zie Schlechtriem & Schwenzer 2005, art. 4, nr. 7. Het begrip 'geldigheid' of '*validity*' dient niet te worden beoordeeld naar het woordgebruik zoals wordt gehanteerd en geïnterpreteerd in het nationaal recht. De functies van de desbetreffende regels en bepalingen zijn beslissend voor de bepaling of het een regel of bepaling betreft die betrekking heeft op de geldigheid van de overeenkomst. De autonome interpretatie van het begrip 'geldigheid' wordt geregeld door art. 7 van het Weens Koopverdrag. Zie ook Honnold 1999; Schlechtriem & Schwenzer 2004, art. 4.

152 Een aanvullende internationale conventie betreffende de geldigheid van overeenkomsten die vallen onder het Weens Koopverdrag heeft niet veel vooruitgang geboekt. Zie de *UNIDROIT-Draft of a Law for the Unification of Certain Rules relating to Validity of Contracts of International Sale of Goods*, 1972, UNCITRAL-Yearbook VIII (1977), p. 104 e.v.; vgl. UNCITRAL-Yearbook VIII (1977), p. 91 e.v., nr. 8 e.v. Zie Schlechtriem & Schwenzer 2005, art. 4, nr. 10, 4. Het hoofdstuk over 'geldigheid' of '*validity*' in de *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts* is duidelijk geïnspireerd op de *UNIDROIT-Draft of a Law for the Unification of Certain Rules relating to Validity of Contracts of International Sale of Goods*.

Op grond van artikel 8 lid 1 EVO (artikel 10 lid 1 Rome I-Vo) worden het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan beheerst door het recht dat ingevolge het EVO (na 17 december 2009 de Rome I-Vo) toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn (een zogenaamde Baron von Münchhausen constructie).[153] Daarbij dient op grond van artikel 7 EVO (artikel 9 Rome I-Vo) rekening te worden gehouden met mogelijke voorrangsregels van mededingingsrecht (zowel derdelands voorrangsregels als voorrangsregels van de *lex fori*). Zie § 10.4.8.

10.4.8 Voorrangsregels en *scope-rules*

Bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kunnen voorrangsregels een rol spelen (zowel derdelands voorrangsregels als voorrangsregels van de *lex fori*). Voorrangsregels zijn regels van semipubliekrecht. In het kader van het onderhavige object van studie betreft het met name voorschriften die in de privaatrechtelijke rechtsverhouding ingrijpen (*Eingriffsnormen*). Dit ingrijpen is niet primair ter bescherming van private belangen, maar ter bescherming van publieke belangen.[154] Hierbij denk ik in het kader van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht met name aan de regels betreffende de nietigheid van een in strijd met het kartelverbod gesloten overeenkomst zoals neergelegd in artikel 81 lid 2 EG en artikel 6 lid 2 Mw.

Iedere voorrangsregel kent zijn eigen *scope-rule*. De *scope-rule* is een eenzijdige conflictregel die aangeeft wat het internationale toepassingsbereik van de wettelijke regeling is. Zie voor wat betreft het internationale toepassingsbereik van het Europees en Nederlands mededingingsrecht mijn bespreking in § 1.4.2. De Nederlandse rechter is uiteraard gebonden aan de *scope-rules* die de Nederlandse of Europese wetgever aan zijn wettelijke regelingen verbindt. De Nederlandse rechter is dan ook gebonden aan de regels van Europees en Nederlands mededingingsrecht indien bijvoorbeeld een kartelovereenkomst binnen de Gemeenschap of Nederland ten uitvoer wordt gelegd (§ 1.4.2). Het feit dat bijvoorbeeld Amerikaans recht (althans het recht van een deelstaat) van toepassing is op grond van de verwijzingsregel doet niet ter zake.

Omgekeerd geldt hetzelfde als op grond van de verwijzingsregel Nederlands recht van toepassing is op een overeenkomst die alleen ten uitvoer wordt gelegd in de Verenigde Staten. Het Europese en Nederlandse mededingingsrecht is dan als voorrangsregel niet van toepassing omdat het buiten het door

153 De Duitse edelman Karl Friedrich Hieronymus Baron von Münchhausen (1720-1797) zou zichzelf aan zijn eigen haren uit een moeras kunnen trekken. In latere versies van de verrassende avonturen van Baron von Münchhausen werd verteld dat hij zich niet aan zijn haren maar aan zijn laarzenstroppen (de lusjes aan zijn laarzen) omhoog trok.

154 Strikwerda 2005, nr. 81.

de *scope-rule* aangegeven toepassingsgebied valt.[155] Aan vreemde *scope-rules* is de Nederlandse rechter formeel niet gebonden. Denk aan de mededingingsregels van een vreemd land (land X) die voorschrijven dat de mededingingsregels van land X van toepassing zijn op kartelovereenkomsten die in Nederland ten uitvoer worden gelegd. De vreemde *scope-rule* kan de Nederlandse rechter niet vrijstellen van zijn taak om op grond van het Nederlandse conflictenrecht zelf te onderzoeken of de mededingingsregels van land X naar inhoud en strekking behoren te worden toegepast tegen de *lex causae* (bijvoorbeeld Nederlands recht) in of dat de mededingingsregels van land X buiten toepassing blijven.

In artikel 7 lid 1 EVO is bepaald dat bij de toepassing ingevolge het EVO van het recht van een bepaald land gevolg kan worden toegekend aan de dwingende bepalingen van het recht van een ander land waarmede het geval nauw is verbonden, indien en voor zover deze bepalingen volgens het recht van dit laatstgenoemde land toepasselijk zijn, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst (derdelands voorrangsregels).[156] Bij derdelands voorrangsregels valt bijvoorbeeld te denken aan de nationale mededingingsregels van een ander land (al dan niet een lidstaat van de EU). Indien Nederlands recht de overeenkomst beheerst, kan op grond van artikel 7 lid 1 EVO onder bepaalde omstandigheden gevolg worden toegekend aan het nationale mededingingsrecht (denk aan mogelijke nietigheidssancties) van een ander land.

In artikel 9 lid 1 Rome I-Vo staat een soortgelijke derdelands voorrangsregel. Bepalingen van bijzonder dwingend recht worden in de Rome I-Vo omschreven als bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie (denk aan de regels van mededingingsrecht), dat zij moet worden toegepast op elk geval dat onder de werkingssfeer ervan valt, ongeacht welk recht overeenkomstig de Rome I-Vo overigens van toepassing is op de overeenkomst.

Naast de derdelands voorrangsregels (artikel 7 lid 1 EVO en artikel 9 lid 1 Rome I-Vo) bestaan ook de voorrangsregels van de *lex fori* (artikel 7 lid 2 EVO en artikel 9 lid 2 Rome I-Vo). Het EVO laat de toepassing van de bepalingen van het recht van het land van de rechter die, ongeacht het op de overeenkomst toepasselijke recht, het geval dwingend beheersen onverlet.[157] Dit brengt met zich mee dat het EVO de nietigheid die voortvloeit uit het kartel-

155 Vgl. Strikwerda 2005, nr. 83.

156 Bij de beslissing of aan deze dwingende bepalingen gevolg moet worden toegekend, dient rekening te worden gehouden met hun aard en strekking, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing van deze bepalingen zouden voortvloeien aldus art. 7 lid 1 EVO.

157 Voorrangsregels van de *lex fori* zijn bevoorrecht ten opzichte van derdelands voorrangsregels. Voorrangsregels van de *lex fori* zijn reeds van toepassing indien zij het geval dwingend beheersen. Derdelands voorrangsregels moeten tevens voldoen aan de in art. 7 lid 1 EVO gestelde eisen. Zie Strikwerda 2005, nr. 82.

verbod zoals neergelegd in artikel 6 lid 2 Mw of artikel 81 lid 2 EG onverlet laat, ook al is de overeenkomst op grond van het vreemde recht niet nietig. De Rome I-Vo bevat een zelfde soort bepaling voor de voorrangsregels van de *lex fori*. In artikel 9 lid 2 Rome I-Vo is bepaald dat niets in de Rome I-Vo de toepassing beperkt van de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de rechter bij wie de zaak aanhangig is. Bij de bepalingen van bijzonder dwingend recht kan gedacht worden aan artikel 6 lid 2 Mw. Artikel 81 lid 2 EG noem ik hier bewust niet omdat het primaire gemeenschapsrecht (het EG-Verdrag) van hogere orde is dan het secundaire gemeenschapsrecht (de Rome I-Vo). De Rome I-Vo kan de toepassing van artikel 81 lid 2 EG dan ook per definitie niet beperken (alhoewel de directe werking van artikel 81 lid 3 EG afhankelijk is van Verordering 1/2003 omdat de *founding fathers* van het EG-Verdrag geen heldere keuze hebben gemaakt, zie § 5.4.7).

In artikel 23 Rome I-Vo is nog bepaald dat de Rome I-Vo de toepassing van de in de bepalingen van het Gemeenschapsrecht vervatte en op bepaalde gebieden geldende regels inzake het toepasselijk recht op verbintenissen uit overeenkomst onverlet laat (uitgezonderd artikel 7 Rome I-Vo). In de verhouding met de nietigheidssanctie van artikel 81 lid 2 EG is deze bepaling niet relevant omdat het primair gemeenschapsrecht (artikel 81 lid 2 EG) van hogere orde is dan het secundair gemeenschapsrecht (de Rome I-Vo).

10.4.9 Massaclaims

10.4.9.1 Materieel toepasselijk recht

Collectieve acties kunnen in Nederland worden ingesteld via artikel 3:305a BW. Een dergelijke collectieve actie kan echter niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld (zie hoofdstuk 8). Naast de collectieve actie bestaat naar Nederlands recht ook een 'class settlement' waarin de WCAM voorziet.

De onderliggende aansprakelijkheidsverhouding tussen de gelaedeerden en de laedens wordt beheerst door het recht dat op grond van de zojuist in § 10.4 besproken regels van internationaal privaatrecht van toepassing is op de aansprakelijkheidsverhouding die ontstaan is wegens een grensoverschrijdende schending van het mededingingsrecht. Zo dient voor de buitencontractuele aansprakelijkheid te worden gekeken naar de WCOD en de Rome II-Vo (vanaf 2009). Voor de contractuele aansprakelijkheid dient te worden gekeken naar het EVO en vanaf eind 2009 naar de Rome I-Vo als opvolger van het EVO.

Het zal bij grensoverschrijdende overtredingen van het mededingingsrecht nog niet eenvoudig zijn een 'class settlement' op grond van de WCAM tot stand te brengen. De door een Nederlandse stichting of vereniging gesloten overeenkomst zal voldoende representatief moeten zijn voor buitenlandse gelaedeer-

den.[158] Indien de belangenorganisatie wel voldoende representatief wordt geacht dient zich nog een ander probleem aan. De toetsing van de redelijkheid van de schikking zal per toepasselijk rechtsstelsel vastgesteld dienen te worden. Wegens de verschillen in rechtsstelsels doet zich hierbij de complicatie voor dat wat voor de één redelijk is (denk bijvoorbeeld aan het door Kortmann gebruikte voorbeeld van een gelaedeerde wiens vordering naar toepasselijk recht deels is verjaard), dat niet zonder meer voor de ander ook is (denk bijvoorbeeld aan een gelaedeerde wiens vordering naar toepasselijk recht niet is verjaard).[159]

Naast het recht dat van toepassing is op de onderliggende aansprakelijkheidsverhouding dient gekeken te worden naar het recht dat van toepassing is op de mogelijke collectieve regeling. Bij de Nederlandse WCAM-procedure zal dat het recht zijn dat van toepassing is op de overeenkomst tussen de belangenbehartiger en de schadeveroorzaker. Bij een collectieve actie of een (buitenlandse) *class action* zal dat een schikking kunnen zijn tussen de betrokken procespartijen. Indien partijen geen rechtskeuze hebben gemaakt (artikel 3 EVO), wordt de collectieve regeling op grond van artikel 4 EVO beheerst door het recht van de nauwste band.[160] De kenmerkende prestatie bij een dergelijke collectieve regeling is de schadeloosstelling van de gelaedeerden, zodat het recht van het land waar de laedens zijn hoofdbestuur heeft het toepasselijke recht is. Polak wijst nog op de mogelijkheid om de collectieve regeling via artikel 4 lid 5 EVO accessoir aan te knopen bij het recht dat de onderliggende aansprakelijkheidsverhouding beheerst.[161] Zodra de collectieve regeling invloed heeft op de materieelrechtelijke positie van de gelaedeerden, dient aan de hand van het recht dat de onderliggende aansprakelijkheidsverhouding beheerst (de *lex causae*), beoordeeld te worden of de collectieve regeling aanvaardbaar is.[162] Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het bepalen van de groep personen die onder de collectieve regeling valt en het bepalen welke gevallen nu precies wel en welke niet onder de collectieve regeling vallen. Het recht dat de onderliggende aansprakelijkheidsverhouding beheerst, is voor deze beoordeling doorslaggevend als gevolg van het feit dat het recht dat de collectieve regeling beheerst de rechten van de gelaedeerden niet kan aantasten.[163]

---

158 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 7, p. 3. Zie over de representativiteitseis en de betrokkenheid van buitenlandse gelaedeerden bij de schikkingsovereenkomst uitgebreider Poot 2006, p. 187-190.

159 Kortmann 2007.

160 Ingeval geen contractuele regeling bestaat, dient niet gekeken te worden naar het EVO, maar naar het ongeschreven IPR. De mogelijkheid om een rechtskeuze te maken vloeit voort uit HR 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3 m.nt. HB *(Alnati)*. Zie Polak 2006, p. 2352.

161 Polak 2006, p. 2352-2353.

162 Polak 2006, p. 2353.

163 Polak 2006, p. 2353.

10.4.9.2 Formeel toepasselijk recht

De processuele apecten van een massaclaim worden beheerst door de *lex fori processus*. Er is bij een massaclaim geen reden om af te wijken van de regel dat de wijze van geschillenbeslechting wordt beheerst door het procesrecht van de aangezochte rechter.[164] Polak heeft de aspecten bij een massaclaim die beheerst worden door de *lex fori processus* in kaart gebracht. Hij acht het procesrecht van de aangezochte rechter van toepassing op:[165]

> '(i) De wijze van rechtsingang, het te volgen procesmodel en de wijze van procesvoering;
> (ii) De ontvankelijkheid van de eisers/verzoekers in hun collectieve vordering/verzoek en de daarmee verband houdende wijze van vaststelling van de vereiste mate van representativiteit van de eisers in een class action respectievelijk de belangenbehartiger(s) in een WCAM-procedure ten opzichte van de benadeelden die door de collectieve actie gebonden zullen raken:
> (iii) De wijze van oproeping van de benadeelden;
> (iv) De taken en bevoegdheden alsmede de processuele rechten en verplichtingen van (a) rechter, (b) procespartijen, (c) getuigen, en (d) deskundigen;
> (v) De wijze van totstandkoming van de rechterlijke uitspraak dan wel de schikking;
> (vi) De mogelijkheid en de wijze van aanwending van rechtsmiddelen; en
> (vii) De omvang van het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak dan wel de reikwijdte van de schikking (…).'

Bij de Nederlandse WCAM-procedure dienen voor de processuele aspecten dan ook de artikelen 1013 Rv en volgende over de rechtspleging in zaken betreffende de verbindendverklaring van overeenkomsten strekkende tot collectieve schadeafwikkeling te worden gevolgd. Buitenlandse gelaedeerden kunnen ook onder de WCAM-procedure vallen zodat de verbindendverklaring, ingeval de belangenbehartiger voldoende representatief is, ook voor buitenlandse gelaedeerden van toepassing is.[166] Daarbij moet niet worden vergeten dat naast het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook de Betekeningsverordening en de Bewijsverordening, respectievelijk het Betekeningsverdrag en Bewijsverdrag dienen te worden toegepast.[167]

---

164 Polak 2006, p. 2351.

165 Polak 2006, p. 2351-2352.

166 Polak 2006, p. 2352. Zie ook de daar reeds vermelde verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis van de WCAM-procedure. Zie onder andere *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 414, nr. 3, p. 15 e.v. (MvT); *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 414, nr. 6, p. 3 (Verslag II); *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 414, nr. 7, p. 3, 7 en 8 (NV II). Zie ook *Handelingen II* 2004/2005, nr. 10, p. 502, 504, 507 en 509.

167 Verordening 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van de bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 2001, L 174/1; Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken, 's-Gravenhage 18 maart 1970, *Trb*. 1969, 94 en *Trb*. 1979, 38; Verordening 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening

De oproeping van bekende buitenlandse benadeelden geschiedt per gewone brief (zoals ook met binnenlandse benadeelden het geval is) of volgens de internationale regels die van toepassing zijn.[168] De juiste wijze van oproeping van buitenlandse benadeelden kan bij de WCAM-procedure nog de nodige problemen met zich meebrengen en is van groot belang voor de erkenning van de WCAM-beschikking.[169] Met name bij onbekende buitenlandse benadeelden is er een reëel gevaar dat zij zonder adequate berichtgeving niet tijdig op de hoogte zijn van de beschikking en zich als gevolg van het verstrijken van de *opt-out* termijn niet meer kunnen onttrekken aan de WCAM-beschikking.[170] Het recht op toegang tot de rechter zoals is gewaarborgd in artikel 6 EVRM zou daarmee in het gedrang komen. De buitenlandse rechter zou in een dergelijk geval erkenning van de verbindendverklaring kunnen weigeren op grond van strijd met de openbare orde.[171]

10.5 Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen

10.5.1 Inleiding

Indien de Franse of Duitse rechter een bepaalde gedraging van een onderneming in strijd acht met het mededingingsrecht, doet zich de vraag voor wat de betekenis van een dergelijke uitspraak is voor de Nederlandse rechtsorde. Omgekeerd doet zich, ingeval de Nederlandse rechter een bepaalde gedraging van een onderneming in strijd acht met het mededingingsrecht, de vraag voor wat de betekenis van een dergelijke uitspraak is voor de Franse of Duitse rechtsorde. Het betreffen vragen die zich voordoen op het gebied van de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen. Het internationale erkennings- en executierecht is voor een belangrijk deel verdragenrecht en verordeningsrecht.[172] Op het gebied van de erkenning en tenuitvoerlegging van mededingingsrechtelijke uitspraken in de EU speelt de EEX-Vo een belangrijke rol. De EEX-Vo heeft, naast het geven van een uitputtende en systematische regeling van het internationaal bevoegdheidsrecht, als doel het

---

en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* 2000, L 160/37; Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken, 's-Gravenhage 15 november 1965, *Trb.* 1966, 91 & *Trb.* 1969, 55.

168 Poot 2006, p. 200.

169 Zie over de oproeping van buitenlandse benadeelden bij de WCAM-procedure Poot 2006, p. 190-193.

170 Poot 2006, p. 192.

171 Poot 2006, p. 196

172 Vgl. Strikwerda 2005, nr. 260.

vrij verkeer van vonnissen in de EU vorm te geven.[173] Erkenning en tenuitvoerlegging in mededingingszaken hangt samen met de vraag of er in de EU een vrij verkeer van rechterlijke uitspraken bestaat, zoals er ook vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal bestaat.

De Verordening tot invoering van een Europese Executoriale Titel (EET-Vo) biedt een alternatieve regeling naast de exequatur regeling in de EEX-Vo.[174] De EET-Vo beperkt zich echter op grond van artikel 6 EET-Vo tot beslissingen die betrekking hebben op niet-betwiste schuldvorderingen.[175] De EET-Vo stelt minimumnormen vast om het vrije verkeer van beslissingen, gerechtelijke schikkingen en authentieke akten voor niet-betwiste schuldvorderingen te verzekeren. Onder de EET-Vo is het exequatur afgeschaft en gebeuren de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen die in een andere lidstaat zijn gegeven automatisch, zonder intermediaire procedure of gronden tot weigering van de tenuitvoerlegging. Een met een Europese Executoriale titel gewaarmerkte beslissing kan in alle lidstaten (uitgezonderd Denemarken) zonder tussenkomst van de erkenningsrechter ten uitvoer worden gelegd.[176] De EET-Vo zal, gelet op de beperking van het toepassingsgebied tot niet-betwiste schuldvorderingen, bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht geen rol van betekenis spelen en komt dan ook niet verder aan bod.[177]

Ik bespreek in de nu volgende paragrafen de voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht meest relevante erkennings- en tenuitvoerleggingsregelingen. Ik begin met een korte bespreking van de minimum-

173 Strikwerda 2005, nr. 275. Zie over het vrij verkeer van vonnissen in Europa: Andenas e.a. 2005.

174 Verordening 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PbEU* 2004, L 143/15.

175 In art. 3 EET-Vo wordt het begrip 'niet-betwiste geldvorderingen' nader gedefinieerd. Art. 3 luidt: 'Een schuldvordering wordt als niet-betwist beschouwd indien: a) de schuldenaar uitdrukkelijk met de schuldvordering heeft ingestemd door het bestaan van de schuld te erkennen door middel van een schikking die door een gerecht is goedgekeurd of die in de loop van de gerechtelijke procedure voor een gerecht is getroffen; of b) de schuldenaar zich niet, overeenkomstig de toepasselijke vormvoorschriften volgens het recht van de lidstaat van oorsprong, in de loop van de gerechtelijke procedure tegen de schuldvordering heeft verweerd; of c) de schuldenaar tijdens de terechtzitting over de schuldvordering niet is verschenen of was vertegenwoordigd, nadat hij die schuldvordering in de loop van de procedure aanvankelijk had betwist, op voorwaarde dat deze handelwijze volgens het recht van de lidstaat van oorsprong gelijkstaat met een stilzwijgende erkenning van de schuldvordering of van de door de schuldeiser beweerde feiten; of d) de schuldenaar bij authentieke akte uitdrukkelijk de schuldvordering heeft erkend.' Zie voor een (tamelijk kritische) beoordeling van art. 3 lid 1 sub c EET-Vo: Zilinsky 2005, p.149-150.

176 Denemarken neemt een bijzondere positie in als gevolg van een protocol bij het Verdrag van Amsterdam. Denemarken heeft een algemeen voorbehoud gemaakt met betrekking tot op titel IV EG gebaseerde regelingen. Zie de considerans bij Verordening 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PbEU* 2004, L 143/15, punt 25.

177 Zie voor een nadere beschrijving van de EET-Vo: Zilinsky 2005.

vereisten voor erkenning onder het commune recht en de tenuitvoerlegging onder het commune recht. Vervolgens zal ik de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-Vo bespreken.

10.5.2 Erkenning en tenuitvoerlegging onder het commune recht

10.5.2.1 Erkenning

De Nederlandse rechter is volgens het commune recht in beginsel vrij in elke individuele zaak te beoordelen of en in hoeverre gezag aan een vreemd vonnis dient te worden toegekend.[178] Een vreemd vonnis wordt in het algemeen erkend ingeval aan drie minimumvereisten is voldaan.[179]

In de eerste plaats dient de buitenlandse rechter bevoegd te zijn geweest om van de zaak kennis te nemen. De vreemde rechter dient zijn rechtsmacht te hebben aangenomen op een internationaal algemeen aanvaarde grond (het Nederlands internationaal bevoegdheidsrecht of het internationaal bevoegdheidsrecht van de vreemde rechter speelt dus geen rol bij deze toets).[180]

In de tweede plaats dient het vreemde vonnis tot stand te zijn gekomen na een behoorlijke rechtspleging (waarbij het eigen recht dienst doet als maatstaf).

In de derde plaats mag het buitenlands vonnis niet in strijd zijn met de openbare orde. Strikwerda wijst daarbij op het feit dat de openbare orde slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden ingezet tegen de erkenning van een vreemd vonnis.[181]

Indien niet aan deze drie cumulatieve eisen wordt voldaan, wordt het vreemde vonnis niet erkend.[182]

10.5.2.2 Tenuitvoerlegging

De tenuitvoerleggingregeling onder het commune recht wordt beheerst door artikel 431 Rv. Een buitenlands veroordelend vonnis kan zonder wet of verdrag niet in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Het feit dat het vonnis wel voor erkenning in aanmerking komt doet hier niet aan af. De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk die een buitenlands veroordelend vonnis in de hand heeft, zal de zaak opnieuw bij de Nederlandse rechter moeten aanbrengen om een executoriale titel te verwerven. Indien aan de drie bovenstaande eisen

178 HR 26 januari 1996, *NJ* 1997, 258 m.nt. ThMdB *(afgewezen echtscheidingsvordering)*. Zie Strikwerda 2005, nr. 270.
179 Zie voor een heldere en bondige bespreking van deze eisen Strikwerda 2005, nr. 270.
180 Strikwerda 2005, nr. 270.
181 Strikwerda 2005, nr. 270.
182 Dat neemt niet weg dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aan een vreemd vonnis wel bewijskracht kan worden verleend. Zie Strikwerda 2005, nr. 270.

voor erkenning wordt voldaan, hoeft de zaak niet opnieuw ten gronde te worden behandeld maar wordt de laedens veroordeeld tot datgene waartoe in het vreemde vonnis is besloten.[183]

In die gevallen waarbij tenuitvoerlegging van een buitenlandse uitspraak op grond van een verdrag mogelijk is, dient nog wel bij verzoekschrift verlof van de rechter te worden verkregen (exequatur). Zie hiervoor de artikelen 985-994 Rv.

10.5.2.3 Conclusie

De erkenning en tenuitvoerlegging onder het commune recht zal alleen een rol spelen indien het een beslissing betreft die niet door een gerecht van een lidstaat is gegeven of indien het geen burgerlijke zaak of handelszaak betreft. Dit laatste criterium vormt in een zaak die geïnitieerd wordt door private partijen en ziet op privaatrechtelijke aansprakelijkheid (wegens een schending van het mededingingsrecht) geen probleem. Dit zal alleen anders zijn ingeval het een geschil met een overheidsinstantie betreft die krachtens overheidsbevoegdheid optreedt omdat gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die afwijken van het gemene recht.[184]

Indien het een beslissing betreft die is gegeven door een gerecht van een lidstaat zal op grond van artikel 32 EEX-Vo de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-Verordening van toepassing zijn. De betekenis voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht van de erkenning en tenuitvoerlegging onder het commune recht is dan ook beperkt. Te denken valt bijvoorbeeld aan een beslissing van de Amerikaanse rechter (een gerecht van een niet-lidstaat) die een in Nederland gevestigde partij heeft veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding jegens de gelaedeerde wegens schending van het Amerikaans mededingingsrecht.[185]

---

183 Strikwerda 2005, nr. 271.

184 Zie HvJ EG 14 oktober 1976, zaak 29/76 *(LTU/Eurocontrol)*, *Jur*. 1976, p. 1541, *NJ* 1982, 95 m.nt. JCS; HvJ EG 16 december 1980, zaak 814/79 *(Staat/Rüffer)*, *Jur*. 1980, p. 3807, *NJ* 1982, 97 m.nt. JCS; HvJ EG 21 april 1993, zaak C 0172/91 *(Sonntag/Waidmann)*, *Jur*. 1993, p. I-1963, *NJ* 1995, 207; HvJ EG 1 oktober 2002, zaak C-167/00 *(VKI/Henkel)*, *Jur*. 2002, p. I-8111, *NJ* 2005, 221 m.nt. PV; HvJ EG 14 november 2002, zaak C-271/00 *(Steenbergen/Baten)*, *Jur*. 2002, p. I-10489, *NJ* 2003, 598 m.nt. PV; HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-266/01 *(PFA/Staat)*, *Jur*. 2003, p. I-4867, *NJ* 2005, 65 m.nt. PV; HvJ EG 15 januari 2004, zaak C-433/01 *(Bayern/Blijdenstein)*, *Jur.* 2004, p. I-981; HvJ EG 5 februari 2004, zaak C-265/02 *(Frahuil/Assitalia)*, *Jur.* 2004, p. I-1543, *NJ* 2005, 66 m.nt. PV. Zie voor een analyse van het begrip burgerlijke en handelszaken in het internationaal privaatrecht: Polak & Bomhoff 2005, p. 153-179.

185 Voor de erkenning en tenuitvoerlegging van de beslissing van de Amerikaanse rechter is wel vereist dat de buitenlandse rechter bevoegd is geweest om van de zaak kennis te nemen. De vreemde rechter dient zijn rechtsmacht te hebben aangenomen op een internationaal algemeen aanvaarde grond (het Nederlands internationaal bevoegdheidsrecht of het internationaal bevoegdheidsrecht van de vreemde rechter speelt hierbij dus geen rol). Het *forum actoris* (de rechter van de woonplaats van de eiser) wordt internationaal als exorbitant

10.5.3 Erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling onder de EEX-Verordening

10.5.3.1 Materieel en formeel toepassingsgebied

Voor wat betreft het *materieel* toepassingsgebied van de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling wordt op grond van artikel 1 EEX-Vo aangesloten bij de bevoegdheidsregeling. Artikel 1 van de EEX-Vo is namelijk van toepassing op zowel de bevoegdheidsregeling als de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling. Arbitrage valt dus ook wat betreft de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling buiten het materieel toepassingsgebied van de EEX-Vo. Op het gebied van arbitrage bestaan echter diverse bilaterale en multilaterale verdragen.[186] Voor wat betreft de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke beslissingen is het Verdrag van New York van toepassing.[187]

Wat betreft het *formeel* toepassingsgebied van de regeling betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van EEX-Vo wordt afgeweken van de bevoegdheidsregeling van de EEX-Vo. De erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling is krachtens artikel 32 EEX-Vo van toepassing op elke beslissing die door een gerecht van een lidstaat wordt gegeven, ongeacht de daaraan gegeven benaming. Het is niet van belang of de bevoegdheidsvraag binnen het formeel toepassingsgebied van de bevoegdheidsregeling van de verordening valt.[188] Ingeval de rechter zich bevoegd heeft verklaard op grond van zijn nationale bevoegdheidsregels (of zich zelfs bevoegd heeft verklaard op grond van een van de exorbitante bevoegdheidsregels in de zin van artikel 3 EEX-Vo) worden de beslissingen toch bestreken door de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-Vo.[189] Beslissingen die door de gerechten van de lidstaten zijn gegeven tegen de verweerder (de inbreukmaker op het mededingingsrecht die de schade heeft veroorzaakt) die niet gevestigd is in een lidstaat vallen dus ook onder de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling van de EEX-Vo.

De bevoegdheid van de lidstaat van herkomst wordt op grond van artikel 35 lid 3 EEX-Vo niet getoetst. Er is sprake van volledig vertrouwen in de rechtspraak van de lidstaten.[190] Uitzonderingen op het niet toetsen van de bevoegdheid van de lidstaat van herkomst worden gevormd door een schending

---

beschouwd en is dus geen internationaal aanvaarbare grond voor de rechter om zich bevoegd te achten.

186 Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 1 EEX-Vo, aant. 9.

187 Verdrag nopens de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke uitspraken op 10 juni 1958 te New York gesloten, *Trb*. 1959, 58; *Trb*. 1964, 96; *Trb*. 1971, 85; *Trb.* 1980, 27; *Trb.* 1996, 13. Zie verder Van den Berg 1981.

188 Strikwerda 2005, nr. 276.

189 Strikwerda 2005, nr. 276. Het HvJ EG heeft het beginsel dat de bevoegdheid onder de verordening in beginsel geen voorwaarde is voor erkenning en tenuitvoerlegging onder de verordening 'fundamenteel' genoemd. Zie HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98 *(Krombach/Bamberski)*, *Jur*. 2000, p. I-1935, *NJ* 2003, 626 m.nt. PV.

190 Vgl. Strikwerda 2005, nr. 279.

van de bijzondere bevoegdheidsregels betreffende verzekeringen (artikelen 8 t/m 14), consumentenovereenkomsten (artikelen 15 t/m 17) en arbeidsovereenkomsten (artikelen 18 t/m 21). Deze uitzonderingen worden gerechtvaardigd door de ook bij de erkenning en tenuitvoerlegging beoogde bescherming van de economisch zwakkere partij.[191] Daarnaast vormt in verband met het openbare orde karakter een schending van de exclusieve bevoegdheidsregels van artikel 22 EEX-Vo een weigeringsgrond.[192] Het betreft dan geschillen over zakelijke rechten op onroerend goed, geschillen over huur en verhuur, pacht en verpachting van onroerend goed, geschillen over kortlopende huur- en pachtovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed, geschillen betreffende de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen of rechtspersonen die hun plaats van vestiging in een lidstaat hebben, geschillen met betrekking tot besluiten van de organen van deze vennootschappen of rechtspersonen, de geldigheid van inschrijvingen in de openbare registers en oxtrooien, merken, tekeningen en modellen en geschillen over de tenuitvoerlegging van beslissingen.

In artikel 72 EEX-Vo wordt nog een weigeringsgrond gegeven in verband met oude (voor de inwerkingtreding van de EEX-Vo) executieverdragen die zijn gesloten tussen een lidstaat en een derdestaat waarin sommige bevoegdheidsgronden als exorbitant zijn uitgesloten. Ingeval door de rechter van een andere lidstaat een beslissing wordt gegeven tegen een inwoner van die derdestaat en de rechter zijn bevoegdheid heeft gegrond op een grond die in het betreffende executieverdrag als exorbitant wordt uitgesloten, mag de rechter van de lidstaat die met een derdestaat een executieverdrag heeft gesloten erkenning van de betreffende beslissing weigeren.[193]

Het internationaliteitsvereiste (inhoudende dat op geheel interne gevallen de bevoegdheidsregeling van de EEX-Vo niet van toepassing is) speelt bij de erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling geen rol. Zuiver interne beslissingen kunnen, in tegenstelling tot de bevoegdheidsregeling van de EEX-Vo, waarbij het internationaliteitsvereiste functioneert als binnengrens van het formele toepassingsgebied, in de andere staten die partij zijn bij de EEX-Vo worden erkend en ten uitvoer gelegd.[194]

10.5.3.2 Erkenningsregeling

Een veroordeling door de nationale rechter van een lidstaat (behorende bij de EEX-Vo) tot het betalen van schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht wordt op grond van artikel 33 lid 1 EEX-Vo in de andere

191 Strikwerda 2005, nr. 279.
192 Zie voor een nadere bespreking Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 22 EEX-Vo.
193 Strikwerda 2005, nr. 279.
194 Strikwerda 2005, nr. 276.

lidstaten zonder vorm van proces erkend. Artikel 33 EEX-Vo schept een rechtsvermoeden ten gunste van de erkenning van een in een lidstaat gegeven beslissing.[195] Het gebod van de rechter van een lidstaat om een inbreuk op de mededingingsregels te staken zal ook in de andere lidstaten zonder vorm van proces worden erkend. Nu sinds de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 artikel 81 lid 3 door iedere nationale rechter kan worden toegepast, zal een uitspraak van de nationale rechter van een lidstaat dat de uitzonderingsbepaling van artikel 81 lid 3 opgaat en het kartelverbod buiten toepassing kan worden gelaten ook door de rechters van de andere lidstaten erkend dienen te worden.

Artikel 33 EEX-Vo komt overeen met artikel 26 EEX-Verdrag. Het HvJ EG heeft (in navolging van het rapport Jenard) in het arrest *Hoffmann-Krieg* bepaald dat het procesrecht van de staat van herkomst het gezag en het effect bepaalt dat aan de beslissing moet worden verleend.[196] Strikwerda wijst er dan ook op dat het niet uitgesloten is dat 'aan een vreemde beslissing in de erkennende staat een ruimer gezag toekomt, dan aan de eigen, soortgelijke beslissingen, gegeven door de rechter van de erkennende staat.'[197]

Ingeval de erkenning van een uitspraak ten principale (dat wil zeggen onafhankelijk van een proces en zonder dat een gedwongen executie zal plaats hebben) wordt ingeroepen en wordt betwist geeft artikel 33 lid 2 EEX-Vo een regeling. Op grond van artikel 33 lid 2 EEX-Vo kan bij betwisting van de erkenning de partij die zich beroept op de erkenning gebruik maken van de vereenvoudigde procedure voor de tenuitvoerlegging zoals geregeld in de afdelingen 2 en 3 van hoofdstuk III van de EEX-Vo.

10.5.3.3 Weigeringsgronden

De artikelen 34 en 35 EEX-Vo geven een limitief aantal weigeringsgronden voor erkenning. Op grond van artikel 43 EEX-Vo gelden deze gronden eveneens voor weigering van het verlof tot tenuitvoerlegging indien een partij een rechtsmiddel instelt tegen de beslissing op het verzoek om een verklaring van uitvoerbaarheid.

Op grond van artikel 34 sub 1 EEX-Vo wordt een beslissing niet erkend indien de erkenning kennelijk strijdig is met de openbare orde van de aangezochte lidstaat. In een mededingingsrechtelijke zaak zou het bijvoorbeeld, zoals reeds in § 10.2 genoemd, kunnen voorkomen dat de toekenning van *punitive*

195 Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 33 EEX-Vo, aant. 3.
196 HvJ EG 4 februari 1988, zaak 145/86 *(Hoffmann/Krieg)*, *Jur*. 1988, p. 645, *NJ* 1990, 209 m.nt. JCS.
197 Strikwerda 2005, nr. 277.

damages in strijd zou zijn met de openbare orde van de aangezochte lidstaat.[198] Ingeval fundamentele rechten van de verdediging zijn veronachtzaamd in de procedure die uiteindelijk heeft geleid tot de uitspraak waarvan erkenning of tenuitvoerlegging wordt verzocht, kan de openbare orde ook als weigeringsgrond worden ingeroepen.[199] Uiteraard is van strijd met de openbare orde slechts bij hoge uitzondering sprake.[200]

In de zaak *Renault/Maxicar* heeft het HvJ EG geoordeeld dat de openbare orde van artikel 34 sub 1 EEX-Vo (in het arrest ging het nog om artikel 27 sub 1 EEX-Verdrag) niet kan worden ingeroepen wanneer de rechter die de beslissing heeft gegeven het mededingingsrecht (artikel 82 EG) onjuist heeft toegepast.[201] De rechter van de aangezochte staat mag een beslissing uit een andere verdragsluitende staat niet weigeren te erkennen enkel op grond dat zijns inziens het nationale recht of het gemeenschapsrecht in die beslissing onjuist is toegepast, aangezien anders het doel van de EEX-Vo (in het arrest ging het nog om het EEX-Verdrag) zou worden doorkruist. In dergelijke gevallen dient de rechter van de aangezochte staat ervan uit te gaan, dat het in elke verdragsluitende staat bestaande stelsel van rechtsmiddelen, aangevuld door de prejudiciële procedure van artikel 234 EG, de justitiabelen voldoende garanties biedt. Het verbod van *révision au fond* zoals neergelegd in de artikelen 36 en 45 lid 2 EEX-Vo heeft dus tevens betrekking op de toegepaste regels van Europees mededingingsrecht.

Zoals in hoofdstuk 6 reeds is besproken, dient de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis wel wegens strijd met de openbare orde te worden geweigerd indien in het arbitraal vonnis het Europees mededingingsrecht (een

198 Jacobs & Deisenhofer 2003, p. 204-205. Art. 24 van de ontwerpverordening Rome II luidde nog als volgt: 'De toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht, die zou leiden tot de toekenning van een schadevergoeding die geen vergoedend karakter heeft, zoals schadevergoedingen die als voorbeeld of als straf zijn bedoeld, is strijdig met de communautaire openbare orde.' Deze bepaling is in de uiteindelijke Rome II-Vo verdwenen. Art. 26 Rome II-Vo luidt nu: 'De toepassing van een bepaling van het door deze verordening aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld, indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter.' Hoewel ik mij bewust ben van het feit dat de Rome II-Vo niet over de rechterlijke bevoegdheid gaat maar over het toepasselijk recht op niet-contractuele verbintenissen, is deze bepaling toch interessant gelet op de verhouding tussen de openbare orde en *punitive damages*.

199 Strikwerda 2005, nr. 278. HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98 *(Krombach/Bamberski)*, *Jur.* 2000, p. I-1935, *NJ* 2003, 626 m.nt. PV.

200 Dit blijkt volgens Vlas ook uit het gebruik van het woord 'kennelijk'. Hoewel in art. 27 sub 1 EEX-Verdrag het woord 'kennelijk' ontbreekt, mag daar volgens hem niet uit worden afgeleid dat voor een beroep op de openbare orde onder het EEX-Verdrag lichtere eisen zouden gelden dan onder de EEX-Vo. Zie Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*), art. 34 EEX-Vo, aant. 2. Het woord 'kennelijk' zie ik echter meer als een aanwijzing dat slechts summier onderzoek nodig is om strijd met de openbare orde aan te nemen.

201 HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98 *(Renault/Maxicar)*, *Jur.* 2000, p. I-2973, NJ 2003, 627 m.nt. PV.

fundamentele bepaling van gemeenschapsrecht zoals artikel 81 EG) is geschonden (*Eco Swiss/Benetton*). Dit hangt samen met het feit dat het anders mogelijk zou zijn om bij een arbitrageovereenkomst met instemming van de partijen elke rechterlijke toetsing aan het Europees mededingingsrecht te omzeilen. Arbiters zouden het Europees mededingingsrecht kunnen schenden terwijl de overheidsrechter (als decentrale gemeenschapsrechter) op initiatief van partijen hier niets tegen zou kunnen verrichten (§ 6.3.3). Daar komt bij dat arbiters, anders dan de overheidsrechter, geen prejudiciële vragen kunnen stellen aan het HvJ EG (§ 6.4) en zich dus niet kunnen verzekeren van een juiste toepassing van het Europees mededingingsrecht (§ 6.3.3).

Een tweede weigeringsgrond wordt gevormd door de bij verstek gegeven beslissingen. Artikel 34 lid 2 EEX-Vo bepaalt dat een beslissing niet wordt erkend indien het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, niet zo tijdig en op zodanige wijze als met het oog op zijn verdediging nodig was, aan de verweerder tegen wie verstek werd verleend, betekend of meegedeeld is, tenzij de verweerder tegen de beslissing geen rechtsmiddel heeft aangewend terwijl hij daartoe in staat was. De weigeringsgrond in artikel 34 sub 2 EEX-Vo hangt direct samen met artikel 26 EEX-Vo, welke bepaling aangeeft op welke wijze de rechter heeft te handelen indien de verweerder in de procedure niet verschijnt. De vraag of verweerder is verschenen ex artikel 34 sub 2 EEX-Vo dient autonoom te worden uitgelegd.[202]

De derde weigeringsgrond kan zich voordoen ingeval de beslissing onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing.[203] De in de EEX-Vo opgenomen regeling betreffende litispendentie en samenhang, zoals opgenomen in de artikelen 27 EEX-Vo e.v., tracht deze onverenigbare beslissingen en erkenningsproblemen te voorkomen.[204]

De vierde weigeringsgrond kan zich voordoen ingeval de beslissing onverenigbaar is met een beslissing die vroeger in een andere lidstaat of in een derde land tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits deze laatste beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte lidstaat.

---

202 Zie verder Strikwerda 2005, nr. 278; Zie ook HvJ EG 21 april 1993, zaak C-172/91 *(Sonntag/Waidmann)*, *Jur.* 1993, p. I-1963, *NJ* 1995, 207 en HvJ EG 10 oktober 1996, zaak C-78/95 *(Hendrikman/Magenta)*, *Jur.* 1996, p. I-4943.

203 Het moet daarbij gaan om een door een rechterlijke autoriteit gegeven beslissing. Zie ook HvJ EG 2 juni 1994, zaak C-414/92 *(Solo Kleinmotoren-Boch)*, *Jur.* 1994, p. I-2237.

204 Strikwerda 2005, nr. 278. Strikwerda wijst er terecht op dat het begrip onverenigbaar in art. 34 sub 3 EEX-Vo een engere betekenis heeft dan in art. 28 EEX-Vo. Van onverenigbaarheid is pas sprake in geval de tenuitvoerlegging van de ene uitspraak tenuitvoerlegging van de andere uitspraak onmogelijk maakt. Zie HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92 *(Ship Tatry)*, *Jur.* 1994, p. I-5439, *NJ* 1995, 659 m.nt. ThMdB.

10.5.3.4 Tenuitvoerleggingsregeling (de exequaturprocedure)

In de artikelen 38 e.v. EEX-Vo is de procedure voor het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging geregeld (de exequaturprocedure). In alle lidstaten wordt de procedure bij verzoekschrift ingeleid. De exequaturprocedure zoals geregeld in de artikelen 985-994 Rv is niet van toepassing. Op grond van artikel 39 lid 1 EEX-Vo is in bijlage II bij de EEX-Vo voor elke lidstaat neergelegd welke rechter absoluut bevoegd is. In Nederland is de voorzieningenrechter van de rechtbank absoluut bevoegd. Op grond van artikel 39 lid 2 EEX-Vo is relatief bevoegd de rechter van de woonplaats van de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, of van de plaats van tenuitvoerlegging. Op grond van artikel 40, 53 en 54 wordt het verlof tot tenuitvoerlegging door de voorzieningenrechter verleend indien de verzoeker een authentiek afschrift overlegt van de beslissing waarvan tenuitvoerlegging wordt gevraagd (expeditie) en een certificaat zoals bedoeld in het modelformulier van bijlage V van de EEX-Vo (in dit certificaat staan een aantal gegevens betreffende de beslissing).

De rechter die in eerste instantie moet beslissen over het verlenen van verlof tot tenuitvoerlegging toetst ex artikel 41 EEX-Vo uitsluitend of aan de formaliteiten van artikel 53 EEX-Vo is voldaan. De rechter toetst in dit stadium niet aan de weigeringsgronden voor de erkenning en de tenuitvoerlegging ex artikel 34 en 35 EEX-Vo. De partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, wordt in eerste aanleg niet gehoord, zodat in dit stadium de verlening van verlof tot tenuitvoerlegging een formaliteit is.[205] Elke partij kan op grond van artikel 43 EEX-Vo binnen een maand na betekening van de verklaring van uitvoerbaarheid een rechtsmiddel instellen tegen de beslissing op het verzoek om een verklaring van uitvoerbaarheid bij het in bijlage III van de EEX-Vo bedoelde gerecht.

10.5.4 Massaclaims

10.5.4.1 Inleiding

Bij de erkenning en tenuitvoerlegging van de op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde massaclaim die voorvloeit uit een schending van het mededingingsrecht dient, evenals bij de erkenning en tenuitvoerlegging van een 'normale uitspraak' tussen één gelaedeerde en één laedens, eerst bepaald te worden op grond van welke regeling de Nederlandse of buitenlandse rechter moet beoordelen of een buitenlandse rechterlijke beslissing of schikking voor erkenning en tenuitvoerleging in aanmerking komt. De Nederlandse rechter zal de EEX-Vo toepassen voor schikkingen en beslissingen afkomstig uit andere lidstaten. Indien het schikkingen en beslissingen uit andere landen

205 Strikwerda 2005, nr. 280.

(niet-lidstaten) betreft, dient gekeken te worden naar artikel 431 Rv en de daarbij behorende jurisprudentie.

10.5.4.2 Massaclaims uit de lidstaten

Om onder de EEX-Vo te vallen, dient de op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde massaclaim te vallen onder het begrip burgerlijke en handelszaken (artikel 1 EEX-Vo). Aan deze materiële eis wordt, gelet op mijn bespreking in § 10.3.10, bij een massaclaim voldaan. Daarnaast dient de massaclaim te voldoen aan de eisen van een rechterlijke beslissing (artikel 32 EEX-Vo) of een gerechtelijke schikking (artikel 58 EEX-Vo).

De WCAM-procedure voldoet aan de eisen van een rechterlijke beslissing nu de beslissing uitgaat van een rechterlijke instantie die op eigen gezag de geschilpunten tussen partijen beslecht (de rechter beslist in de WCAM-procedure zelf of het verzoek tot verbindenverklaring wordt toegewezen)[206] en de beslissing tot stand is gekomen na een procedure waarin tegenspraak door de verweerder mogelijk was (de benadeelden hebben in de WCAM-procedure de mogelijkheid zich uit te spreken over het verzoek).[207] De WCAM-procedure valt dan ook onder de EEX-Vo zodat de rechterlijke beslissing tot verbindenverklaring in aanmerking komt voor erkenning en tenuitvoerlegging in de andere lidstaten.[208]

Gerechtelijke schikkingen die in de loop van een geding tot stand zijn gekomen en die uitvoerbaar zijn in de lidstaat van herkomst, zijn op grond van artikel 58 EEX-Vo op dezelfde voet als authentieke akten uitvoerbaar in de aangezochte staat. Polak wijst op het feit dat het onduidelijk is of artikel 58 EEX-Vo vereist dat de schikking door de rechter is goedgekeurd.[209] In het arrest *Solo Kleinmotoren/Boch* ziet hij echter aanwijzingen om aan te nemen dat het voor het bereik van artikel 58 EEX-Vo niet van belang is of de rechter bemoeienis met de inhoud van de schikking heeft gehad.[210] Het HvJ EG overweegt namelijk dat een schikking van een rechterlijke beslissing valt te onderscheiden doordat niet voldaan wordt aan de voorwaarde dat zij uitgaat van een rechterlijke instantie die op eigen gezag de geschilpunten tussen partijen beslecht. Het HvJ EG voegt hier nog aan toe dat zich dit zelfs niet voordoet

206 HvJ EG 2 juni 1994, zaak C-414/92 *(Solo Kleinmotoren/Boch)*, *Jur*. 1994, p. I-2237, *NJ* 1995, 637 m.nt. ThMdB; HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-39/02 *(Maersk/De Haan)*, *Jur*. 2004, p. I-9657. Polak 2006, p. 2353.

207 HvJ EG 21 mei 1980, zaak 125/79 *(Denilauler/Couchet Frères)*, *Jur*. 1980, p. 1553, *NJ* 1981, 184 m.nt. JCS; HvJ EG 13 juli 1995, zaak C-474/93 *(Hengst/Campese)*, *Jur*. 1995, p. I-2113, *NJ* 1996, 83; HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-39/02 *(Maersk/De Haan)*, *Jur*. 2004, p. I-9657. Polak 2006, p. 2353.

208 Polak 2006, p. 2353.

209 Polak 2006, p. 2353.

210 HvJ EG 2 juni 1994, zaak C-414/92 *(Solo Kleinmotoren/Boch)*, *Jur*. 1994, p. I-2237, *NJ* 1995, 637 m.nt. ThMdB; Polak 2006, p. 2353.

wanneer een schikking voor een rechter tot stand is gekomen en een geding heeft beëindigd.

10.5.4.3 Massaclaims uit andere landen (niet-lidstaten)

De erkenning en tenuitvoerlegging van een op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde massaclaim uit een niet-lidstaat dient beoordeeld te worden aan de hand van het commune ongeschreven IPR dat tot ontwikkeling is gekomen aan de hand van artikel 431 Rv. Zie mijn bespreking betreffende het commune IPR in § 10.5.2.

Uit mijn bespreking in § 10.5.2 bleek dat een vreemd vonnis in het algemeen erkend wordt ingeval aan drie minimumvereisten is voldaan.[211] Ten eerste dient de buitenlandse rechter bevoegd te zijn geweest om van de zaak kennis te nemen. De vreemde rechter dient zijn rechtsmacht te hebben aangenomen op een internationaal algemeen aanvaarde grond (het Nederlands internationaal bevoegdheidsrecht of het internationaal bevoegdheidsrecht van de vreemde rechter speelt hierbij dus geen rol).[212] Ten tweede dient het vreemde vonnis tot stand te zijn gekomen na een behoorlijke rechtspleging (waarbij het eigen recht dienst doet als maatstaf). Ten derde mag het buitenlands vonnis niet in strijd zijn met de openbare orde. Indien niet aan deze drie cumulatieve eisen wordt voldaan, wordt het vreemde vonnis niet erkend.

Voor wat betreft de tenuitvoerlegging verwijs ik naar mijn bespreking in § 10.5.2.2. Onder het commune recht wordt de tenuitvoerleggingregeling van een op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde massaclaim beheerst door artikel 431 Rv. Een buitenlands veroordelend vonnis kan zonder wet of verdrag niet in Nederland ten uitvoer worden gelegd. Het feit dat het vonnis wel voor erkenning in aanmerking komt, doet hier niet aan af. Voor de tenuitvoerlegging van een op een schending van het mededingingsrecht gebaseerde massaclaim die is toegewezen door de buitenlandse rechter, zal de zaak opnieuw bij de Nederlandse rechter moeten worden aangebracht om een executoriale titel te verwerven. Indien aan de drie bovenstaande eisen voor erkenning wordt voldaan, hoeft de zaak niet opnieuw ten gronde te worden behandeld maar wordt de laedens veroordeeld tot datgene waartoe in het vreemde vonnis is besloten.[213] In die gevallen waarbij tenuitvoerlegging van een op grond van een schending van het mededingingsrecht toegekende buitenlandse massaclaim op grond van een verdrag mogelijk is, dient bij verzoekschrift verlof van de rechter te worden verkregen (exequatur). Zie hiervoor de artikelen 985-994 Rv.

211 Zie voor een heldere en bondige bespreking van deze eisen Strikwerda 2005, nr. 270.
212 Strikwerda 2005, nr. 270.
213 Strikwerda 2005, nr. 271.

10.5.4.4 Omvang van het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak of schikking

Bij de erkenning en tenuitvoerlegging van een massaclaim doet zich de vraag voor welke personen aan de rechterlijke uitspraak of schikking zijn gebonden. De procespartijen zelf zijn in ieder geval aan de rechterlijke uitspraak of schikking gebonden. Moeilijker ligt het bij de beantwoording van de vraag of de gelaedeerden die niet hebben geprocedeerd door de rechterlijke uitspraak of schikking worden gebonden.

Polak maakt een onderscheid tussen de positieve binding en de negatieve binding van een rechterlijke uitspraak of schikking.[214] Met de positieve binding doelt hij op de vraag of een gelaedeerde zich jegens de laedens kan beroepen op een buitenlandse rechterlijke uitspraak of schikking. Denk bijvoorbeeld aan de gelaedeerde van een kartel die, net als de buitenlandse gelaedeerden, schadevergoeding wil verkrijgen van de inbreukpleger. Met de negatieve binding doelt hij op de vraag of de laedens de rechterlijke uitspraak of schikking uit het buitenland kan tegenwerpen aan de gelaedeerde. Denk bijvoorbeeld aan de laedens die aan de gelaedeerde die een individuele schadevordering wil instellen, tegenwerpt dat er reeds een rechterlijke uitspraak of schikking bestaat die voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt. Hij ziet zowel de positieve binding als de negatieve binding als verschijningsvormen van de (subjectieve) omvang van het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak of schikking. De (subjectieve) omvang van het gezag van gewijsde dient weer te worden bepaald door het toepasselijke recht.

In de zaak *Hoffmann/Krieg* heeft het HvJ EG bepaald dat een buitenlandse beslissing in de aangezochte staat in beginsel dezelfde werking moet hebben als zij in de staat van herkomst heeft.[215] De Hoge Raad heeft in navolging van het HvJ EG geoordeeld dat de omvang van het gezag van gewijsde dat aan een beslissing toekomt en het rechtsgevolg daarvan niet bepaald worden door het (proces)recht van het land van erkenning, maar door het (proces)recht van het land waarin de beslissing is gegeven (de *lex fori originis*).[216] Hoewel het in de uitspraak van de Hoge Raad ging om een Belgische beslissing (en dus van een rechter van een lidstaat zodat de EEX-Vo van toepassing is) zijn er geen goede gronden aanwezig om aan te nemen dat de uitspraak niet zou gelden bij een beslissing uit een niet-lidstaat.[217] Vanuit het perspectief van de procesefficiëntie dient te worden voorkomen dat voor de rechter van het aangezochte land opnieuw (mededingingsrechtelijke) geschilpunten aan de orde komen

214 Polak 2006, p. 2354.
215 HvJ EG 4 februari 1988, zaak 145/86 *(Hoffmann/Krieg)*, *Jur*. 1988, p. 645, *NJ* 1990, 209 m.nt. JCS.
216 HR 12 maart 2004 *(IDAT/G)*, *NJ* 2004, 284 m.nt. PV.
217 Zie ook Polak 2006, p. 2354.

die reeds bij de rechter in het land van herkomst aan de orde zijn geweest of hadden kunnen komen.

Op grond van de *lex fori originis* dient te worden bepaald of een benadeelde zich jegens de laedens kan beroepen op de rechterlijke uitspraak of schikking en of de laedens de buitenlandse rechterlijke uitspraak of schikking aan een gelaedeerde kan tegenwerpen. Daarbij zal de buitengrens van de werking van de *lex fori originis* worden bepaald door de vraag of er kennelijk strijd is met de openbare orde van het aangezochte land (artikelen 34, 57 en 58 EEX-Vo), nu schending van een fundamenteel recht een beroep op de weigeringsgrond van de openbare orde kan rechtvaardigen.[218] In het kader van massaclaims en de *positieve* binding van een rechterlijke uitspraak of schikking wijst Polak op de mogelijke ongelijke behandeling van de benadeelden (denk bijvoorbeeld aan het geval waarbij de benadeelden van een mededingingsinbreuk die wonen in de landen A en B een schadeloosstelling krijgen, maar de benadeelden van de mededingingsinbreuk die wonen in land C niet). In het kader van massaclaims en de *negatieve* binding van een rechterlijke uitspraak of schikking wijst hij op de schending van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor (artikel 6 EVRM, zie ook de niet-regelmatige of niet-tijdige oproeping van de verweerder als weigeringsgrond in artikel 34 EEX-Vo),[219] en het fundamentele recht van de gelaedeerde om zelf te beslissen of het individuele vorderingsrecht wordt opgegeven.[220] Schending van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor heeft tot gevolg dat de rechterlijke uitspraak of schikking niet wordt erkend en ten uitvoer gelegd. Het fundamentele recht van de gelaedeerde om zelf te beslissen of het individuele vorderingsrecht wordt opgegeven heeft tot tot gevolg dat de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk de mogelijkheid moet hebben gehad om niet gebonden te zijn aan de collectieve regeling (de zogenaamde *opt-out* regeling). Heeft de gelaedeerde op grond van de *lex fori originis* geen mogelijkheid gehad om niet gebonden te raken aan de collectieve regeling dan is de gelaedeerde niet gebonden aan de buitenlandse rechterlijke uitspraak of schikking en kan de laedens de rechterlijke uitspraak of schikking uit het buitenland niet tegenwerpen aan de gelaedeerde.

10.6 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal het, zeker bij zaken waar het Europees mededingingsrecht van toepassing is, snel voor-

218 Zie HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98 *(Krombach/Bamberski)*, *Jur*. 2000, p. I-1935, *NJ* 2003, 626 m.nt. PV.

219 Zie HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-39/02 *(Maersk/De Haan)*, *Jur*. 2004, p. I-9657; HvJ EG 13 juli 1995, zaak C-474/93 *(Hengst/Campese)*, *Jur*. 1995, p. I-2113; HvJ EG 21 mei 1980, zaak 125/79 *(Denilauler/Couchet Frères)*, *Jur*. 1980, p. 1553, *NJ* 1981, 184 m.nt. JCS.

220 Polak 2006, p. 2355. Zie bijvoorbeeld art. 17 Gw, art. 6 EVRM en het Eerste Protocol bij het EVRM.

komen dat de gelaedeerden en de laedens in verschillende landen woonachtig zijn en de effecten van de inbreuk op het mededingingsrecht zich verspreiden over meerdere landen. Voor de beantwoording van de vraag welke rechter bevoegd is, wat het toepasselijk recht is en voor de vraag of een uitspraak op het terrein van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt, dient gekeken te worden naar de regels van internationaal privaatrecht.

Voor de beantwoording van de vraag welke rechter in mededingingszaken bevoegd is indien de gelaedeerde in grensoverschrijdende gevallen een vordering wil instellen tegen de laedens dient, indien de verweerder woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, gekeken te worden naar Verordening 44/2001 (EEX-Vo).[221] De eiser heeft ingeval de vordering betrekking heeft op een van de in artikel 5 EEX-Vo genoemde onderwerpen een keus tussen het *forum rei* (artikel 2 EEX-Vo) of de rechter die bevoegd is ex artikel 5 EEX-Vo.

Indien de verweerder geen woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat valt de bevoegdheidsvraag buiten het formele toepassingsgebied van de EEX-Vo en is het commune internationaal bevoegdheidsrecht toepasselijk zoals mede is neergelegd in de eerste afdeling van de eerste titel van Boek I van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (de artikelen 1-14 Rv). Naast de hoofdregel zoals neergelegd in artikel 2 Rv (*forum rei*) kent artikel 6 Rv aanvullende gronden voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter. In verzoekschriftprocedures (de WCAM-procedure) is op grond van artikel 3 sub a Rv de Nederlandse rechter bevoegd ingeval de verzoeker (of bij meerdere verzoekers een van hen) of een in het verzoekschrift genoemde belanghebbende (de gelaedeerde) in Nederland zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft.

De laedens van een mededingingsinbreuk vergroot door de lancering van Italiaanse torpedo's de kans dat de gelaedeerde eerder bereid is te schikken en bij eventuele schikkingsonderhandelingen (meer) water bij de wijn zal doen omdat procederen de komende jaren toch niets zal opleveren. De rechter heeft geen mogelijkheden om iets te doen aan mogelijk misbruik van de litispendentieregeling zoals neergelegd in de EEX-Vo. Indien het HvJ EG geen antimisbruikregeling wil erkennen, dienen de artikelen 27 en 28 EEX-Vo door de Europese wetgever te worden aangevuld met een antimisbruikregeling.[222] Een andere mogelijkheid zou een minder strikte interpretatie van het begrip 'hetzelfde

221 Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1. Verordening 44/2001 wordt in de Nederlandse literatuur vaak aangeduid als de EEX-Verordening (EEX-Vo). Ik hanteer in dit hoofdstuk ook deze benaming. De in Europa gangbare benaming is echter Brussel I-Verordening (Brussel I-Vo). Het gebruik van een afwijkende benaming voor Verordening 44/2001 kan zowel nationaal als internationaal leiden tot spraakverwarring. Zie Freudenthal 2006, p. 18, voetnoot 1.

222 Vgl. ook het pleidooi van Polak voor de toevoeging van een dergelijke antimisbruikregeling, Polak 2007, p. 14-15.

onderwerp' in artikel 27 EEX-Vo kunnen zijn, zodat tussen een op schending van het mededingingsrecht gebaseerde aansprakelijkheidsprocedure en een negatiefdeclaratoirprocedure geen litispendentie meer bestaat, maar slechts connexiteit.[223] Het is dan aan de discretionaire bevoegdheid van de later geadieerde rechter overgelaten om zijn uitspraak op grond van artikel 28 EEX-Vo aan te houden.[224] Het verhoogde risico op parallelle procedures of tegenstrijdige beslissingen dient in dat geval te worden geaccepteerd ten gunste van het op redelijk te verantwoorden wijze realiseren van enige rechtvaardigheid in de procedure.

De vraag welk recht van toepassing is op de vordering van de gelaedeerde tot verkrijging van schadevergoeding van de laedens wegens een schending van het mededingingsrecht dient beantwoord te worden door vooruit te kijken naar de in 2009 in werking tredende Rome II-Vo.[225] In de Rome II-Vo is de keus gemaakt voor het recht van het land waar de markt (waarschijnlijk) wordt beïnvloed door de mededingingsovertreding. Wordt de markt in meer dan één land beïnvloed of waarschijnlijk beïnvloed dan mag de gelaedeerde er 'in bepaalde omstandigheden' voor kiezen zijn vordering te gronden op het recht van de rechter waarbij hij het geschil aanhangig heeft gemaakt (*lex fori laedentis*).[226]

Het IPR van de lidstaten is tot de inwerkingtreding van de Rome II-Vo niet uniform voor wat betreft het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen. Voor de schadeveroorzakende mededingingsinbreuken die dateren van voor de inwerkingtreding van Verordening Rome II (voor 11 januari 2009) dient, om het toepasselijk recht vast te stellen, gekeken te worden naar de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD).[227] Artikel 4 lid 1 WCOD bepaalt dat in afwijking van artikel 3 WCOD (*lex loci delicti*) verbintenissen wegens ongeoorloofde mededinging beheerst worden door het recht van de Staat op welks grondgebied de mededingingshandeling de concurrentieverhoudingen beïnvloedt. In gevallen van mededingingsrechtelijke overtredingen met een grensoverschrijdend karakter leidt dit helaas tot versnippering van het toepasselijke recht, tenzij gekozen wordt voor het maken van een rechtskeuze (artikel 6 WCOD) of de accessoire aanknoping (artikel 5 WCOD). Versnippering en onzekerheid betreffende het toepasselijk recht in grensoverschrijdende mededingingszaken kunnen vooral bij vragen over verjaring en wettelijke rente aanleiding tot discussie geven omdat de verschillen in de diverse rechtsstelsels op die punten groot zijn. In de praktijk kunnen die versnippering of onzekerheid zonder veel moeite worden verdisconteerd indien partijen in persoon

223 Polak 2007, p. 15.
224 Polak 2007, p. 15.
225 Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* 2007, L 199/40.
226 Zie § 10.4.3.
227 Zie § 10.4.2.

optreden. Indien het echter een belangenorganisatie betreft die een groot aantal partijen vertegenwoordigt dan kan de versnippering of onzekerheid betreffende het toepasselijke recht meer problemen opleveren en zelfs een mogelijke schikking belemmeren.

Het toepasselijke recht op de gevolgen van partiële nietigheid van contractuele verbintenissen, zoals kartelovereenkomsten, dient te worden vastgesteld met behulp van het EVO.[228] Zo dient aan de hand van het op de kartelovereenkomst van toepassing zijnde recht bepaald te worden hoe de geldigheid van het overgebleven (niet nietige) gedeelte van een overeenkomst er precies uitziet, nadat is vastgesteld dat de overeenkomt op grond van artikel 81 lid 2 EG gedeeltelijk nietig is wegens een schending van het kartelverbod. Met ingang van 17 december 2009 wordt het EVO vervangen door de Rome I-Vo. Op het moment dat zowel de Rome I-Vo als de Rome II-Vo van kracht zijn geworden, zal binnen de EU sprake zijn van een uniform communautair conflictenrecht op het terrein van het verbintenissenrecht.

Voor de procedure betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak in een ander land dient, indien het een beslissing betreft die gegeven is door een gerecht van een lidstaat, gekeken te worden naar de EEX-Vo. De in een lidstaat gegeven beslissingen worden in de overige lidstaten erkend zonder vorm van proces (zie artikel 33 lid 1 EEX-Vo). De voorzieningenrechter bij de rechtbank is in Nederland de bevoegde rechter tot het verlenen van een exequatur. De partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd wordt in eerste aanleg niet gehoord (er vindt ook geen toetsing plaats aan de weigeringsgronden van artikel 34 EEX-Vo). Indien de juiste documenten zijn overgelegd (een authentiek afschrift van de beslissing waarvan tenuitvoerlegging wordt gevraagd en een standaardformulier als bedoeld in bijlage V bij de EEX-Vo) wordt de beslissing zonder enige toetsing uitvoerbaar verklaard.

Indien het geen beslissing betreft die gegeven is door een gerecht van een lidstaat dient de erkenning en tenuitvoerlegging te worden beoordeeld naar het commune recht inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artikel 431 Rv) en de in de jurisprudentie ontwikkelde drie minimumvereisten (de buitenlandse rechter was bevoegd om van de zaak kennis te nemen, het vreemde vonnis is totstandgekomen na een behoorlijke rechtspleging, het buitenlandse vonnis is niet in strijd met de openbare orde) spelen hierbij een belangrijke rol.

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan ingeval sprake is van een massaclaim (in mededingingszaken voornamelijk gevallen van strooischade) gebruik worden gemaakt van de collectieve actie, de *class action* en de WCAM-procedure. De regels betreffende bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging uit de EEX-Vo zijn ook van toepassing op de collectieve actie, de *class action* en de WCAM-procedure. Bij een massaclaim zijn ook de

228 Zie § 10.4.5.

regels van litispendentie en connexiteit van toepassing. Deze regels brengen met zich mee dat ingeval in het buitenland een eerder ingestelde massaclaim of individuele aansprakelijkheidsprocedure aanhangig is gemaakt, een massaclaim of individuele aansprakelijkheidsprocedure aangehouden dient te worden totdat de eerst geadieerde rechter een uitspraak heeft gedaan over zijn bevoegdheid. De procesrechtelijke aspecten van een massaclaim worden beheerst door het (proces)recht van de rechter bij wie de massaclaim aanhangig is gemaakt. Zodra een collectieve regeling (de bereikte schikking in een collectieve actie, een *class action* of de WCAM-overeenkomst) invloed heeft op de materieelrechtelijke positie van de gelaedeerden, dient aan de hand van het recht dat de onderliggende aansprakelijkheidsverhouding beheerst (de *lex causae*), beoordeeld te worden of de collectieve regeling aanvaardbaar is. De omvang van het gezag van gewijsde wordt bepaald door het procesrecht van het land waar de rechterlijke uitspraak of schikking tot stand is gekomen (de *lex fori originis*).

11 Concluderende slotbeschouwing

11.1 INLEIDING

Centraal in dit boek staat de vraag in hoeverre en op welke wijze het Europees en Nederlands mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken binnen de Nederlandse rechtsorde kan worden gehandhaafd, mede gelet op de veranderingen die zijn ontstaan als gevolg van de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht. Voor de beantwoording van de vraagstelling zijn in dit boek verschillende deelvragen onderzocht.

In dit onderzoek is gebleken dat meerdere rechtsfiguren in aanmerking komen om het mededingingsrecht door middel van technieken uit het privaatrecht te handhaven. In § 11.3 van deze slotbeschouwing wordt aandacht besteed aan de verschillende bestaande mogelijkheden om het mededingingsrecht door middel van technieken uit het privaatrecht te handhaven.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de rol van de rechter onder het regime van Verordening 1/2003 (§ 11.4), de gevolgen van de modernisering van het mededingingsrecht voor de privaatrechtelijke handhaving (§ 11.5), de visie van de Europese Commissie betreffende de plaats van de privaatrechtelijke handhaving (§ 11.6), de rechtvaardiging voor speciale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (§ 11.7), de rechtsgrondslag van een verordening of richtlijn met speciale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (§ 11.8), het subsidiariteitsbeginsel (§ 11.9) en mogelijke botsende belangen tussen privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving (§ 11.10).

In § 11.11 en § 11.12 wordt een onderscheid gemaakt tussen de privaatrechtelijke handhaving van *hardcore* restricties (§ 11.11) en de privaatrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties (§ 11.12).

In § 11.13 wordt aandacht besteed aan de (proces)kosten en in § 11.14 wordt aandacht besteed aan de mogelijke invoering van *punitive damages* (de mogelijke opbrengsten van procederen). § 11.15 behandelt de mogelijkheid om door middel van collectieve acties of *class actions* schadevergoeding of voordeelsontneming te kunnen vorderen. In § 11.16 wordt afgesloten met de conclusie.

§ 11.2 begint met de vraag in hoeverre de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht überhaupt nodig is.

11.2 In hoeverre is privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nodig?

11.2.1 Bijdragen aan de doelstellingen van handhaving van mededingingsrecht

Aan de vraag in hoeverre en op welke wijze het mededingingsrecht privaatrechtelijk kan worden gehandhaafd, gaat de vraag vooraf in hoeverre de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht überhaupt nodig is. Aan de privaatrechtelijke handhaving zijn ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving de nodige nadelen maar ook de nodige voordelen verbonden. Deze voordelen en nadelen dienen te worden beoordeeld in het kader van de doelstellingen van de handhaving van het mededingingsrecht. Uiteindelijk beogen deze doelstellingen van de handhaving van het mededingingsrecht bij te dragen aan de verwezenlijking van de aan de materiële mededingingsregels ten grondslag liggende doelen of doelstellingen die zijn besproken in § 2.2 (zoals de creatie en instandhouding van een hogere welvaart door middel van een optimale allocatie van productiefactoren, het bevorderen van de concurrentie, de bescherming van de belangen van consumenten en het bevorderen van de Europese marktintegratie).

In § 1.2 bleek reeds dat met de handhaving van mededingingsrecht drie doelstellingen worden nagestreefd. De eerste doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van de beëindiging van een schending van het mededingingsrecht* door bijvoorbeeld het opleggen van een rechterlijk verbod of gebod of een last onder dwangsom (speciale of concrete preventie). De tweede doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van herstel en compensatie van resterend nadeel* door bijvoorbeeld de verkrijging van schadevergoeding. De derde doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van (generale) preventie, afschrikking en straf* door bijvoorbeeld de oplegging van een bestuursrechtelijke boete. Deze doelstellingen van de handhaving van mededingingsrecht hangen – zoals in § 1.2 reeds aangegeven – samen met de in § 7.2.1 besproken doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Namelijk het rechtens handhaven van aanspraken en de bescherming van de *status quo* (bescherming tegen een aantasting van rechten).[1]

Zoals in dit boek duidelijk is geworden, kan de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht bijdragen aan de verwezenlijking van deze drie doelstellingen.[2] Voor compensatie van resterend nadeel is de privaatrechtelijke handhaving zelfs de enige weg en heeft de publiekrechtelijke handhaving niet veel te bieden. Voor de beëindiging van een schending van het mededingingsrecht door middel van het opleggen van verplichtingen om iets

1 Het kan ook gaan om verwezenlijking van een nieuwe toestand waarop het recht aanspraak geeft. Zie Lindenbergh 2008, p. 7.

2 Zie bijvoorbeeld § 7.2 en § 7.3 (doelstellingen van schadevergoeding), § 8.2.3 – § 8.2.5 (doelstelling van collectieve acties bij strooischade) en § 11.2.3 (voordelen van privaatrechtelijke handhaving).

te doen (zoals het gebod om een overeenkomst te sluiten of te leveren), heeft de privaatrechtelijke handhaving soms ook meer te bieden dan de publiekrechtelijke handhaving. Zo heeft het GvEA EG in *Automec II* geoordeeld dat de Europese Commissie, gelet op het beginsel van contractvrijheid, op grond van artikel 81 EG geen maatregelen kan opleggen om te contracteren of te leveren. De burgerlijke rechter kan een dergelijke maatregel (een leveringsplicht of contractdwang) wel opleggen op grond van schending van artikel 81 EG.[3]

Het GvEA EG overweegt in *Automec II* dat (op de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG na) de gevolgen die zijn verbonden aan een inbreuk op artikel 81 EG – zoals de verplichting om de aan een derde berokkende schade te vergoeden of een eventuele verplichting om een overeenkomst aan te gaan – in het nationale recht moeten worden vastgesteld. Derhalve is het volgens het GvEA EG de nationale rechter die volgens de voorschriften van het nationale recht een marktdeelnemer kan gelasten met een ander een overeenkomst aan te gaan. Het GvEA EG oordeelt (r.o. 51):

> 'Aangezien de contractvrijheid regel moet blijven, kan aan de Commissie in het kader van de haar toekomende bevoegdheden om bevelen te geven om inbreuken op artikel 85 [thans artikel 81, EJZ], lid 1, te doen beëindigen, in beginsel niet de bevoegdheid worden verleend om een partij te gelasten contractuele betrekkingen aan te knopen, daar zij in het algemeen over passende middelen beschikt om een onderneming te verplichten een einde aan een inbreuk te maken.'

Het GvEA EG vervolgt (r.o. 53):

> 'Derhalve moet worden vastgesteld, dat de Commissie in de omstandigheden van het onderhavige geval niet bevoegd was specifieke bevelen te geven, waarbij BMW werd verplicht om aan verzoekster te leveren en haar toe te staan de merken van BMW te gebruiken. Mitsdien heeft de Commissie het gemeenschapsrecht niet geschonden, toen zij het verzoek tot het geven van die bevelen afwees op grond dat zij daartoe niet bevoegd was.'

Bij een schending van artikel 82 EG (misbruik van een economische machtspositie) kunnen dergelijke positieve verplichtingen makkelijker worden opgelegd.[4] Zo overweegt het GvEA EG in *Automec II* (r.o. 43):

> 'Volgens de Commissie verlangt Automec niet, dat het distributiesysteem wordt afgeschaft, maar maakt zij daarentegen aanspraak op het recht om er deel van uit te maken. Dit recht is evenwel een specifiek en individueel recht ten aanzien waarvan de Commissie niet bevoegd is de gedwongen tenuitvoerlegging te bevelen,

3 GvEA EG 18 december 1992, zaak T-24/90 *(Automec II)*, *Jur.* 1992, p. II-2223. Zie over contractdwang en het opleggen van een leveringsplicht Zippro 2001; Houben 2005.

4 Komninos 2008, p. 216.

behalve in het kader van de toepassing van artikel 86 EEG-Verdrag [thans artikel 82 EG, EJZ].'

Voor wat betreft *preventie*, afschrikking en straf lijkt de publiekrechtelijke handhaving het meest geschikt. Zo kan van de oplegging van een boete (straf) een sterke preventieve werking uitgaan. Desalniettemin kan van de privaatrechtelijke handhaving ook een zekere preventieve werking uitgaan. Zo heeft het Zwitserse farmaceutisch bedrijf Hoffmann-La Roche recentelijk nog naar buiten gebracht dat van de totale kosten als gevolg van de deelname aan het vitaminekartel een kleine 30% is besteed aan de betaling van boetes die zijn opgelegd door de mededingingsautoriteiten (zo diende € 462.000.000 aan boetes te worden betaald aan de Europese Commissie).[5] Daarnaast is ruim 70% van de totale kosten besteed aan privaatrechtelijke schadevergoedingsacties. De privaatrechtelijke schadevergoedingsacties hebben voor Hoffmann-La Roche een grotere afschrikkende werking gehad dan de boetes die zijn opgelegd bij de bestuursrechtelijke handhaving en de straffen die zijn opgelegd bij de strafrechtelijke handhaving.[6] Daarbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat het veelal om schikkingen ging die in de Verenigde Staten waren gesloten. Het ging daar om *class actions* (§ 8.8) waarin ook *treble damages* (§ 7.10.4) werden gevorderd.

Zoals reeds gezegd zijn aan de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving de nodige nadelen maar ook de nodige voordelen verbonden. Als nadelen van de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving kunnen genoemd worden: het feit dat de preventieve werking tekortschiet (§ 11.2.2.1), het feit dat particuliere belangen niet altijd overeenkomen met het maatschappelijk belang (§ 11.2.2.2) en het feit dat de kosten van privaatrechtelijke handhaving hoog zijn (§ 11.2.2.3). Voordelen van de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving kunnen worden gevonden in de vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid (§ 11.2.3.2), de aanvulling van het handhavingstekort (§ 11.2.3.3; § 11.12.1) en de aanvullende preventieve werking (§ 11.2.3.3).

11.2.2 Nadelen van de privaatrechtelijke handhaving

11.2.2.1 Preventieve werking schiet tekort

Voor wat betreft de algemene preventieve werking is de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht geen substituut voor de publiekrechtelijke

5 Komninos 2008, p. 9-10.
6 Komninos 2008, p. 9-10.

handhaving van mededingingsrecht.[7] De *ex ante* stimulering tot naleving van de materiële mededingingsrechtelijke norm is met name gelegen in de dreiging van de *ex post* toekenning van schadevergoeding enerzijds en de nietigheid van de mededingingsbeperkende overeenkomst anderzijds.[8] Van Boom spreekt wel over het *ex post*-kenmerk van privaatrechtelijke handhaving (naast het in deze paragraaf te bespreken restitutiekenmerk en het in § 11.2.2.2 te bespreken specificiteitskenmerk).[9] Het *ex post*-kenmerk houdt in dat in het privaatrecht ongedaanmaking en herstel in oude toestand centraal staat en dat het daadwerkelijk voorkomen van die onwenselijke toestand niet direct maar hooguit indirect geschiedt.[10] Remedies komen vaak pas in zicht als het leed al is geschied. Het privaatrecht schiet dan ook vanuit een oogpunt van gedragsbeïnvloeding tekort, met name bij de dreiging van het *ex post* toekennen van schadevergoeding.[11] Dit heeft te maken met de focus in het privaatrecht op de individuele gelaedeerde.

Het *ex post*-kenmerk brengt met zich mee dat er meer aandacht aan compensatie wordt besteed en minder aan preventie.[12] Hiermee hangt ook samen dat in het privaatrecht het herstellen of bereiken van de toestand zoals die zonder de schending van het mededingingsrecht zou zijn geweest centraal staat. Van Boom noemt dit het restitutiekenmerk van de privaatrechtelijke handhaving.[13] Bij de vordering tot verkrijging van schadevergoeding komt de sanctie jegens de laedens overeen met de schade van de individuele gelaedeerde, terwijl vanuit het perspectief van handhaving en preventie vaak een zwaardere financiële sanctie nodig zou zijn. Dit zou bijvoorbeeld kunnen met behulp van *punitive damages*, voordeelsontneming en een verdergaande vorm van winstafdracht dan thans voorzien in artikel 6:104 BW (waarbij afdracht van winst die het verlies overstijgt in het algemeen mogelijk zou moeten zijn).[14] Nu het vermogensrecht vooral gericht is op het terugdraaien in geldelijke zin naar de oude en hypothetische toestand, staat het vermogensrecht vijandig tegenover overcompensatie van de benadeelde.[15] De benadeelde mag

7 Vgl. Wils 2003b, p. 473-488; Wils 2002, p. 13-21; Wils 2005. Wils ziet ter voorkoming van schendingen van het mededingingsrecht meer in de oplegging van zeer hoge boetes. In zijn visie gaat van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te weinig preventieve werking uit. Daarnaast is de privaatrechtelijke handhaving is zijn visie ook onvoldoende effectief (met name bij geheime kartels). Zie Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 18-19.

8 Vgl. Van Boom 2007, p. 985.

9 Van Boom 2007, p. 982-991.

10 Van Boom 2007, p. 986.

11 Hartlief 2007, p. 915; Hartlief 2008, p. 772; Van Boom 2008, p. 765-767.

12 Van Boom 2007, p. 988.

13 Van Boom 2007, p. 986-987.

14 Van Boom 2007, p. 989; Hartlief 2008, p. 772; Croiset van Uchelen 2008, p. 801. Van Boom geeft de voorkeur aan de aanduiding 'effectuerende vergoeding' in plaats van het beladen begrip 'punitieve schadevergoeding' of *punitive damages*. Van Boom 2007, p. 989.

15 Van Boom 2007, p. 985.

in financiële zin niet beter worden van de overtreding van het mededingingsrecht. In de praktijk betekent dit dat de te verwachten opbrengsten van een schending van het mededingingsrecht voor de laedens veelal zullen opwegen tegen de te verwachten kosten die mogelijke schadevergoedingsvorderingen met zich meebrengen.[16] Dit betekent dat de laedens de schending van het mededingingsrecht op grond van een rationele kosten-baten analyse niet zal beëindigen, zolang de baten opwegen tegen de mogelijke kosten. Het restitutiekenmerk brengt ook met zich mee dat preventie in het gedrang kan komen omdat de gelaedeerden die schadevergoeding vorderen reële schade en causaal verband tussen de schending van het mededingingsrecht en de geleden schade moeten bewijzen. Dit kan een zodanig obstakel vormen, dat de vordering tot verkrijging van schadevergoeding geen doelmatig handhavingsinstrument meer is.[17] Zonder reële schade en causaal verband blijven schendingen van het mededingingsrecht namelijk civielrechtelijk onbeantwoord.[18]

Voor wat betreft de preventieve werking kan de rol van vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding hoogstens aanvullend zijn. Van de bestuursrechtelijke handhaving (hoge boetes en dwangsommen voor ondernemingen, persoonlijke boetes voor degenen die tot de schending van het mededingingsrecht opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven), de mogelijke strafrechtelijke handhaving (gevangenisstraf voor degenen die tot de schending van het mededingingsrecht opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven) en de vrees voor reputatieverlies door morele verontwaardiging van het publiek gaat een grotere preventieve werking uit. Wel kan met een verbods- of gebodsactie worden bereikt dat de mededingingsbeperkende gedraging wordt gestaakt of wordt voorkomen. Verbods- of gebodsactie zien meer op de beëindiging van een schending van het mededingingsrecht (speciale of concrete preventie) dan op generale preventie, afschrikking en straf, maar er kan wel schade mee worden voorkomen. Dit is uiteraard van belang, nu het voorkomen van schade beter is dan het genezen van schade. In de praktijk spelen verbods- en gebodsacties zich vooral af voor de voorzieningenrechter in kort geding.

11.2.2.2 Particuliere belangen komen niet altijd overeen met het maatschappelijk belang

De privaatrechtelijke handhaving kan de publiekrechtelijke handhaving ook niet vervangen vanuit het perspectief van het algemeen maatschappelijk belang. Particuliere of private belangen komen niet per definitie overeen met het algemeen maatschappelijk belang. Private partijen zullen over het algemeen alleen overgaan tot het instellen van een civiele procedure indien de potentiële

16 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 330.
17 Van Boom 2007, p. 987.
18 Vgl. Hartlief 2008, p. 770.

opbrengsten opwegen tegen de kosten die worden gemaakt. Indien de potentiële opbrengsten niet hoger zijn dan de kosten – en de voordelen dus niet opwegen tegen de nadelen – zullen private partijen als gevolg van rationele desinteresse onvoldoende prikkeling ondervinden om een schending van het mededingingsrecht op te sporen (bij *stand alone* acties) en een civiele procedure te beginnen (bij *stand alone* acties en *follow on* acties), terwijl dat uit maatschappelijk oogpunt wel gewenst is. Dit hangt samen met het specificiteitskenmerk van privaatrechtelijke handhaving.[19] Specificiteit brengt met zich mee dat concrete benadeelden individuele acties instellen. Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht gebeurt met het oog op een specifieke casus ten behoeve van concrete gelaedeerden, met het oog op een concrete schender van het mededingingsrecht. Ingeval de individuele gelaedeerden niet de moeite nemen om een schending van het mededingingsrecht aan de rechter voor te leggen of op andere wijze aan te pakken, zoals het voeren van onderhandelingen met als doel het bereiken van een schikking, faalt de privaatrechtelijke handhaving. Van Boom heeft reeds gewezen op het feit dat het specificiteitskenmerk er in het beste geval toe leidt dat een concreet geval van niet-naleving van de gedragsregel wordt aangepakt zonder oog voor andere gevallen, terwijl in het slechtste geval helemaal geen handhaving plaatsvindt.[20]

Onder de kosten van een civiele procedure kunnen de kosten van het procederen worden gebracht, de kosten om de omvang van de schade vast te stellen (mogelijke inzet van deskundigen) en de kosten om het causaal verband tussen de schending en de schade vast te stellen.[21] Bij *stand alone* acties dienen tevens nog de kosten te worden opgeteld om een schending van het mededingingsrecht op te sporen en te bewijzen. Onder de opbrengsten van een civiele procedure kunnen de toegekende schadevergoeding en de mogelijk betere marktpositie van de gelaedeerden worden gebracht. De betere marktpositie kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van een door de burgerlijke rechter opgelegd verbod of gebod.

Van den Bergh en Camesasca wijzen erop dat de particuliere kosten-baten analyse van het al dan niet handhaven niet per definitie overeenkomt met de maatschappelijke kosten-baten analyse.[22] Zo valt onder de maatschappelijke kosten ook de schade die wordt geleden door de gelaedeerden die zich niet aansluiten bij een civiele procedure. Tevens valt te denken aan de schade die is geleden door de gelaedeerden die geen vordering tot verkrijging van schadevergoeding instellen maar het product of de dienst wel hadden afgenomen indien de prijs op een marktconforme wijze tot stand was gekomen (zonder de schending van het mededingingsrecht). Daarnaast kan gedacht worden aan de schade die op andere wijze wordt geleden en waarbij niet direct aan

19 Van Boom 2007, p. 985, p. 988.
20 Van Boom 2007, p. 988.
21 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.
22 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.

individuele gelaedeerden een bedrag aan schadevergoeding kan worden toegekend.[23]

Bij de mogelijke verschillen tussen particuliere belangen en het maatschappelijk belang valt tevens te wijzen op andere problemen die zich bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht voordoen en die geen rol spelen bij de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Zo valt te denken aan het *free riding* probleem. Bij *free riding* laat de ene gelaedeerde het voeren van een civiele procedure liever aan de andere gelaedeerde over. Zo kan wel worden geprofiteerd van de lusten, maar hoeven de lasten niet te worden gedragen.[24] Daarnaast valt te denken aan de vrees bij individuele gelaedeerden voor mogelijke represaillemaatregelen van de laedens. Deze angst voor vergeldingsmaatregelen kan er toe leiden dat gelaedeerden geen civiele procedure beginnen tegen de laedens terwijl dat vanuit het maatschappelijk belang bezien wel nodig is.

11.2.2.3 De kosten van privaatrechtelijke handhaving zijn relatief hoog

De kosten van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kunnen hoger zijn dan de kosten van publiekrechtelijke handhaving, zodat vanuit het oogpunt van efficiëntieoverwegingen de publiekrechtelijke handhaving de voorkeur verdient.[25] De kosten omvatten onder andere de proceskosten en de kosten om aan de relevante informatie te komen. Zo is het opsporen en aantonen van een schending van het mededingingsrecht bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht moeilijk en dienen de omvang van de schade en het causaal verband tussen de schade en de schending van het mededingingsrecht te worden vastgesteld.[26] Tevens dient voorkomen te worden dat de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht voor de verkeerde doeleinden wordt gebruikt. Het ongelimiteerd instellen van vorderingen door de vermeende gelaedeerden kan een averechts effect hebben op de verwezenlijking van de doelstellingen die aan het mededingingsrecht ten grondslag liggen. Indien de maatschappelijke kosten van privaatrechtelijke handhaving de maatschappelijke opbrengsten (voordelen) ruimschoots

23 Te denken valt aan het door de laedens halen van concurrentievoordelen uit factoren buiten de markt zelf, dus zonder dat er een toegevoegde waarde tegenover staat. Dit wordt in de economie wel '*rent-seeking*' genoemd. Bij *rent-seeking* gaat het om economische processen die de bestaande koek anders verdelen en niet de koek zelf groter maken. Er wordt slechts geprobeerd ergens profijt uit halen door anderen te benadelen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de *rent-seeking* activiteiten om een monopoliepositie te verkrijgen. Indien in een bepaalde sector overwinsten behaald worden dan zullen ondernemers concurreren om de economische machtsposities te verwerven die tot deze overwinsten aanleiding geven. Deze concurrentie is niet productief en de daarmee verbonden kosten zijn reële verliezen. Zie Posner 1975, p. 807-827; Van Damme 1996, p. 19-42.

24 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331; Tzankova 2007a, p. 5, 178 en 189.

25 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.

26 Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.

overtreffen, is het niet raadzaam dat de Commissie de privaatrechtelijke handhaving wil stimuleren met bijzondere maatregelen. Te hoge kosten kunnen leiden tot de situatie dat de gedaagde alleen besluit om een schikking met de eiser overeen te komen omdat de kosten van het procederen te hoog zijn, niet omdat hij het mededingingsrecht heeft geschonden. De Commissie wil dan ook dat er door de privaatrechtelijke handhaving een *competition culture* wordt nagestreefd en geen *litigation culture*.[27]

11.2.3 Voordelen van de privaatrechtelijke handhaving

11.2.3.1 Algemeen

Ondanks zojuist genoemde nadelen van de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht, zijn aan de privaatrechtelijke handhaving ook de nodige voordelen verbonden.

Zoals in § 1.2 en § 11.2.1 is aangegeven, worden met de handhaving van mededingingsrecht drie doelstellingen nagestreefd. De eerste doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van de beëindiging van een schending van het mededingingsrecht* door bijvoorbeeld het opleggen van een rechterlijk verbod of gebod of een last onder dwangsom (speciale of concrete preventie). De tweede doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van herstel en compensatie van resterend nadeel* door bijvoorbeeld de verkrijging van schadevergoeding. De derde doelstelling is *rechtshandhaving in de vorm van (generale) preventie, afschrikking en straf* door bijvoorbeeld de oplegging van een bestuursrechtelijke boete. De privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kan substantieel bijdragen aan de verwezenlijking van deze drie doelstellingen. De voordelen van de privaatrechtelijke handhaving kunnen worden gevonden in de vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid, de aanvullende preventieve werking en de aanvulling van het handhavingstekort.

11.2.3.2 De vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid

Met de vereffenende, corrigerende of vergeldende (retributieve) rechtvaardigheid doel ik op het begrip zoals dat bekend is uit Aristoteles' *Ethica Nicomachea*. De (bijzondere) rechtvaardigheid kan worden onderverdeeld in de verdelende rechtvaardigheid en de vereffenende rechtvaardigheid.[28] De vereffenende

---

27 Vgl. *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, § 12.

28 Aristoteles maakt in zijn *Ethica Nicomachea* een onderscheid tussen de algemene rechtvaardigheid en de bijzondere rechtvaardigheid. Het begrip algemene rechtvaardigheid ziet op het gehoorzamen aan de wet. Het begrip bijzondere rechtvaardigheid ziet op de verdelende en vereffenende rechtvaardigheid.

rechtvaardigheid kan weer worden onderverdeeld in de corrigerende of vergeldende rechtvaardigheid en de ruilrechtvaardigheid, afhankelijk van de vrijwilligheid van de uitwisseling.

De vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid is vanuit het oogpunt van de bescherming van de individuele rechten van de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht van groot belang. Hoewel met behulp van privaatrechtelijke handhaving niet per definitie is af te dwingen dat schenders van het mededingingsrecht alle onrechtmatig behaalde winst afdragen of de ontstane maatschappelijke schade terugbetalen (maatschappelijke rechtvaardigheid), kan met behulp van privaatrechtelijke handhaving wel corrigerende of vergeldende rechtvaardigheid worden bereikt door de bescherming van de individuele rechten van de gelaedeerden.[29] Zo hebben de gelaedeerden in ieder geval recht op compensatie van de geleden schade.

Deze compensatie kan door de gelaedeerden alleen met behulp van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht worden verkregen. De privaatrechtelijke handhaving heeft hier dan ook ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving een belangrijke rol te vervullen. Daarnaast kan worden gedacht aan het beëindigen van schendingen van het mededingingsrecht door middel van het opleggen van een rechterlijk verbod of gebod.

11.2.3.3 De aanvullende preventieve werking en de aanvulling van het handhavingstekort

De aanvullende preventieve werking kan een rol spelen in die gevallen waarbij de publiekrechtelijke handhaving tekortschiet. De aanvullende preventieve werking van de privaatrechtelijke handhaving kan op verschillende wijzen ontstaan. In de eerste plaats kan van de privaatrechtelijke handhaving een aanvullende preventieve werking uitgaan als gevolg van het feit dat schenders van het mededingingingsrecht naast de publiekrechtelijke boetes ook het risico lopen om schadevergoeding te moeten betalen aan de gelaedeerden. De mogelijke verplichting om schadevergoeding te moeten betalen aan de gelaedeerden zorgt ervoor dat de kosten voor de schenders van het mededingingsrecht hoger worden, zodat in de uiteindelijke kosten-baten analyse het onaantrekkelijker wordt om de mededingingsregels te schenden. In de tweede plaats kan van de privaatrechtelijke handhaving enige preventieve werking uitgaan bij schendingen van het mededingingsrecht die niet publiekrechtelijk worden gehand-

29 Naast de vereffenende rechtvaardigheid speelt in het privaatrecht ook de verdelende rechtvaardigheid een rol. Te denken valt bijvoorbeeld aan het algemene matigingsrecht van art. 6:109 BW (draagkrachtbeginsel) en de invloed van leeftijd op het al dan niet kunnen toerekenen van een onrechtmatige daad (art. 6:164 BW). Zie bijvoorbeeld Nieuwenhuis 2006a, p. 75-76; Nieuwenhuis 2006b, p. 14; Nieuwenhuis 2000, p. 207; Hesselink 2005, p. 107. Lord Steyn verwoordt het in een zaak over *wrongful birth* als volgt: 'The truth is that tort law is a mosaic in which the principles of corrective justice and distributive justice are interwoven', Zie *Mc Farlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 *AC* 59.

haafd. Dit kan het het gevolg zijn van een gebrek aan middelen bij de mededingingsautoriteiten en het stellen van andere prioriteiten. Te denken valt aan het gebrek aan publiekrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties (zie nader mijn bespreking in § 11.12). Het publiekrechtelijke handhavingstekort kan in dergelijke gevallen worden aangevuld met de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Tevens kan de privaatrechtelijke handhaving in sommige situaties sneller tot concreet resultaat leiden dan de publiekrechtelijke handhaving. Te denken valt aan het instellen van verbods- en gebodsacties voor de voorzieningenrechter in kort geding.[30]

Privaatrechtelijke handhaving kan ook leiden tot de verhoging van een mededingingscultuur en van het bewustzijn van de mededingingsregels.[31] Deze verhoging van het bewustzijn van de mededingingsregels kan weer leiden tot een grotere preventieve werking en betere naleving van het mededingingsrecht door ondernemers.

11.2.4 Conclusie

Aan de privaatrechtelijke handhaving zijn ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving de nodige nadelen maar ook de nodige voordelen verbonden. Er hoeft echter geen keuze te worden gemaakt tussen enerzijds een systeem van volledige publiekrechtelijke handhaving en anderzijds een systeem van volledige privaatrechtelijke handhaving. Privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving kunnen elkaar aanvullen en versterken. Zo kunnen de voordelen van de publiekrechtelijke handhaving worden gecombineerd met de voordelen van de privaatrechtelijke handhaving. De nadelen van de publiekrechtelijke handhaving kunnen deels door de privaatrechtelijke handhaving worden ondervangen en de nadelen van de privaatrechtelijke handhaving kunnen deels door de publiekrechtelijke handhaving worden ondervangen. Gelet op de vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid, de aanvullende preventieve werking en de aanvulling van het handhavingstekort, kan worden geconcludeerd dat de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nuttig en noodzakelijk is.

---

30 Bij de publiekrechtelijke handhaving kan de gelaedeerde bijvoorbeeld de oplegging van een voorlopige last onder dwangsom (art. 83 Mw) verzoeken bij de NMa. Het kan echter geruime tijd duren voordat de NMa een beslissing neemt op een aanvraag tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom. Zie § 11.3.5.

31 Kemper 2004, p. 11. Kemper beschouwt het ontstaan van meer jurisprudentie van de burgerlijke rechter op het gebied van mededingingsrecht en schadeberekening ook als voordeel van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De toename van het aantal uitspraken van de burgerlijke rechter zou in zijn visie kunnen leiden tot meer rechtszekerheid voor ondernemers en consumenten.

11.3 Privaatrechtelijke rechtsfiguren om het mededingingsrecht te handhaven

11.3.1 Inleiding

In dit onderzoek is gebleken dat verschillende rechtsfiguren in aanmerking komen om het mededingingsrecht door middel van technieken uit het privaatrecht te handhaven. Zo kan een vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst, besluit of andersoortige rechtshandeling worden ingesteld,[32] maar ook een vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking.[33] Daarnaast behoort een vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald tot de mogelijkheden,[34] al dan niet ingesteld via een collectieve actie.[35] Het betreft in dat geval de teruggave van de geldsom die onverschuldigd is betaald. Tevens kan een vordering tot verkrijging van een voorlopige voorziening worden ingesteld. Een vordering tot verkrijging van een voorlopige voorziening kan strekken tot verkrijging van een rechterlijk verbod of gebod betreffende bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen.[36] Naast het rechterlijk verbod en gebod kan een verklaring voor recht worden gevorderd waarin de schending van het mededingingsrecht wordt vastgesteld (declaratoir vonnis). Een dergelijke verklaring voor recht kan ook in een collectieve actie worden gevorderd.[37]

11.3.2 De vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst

Indien wordt gekeken naar het aantal civielrechtelijke uitspraken van nationale rechters, dan valt op dat voornamelijk een beroep wordt gedaan op het mededingingsrecht als verweermiddel bij een vordering tot nakoming van een contractuele afspraak. De verweerder doet in dergelijke situaties een beroep op de nietigheid van de mededingingsbeperkende overeenkomst op grond van artikel 81 lid 2 EG of artikel 6 lid 2 Mw. Ik noem dit de defensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

Hardcore schendingen van mededingingsrecht (zoals prijsafspraken of marktverdelingsafspraken) zullen veelal niet in een juridisch bindende overeenkomst zijn vastgelegd. Een dergelijke overeenkomst kan, indien in handen geraakt van een mededingingsautoriteit of vermeende gelaedeerden, te makkelijk als bewijsmateriaal worden gebruikt om de verboden mededingingsbeper-

32 § 2.3.3.3, § 2.3.4.5 en § 11.3.2.
33 Zie voor de vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad § 7.1 t/m § 7.12 en § 11.3.3.2. Zie voor de vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking § 7.13.2 en § 11.3.3.3.
34 § 7.13.3 en § 11.3.4.
35 § 8.3.3.
36 § 8.3.1 en § 11.3.5.
37 § 8.3.2 en § 11.3.6.

kende afspraken aan te tonen. De betrokken ondernemingen (en degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven) zullen hun mededingingsbeperkende afspraken doorgaans zo goed mogelijk geheim proberen te houden om aan een bestuursrechtelijke boete en andere maatregelen van de Commissie, de NMa of een buitenlandse mededingingsautoriteit te ontkomen. In de gevallen waarbij de verboden mededingingsbeperkende afspraken wel in een juridisch bindende overeenkomst zijn vastgelegd, speelt de nietigheidssanctie voor contractpartijen niet altijd een doorslaggevende rol. In de eerste plaats neemt de bereidheid voor contractpartijen om een beroep te doen op de schending van het mededingingsrecht af naarmate het economische gewicht van de commerciële relatie toeneemt.[38] De wederzijdse afhankelijkheid kan te groot zijn. In de tweede plaats komt het voor dat contractpartijen überhaupt niet op de hoogte zijn van het feit dat er bepalingen in de desbetreffende overeenkomst staan die in strijd zijn met het mededingingsrecht.

De defensieve nietigheidssanctie heeft voor gedupeerde derden van een schending van het mededingingsrecht over het algemeen weinig waarde. De gedupeerde derden zijn gewoonlijk geen contractpartij bij een mededingingsbeperkende overeenkomst. Zij hebben dan ook veel meer aan offensieve remedies zoals de vordering tot verkrijging van schadevergoeding of de vordering tot verkrijging van een voorlopige voorziening, waarbij een rechterlijke verbod of gebod betreffende bepaalde mededingingsbeperkende gedragingen wordt opgelegd.[39]

11.3.3 De vordering tot verkrijging van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking

11.3.3.1 Algemeen

Elke particulier moet zich volgens het arrest *Courage/Crehan* in rechte op schending van artikel 81 lid 1 EG kunnen beroepen.[40] Ondernemingen en consumenten die het slachtoffer zijn van een schending van de mededingingsregels hebben recht op schadevergoeding. Zij vinden daarbij, zoals onder meer in dit boek duidelijk is geworden, de nodige obstakels op hun weg.

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht dient gebruik te worden gemaakt van het instrumentarium dat het nationale burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht bieden. Het nationale recht moet wel aan de communautaire minimumvereisten voldoen. De regels die van toepassing zijn in een mededingingsrechtelijk geschil met een communautaire dimensie

38 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 100.
39 Eilmansberger 2007, p. 433.
40 § 7.4.

mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel, ook wel genoemd het non-discriminatie of assimilatiebeginsel). Tevens mogen 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 maken (effectiviteitsbeginsel of doeltreffendheidsbeginsel).

Het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in het rechtens handhaven van aanspraken.[41] Het belangrijkste doel van het schadevergoedingsrecht is gelegen in het zoveel mogelijk bewerkstelligen van de situatie zoals die zou hebben bestaan indien de normschending niet had plaatsgevonden.[42] Financiering van herstel en compensatie van resterend nadeel zijn de functies die worden vervuld door vergoeding in geld.

Naast het doel om de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de laedens zijn rechtsplicht om het mededingingsrecht niet te schenden was nagekomen (compensatie), zijn er naar Nederlands recht nog andere doeleinden van schadevergoeding te noemen. Te denken valt aan rechtshandhaving, preventie, straf, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking.[43] Naast de compensatiefunctie zijn de rechtshandhavingsfunctie en de preventiefunctie vanuit beleidsmatig perspectief het meest van belang voor het streven naar een werkelijke mededinging in Nederland en de EU.[44] De Commissie, het HvJ EG en de nationale wetgever beschouwen de vordering tot schadevergoeding als privaatrechtelijk handhavingsinstrument.

11.3.3.2 Onrechtmatige daad

Voor het slagen van een actie uit onrechtmatige daad van de gelaedeerde jegens de schender van het mededingingsrecht, dient aan de gebruikelijke eisen van een actie uit onrechtmatige daad te worden voldaan. Zo moet sprake zijn van een onrechtmatige daad van de laedens door te handelen in strijd met het mededingingsrecht, de onrechtmatige daad (het handelen in strijd met het mededingingsrecht) moet toerekenbaar zijn aan de inbreukmaker, de gelaedeerde van de mededingingsinbreuk moet schade hebben geleden, er moet sprake zijn van causaal verband tussen het handelen in strijd met het mededingingsrecht en de schade die de gelaedeerde heeft geleden en er moet voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste.[45]

Naast geleden verlies en gederfde winst komen voor vergoeding in aanmerking de redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en

41 § 7.2.1.
42 § 7.2.1.
43 § 7.2.2.
44 § 7.3.1.
45 § 7.6.

de wettelijke rente.[46] De rechter begroot de schade op grond van artikel 6:97 BW op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Er zijn verschillende methoden beschikbaar om de schade als gevolg van het kartel te berekenen (zie § 7.7.3). Een ingewikkeld probleem bij de begroting van (mededingings)schade vormt het *passing-on* verweer. Zolang een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding niet mogelijk is, is het goed verdedigbaar dat de nationale rechter bij de beoordeling van het *passing-on* verweer dient uit te gaan van een abstract schadebegrip.[47]

Eventueel kan de rechter op vordering van de gelaedeerde geheel of gedeeltelijk schadevergoeding in een andere vorm dan geld toekennen (artikel 6:162 BW jo artikel 6:103 BW). Op deze manier kan de benadeelde feitelijk in de toestand worden gebracht alsof de schending van het mededingingsrecht zou zijn uitgebleven. Te denken valt bijvoorbeeld aan een veroordeling tot contractsluiting of levering als schadevergoeding in natura. Een veroordeling tot contractsluiting of levering kan uiteraard ook worden verkregen via de route van het rechterlijk verbod of gebod ex artikel 3:296 BW.

11.3.3.3 Ongerechtvaardigde verrijking

De gelaedeerde van een mededingingsinbreuk kan naast of in plaats van de vordering uit onrechtmatige daad een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking instellen. Een verrijking die haar grondslag heeft in een rechtshandeling is in beginsel niet ongerechtvaardigd. Denk aan de koopovereenkomst die is gesloten tegen een te lage of juist te hoge prijs. Op het moment dat de overeenkomst nietig is wegens strijd met het kartelverbod van artikel 6 Mw of artikel 81 EG kan sprake zijn van ongerechtvaardigde verrijking. Dit kan ook het geval zijn bij ondernemingen die misbruik maken van een economische machtspositie.

Daarnaast is het denkbaar dat door de gelaedeerde een beroep wordt gedaan op de vernietigbaarheid van de overeenkomst wegens een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW (bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden) of artikel 6:228 BW (dwaling). Dit is vooral van belang bij verticale overeenkomsten tussen de afnemer of leverancier enerzijds en de partij die deelneemt aan een horizontale kartelovereenkomst met een of meer andere partijen anderzijds. Bij een schending van het mededingingsrecht zijn de meest voor de hand liggende wilsvormingsgebreken bedrog en dwaling. Het is goed voorstelbaar dat alleen het deel van de overeenkomst dat het gevolg is van de schending van het mededingingsrecht wordt vernietigd op grond van dwaling of bedrog. De partiële nietigheid die het gevolg is van door een vernietiging ontstane nietigheid zorgt er dan voor dat alleen het deel van de overeenkomst blijft bestaan dat onder normale marktomstandigheden tot stand

46 § 7.7.3.1 en § 7.11.
47 § 7.9.1.4.

zou zijn gekomen. De benadeelde afnemer of opdrachtgever kan – voor wat betreft het deel van de overeenkomst dat het gevolg is van de schending van het mededingingsrecht – een vordering instellen tegen de verkoper of opdrachtnemer op grond van ongerechtvaardigde verrijking.[48]

Bij de dwaling behoren de buitengerechtelijke wijziging (de wederpartij kan een voorstel doen om de gevolgen van de rechtshandeling zodanig te wijzigen dat het nadeel op afdoende wijze wordt opgeheven ex artikel 6:230 lid 1 BW) en de gerechtelijke wijziging (de rechter kan op verlangen van een der partijen in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van dit nadeel wijzigen ex artikel 6:230 lid 2 BW) ook nog tot de mogelijkheden.[49]

11.3.4 De vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald

Een overeenkomst die onder het verbod valt van artikel 81 lid 1 EG of artikel 6 lid 1 Mw (en niet kan profiteren van een vrijstelling ex artikel 81 lid 3 EG of artikel 6 lid 3 Mw), is van rechtswege geheel of gedeeltelijk nietig op grond van artikel 81 lid 2 EG of artikel 6 lid 2 Mw. De overeenkomst die met een onderneming wordt gesloten die misbruik maakt van een economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG of artikel 24 Mw (en het misbruik bestaat uit het sluiten van de overeenkomst) zal op grond van artikel 3:40 BW nietig zijn wegens strijd met een dwingende wetsbepaling (artikel 3:40 lid 2 BW indien het gaat om het verrichten van de rechtshandeling, de contractsluiting) of wegens strijd met de goede zeden of openbare orde (artikel 3:40 lid 1 BW indien het gaat om de inhoud van de rechtshandeling, de prestaties waartoe men zich verplicht).[50] Voor wat betreft strijd met artikel 82 EG kan verdedigd worden dat de nietigheid reeds voortvloeit uit een analoge toepassing van artikel 81 lid 2 EG.[51] Tevens kan sprake zijn van gehele of gedeeltelijke nietigheid van de overeenkomst tussen de onderneming die misbruik maakt van een machtspositie en de afnemer van goederen of diensten op grond van de vernietiging van de overeenkomst wegens een wilsgebrek in de zin van artikel 3:44 BW (bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden) of artikel 6:228 BW (dwaling).[52] Het gedeelte van de prijs boven een normaal marktniveau (de *overcharge*) kan onverschuldigd zijn betaald.

---

48 De vordering op grond van art. 6:212 BW is niet uitgesloten op de enkele grond dat tussen partijen een contractuele verhouding bestaat. Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 362.

49 Zie voor misbruik van omstandigheden de vergelijkbare mogelijkheden in art. 3:54 lid 1 en lid 2 BW.

50 § 2.3.4.5.

51 § 2.3.4.5.

52 § 7.13.

Het rechtsgevolg van onverschuldigde betaling bestaat uit het ontstaan van een verbintenis tot ongedaanmaking van de verrichte prestatie (artikel 6:203 BW).[53] De vordering uit onverschuldigde betaling strekt dan ook tot nakoming van de ongedaanmakingsverbintenis. De partij die heeft gepresteerd op grond van een nietige overeenkomst heeft recht op terugbetaling van hetgeen onverschuldigd (zonder rechtsgrond) is betaald (de prestatie die jegens een ander is verricht). In mededingingszaken zal veelal door de afnemer teveel zijn betaald voor goederen of diensten. De onverschuldigde betaling betreft dan de teveel betaalde geldsom (bij gedeeltelijke nietigheid van de overeenkomst dat deel van de prestatie dat zonder de schending van het mededingingsrecht niet was betaald) of de gehele geldsom (bij volledige nietigheid van de overeenkomst). De vordering tot ongedaanmaking van hetgeen onverschuldigd is betaald zal bij de (van rechtswege) nietigheid van een verboden mededingingsbeperkende overeenkomst neerkomen op de vordering tot teruggave van de onverschuldigd betaalde geldsom, althans teruggave van een gelijk bedrag.

11.3.5 De vordering tot verkrijging van een rechterlijk verbod of bevel (verbods- of gebodsactie)

De gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht kan een rechterlijk verbod vorderen om een bepaalde onrechtmatige handeling te verrichten. Tevens kan een rechterlijk bevel (gebod) worden gevorderd om een bepaalde handeling te verrichten waarvan het nalaten onrechtmatig zou zijn (artikel 3:296 BW). Met een verbods- of gebodsactie kan worden bereikt dat de mededingingsbeperkende gedraging wordt gestaakt of wordt voorkomen. Zo kan de gelaedeerde aan de rechter vragen om de laedens een verbod op te leggen nog langer het mededingingsrecht te schenden (denk bijvoorbeeld aan een verbod om levering te weigeren). Tevens kan de gelaedeerde aan de rechter vragen om de laedens een bevel op te leggen om een handeling te verrichten waarvan het nalaten in strijd zou zijn met het mededingingsrecht. Te denken valt bijvoorbeeld aan een gebod om te leveren of te contracteren ingeval de wederpartij in strijd met de mededingingsregels weigert te leveren of te contracteren.[54] Naast het rechterlijk verbod of bevel zal vaak een dwangsom worden gevorderd (artikel 611 a-i Rv). Bij een contracteerplicht of leveringsplicht die in een specifieke wetsbepaling staat (directe contractdwang of directe

53 De wet en de heersende leer gaan uit van de gedachte dat de vordering uit onverschuldigde betaling niet zozeer gericht is op ongedaanmaking van een verrijking, maar op het terugdraaien van hetgeen zonder rechtsgrond is gepresteerd, een herstel in de oude toestand. Zie *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 803 e.v; Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 315-317.

54 Zippro 2001; Houben 2005, p. 306.

leveringsplicht), kan ook een vordering tot nakoming ex artikel 3:296 BW worden ingesteld.[55]

Een rechterlijk verbod of bevel kan uiteindelijk door executie geldend worden gemaakt (artikelen 3:297-3:301 BW). Zie bijvoorbeeld de reële executie tot het verrichten van een rechtshandeling zoals bij contractdwang (artikel 3:300 BW), de reële executie waarbij de schuldeiser door de rechter wordt gemachtigd om zelf ten koste van de schuldenaar datgene te bewerken waartoe nakoming zou hebben geleid of om hetgeen in strijd met een verplichting tot nalaten is verricht teniet te doen (artikel 3:299 BW) en de reële executie met behulp van de sterke arm tot afgifte van roerende zaken die geen registergoederen zijn (artikelen 491-500 Rv).[56]

In de praktijk spelen verbods- en gebodsacties zich vooral af voor de voorzieningenrechter in kort geding. Bij dergelijke verbods- of gebodsacties behoeven minder elementen te worden bewezen. Vereist is een reële dreiging van een onrechtmatige daad. Dreiging van schade behoeft niet te worden bewezen (artikel 3:296 BW). Uiteraard dient de eiser wel voldoende belang bij zijn vordering te hebben (artikel 3:303 BW).

Het indienen van een vordering tot verkrijging van een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter in kort geding is voor de eiser veelal nuttiger dan het indienen van een aanvraag tot het opleggen van een (voorlopige) last onder dwangsom bij een mededingingsautoriteit. Zo kan het geruime tijd duren voordat de NMa een beslissing neemt op een aanvraag tot het opleggen van een voorlopige last onder dwangsom (artikel 83 Mw). De voorzieningenrechter heeft hier dan ook een belangrijke taak te vervullen die de nodige verantwoordelijkheid met zich meebrengt voor het waarborgen van de individuele rechtsbescherming van mogelijke gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht.

11.3.6 De vordering tot verkrijging van een verklaring voor recht

Met behulp van een collectieve actie kan een verklaring voor recht worden gevorderd waarin wordt verklaard dat het mededingingsrecht is geschonden (declaratoir vonnis). Een dergelijke uitspraak zou individuele gelaedeerden behulpzaam kunnen zijn bij het uiteindelijk verkrijgen van schadevergoeding. Wel dient rekening te worden gehouden met het feit dat het gezag van gewijsde (de bindende kracht van het vonnis) alleen geldt tussen de partijen die betrokken waren bij de procedure die heeft geleid tot de verklaring voor recht

55 Zippro 2001; Houben 2005, p. 306-307.
56 Houben 2005, p. 308-309.

waarin de schending van het mededingingsrecht is vastgesteld.[57] Alleen voor die partijen (de laedens en de belangenorganisatie) geldt dat in latere procedures tussen dezelfde partijen onbetwistbaar is hetgeen de rechter omtrent de rechtsbetrekking tussen partijen in zijn vonnis (de verklaring voor recht dat het mededingingsrecht al dan niet is geschonden) heeft beslist.

11.4 De rol van de rechter onder het regime van Verordening 1/2003

Als gevolg van de modernisering van het mededingingsrecht is de rol van de rechter voor wat betreft de toepassing van artikel 81 EG (en als gevolg daarvan ook de toepassing van artikel 6 Mw) veranderd onder het regime van Verordening 1/2003.[58] De rechter hoeft niet meer te onderzoeken of het om een aanmeldingsplichtige overeenkomst gaat en of de overeenkomst daadwerkelijk is aangemeld bij de Commissie. Het machtigingssysteem is vervangen door een systeem van wettelijke uitzonderingen met controle achteraf. Vroeger was het verboden, tenzij het toegestaan was na aanmelding bij de Commissie. Nu is het toegestaan, zolang het niet verboden is.[59]

Verordening 1/2003 berust op de afschaffing van het systeem van machtiging en aanmelding, een gedecentraliseerde toepassing van het mededingingsrecht en een versterking van de controle achteraf.[60] Het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van artikel 81 lid 3 EG is onder Verordening 1/2003 verdwenen. Naast de nationale mededingingsautoriteiten zijn ook de nationale rechters bevoegd om te oordelen of een overeenkomst voldoet aan de voorwaarden zoals gesteld in het derde lid van artikel 81 EG.[61]

11.5 De gevolgen van de modernisering van het mededingingsrecht voor de privaatrechtelijke handhaving

De afschaffing van het notificatiesysteem – als gevolg van de invoering van Verordening 1/2003 – is niet voldoende voor een succesvol systeem van privaatrechtelijke handhaving. De invoering van Verordening 1/2003 en de daarmee gepaard gaande afschaffing van het notificatiesysteem hebben dan ook nog niet geleid tot een substantiële toename van de privaatrechtelijke

57 Zie over het gezag van gewijsde onder meer Veegens 1972; Star Busmann/Rutten 1972, nrs. 391-393; Asser/Anema & Verdam 1953, p. 291-376; Gras 1994; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, nr. 60; Hugenholtz/Heemskerk 2006, nr. 121-122 en de daar genoemde literatuur.

58 Zie hoofdstuk 5.

59 § 5.4.2; Van den Bossche 2000, p. 152.

60 § 5.4.1.

61 § 5.4.2.

handhaving van het mededingingsrecht. Het notificatiesysteem heeft de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (in het bijzonder schadevergoedingsacties) nooit onmogelijk gemaakt. Met de notificatie onder Verordening 17 kon worden bereikt dat de nationale rechter de zaak diende aan te houden tot de Commissie een besluit had genomen (*Delimitis*), maar de notificatie kon niet leiden tot de voorlopige geldigheid van de overeenkomst en kon uiteindelijk ook niet werken als afweermiddel tegen acties van de gelaedeerden tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.[62] Nu de rechter onder Verordening 1/2003 de onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG vallende mededingingsbeperkende afspraak dient te toetsen aan artikel 81 lid 3 EG, zou zelfs kunnen worden gezegd dat de laedens een extra verdedigingslinie kan opwerpen tegen de vordering van de gelaedeerde van een mededingingsovertreding.[63]

11.6 De visie van de Europese Commissie; handhaving door particulier initiatief

Ten aanzien van de handhaving van het mededingingsrecht ziet de Commissie een belangrijke taak weggelegd voor de handhaving door particulier initiatief (de handhaving door benadeelde particulieren). Reeds in 1961 heeft het Europees Parlement ervoor gepleit dat er speciale regels moeten worden ingevoerd, die het mogelijk zouden maken dat gelaedeerden een vordering tot verkrijging van schadevergoeding in kunnen stellen tegen schenders van het mededingingsrecht.[64] De Commissie heeft destijds echter geen bijzondere regels voorgesteld aan de Raad. Sinds 1973 heeft de Commissie met enige regelmaat verdedigd dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, in het bijzonder de vordering tot verkrijging van schadevergoeding, de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kan ondersteunen.[65] In de considerans nr. 7 bij Verordening 1/2003 staat te lezen dat de nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van de communautaire mededingingsregels een wezenlijke taak vervullen. Zij beschermen volgens de considerans de uit het Gemeenschapsrecht voortvloeiende subjectieve rechten door geschillen tussen particulieren te beslechten, met name door aan de slachtoffers van inbreuken schadevergoeding toe te kennen.[66]

---

62 Eilmansberger 2007, p. 434; Mäsch 2003, p. 825.

63 Eilmansberger 2007, p. 434.

64 *PbEG* 1410/61, punt 11. Zie Wils 2005, p. 115.

65 § 7.3.1. Zie het antwoord van 10 april 1973 op een schriftelijke vraag (nr. 519/72) van Vredeling, *PbEG* 1973, C 67/55. Zie Wils 2005, p. 115. Zie voor een overzicht ook de opsomming in voetnoot 112 bij de conclusie van de AG Van Gerven van 27 oktober 1993 in HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92 *(Banks)*, *Jur.* 1994, p. I-1209.

66 § 7.3.1.

De Commissie ziet de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht tegenwoordig zelfs als volwaardig substituut voor de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten willen zich primair richten op de bestrijding van de belangrijkste *hardcore* schendingen van het kartelverbod en de ernstige gevallen van misbruik van een economische machtspositie. De privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zou moeten zorgen voor de handhaving van alle overige schendingen van het mededingingsrecht.

Om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht beter te laten werken, heeft de Commissie een Groenboek uitgebracht waarin allerlei ideeën staan om het makkelijker te maken schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht te krijgen.[67] In het in 2008 verschenen Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels is een keuze gemaakt voor bepaalde in het Groenboek voorgestelde opties en zijn die opties nader uitgewerkt.[68]

De gepresenteerde voorstellen in het Groenboek en het Witboek richten zich louter op schadevergoedingsacties. De privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht beslaat echter een breder terrein dan alleen het instellen van schadevergoedingsacties. Zo valt te denken aan verbods- of gebodsacties waarmee kan worden bereikt dat de mededingingsbeperkende gedragingen worden gestaakt of worden voorkomen (§ 11.3.5). Deze acties zijn naar Nederlands recht mogelijk, maar zeker in de gevallen waarbij het om niet-*hardcore* restricties gaat en een nader marktonderzoek nodig is (bestaande uit het maken van een marktafbakening en het maken van een vergelijking tussen de marktsituatie voor en na de afspraak), leiden verbods- of gebodsacties niet altijd tot het gewenste resultaat. Een voorlopige voorziening leent zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter in kort geding vaak niet voor een ingewikkeld marktonderzoek. Het verdient aanbeveling dat de Commissie de voorstellen betreffende de verbetering van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht in een breder perspectief plaatst, zodat de eenzijdige focus op schadevergoedingsvorderingen wordt verruimd.

---

67 § 4.5.5.

68 § 4.5.6. Witboek, COM/2008/165 def. Zie ook *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404 en de *Impact assessment of the White Paper on EC antitrust damages actions*, SEC (2008) 405; SEC (2008) 406.

11.7 De rechtvaardiging voor speciale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht

11.7.1 Fundamentele vragen en enkele kanttekeningen

Het Groenboek en het daarop volgende Witboek blijven de fundamentele vraag oproepen waarom de verkrijging van schadevergoeding naar aanleiding van inbreuken op mededingingsregels wél door middel van speciale regels behoort te worden gestimuleerd en de verkrijging van schadevergoeding vanwege andere schendingen van communautaire normen niet. Te denken valt bijvoorbeeld aan communautaire milieunormen en aanbestedingsnormen waar geen speciale regels voor worden ontworpen, terwijl ze wel van belang zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het EG-Verdrag.[69] Een belangrijke vraag is dan ook hoe de speciale regels voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht (zoals voorgesteld in het Groenboek en het Witboek) zich verhouden tot de privaatrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht in het algemeen.[70] Hierbij doet zich de vraag voor of de voorstellen in het Groenboek en het Witboek een eerste stap vormen in een bredere aanpak van de privaatrechtelijke handhaving van het gemeenschapsrecht, of dat het een ontwikkeling op zichzelf is die losstaat van de handhaving van andere deelgebieden van het gemeenschapsrecht.[71] In het eerste geval zal dat leiden tot meer eenheid in het Europees aansprakelijkheidsrecht.[72] In het tweede geval zal dat leiden tot minder eenheid en meer verscheidenheid in het Europees aansprakelijkheidsrecht.

Naast andere schendingen van *communautaire* normen kan ook worden gedacht aan andere schendingen van *nationale* normen.[73] Zijn de belangen van de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht belangrijker dan de belangen van de geleaedeerden van andere gedragingen die naar Nederlands recht onrechtmatig zijn? Is bijvoorbeeld een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm in het nationale recht niet ernstiger dan een schending van de mededingingsregels? Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de bestaande instrumenten van privaatrecht niet reeds voldoende mogelijkheden bieden om het mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken te handhaven. Tevens kan verdedigd worden dat het bij privaat-

69 Zippro 2006, p. 607-608. Zie het adviescommentaar van de Nederlandse Orde van Advocaten op het Groenboek, COM/2005/672 def. (www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/adviezen.asp, nr. 465, p. 2).

70 Van Dam 2006, nr. 1217, p. 345. Zie over de privaatrechtelijke handhaving van gemeenschapsrecht HvJ EG 17 september 2002, zaak C-253/00 *(Muñoz/Frumar)*, *Jur.* 2002, p. I-7289, *NJ* 2003, 702, m.nt. MRM. Het arrest is besproken in § 7.5 (harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid).

71 Van Dam 2006, nr. 1217, p. 345.

72 Zippro 2005a, p. 203.

73 Zippro 2006, p. 607.

rechtelijke handhaving gaat om private belangen. Dat tevens het algemeen belang kan zijn gediend, is slechts een bijkomend voordeel maar geen doel op zich. In die visie verdienen wettelijke maatregelen, die tot doel hebben de privaatrechtelijke handhaving te stimuleren, geen steun.[74] Vanuit de coherentie van het interne burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht bezien, is het door middel van richtlijnen harmoniseren van een bepaald type vordering ook niet ideaal. Zo is als gevolg van de omzetting van diverse richtlijnen reeds een lappendeken van nicheregelingen ontstaan die op Europees niveau geharmoniseerd zijn, maar afbreuk doen aan de coherentie van het interne burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht.[75]

11.7.2 Drie rechtvaardigingsgronden voor de invoering van speciale regels

Er zijn drie redenen of rechtvaardigingsgronden te noemen om, ondanks bovenstaande vragen en kanttekeningen, toch voorstander te zijn van de invoering van speciale regels ter verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. In de eerste plaats vormen de artikelen 81 EG en 82 EG volgens het HvJ EG fundamentele bepalingen die onontbeerlijk zijn voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en in het bijzonder voor de werking van de interne markt.[76] In de tweede plaats schiet de bestuursrechtelijke handhaving door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten tekort als gevolg van de beperkte opsporings- en handhavingscapaciteit en het daarmee gepaard gaande prioriteringsbeleid.[77] Offensieve privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is gewenst om het handhavingstekort aan te vullen. In de derde plaats zijn mededingingszaken erg complex en kostbaar.[78]

Het feit dat de artikelen 81 EG en 82 EG fundamentele bepalingen zijn die onontbeerlijk zijn voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap en

74 Zie voor een dergelijk standpunt Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 99.

75 Zie bijvoorbeeld Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEG* 1998, L 166/51 (zie de art. 3:305a, 3:305c, 6:240 en 6:241 BW); Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1997, L 144/19 (zie de art. 7:7, 7:46a-46j BW) en Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 157/45, *PbEU* 2004, L 195/16 (art. 1019-1019i Rv). Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008, p. 148-149. Zie over deze communautaire eenheid en nationale verscheidenheid mijn bijdrage in BWKJ 21, Zippro 2005a, p. 181-203.

76 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur*. 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340, r.o. 36.

77 Eilmansberger 2007, p. 443. Zie ook *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, § 13.

78 Aldus ook Eilmansberger 2007, p. 443.

in het bijzonder voor de werking van de interne markt, kan een rechtvaardiging vormen voor de aanname van bijzondere wetgeving. De handhaving van de artikelen 81 EG en 82 EG is van groot belang gelet op de betekenis van deze regels voor de werking van de interne markt. De privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht kan een belangrijke rol spelen bij de aanvulling van het handhavingstekort. Voor een grotere rol van het privaatrecht bij de handhaving van mededingingsrecht kan worden aangesloten bij de door Van Boom voorgestelde drie wegen naar innovatie van effectuerend handhaven in het privaatrecht.[79] In de eerste plaats het nadrukkelijk kijken naar schadevergoeding als effectuerend instrument in plaats van compenserend instrument (schadevergoeding als *ex post* prikkel voor *ex ante* naleving). In de tweede plaats het stimuleren van collectieve acties (niet alleen verbods- en gebodsacties maar ook het vorderen van schadevergoeding of winstafdracht) en in de derde plaats het stimuleren van *ex ante* handhaving (zoals tijdige verbods- en gebodsacties). Deze drie wegen naar innovatie kunnen door de aanname van bijzondere wetgeving worden gecreëerd.

Het feit dat mededingingszaken erg complex en kostbaar zijn, hangt samen met de constatering dat het materiële mededingingsrecht niet altijd duidelijk is uitgekristalliseerd en dat in bepaalde gevallen een ingewikkelde economische beoordeling is vereist.[80] De materiële mededingingsrechtelijke normen blijven soms (te) vaag waardoor het risico op een kostbare verloren civielrechtelijke procedure zwaarder weegt dan het mogelijke voordeel dat bij winst van de procedure wordt behaald.[81] Voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is helderheid over de materiële mededingingsrechte norm dan ook van groot belang. Alleen de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, de nationale rechters, het GvEA EG en uiteindelijk het HvJ EG kunnen voldoende helderheid en richting verschaffen over de inhoud van de materiële mededingingsrechtelijke norm. Deze hindernis kan dan ook niet worden weggenomen door speciale wetgeving, die gericht is op de stimulering van het instellen van vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding wegens een schending van het mededingingsrecht.[82] Wel zal de hindernis voor de gelaedeerde(n) makkelijker te nemen zijn indien sprake is van gunstigere voorwaarden. Die gunstigere voorwaarden kunnen door de aanname van bijzondere wetgeving worden gecreëerd.

79 Van Boom 2007, p. 988-991.

80 Zie ook Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 100.

81 Eilmansberger 2007, p. 443. Zie ook *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, § 45.

82 Zie ook Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 100.

11.8 De rechtsgrondslag van een verordening of richtlijn met specifieke regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht

11.8.1 Algemeen

De omzetting van de voorgestelde opties uit het Groenboek en het Witboek in concrete wetgeving kan een probleem vormen. Het Groenboek en het daarop volgende Witboek bestaan uit een verzameling van wetgevingsvoorstellen die de hoofdgebieden van het burgerlijk recht en het burgerlijk procesrecht omvatten. Specifieke materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht moeten een rechtsgrondslag hebben in het EG-Verdrag willen ze op Europees niveau worden geregeld door de aanname van een communautaire verordening of richtlijn.

11.8.2 Artikel 83 EG

In artikel 83 EG kan wellicht een wettelijke basis worden gevonden voor de harmonisatie van de materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.[83] Hoewel de lijst met voorbeelden in artikel 83 lid 2 EG aanleiding kan geven om te twijfelen aan de geschiktheid van deze bepaling als juridische grondslag, is de lijst niet limitatief. Onder meer wordt daarin genoemd het vaststellen van de verhouding tussen nationale wetgevingen enerzijds en de bepalingen van het Europees mededingingsrecht anderzijds. Het is niet ondenkbaar dat de Gemeenschapswetgever op grond van artikel 83 EG een richtlijn of verordening aanneemt met specifieke regels voor de privaatrechtelijke handhaving

83 Zie ook HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03 *(Commissie/Raad)*, *Jur*. 2005, p. I-7879, *NJ* 2006, 210 m.nt. MRM. Gelet op de uitspraak van het HvJ EG in deze zaak (betreffende de strafrechtelijke harmonisatiebevoegdheden van de EG op het vlak van het milieustrafrecht) is het niet direct uitgesloten dat het HvJ EG art. 83 EG zal accepteren als rechtsgrondslag voor een verordening of richtlijn met specifieke regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht ten behoeve van de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. Het HvJ EG overweegt (r.o. 48): 'Deze laatste vaststelling [dat het strafrecht en het strafprocesrecht in beginsel niet tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoren, EJZ] kan de gemeenschapswetgever evenwel niet beletten om, wanneer het gebruik van doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen door de bevoegde nationale instanties een onontbeerlijke maatregel is in de strijd tegen ernstige aantastingen van het milieu, maatregelen te nemen die verband houden met het strafrecht van de lidstaten en die hij noodzakelijk acht om de volledige doeltreffendheid van de door hem inzake milieubescherming vastgestelde normen te verzekeren.'

van het mededingingsrecht.[84] Op grond van deze bepaling in het EG-Verdrag worden, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, de verordeningen 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.

De communautaire bevoegdheid voor de harmonisatie van de materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht, zal bij toepassing van artikel 83 EG liggen in het streven van de Gemeenschap naar de totstandkoming en instandhouding van een interne markt en de voor de interne markt benodigde uniforme handhaving van het Europees mededingingsrecht. De materiële normen zijn neergelegd in de artikelen 81 EG en 82 EG. Artikel 83 EG geeft een bevoegdheid om die normen nader uit te werken.[85]

11.8.3 Artikel 94 EG en artikel 95 EG

De artikelen 94 EG en 95 EG vormen mijns inziens geen toereikende rechtsgrondslag voor een algemeen Europees Burgerlijk Wetboek, maar zouden wel een toereikende rechtsgrondslag kunnen vormen voor specifieke harmoniseringsmaatregelen op het gebied van de materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.[86] De materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht dienen de instelling en de werking van de interne markt te betreffen (artikel 95 EG met betrekking tot op harmonisatie gerichte maatregelen zoals richtlijnen of verordeningen die via een medebeslissingsprocedure ex artikel 251 EG worden vastgesteld en waarbij de Raad met gekwalificeerde meerderheid van stemmen beslist) of althans rechtstreeks op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt van invloed te zijn (artikel 94 EG met betrekking tot richtlijnen die door de Raad met eenparigheid van stemmen worden vastgesteld).[87] Voor een goede werking van de interne markt lijkt een Europees Burgerlijk Wetboek niet nodig. Zo blijkt de Verenigde Staten ook zonder een uniform stelsel van privaatrecht te kunnen.[88] Harmoniseringsmaatregelen op het gebied van de materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht kunnen daarentegen

84 Zie over art. 87 EG-Verdrag (thans art. 83 EG) Hesper 1999, p. 150-151. Hij geeft ook een overzicht van auteurs die art. 83 EG al dan niet als geschikte rechtsgrondslag zien voor een uniforme regeling van aansprakelijkheid wegens schending van het Europees mededingingsrecht.
85 Vgl. Hesper 1999, p. 151.
86 Vgl. Keus 2004, p. 202.
87 Keus 2004, p. 202.
88 Keus 2004, p. 202.

wel de instelling en de werking van de interne markt betreffen of althans rechtstreeks op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt van invloed zijn. Europese marktintegratie is tenslotte een van de oorspronkelijke doelstellingen van het Europees mededingingsrecht en werd oorspronkelijk zelfs belangrijker gevonden dan economische efficiëntieoverwegingen (zie § 2.2.3). Een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het Europees mededingingsrecht is dan ook – mede gelet op het in § 11.2.3.3 en § 11.12.1 besproken handhavingstekort – uiteindelijk van belang voor het goed functioneren van de interne markt.

11.8.4 Artikel 308 EG

Ingeval de artikelen 83 EG, 94 EG en 95 EG door het HvJ EG zullen worden beschouwd als een inadequate grondslag voor de harmonisatie van de materiële en procedurele regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht, zal gebruik moeten worden gemaakt van artikel 308 EG.[89] Artikel 308 EG bepaalt dat ingeval een optreden van de Gemeenschap noodzakelijk blijkt om, in het kader van de gemeenschappelijke markt, een der doelstellingen van de Gemeenschap te verwezenlijken zonder dat het EG-Verdrag in de daartoe vereiste bevoegdheden voorziet, de Raad met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement de passende maatregelen neemt. Artikel 308 EG vereist eenparigheid van stemmen en kan dientengevolge voor de nodige problemen leiden, gelet op de kritische houding van enkele lidstaten ten opzichte van mogelijke harmoniseringsmaatregelen op het gebied van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.[90] Een vergelijking tussen het Groenboek en het Witboek laat wel zien dat de meest omstreden plannen reeds zijn geschrapt (zoals invoering van *double damages*).

89 De art. 65 EG en 67 EG vormen mijns inziens geen toereikende rechtsgrondslag voor harmoniseringsmaatregelen op het gebied van de regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. De maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen die 'in het kader van het vrij verkeer van personen en in overeenstemming met artikel 67 EG en voor zover nodig voor de goede werking van de interne markt' moeten worden genomen, gaan met name over internationaal privaatrecht en burgerlijk procesrecht. Met name voor de materiële regels betreffende de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht lijkt geen toereikende rechtsgrondslag te vinden in de art. 65 EG en 67 EG.

90 Zie ook Eilmansberger 2007, p. 441.

11.9 Het subsidiariteitsbeginsel

Indien de gemeenschapswetgever bevoegd is, dient met het oog op het subsidiariteitsbeginsel de vraag te worden gesteld of de bijzondere wetgeving op Europees (federaal) niveau of op nationaal (lidstaat) niveau moet worden geregeld. Op grond van artikel 5 EG treedt de Gemeenschap overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel slechts op indien en voorzover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.[91]

Het regelen van de bijzondere wetgeving op nationaal niveau zou kunnen leiden tot *forum shopping*, waarbij de gelaedeerden op zoek gaan naar het recht van het land waarbij de rechten die voortvloeien uit het mededingingsrecht zo goed mogelijk zijn te effectueren. De aanname van bijzondere wetgeving op nationaal niveau zal dan ook tot meer verscheidenheid tussen de lidstaten leiden bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De aanname van bijzondere wetgeving op Europees niveau zal daarentegen tot meer eenheid tussen de lidstaten leiden bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

Mede gelet op het belang van enige uniformiteit in de rechten die gelaedeerden in de EU kunnen uitoefenen op grond van een schending van het mededingingsrecht, valt te verdedigen dat een regeling op Europees niveau gerechtvaardigd is.

11.10 Botsende belangen tussen privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving

Over het algemeen biedt de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een goede ondersteuning aan de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. De invoering van speciale wetgeving ter stimulering van schadevergoedingsacties op grond van schending van het mededingingsrecht kan echter in strijd komen met een effectieve publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Deelnemers aan een kartel die een beroep willen doen op de clementieregeling zouden minder snel geneigd kunnen zijn uit de school te klappen om naderhand ingestelde schadevergoedingsacties door de slachtoffers van de mededingingsbeperkende gedragingen

91 Het subsidiariteitsbeginsel is in 1992 door het Verdrag van Maastricht in het EG-Verdrag opgenomen. Zie over het subsidiariteitsbeginsel in het kader van Verordening 1/2003 Appeldoorn 2004, p. 77-111. Zie ook de daar vermelde literatuur over de rol van het subsidiariteitsbeginsel in het Europees recht. Zie over het subsidiariteitsbeginsel in het kader van een Europees Burgerlijk Wetboek ook Keus 2004, p. 202. Rechterlijke toetsing aan het subsidiariteitsbeginsel gebeurt slechts marginaal. Zie Adriaanse 2006, p. 68-69 en de daar vermelde jurisprudentie van het HvJ EG. Zie ook Jans e.a. 2002, p. 72.

te vermijden.[92] De clementieregeling kan volledige immuniteit tegen een geldboete opleveren (punten 8-22 van de Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, clementiecategorie A van de Richtsnoeren clementie van de NMa), maar ook een vermindering van de te betalen geldboete (punten 23-30 van de Mededeling, clementiecategorieën B en C van de Richtsnoeren clementie van de NMa).

Indien de hoogte van de publiekrechtelijke boete van de mededingingsautoriteit de hoogte van de uiteindelijke schadevergoeding die dient te worden betaald aan de gelaedeerden in ruimte mate overtreft, zal de clementieregeling waarschijnlijk naar behoren blijven functioneren. Indien de speciale wetgeving het echter mogelijk maakt dat de gelaedeerden bij een *follow-on* actie aanzienlijk hogere bedragen aan schadevergoeding kunnen gaan vorderen (denk aan de invoering van *punitive damages* en de invoering van de mogelijkheid om massaclaims in te dienen) en de schadevergoeding uiteindelijk ook krijgen toegewezen, wordt het succes van de clementieregeling bedreigd.[93] Het verdient aanbeveling om in dat geval de 'verklikker' – bij een mogelijke civiele vervolgprocedure ter verkrijging van schadevergoeding – meer bescherming te geven tegen deze schadevergoedingsacties. Bij de mogelijke toekomstige invoering van *double damages* kan er bijvoorbeeld voor worden gekozen dat de partij die een publiekrechtelijke clementie ontvangt slechts *single damages* behoeft te betalen aan de gelaedeerden. De mogelijke invoering van beschermingsregels voor de verklikker dient echter niet te leiden tot de situatie dat benadeelden geen compensatoire schadevergoeding ontvangen. Om dit te voorkomen, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een systeem waarin de partij die een publiekrechtelijke clementie ontvangt pas schadevergoeding dient te betalen wanneer de gelaedeerde de schade als gevolg van de mededingingsinbreuk niet op andere deelnemers aan het kartel kan verhalen (zogenaamde achtergestelde aansprakelijkheid).[94] Zie nader mijn bespreking en voorgestelde oplossingen in § 7.12.

92 Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 2006, C 298/17; Zie voor wat betreft de NMa de Richtsnoeren clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de art. 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken d.d. 9 oktober 2007.

93 Zie bijvoorbeeld Hodges 2006, p. 1390; Eilmansberger 2007, p. 435-436; Wils 2007, p. 25-64.

94 Haak & VerLoren van Themaat 2005, p. 69.

11.11 DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN *HARDCORE* RESTRICTIES

11.11.1 Algemeen

De stimulering van zogenaamde *stand-alone* acties (het instellen van een vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens een vermeende schending van het mededingingsrecht terwijl (nog) geen actie is ondernomen door de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit) bij *hardcore* restricties zal niet per definitie tot een toename leiden van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Zoals is besproken zullen particulieren in dergelijke situaties een sterke voorkeur hebben voor de goedkopere en meer efficiënte bestuursrechtelijke handhaving door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten.

Indien de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten te weinig doen of helemaal niets doen aan een *hardcore* restrictie, zal dit uiteraard anders kunnen zijn. Voor de verkrijging van vergoeding van de schade die de gelaedeerden hebben geleden als gevolg van *hardcore* restricties blijft de privaatrechtelijke handhaving de enige mogelijkheid. Het aantal *follow-on* acties ter verkrijging van schadevergoeding kan dan ook uiteraard wel toenemen, zeker indien het makkelijker wordt om collectieve acties te beginnen.

11.11.2 Bewijsproblemen betreffende de relevante feiten

Bij *hardcore* restricties is het grootste probleem het bijeenkrijgen van het bewijs van de relevante feiten. De juridische en economische analyse die bij de beoordeling van dergelijke restricties vereist is, gaat minder ver dan bij restricties met een niet-mededingingsbeperkende strekking. Zo hoeft bij strekkingsbeperkingen veelal geen gedetailleerde marktafbakening te worden uitgevoerd.[95] Wanneer uit het onderzoek van de voorwaarden van een overeenkomst in hun juridische en economische context op zich reeds blijkt van een verstoring van de mededinging, kan er van worden uitgegaan dat deze overeenkomst tot doel heeft de mededinging te beperken of vervalsen zodat de gevolgen ervan niet behoeven te worden onderzocht. Wel kan nog een onderzoek naar de merkbaarheid nodig zijn, omdat het onder omstandigheden voorstelbaar is dat het effect van een *hardcore* restrictie op de concurrentie niet merkbaar is.

De Commissie ziet in het Groenboek en het Witboek mogelijkheden om het bijeenkrijgen van het bewijs van de relevante feiten door private partijen te faciliteren door *discovery*-procedures mogelijk te maken. Het is maar zeer de vraag of met een dergelijke procedure de gelaedeerden het bewijs van

95 § 2.3.3.2 sub e.

verboden *hardcore* restricties in handen zullen krijgen. Zelfs de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten lukt het vaak niet om tijdens een onderzoek verboden *hardcore* restricties aan te tonen (zonder hulp van 'verklikkers' die een beroep doen op de clementieregeling), terwijl zij over veel meer onderzoeksbevoegdheden beschikken om bewijs te verzamelen.[96]

11.12 DE PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN NIET-*HARDCORE* RESTRICTIES

11.12.1 Het handhavingstekort

Nu de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zich richten op *hardcore* restricties en ernstige gevallen van misbruik van een economische machtspositie, wordt de handhaving van niet-*hardcore* restricties en minder ernstige gevallen van misbruik van een economische machtspositie bijna geheel overgelaten aan het particulier initiatief (private partijen). Private partijen kunnen door middel van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht dergelijke niet-*hardcore* restricties ter beoordeling voorleggen aan de burgerlijke rechter. Niet-*hardcore* restrictie zijn echter uit juridisch en economisch perspectief veel moeilijker te beoordelen dan *hardcore* restricties. Er dient een onderzoek naar eventueel mededingingsbeperkende gevolgen te worden verricht, waarbij een (gedetailleerde) afbakening van de relevante markt dient plaats te vinden en waarbij een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de situatie voor en na de afspraak. De mededingingssituatie die het gevolg is van de afspraak wordt vergeleken met de situatie waarin de afspraak niet zou hebben bestaan. Indien uit de vergelijking van de situatie in aanwezigheid en in afwezigheid van de onderzochte gedraging of bepaling blijkt dat de eindgebruikers ten gevolge van de afspraak bepaalde voordelen zijn onthouden, dan is de afspraak mededingingsbeperkend.[97] Alleen indien de afspraak tot merkbare negatieve gevolgen voor de concurrentie leidt, is het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG van toepassing. De materiële mededingingsrechtelijke norm is er, als gevolg van de modernisering van het mededingingsrecht, niet eenvoudiger op geworden. Economische analyses zijn een steeds belangrijker rol gaan spelen bij de toepassing van artikel 81 EG en artikel 82 EG.

Niet-*hardcore* restricties tussen partijen met omvangrijke marktaandelen, waarvan de (economische en juridische) beoordeling niet eenvoudig is, worden tot nu toe nauwelijks aan de burgerlijke rechter voorgelegd.[98] Als gevolg van het feit dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten zich richten op *hardcore* restricties en ernstige gevallen van misbruik van een

96 Eilmansberger 2007, p. 453 e.v.
97 § 2.3.3.2 sub e.
98 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 100.

economische machtspositie, ontstaat op het gebied van de niet-*hardcore* restricties een handhavingstekort. Het is dan ook, gelet op het bestaande handhavingstekort, verdedigbaar dat de privaatrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties dient te worden gestimuleerd door speciale regelgeving. Hoewel niet-*hardcore* restricties minder ernstig zijn dan *hardcore* restricties (wat juist weer pleit tegen de aanname van speciale regelgeving betreffende de handhaving van niet-*hardcore* restricties), moet het mogelijk zijn dergelijke restricties voor de burgerlijke rechter te kunnen aanpakken.

11.12.2 Bewijsproblemen betreffende de merkbare mededingingsbeperkende gevolgen

Eilmansberger ziet de oplossing voor de handhaving van niet-*hardcore* restricties vooral in het verhelderen van de bewijslastregel zoals neergelegd in artikel 2 Verordening 1/2003 en het ruimhartiger aannemen van *prima facie* bewijs.[99] Ik zie het nut van de eerste oplossing niet in. De bewijslastregel hoeft niet verhelderd te worden nu artikel 2 van Verordening 1/2003 duidelijk genoeg is.[100] De partij die beweert dat een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG of artikel 82 EG is gepleegd, draagt de bewijslast van die inbreuk (de eiser). De onderneming of ondernemersvereniging die zich op artikel 81 lid 3 EG beroept, dient daarentegen de bewijslast te dragen dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan (de gedaagde). Bij toepassing van de artikelen 82 EG en 24 Mw dient door de eiser ten eerste gesteld en bewezen te worden dat sprake is van een machtspositie en dient vervolgens gesteld en bewezen te worden dat de machtspositie wordt misbruikt.

De tweede oplossing zou wel een stimulerend effect kunnen hebben op de privaatrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties. Het ruimhartiger aannemen van *prima facie* bewijs zal ertoe leiden dat de bewijslast wordt omgekeerd ten gunste van de eiser. De gedaagde zou als gevolg van de omkering van de bewijslast de relevante feiten nader dienen te analyseren. Indien de gedaagde dient aan te tonen waarom de overeenkomst niet onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG valt, kan het belemmerende effect dat de economische analyses met zich meebrengen voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht worden verzacht. Een dergelijke omkering van de bewijslast is tegelijkertijd dubieus. De gedaagde dient bij een omkering van de bewijslast aan te tonen dat de niet-*hardcore* restrictie niet tot merkbare negatieve gevolgen voor de concurrentie leidt.

Een derde oplossing om de privaatrechtelijke handhaving van niet-*hardcore* restricties te stimuleren, is gelegen in het verminderen van de kosten van een

99 Eilmansberger 2007, p. 456-457.
100 § 9.3.1.

civiele procedure voor de gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht.[101]

11.13 KOSTEN

11.13.1 Algemeen

Zoals reeds gezegd, zijn mededingingszaken erg complex en kostbaar (wat samenhangt met de constatering dat het materiële mededingingsrecht niet altijd duidelijk is uitgekristalliseerd).[102] De (proces)kosten vormen dan ook een aanzienlijk obstakel voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Het risico om bij verlies uiteindelijk een kostbare civiele procedure te moeten betalen die niets heeft opgeleverd, weegt veelal zwaarder dan het mogelijke voordeel dat bij winst van de civiele procedure wordt behaald.[103]

Juridisch gezien is de uitkomst bij niet-*hardcore* restricties vaak onzeker, ondanks de tijd en kosten die in een civiele procedure worden geïnvesteerd. De benodigde inzet van economische expertise kan de kosten van een '*stand alone*' mededingingsprocedure voor de burgerlijke rechter nog eens aanzienlijk verhogen. Daar komt bij dat de economische analyse van de deskundige, ondanks de tijd en kosten die in het onderzoek zijn gaan zitten, vaak zal worden tegengesproken door een deskundige van de wederpartij. Particulieren hebben dan ook veelal een voorkeur voor de goedkopere en meer efficiënte bestuursrechtelijke handhaving door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten. Het indienen van een klacht bij de mededingingsautoriteiten is kosteloos, in tegenstelling tot het instellen van een civiele procedure voor de nationale rechter.

Deze situatie vraagt om verbetering, mede gelet op het feit dat de Commissie en de NMa prioriteiten moeten stellen bij de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht en er als gevolg daarvan een handhavingstekort kan ontstaan. Aanvulling van dat tekort in de vorm van privaatrechtelijke handhaving is dan ook gewenst. Dit kan door het verlagen van de financiële drempels om het recht te handhaven.[104]

---

101 Zie over de proceskosten vraag I en optie 27 van het Groenboek, COM/2005/672 def. Vgl. Eilmansberger 2007, p. 457.

102 Zie ook Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 100.

103 Eilmansberger 2007, p. 443. Zie ook *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732, § 45.

104 § 8.6.

11.13.2 De introductie van *contingency fees* of *conditional fees*

De privaatrechtelijke handhaving kan worden gestimuleerd door het risico op hoge proceskosten te verminderen. Dit zou kunnen door in mededingingsrechtelijke procedures voor de burgerlijke rechter *contingency fees* (*quata pars litis* en *no cure no pay*) of *conditional fees* (*no win no fee*) te introduceren.[105] Zie in het kader van de financiering en organisatie van collectieve acties ook § 8.6.3. Bij *contingency fees* behoeft het honorarium van de advocaat alleen betaald te worden bij een succesvolle procedure (*no cure no pay*). Het honorarium wordt berekend aan de hand van de opbrengst van de procedure, bijvoorbeeld als percentage van de opbrengst (*quata pars litis*). Bij *conditional fees* behoeft het honorarium van de advocaat, evenals bij *contingency fees*, alleen betaald te worden bij een succesvolle procedure. Het honorarium wordt, in tegenstelling tot *contingency fees*, niet berekend aan de hand van de opbrengst van de procedure. In de meerderheid van de lidstaten is het niet mogelijk om als beloningsvariant te kiezen voor *contingency fees* of *conditional fees*.[106] Het verbod op *contingency fees* of *conditional fees* bestaat ook in Nederland. Een wijzigingsverordening, die in het geval van letsel- en overlijdensschade *no cure no pay* en *quota pars litis* onder voorwaarden zou toestaan, is door de Kroon bij Koninklijk besluit vernietigt wegens strijd met het algemeen belang.[107] *No cure no pay* is volgens de motivering van het besluit van de Kroon in strijd met de essentiële waarden die aan de beroepsuitoefening van de advocaat eigen zijn. De onafhankelijke beroepsuitoefening brengt met zich mee dat een advocaat geen eigen belang bij een zaak mag hebben. De advocaat zal bij *no cure no pay* zelf partij worden in het geschil omdat hij een persoonlijk (financieel) belang heeft bij de afloop van de zaak. Voor een experiment is volgens de motivering van het besluit geen plaats omdat met kernwaarde niet kan worden geëxperimenteerd. Daarnaast bestaat er volgens de motivering van het besluit geen leemte in de toegang tot het recht.

Het is de vraag of het belang van de cliënt altijd is gediend bij het huidige verbod van *contingency fees* (*quata pars litis* en *no cure no pay*) en *conditional fees (no win no fee)*. De onafhankelijkheid van de advocaat wordt niet per definitie aangetast door een alternatief betalingssysteem. Bij *contingency fees* (*no cure no pay*) kan door de tegenstanders nog verdedigd worden dat er voor de rechtszoekende enkele belangrijke nadelen aan het betalingssysteem verbonden zijn. Zo bestaat er nauwelijks meer een verband tussen de geleverde inspanning

105 § 8.6.3.

106 *Contingency fees* zijn blijkens het Ashurst-onderzoek slechts mogelijk in Tsjechië, Estland, Finland, Frankrijk (alleen als aanvulling), Hongarije, Litouwen, Slowakije en Slovenië. In Zweden zijn *contingency fees* alleen toelaatbaar in *class actions*. *Conditional fees* (*no wine no fee*) zijn blijkens het Ashurst-onderzoek slechts mogelijk in Denemarken, Estland, Finland, Griekenland, Hongarije, Ierland, Litouwen, Malta en het Verenigd Koninkrijk. Zie Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004 (Ashurst-rapport), p. 93 e.v.

107 Koninklijk besluit van 9 maart 2005, *Stb.* 2005, 123. Zie verder § 8.6.3.3.

en het in rekening gebrachte honorarium. Na een snel succes (bijvoorbeeld een relatief makkelijk bereikte schikking) kan ondanks het weinige werk toch een vast percentage van de opbrengst als honorarium in rekening worden gebracht. Met de hantering van *contingency fees* bestaat dan ook een aanzienlijk risico op excessieve declaraties, terwijl de uitkomst van het geschil niet direct het meest voordelige resultaat voor de cliënt hoeft op te leveren. Het snel bereiken van overeenstemming met de wederpartij (schikking) is voor de advocaat aantrekkelijker dan procederen, omdat met relatief weinig inspanning een aanzienlijk honorarium wordt verkregen.

Het *no win no fee* systeem voorkomt een groot deel van de nadelen die aan *contingency fees* zijn verbonden. Onder de huidige mogelijkheden mag een advocaat reeds een deel van zijn honorarium afhankelijk stellen van het resultaat, zolang de zaak maar kostendekkend is.[108] Onder een *no win no fee* systeem is het mogelijk dat het gehele honorarium afhankelijk wordt gesteld van het resultaat. Anders dan bij een systeem van *contingency fees (no cure no pay)* is de advocaat echter verplicht om uren te schrijven, zodat het voor cliënt mogelijk blijft om de declaratie te controleren. Bij het *no win no fee* systeem blijft dan ook een verband bestaan tussen de inspanning van de advocaat en het honorarium. Het mogelijk maken van een *no win no fee* betalingssysteem kan een positief effect hebben op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het vormt voor bepaalde gelaedeerden van een schending van het mededingingsrecht een aantrekkelijk alternatief voor het normale betalingssysteem, dat gebaseerd is op een vast uurtarief waarbij het behaalde resultaat geen rol speelt.

11.13.3 Verwijzing in de kosten van het geding

Het gevaar voor de eiser om bij verlies de proceskosten van de wederpartij te moeten betalen, kan de gelaedeerde afschrikken van het instellen van een civiele procedure. Volgens het Groenboek en het Witboek spelen voorschriften inzake vergoeding van de proceskosten dan ook een belangrijke rol als positieve of negatieve prikkels voor het instellen van vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding. In het kader van het recht op een doeltreffende toegang tot de rechter wordt in het Groenboek de vraag gesteld of er bijzondere voorschriften moeten worden ingevoerd om het kostenrisico voor de verzoeker te beperken. In de voorgestelde optie (optie 27) worden de in het ongelijk gestelde verzoekers slechts in de kosten verwezen wanneer zij kennelijk onredelijk hebben gehandeld door de zaak voor de rechter te brengen. Het introduceren van een dergelijke regel zou kunnen bijdragen aan de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.[109] Bij de introductie van een der-

108 § 8.6.3.5.
109 Vgl. Eilmansberger 2007, p. 451.

gelijke regel zou nog een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen *hardcore* overtredingen en niet-*hardcore* overtredingen, waarbij een dergelijke regel alleen zou gelden voor *hardcore* overtredingen.[110] In het Witboek moedigt de Commissie de lidstaten aan om procedureregels uit te werken die schikkingen aanmoedigen. Dit wordt gezien als een methode om kosten te verminderen. Zie voor de stimulering van schikkingen naar Nederlands recht reeds artikel 87 Rv (schikkingscomparitie), artikel 131 Rv (comparitie na antwoord) en artikel 3:305a lid 2 BW (collectiviteit pas ontvankelijk als eerst een schikking is beproefd). Daarnaast zouden gerechtskosten op passende wijze moeten worden vastgesteld, zodat deze geen onevenredige belemmerende werking hebben ten aanzien van schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels. Tevens moedigt de Commissie in het Witboek de lidstaten aan om de rechter de discretionaire bevoegdheid te verlenen om bij de aanvang van een proces te bevelen dat de verzoeker geen kosten zal moeten dragen, zelfs niet indien hij in het ongelijk zou worden gesteld.[111] De laatste maatregel gaan echter wel (te) ver. De invoering van een dergelijke regel zou ertoe kunnen leiden dat eisers te lichtzinnig beginnen aan een civiele procedure. Zeker gelet op het feit dat de in het gelijk gestelde gedaagde in dergelijke gevallen veelal de gehele kosten van een procedure zal moeten dragen, terwijl de in het ongelijk gestelde eiser niets hoeft te betalen. Excessief procederen, waarbij misbruik wordt gemaakt van de voordeligere positie waarin de eiser zit als gevolg van de invoering van de bijzondere wetgeving, dient te worden voorkomen. De invoering van een dergelijke regel is dan ook, gelet op de belangen van de gedaagde, niet te rechtvaardigen. De belangen van de eiser en de gedaagde dienen zo goed mogelijk in evenwicht te blijven, en niet opzij worden gezet met het oog op het publieke belang van meer privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Door de gedaagde gemaakte onredelijke of buitensporige kosten hoeven door de in het ongelijk gestelde eiser naar Nederlands recht niet te worden gedragen op grond van de forfaitaire liquidatietarieven en de mogelijkheid voor de rechter om op grond van artikel 242 Rv de kostenveroordeling te matigen.[112]

11.14 Mogelijke opbrengsten, de invoering van *punitive damages*?

Punitive damages vormen een aanmoediging voor de gelaedeerden om onrecht aan de kaak te stellen. De eventuele introductie van *punitive damages* in de vorm van *double damages* (een verdubbeling van de toegekende compensatoire schadevergoeding) zou de beloning/risicoratio aanzienlijk kunnen ver-

110 Baker 2004, p. 387.
111 Witboek, COM/2008/165 def., § 2.8.
112 § 8.6.4.

hogen.[113] De mogelijk hoger uitvallende opbrengst zou een stimulans kunnen vormen voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. De gelaedeerden van een mededingingsovertreding zullen sneller geneigd kunnen zijn een civiele procedure te beginnen ter verkrijging van schadevergoeding, nu de potentiële opbrengt van de civiele procedure de moeite van het procederen waard is.

In de meeste lidstaten roept de introductie van de in het Groenboek geopperde mogelijkheid om ingeval van horizontale (*hardcore*) restricties *punitive damages* te kunnen krijgen de nodige weerstand op. Deze weerstand kan de oorzaak zijn van het feit dat de Commissie in het na het Groenboek volgende Witboek de keuze om al dan niet *punitive damages* in te voeren vooralsnog aan de afzonderlijke lidstaten lijkt over te laten.[114] Het punitieve element past volgens de tegenstanders niet bij het compensatoire karakter van schadevergoeding en zou vanwege de gevreesde claimcultuur en 'Amerikaanse toestanden' ook niet wenselijk zijn.[115] Indien die argumenten terzijde worden gesteld, vindt de oplegging van *punitive damages* in ieder geval geen rechtvaardiging in die gevallen waarbij reeds een administratieve boete is opgelegd door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten.[116] De gelaedeerden die een *follow-on* actie ter verkrijging van schadevergoeding willen instellen, vinden minder obstakels op hun weg (en lopen over het algemeen ook minder risico op verlies van de procedure) dan de gelaedeerden van *stand-alone* acties (waarbij de schending van het mededingingsrecht nog bewezen dient te worden zonder de hulp van een reeds op tafel liggende uitspraak van een mededingingsautoriteit). Daarnaast is het goed verdedigbaar dat de mogelijkheid om *punitive damages* te krijgen alleen beperkt blijft tot de meest ernstige mededingingsovertredingen. Ingeval sprake is van niet-*hardcore* restricties zal de toekenning van *punitive damages* al snel een onevenredige sanctie zijn ten opzichte van de gepleegde schending van het mededingingsrecht. Bij de eventuele invoering van *punitive damages* zouden *punitive damages* dan ook alleen onder specifieke omstandigheden moeten kunnen worden toegekend.

11.15 COLLECTIEVE ACTIES OF *CLASS ACTIONS* TER VERKRIJGING VAN SCHADEVERGOEDING OF TER ONTNEMING VAN VOORDEEL

In gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo groot is dat een individuele of gebundelde actie de moeite waard is, zal de mogelijkheid om door

113 § 7.10.

114 Zie echter *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404, § 194 en § 195, waarin de Commissie aangeeft dit standpunt te willen heroverwegen indien de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet structureel verbetert.

115 § 7.10.1; § 7.10.3.2; § 7.10.6.

116 Zie ook Baker 2004, p. 382.

middel van een collectieve actie schadevergoeding te kunnen vorderen niet essentieel zijn voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Een actie zal in die gevallen ook worden ingesteld zonder dat een collectieve actie tot verkrijging van schadevergoeding mogelijk is. Daarentegen is in gevallen waarbij de schade van de gelaedeerden zo klein is dat zij niet zelfstandig een actie zullen instellen of zullen deelnemen aan een gebundelde actie, de mogelijkheid om door middel van een collectieve actie schadevergoeding of voordeelsontneming te kunnen vorderen essentieel voor een succesvolle privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.[117] Deze groep gelaedeerden (consumenten) heeft anders geen effectieve mogelijkheid de rechten die voortvloeien uit de mededingingsregels door middel van het privaatrecht te handhaven. De aanspraak van elke gedupeerde individuele consument afzonderlijk is, gelet op de kosten die aan de individuele effectuering daarvan verbonden zijn, te gering om het instellen van een actie ter verkrijging van schadevergoeding te rechtvaardigen.[118] Aan een civiel proces hangt voor de consument een aanzienlijk prijskaartje.[119]

Het ontbreken van de mogelijkheid voor consumenten om in een collectieve actie schadevergoeding of voordeelsontneming te vorderen, vormt een wezenlijke belemmering voor de toegang tot het recht van indirecte afnemers. Tevens worden de normschenders niet geconfronteerd met de kosten van hun normschendend gedrag. Van de dreiging van mogelijke collectieve acties of *class actions* ter verkrijging van schadevergoeding of ter ontneming van voordeel kan een preventieve werking uitgaan.[120] De mogelijkheid om met behulp van een collectieve actie of *class action* schadevergoeding of voordeelsontneming te kunnen vorderen, zal ook het bereiken van een schikking tussen de schadeveroorzakende partijen en de schadelijdende partijen bevorderen.

De Nederlandse Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) vormt bij schikkingsonderhandelingen een onvoldoende stok achter de deur.[121] Om te profiteren van de WCAM is vereist dat veroorzakers van de strooischade eerst overeenstemming bereiken met een organisatie van gedupeerden over de schadevergoeding. Dit is een essentieel verschil met de Amerikaanse *class action*, waarbij medewerking van de schadeveroorzaker niet is vereist. De WCAM zal daardoor voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet de waarde hebben die een *class action* of een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding of ter ontneming van voordeel wel kan hebben. De schadeveroorzaker die inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht zal pas bereid zijn een overeenkomst te sluiten in de zin van de WCAM, indien er een reële mogelijkheid bestaat dat hij in een civiele procedure zal worden

117 § 8.2.
118 § 8.2; Tzankova 2007a, p. 82.
119 Snijders 2007b, p. 6.
120 Tzankova 2005, p. 53-59; Tzankova 2007a, p. 85.
121 § 8.7; § 8.10.

veroordeeld tot het betalen van een aanzienlijk bedrag aan schadevergoeding in combinatie met een aanzienlijk bedrag aan proceskosten. Met andere woorden; de laedens moet iets te verliezen hebben alvorens tot een overeenkomst met de gelaedeerden te willen komen.

Een alternatieve mogelijkheid naar geldend Nederlands recht is de aanvang van een procedure ex artikel 3:305a BW, die gekoppeld wordt aan een aantal individuele representatieve proefprocedures waarbij schadevergoeding wordt gevorderd. Een dergelijke mogelijkheid biedt echter niet de voordelen die een *class action* of een collectieve actie ter verkrijging van schadevergoeding of ter ontneming van voordeel wel kan hebben. Ingeval de gedaagde die procedures allemaal tot in hoogste instantie verliest en de schade in de representatieve proefprocedures moet betalen, kan hij namelijk nog steeds weigeren de schade van andere gelaedeerden te vergoeden. De overige gelaedeerden zullen allemaal zelf een procedure aanhangig moeten maken, waarbij de gedaagde zich kan verweren met het argument dat uitspraken in het kader van de procedure ex artikel 3:305a BW en in de representatieve proefprocedures geen gezag van gewijsde hebben in de nieuwe procedures.

Het is noodzakelijk dat het voor de gelaedeerden van strooischade mogelijk wordt om met behulp van een collectieve actie of *class action* een vordering in te stellen ter verkrijging van schadevergoeding of ter ontneming van voordeel. Het is voor de (nationale of Europese) wetgever dan ook de hoogste tijd om de mogelijkheid te scheppen om ook in collectief verband schadevergoeding in geld te vorderen. Op nationaal niveau dienen – als eerste noodzakelijke stap – de onderwerpen waarover in een collectieve actie een verklaring voor recht kan worden gevorderd te worden verruimd. Te denken valt aan veralgemeniseerbare vraagstukken van causaliteit en schade.

De in het Witboek voorgestelde invoering van de mogelijkheid tot het instellen van representatieve collectieve schadeacties door daartoe bevoegde entiteiten vormt een stap in de goede richting voor het collectief verhalen van (kartel of misbruik)schade. Hetzelfde geldt voor de voorgestelde invoering van de mogelijkheid tot het instellen van collectieve acties tot verkrijging van schadevergoeding, waarbij gelaedeerden uitdrukkelijk besluiten hun individuele vorderingen tot verkrijging van schadevergoeding te bundelen tot één actie via een *opt-in* systeem. De voorkeur van de Commissie voor een *opt-in* systeem lijkt achterhaald te zijn, mede gelet op de positieve ervaringen in een aantal lidstaten van de EU met een *opt-out* systeem.[122] Te denken valt bijvoorbeeld aan het Nederlandse *opt-out* systeem van de WCAM. Een *opt-out* systeem zal bij gevallen van strooischade zeer waarschijnlijk beter functioneren dan een *opt-in* systeem. Een *opt-out* systeem is laagdrempelig en heeft een groter bereik (massa) dan een *opt-in* systeem.[123] Een *opt-in* systeem zal leiden tot minder gelaedeerden die hun schade terugvorderen dan een *opt-out* systeem.

122 § 8.9.5; § 8.10.
123 § 8.9.5; Tzankova 2007a, p. 148.

Dit zal leiden tot een minder effectieve handhaving, nu een groter deel van de onrechtmatig behaalde winst bij de laedens blijft liggen. Daarnaast heeft de laedens in een *opt-out* systeem uitzicht op een definitieve afhandeling van de zaak.

11.16 Afsluitende conclusie

Met behulp van privaatrechtelijke handhaving kunnen particulieren (ondernemers en consumenten) uit eigen belang in rechte opkomen tegen schendingen van publiekrechtelijke normen. De privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht past in een visie waarbij handhaving niet alleen een klassieke overheidstaak is, maar ook een zaak van particulier initiatief. De belangstelling voor de privaatrechtelijke handhaving lijkt het gevolg te zijn van een toenemend instrumenteel denken in het privaatrecht. Het gaat niet alleen om het concrete probleem van de gelaedeerde en de laedens, maar ook om de bijdrage aan de realisatie van bepaalde beleidsdoeleinden, zoals een effectievere handhaving van het mededingingsrecht. De effectievere handhaving van het mededingingsrecht draagt weer bij aan de verwezenlijking van de doelen die aan het materiële mededingingsrecht ten grondslag liggen.

Regels van nationaal burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht spelen bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht een belangrijke rol. De in het Groenboek en Witboek geformuleerde voorstellen van de Comissie om de verkrijging van schadevergoeding wegens een schending van het mededingingsrecht eenvoudiger te maken, beogen de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Bij deze stimuleringsmaatregelen van de Commissie dient wel de kanttekening te worden geplaatst, dat de terughoudendheid van particulieren om privaatrechtelijke handhavingsacties in te stellen niet alleen in de privaatrechtelijke sfeer ligt. Bij particulieren bestaat vaak onzekerheid over de uitkomst van een gerechtelijke procedure. Deze onzekerheid kan samenhangen met het feit dat niet-*hardcore* restricties vaak een ingewikkelde economische beoordeling vergen. Een economische beoordeling kan kostbaar zijn en de uitkomst van een economische beoordeling staat niet op voorhand vast. Uiteraard kunnen dergelijke beoordelingen in een civiele procedure worden betwist door de wederpartij. In grotere en complexere mededingingszaken spelen ook andere factoren een rol, zoals het economische gewicht van commerciële relaties en de daarmee samenhangende wederzijdse afhankelijkheid van ondernemingen.[124] De commerciële belangen van een onderneming zijn soms meer gebaat bij een duurzame harmonieuze relatie dan bij een eenmalige schadevergoeding en de daarmee gepaard gaande verstoorde verhoudingen. Daarnaast heeft alternatieve geschillenbeslechting

124 Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007, p. 100.

zoals arbitrage of mediatie (*mediation*) vaak de voorkeur boven een civiele procedure voor de overheidsrechter wegens de mogelijkheid om dergelijke zaken vertrouwelijk te behandelen.

Ondernemingen en consumenten die het slachtoffer zijn van een inbreuk op de mededingingsregels hebben recht op schadevergoeding. Zij vinden in de huidige situatie een flink aantal obstakels op hun weg bij het instellen van een actie tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht. Het gaat daarbij zowel om materieelrechtelijke obstakels als om procedurele drempels. De Commissie heeft in het Groenboek en het Witboek een groot aantal mogelijke oplossingen aangedragen om deze obstakels te verminderen en een doeltreffender systeem van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te creëren.

Sommige voorgestelde oplossingen zijn nuttig en zelfs noodzakelijk. Zo is het voor een effectieve privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht noodzakelijk dat consumenten de mogelijkheid krijgen in collectief verband schade te kunnen vorderen jegens overtreders van de mededingingsregels (zie hoofdstuk 8). Deze actie kan meer zien op ontneming van het behaalde voordeel (collectieve voordeelsontneming) van de laedens dan op daadwerkelijke schadeloosstelling van de gelaedeerden. Dit hangt samen met het feit dat het ongedane groepsnadeel of het ontnomen voordeel niet per definitie tot een schadeloosstellig van de gelaedeerden hoeft te leiden. De collectieve actie functioneert in een dergelijke situatie meer als effectuerend instrument en minder als compenserend instrument.[125] Er dient voldoende aandacht te worden besteed aan de financiële problemen waar (collectieve) eisers tegenop lopen, mede in het licht van beperkingen van resultaatsafhankelijke beloningen van advocaten. Niet alle voorgestelde oplossingen zijn echter noodzakelijk. Zo kan bijvoorbeeld worden getwijfeld over de noodzaak tot invoering van *discovery*-regels, de verplichte gebondenheid van de burgerlijke rechter aan inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten en risicoaansprakelijkheid.

Sommige controversiële voorstellen in het Groenboek, zoals de mogelijkheid tot verkrijging van *double damages*, zijn voorlopig geschrapt. Waarschijnlijk omdat de Commissie de kans dat het Europees Parlement en de Raad dergelijke voorstellen zouden aannemen te klein acht. De Commissie zal van twee kanten kritiek krijgen te verduren op haar plannen. Enerzijds van de voorstanders van vergaande hervormingen die de uiteindelijke voorstellen in het Witboek niet ver genoeg vinden gaan. Anderzijds van de tegenstanders van hervormingen die vinden dat de voorstellen in het Witboek te zeer een Europese inmenging vormen op belangrijke gebieden van nationaal burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht (denk aan onderwerpen als verjaring en proceskosten).[126]

---

125 § 11.7.2. Vgl. Van Boom 2007, p. 988-991.
126 Zie Crompton, Fishman & Wiemer 2008.

Bij de invoering van speciale regels voor de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht dient de wetgever de belangen van de gedaagde niet uit het oog te verliezen. De belangen van de eiser en de gedaagde dienen zo goed mogelijk in evenwicht te blijven en niet opzij te worden gezet met het oog op het publieke belang van meer privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Excessief procederen dient te worden voorkomen. Te denken valt aan de situatie waarbij misbruik wordt gemaakt van de voordeligere positie waarin de eiser zich bevindt als gevolg van de invoering van de bijzondere wetgeving. Dergelijke bijzondere wetgeving kan leiden tot het (bijna gedwongen) sluiten van schikkingsovereenkomsten tussen de eisers en gedaagden. De gedaagden zullen namelijk snel een eind willen maken aan de civiele procedure wegens alle risico's op verlies van de procedure, de kosten van een procedure en de met een civiele procedure gepaard gaande mogelijke negatieve publiciteit.

Het zal lastig worden de juiste regels toe te passen in schadevergoedingszaken waarbij naast mededingingsrechtelijke normen ook nog andere normen zijn geschonden. Te denken valt bijvoorbeeld aan een schadevergoedingszaak waarin naast de schending van het mededingingsrecht ook nog sprake is van bedrog. Moeten de speciale regels die gelden voor inbreuken op de mededingingsregels in een dergelijke procedure ook worden toegepast op andere normschendingen?

Het Groenboek en Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels blijven de fundamentele vraag oproepen waarom de verkrijging van schadevergoeding naar aanleiding van inbreuken op mededingingsregels wél door middel van speciale regels behoort te worden gestimuleerd en de verkrijging van schadevergoeding vanwege andere schendingen van communautaire normen niet. In § 11.7 heb ik verschillende redenen genoemd om ondanks voorgaande vraag toch voorstander te zijn van de invoering van speciale regels ter verkijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. Wel moet geprobeerd worden regels te formuleren die breder inzetbaar zijn en ook voor het algemene aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht zouden kunnen gelden.[127] Op deze manier kan voorkomen worden dat er in het nationaal burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht steeds meer nicheregelingen ontstaan voor specifieke deelgebieden van het recht die Europees geharmoniseerd zijn. In het belang van een coherent privaatrecht is het van belang dat er samenhang blijft bestaan tussen de verschillende privaatrechtelijke begrippen, beginselen en regels. Zelfs indien het ooit tot de invoering van een Europees Burgerlijk Wetboek zal komen, kunnen er in het belang van de harmonie van het systeem

127 Zie ook de in § 4.5.7 besproken initiatieven op het gebied van het Europees privaatrecht van de *European Group on Tort Law (Tilburg Group)*, de *European Research Group on Existing EC Private Law (de Acquis Group)*, de *Study Group on a European Civil Code* en de *Common Core of European Private Law (Trento)*.

van een dergelijke codificatie maar beter zo weinig mogelijk nicheregelingen voor specifieke deelgebieden van het recht bestaan.

Het blijven fascinerende tijden bij de veelbelovende verloving tussen privaatrecht en mededingingsrecht. De vraag is niet meer of, maar wanneer het tot een huwelijk tussen beide rechtsgebieden zal komen. De nadere uitwerking van de huwelijkse voorwaarden speelt daarbij een belangrijke rol. Bij elke bijzondere regel die op Europees niveau wordt ingevoerd, dient goed te worden nagedacht of de regel daadwerkelijk noodzakelijk is voor een effectievere privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Niet alle obstakels die de Commissie heeft gesignaleerd zijn onoverbrugbaar met de bestaande mogelijkheden die het burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht bieden.

Samenvatting

PRIVAATRECHTELIJKE HANDHAVING VAN MEDEDINGINGSRECHT

Dit boek behandelt de vraag in hoeverre en op welke wijze het Europees en Nederlands mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken binnen de Nederlandse rechtsorde kan worden gehandhaafd. De modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht vormt een belangrijke aanleiding om deze vraag te onderzoeken. Voor de beantwoording van de vraagstelling zijn in dit boek verschillende deelvragen onderzocht.

Hoofdstuk 2
In hoofdstuk 2 zijn de doelstellingen en de inhoud van het mededingingsrecht besproken. De in ons land geldende mededingingsregels zijn neergelegd in het EG-Verdrag (EG) en in de Mededingingswet (Mw).

Het kartelverbod in artikel 81 EG houdt in dat alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, verboden zijn.

Het verbod op het misbruik maken van een economische machtspositie in artikel 82 EG houdt in dat het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden is, dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt (of op een wezenlijk deel daarvan), voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

De artikelen 6 Mw en 24 Mw hebben een soortgelijke inhoud, alleen speelt de eis van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten bij deze bepalingen geen rol en dient het bij artikel 24 Mw te gaan om een machtspositie op de Nederlandse markt of een deel daarvan.

Hoofdstuk 3
Hoofdstuk 3 behandelt, om de (aanvullende) rol van de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht helder voor ogen te hebben, in hoofdlijnen de vraag op welke wijze de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht functioneert. De Europese Commissie, het Gerecht van Eerste Aanleg

(GvEA EG) en het Hof van Justitie (HvJ EG) enerzijds en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) anderzijds zijn de instanties die bij de bestuursrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een belangrijke rol spelen. De Commissie en de NMa als actieve opsporingsinstanties die tegelijkertijd de rol van handhavingsinstantie vervullen. Het GvEA EG, het HvJ EG, de Rechtbank Rotterdam en het CBB als beroepsinstanties voor de rechterlijke toetsing van de besluiten die door de Commissie en de NMa zijn genomen. In dit hoofdstuk is ook aandacht besteed aan de mogelijke (her)introductie van de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.

Hoofdstuk 4
In hoofdstuk 4 zijn de contouren van de diverse mogelijkheden en ontwikkelingen met betrekking tot de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht onderzocht. In dit hoofdstuk zijn de nodige ontwikkelingen op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht geschetst. Achtereenvolgens zijn onder andere aan de orde gekomen Verordening 1/2003, het Ashurst rapport, het Nederlandse rapport van Houthoff Buruma en het Groenboek en het daaropvolgende Witboek van de Europese Commissie betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels.

Hoofdstuk 5
In hoofdstuk 5 is de evolutie van de rol van de nationale rechter onderzocht bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Daarbij is ook aandacht besteed aan de vraag welke invloed de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht heeft gehad op de rol van de burgerlijke rechter met betrekking tot de handhaving van het mededingingsrecht. Uit dit onderzoek blijkt dat de nationale rechter een aanzienlijke taak heeft bij de decentrale toepassing en handhaving van het Europees mededingingsrecht.

De modernisering van het Europees mededingingsrecht heeft geresulteerd in Verordening 1/2003. In Verordening 1/2003 zet de trend waarbij de nationale rechter een belangrijker aandeel krijgt in de handhaving van het mededingingsrecht zich voort. Het systeem van machtiging en aanmelding is in het nieuwe systeem afgeschaft, de toepassing van het mededingingsrecht is gedecentraliseerd en de controle achteraf is versterkt.

Het monopolie van de Commissie om individuele ontheffingen te verlenen op grond van artikel 81 lid 3 EG is onder Verordening 1/2003 verdwenen. Naast de nationale mededingingsautoriteiten zijn ook de nationale rechters bevoegd om te beoordelen of een overeenkomst voldoet aan de voorwaarden zoals gesteld in het derde lid van artikel 81 EG.

De nationale rechter dient de artikelen 81, 82 en 86 EG ambtshalve toe te passen indien daarop door de procespartij die bij de toepassing belang heeft

geen beroep is gedaan, maar hoeft niet de hem passende lijdelijkheid te verzaken door buiten de rechtsstrijd van partijen te treden en zich te baseren op andere feiten en omstandigheden dan die welke de partij die bij de toepassing belang heeft, aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd.

Hoofdstuk 6

In hoofdstuk 6 is de rol van de arbiter onderzocht bij de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Daarbij is tevens aandacht besteed aan de vraag welke invloed de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht heeft gehad op de rol van de arbiter met betrekking tot de toepassing en handhaving van het mededingingsrecht.

In hoofdstuk 6 is onderzocht of arbiters de plicht hebben om het Europees mededingingsrecht ambtshalve toe te passen in het geval daar in de arbitrageprocedure geen beroep op is gedaan. Arbiters hebben een indirecte plicht om ambtshalve het Europees mededingingsrecht toe te passen. Arbiters mogen immers niet een vonnis wijzen dat zonder meer vernietigd dient te worden wegens strijd met het Europees mededingingsrecht.

Er lijkt bij de toepassing van het Europees recht, in het bijzonder het Europees mededingingsrecht, een opvallend verschil te bestaan tussen de taak die de overheidsrechter heeft en de taak die de arbiter heeft. Consequentie van het arrest *Eco Swiss/Benetton* lijkt te zijn dat arbiters bij zaken waarin bepaalde afspraken in strijd met de Europese mededingingsregels zijn, buiten de rechtsstrijd van partijen moeten treden en zich moeten baseren op andere in de arbitrage gebleken feiten en omstandigheden dan door de partij die belang heeft bij de toepassing, aan haar vordering ten grondslag is gelegd. Het gaat hier echter wel alleen om ten processe gebleken feiten, de plicht gaat niet zover dat arbiters op eigen initiatief een onderzoek moeten instellen naar schendingen van het mededingingsrecht.

Prejudiciële vragen kunnen door arbiters, in tegenstelling tot de overheidsrechter, niet worden gesteld aan het HvJ EG. Onder het regime van Verordening 1/2003 zullen arbiters, net als de overheidsrechter, de bevoegdheid hebben om het derde lid van artikel 81 EG toe te passen. De rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht is wezenlijk anders dan die van de overheidsrechter. Toch kan en behoort de arbiter een volwaardige rol te spelen bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

In de hoofdstukken 7, 8 en 9 is een drietal hoofdvragen onderzocht. Hebben ondernemingen en consumenten die het slachtoffer zijn van een inbreuk op de mededingingsregels een recht op schadevergoeding? Zo ja, welke obstakels vinden ondernemingen en consumenten op hun weg bij het instellen van een actie tot verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht? Wat zijn mogelijke oplossingen om deze obstakels te

verkleinen en een doeltreffender systeem van privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht te creëren?

Hoofdstuk 7
In hoofdstuk 7 is de verkrijging van schadevergoeding op grond van schending van het mededingingsrecht onderzocht. In dit hoofdstuk is een aantal deelvragen behandeld. In de eerste plaats de vraag wat het doel is van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. In de tweede plaats is onderzocht aan welke eisen moet worden voldaan om naar Nederlands recht aansprakelijkheid op grond van schending van het Europees en Nederlands mededingingsrecht te vestigen. In de derde plaats is onderzocht naar welke criteria moet worden gekeken om de omvang van de aansprakelijkheid en de aard en omvang van de schadevergoeding vast te stellen. In de vierde plaats is onderzocht welke obstakels er voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk zijn bij de vestiging van de aansprakelijkheid op grond van schending van het mededingingsrecht en bij het vaststellen van de aard en omvang van de schadevergoeding. In de vijfde plaats is onderzocht of de positie van de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht moet worden versterkt en zo ja, hoe die positie zou moeten worden versterkt. Er is onder meer aandacht besteed aan het *passing-on* verweer en aan de mogelijke invoering van *punitive damages*.

Hoofdstuk 8
In hoofdstuk 8 is onderzocht welke rol collectieve acties bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht kunnen spelen. De vraag welke mogelijkheden er zijn om als collectiviteit het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven stond centraal. In het bijzonder is ingegaan op de vraag met welke problemen groepen benadeelden te maken krijgen indien zij hun schade, die geleden is als gevolg van een schending van de mededingingsregels, vergoed willen krijgen. In dit hoofdstuk is ook onderzocht welke wijzigingen noodzakelijk zijn om de mogelijkheden tot het instellen van collectieve acties te verbeteren. Zo is aandacht besteed aan de problemen die zich voordoen bij strooischade en bij de financiering van collectieve acties.

Hoofdstuk 9
In hoofdstuk 9 is onderzocht welke bewijsproblemen zich bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voordoen en welke mogelijke oplossingen daarbij kunnen worden gehanteerd. Uit het onderzoek kwam naar voren dat de bewijsproblemen zijn te onderscheiden in twee fasen. De eerste fase is de periode waarin nog geen procedure is aangespannen. De tweede fase is de periode die begint met het uitbrengen van een dagvaarding.

Het verzamelen van bewijsmateriaal in de voorfase (de periode waarin nog geen procedure is aangespannen) kan voor de gelaedeerde van een mededingingsinbreuk een groot probleem vormen, zeker in zaken waarbij nog geen

oordeel van een mededingingsautoriteit op tafel ligt (*stand alone* acties). Schendingen van het mededingingsrecht zullen niet altijd eenvoudig bewezen kunnen worden.

Economische deskundigheid kan bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een belangrijke rol kan spelen in de rechtszaal, zeker in gevallen waarbij er (nog) geen besluit van een mededingingsautoriteit op tafel ligt waarin is vastgesteld dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht.

In dit hoofdstuk is tevens aandacht besteed aan de doorwerking van een besluit van een mededingingsautoriteit in een civiele procedure (*follow on* acties) en de doorwerking van clementieregelingen in een civiele procedure. Geconcludeerd is dat de rechter met de middelen die hem ten dienste staan nog een aanzienlijke rol kan spelen om de feiten die voor de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht relevant zijn, boven tafel te krijgen.

Hoofdstuk 10

Bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zal het, zeker in zaken waarbij het Europees mededingingsrecht van toepassing is, snel voorkomen dat de gelaedeerden en de laedens in verschillende landen woonachtig zijn en de effecten van de inbreuk op het mededingingsrecht zich verspreiden over meerdere landen. Voor de beantwoording van de vraag welke rechter bevoegd is, wat het toepasselijk recht is en voor de vraag of een uitspraak op het terrein van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht voor erkenning en tenuitvoerlegging in aanmerking komt, dient gekeken te worden naar de regels van internationaal privaatrecht. In hoofdstuk 10 heb ik enkele aspecten van internationaal privaatrecht besproken die bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een rol kunnen spelen. Het gaat daarbij om vragen van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen.

Hoofdstuk 11

In hoofdstuk 11 wordt afgesloten met een concluderende slotbeschouwing. Geconcludeerd wordt dat aan de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving de nodige nadelen maar ook de nodige voordelen zijn verbonden. Er hoeft echter geen keuze te worden gemaakt tussen enerzijds een systeem van volledige publiekrechtelijke handhaving en anderzijds een systeem van volledige privaatrechtelijke handhaving. Privaatrechtelijke handhaving en publiekrechtelijke handhaving kunnen elkaar aanvullen en versterken. Zo kunnen de voordelen van de publiekrechtelijke handhaving worden gecombineerd met de voordelen van de privaatrechtelijke handhaving. De nadelen van de publiekrechtelijke handhaving kunnen deels door de privaatrechtelijke handhaving worden ondervangen en de nadelen van de privaatrechtelijke handhaving kunnen deels door de publiekrechtelijke handhaving worden ondervangen. Gelet op de vereffenende (corrigerende

of vergeldende) rechtvaardigheid, de aanvullende preventieve werking en de aanvulling van het handhavingstekort, kan worden geconcludeerd dat de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht nuttig en noodzakelijk is.

Summary

Private Enforcement of Competition Law

This thesis discusses the question to what extent and how European and Dutch competition law can be enforced using private law techniques within the Dutch legal system. A principal reason for enquiring into this question is the modernisation and decentralisation of European competition law enforcement. In order to answer the question several sub-questions have been explored.

Chapter 2
Chapter 2 discusses the objectives and contents of competition law. The competition rules applicable in the Netherlands have been laid down in the EC Treaty (EC) and the Dutch Competition Act ('Mw').

The prohibition on cartels contained in Article 81 EC provides that all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market are prohibited.

The prohibition on the abuse of a dominant market position contained in Article 82 EC provides that it is incompatible with the common market and prohibited for one or more undertakings to abuse a dominant position on the common market (or in a substantial part of it), insofar as it may affect trade between the Member States.

The contents of Articles 6 and 24 of the Dutch Competition Act are similar, but the requirement of an adverse effect on the trade between the Member States does not play any role in these provisions; Article 24 Mw concerns a dominant position on the Dutch market or a part thereof.

Chapter 3
To clarify the (additional) role of private law enforcement of competition law, chapter 3 considers the main points of the question how the public law enforcement of competition law works. The European Commission, the Court of First Instance (CFI EC) and the Court of Justice (ECJ) on the one hand, and the Dutch Competition Authority (NMa), the Court of Rotterdam and the Trade and Industry Appeals Tribunal (CBB) on the other, are the agencies that play a key part in the administrative law enforcement of competition law: the Commission and the NMa as active investigative authorities which at the same time act as

enforcement agencies, the CFI EC, the ECJ, the Court of Rotterdam and the CBB as appeal tribunals for the judicial review of the decisions taken by the Commission and the NMa. This chapter also considers the possible (re)introduction of criminal law enforcement of competition law.

Chapter 4
Chapter 4 explores the contours of the different options and developments in the private law enforcement of competition law. This chapter outlines the necessary developments in the area of private law enforcement of competition law, considering successively Regulation 1/2003, the Ashurst report, the Dutch report by Houthoff Buruma and the European Commission's Green Paper and the subsequent White Paper on damages actions for breach of EC competition rules.

Chapter 5
Chapter 5 examines the evolution of the role played by the national court in the private law enforcement of competition law. It also focuses on the question of what effect the modernisation and decentralisation of European competition law enforcement has had on the civil law court's role in the enforcement of competition law. It is clear that the national court's responsibility for the decentralised application and enforcement of European competition law is substantial.

The modernisation and decentralisation of European competition law enforcement has led to Regulation 1/2003. This Regulation continues the trend for the national court to be awarded a greater share in the enforcement of competition law. The new system does away with authorization and notification, the application of competition law has been decentralised, and the subsequent inspection system has been reinforced.

The Commission's monopoly to grant individual exemptions under Article 81.3 of the EC Treaty has disappeared in Regulation 1/2003. In addition to the national competition authorities the national courts are also authorised to assess whether an agreement complies with the criteria set by the third paragraph of Article 81 EC.

The national court must apply Articles 81, 82 and 86 EC of its own motion if the party to the proceedings that has an interest in their application has not invoked those Articles, but Community law does not require national courts to raise of their own motion an issue concerning the breach of provisions of Community law where examination of that issue would oblige them to abandon the passive role assigned to them by going beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves and relying on facts and circumstances other than those on which the party with an interest in application of those provisions bases his claim.

Chapter 6
Chapter 6 explores the arbitrator's role in the private law enforcement of competition law, drawing attention also to the question of what effect the modernisation and decentralisation of European competition law enforcement has had on the arbitrator's role in the application and enforcement of competition law.

Chapter 6 draws the conclusion that indirectly, arbitrators are under the obligation to apply European competition law of its own motion in the event that it is not invoked in the arbitration proceedings. Arbitrators, after all, may not give a ruling that should be set aside right away because it is contrary to European competition law.

In the application of European law, and European competition law in particular, there appears to be a remarkable difference between the regular court's role and that of the arbitrator. It appears to be a consequence of the *Eco Swiss/Benetton* ruling that in cases in which certain agreements are contrary to European competition rules, arbitrators should raise of their own motion an issue concerning the breach of provisions of Community law where examination of that issue would oblige them to abandon the passive role assigned to them by going beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves and relying on facts and circumstances other than those on which the party with an interest in application of those provisions bases his claim. However, this duty concerns only facts that have been established in the course of the proceedings and does not require arbitrators to instigate investigations into breaches of competition law.

Unlike the regular courts, arbitrators may not submit preliminary questions to the ECJ. Under the regime of Regulation 1/2003 arbitrators, like the regular courts, will be authorised to apply the third paragraph of Article 81 EC. The arbitrator's role in the private law enforcement of competition law is essentially different from that of the regular court. Still, the arbitrator could and should play a fully-fledged role in the private law enforcement of competition law.

Chapters 7, 8 and 9 discuss three principal questions. Are undertakings and consumers who have fallen victim to a breach of competition rules entitled to damages? If so, what obstacles face those undertakings and consumers in instituting actions to obtain damages on account of breach of competition law? What are the possibilities of reducing those obstacles and creating a more efficient system of private law enforcement of competition law?

Chapter 7
Chapter 7 reviews the award of damages on account of breach of competition law. This chapter considers several sub-questions. The first question is what the objective is of damages in the private law enforcement of competition law. Secondly, what criteria should be fulfilled under Dutch law to establish liability on account of breach of European and Dutch competition law. Thirdly, what

criteria are relevant in determining the scope of liability and the nature and extent of the damages. Fourthly, what obstacles face the party injured by the breach of competition law when claiming liability on account of that breach and determining the nature and extent of damages. Fifthly, whether the injured party's position should be reinforced and, if so, how. Amongst other things, the passing-on defence and the possible introduction of punitive damages are discussed.

Chapter 8

Chapter 8 examines the role played by collective actions in the private law enforcement of competition law. The key question is what possibilities there are for a group of individuals to enforce competition law by means of private law. In particular the problems encountered by groups of injured parties if they seek compensation for the damage sustained due to a breach of the competition rules is explored. This chapter also examines the changes necessary to improve the possibilities of instituting collective actions. It pays attention to the problems that occur in the event of 'scattered losses' and the financing of collective actions.

Chapter 9

Chapter 9 explores evidentiary problems in the private law enforcement of competition law and the possible solutions. Research showed that evidentiary problems have two phases. The first phase is the period in which no action has yet been brought. The second phase is the period that begins with the issue of a writ of summons.

For the injured party in breach of competition law the collecting of evidence in the preliminary phase (the period in which no action has yet been brought) could present a major problem, especially in cases in which no competition authority has yet given a ruling (stand alone actions). It will not always be easy to prove breaches of competition law.

In the private law enforcement of competition law economic expertise may come in useful, especially if no decision has been rendered (yet) by a competition authority establishing breach of competition law.

This chapter furthermore considers the direct effect of a decision of a competition authority in civil law proceedings (follow-on actions) and the direct effect of leniency schemes in civil law proceedings. The conclusion is that using the instruments available, the court can play a significant role in unearthing the facts that are relevant to the private law enforcement of competition law.

Chapter 10

In particular in cases in which European competition law applies, it will frequently happen that in the private law enforcement of competition law the injured parties and the injuring parties are residents of different countries and

the effects of the breach of competition law spread over different countries. The rules of private international law provide the answer to the questions which court has jurisdiction, which law is applicable and whether a ruling on the private law enforcement of competition law is eligible for recognition and execution. Chapter 10 discusses several aspects of private international law that could play a role in the private law enforcement of competition law. These are issues concerning jurisdiction, applicable law and the recognition and execution of foreign court rulings.

Chapter 11

Chapter 11, finally, contains some concluding observations. The conclusion is that although private law enforcement has its drawbacks, it also has advantages compared to public law enforcement. It is not necessary, however, to make a choice between a system of just public law enforcement on the one hand, or just private law enforcement on the other. Private law enforcement and public law enforcement can complement and reinforce each other. The advantages of public law enforcement can thus be combined with the advantages of private law enforcement. The drawbacks of public law enforcement may be compensated in part by private law enforcement, and vice versa. Having regard to the corrective justice effect of private law enforcement, the additional contribution to the deterrent effect and the filling up of the enforcement gap, it can be concluded that private enforcement of competition law is both useful and necessary.

Literatuurlijst

Abdullah Khan 2002
R.A. Abdullah Khan, *Ondernemingsconcentraties en marktliberalisering, over macht en onmacht van rechters bij de toepassing van de artikelen 82 en 86 van het EG-Verdrag* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2002.

Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006
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.

Adriaanse, Barkhuysen, Den Houdijker & Zippro 2008
P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen, F.M.J. den Houdijker & E.-J. Zippro, 'Het EVRM-kader voor invoering van *punitive damages* in mededingingszaken, Europese toestanden in het schadevergoedingsrecht?', *NTBR* 2008, p. 274-286.

Akkermans 1992
A.J. Akkermans, 'Veroorzaking van deelschade', *WPNR* 6043 (1992) p. 249-255.

Akkermans 1996
A.J. Akkermans, 'Oorzakelijk verband', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BWKJ 1996/12), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 39-65.

Akkermans 1997a
A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslag en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1997.

Akkermans 1997b
A.J. Akkermans, 'Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles'en 'Niets'*, Deventer 1997, p. 105-115.

Akkermans 2000
A. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom 2000, p. 85-134.

Akkermans 2002
A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Akkermans 2003
A.J. Akkermans, 'Zeven stellingen over de omkeringsregel', in: A. Hammerstein e.a. (red.), *Causaliteit* (LSA-symposium 2003), Den Haag: Sdu 2003, p. 13-31.

Akkermans, Faure & Hartlief 2000
A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
Akyürek-Kievits 2000
H.E. Akyürek-Kievits, 'Economische machtsposities', in: P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer: Kluwer 2000, p. 77-106.
Amato 1997
G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford: Hart Publishing 1997.
Andenas e.a. 2005
M. Andenas e.a. (eds.), *Enforcement Agency Practice in Europe*, London: BIICL 2005.
Van Angeren 1971
J.A.M. van Angeren, *De sanctionering van het administratieve recht* (preadvies VAR 1971), Geschriften VAR LXVI, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1971.
Van Angeren & Polak 2000
J.R. van Angeren & J.E.M. Polak, 'Awb-kernbegrippen en Mededingingswet: een moeizame relatie in het nationale mededingingsland', *M&M* 2000, p. 138-146.
Ankaert & Put 2006
E. Ankaert & J. Put, 'Het EVRM en bestuurlijke punitieve sancties', in: E. Ankaert e.a., *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (preadvies VVSRBN), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 5-17.
Appeldoorn 2001
J.F. Appeldoorn, 'Are the proposed changes compatible with article 81(3) E.C.?', *ECLR* 2001, p. 400-403.
Appeldoorn 2004
J.F. Appeldoorn, *Eenheid in verscheidenheid, De gespreide toepassing van artikel 81 EG* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Asser 1991
W.D.H. Asser, *Grenzen aan de waarheidsvinding in burgerlijke zaken. Heiligt het doel de bewijsmiddelen?* (preadvies NVvP), Deventer: Kluwer 1991.
Asser 1992
W.D.H. Asser, *Salomo's wijsheid, Hoor en wederhoor: een rechterlijk oor voor partijen* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1992.
Asser/Anema & Verdam 1953
A. Anema & P.J. Verdam, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel V. Van bewijs*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953.
Asser, Groen & Vranken 2003
W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Een nieuwe balans, Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.
Asser, Groen & Vranken 2006
W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd, eindrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.
Asser/Hartkamp 3-I* (2008)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenisrecht. Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Hartkamp 4-I (2004)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenisrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 4-II (2005)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenisrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp 4-III (2006)
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenisrecht. Deel III. Verbintenissen uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* (2009)
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenisrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Vranken (1995)
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Asser procesrecht/Veegens, Korthals Altes & Groen (2005)
D.J. Veegens, *Cassatie in burgerlijke zaken*, bewerkt door E. Korthals Altes & H.A. Groen, Asser-serie Procesrecht, Deventer: Kluwer 2005.

Badal, Slizewski & Kinrich 2001
R.G. Badal, E.J. Slizewski & J.H. Kinrich, 'Daubert's Impact on Antitrust, Preparing for Daubert Challenges in Antitrust Cases', *Antitrust Section of the American Bar Association, Economic Committee Newsletter* 2001.

Van Bael & Bellis 2005
I. Van Bael & J.F. Bellis, *Competition Law Of The European Community*, The Hague: Kluwer Law International 2005.

Baker 2004
D.I. Baker, 'Revisiting History – What Have We Learned About Private Antitrust Enforcement That We Would Recommend To Others?', *Loyola Consumer Law Review* 2004, p. 379-408.

Barendrecht & Van Beukering-Rosmuller 2000
J.M. Barendrecht & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, *Recht rond onderhandeling,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Barendrecht & Van den Reek 1994
J.M. Barendrecht & W.A.J.P. van den Reek, 'Exhibitieplicht en bewijsbeslag', *WPNR* 6155 (1994), p. 739-745.

Barendrecht & Storm 1995
J.M. Barendrecht & H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Barents & Brinkhorst 2001 (oude druk)
R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Barents & Brinkhorst 2006
R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

Bartlett 1988
R. Bartlett, *Trial by fire and water: The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford: Clarendon Press 1988.
Batiffol e.a. 1966
H. Batiffol e.a., *Herstel van schade ten gevolge van schending van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag*, Rapport van de Commissie, Serie Concurrentie nr. 1, Brussel 1966.
Bellamy 1999
C. Bellamy, 'Some Reflections on Competition Law in the Global Market', *New England Law Review* 1999, nr. 1, p. 15-19.
Bellamy & Child 2007
C. Bellamy & G. Child, *European Community Law of Competition* (edited by P. Roth QC and V. Rose), Oxford: Oxford University Press 2007.
Van den Berg 1981
A.J. Van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers 1981.
Van den Bergh 1997
R. van den Bergh, *Economische analyse van het mededingingsrecht. Een terreinverkenning*, Deventer: Gouda Quint 1997.
Van den Bergh 2003
R. van den Bergh, 'Dante, Calimero en de rechter-econoom. Over de mogelijkheden en de beperkingen van het gebruik van economische theorieën en econometrisch bewijsmateriaal in mededingingszaken', *SEW* 2003, p. 10-19.
Van den Berg 2004
B. van den Berg, 'Bouwen aan het bestuursrechtelijk sanctierecht inzake boetes', *M&M* 2004, p. 229-245.
Van den Bergh 2006
R. van den Bergh, 'Schadevorderingen wegens schending van het mededingingsrecht in het spanningsveld tussen compensatie en optimale afschrikking', *M&M* 2006, p. 143-151.
Van den Bergh & Camesasca 2006
R.J. van den Bergh & P.D. Camesasca, *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, London: Sweet & Maxwell 2006.
Betlem 2005
G. Betlem, 'Torts, A European *Ius Commune* and the Private Enforcement of Community Law', *Cambridge Law Journal* 2005, p. 126-148.
Beukers 1994
Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
Bishop & Walker 2002
S. Bishop & M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London: Sweet & Maxwell 2002.
Blaauw 1986
R.M. Blaauw, 'Winstafdracht: een tweeslachtig paard van Troje?', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *NBW: Vliegen zonder vleugels*, BW-krant jaarboek 1986, p. 29-37.
Bleeker 1989
K.A.M. Bleeker, 'Samenwerking tussen het Hof van Justitie van de EG en de nationale rechter', *NJB* 1989, p. 1615-1620.

Bloembergen 1965
A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965.
Bloembergen 1967
A.R. Bloembergen, 'Dient de wettelijke aansprakelijkheid bij verkeersongevallen vervangen te worden door een stelsel van verzekering?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1967-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.
Bloembergen 1980
A.R. Bloembergen, 'Blikschade, Deel II van het rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid', *NJB* 1980, p. 925-938.
Bloembergen 1992
A.R. Bloembergen, in: G. Blei Weissmann e.a (red.), *Bloembergens werk*, Deventer: Kluwer 1992.
Bloembergen 1995
A.R. Bloembergen, 'Verkeersaansprakelijkheid en preventie', *VR* 1995, p. 1-4.
Bloembergen 1996
A.R. Bloembergen, 'Wolfsbergen en de rechtseconomie', in: M.E. Franke e.a. (red.), *Onrechtmatige daad* (BW-krant Jaarboek 1996), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 25-38.
De Boer 2003
Th.M. de Boer, 'Internationale arbitrage en fundamenteel recht, *AA* 2003, p. 50-57.
Böge & Ost 2006
U. Böge & K. Ost, 'Up and running, or is it? Private enforcement – the situation in
Germany and policy perspectives', *ECLR* 2006, nr. 4, p. 197-205.
Bolt 1989
A.T. Bolt, *Voordeelstoerekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989.
Bolt & Lensing 1993
A.T. Bolt & J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete* (Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 1993.
Bomhoff 2004
J.A. Bomhoff, 'Het negatief declaratoir in de EEX-Verordening, Strategie, misbruik van procesrecht en de doorwerking van grondrechten in het Europees IPR', *NIPR* 2004, p. 1-8.
Bomhoff 2005
J.A. Bomhoff, *Judicial Discretion in European Law on Conflicts of Jurisdiction*, The Hague: SDU Publishers 2005.
Van Boom 1999
W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1999.
Van Boom 2001
W.H. van Boom, 'Toerekening van een onrechtmatige daad' (bespreking van: C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000), *WPNR* 6441 (2001), p. 335-341.
Van Boom 2002
W.H. van Boom, 'Verrijkingsafdracht en aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 71-147.

Van Boom 2003a
W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
Van Boom 2003b
W.H. van Boom, 'Restitutie en schadevergoeding na aanbodcollusie', *Bouwrecht* 2003, p. 768-773.
Van Boom 2006
W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Van Boom 2007
W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982-991.
Van Boom 2008
W.H. van Boom, 'Iets over handhaving in het privaatrecht', *WPNR* 6772 (2008), p. 765-769.
Van Boom, Giesen & Verheij 2007
W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
Boonekamp (*Schadevergoeding*)
R.J.B. Boonekamp, 'Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding', in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Boot 2008
J. Boot, 'Privaatrecht & boete', *AA* 2008, p. 200-208.
Bos 1999
P.V.F. Bos, 'Modernisatie van de toepassing van de Europese mededingingsregels en de rechterlijke macht', *M&M* 1999, p. 136-143.
Bos 2003
P.V.F. Bos, 'Dode mus of *legal eagle*? Over modernisering van de toepassing van het Europees mededingingsrecht en Nederlands civielrechtelijke handhaving', *NTBR* 2003, p. 313-318.
Bos 2004
P.V.F. Bos, 'De verburgerlijking van het mededingingsrecht', *M&M* 2004, p. 121-123.
Bosch-Boesjes 1991
J.E. Bosch-Boesjes, *Lijdelijkheid in geding* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.
Van den Bossche 1995
A.M. van den Bossche, 'De nationale rechter en het Europees en Belgisch mededingingsrecht', *Rechtskundig weekblad* 1995, p. 1105-1120.
Van den Bossche 2000
A.M. van den Bossche, 'Decentrale toepassing van het Europese mededingingsrecht: is wit altijd schoon?', *Rechtskundig weekblad* 2000, p. 145-157.
Bouman 1990
H.A. Bouman, 'De kleur van rechtsbijstand', *VR* 1990, p. 253-254.
Bourgeois 1994
J.H.J. Bourgeois, 'EC Competition law and Member State courts', in: B.E. Hawk (ed.), *1993 Fordham Corp. L. Inst., Antitrust in a global economy*, New York: Transnational Juris Publications 1994, p. 475-496.
De Brauw 1931
W.M. de Brauw, Interventie (discussiebijdrage), in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1931-II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931, p. 151-152.

De Bree 2006
R. de Bree, 'Mededingingsrecht en strafrecht: hernieuwde kennismaking', *M&M* 2006, p. 205-211.
De Bree 2008
R. de Bree, 'Mededingingsrecht in het strafrecht: 'Law in the making?'', *AM* 2008, p. 211-216.
Van den Brink 2002
V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
Brönneke 2001
T. Brönneke (hrsg.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht*, Baden-Baden: Nomos 2001.
Bröring 2005
H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.
Brouwer 2001
O.W. Brouwer, 'Bewijsproblemen bij de toepassing van het EG-mededingingsrecht in de nationale context', in: S. Prechal & L. Hancher (red.), *Europees bewijsrecht: een verkenning* (Europese monografieën 69), Deventer: Kluwer 2001, p. 101-116.
Brown & Hardiman 2004
C. Brown & D. Hardiman, 'The Extent of the Community Institutions' Duty to Co-operate with National Courts – Zwartveld revisited', *ECLR* 2004, p. 299-304.
Brunner 1973
C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 1973.
Brunner 1981
C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade (I) & (II)', *VR* 1981, p. 210-217, p. 233-236.
Bulst 2004a
F.W. Bulst, 'Private Kartellrechtsdurchsetzung durch die Marktgegenseite – deutsche Gerichte auf Kollisionskurs zum EuGH', *Neue Juristische Wochenschrift* 2004, p. 2201-2203.
Bulst 2004b
F.W. Bulst, 'Private Kartellrechtsdurchsetzung nach der 7. GWB-Novelle: Unbeabsichtigte Rechtschutzbeschränkungen durch die Hintertür?', *Europäisches Wirtschaft- und Steuerrecht* 2004, p. 62-65.
Bulst 2006
F.W. Bulst, 'Private Antitrust Enforcement at a Roundabout', *European Business Organization Law Review 2006*, p. 725-746.
Von Buri 1860
M. von Buri, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung*, Gießen, 1860.
Burrichter 2001
J. Burrichter, 'The Application of Article 81 (3) by National Courts: Some Remarks from the Point of View of a Practitioner' in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford: Hart Publishing 2001, p. 539-550.

Buruma 2002
Y. Buruma, 'Inzake de beladen bouwnijverheid. Voorbeschouwing op een parlementaire enquête', *NJB* 2002, p. 701-708.
Buxbaum 2007
H.L. Buxbaum, 'Private Enforcement of Competition Law in the United States – Of Optimal Deterrence and Soocial Costs', in: J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 41-60.

Cauffman 2007
C. Cauffman, 'Naar een punitief Europees verbintenissenrecht?: een rechtsvergelijkende studie naar de draagwijdte, de grondwettigheid en de wenselijkheid van het bestraffend karakter van het verbintenissenrecht', *TPR* 2007, p. 799-873.
Cavanaugh 2004
E.D. Cavanaugh, 'Illinois Brick: A Look Back and a Look Ahead', 17 *Loyola Consumer Law Review* 2004, p. 1-51.
Chao-Duivis 1990
M.A.B. Chao-Duivis, 'Vergelding als schadevergoeding', *NJB* 1990, p. 513-520.
Chorus 1987
J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987.
Chorus 2004
J.M.M. Chorus, 'Het interim-rapport en Europa en de wereld', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 25-41.
Clark 1940
J.M. Clark, 'Towards a concept of workable competition', 30 *American Economic Review* 1940, p. 241-256.
Coenraad 2001
L.M. Coenraad, 'Een wettelijke grondslag voor het beginsel van hoor en wederhoor: artikel 1 Gw of artikel 1.3.1 WV 26 855?, *TCR* 2001, p. 4-7.
Collins 2005
D. Collins, 'Public Funding of Class Actions and the Experience with English Group Proceedings', *The Manitoba Law Journal* 2005, p. 211-238.
Corstens 2003
G.J.M. Corstens, 'Non bis in eundem hominem', in: M.S. Groenhuijsen & J. Simmelink (red.), *Glijdende Schalen, Liber amicorum De Hullu*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 95-109.
Craig & de Búrca 2007
P. Craig & G. de Búrca, *European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2007.
Croiset van Uchelen 2007
A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Over het inpolderen van massaschade, in: N. van den Berg, R. Henkemans & A. Timmer (red.), *Massaclaims, class actions op z'n Nederlands*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 105-128.
Croiset van Uchelen 2008
A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Handhaven of bijschaven?, De effectiviteit van de WCAM', *WPNR* 6772 (2008), p. 798-805.
Crommelin 2007
R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Crompton, Fishman & Wiemer 2008
J. Crompton, T. Fishman & F. Wiemer, 'European Commission publishes White Paper on antitrust damages actions', *Allen & Overy* 2008 <www.allenovery.com>.
Cseres, Schinkel & Vogelaar 2006
K.J. Cseres, M.P. Schinkel & F.O.W. Vogelaar (eds.), *Criminalization of Competition Law Enforcement*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing 2006.

Van Dam 1989
C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid; een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats, inhoud en functie van de zorgvuldigheidsnorm bij de aansprakelijkheid voor letsel- en zaakschade* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.
Van Dam 2000
C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
Van Dam 2001
C.C. van Dam, 'Toerekening van een onrechtmatige daad' (bespreking van: C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2000), *VR* 2001, p. 71-74.
Van Dam 2006
C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.
Damaska 1997
M.R. Damaska, *Evidence law adrift*, New Haven 1997.
Van Damme 1996
E. van Damme, 'Marktwerking en herregulering', in: R.A.J. van Gestel & Ph. Eijlander (red.), *Markt en wet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 19-42.
Van Damme 2000
E. van Damme, *Op de welvaartseconomie gebaseerd mededingingsbeleid*, Bijdrage voor Expertmeeting 'Mededinging en niet-economische belangen', Utrecht, 12 mei 2000.
Dankers-Hagenaars (*Verbintenissenrecht*)
D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, 'Voortbouwende overeenkomsten', in: E.H. Hondius (red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Darwin 1859
C. Darwin, *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life*, 1859.
Derains 1997
Y. Derains, 'Toepassing van het Europees recht door de arbiters – Analyse van de rechtspraak', in: R. Briner e.a., *Arbitrage en Europees recht*, Brussel: Bruylant 1997, p. 67-80.
Deurvorst *(Schadevergoeding)*
T.E. Deurvorst, 'Matiging, limitering', in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Van Dijk 2004
M.C.M. van Dijk, 'Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook? De rechter kan alles wat je hem vraagt, maar wil je hem alles vragen?', *M&M* 2004, p. 4-11.
Van Dijk 2006
Chr.H. van Dijk, '(Buiten)gerechtelijke kosten: de onwenselijkheid van het op grote schaal verschieten van kleur', *MvV* 2006, p. 137-142.

Van Dijk 2007
Chr.H. van Dijk, 'Hoe te beoordelen of de deskundige deskundig is?', *NTBR* 2007, p. 434-441.
Dijksterhuis-Wieten 1998
H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures*, Deventer: Kluwer 1998.
Dirix, Montangie & Vanhees 2005
E. Dirix, Y. Montangie & H. Vanhees, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen: Intersentia 2005.
Drion 1997
C.E. Drion, 'EG-mededingingsrecht en arbitrage: de Benetton-zaak', *Bb* 1997, p. 181-186.
Duk 1973
W. Duk, *Tanden van het recht* (oratie UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1973.

Ehlermann 1992
C.D. Ehlermann, 'The contribution of EC Competition Policy to the Single Market', *CMLR* 1992, p. 257-282.
Ehlermann 2000
C.D. Ehlermann, 'The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution', *CMLR* 2000, p. 537-590.
Ehlermann & Atanaiu 2003
C.D. Ehlermann & I. Atanaiu, *European Competion Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing 2003.
Eilmansberger 2007
T. Eilmansberger, 'The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: Reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action', *CMLR* 2007, p. 431-478.
Eisenberg & Miller 2004
Theodore Eisenberg & Geoffrey P. Miller, 'Attorneys Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study', *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, p. 27–78.
Ellis 1982
D.D. Ellis, 'Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages', *Southern California Law Review* 1982, p. 1-78.
Elsen 2007
G.J.K. Elsen, Feitelijk leidinggeven en opdrachtgeven: in of uit het mededingingsrecht?, *M&M* 2007, p. 211-219.

Faull & Nikpay 2007
J. Faull & A. Nikpay (eds.), *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2007.
Faure 1993
M. Faure, *(G)een schijn van kans. Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieugezondheidsschade* (oratie Maastricht), Antwerpen: Maklu 1993.
Feenstra & Winkel 2002
R. Feenstra & L.C. Winkel, *Vergelding en vergoeding: enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002.

Felstiner, Abel & Sarat 1981
W.L.F. Felstiner, R.L. Abel & A. Sarat, 'The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming…', 15 *Law and Society Review*, 1980-1981, p. 631-654.
Fierstra 2001
M.A. Fierstra, 'Precisering van verhouding nationale rechter enerzijds en Commissie en Hof van Justitie anderzijds bij toepassing van het communautaire mededingingsrecht', *NTER* 2001, p. 159-163.
Freckelton 1987
I.R. Freckelton, *The Trial of the Expert*, Melbourne: Oxford University Press 1987.
Frenk 1994
N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1994.
Frenk 1995
N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', *NJB* 1995, p. 482-491.
Frese 2006
M.J. Frese, 'Verwijdering van sanciebepalingen uit de Mw? Bezint eer gij begint!', *M&M* 2006, p. 136-142.
Freudenthal 2002
M. Freudenthal, 'Internationale bewijsverkrijging: van Haagse en Europese samenwerking', *NIPR* 2002, p. 109-122.
Freudenthal 2004
M. Freudenthal, 'Harmonisatie van Europees civiel procesrecht. Naar een ius commune voor het Europees procesrecht?!', *TCR* 2004, p. 29-37.
Freudenthal 2006
M. Freudenthal, 'De Europese Executoriale Titel' (bespreking van: M. Zilinsky, *De Europese Executoriale Titel. Tijdige tenuitvoerlegging van vermogensrechtelijke beslissingen in de Europese Unie bezien vanuit verschillende internationale instrumenten*, Deventer: Kluwer 2005), *MvV* 2006, p. 18-22.
Freudenthal 2008
M. Freudenthal, 'Handhavingsrichtlijn intellectuele-eigendomsrechten: bewarende en voorlopige maatregelen', *JBPr* 2008, p. 200-210.
Fung Fen Chung 2004
C.S.K. Fung Fen Chung, *Bewijsmiddelen in het arbitraal geding* (diss. Rotterdam), Den Haag: SdU-uitgevers 2004.
Furse 2006
M. Furse, *Competition Law of the UK and EC*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Gaasbeek & Van der Meulen 1999
P.B. Gaasbeek & B.M.J. van der Meulen (red.), *Integraal Mededingingsrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie bv 1999.
Gaudet 2009
R. Gaudet, 'Turning a blind eye: the Commission's rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience', *ECLR* 2009, p. 107-117.
Gavil 2005
A.I. Gavil, 'Antitrust Remedy Wars Episode I: Illinois Brick from Inside the Supreme Court', *St. John's Law Review* 2005, p. 553-624.

Geelkerken 1966
J.G. Geelkerken, *Nietigheid van concurrentiebeperkingen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1966.
Gerber 1998
D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Promotheus*, Oxford: Clarendon Press 1998.
Van Gerven e.a. 1997
W. van Gerven e.a., *Kartelrecht II – Europese Gemeenschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997.
Van Gerven, Lever & Larouche 2000
W. van Gerven, J. Lever & P. Larouche, *Tort law. Ius commune casebooks on the common law of Europe*, Oxford: Hart Publishing 2000.
Van Gerven e.a. 2000
W. Van Gerven e.a. (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law – Scope of Protection*, Oxford: Hart Publishing 2000.
Van Gerven 2002
W. van Gerven, 'Privaatrecht handhaaft mededingingsrecht: 'Alice in Wonderland?'', in: D.C. Buijs, W. van Gerven, A.S. Hartkamp e.a. (red.), *Mok-aria, Opstellen aangeboden aan Prof.mr. M.R. Mok ter gelegenheid van zijn 70e verjaardag*, Deventer: Kluwer 2002, p. 63-75.
Van Gerven 2003
W. van Gerven, 'Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before national courts', in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing 2003, p. 53-93.
Van Gerven 2005
W. van Gerven, 'Enacting private enforcement legislation: not starting from scratch', paper EU/IBA Conference March 2005.
Van Gerven 2006
W. van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2006.
Van Gerven 2007
W. van Gerven, 'Private enforcement of EC Competition Rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the Way Ahead', in: J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.
Giesen 2001
I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001.
Gijlstra & Murphy 1974
D.J. Gijlstra & D.F. Murphy, 'EEC Competition Law after the Brasserie de Haecht II and Sabam Cases', *Legal Issues of European Integration* 1974/2, p. 79-109.
Goldstein 2001
S. Goldstein, 'The proposed ALI/Unidroit Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: the Utility of Such a Harmonization Project', *Uniform Law Review* 2001, p. 789-801.
Goyder 2003
D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2003.
Gras 1994
E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994.

De Grave 2002
D.J.M. de Grave, 'Bestraffing van overtreding van mededingingsregels: een impressie vanuit de VS', *AM* 2002, p. 206-208.
Green 1992
M.D. Green, 'Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation', *Northwestern University Law Review* 1992, p. 643-699.
Greenfield & Olinsky 1984
J. Greenfield & M.S. Olinsky (eds.), *The Use of Economists in Antitrust Litigation*, American Bar Association, Section of Antitrust Law 1984.
Groen 1995
H.A. Groen, 'De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken', in: E.A. Alkema e.a., *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 131-173.
Groenendijk 1981
C.A. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.
De Groot 2007
T.D. de Groot, 'Arbitrage en de modernisering van het Europese mededingingsrecht', *TvA* 2007, p. 43-50.
De Groot 2008
G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.
De Groot & Akkermans 2007
G. de Groot & A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007, p. 501-509.
Grosheide 2001
F.W. Grosheide, 'Afstemming tussen de civiele rechter en de NMa/bestuursrechter in mededingingszaken, in het bijzonder bij de handhaving van art. 6 lid 1 Mw', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de Mededingingswet* (Mededingingsmonografieën-4), Deventer: Kluwer 2001, p. 91-96.

Haak & VerLoren van Themaat 2005
M.F.J. Haak & I.W. VerLoren van Themaat (red.), *De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland. Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken*, Amsterdam: Houthoff Buruma 2005.
Ter Haar 2004
B. ter Haar, *Publiek toezicht op de zorgplicht*, bijdrage aan het DSI Symposium "Effecten van de zorgplicht", 26 oktober 2004.
Haardt 1945
W.L. Haardt, *De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1945.
Haazen 2006a
O.A. Haazen, 'Amerikaanse toestanden: De tijd rijt alle wonden open', *NJB* 2006, p. 749-752.
Haazen 2006b
O.A. Haazen, 'Amerikaanse toestanden. Qui tam', *NJB* 2006, p. 1156-1158.

Hammerstein 1997
A. Hammerstein, 'Informatieplichten van partijen en bewijsgaring', in: J.G.A. Linssen & J.B.M. Vranken (red.), *Ontwerp aanpassing wetboek burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 1997, p. 91-99.
Hanotiau 1997
B. Hanotiau, 'L'arbitrage et le droit européen de la concurrence', in: R. Briner e.a., *Arbitrage en Europees Recht*, Brussel: Bruylant 1997, p. 30-64.
Hanssen 1996
A.G.M. Hanssen, 'De waarheid en een eerlijk proces. Anonieme getuigen in het. civiele geding', *TCR* 1996, p. 24-28.
Harris & Sullivan 1979
R.G. Harris & L.A. Sullivan, 'Passing on the Monopoly Overcharge', Passing on the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis', *University of Pennsylvania Law Review* 1979, p. 269-360.
Harteveld, Keulen & Krabbe 1996
A.E. Harteveld, B.F. Keulen & H.G.M. Krabbe (red.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 1996.
Harteveld e.a. 2004
A.E. Harteveld e.a. (red.), *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
Hartkamp 2001
A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad', *WPNR* 6440-6441 (2001), p. 311-318, 327-334.
Hartkamp 2007a
A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.
Hartkamp 2007b
A.S. Hartkamp, 'Het Europese recht en het Nederlandse contractenrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 335-450.
Hartkamp 2007c
A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling in het Europese gemeenschapsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 541-559.
Hartkamp & Sieburgh 2007
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, 'De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht: een korte verkenning', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-14.
Hartkamp, Sieburgh & Keus 2007
A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
Hartley 2005
T. Hartley, 'The European Union and the systematic dismantling of the common law of Conflicts of Laws', *International and Comparative Law Quarterly* 2005, p. 813-828.

Hartley 2007
T.C. Hartley, *The foundations of European Community law*, Oxford: Oxford University Press 2007.
Hartlief 1995
T. Hartlief, Causaliteit, 'Over grenzen aan de toerekening bij letselschade', in: L.G Eykman e.a. (red.), *Bijzonder letsel, Aansprakelijkheid voor psychisch letsel en psychosomatische gevolgen van letsel*, Lelystad: Vermande 1995, p. 27-49.
Hartlief 1997
T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.
Hartlief 2000
T. Hartlief, 'Proportionele aansprakelijkheid: een introductie', in: A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom 2000, p. 1-25.
Hartlief 2001
T. Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de omkeringsregels, *AA* 2001, p. 452-459.
Hartlief 2003
T. Hartlief, 'Verzekerbaarheid van aansprakelijkheid in het perspectief van maatschappelijk verantwoord ondernemen', *Tijdschrift voor Stichting Vereniging en Vennootschap* 2003. p. 236-247.
Hartlief 2004
T. Hartlief, 'Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?', *AV&S* 2004, p. 235-249.
Hartlief 2005
T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p. 830-834.
Hartlief 2006
T. Hartlief, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), Deventer: Kluwer 2006, nr. 208.
Hartlief 2007
T. Hartlief, 'Gij zult handhaven!', *NJB* 2007, p. 915.
Hartlief 2008
T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 6772 (2008), p. 769-777.
Hartlief & Spronken 2001
T. Hartlief & T. Spronken, 'Herziening na Straatsburgse veroordeling: de civiele rechter uitgespeeld?', *NJB* 2001, p. 1758-1760.
Hartlief & Tjittes 2005
T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2005, p. 1605-1612.
Ten Have & Langer 2006
F. ten Have & J. Langer, 'GlaxoSmithKline: geldt de *counterfactual analysis*-test ook voor strekkingsbeperkingen?', *AM* 2006, p. 224-227.
Hechler 2002
D. Hechler, 'Federal Judges Applying Tougher Standards on Expert Testimony', *The National Law Journal*, 8 januari 2002, p. A20.
Heertje 2003
A. Heertje, *Economie in een notendop*, Amsterdam: Prometheus 2003.

Heertje 2006
A. Heertje, *Het was niet de bedoeling, Algemeen evenwicht, Banach-ruimten en Europees mededingingsbeleid*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2006.
Van der Heijden 2001
E.M. van der Heijden, 'Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker', *NJB* 2001, p. 1749-1756.
Heinze 2007
C.A. Heinze, 'Discussion, Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law', in: J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 17-18.
Van de Hel & De Grave 2006
J.M.M. van de Hel & D.J.M. de Grave, 'Toegang tot dossiers voor derden in mededingingszaken: een tussenstand', *M&M* 2006, nr. 1, p. 10-17.
Hellwig 2007
M. Hellwig, 'Private Damage Claims and the Passing-On Defense in Horizontal Price-Fixing Cases: An Economist's Perspective', in: J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 121-159.
Hempel 2004
R. Hempel, 'Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle', *Wirtschaft und Wettbewerb* 2004, p. 362-373.
Hendrikse & De Groot 2005
M.L. Hendrikse & A.M.F. de Groot, *De buitengerechtelijke kosten* (preadvies voor de Vereniging van Incasso-advocaten 2005), Zutphen: Paris 2005.
Hesper 1999
R.H.G. Hesper, 'Op weg naar Europeesrechtelijke aansprakelijkheid voor schade bij schending van Europees kartelrecht', *RM Themis* 1999, p. 143-162.
Hesselink 2005
M.W. Hesselink, 'Non-Mandatory Rules in European Contract Law', in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 101-134.
Hettema 2004
J. Hettema, 'Schadevergoeding bij inbreuken op het mededingingsrecht', *Contracteren* 2004, p. 110-112.
Hijma 1988
J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
Hijma & Olthof 2008
Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
Hildebrandt, Van Kampen & Nijboer 1994
M. Hildebrandt, P.T.C. van Kampen & J.F. Nijboer (eds.), *Plea Bargaining in Holland?*, Arnhem: Gouda Quint BV 1994.
Hillen-Muns e.a. 2001
M.I.W.E. Hillen-Muns e.a., 'Heropening van zaken na een uitspraak van het EHRM', in: M.M. Krijnen & M.R. Mok (red.), *Het rekest-civiel herroepen: een actualisering, aangeboden aan Th. B. ten Kate, ter gelegenheid van zijn afscheid als procureur-generaal bij de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 51-65.

Hirsch Ballin 2001
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Criteria voor studievernieuwing', *AA* 2001, p. 733-737.
Hodges 2006
C.J.S. Hodges, 'Competition enforcement, regulation and civil justice: What is the case?', *CMLR* 2006, p. 1381-1407.
Hoekzema 2003
J.W. Hoekzema, 'De plaats van de 'omkeringsregel' in het bewijsrecht', *NTBR* 2003, p. 232-241.
Hoes-Weishut, Lunsingh Scheurleer & Speyart 2008
S. Hoes-Weishut, D. Lunsingh Scheurleer & H. Speyart, 'Het Witboek Schadevergoeding afgezet tegen de huidige Nederlandse situatie: verworvenheden en vernieuwingen', *AM* 2008, p. 137-149.
Holmes 1897
O.W. Holmes, 'The Path of Law', *Harvard Law Review* 1897, p. 457-478.
Holmes 2004
K. Holmes, 'Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK', *ECLR* 2004, p. 25-36.
Honnold 1999
J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Den Haag: Kluwer Law International 1999.
Hoogervorst 2001
E.M. Hoogervorst, 'Strijd met openbare orde wegens schending art. 81 EG; vernietiging arbitraal vonnis. Noot bij HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 m.nt. HJS; HvJEG 1 juni 1999, *NJ* 2000, 339 en HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 m.nt. HJS', *NTBR* 2001, p. 93-98.
Hoogeveen 2005
S. Hoogeveen, 'Fishing expeditions versus exhibitieplicht', *Advocatenblad* 2005, p. 678-681.
Horrobin 1990
D.F. Horrobin, 'The Philosophical Basis of Peer Review and the Suppression of Innovation', *Journal of the American Medical Association* 1990, p. 1438-1441.
Houben 2005
I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.
Van Houtte 2000
H. van Houtte, 'De arbiter, het lelijke eendje van het Europees Recht', in: *NAI 50 jaar, Arbitrage: in wiens handen?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 23-29.
Hovenkamp 1990
H. Hovenkamp, 'The Indirect-Purchaser Rule and Cost-Plus Sales', *Harvard Law Review* 1990, p. 1717-1731.
Hoyng 1991
W.A. Hoyng, 'Vier procesrechtelijke wensen', in: B.W.M. Nieskens-Ipshording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 105-118.
Hugenholtz/Heemskerk 2006
W. Hugenholtz, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, voortgezet door W.H. Heemskerk, Den Haag: Elsevier juridisch 2006.
Hutchings & Levitt 1994
M.B. Hutchings & M. Levitt, 'Concurrent Jurisdiction', *ECLR* 1994, p. 119-126.

Idot 2003
L. Idot, 'Arbitration and the Reform of Regulation 17/62', in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 307-321.
Immenga & Mestmäcker 2001
U. Immenga & E.J. Mestmäcker, *Kommentar zum GWB*, Munich: Beck-Verlag 2001.
Ingelse 2004
P. Ingelse, 'Herbezinning op de partijautonomie', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 43-67.

Jacobs & Deisenhofer 2003
F.G. Jacobs & T. Deisenhofer, 'Procedural Aspects of the Effective Private Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective', in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 187-227.
Jans e.a. 2002
J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
Jansen (*Onrechtmatige daad I*)
K.J.O. Jansen, 'Onrechtmatige daad, I. Artikelsgewijs commentaar, Artikel 162', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Jarvis 1998
M.A. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts: The Free Movement of Goods*, Oxford: Oxford University Press 1998.
Jones 1999
C.A. Jones, *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, Oxford: Oxford University Press 1999.
Jones & Sufrin 2004
A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2004.
De Jong 1990
H.W. de Jong, 'Nederland: het kartelparadijs van Europa?', *ESB* 1990, p. 244-248.
Jongbloed 2000
A.W. Jongbloed, 'Ambtshalve toepassing Europees recht door nationale rechter?', *Executief* 2000, p. 92-96.
Jongbloed (*Vermogensrecht*)
A.W. Jongbloed, 'Rechtsvorderingen', in: Jac. Hijma (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Kapteyn & VerLoren van Themaat 2003
P.J.G. Kapteyn, L.A. Geelhoed, K.J.M. Mortelmans & C.W.A. Timmermans (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.
Kaysen & Turner 1959
C. Kaysen & D.F. Turner, *Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis*, Cambridge: Harvard University Press 1959.
Kemper 2004
R.A.P. Kemper, *Private enforcement of EU and national competition law* (Discussion paper European Competition Day 2004), Amsterdam 2004.

Kerkmeester 1998
H.O. Kerkmeester, 'Punitive damages ter compensatie van een lage veroordelingskans', *NJB* 1998, p. 1807-1813.
Kerse & Khan 2005
C.S. Kerse & N. Khan, *E.C. Antitrust Procedure*, London: Sweet & Maxwell 2005.
Keus 1996
L.A.D Keus, noot onder HvJ EG 14 december 1995, zaak C-431/93, Van Schijndel, en zaak C-312/93, Peterbroeck, *SEW* 1996, p. 267-272.
Keus 2004
L.A.D. Keus, 'De Europeanisering van het vermogensrecht, in het bijzonder van het contractenrecht', in: W.E. Haak, G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids, M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht. Opstellen aangeboden aan Mr. W.E. Haak*, Deventer: Kluwer 2004, p. 194-209.
Kjølbye 2002
L. Kjølbye, 'Case C-344/98, Masterfoods v. HB Ice Cream', *CMLR* 2002, p. 175-184.
Klaassen 2007
C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Mon. BW B-35), Deventer: Kluwer 2007.
Van der Klis & Lavrijssen 1998
G.W. van der Klis & S.A.C.M. Lavrijssen, 'Gedane zaken nemen geen keer: de beperkte werking van de nietigheid', *M&M* 1998, p. 79-83.
Klonoff, Bilich & Malveaux 2006
R.H. Klonoff, E.K.M. Bilich & S.M. Malveaux, *Class Actions and Other Multi-party Litigation, Cases, and Materials* (American Casebook Series), West Group 2006.
Knibbeler & Schillemans 2001
W. Knibbeler & C.E. Schillemans, 'Rechtspraak over de Mededingingswet in 2000', *M&M* 2001, p. 169-181.
Knigge 1998
A. Knigge, *Effectieve toegang tot het civiele geding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.
Knijp 1997
G.J. Knijp, 'Buitengerechtelijke kosten en proceskosten', *NbBW* 1997, p. 97-100.
Köhne 2006
M. Köhne, 'Informatie als rechtvaardigende factor voor rechtsvorming: *de amicus curiae*', *AA* 2006, p. 252-258.
Komninos 2001
A.P. Komninos, 'Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement', *World Competition* 2001, p. 218-219.
Komninos 2002
A.P. Komninos, 'New prospects for private enforcement of EC competition law: Courage v Crehan and the Community right to damages', *CMLR* 2002, p. 447-487.
Komninos 2008
A.P. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford: Hart Publishing 2008.
Kon 1982
S. Kon, 'Art. 85, para. 3: A case for application by national courts', *CMLR* 1982, p. 541-561.

Kon & Maxwell 1998
S. Kon & A. Maxwell, 'Enforcement in National Courts of the EC and New UK Competition Rules: Obstacles to Effective Enforcement', *ECLR* 1998, p. 443-454.
Van der Kooij & Mulder 2007
P.A.C.E. van der Kooij & S.J.A Mulder, *Hoofdzaken intellectuele eigendom*, Deventer: Kluwer 2007.
Koopmann 1993
M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.
Koopmann (*Vermogensrecht*)
M.W.E. Koopmann, 'Rechtsvorderingen', in: J. Hijma (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer (losbl).
Korah 1981
V. Korah, 'Comfort letters – Reflections on the Perfume cases', *ELRev*. 1981, p. 14-75.
Van der Korst 2004
P.J. Van der Korst, 'Bedrijfsgeheimen in het civiele geding', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 289-305.
Korsten 2004
L.E.J. Korsten, *Memo Mededinging 2004/2005*, Deventer: Kluwer 2004.
Korsten & Van Wanroij 2006a
L.E.J. Korsten & M. van Wanroij, 'Verhaal van kartelschade I' *Bb* 2006, p. 31-35.
Korsten & Van Wanroij 2006b
L.E.J. Korsten & M. van Wanroij, 'Verhaal van kartelschade II' *Bb* 2006, p. 63-68.
Korsten & Van Wanroij 2008
L.E.J. Korsten & M. van Wanroij, *Nederlands mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
Kortmann 2006a
J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?', *NJB* 2006, p. 1404-1412.
Kortmann 2006b
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Kluwer: Deventer 2006.
Kortmann 2007
J.S. Kortmann, *Civielrechtelijke claims n.a.v. mededingingsrechtelijke overtredingen, internationale aspecten*, presentatie tijdens de '5-7 bijeenkomst' van de Vereniging voor Mededingingsrecht, 25 april 2007.
Köster 1963
H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam GU 1962), Zwolle 1963.
Kottenhagen-Edzes 1983
P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Ontwikkelingen op het gebied van voordeelstoerekening', *WPNR* 5638-5639 (1983), p. 53-57, 74-79.
Kottenhagen-Edzes 1989
P.A. Kottenhagen-Edzes, 'Milieuschade die het gevolg is van meer dan een oorzaak', *NJB* 1989, p. 1334-1340.

Kottenhagen-Edzes 1992
P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu. Het gebruik van het privaatrecht bij het voorkomen van milieu-aantasting en het verhaal van milieuschade* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Kranenborg 2003
H.R. Kranenborg, 'Artikel 8 EVRM en de verificatiebevoegdheden van de Commissie. Colas Est en Roquette Frères', *SEW* 2003, p. 49-57.

Kranenborg 2007
H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Krans 1999
H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999.

Krans, Vedder & Wissink 2005
H.B. Krans, H.H.B. Vedder & M.H. Wissink, 'Ambtshalve toetsing van overeenkomsten aan het kartelverbod', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2005, p. 5-33.

Kroes 2005a
N. Kroes, *Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe*, Dinner Speech at the Harvard Club, New York, 22 september 2005.

Kroes 2005b
N. Kroes, *Preliminary thoughts on policy review of article 82* (Speech), Fordham Corporate Law Institute, New York 23 september 2005.

Kroes 2006a
N. Kroes, *More private antitrust enforcement through better access to damages: an invitation for an open debate*, Opening speech at the conference 'Private enforcement in EC competition law: the Green Paper on damages actions', Brussel, 9 maart 2006.

Kroes 2006b
N. Kroes, *The Green Paper on antitrust damages actions: empowering European citizens to enforce their rights*, Opening speech at the European Parliament workshop on damages actions for breach of the EC antitrust rules, Brussel, 6 juni 2006.

Kroes 2007
N. Kroes, *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussel, 8 maart 2007.

Kroes 2008a
Chr.F. Kroes, 'Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims'? Een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels', *M&M* 2008, p. 104-112.

Kroes 2008b
Chr.F. Kroes, 'The beauty and the beast? Over 'class actions', de claimcultuur en het toenemend beroep op de rechter', *NTBR* 2008, p. 266-274.

Lande 1993
R.H. Lande, 'Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?', *Ohio State Law Journal* 1993, p. 115-174.

Landes & Posner 1979
W.M. Landes & R.A. Posner, 'Should Indirect Purchasers Have Standing to Sue Under the Antitrust Laws?', *University of Chicago Law Review* 1979, p. 602-635.

Landolt 2006
P.L. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International 2006.
Lankhorst 1992
G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
Lauwaars 1992
R.H. Lauwaars, 'Zijn er beleidsregels in Europa?', *NTB* 1992, p. 18-25.
Leeflang 2000
F.J. Leeflang, *De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter in 1998 en 1999*, Deventer: Kluwer 2000.
Leeflang, Gerbrandy & Pietermaat 2005
F.J. Leeflang, A. Gerbrandy & E.C. Pietermaat, *De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse bestuursrechter 2000-2004*, Deventer: Kluwer 2005.
Leijten 2005
A.F.J.A. Leijten, 'De betekenis van de Wet collectieve afwikkeling massaschade voor corporate litigation', *Ondernemingsrecht* 2005-15, p. 498-506.
Lemstra 2005
J.H. Lemstra, 'De (on)begrensde mogelijkheden van collectieve acties in het ondernemingsrecht', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005,* Deventer: Kluwer 2005, p. 299-310.
Lenaerts & Pittie 1997
K. Lenaerts & M. Pittie, 'Conclusions Générales (Algemene conclusies)', in: R. Briner e.a., *Arbitrage en Europees Recht*, Brussel: Bruylant 1997, p. 183-225.
Lensing 2000
J.A.W. Lensing, *Ne bis in idem in strafzaken: een rechtsvergelijkende en internationaalstrafrechtelijke oriëntatie*, preadvies voor de Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2000.
Van Leuken 2007
R.W.E. van Leuken, 'Zo. Nu eerst een… passing-on verweer?', *WPNR* 6734-6735 (2007), p. 1024-1031, 1048-1054.
Liebscher 2003
C. Liebscher, 'Arbitration and EC Competition Law – The New Competition Regulation: Back to Square One?', *International Arbitration Law Review* 2003, p. 84-94.
Van Lierop & Pijnacker Hordijk 2007
W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007.
Ligteringen 2009
I.P.M. Ligteringen, 'Privaatrechtelijke rechtsgevolgen van het Europese kartelverbod voor voortbordurende rechtshandelingen', *WPNR* 6783 (2009), p. 76-87.
Lindblom 1997
P.H. Lindblom, 'Harmony of the legal spheres', *European Review of Private Law* 1997, p. 11-46.
Linden 1998
E.C.H.J. Linden, *Formele en materiële rechtskracht, de kleren van de keizer* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Lindenbergh 1995
S.D. Lindenbergh, 'Smartegeld, geen straf', *Nemesis* 1995, p. 126-132.
Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.
Lindenbergh 2000
S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan', in: S.D. Lindenbergh e.a. (red.), *Buitengerechtelijke kosten, vijf visies op redelijkheid*, Den Haag: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars 2000, p. 11-31.
Lindenbergh 2004
S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de omkeringsregel', *WPNR* 6580 (2004), p. 433-435.
Lindenbergh 2006
S.D. Lindenbergh, 'Hoge Raad aanvaardt proportionele onzekerheid bij onzeker causaal verband. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus)', *MvV* 2006, nr. 6, p. 104 – 108.
Lindenbergh 2007
S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk, Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2007.
Lindenbergh 2008
S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW B-34), Deventer: Kluwer 2008.
Lindenbergh (*Schadevergoeding*)
S.D. Lindenbergh, 'Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding', in: A.T. Bolt (red.), *Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Linssen 2001
J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Loozen 2002
E.M.H. Loozen, 'Het begrip mededingingsbeperking nader beschouwd', *M&M* 2002, p. 11-17.

Van Maanen 2001
G.E. van Maanen, *Ongerechtvaardigde verrijking, een handleiding voor raadsheren en studenten, met gratis stappenplan*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
Van Maanen 2006
G.E. van Maanen, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks burgerlijk recht 5), Deventer: Kluwer 2006.
Mankowski 2008
P. Mankowski, 'Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung', *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2008, p. 177-193.
Van Marissing 1995
J.P.L. van Marissing, 'De Raad van Arbitrage voor de bouw en het europese aanbestedingsrecht: een brug te ver?', *TvA* 1995, p. 196-203.
Van Marissing 2005
J.P.L. van Marissing, *A policy of change. An appeal for further reform of aspects of EU competition policy* (oratie), Breukelen: Nyenrode Business Universiteit 2005.

Mäsch 2003
G. Mäsch, 'Private Ansprüche bei Verletzung des europäischen Kartellverbots, 'Courage' und die Folgen', *Europarecht* 2003, p. 825-846.
Massey 1987
C.R. Massey, 'The Excessive Fines Clause and Punitive Damages; Some Lessons from History', *Vanderbilt Law Review* 1987, p. 1233-1269.
McCurdy 2004
G.V.S. McCurdy, 'The Impact of Modernisation of the EU Competition Law System on the Courts and Private Enforcement of the Competition Laws: A Comparative Perspective', *ECLR* 2004, p. 509-517.
McDougall & Verzariu 2008
A. McDougall & A. Verzariu, 'Case Comment: Vitamins Litigation: Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account of Profits in Private Competition Law Claims', *ECLR* 2008, p. 181-184.
McKenzie 2000
R.B. McKenzie, *Antitrust on Trial: How the Microsoft Case Is Reframing the Rules of Competition*, Cambridge: Perseus Publishing 2000.
Van der Meent 1991
G.W.A. van der Meent, 'Rechtsbescherming bij overheidsaanbestedingen in de bouw', *TvA* 1991, p. 123-132.
Van der Meent 1995
G.W.A. van der Meent, *Overheidsaanbestedingen: de EG-rechtelijke context* (diss. Rotterdam), Zwolle 1995.
Meijer 1999
G.J. Meijer, 'Toepassing van EG-recht in arbitrage, HvJ EG 1 juni 1999 (Eco Swiss China Time/Benetton), C-126/97', *TCR* 1999, p. 61-65.
Meijer 2007
R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007.
Messer 1994
E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1994.
Mestmäcker 2000
E.J. Mestmäcker, The EC Commission's Modernization of Competition Policy: a Challenge to the Community's Constitutional Order', *European Business Organisation Law Review* 2000, p. 401-444.
Van der Meulen 2001
B.M.J. van der Meulen, 'Klagers onder de Mededingingswet, Het bondgenootschap tussen NMa en consument revisited', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de Mededingingswet* (Mededingingsmonografieën-4), Deventer: Kluwer 2001, p. 13-32.
Michiels & De Waard 2007
F.C.M.A. Michiels & B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
Micklitz & Stadler 2003
H.-W. Micklitz & A. Stadler, *Unrechtsgewinnabschöpfung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.

Miege 2005
C. Miege, *Modernisation and Enforcement Pluralism – The Role of Private Enforcement of Competition Law in the EU and the German Attempts in the 7th Amendment of the GWB*, Amsterdam: Amsterdam Centre for Law & Economics 2005.
Van Mierlo e.a. 2005
A.I.M. van Mierlo e.a. (red.), *Het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschade*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.
Mobley 2003
Samantha Mobley, *The Status of Competition Litigation in Europe*, IBC Advanced EC Competition Law Conference 28 April 2003.
Mok 1997
M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (Afscheidscollege RU Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Mok 1999
M.R. Mok, 'Kartelrecht en arbitrage', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 337-339.
Mok 2003
M.R. Mok, 'Mededingingsrecht en privaatrecht', *NTBR* 2003, p. 306-312.
Mok 2004
M.R. Mok, *Kartelrecht I, Nederland, de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004.
Mok 2008
M.R. Mok, 'Mededingingswet weer gewijzigd', *SEW* 2008, p. 229-231.
Mok & Tjittes 1995
M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RM Themis* 1995, p. 383-404.
Van der Molen 2002
J.J. van der Molen, 'Verschieten de kosten van rechtsbijstand buiten proces voor een groot deel van kleur, als er vervolgens geprocedeerd wordt?', *L&S* 2002, nr. 2, p. 17-19.
Möllers & Heinemann 2007
T. Möllers & A. Heinemann, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2007.
Monti 2002
M. Monti, *EU Competition Policy*, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. New York, 31 oktober 2002.
Monti 2003
M. Monti, *Contribution of competition policy to competitiveness of European economy?*, Dublin, 26 mei 2003.
Mortelmans, Van Ooik en Prechal 2004
K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik en S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004.
M. Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.
Mulder 2006
T. Mulder, 'Moeder aller kartels baart Chinese dochter', *Het Financieele dagblad*, 31 maart 2006.

Nazzini 2004
R. Nazzini, *Concurrent Proceedings in Competition Law. Procedure, Evidence and Remedies*, Oxford/New York: Oxford University Press 2004.
Nebbia 2008
P. Nebbia, 'Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?', *ELRev.* 2008, p. 23-43.
Nevo-Ilan 2007
H. Nevo-Ilan, *Definition of the Relevant Market: (Lack of) Harmony between Industrial Economics and Competition Law* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2007.
Nieskens-Isphording 1991
B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1991.
Nieskens-Isphording 1998
B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Een analyse van zes jaar ongerechtvaardigde verrijking. Over onvolkomen wetgeving en aanvechtbare jurisprudentie', *RM Themis* 1998, p. 98-109.
Nieuwenhuis 2000
J.H. Nieuwenhuis, 'De constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000, p. 203-211.
Nieuwenhuis 2002
J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocaualiteit, Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade', *TPR* 2002, p. 35-36.
Nieuwenhuis 2006a
J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.
Nieuwenhuis 2006b
J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', in: J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenchap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 1-18.
Nijboer 1997
J.F. Nijboer, 'De Deskundige en het Deskundigenbewijs', in: P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag (red.), *Het Hart van de Zaak – Psychologie van het recht*, Deventer: Gouda Quint 1997.
Nijboer 1999
J.F. Nijboer, 'Bewijs en bewijsrecht een inleiding', *AA* 1999, p. 16-25.
Nijboer 2002
J.F. Nijboer, Het gekooide denken – over de rol van discipline binnen feitenonderzoek en bewijs in het recht (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2002.
Van Nispen 1993
C.J.J.C. van Nispen, *De terloopse hercodificatie van ons burgerlijk procesrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993.
Van Nispen 2003
C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. Nieuw BW A-11), Deventer: Kluwer 2003.
Nisser & Blanke 2006
C. Nisser en G. Blanke, 'Reflections on the role of the European Commission as Amicus Curiae in international arbitration proceedings', *ECLR* 2006, p. 174-183.

O'Keeffe
S. O'Keeffe, 'First among Equals: The Commission and the National Courts as Enforcers of E.C. Competition Law', *ELRev*. 2001, p. 301-311.
Oostenbrink 1967
J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties* (diss. Utrecht), Den Haag: VUGA 1967.
Oostenbrink 1971
J.J. Oostenbrink, *Administratieve sancties in Nederland (een fiscaal- en administratiefrechtelijk probleem)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971;
Oosterhuis 2007
G. Oosterhuis, 'Manfredi: respect voor deze rechter!', *NTER* 2007, p. 33-39.
Oranje & Henquet 2004
D.J. Oranje & Th.S.M. Henquet, 'Collectieve acties in corporate litigation', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 339-358.
Oranje 2005
D.J. Oranje, 'Artikel 3:305a BW dient te worden uitgebreid met de bevoegdheid tot het vorderen van een schadevergoeding in geld', in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Deventer: Kluwer 2005, p. 289-297.
Van Oven 1932
J.C. Van Oven, 'Onrechtmatigheid en schuld', *WPNR* 3278-3280 (1932), p. 481-483, 494-496, 509-512.
Owen 1976
D. Owen, 'Punitive Damages in Products Liability Litigation', *Michigan Law Review* 1976, p. 1257-1371.

Page 1999
W.H. Page, 'The limits of state indirect purchaser suits: Class certification in the shadow of Illinois Brick', *Antitrust Law Journal* 1999, p. 1-39.
Page 2005
W.H. Page, 'Class Certification in the Microsoft Indirect Purchaser Litigation', 1 *Journal of Competition Law & Economics* 2005, p. 303-338.
Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Inv. Boek 6
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht
G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken,* onder redactie van G.R. Rutgers & R.J.C. Flach, Deventer: Kluwer 1988.

Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, Van Mierlo/Bart 2002
A.I.M. van Mierlo, met medewerking van F.M. Bart, *Parlementaire geschiedenis herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002.

Parl. Gesch. Wijziging Rv
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, met medewerking van J.B. Rijpkema, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6: Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de wet op de rechterlijke organisatie en de faillissementswet*, Deventer: Kluwer 1992.

Parl. Gesch. Awb I
E.J. Daalder & G.R.J. de Groot, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste Tranche,* Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1993.

Paulis 2007
E. Paulis, 'Policy Issues in the Private Enforcement of EC Competition Law', in: J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007, p. 7-16.

Peeperkorn 1998
D. Peeperkorn, 'Het oordeel van Paris', *VR* 1998, p. 321-324.

Peeperkorn 2000
D. Peeperkorn, 'Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer', in: A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 59-83.

Peeperkorn 2002
D. Peeperkorn, *Rechter en deskundige, Over de plaats van het deskundigenbericht in het civiel proces*, Vereniging van Informatierecht Advocaten (VIRA), jaarvergadering 7 november 2002.

Du Perron 2003
C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2003-I), Deventer: Kluwer 2003, p. 105-161.

Peter 2007
J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

Pheasant 2006
J. Pheasant, 'Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission's Green Paper', *ECLR* 2006, p. 365-381.

Pietermaat 2001
E.C. Pietermaat, 'De verhouding tussen de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit en de civiele rechter bij de handhaving van de Mededingingswet', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de Mededingingswet* (Mededingingsmonografieën-4), Deventer: Kluwer 2001, p. 97-116.

Pijnacker Hordijk 1987
E.H. Pijnacker Hordijk, 'De Nederlandse rechter en het Europees kartelrecht: een inventarisatie', *SEW* 1987, p. 484-504.
Pijnacker Hordijk 2004a
E.H. Pijnacker Hordijk, 'De richtsnoeren inzake de toepassing van artikel 81 lid 3 EG-Verdrag', *M&M* 2004, p. 129-132.
Pijnacker Hordijk 2004b
E.H. Pijnacker Hordijk, 'Gaat het schadevergoedingsrecht voor mededingingszaken op de schop', *M&M* 2004, p. 269-271.
Pijnacker Hordijk & Noë 2001
E.H. Pijnacker Hordijk & S.B. Noë, 'Afstemmingvraagstukken in de verhouding tussen de NMa en de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds', in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen en R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de Mededingingswet* (Mededingingsmonografieën-4), Deventer: Kluwer 2001, p. 75-90.
Pitlo/Hidma & Rutgers 1994
T.R. Hidma en G.R. Rutgers, *Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 7: Bewijs*, Deventer: Kluwer 1994.
Polak 1949
R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1949.
Polak 2003
M.V. Polak, 'De P van IPR: het begrip 'burgerlijke en handelszaken' in het EEX', *AA* 2003, p. 676-684.
Polak 2006
M.V. Polak, 'Iedereen en overal? Internationaal privaatrecht rond 'massaclaims'', *NJB* 2006, p. 2346-2355.
Polak 2007
M.V. Polak, 'De trucendoos van het IPR', in: N. van den Berg, R. Henkemans & A. Timmer (red.), *Massaclaims, class actions op z'n Nederlands*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 131-146.
Polak & Bomhoff 2005
M.V. Polak & J.A. Bomhoff, 'De constructie van een Europees begrip 'privaatrecht': drie decennia 'burgerlijke en handelszaken' in het Europese internationaal privaatrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BWKJ 2005/21), Deventer: Kluwer 2005, p. 153-179.
De Poorter 2000
J.C.A. de Poorter, 'De belanghebbende in het mededingingsrecht', *M&M* 2000, p. 36-40.
De Poorter 2003
J.C.A. de Poorter, *De belanghebbende: een onderzoek naar de betekenis van het belanghebbende-begrip in het bestuurs(proces)recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
De Poorter 2004
J.C.A. de Poorter, 'Het belangvereiste in bestuursrechtelijke procedures', in: E.C. Pietermaat & J.C.A. de Poorter, *Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang* (Preadviezen Jonge VAR 2003), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 51-93.

De Poorter & Peters 2002
J.C.A. de Poorter & J.A.F Peters, 'Een bestuursrechtelijk burgerperspectief op toezicht' in: Ph. Eijlander, R. van Gestel, W. Ligthart en S. Waslander (red.), *Dilemma's rond toezicht. Opstellen over de werking van toezichtsarrangementen*, Den Haag: SDU 2002, p. 61-75.

Poot 2006
M.F. Poot, 'Internationale afwikkeling van massaschades met de Wet collectieve afwikkeling massaschade', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 169-202.

Popper 1989
K.R. Popper, *Conjectures and Refutations, The Growth of Scientific Knowledge*, London: Routledge 1989 (5th ed.).

Posner 1975
R.A. Posner, 'The Social Costs of Monopoly and Regulation', *J. Political Economy* 1975, p. 807-827.

Posner 1976
R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press 1976.

Posner 2001
R.A. Posner, *Antitrust Law* (second edition of *Antitrust Law: An Economic Perspective*), Chicago: University of Chicago Press 2001.

Preece 2001
S. Preece, 'Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd', *ECLR* 2001, p. 281-288.

Quaedvlieg 2001
H.M.J. Quaedvlieg, *Ondernemende autoriteiten? Een onderzoek naar de handhaving van het Nederlandse en communautaire kartelrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2001.

Ras/Hammerstein 2004
H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, bewerkt door A. Hammerstein, Deventer: Kluwer 2004.

Van den Reek, 1994
W.A.P.J. van den Reek, 'De plichten en bevoegdheden van partijen in een civiele procedure in het licht van de verhouding tussen rechter en partijen', *Trema* nr. 4, p. 165-178.

Van den Reek 1997
W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Renda e.a. 2007
A. Renda e.a., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios* (Final Report for the European Commission), Brussel, Rome & Rotterdam 2007.

Riley 1993
A.J. Riley, 'More Radicalism, Please: The Notice on Co-operation between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty', *ECLR* 1993, p. 91-96.

Ritter 2002
L. Ritter, 'De recente toepassing van de EG-mededingingsregels door de Europese Commissie: moderner, efficiënter, transparanter', *SEW* 2002, p. 355-368.
Ritter & Braun 2005
L. Ritter & W.D. Braun, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2005.
Rivas & Horspool 2000
J. Rivas & M. Horspool (eds.), *Modernisation and Decentralisation of EC Competition Law*, The Hague: Kluwer Law International 2000.
Rodger 1999
B.J. Rodger, 'The Commission White Paper on Modernisation of the Rules Implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty', *ELRev*. 1999, p. 653-663.
Rodger 2006
B. Rodger, 'Competition law litigation in the UK courts: a study of all cases to 2004 – Part I-III', *ECLR* 2006, p. 241-248 (I), p. 279-292 (II), p. 341-350 (III).
Rodger 2008
B. Rodger, 'Private Enforcement of Competition Law, the Hidden Story: Competition Litigation Settlements in the United Kingdom, 2000-2005', *ECLR* 2008, p. 96-116.
Rogier 1992
L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una via-beginsel* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992
Van Rooy 1992
Y.C.T.M. van Rooy, 'Het einde van het kartelparadijs', *ESB* 1992, p. 908-912.
Rosochowicz 2005
P.H. Rosochowicz, *Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law*, <www.cms.uva.nl/acle/home.cfm> 2005, p. 1-15.
Roth 2007
W.-H. Roth, 'Private enforcement of European Competition Law – Recommendations flowing from the German Experience', in: J. Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2007.
Rüggeberg & Schinkel 2006
J. Rüggeberg & M.P. Schinkel, 'Consolidating Antitrust Damages in Europe: A Proposal for Standing in Line with Efficient Private Enforcement', *World Competition* 2006, p. 395-420.
Rutgers (*Burgerlijke Rechtsvordering*)
G.R. Rutgers, 'Boek III. Titel 7. Enige bijzondere rechtsplegingen', in: E.M. Wesseling-van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (hoofdred.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Salomons 1993
R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Mon. Nieuw BW B38), Deventer: Kluwer 1993.
Samkalden 2000
D. Samkalden, 'Handhaving Mededingingswet', in: P.J. Slot & Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief* (Mededingingsmonografieën-1), Deventer: Kluwer 2000, p. 203-238.

Sanders 1991
P. Sanders, 'Overheidsopdrachten en arbitrage. Aanpassing Richtlijn 89/665', *TvA* 1991, p. 202-205.
Sanders 1992
P. Sanders, 'Arbitrage, Twee voorstellen tot wetswijziging', in: H.J. Snijders & M. Verhagen (red.), *Haven en handel* (Van Delden-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 49-57.
Sanders 2001
P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001.
Schaafsma 2008
S.J. Schaafsma, 'Rome II: intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie', *WPNR* 6780 (2008), p. 998-1003.
Van Schaik 1946
Th.E.E. van Schaik, *De oneerlijke concurrentie uit strafrechtelijk oogpunt beschouwd*, Utrecht: Dekker & Van der Vegt 1946.
Van Schaick 1994
A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
Van Schaick 2000
A.C. van Schaick, 'Proceskosten en buitengerechtelijke kosten', *NTBR* 2000, p. 313-315.
Van Schellen 1972
J. van Schellen, *Juridische causaliteit, een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1972.
Scherer & Ross 1990
F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial market structure and economic performance*, New York: Houghton-Mifflin Company 1990.
Schinkel 2008
M.P. Schinkel, 'Forensic Economics in Competition Law Enforcement', *Journal of Competition Law and Economics* 2008, p. 1-30.
Schirmeister 1996
F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht? De vergoeding van letselschade in de Verenigde Staten* (diss. Amsterdam UvA), Lelystad: Koninklijke Vermande bv 1996.
Schirmeister 2005
F.C. Schirmeiser, 'De afwikkeling van massaschade: the American way', *AA* 2005, p. 824-832.
Schlössels 2004
R.J.N. Schlössels, *De belanghebbende* (Monografieën Algemene wet bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2004.
Scholten 1962
G.J. Scholten, *De beperking van aansprakelijkheid met het gehele vermogen en de matigingsbevoegdheid van de rechter* (oratie Amsterdam UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1962.
Schoordijk 1986
H.C.F. Schoordijk, *Nogmaals: ongegronde vermogensvermeerdering*, Voordracht gehouden bij het vijfentwintigjarig bestaan van de Marcel Henri Bregstein-stichting, Zwolle: H.D. Tjeenk Willink 1986.

Schoordijk 1996
H.C.F. Schoordijk, 'Indirecte verrijking, vertegenwoordiging, onrechtmatige daad en Pauliana', *WPNR* 6247 (1996), p. 861-866.
Schoordijk 1997
H.C.F. Schoordijk, *Onverschuldigde betaling aan de faillissementscurator* (afscheidscollege UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Senden & Hancher 2000
L.A.J. Senden & L. Hancher, 'De juridische werking van communautaire beleidsregels inzake mededinging en staatssteun', *NTER* 2000, p. 96-104.
Shelkoplyas 2003
N. Shelkoplyas, *The Application of EC Law in Arbitration Proceedings* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.
Sieburgh 2000
C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.
Sijmonsma 2007
J.R. Sijmonsma, *Art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.
Silver 2003
C. Silver, 'We're Scared to Death: Class Certification and Blackmail, *New York University Law Review* 2003, p. 1357-1430.
Simont 1998
L. Simont, 'Arbitrage et droit de la concurrence. Quelques réflexions d' un arbitre', *Revue du Droit des Affaires Internationales* 1998, p. 547-556.
Slagter 1952
W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Leiden: Luctor et Embargo 1952.
Slechtriem & Schwenzer 2004
P. Schlechtriem & I. Schwenzer (hrsg.), *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht: das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, München: Beck 2004.
Slechtriem & Schwenzer 2005
P. Schlechtriem & I. Schwenzer (eds.), *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford: Oxford University Press 2005.
Slok & Van 1990
W.M.K. Slok & A.P.J. Van, 'De privaatrechtelijke boete en artikel 6:106 Nieuw BW', *NJB* 1990, p. 1823-1829.
Slot e.a. 2002
P.J. Slot e.a., *Eindrapport Evaluatie Mededingingswet (juridisch deelonderzoek)*, Den Haag 2002.
Slot 2004
P.J. Slot, 'A view from the mountain: 40 years of developments in EC competition law', *CMLR* 2004, p. 443-473.
Slot, Swaak & Mulder 2007
P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak & M.S. Mulder, *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Slotboom 1996
M.M. Slotboom, 'Ten dienste van de mededinging? Procedurele aspecten van het voorstel-Mededingingswet', *SEW* 1996, p. 291-298.
Slotboom 2001
M.M. Slotboom, 'De bescherming tegen zelfbeschuldiging in het Nederlandse mededingingsrecht: te beperkt in het licht van art. 6 EVRM?' in: O.J.D.M.L. Jansen, B.M.J. van der Meulen & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Handhaving van de Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2001, p. 131-143.
Smeehuijzen 2003
J.L. Smeehuijzen, ''Wie is de deskundige eigenlijk?' Pleidooi voor een disclosure statement', *TVP* 2003, p. 126-129.
Smeets 2007
M.F.A.M. Smeets, 'Verein für Konsumenteninformation/Commissie', *M&M* 2007, p. 60-63.
De Smijter & O'Sullivan 2006
E. de Smijter & D. O'Sullivan, 'The Manfredi judgment of the ECJ and how it relates to the Commission's initiative on EC antitrust damages actions', *Competition Policy Newsletter* 2006, nr. 3, p. 23-26.
Smits 1940
P.H. Smits, 'Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare beteekenis voor de onrechtmatige daad', *WPNR* 3688-3690 (1940), p. 373-379, 385-389, 397-402.
Smits 1996
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht* (diss. Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Smits 2003
J.M. Smits, *Bronnen van verbintenissen* (Mon. Nieuw BW A-2), Deventer: Kluwer 2003.
Snijders 1995
H.J. Snijders, 'Rond de arbitrage met name in bouwzaken' in: *Bouwarbitrage en civiele rechter* (preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 23), Deventer: Kluwer 1995, p. 52-69.
Snijders 2001
W. Snijders, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer*, Studiekring Offerhaus-lezing, nieuwe reeks nr. 7, Deventer: Kluwer 2001.
Snijders 2002
H.J. Snijders, 'Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema *revisited* en *updated*', *AA* 2002, p. 483-498.
Snijders 2003
H.J. Snijders, 'Remedies tegen algemene voorwaarden', in: T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13-20.
Snijders 2004
H.J. Snijders, 'Inleiding op de commentaren; Vrijheid en verantwoordelijkheid van procespartijen in civiele zaken', in: P. Ingelse (red.), *Commentaren op fundamentele herbezinning*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 9-24.

Snijders 2007a
H.J. Snijders, 'Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 79-95.
Snijders 2007b
H.J. Snijders, 'Van massaschades naar massaprocedures (voorwoord)', in: N. van den Berg, R. Henkemans & A. Timmer (red.), *Massaclaims, class actions op z'n Nederlands*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 5-8.
Snijders 2007c
H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2007.
Snijders 2008
H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 6761 (2008), p. 541-552.
Snijders, Klaassen & Meijer 2007
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
Snijders & Rank-Berenschot 2007
H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
Snijders & Wendels 2003
H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer: Kluwer 2003.
Spier 1992
J. Spier, *Schadevergoeding: algemeen, deel 3* (Mon. Nieuw BW B-36), Deventer: Kluwer 1992.
Spier & Haazen 2000
J. Spier & O.A. Haazen, 'Comparative Conclusions on Causation', in: J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, The Hague: Kluwer Law International 2000, p. 127-154.
Spoelder 1966
J. Spoelder, *De schadestaatprocedure* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.
Stadler 1999
A. Stadler, 'Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß. Verbandsklage und Gruppenklage' (bespreking van Jurgen Basedow, Klaus J. Hopt & Dietmar Baetge (hrsg.), *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess: Verbandsklage und Gruppenklage*, Tuebingen: Mohr 1999), *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2002, p. 171-178.
Stadler 2001
A. Stadler, 'Bündelung von Verbraucherinteressen im Zivilprozeß', in: T. Brönneke (hrsg.), *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht*, Baden-Baden: Nomos 2001, p. 1-51.
Star Busmann/Rutten 1972
C.W. Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt door L.E.H. Rutten met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972.
Steenbergen & Van der Woude 2004
J. Steenbergen & M.H. van der Woude, 'Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: Verordening 1/2003', *SEW* 2004, p. 192-201.
Stein/Rueb 2007
A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Stevens 1994
D. Stevens, 'The "Comfort letter": old problems, new developments', *ECLR* 1994, p. 81-88.
Steyaert 1997
J. Steyaert, 'Ter inleiding', in: R. Briner e.a., *Arbitrage en Europees recht*, Brussel: Bruylant 1997, p. 5-10.
Storme 1994
M. Storme (ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1994.
Storme 2004
M. Storme, 'Een schitterende evenwichtsoefening. Opmerkingen bij het interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht', *Trema* 2004, p. 149-156.
Stuyck 2005
J.H.V. Stuyck, 'EC Competition Law after Modernisation – More Than Ever in the Interest of Consumers', *Journal of Consumer Policy* 2005, p. 1-30.
Swaak 1999
C.R.A. Swaak, *European Community Law and the Automobile Industry* (diss. Leiden), Den Haag: Kluwer Law International 1999.

Temple Lang 1984
J. Temple Lang, 'EEC Competition Actions in Member States' Courts – Claims for Damages, Declarations and Injunctions for Breach of Community Antitrust Law', in: B.E. Hawk (ed), *Antitrust and Trade Policies of the European Economic Community 1983* (Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute), New York: Matthew Bender 1984, p. 219-304.
Temple Lang 1995
J. Temple Lang, 'Panel Discussion: International Arbitration', in: B.E. Hawk (ed), *International Antitrust Law and Policy 1994* (Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute), New York/The Hague: Juris Publishing 1995, Chapter 17, p. 418.
Temple Lang 1999
J. Temple Lang, 'Decentralised Application of Community Competition Law', *World Competition* 1999, p. 3-20.
Temple Lang 2006
J. Temple Lang, 'Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law', in: B.E. Hawk (ed), *International Antitrust Law and Policy 2005* (Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute), New York: Juris Publishing 2006, p. 265-324.
Teuben 2005
K. Teuben, 'Vernietiging arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht aan het scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 sub c Rv)', *TPR* 2005, p. 1345-1357.
Thoe Schwartzenberg 1992
H.W.B. thoe Schwartzenberg, 'Anonieme getuigen in het civiele geding', *Advocatenblad* 1992, p. 404-407.
Tjittes 1999
R.P.J.L Tjittes, 'Redelijkheid en billijkheid en verjaring', *A&V* 1999, p. 55-62.

Tridimas 2006
T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.
Van den Tweel 2001
R.J.M. van den Tweel, 'Vindt de consument gehoor bij de NMa?', *SEW* 2001, p. 172-179.
Tzankova 2005
I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.
Tzankova 2007a
I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007.
Tzankova 2007b
I.N. Tzankova, 'Financiering en kosten van massaclaims: Legal realism', in: N. van den Berg, R. Henkemans & A. Timmer (red.), *Massaclaims, class actions op z'n Nederlands*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 171-204.

Van 1995
A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit, Drie visies op civielrechtelijke aansprakelijkheid, meerdaderschap en multi-causaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1995.
Veegens 1972
D.J. Veegens, *Het gezag van gewijsde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972.
Van der Velde 1997
W.R. van der Velde, 'Het collectief actierecht in het civiele en in het bestuursrecht', *NJB* 1997, p. 1705-1709.
Velthuijsen 2003
J.W. Velthuijsen, *De rol van economen in juridische procedures* (voordracht voor de gezamenlijke bijeenkomst van de Vereniging voor Mededingingsrecht en de Studiekring Deskundigen en Rechtspleging), Amsterdam 26 mei 2003.
Venit 2003
J.S. Venit, 'Brave New World: The Modernization and Decentralization of Enforcement under Articles 81 and 82 of the EC Treaty', *CMLR* 2003, p. 545-580.
Verdam 1959
P.J. Verdam, 'Voordeelsaftrek bij schadevergoeding: Behoort de wet regelen te bevatten omtrent de invloed, welke voordelen, genoten door de tot schadevergoeding gerechtigde hebben op diens vordering tot schadevergoeding?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1959-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 140-189.
Verheij 1997
A.J. Verheij, 'Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen', *AA* 1997, p. 71-81.
Verheij 2002
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
Verkerk 2006
R.R. Verkerk, 'Procesrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel handhaving intellectuele eigendom', *TCR* 2006, p. 110-115.

Verkerk & Verkijk 2006
R.R. Verkerk & R. Verkijk, 'Principles of Transnational Civil Procedure, vanuit een Nederlands perspectief', *NTBR* 2006, p. 212-223.
VerLoren van Themaat 1996
I.W. VerLoren van Themaat, 'De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: "te ingewikkeld"?', *SEW* 1996, p. 156-171.
VerLoren van Themaat 2002
I.W. VerLoren van Themaat, 'Mededingingsrecht te moeilijk voor de Nederlandse rechter?', in: *Magistraten zonder grenzen, de invloed van het Europese recht op de Nederlandse rechtspleging* (bundel Raio-congres 2002), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.
Verrijn Stuart 1992
H. Verrijn Stuart, 'Naar een geciviliseerd recht tegen sexueel geweld. Een verkenning in het grensgebied tussen strafrecht en civiel recht', *AA* 1992, p. 82-92.
Vlas (*Burgerlijke Rechtsvordering, Verdragen & Verordeningen*)
P. Vlas, 'Verdragen & Verordeningen', in: E.M. Wesseling van Gent, P. Vlas & M. Ynzonides (hoofdred.), *Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Vogelaar 2003
F.O.W. Vogelaar, 'De nieuwe Raadsverordening (EG) 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag', *M&M* 2003, p. 21-27.
Vogelaar 2005
F.O.W. Vogelaar, 'Criminalisering van het mededingingsrecht: trendy of noodzaak', *AA* 2005, p. 1015-1020.
Von Schmidt auf Altenstadt 2002
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Opening van zaken', *TCR* 2002, p. 8-14.
Voûte 1991
A. Voûte, 'Art. 6:104 BW: Ontnemen van onrechtmatig verkregen winst', in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 339-342.
Vranken 1986
J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht', in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1986-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 7-133.
Vranken 1990
J.B.M. Vranken, 'Aansprakelijkheden en bewijsrecht', in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij & J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden: Opstellen rond het thema "Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht" bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 225-234.
Vranken 1998
J.B.M. Vranken, 'De strijd om het nieuwe verrijkingsrecht, literatuur versus rechtspraak', *NJB* 1998, p. 1495-1503.

Wachter 1988
B. Wachter, 'Concernrecht en bewijsonmogelijkheden', in: H.J.M.N. Honée, J.M.M. Maeijer (red.), *Van vennootschappelijk belang* (Maeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 379-391.

Waelbroeck, Slater & Evan-Shoshan 2004
D. Waelbroeck, D. Slater & G Evan-Shoshan (eds.), *Study on the conditions of Claims for damages in case of infringement of EC competition rules, comparative report*, Brussels: Ashurst 2004.
Waelbroeck & Slater 2007
D. Waelbroeck & D. Slater, 'The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?', in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 425-445.
Walz 1996
R. Walz, 'Rethinking Walt Wilhelm, or the supremacy of community competition law over national law', *ELRev*. 1996, p. 449.
Van Weert 2003
W. van Weert, 'Roquette Frères: richtlijnen voor rechters', *NTER* 2003, p. 21-25.
Van der Weide 2008
J.A. van der Weide, 'Het verwijzingsrecht voor niet-contractuele verbintenissen Europees geregeld. Een analyse van de Verordening Rome II', *NTER* 2008, p. 214-225.
Weinrib 1995
E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge/London: Harvard University Press 1995.
Wertheim 1930
W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1930.
Wertheimer 1981
H.W. Wertheimer, 'Het adagium van artikel 86, EEG: 'Quod licet bovi non licet Iovi'', in: P. VerLoren van Themaat e.a., *Europees kartelrecht anno 1980*, Deventer: Kluwer 1981, p. 151-228.
Wesseling 1999
R. Wesseling, 'The Commission White Paper on Modernisation of E.C. Antitrust Law: Unspoken Consequences and Incomplete Treatment of Alternative Options', *ECLR* 1999, p. 420-433.
Wesseling 2000
R. Wesseling, *The modernisation of EC antitrust law*, Oxford: Hart Publishing 2000.
Wesseling 2001a
R. Wesseling, 'The draft regulation modernising the competition rules: the Commission is married to one idea', *European Law Review* 2001, p. 357-378.
Wesseling 2001b
R. Wesseling, noot onder HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *M&M* 2001, p. 222-226.
Wesseling-van Gent 2003
E.M. Wesseling-van Gent, 'Algemene voorschriften voor procedures', *TCR* 2003, p. 18-21.
Wesseling-Van Gent 2006
E.M. Wesseling-Van Gent, 'To fish or not to fish, that's the question', in: Geschriften vereniging corporate litigation 2005-2006, Deventer: Kluwer 2006, p. 335-374.

Wessels 1988
B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: Tjeenk Willink 1988.
Westenberg 2006
J.W. Westenberg, 'Een zoektocht naar de feiten?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 375-398.
Wezenbeek-Geuke 1999
M.G. Wezenbeek-Geuke, 'Het Witboek inzake de modernisering van de regels met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag', *NTER* 1999, p. 169-178.
Wezenbeek-Geuke 2001
M.G. Wezenbeek-Geuke, 'Het voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag', *NTER* 2001, p. 17-27.
Whelan 2007
P. Whelan, 'A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law', *Competition Law Review* 2007, p. 7-40.
Whish 1994
R. Whish, 'The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States', *ECLR* 1994, p. 60-67.
Whish 2008
R. Whish, *Competition Law*, London/Edinburgh: Butterworths 2008.
Widmer & Maurenbrecher 1997
P. Widmer & B. Maurenbrecher, 'What's Negative about Negative Declarations?', in: N. Vogt e.a. (eds.), *The International Practice of Law. Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer*, Den Haag: Kluwer Law International 1997.
Van der Wiel 2004
B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.
Wigmore 1937
J.H. Wigmore, *The science of judicial proof*, Boston: Little Brown 1937.
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2005
H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male (bew.), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2005.
Van Wijmen e.a. 2006
P.C.E. van Wijmen e.a., *Een maatschappelijke Orde*, rapport van de Commissie Advocatuur, Den Haag 2006.
Wils 2002
W.P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law & Economics*, European Monograph Series, nr. 33, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2002.
Wils 2003a
W.P.J. Wils, 'The Principle of Ne Bis in Idem in EC Antitrust Enforcement: A Legal an Economic Analysis', *World Competition* 2003, vol. 26 (2), p. 131-149.
Wils 2003b
W.P.J. Wils, 'Should Private Antitrust Enforcement be Encouraged in Europe', *World Competition* 2003, p. 473-488.

Wils 2005
W.P.J. Wils, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford: Hart Publishing 2005.
Wils 2006
W.P.J. Wils, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions under Article 9 of Regulation No. 1/2003', *World Competition* 2006, p. 345-366.
Wils 2007
W.P.J. Wils, 'Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice', *World Competition* 2007, p. 25-64.
Wissink 2001
M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.
Wissink 2002
M.H. Wissink, 'De emancipatie van artikel 6:212 BW, Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking', in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002, p. 4-70.
Wissink & Van Boom 2002
M.H. Wissink & W.H. van Boom, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2002.
Wódz 2000
B.Wódz, 'Comfort letters and other informal letters in E.C. Competition Proceedings – Why is the story not over?', *ECLR* 2000, p. 159-169.
Van der Woude 1993
M.H. van der Woude, 'Nationale rechters en de EG Commissie', *NJB* 1993, p. 585-589.
Van der Woude 2002
M.H. van der Woude, 'De herziening van het Europese mededingingsrecht en de gevolgen daarvan voor de nationale rechter', *SEW* 2002, p. 176-184.
Wright 1955
C.A. Wright, 'The Law of Remedies as a Social Institution', *University of Detroit Law Journal* 1955, p. 376-392.
Wurmnest 2005
W. Wurmnest, 'A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition', *German Law Journal* 2005, p. 1173-1189.

Zilinsky 2005
M. Zilinsky, *De Europese Executoriale Titel*, Deventer: Kluwer 2005.
Zippro 2001
E.-J. Zippro, *Leveringsweigering. Een onderzoek naar de mededingingsrechtelijke en civielrechtelijke grenzen aan de vrijheid van machtspositiehouders om levering van goederen en diensten te weigeren* (doctoraalscriptie Amsterdam VU), 2001.
Zippro 2003
E.-J. Zippro, 'Overige verbintenissen uit de wet; ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling', *TPR* 2003, p. 340-352.

Zippro 2005a
E.-J. Zippro, 'Communautaire eenheid en nationale verscheidenheid bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht?' in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht* (BWKJ 2005/21), Deventer: Kluwer 2005, p. 181-203.
Zippro 2005b
E.-J. Zippro, 'Vernietiging arbitraal vonnis wegens strijd met openbare orde of goede zeden', *TPR* 2005, p. 1363-1375.
Zippro 2006
E.-J. Zippro, 'Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht', *AA* 2006, p. 598-608.
Zippro 2007a
E.-J. Zippro, 'Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun' (bespreking van: P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006), *MvV* 2007, p. 2-4.
Zippro 2007b
E.-J. Zippro, 'Het *passing-on* verweer; samenloop van directe en indirecte acties tot verkrijging van schadevergoeding', in: I.S.J. Houben e.a. (red.), *Samenloop* (BWKJ 2007/23), Deventer: Kluwer 2007, p. 187-207.
Zwalve 1995
W.J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking. Enige historische en rechtsvergelijkende opmerkingen', *NTBR* 1995, p. 157-163.
Zwalve 1997
W.J. Zwalve, 'Dubbele Verkoop en Ongerechtvaardigde verrijking', *WPNR* 6282 (1997), p. 585-586.

Jurisprudentieregister

(verwezen wordt naar de belangrijkste paragraafnummers)

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

· HvJ EG 6 april 1962, zaak 13/61 *(De Geus en Uitdenbogerd/Bosch)*, *Jur.* 1962, p. 93 | 1.1.4, 5.2.1, 5.3.1
· HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62 *(Van Gend en Loos)*, *Jur.* 1963, p. 3 | 5.2.1, 7.4.3
· HvJ EG 15 juni 1964, zaak 6/64 *(Costa/ENEL)*, *Jur.* 1964, p. 1203 | 1.5, 5.2.1, 5.4.9.3, 7.4.3
· HvJ EG 23 september 1964, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449 | 2.2.3.2, 2.3.3.3, 2.3.3.4
· HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65 *(Société Technique Minière)*, *Jur.* 1966, p. 392 | 2.3.3.2, 2.3.3.3
· HvJ EG 30 juni 1966, zaak 61/65 (*Vaassen-Goebbels/Bestuur BFM)*, *Jur.* 1966, p. 258 | 6.4.2
· HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64 *(Grundig-Consten)*, *Jur.* 1966, p. 449 | 2.3.3.2, 2.3.3.3, 7.4.3, 7.7.3.8
· HvJ EG 15 maart 1967, gevoegde zaken 8-11/66 *(Cimenteries)*, *Jur.* 1967, 91 | 5.3.2
· HvJ EG 29 februari 1968, zaak 24/67 *(Parke-Davis)*, *Jur.* 1968, p. 81 | 2.3.4.3
· HvJ EG 13 februari 1969, zaak 14/68 *(Walt Wilhelm)*, *Jur.* 1969, p. 1 | 5.4.9.3, 9.5.4.2
· HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69 *(Völk/Vervaecke)*, *Jur.* 1969, p. 295 | 2.3.3.2
· HvJ EG 18 maart 1970, zaak 43/69 *(Bilger)*, *Jur.* 1970, p. 127 | 2.3.3.2
· HvJ EG 15 juli 1970, zaak 41/69 *(ACF Chemiefarma)*, *Jur.* 1970, p. 661 | 2.3.3.2
· HvJ EG 18 februari 1971, zaak 40/70 *(Sirena)*, *Jur.* 1971, p. 69 | 2.3.3.2, 2.3.4.3
· HvJ EG 6 mei 1971, zaak 1/71 *(Cadillon/Höss)*, *Jur.* 1971, p. 351 | 2.3.3.2
· HvJ EG 8 juni 1971, zaak 78/70 *(Deutsche Grammophon)*, *Jur.* 1971, p. 487 | 2.3.4.3
· HvJ EG 25 november 1971, zaak 22/71 *(Beguelin)*, *Jur.* 1971, p. 949 | 2.3.3.3, 7.4.3
· HvJ EG 14 juli 1972, zaak 48/69 *(ICI)*, *Jur.* 1972, p. 619 | 2.3.3.2
· HvJ EG 17 oktober 1972, zaak 8/72 *(VCH)*, *Jur.* 1972, p. 977 | 2.3.3.2
· HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72 *(Brasserie de Haecht)*, *Jur.* 1973, p. 77 | 2.3.3.3, 5.2.1, 5.3.1, 5.3.4, 5.4.9.3
· HvJ EG 7 februari 1973, zaak 39/72 *(Slachtpremies)*, *Jur.* 1973, p. 101 | 7.4.3, 7.7.3.8
· HvJ EG 21 februari 1973, zaak 6/72 *(Continental Can)*, *Jur.* 1973, p. 215 | 1.4.2.1, 2.3.3.1, 2.3.4.2, 2.3.4.4, 5.6.2

· HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73 *(BRT/SABAM)*, *Jur.* 1974, p. 51 | 1.1.4, 2.3.3.3, 5.2.1, 7.4.3
· HvJ EG 30 januari 1974, zaak 155/73 *(Sacchi)*, *Jur.* 1974, p. 409 | 2.3.4.4
· HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73 *(Commercial Solvents)*, *Jur.* 1974, p. 223 | 2.3.4.4
· HvJ EG 11 juli 1974, zaak 8/74 *(Dassonville)*, *Jur.* 1974, p. 837 | 2.3.3.2
· HvJ EG 14 mei 1975, gevoegde zaken 19/74 en 20/74 *(Kali-Salz)*, *Jur.* 1975, p. 499 | 2.3.3.4
· HvJ EG 13 november 1975, zaak 26/75 *(General Motors)*, *Jur.* 1975, p. 1367 | 2.3.4.4
· HvJ EG 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 t/m 48/73, 50/73, 54/73 t/m 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73 *(Suiker Unie)*, *Jur.* 1975, p. 1663 | 2.3.3.2, 2.3.4.4
· HvJ EG 1 juli 1976, zaak 63/75 *(Fonderies Roubaix)*, *Jur.* 1976, p. 111 | 5.4.9.3
· HvJ EG 15 juni 1976, zaak 51/75 *(EMI Records I)*, *Jur.* 1976, p. 811 | 2.3.3.2, 2.3.4.3
· HvJ EG 15 juni 1976, zaak 86/75 *(EMI Records II)*, *Jur.* 1976, p. 871 | 2.3.3.2
· HvJ EG 15 juni 1976, zaak 96/75 *(EMI Records III)*, *Jur.* 1976, p. 913 | 2.3.3.2
· HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 12/76 *(Tessili/Dunlop)*, *Jur.* 1976, p. 1473, *NJ* 1977, 169 | 10.3.5.3
· HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 14/76 *(De Bloos/Bouyer)*, *Jur.* 1976, p. 1497, *NJ* 1977, 170 m.nt. JCS | 10.3.5.3
· HvJ EG 14 oktober 1976, zaak 29/76 *(LTU/Eurocontrol)*, *Jur.* 1976, p. 1541, *NJ* 1982, 95 | 10.3.3, 10.5.2.3
· HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76 *(Bier/Mines de Potasse d'Alsace)*, *Jur.* 1976, p. 1735, *NJ* 1977, 494 m.nt. JCS | 10.3.5.2, 10.3.6
· HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76 *(Rewe-Zentralfinanz)*, *Jur.* 1976, p. 1989 | 5.2.1, 5.4.9.3, 5.5.3
· HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76 *(Comet)*, *Jur.* 1976, p. 2043 | 2.3.3.3, 5.2.1, 5.4.9.3, 5.5.3, 7.9.1.4, 7.9.6
· HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76 *(Amsterdam Bulb)*, *Jur.* 1977, p. 137 | 5.5.3
· HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76 *(United Brands)*, *Jur.* 1978, p. 207 | 2.3.4.2, 2.3.4.3, 2.3.4.4
· HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77 *(Simmenthal)*, *Jur.* 1978, p. 629 | 5.4.9.3, 5.5.3, 7.3.1, 7.4.3
· HvJ EG 20 juni 1978, zaak 28/77 *(Tepea)*, *Jur.* 1978, p. 1391 | 2.3.3.2
· HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76 *(Hoffmann-La Roche)*, *Jur.* 1979, p. 461 | 2.3.4.2, 2.3.4.3, 2.3.4.4
· HvJ EG 31 mei 1979, zaak 22/78 *(Hugin)*, *Jur.* 1979, p. 1869 | 2.3.3.2, 2.3.4.2
· HvJ EG 12 juli 1979, gevoegde zaken 32/78 en 36/78 t/m 82/78 *(BMW Belgium)*, *Jur.* 1979, p. 2435 | 2.3.3.2
· HvJ EG 4 oktober 1979, zaak 238/78 *(Ireks-Arkady)*, *Jur.* 1979, p. 2955 | 7.3.1, 7.4.3, 7.9.3.1
· HvJ EG 25 oktober 1979, zaak 22/79 *(Greenwich Film Production)*, *Jur.* 1979, p. 3275 | 2.3.4.5
· HvJ EG 17 januari 1980, zaak 56/79 *(Zelger/Salinitri)*, *Jur.* 1980, p. 89, *NJ* 1980, 511, m.nt. JCS | 10.3.5.3
· HvJ EG 27 februari 1980, zaak 68/79 *(Just)*, *Jur.* 1980, p. 501 | 7.3.1, 7.4.3, 7.9.1.1, 7.9.1.4, 7.9.3.1

· HvJ EG 21 mei 1980, zaak 125/79 *(Denilauler/Couchet Frères)*, *Jur.* 1980, p. 1553, *NJ* 1981, 184 m.nt. JCS | 10.3.7, 10.5.4.2, 10.5.4.4
· HvJ EG 10 juli 1980, zaak 30/78 *(Distillers)*, *Jur.* 1980, p. 2229 | 2.3.3.2
· HvJ EG 10 juli 1980, zaak 37/79 *(Anne Marty/Estée Lauder)*, *Jur.* 1980, p. 2481 | 5.3.3.6
· HvJ EG 10 juli 1980, zaak 99/79 *(Lancôme/Etos)*, *Jur.* 1980, p. 2511 | 2.3.3.2, 5.3.3.6
· HvJ EG 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79 t/m 3/79 *(Giry)*, *Jur.* 1980, p. 2327 | 2.3.3.2, 5.3.3.6, 5.4.9.3
· HvJ EG 10 juli 1980, zaak 811/79 *(Ariete)*, *Jur.* 1980, p. 2545 | 5.2.1
· HvJ EG 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209/78 t/m 215/78 en 218/78 *(Fedetab)*, *Jur.* 1980, p. 3125 | 2.3.3.2, 2.3.3.4
· HvJ EG 11 december 1980, zaak 31/80 *(L'Oréal/De Nieuwe Amck)*, *Jur.* 1980, p. 3775 | 5.3.3.6
· HvJ EG 16 december 1980, zaak 814/79 *(Staat/Rüffer)*, *Jur.* 1980, p. 3807, *NJ* 1982, 97 m.nt. JCS | 10.5.2.3
· HvJ EG 16 juni 1981, zaak 126/80 *(Salonia)*, *Jur.* 1981, p. 1563 | 2.3.3.2
· HvJ EG 7 juli 1981, zaak 158/80 *(Rewe(botervaarten))*, *Jur.* 1981, p. 1805 | 5.4.9.3, 5.5.3
· HvJ EG 4 maart 1982, zaak 38/81 *(Effer/Kantner)*, *Jur.* 1982, p. 825, *NJ* 1983, 508 m.nt. JCS | 10.3.5.3
· HvJ EG 23 maart 1982, zaak C-102/81 *(Nordsee/Nordstern)*, *Jur.* 1982, p. 1095, *NJ* 1983, 149, *TvA* 1982, p. 151 e.v., m.nt. P. Sanders | 6.4.1, 6.4.2
· HvJ EG 6 oktober 1982, zaak 283/81 *(Cilfit)*, *Jur.* 1982, p. 3415 | 3.5
· HvJ EG 22 maart 1983, zaak 34/82 *(Peters/ZNAV)*, *Jur.* 1983, p. 987, *NJ* 1983, 644 m.nt. JCS | 10.3.5.3
· HvJ EG 25 oktober 1983, zaak 107/82 *(AEG-Telefunken)*, *Jur.* 1983, p. 3151 | 2.3.3.2, 9.5.7.7
· HvJ EG 8 november 1983, gevoegde zaken 96/82 t/m 102/82, 104/82 t/m 105/82, 108/82 en 110/82 *(Navewa)*, *Jur.* 1983, p. 3369 | 2.3.3.2
· HvJ EG 9 november 1983, zaak 199/82 *(San Giorgio)*, *Jur.* 1983, p. 3595 | 5.4.9.3, 5.5.3, 7.9.1.4, 7.9.3.1
· HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81 *(Michelin)*, *Jur.* 1983, p. 3461 | 2.3.4.2, 2.3.4.4, 2.3.6
· HvJ EG 14 december 1983, zaak 319/82 *(Société de Vente de Ciments et Bétons/Kerpen & Kerpen)*, *Jur.* 1983, p. 4173 | 2.3.3.3
· HvJ EG 28 maart 1984, gevoegde zaken 29/83 en 30/83 *(CRAM en Rheinzink)*, *Jur.* 1984, p. 1679 | 2.3.3.2
· HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83 *(Von Colson)*, *Jur.* 1984, p. 1891 | 5.5.3
· HvJ EG 10 april 1984, zaak 79/83 *(Harz)*, *Jur.* 1984, p. 1921 | 5.4.9.3, 5.5.3
· HvJ EG 30 januari 1985, zaak 123/83 *(BNIC/Clair)*, *Jur.* 1985, p. 391 | 2.3.3.2
· HvJ EG 3 juli 1985, zaak 243/83 *(Binon)*, *Jur.* 1985, p. 2015 | 2.3.3.2
· HvJ EG 11 juli 1985, zaak 42/84 *(Remia)*, *Jur.* 1985, p. 2545 | 2.3.3.2
· HvJ EG 3 oktober 1985, zaak 311/84 *(Telemarketing CBEM)*, *Jur.* 1985, p. 3261 | 2.3.4.4
· HvJ EG 7 november 1985, zaak 145/83 *(Adams)*, *Jur.* 1985, p. 3539 | 5.4.9.3, 9.5.10.3
· HvJ EG 10 december 1985, gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82 *(SSI)*, *Jur.* 1985, p. 3831 | 2.3.3.2

· HvJ EG 17 december 1985, gevoegde zaken 25/84 en 26/84 *(Ford)*, *Jur.* 1985, p. 2725 | 2.3.3.2
· HvJ EG 28 januari 1986, zaak 161/84 *(Pronuptia)*, *Jur.* 1986, p. 353 | 2.3.3.2
· HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84 *(Johnston)*, *Jur.* 1986, p. 1651 | 5.5.3
· HvJ EG 24 juni 1986, zaak 53/85 *(AKZO Chemie/Commissie)*, *Jur.* 1986, p. 1965 | 9.5.10.4
· HvJ EG 22 oktober 1986, zaak C-75/84 *(Metro III)*, *Jur.* 1986, p. 3021 | 2.3.3.4
· HvJ EG 27 januari 1987, zaak 45/85 *(Sachversicherer)*, *Jur.* 1987, p. 405 | 2.3.3.2
· HvJ EG 29 juni 1987, zaak 77/77 *(BP)*, *Jur.* 1987, p. 1525 | 2.3.4.4
· HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85 *(Foto-Frost)*, *Jur.* 1987, p. 4199 | 5.4.9.3
· HvJ EG 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84 *(British American Tobacco Company)*, *Jur.* 1987, p. 4487 | 2.3.3.2, 5.6.2
· HvJ EG 8 december 1987, zaak 144/86 *(Gubisch/Palumbo)*, *Jur.* 1987, p. 4861, *NJ* 1989, 420 m.nt. JCS | 10.3.9.2
· HvJ EG 4 februari 1988, zaak 145/86 *(Hoffmann/Krieg)*, *Jur.* 1988, p. 645, *NJ* 1990, 209 m.nt. JCS | 10.5.3.2, 10.5.4.4
· HvJ EG 25 februari 1988, gevoegde zaken 331/85, 376/85 en 378/85 *(Bianco en Girard)*, *Jur.* 1988, p. 1099 | 7.9.3.1
· HvJ EG 8 maart 1988, zaak 9/87 *(Arcado/Haviland)*, *Jur.* 1988, p. 1539, *NJ* 1990, 424 m.nt. JCS | 10.3.5.3
· HvJ EG 4 mei 1988, zaak 30/87 *(Bodson)*, *Jur.* 1988, p. 2479 | 2.3.4.3
· HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85-129/85 *(Houtslijp)*, *Jur.* 1988, p. 5193 | 1.4.2.1, 2.3.3.2
· HvJ EG 27 september 1988, zaak 65/86 *(Bayer/Süllhözaak)*, *Jur.* 1988, p. 5249 | 2.3.3.2
· HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87 *(Kalfelis/Schröder)*, *Jur.* 1988, p. 5565, *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS | 10.3.5.2
· HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87 *(Kalfelis/Schröder)*, *Jur.* 1988, p. 5565, *NJ* 1990, 425 m.nt. JCS | 10.3.5.4, 10.3.6
· HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 238/87 *(AB Volvo/Erik Veng)*, *Jur.* 1988, p. 6211 | 2.3.4.4
· HvJ EG 5 oktober 1988, zaak 247/86 *(Alsatel)*, *Jur.* 1988, p. 5987 | 2.3.3.2
· HvJ EG 11 april 1989, zaak 66/86 *(Ahmed Saeed Flugreisen)*, *Jur.* 1989, p. 803 | 1.1.4, 5.4.9.3
· HvJ EG 11 juli 1989, zaak 246/86 *(Belasco)*, *Jur.* 1989, p. 2117 | 2.3.3.2
· HvJ EG 13 juli 1989, zaak 5/88 *(Wachauf)*, *Jur.* 1989, p. 2609 | 5.4.9.3
· HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88 *(Hoechst)*, *Jur.* 1989, p. 2859 | 5.4.9.3
· HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88 *(Griekse maïs/Alfonsina)*, *Jur.* 1989, p. 2965 | 5.4.9.3, 5.5.3
· HvJ EG 18 oktober 1989, zaak 374/87 *(Orkem)*, *Jur.* 1989, p. 3283 | 3.4.2.3
· HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-277/87 *(Sandoz Prodotti Farmaceutici Spa)*, *Jur.* 1990, p. I-45 | 2.3.3.2
· HvJ EG 11 januari 1990, zaak C-220/88 *(Dumez France/Hessische Landesbank)*, *Jur.* 1990, p. I-49, *NJ* 1991, 573 m.nt. JCS | 10.3.5.2
· HvJ EG 15 mei 1990, zaak C-365/88 *(Kongress Agentur Hagen GmbH/Zeehaghe BV)*, *Jur.* 1990, p. I-1845 | 10.3.3

· HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89 *(Factortame)*, *Jur.* 1990, p. I-2433 | 5.5.3, 7.3.1, 7.4.3
· HvJ EG 10 juli 1990, zaak C-326/88 *(Hansen)*, *Jur.* 1990, p. I-2911 | 5.5.3
· HvJ EG 13 juli 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-3365 | 5.3.4, 5.4.9.3, 6.5.4, 9.4.2.1
· HvJ EG 6 december 1990, zaak C-2/88 Imm. *(Zwartveld)*, *Jur.* 1990, p. I-4405 | 5.4.9.3, 9.5.10.3
· HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89 *(Delimitis)*, *Jur.* 1991, p. I-935 | 2.3.3.4, 5.3.3.3, 5.3.4, 5.4.6, 5.4.8, 5.4.9.3, 6.5.3, 6.5.4, 9.5.4.4, 9.5.7.2
· HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88 *(Telecom I (FR))*, *Jur.* 1991, p. I-1223 | 2.2.3.2
· HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90 *(Höfner)*, *Jur.* 1991, p. I-1979 | 2.3.3.2, 2.3.4.4
· HvJ EG 7 mei 1991, zaak C-340/89 *(Vlassopoulou)*, *Jur.* 1991, p. I-2357 | 5.5.3
· HvJ EG 27 juni 1991, zaak C-351/89 *(Overseas Union/New Hampshire)*, *Jur.* 1991, p. 3I-3317, *NJ* 1993, 527 m.nt. JCS | 10.3.9.2
· HvJ EG 3 juli 1991, zaak C-62/86 *(Akzo)*, *Jur.* 1991, p. I-3359 | 2.3.4.2, 2.3.4.3, 2.3.4.4, 9.5.4.2
· HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-190/89 *(Marc Rich/Impianti)*, *Jur.* 1991, p. I-3855, *NJ* 1993, 554, m.nt. JCS | 6.4.2
· HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 *(Francovich)*, *Jur.* 1991, p. I-5357 | 5.4.9.3, 7.4.3, 7.4.4, 7.5
· HvJ EG 10 december 1991, zaak C-179/90 *(Merci Convenzionali Porto di Genova)*, *Jur.* 1991, p. I-5889 | 1.4.2.2, 2.3.6
· HvJ EG 13 december 1991, zaak C-69/90 *(Commissie/Italië)*, *Jur.* 1991, p. 6011 | 5.4.9.3
· HvJ EG 19 mei 1992, gevoegde zaken C-104/89 en C-37/90 *(Mulder)*, *Jur.* 1992, p. I-3061 | 7.5
· HvJ EG 17 juni 1992, zaak C-26/91 *(Handte/TMCS)*, *Jur.* 1992, p. I-3967, *NJ* 1996, 316 | 10.3.5.3
· HvJ EG 17 februari 1993, gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91 *(Poucet)*, *Jur.* 1993, p. I-637 | 2.3.3.2
· HvJ EG 31 maart 1993, zaak C-89/85 *(Houtslijp II)*, *Jur.* 1993, p. I-1575 | 2.3.3.2
· HvJ EG 21 april 1993, zaak C 0172/91 *(Sonntag/Waidmann)*, *Jur.* 1993, p. I-1963, *NJ* 1995, 207 | 10.5.2.3, 10.5.3.3
· HvJ EG 2 augustus 1993, zaak C-271/91 *(Marshall II)*, *Jur.* 1993, p. I-4367 | 5.4.9.3, 7.5, 7.11
· HvJ EG 19 januari 1994, zaak C-364/92 *(SAT Fluggesellschaft)*, *Jur.* 1994, p. I-43 | 2.3.3.2
· HvJ EG 20 januari 1994, zaak C-129/92 *(Owens Bank/Bracco)*, *Jur.* 1994, p. I-117, *NJ* 1994, 351 m.nt. JCS | 10.3.9.2
· HvJ EG 2 maart 1994, zaak C-53/92 P *(Hilti)*, *Jur.* 1994, p. I-667 | 2.3.4.2, 2.3.4.4
· HvJ EG 9 maart 1994, zaak C-188/92 *(TWD Textilwerke Deggendorf)*, *Jur.* 1994, p. I-833 | 5.3.3.3, 9.5.7.2
· HvJ EG 13 april 1994, zaak C-128/92 *(Banks)*, *Jur.* 1994, p. I-1209 | 7.3.1, 7.9.3.1, 9.5.7.2, 11.6
· HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393/92 *(Almelo/IJsselmij)*, *Jur.* 1994, p. I-1477 | 2.3.4.3, 6.4.2

· HvJ EG 2 juni 1994, zaak C-414/92 *(Solo Kleinmotoren-Boch)*, *Jur.* 1994, p. I-2237 | 10.5.3.3, 10.5.4.2
· HvJ EG 15 juni 1994, zaak C-137/92 P *(BASF e.a.)*, *Jur.* 1994, p. I-2555 | 5.4.8
· HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92 *(Ship Tatry)*, *Jur.* 1994, p. I-5439, *NJ* 1995, 659 m.nt. ThMdB | 10.3.9.2, 10.3.9.3, 10.5.3.3
· HvJ EG 15 december 1994, zaak C-250/92 *(Gøttrup-Klim)*, *Jur.* 1994, p. I-5641 | 2.3.4.3
· HvJ EG 7 maart 1995, zaak C-68/93 *(Shevill/Presse Alliance)*, *Jur.* 1995, p. I-415, *NJ* 1996, 269 m.nt. ThMdB | 10.3.5.2, 10.3.6, 10.4.3.2
· HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P *(RTE)*, *Jur.* 1995, p. I-743 | 2.3.4.4
· HvJ EG 6 april 1995, zaak C-310/93 P *(BPB Industries en Britisch Gypsum)*, *Jur.* 1995, p. I-865 | 2.3.4.2
· HvJ EG 13 juli 1995, zaak C-474/93 *(Hengst/Campese)*, *Jur.* 1995, p. I-2113, *NJ* 1996, 83 | 10.5.4.2, 10.5.4.4
· HvJ EG 19 juli 1995, zaak C-149/95 P (R) *(Atlantic Container Line e.a.)*, *Jur.* 1995, p. I-2165 | 5.4.8
· HvJ EG 19 september 1995, zaak C-364/93 *(Marinari)*, *Jur.* 1995, p. I-2719, *NJ* 1997, 52 | 10.3.5.2
· HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-70/93 *(BMW)*, *Jur.* 1995, p. I-3439 | 2.3.3.2
· HvJ EG 9 november 1995, zaak C-91/94 *(Tranchant)*, *Jur.* 1995, p. I-3911 | 2.2.3.2
· HvJ EG 24 oktober 1995, zaak C-70/93 *(Bayerische Motorwerke/ALD Auto-Leasing)*, *Jur.* 1995, p. 3459 | 2.3.3.2
· HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/94 *(FFSA)*, *Jur.* 1995, p. I-4013 | 2.3.3.2
· HvJ EG 12 december 1995, gevoegde zaken C-319/93, C-40/94 en C-224/94 *(Dijkstra/Frico Domo)*, *Jur.* 1995, p. I-4471 | 5.4.9.3
· HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93 *(Van Schijndel en Van Veen)*, *Jur.* 1995, p. I-4705, *NJ* 1997, 116 m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 *(Vierkant Beheer/KVBBB)* | 5.4.9.3, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.3, 5.5.4.2, 5.5.5, 5.5.6.3, 6.2.2, 6.3.2, 6.3.6, 9.6.6.1
· HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 *(Peterbroeck)*, *Jur.* 1995, p. I-4599 | 5.5.3, 9.6.6.1
· HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 *(Brasserie du Pêcheur en Factortame)*, *Jur.* 1996, p. I-1029 | 5.4.9.3, 7.4.4, 7.5, 7.7.3.1, 7.9.6, 7.11
· HvJ EG 26 maart 1996, zaak C-392/93 *(British Telecommunications)*, *Jur.* 1996, p. I-1631 | 5.4.9.3
· HvJ EG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94 en C-188/94-C-190/94 *(Dillenkofer)*, *Jur.* 1996, p. I-4845 | 5.4.9.3
· HvJ EG 10 oktober 1996, zaak C-78/95 *(Hendrikman/Magenta)*, *Jur.* 1996, p. I-4943 | 10.5.3.3
· HvJ EG 14 november 1996, zaak C-333/94 P *(Tetrapak II)*, *Jur.* 1996, p. I-5951 | 2.3.4.2, 2.3.4.3
· HvJ EG 14 januari 1997, gevoegde zaken C-192/95 t/m C-218/95 *(Comateb)*, *Jur.* 1997, p. I-165 | 7.9.1.1, 7.9.3.1
· HvJ EG 20 februari 1997, zaak C-106/95 *(MSG/Les Gravières Rhénanes)*, *Jur.* 1997, p. I-911, *NJ* 1998, 565, m.nt. PV | 10.3.5.3
· HvJ EG 27 februari 1997, zaak C-177/95 *(Ebony Maritime)*, *Jur.* 1997, p. I-111 | 5.5.3

· HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-282/95 P *(Guérin automobiles/Commissie)*, *Jur.* 1997, p. I-1503 | 7.4.3
· HvJ EG 18 maart 1997, zaak C-343/95 *(Cali)*, *Jur.* 1997, p. I-1547 | 2.3.3.2
· HvJ EG 6 mei 1997, zaak C-169/95 *(Pyrsa)*, *Jur.* 1997, p. I-135 | 5.4.9.4
· HvJ EG 10 juli 1997, zaak C-261/95 *(Palmisani)*, *Jur.* 1997, p. I-4025 | 7.4.3, 7.9.1.4, 7.9.6
· HvJ EG 17 juli 1997, zaak C-219/95 P *(Ferriere Nord)*, *Jur.* 1997, p. I-4411 | 2.3.3.2
· HvJ EG 9 oktober 1997, zaak C-163/95 *(Von Horn/Cinnamond)*, *Jur.* 1997, p. I-5451, NJ 1999, 793 m.nt. PV | 10.3.9.2
· HvJ EG 11 oktober 1997, zaak C-98/06 *(Freeport/Olle Arnoldsson)*, *Jur.* 2007, p. I-8319, *NJ* 2008, 80 m.nt. PV onder *NJ* 2008, 76 | 10.3.5.4
· HvJ EG 11 november 1997, gevoegde zaken C-359/95 P en C-379/95 P *(Ladbroke)*, *Jur.* 1997, p. I-6265 | 2.3.4.4
· HvJ EG 31 maart 1998, zaken C-68/94 en C-30/95 *(Kali und Salz)*, *Jur.* 1998, p. I-1375 | 2.3.4.3
· HvJ EG 28 april 1998, zaak C-306/96 *(Javico)*, *Jur.* 1998, p. I-1983 | 2.3.3.2
· HvJ EG 19 mei 1998, zaak C-351/96 *(Drouot/CMI)*, *Jur.* 1998, p. I-3075, *NJ* 2000, 155 m.nt PV | 10.3.9.2
· HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-7/95 P *(John Deere)*, *Jur.* 1998, p. I-3111 | 2.3.3.2
· HvJ EG 28 mei 1998, zaak C-8/95 P *(New Holland Ford)*, *Jur.* 1998, p. I-3175 | 2.3.3.2
· HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-35/96 *(Douane-expediteurs)*, *Jur.* 1998, p. I-3851 | 2.3.3.2
· HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96 *(Edis)*, *Jur.* 1998, p. I-4951 | 5.4.9.3, 5.5.3
· HvJ EG 27 oktober 1998, zaak C-51/97 *(Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtingskantoor)*, *Jur.* 1998, p. I-6511, *NJ* 2000, 156 m.nt. PV | 10.3.5.3, 10.3.5.4
· HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97 *(Bronner)*, *Jur.* 1998, p. I-7791 | 2.3.4.4
· HvJ EG 17 december 1998, zaak C-185/95 *(Baustahlgewebe)*, *Jur.* 1998, p. I-8417 | 9.5.7.7
· HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95 *(Van Uden/Deco Line)*, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NJ* 1999, 339 m.nt. PV | 10.3.7
· HvJ EG 4 maart 1999, zaak C-119/97 P *(Ufex)*, *Jur.* 1999, p. I-1341 | 5.4.8
· HvJ EG 27 april 1999, zaak C-99/96 *(Mietz/Intership)*, *Jur.* 1999, p. I-2277, *NJ* 2001, 90 m.nt. PV | 10.3.7
· HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97 *(Eco Swiss/Benetton)*, *Jur.* 1999, p. I-3055, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 | 5.4.9.3, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.5, 6.1, 6.2.4, 7.4.3
· HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P *(Bergaderm)*, *Jur.* 2000, p. I-5291 | 7.5
· HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-49/92P *(Anic)*, *Jur.* 1999, p. 4125 | 9.5.7.7
· HvJ EG 8 juli 1999, zaak C-186/98 *(Portugese fraude)*, *Jur.* 1999, p. I-4883 | 5.5.3
· HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96 *(Albany)*, *Jur.* 1999, p. I-5751 | 2.3.3.2
· HvJ EG 21 september 1999, gevoegde zaken C-115/97 t/m C-117-97 *(Brentjens)*, *Jur.* 1999, p. I-6025 | 2.3.3.2
· HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97 *(Drijvende bokken)*, *Jur.* 1999, p. I-6121 | 2.3.3.2
· HvJ EG 28 september 1999, zaak C-440/97 *(Groupe Concorde)*, *Jur.* 1999, p. I-6307, *NJ* 2001, 595 m.nt. PV | 10.3.5.3

· HvJ EG 7 oktober 1999, zaak T-228/97 *(Irish Sugar)*, *Jur.* 1999, p. II-2969 | 2.3.4.3
· HvJ EG 27 januari 2000, gevoegde zaken C-104/80 en C-37/90 *(Mulder)*, *Jur.* 2000, p. I-203 | 7.5
· HvJ EG 16 maart 2000, gevoegde zaken C-395 en 396/96 P *(Compagnie Maritime Belge Transports)*, *Jur.* 2000, p. I-1365 | 2.3.4.3
· HvJ EG 28 maart 2000, zaak C-7/98 *(Krombach/Bamberski)*, *Jur.* 2000, p. I-1935, *NJ* 2003, 626 m.nt. PV | 10.5.3.1, 10.5.3.3, 10.5.4.4
· HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98 *(Renault/Maxicar)*, *Jur.* 2000, p. I-2973, *NJ* 2003, 627 m.nt. PV | 5.5.1, 5.5.6.1, 5.5.6.6, 10.5.3.3
· HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98 *(Océano)*, *Jur.* 2000, p. I-4941, *NJ* 2000, 730 | 5.5.1, 5.5.6.1, 5.5.6.2, 6.2.1, 9.6.6.1
· HvJ EG 4 juli 2000, zaak C-352/98 P *(Bergaderm)*, *Jur.* 2000, p. I-5291 | 7.5
· HvJ EG 13 juli 2000, zaak C-412/98 *(Group Josi/UGIC)*, *Jur.* 2000, p. I-5925, *NJ* 2003, 597 | 10.3.4
· HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98 *(Pavlov)*, *Jur.* 2000, p. I-6451 | 2.3.3.2
· HvJ EG 21 september 2000, gevoegde zaken C-441/98 en C-442/98 *(Michaïlidis)*, *Jur.* 2000, p. I-7145 | 7.3.1, 7.4.3, 7.9.3.1
· HvJ EG 16 november 2000, zaak C-280/98 P *(Weig/Commissie)*, *Jur.* 2000, p. I-9757 | 2.3.3.2
· HvJ EG 16 november 2000, zaak C-286/98 P *(Stora)*, *Jur.* 2000, p. I-9925 | 2.3.3.2, 9.5.7.7
· HvJ EG 16 november 2000, zaak C-297/98 P *(Karton)*. *Jur.* 2000, p. I-10101 | 2.3.3.2
· HvJ EG 7 december 2000, zaak C-214/99 *(Neste)*, *Jur.* 2000, p. I-11121 | 2.3.3.2
· HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98 *(Masterfoods)*, *Jur.* 2000, p. I-11369 | 5.1, 5.4.8, 5.4.9.3, 5.4.10.2, 5.4.10.3
· HvJ EG 8 maart 2001, gevoegde zaken C-397/98 en C-410/98 *(Metallgesellschaft)*, *Jur.* 2001, p. I-1727 | 7.7.3.1, 7.11
· HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 *(Courage/Crehan)*, *Jur.* 2001, p. I-6297 | 2.3.3.3, 5.4.9.3, 5.5.3, 7.3.1, 7.4.1, 7.4.4, 7.5, 7.6.7, 7.7.3.8, 7.9.1.4, 7.9.3.1, 7.9.3.2, 7.9.4.1, 7.9.6
· HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99 *(Glöckner)*, *Jur.* 2001, p. I-8089 | 2.3.3.2
· HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00 *(Cisal di Battistello)*, *Jur.* 2002, p. I-691 | 2.3.3.2
· HvJ EG 17 september 2002, zaak C-253/00 *(Muñoz/Frumar)*, *Jur.* 2002, p. I-7289, *NJ* 2003, 702, m.nt. MRM | 7.4.4, 11.7.1
· HvJ EG 1 oktober 2002, zaak C-167/00 *(VKI/Henkel)*, *Jur.* 2002, p. I-8111, *NJ* 2005, 221 m.nt. PV | 10.3.10, 10.5.2.3
· HvJ EG 15 oktober 2002, gev. zaken C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P en C-254/99 P *(Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie)*, *Jur.* 2002, p. I-8375 | 7.10.7.3
· HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00 *(Roquette Frères)*, *Jur.* 2002, p. I-9011 | 3.4.1.3, 5.4.9.3, 6.5.4
· HvJ EG 24 oktober 2002, zaak C-82/01 P *(ADP)*, *Jur.* 2002, p. I-9297 | 2.3.3.2
· HvJ EG 14 november 2002, zaak C-271/00 *(Steenbergen/Baten)*, *Jur.* 2002, p. I-10489, *NJ* 2003, 598 m.nt. PV | 10.5.2.3

· HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00 *(Codifis)*, *Jur.* 2002, p. I-10875, *NJ* 2003, 703 m.nt. MRM | 5.5.1, 5.5.6.1, 5.5.6.2, 6.2.1, 9.6.6.1
· HvJ EG 26 november 2002, zaak C-275/2000 *(First en Franex)*, *Jur.* 2002, p. I-10943 | 5.4.9.3, 9.5.10.3
· HvJ EG 8 mei 2003, zaak C-111/01 *(Gantner/Basch)*, *Jur.* 2003, p. I-4207, *NJ* 2006, 349 m.nt. PV | 10.3.9.2
· HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-266/01 *(PFA/Staat)*, *Jur.* 2003, p. I-4867, *NJ* 2005, 65 m.nt. PV | 10.5.2.3
· HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01 *(Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF))*, *Jur.* 2003, p. I-8055 | 5.4.9.3
· HvJ EG 30 september 2003, zaak C-224/01 *(Köbler)*, *Jur.* 2003, p. I-10239, *NJ* 2004, 160 m.nt. MRM | 3.5, 5.4.10.3, 7.5
· HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C 147/01 *(Weber's Wine World)*, *Jur.* 2003, p. I-11365 | 7.9.1.5, 7.9.3.1
· HvJ EG 4 december 2003, zaak C-63/01 *(Evans)*, *Jur.* 2003, p. I-14 447, *NJ* 2004, 303 | 7.5
· HvJ EG 9 december 2003, zaak C-129/00 *(Commissie/Italië)*, *Jur.* 2003, p. I-14637, *NJ* 2004, 582 m.nt. MRM | 7.5
· HvJ EG 9 december 2003, zaak C-116/02 *(Gasser/MISAT)*, *Jur.* 2003, p. I-14693, *NJ* 2007, 151 m.nt. PV | 10.3.9.2, 10.3.9.4
· HvJ EG 7 januari 2004, gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 PC-213 P, C-217/00 P en C-219/00 P *(Aalborg Portland)*, *Jur.* 2004, p. I-123 | 9.3.1, 9.5.7.7
· HvJ EG 13 januari 2004, zaak C-453/00 *(Kühne & Heitz)*, *Jur.* 2004, p. I-837 | 5.4.10.3
· HvJ EG 15 januari 2004, zaak C-433/01 *(Bayern/Blijdenstein)*, *Jur.* 2004, p. I-981 | 10.5.2.3
· HvJ EG 5 februari 2004, zaak C-265/02 *(Frahuil/Assitalia)*, *Jur.* 2004, p. I-1543, *NJ* 2005, 66 m.nt. PV | 10.5.2.3
· HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02 *(Turner/Grovit)*, *Jur.* 2004, p. I-3565, *NJ* 2007, 152 m.nt. PV | 10.3.9.4
· HvJ EG 14 oktober 2004, zaak C-39/02 *(Maersk/De Haan)*, *Jur.* 2004, p. I-9657 | 10.3.9.2, 10.5.4.2, 10.5.4.4
· HvJ EG 1 maart 2005, zaak C-281/02 *(Owuso/Jackson)*, *Jur.* 2005, p. I-1383 | 10.3.8
· HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03 *(Commissie/Raad)*, *Jur.* 2005, p. I-7879, *NJ* 2006, 210 m.nt. MRM | 1.3, 11.8.2
· HvJ EG 16 maart 2006, zaak C-234/04 *(Kapferer)*, *Jur.* 2006, p. I-2585 | 5.4.10.3
· HvJ EG 29 juni 2006, zaak C-308/04 P *(SGL Carbon/Commissie)*, *Jur.* 2006, p. I-5977 | 7.10.7.3
· HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-4/03 *(GAT/LuK)*, *Jur.* 2006, p. I-6509, *NJ* 2008, 78 m.nt. PV | 10.3.7
· HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-539/03 *(Roche Nederland/Primus)*, *Jur.* 2006, p. I-6535, *NJ* 2008, 76 m.nt. PV | 10.3.5.4, 10.3.7
· HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 en C-298/04 *(Manfredi)*, *Jur.* 2006, p. I-6619, *NJ* 2007, 34 m.nt. MRM | 2.3.3.2, 2.3.3.3, 4.5.6.6, 5.5.1, 5.5.6.2, 7.3.1, 7.7.3.1, 7.9.3.2, 7.9.4.1, 7.10.4.1, 7.11, 7.14.1
· HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05 *(Mostaza Claro)*, *Jur.* 2006, p. I-10421, *NJ* 2007, 201 m.nt. MRM | 5.5.1, 5.5.6.1, 5.5.6.2, 6.2.1, 9.6.6.1

· HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 t/m C-225/05 *(Van der Weerd)*, *Jur.* 2007, p. I-4233 | 5.5.2, 5.5.6.3
· HvJ EG 18 juli 2007, zaak C-119/05 *(Lucchini)*, *Jur.* 2007, p. I-6199 | 5.4.10.3
· HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05 *(Rampion)*, *Jur.* 2007, p. I-8017, *NJ* 2008, 37 m.nt. MRM | 5.5.1, 5.5.6.1, 5.5.6.2
· HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05 *(Commissie/Raad)*, *Jur.* 2007, p. I-9097, *NJ* 2008, 48 | 1.3
· HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06 *(Varec/Belgische Staat)*, *Jur.* 2008, p. I-581, *AB* 2008, 341 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *NJ* 2008, 271 m.nt. MRM | 9.5.8.2

GERECHT VAN EERSTE AANLEG VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

· GvEA EG 10 juli 1990, zaak T-51/89 *(Tetra Pak I)*, *Jur.* 1990, p. II-309 | 2.3.4.3, 2.3.4.4, 5.2.1, 5.3.5
· GvEA EG 15 november 1990, zaak T-1/89 *(Rhône Poulence)*, *Jur.* 1991, p. II-867 | 2.3.3.2
· GvEA EG 10 juli 1991, zaak T-69/89 *(Magill)*, *Jur.* 1991, p. II-485 | 2.3.4.2
· GvEA EG 12 december 1991, zaak T-30/89 *(Hilti)*, *Jur.* 1991, p. II-1439 | 2.3.4.4
· GvEA EG 17 december 1991, zaak T-6/89 *(Enichem Base)*, *Jur.* 1991, p. II-1623 | 2.3.3.2
· GvEA EG 17 december 1991, zaak T-7/89 *(Hercules)*, *Jur.* 1991, p. II-1711 | 2.3.3.2
· GvEA EG 10 maart 1992, gev. zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89 *(SIV)*, *Jur.* 1992, p. II-1405 | 2.3.4.3
· GvEA EG 18 september 1992, zaak T-24/90 *(Automec II)*, *Jur.* 1992, p. II-2223 | 3.3, 3.8.1, 5.3.4, 7.1, 11.2.1
· GvEA EG 1 april 1993, zaak T-65/89 *(British Gypsum)*, *Jur.* 1993, p. II-389 | 2.3.3.2
· GvEA EG 23 februari 1994, gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92 *(Europay)*, *Jur.* 1994, p. II-49 | 2.3.3.2
· GvEA EG 7 juli 1994, zaak T-43/92 *(Dunlop)*, *Jur.* 1994, p. II-441 | 2.3.3.2
· GvEA EG 14 juli 1994, zaak T-77/92 *(Parker)*, *Jur.* 1994, p. II-549 | 2.3.3.2
· GvEA EG 6 oktober 1994, zaak T-83/91 *(Tetra Pak II)*, *Jur.* 1994, p. II-755 | 2.3.4.2, 2.3.4.4
· GvEA EG 27 oktober 1994, zaak T-34/92 *(Fiatagri)*, *Jur.* 1994, p. II-905 | 2.3.3.2, 5.4.9.3
· GvEA EG 27 oktober 1994, zaak T-35/92 *(John Deere)*, *Jur.* 1994, p. II-957 | 2.3.3.2
· GvEA EG 24 januari 1995, zaak T-114/92 *(BEMIM)*, *Jur.* 1995, p. II-147 | 3.8.2, 3.9.4
· GvEA EG 21 februari 1995, zaak T-29/92 *(SPO)*, *Jur.* 1995, p. II-289 | 2.3.3.2
· GvEA EG 6 april 1995, zaak T-141/89 *(Betonstaalmatten)*, *Jur.* 1995, p. II-791 | 2.3.3.2
· GvEA EG 8 juni 1995, zaak T-7/93 *(Langnese-Iglo)*, *Jur.* 1995, p. II-1533 | 2.3.3.2
· GvEA EG 8 juni 1995, zaak T-9/93 *(Schöller)*, *Jur.* 1995, p. II-1611 | 2.3.3.2
· GvEA EG 18 september 1996, zaak T-353/94 *(Postbank)*, *Jur.* 1996, p. II-921 | 5.4.9.3, 9.4.2.1, 9.5.10.2, 9.5.10.3
· GvEA EG 12 juni 1997, zaak T-504/93 *(Ladbroke)*, *Jur.* 1997, p. II-923 | 2.3.3.2
· GvEA EG 21 oktober 1997, zaak T-229/94 *(Deutsche Bahn)*, *Jur.* 1997, p. II-1689 | 2.3.4.2

· GvEA EG 22 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 *(SCK)*, *Jur.* 1997, p. II-1739 | 2.3.3.2
· GvEA EG 23 oktober 1997, gevoegde zaken T-213/95 en T-18/96 *(SCK)*, *Jur.* 1997, p. II-1739 | 2.3.3.2
· GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-317/94 *(Weig)*, *Jur.* 1998, p. II-1235 | 2.3.3.2
· GvEA EG 14 mei 1998, zaak T-348/94 *(Enso-Espanola)*, *Jur.* 1998, p. II-1617 | 2.3.3.2
· GvEA EG 15 september 1998, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94 *(ENS)*, *Jur.* 1998, p. II-3141 | 2.3.3.2, 2.3.4.4
· GvEA EG 21 januari 1999, gevoegde zaken T-185/96, T-189/96 en T-190/96 *(Riviera Auto Service)*, *Jur.* 1996, p. II-110 | 9.5.7.7
· GvEA EG 25 maart 1999, zaak T-102/96 *(Gencor)*, *Jur.* 1999, p. II-753 | 1.4.2.1
· GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94 t/m T-307/94, T-313/94 t/m T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 *(LVM)*, *Jur.* 1999, p. II-931 | 2.3.3.2, 9.5.7.7
· GvEA EG 15 maart 2000, gevoegde zaken T-25/95, T-26/95, T-30/95 t/m T-32/95, T-34/95 t/m T-39/95, T-42/95 t/m T-46/95, T-48/95, T-50/95 t/m T-65/95, T-68/95 t/m T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95, T-104/95 *(Cement)*, *Jur.* 2000, p. II-491 | 2.3.3.2
· GvEA EG 26 oktober 2000, zaak T-41/96 *(Bayer)*, *Jur.* 2000, p. II-3383 | 2.3.3.2
· GvEA EG 12 december 2000, zaak T-128/98 *(Aéroports de Paris)*, *Jur.* 2000, p. II-3929 | 5.4.9.3
· GvEA EG 20 februari 2001, zaak T-112/98 *(Mannesmannröhren-Werke AG)*, *Jur.* 2001, p. II-729 | 3.4.2.3
· GvEA EG 21 maart 2001, zaak T-206/99 *(Métropole)*, *Jur.* 2001, p. II-1057 | 2.3.3.4
· GvEA EG 5 juli 2001, zaak T-25/99 *(Roberts)*, *Jur.* 2001, p. II-1881 | 2.3.3.2
· GvEA EG 18 september 2001, zaak T-112/99 *(Métropole)*, *Jur.* 2001, p. II-2459 | 2.3.3.2
· GvEA EG 7 februari 2002, zaak T-211/00 *(Kuijer II)*, *Jur.* 2002, p. II-485 | 9.5.9.2
· GvEA EG 20 maart 2002, zaak T-175/99 *(UPS Europe)*, *Jur.* 2002, p. II-1915 | 2.3.4.4
· GvEA EG 6 juni 2002, zaak T/342-99 *(Airtours)*, *Jur.* 2002, p. II-2585 | 2.3.4.3, 9.5.4.4
· GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-223/00 *(Kyowa Hakko Kogyo/Commissie)*, *Jur.* 2003, p. II-2553 | 7.10.7.3
· GvEA EG 9 juli 2003, zaak T-224/00 *(Archer Daniels Midland Company/Commissie)*, *Jur.* 2003, p. II-2597 | 7.10.7.3
· GvEA EG 30 september 2003, zaak T-203/01 *(Michelin/Commissie)*, *Jur.* 2003, p. II-4071 | 2.3.3.2, 9.5.7.7
· GvEA EG 23 oktober 2003, zaak T-65/98 *(Van den Bergh Foods)*, *Jur.* 2003, p. II-4653 | 2.3.3.2, 2.3.4.4
· GvEA EG 23 november 2004, zaak T-166/98 *(Dolianova)*, *Jur.* 2004, p. II-3991 | 7.5
· GvEA EG 13 april 2005, zaak T-2/03 *(Verein für Konsumenteninformation)*, *Jur.* 2005, p. II-1121 | 9.5.9.1
· GvEA EG 15 maart 2006, zaak T-15/02 *(BASF)*, *Jur.* 2006, p. II-497 | 1.1.1
· GvEA EG 15 maart 2006, zaak T-26/02 *(Daiichi Pharmaceutical)*, *Jur.* 2006, p. II-713 | 1.1.1
· GvEA EG 2 mei 2006, zaak T-328/03 *(O2)*, *Jur.* 2006, p. II-1231 | 2.3.3.2

· GvEA EG 30 mei 2006, zaak T-198/03 *(Bank Austria Creditanstalt /Commission)*, *Jur.* 2006, p. II-1429 | 9.5.9.3
· GvEA EG 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01 *(Österreichische Postsparkasse)*, *Jur.* 2006, p. II-1601 | 2.2.4, 3.8.2, 7.6.7, 9.5.9.3
· GvEA EG 6 juli 2006, gevoegde zaken T-391/03 en T-70/04 *(Yves Franches & Daniel Byk)*, *Jur.* 2006, p. II-2023 | 9.5.9.6
· GvEA EG 27 september 2006, zaak T-168/01 *(GlaxoSmithKline)*, *Jur.* 2006, p. II-2969 | 2.2.4, 2.3.3.2, 9.4.9.1
· GvEA EG 27 september 2006, zaak T-314/01 *(Avebe)*, *Jur.* 2006, p. II-3085 | 2.3.3.2, 9.5.7.7
· GvEA EG 27 september 2006 *(Dresdner Bank)*, gevoegde zaken T-44/02, T-54/02, T-56/02, T-60/02 en T-61/02, *Jur.* 2006, p. II-3567 | 9.5.7.7
· GvEA EG 16 november 2006, zaak T-333/03 *(Masdar)*, *Jur.* 2006, p. II-4377 | 7.5
· GvEA EG 14 december 2006, zaak T-237/02 *(Technische Glaswerke Ilmenau)*, *Jur.* 2006, p. II-5131 | 9.5.9.6
· GvEA EG 12 september 2007, zaak T-36/05 *(Coats)*, *Jur.* 2007, p. II-110 | 9.5.7.7
· GvEA EG 17 september 2007, zaak T-201/04 *(Microsoft)*, *Jur.* 2007, p. II-3601 | 1.1.1, 2.2.5, 2.3.4.4
· GvEA EG 12 december 2007, zaak T-112/05 *(Akzo Nobel)*, *Jur.* 2007, p. II-5049 | 2.3.3.2, 9.5.7.7

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

· EHRM 21 februari 1975, zaaknr. 4451/70, *NJ* 1975, 462 m.nt. EAA *(Golder/Verenigd Koninkrijk)* | 7.10.7.2
· EHRM 8 juni 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, *NJ* 1978, 223 m.nt. Meuwissen bij *NJ* 1978, 224 *(Engel e.a./Nederland)* | 7.10.7.1
· EHRM 23 november 1976, zaaknrs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72 en 5370/72, *NJ* 1978, 224 m.nt. Meuwissen *(Engel e.a./Nederland)* | 7.10.7.1
· EHRM 9 oktober 1979, zaaknr. 6289/73, *NJ* 1980, 376 m.nt. EAA *(Airey/Ierland)* | 7.10.7.2
· EHRM 27 februari 1980, zaaknr. 6903/75, *NJ* 1980, 561 *(Deweer/België)* | 7.10.7.1
· EHRM 23 juni 1981, zaaknrs. 6878/75 en 7238/75, *NJ* 1982, 602 *(Le Compte, Van Leuven & De Meyere/België)* | 7.10.7.2, 9.5.7.7, 9.5.8.2
· EHRM 26 maart 1982, zaaknr. 8269/78 *(Adolf/Oostenrijk)* | 7.10.7.1
· EHRM 10 december 1982, zaaknrs. 7604/76; 7719/76; 7781/77 en 7913/77, *NJ* 1987, 828, m.nt. van Dijk *(Foti e.a./Italië)* | 7.10.7.1
· EHRM 10 februari 1983, zaaknr. 7299/75, *NJ* 1987, 315 *(Albert & Le Compte/België)* | 7.10.7.2, 9.5.7.7, 9.5.8.2
· EHRM 25 maart 1983, zaaknr. 8660/79, *NJ* 1986, 698 m.nt. EAA *(Minelli/Zwitserland)* | 7.10.7.1
· 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/Duitsland)* | 7.10.7.1
· EHRM 28 juni 1984, zaaknrs. 7819/77 en 7878/77 *(Campbell and Fell)* | 7.10.7.1
· EHRM 25 augustus 1987, zaaknr. 9912/82, *NJ* 1988, 938 m.nt. EAA *(Lutz/Duitsland)* | 7.10.7.1

· EHRM 7 oktober 1988, zaaknr. 10519/83, *NJ* 1991, 351 m.nt. EAA *(Salabiaku/Frankrijk)* | 7.10.7.2
· EHRM 20 november 1989, zaaknr. 11454/85, *NJ* 1990, 245 m.nt. EAA *(Kostovski/Nederland)* | 9.5.2.3
· EHRM 25 februari 1993, zaaknr. 34619/97, *NJ* 1993, 485 m.nt. Kn *(Funke/Frankrijk)*, *EHRC* 2002, 88, m.nt. Widddershoven | 7.10.7.2
· EHRM 24 februari 1994, zaaknr. 12547/86, *NJ* 1994, 496 m.nt. EAA *(Bendenoun/Frankrijk)* | 7.10.7.1
· EHRM 23 maart 1994, zaaknr. 14220/88 *(Ravnsborg)* | 7.10.7.1
· EHRM 10 februari 1995, zaaknr. 15175/89, *NJ* 1997, 523, m.nt. EJD *(Allenet de Ribemont/Frankrijk)* | 7.10.7.2
· EHRM 23 oktober 1995, zaaknr. 15963/90 *(Gradinger/Oostenrijk)* | 7.10.7.3
· EHRM 8 februari 1996, zaaknr. 14310/88, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn *(John Murray/Verenigd Koninkrijk)* | 7.10.7.2
· EHRM 17 december 1996, zaaknr. 19187/91, *NJ* 1997, 699 m.nt. Kn *(Saunders/Verenigd Koninkrijk)* | 3.10.4.3, 7.10.7.2
· EHRM 18 februari 1997, zaaknr. 18990/91, *NJ* 1997, 590 *(Nideröst-Huber/Zwitserland)* | 5.4.9.3
· EHRM 30 juli 1998, zaaknr. 25711/94 *(Oliveira/Zwitserland)* | 7.10.7.3
· EHRM 23 september 1998, zaaknr. 2781/95, *NJCM-Bulletin* 2000, p. 873 e.v., m.nt. Kuijer & Lenos *(Malige/Frankrijk)* | 7.10.7.2
· EHRM 14 september 1999, zaaknrs. 36855/97 en 41731/98 *(Ponsetti & Chesnel/Frankrijk)* | 7.10.7.3
· EHRM 8 februari 2000, zaaknr. 34186/96 *(Freunberger/Oostenrijk)* | 7.10.7.3
· EHRM 21 december 2000, zaaknr. 36887/97, *EHRC* 2001, 18 *(Quinn/Ierland)* | 7.10.7.1
· EHRM 11 februari 2001, zaaknr. 56568/00 *(Y./Noorwegen)* | 7.10.7.3
· EHRM 3 mei 2001, zaaknr. 31827/96, *NJ* 2003, 354 m.nt. Sch *(J.B./Zwitserland)*, *EHRC* 2001, 45, m.nt. Albers | 7.10.7.2
· EHRM 29 mei 2001, zaaknr. 37950/97 *(Franz Fischer/Oostenrijk)* | 7.10.7.3
· EHRM 14 april 2002, zaaknr. 37971/97 *(Colas Est)* | 3.4.1.3
· EHRM 2 juli 2002, zaaknr. 33402/96, *EHRC* 2002, 72, m.nt. Mols *(Göktan/Frankrijk)* | 7.10.7.2, 7.10.7.3
· EHRM 11 februari 2003, zaaknr. 34964/97 *(Ringvold/Noorwegen)* | 7.10.7.3
· EHRM 22 mei 2003, zaaknr. 41666/98 *(Kyrtatos/Griekenland)*, *NJB* 2003, p. 1447 | 5.4.8
· EHRM 30 september 2003, zaaknr. 40892/98 *(Koua Poirrez/Frankrijk)*, *NJB* 2003, p. 2206 | 5.4.8
· EHRM 30 juni 2005, zaaknr. 45036/98 *(Bosphorus Airlines/Ierland)* | 7.10.7.3
· EHRM 25 oktober 2005, zaaknr. 68890/01 *(Blake/Verenigd Koninkrijk)* | 7.10.7.1
· EHRM 23 november 2006, zaaknr. 73053/01, *AB* 2007, 51 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik *(Jussila/Finland)* | 7.10.7.1
· EHRM 29 juni 2007, zaaknr. 15809/02, *NJ* 2008, 25 m.nt. EAA *(O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk)*, *EHRC* 2007, 104 | 7.10.7.2

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

· HR 29 november 1907, W. 8619 *(Van Eijk/Sleepdienst Hoek van Holland & Van der Toorn)* | 7.7.3.4
· HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 *(Guldemond/Noordwijkerhout)* | 9.5.7.4
· HR 13 januari 1927, *NJ* 1927, p. 279 m.nt. EMM *(Gembo/Prins)* | 7.7.3.8
· HR 4 maart 1927, *NJ* 1927, 765 *(De Wit/Kwakernaak)* | 7.7.3.4
· HR 25 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1688 m.nt. EMM *(Graaf de Marchant et d'Ansembourg/ Staat der Nederlanden)* | 7.6.7
· HR 23 maart 1933, *NJ* 1933, 888 *(Bierbrouwerij De Kroon/Cooymans)* | 7.7.3.4
· HR 18 november 1937, *NJ* 1938, 269 m.nt. EMM *(Het Engelse Kolenstakingsarrest)* | 7.9.1.4
· HR 14 december 1948, *NJ* 1949, 95; *(Lunshof)* | 9.6.6.2
· HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 624 *(Algemene Transport Onderneming/Tesser)* | 7.7.3.4
· HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 *(Tandartsen)* | 7.6.7, 7.9.2.2
· HR 12 december 1958, *NJ* 1961, 270 *(Viskil)* | 9.6.6.2
· HR 15 januari 1965, *NJ* 1965, 197 m.nt. GJS *(Flint/Veldpaus)* | 7.9.1.4
· HR 13 mei 1966, *NJ* 1967, 3 m.nt. HB *(Alnati)* | 10.4.9.1
· HR 20 juni 1968, *NJ* 1968, 332 *(Geheimhoudingsplicht reclasseringsambtenaar)* | 9.6.6.2
· HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251 m.nt. GJS *(Waterwingebied)* | 7.7.2
· HR 16 februari 1973, *NJ* 1973, 463 m.nt. HB *(Maas/Willems)* | 7.4.3, 7.7.3.8
· HR 31 januari 1975, *NJ* 1976, 146 *(Schulte/Verheij e.a.)* | 5.4.9.3
· HR 19 november 1976, *NJ* 1979, 216 m.nt. M. Scheltema *(Semper Crescendo)* | 9.5.7.4
· HR 28 januari 1977, *NJ* 1987, 174 m.nt. ARB *(Van de Weijgert/Nieuwkoop)* | 7.7.3.4
· HR 25 november 1977, *NJ* 1978, 255 *(Plassenschap Loosdrecht/Nagtegaal en Bavelaar)* | 9.5.7.4
· HR 18 mei 1979, *NJ* 1980, 213 m.nt. WHH *(Hulskorte/Van der Lek)* | 9.5.2.2, 9.6.4, 9.6.6.2
· HR 17 september 1982, *NJ* 1983, 278 m.nt. MS *(Zegwaard/Knijnenburg)* | 9.5.7.4
· HR 12 juni 1984, *NJ* 1985, 174 *(Piet H.)* | 3.10.3
· HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188; *(Panholzer/Cancuk)* | 9.6.6.2
· HR 16 november 1984, *AA* 1985, p. 216 m.nt. J.H. Nieuwenhuis *(Buena Vista)* | 2.3.4.5
· HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 m.nt. WLH onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 *(curatoren OGEM/Maas)* | 9.6.6.2
· HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 m.nt. WHH *(Enka/Dupont)* | 9.4.4.1, 9.4.5, 9.5.2.1
· HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174 m.nt. WLH onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 *(Schadd)* | 9.6.6.2
· HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 *(Brouwer/ Zürich)* | 9.6.6.2
· HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 126 *(Slavenburg I)* | 1.3, 3.10.4.1
· HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567 *(ENCI/Lindelauf)* | 7.7.3.4
· HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. M. Scheltema *(Heesch/Van de Akker)* | 9.5.7.4
· HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 743 m.nt. WHH *(De Nieuwe Meer)* | 8.3.1
· HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 m.nt. A.C. 't Hart *(Slavenburg II)* | 1.3, 3.10.4.1

· HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 1 m.nt. WHH *(Slingerland/Gemeente Amsterdam)* | 9.4.4.1
· HR 27 maart 1987, *NJ* 1988, 130 m.nt. WHH *(de Samenwerking/Geerlings)* | 5.4.9.3
· HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275 m.nt. CJHB *(The London and Lancashire Insurance Company/Drenth)* | 7.7.3.1
· HR 11 december 1987, *NJ* 1990, 73 m.nt. WHH en MS *(Staat/Nederlandse Vereniging van erkende reclame-adviesbureaus)* | 8.3.1
· HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 m.nt. ThWvV *(Albert K.)* | 7.10.7.3
· HR 24 juni 1988, *NJ* 1989, 121 m.nt. JBMV *(Van Ewijk/De Staat)* | 9.4.4.1
· HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m.nt. JHN en JCS *(Kalimijnen)* | 7.6.6.6
· HR 14 maart 1989, *NJ* 1989, 747 m.nt. A.C. 't Hart *(poppenspel-arrest)* | 9.5.5.6
· HR 24 november 1989, *NJ* 1992, 404 *(Interlas)* m.nt. DWFV | 10.3.7
· HR 1 december 1989, *NJ* 1990, 438 m.nt. JBMV | 5.4.9.3
· HR 22 december 1989, *NJ* 1990. 799 *(ABN/Fraterman)* | 9.6.6.2
· HR 20 april 1990, *NJ* 1990, 825 m.nt. JBMV *(Joosten/Gem. Oss)* | 9.4.4.1
· HR 25 mei 1990, *NJ* 1990, 577 *(Boukes/Schuurmans)* | 7.7.2
· HR 22 juni 1990, *NJ* 1990, 704 *(Stichting Cultureel Centrum/Zuidhoek)* | 5.4.9.3
· HR 16 november 1990, *NJ* 1992, 84 m.nt. HJS *(N./B.)* | 9.6.2
· HR 23 november 1990, *NJ* 1991, 761 *(Westra)* | 9.6.6.2
· HR 5 februari 1991, *NJ* 1991, 402 *(A.M.)* | 7.10.7.3
· HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 746 *(P./Amsterdam)* | 7.7.3.4
· HR 20 september 1991, *NJ* 1992, 552 *(Tripels/Masson)* | 9.4.2.3
· HR 28 februari 1992, *NJ* 1992, 301 m.nt. FHvdB *(Changoe/Staat)* | 9.5.7.4
· HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 *(Bussluis)* | 7.6.4.1
· HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 *(AMC/O.)* | 7.7.3.4
· HR 18 september 1992, *NJ* 1992, 747 *(Keizer/Van Andel)* | 8.3.2.2
· HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 750 *(Balenpers)* | 10.4.5.3
· HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751 *(Alpuro/Dijkhuizen)* | 7.6.6.6
· HR 25 september 1992, *NJ* 1993, 467 *(Van Eijck/Tomol)* | 9.6.6.2
· HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 m.nt. CJHB *(DES-dochters)* | 7.6.6.6
· HR 6 november 1992, *NJ* 1993, 191 m.nt. B.H. ter Kuile *(Bakkum/Brandsen-Visser)* | 6.4.2
· HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 139 m.nt. MS en CJHB *(Kuunders/Milieuverenigingen)* | 9.5.7.4
· HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 172 m.nt. Van Schilfgaarde *(Vermobo/Van Rijswijk)* | 7.13.2.2
· HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 345 m.nt. HJS *(Van de Ven c.s./Pierik c.s.)* | 9.4.4.1, 9.5.2.1
· HR 22 oktober 1993, *NJ* 1994, 94 *(Van Schijndel)* | 5.5.4.1, 6.3.1
· HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 259 m.nt. W.M. Kleijn *(Willems/Rabo)* | 2.3.3.3
· HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 622 *(COVA)* | 10.4.2
· HR 24 december 1993, *NJ* 1994, 314 *(Drost/Koebrugge)* | 7.7.3.1
· HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421 m.nt. CJHB *(Waeyen-Scheers/Naus)* | 7.2.2.6, 7.7.3.6, 7.9.6, 8.2.5
· HR 21 januari 1994, *NJ* 1994, 473 m.nt. DWFV *(Ferdi E.)* | 9.4.2.8
· HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 742 m.nt. HJS *(Copo/Berger)* | 9.5.8.2
· HR 11 maart 1994, *NJ* 1995, 3 *(Killbarr/Holland en Teeuwen)* | 9.4.2.7
· HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 270 m.nt. W.M. Kleijn *(B./Amersfoortse)* | 2.3.3.3

· HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45 *(Diepop/Nouwens)* | 5.5.7
· HR 29 maart 1995, *NJ* 1998, 414 *(Saueressig/Forbo)* | 9.4.4.1
· HR 21 april 1995, *NJ* 1997, 570 m.nt. CJHB *(Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz/Caspers)* | 6.3.5
· HR 2 juni 1995, *NJ* 1997, 164 m.nt. MS *(Aharchi/Bedrijfsvereniging)* | 9.5.7.4
· HR 8 september 1995, *NJ* 1997, 159 m.nt. MS *(Utrecht/Budinovski & Pejkovski)* | 9.5.7.4
· HR 10 november 1995 *(Ampersand c.s./Sisro)*, *NJ* 1996, 259 | 10.3.9.2
· HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 22 *(Reprotechniek/Traugott)* | 9.5.2.1
· HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 23 *(Masteco/Top-Pharm)* m.nt. HJS | 9.5.2.1
· HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK *(H./Franken)* | 7.6.6.5
· HR 26 januari 1996, *NJ* 1997, 258 m.nt. ThMdB *(afgewezen echtscheidingsvordering)* | 10.5.2.1
· HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 117 *(Van Schijndel)* m.nt. P.J. Slot en HJS onder HR 22 december 1995, *NJ* 1997, 118 *(Vierkant Beheer/KVBBB)* | 5.5.4.2
· HR 15 november 1996, *NJ* 1998, 314 m.nt. Grosheide *(Hertzano c.s./Otto Simon c.s.)* | 4.5.5.3, 7.6.4.1, 7.7.3.4
· HR 3 januari 1997, *NJ* 1998, 127 m.nt. HJS *(Prudential Bache/Albada Jelgersma c.s.)* | 5.5.7
· HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230 *(Moerman/Bakker)* | 7.6.6.6
· HR 24 januari 1997, *NJ* 1999, 56 m.nt. CJHB *(De Ridder/Staat)* | 7.7.3.8
· HR 21 februari 1997, *NJ* 1997, 305 *(Pouw/L&V)* | 9.6.6.2
· HR 21 maart 1997, *NJ* 1998, 207 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)* | 5.5.4.2, 6.2.2, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.1, 9.6.6.1
· HR 2 mei 1997, *NJ* 1998, 315 m.nt. WMK *(Hoogenboom/Van Seggelen)* | 9.6.2
· HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719 m.nt. JH *(Setz/Brunings)* | 7.13.2.2
· HR 26 september 1997, *NJ* 1998, 19 *(Van der Heijden/Beckers)* | 5.5.7
· HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 268 m.nt. Ma *(Philips/Vereniging van Effectenbezitters)* | 8.3.2.1, 8.9.5
· HR 7 november 1997, *NJ* 1998, 364 *(Groskamp/Staat)* | 7.7.2
· HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97 m.nt. JBMV *(Jans/Fiat Credit Nederland)* | 2.3.3.3
· HR 27 januari 1998, *NJ* 1998, 404 m.nt. JR *(orthopedisch schoenmakerarrest)* | 9.5.5.6
· HR 30 januari 1998, *NJ* 1998, 459 m.nt. JBMV *(Interforce/Rosier's beleggingsmaatschappij)* | 9.4.2.8
· HR 6 februari 1998, *NJ* 1999, 478 m.nt. HJS *(M./AMEV)* | 9.4.4.1, 9.4.4.2, 9.4.5
· HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 606 *(B./C. en C.)* | 9.6.6.2
· HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 m.nt. JBMV *(Mooijman/Netjes)* | 2.3.3.3
· HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196 *(AMEV/Staat)* | 7.7.3.4
· HR 12 februari 1999, *NJ* 2000, 17 m.nt WMK *(Manege De Mookerheide/Heymans)* | 5.5.7
· HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 351 m.nt. CJHB *(Van Nugteren/Meskes)* | 7.6.6.6
· HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428 m.nt. HJS *(Gouda/Lutz)* | 7.6.6.5
· HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307 m.nt. JBMV *(Meissner Von Hohenmeiss/Arenda)* | 2.3.3.3
· HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 *(De Preter/Van Uitert)* | 7.9.1.4
· HR 18 februari 2000, *NJ* 2001, 259 m.nt. PV *(News International c.s./ABN AMRO)* | 9.4.2.1, 9.4.2.7

· HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 340 m.nt. HJS *(Eco Swiss/Benetton)* | 5.5.5, 6.2.5, 6.3.3, 6.3.6
· HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 508 m.nt. HJS *(Benetton/Eco Swiss & Bulova)* | 6.2.2
· HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 489 m.nt. DWFV *(HBS c.s./Danestyle)* | 7.7.3.6, 8.2.5
· HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584, m.nt. CJHB *(Sint Willibrord/V)* | 7.6.6.5
· HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 580 m.nt. JH *(Breezand/Gemeente Veere)* | 7.14.3
· HR 19 januari 2001, *NJ* 2001, 524 m.nt. JBMV *(Ter Hofte/Oude Mannink)* | 7.6.6.5
· HR 23 februari 2001, *NJ* 2001, 431 m.nt. ThMdB en JBMV *(maatschap X./curator mr. H.J. Overes)* | 5.5.7
· HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584 m.nt. Wortmann *(A./D.)* | 5.5.7
· HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 m.nt Van Wijnen en JBM *(Stichting M./H.)* | 7.6.6.5
· HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 653 *(Rijpkema/Kruijff Bunker Service (duwboot Freya))* | 5.5.7
· HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 m.nt. JBMV onder *NJ* 2002, 387 *(I./Stichting Gezondheidszorg)* | 7.6.6.5
· HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 m.nt. JBMV *(dwarslaesie)* | 5.5.7, 7.6.6.5
· HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 26 *(Juweliers van Sloon Weert/William)* | 5.5.7
· HR 21 december 2001, *NJ* 2004, 34 m.nt. DA *(Panama Caribic Overseas Savings/ Stichting Town House Development Foundation)* | 5.5.7
· HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 m.nt. JBMV *(K./Aegon)* | 9.4.2.2, 9.4.2.8
· HR 13 september 2002, *NJ* 2002, 496 *(Da Silva/Heineken)* | 5.5.7
· HR 13 september 2002, *NJ* 2004, 18 m.nt. HJS *(Uiterlinden/Van Zijp & Uiterlinden)* | 9.4.4.2, 9.4.5
· HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 *(Transport Ferry Service/Nederlandse Spoorwegen)* | 7.6.6.5
· HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 m.nt. DA *(Kastelijn/Achtkarspelen)* | 7.6.6.5
· HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV *(Lightning Casino/Antillen)* | 9.4.2.8, 9.5.8.2
· HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 346 m.nt. JBMV *(Drewel/AMEV)* | 7.6.6.6
· HR 12 september 2003, *NJ* 2005, 441 m.nt. DA onder *NJ* 2005, 442 *(Royal & Sun Alliance Schadeverzekering/K.)* | 9.4.5
· HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 39 *(Lukan/Brokke-Hendriks)* | 5.5.7
· HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74 *(Nieuw Vredenburgh/NHL)* | 9.5.6.1
· HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 584 *(Wustenhoff/Gebuis)* | 9.4.5
· HR 12 maart 2004 *(IDAT/G)*, *NJ* 2004, 284 m.nt. PV | 10.5.4.4
· HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 m.nt. DA *(B./J.)* | 7.6.6.5
· HR 19 maart 2004, *NJ* 2007, 585 *(Philips/Postech)* m.nt. PV | 10.3.7
· HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308 m.nt. DA *(D./Achmea)* | 7.6.6.5
· HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 *(Paes/Van Duijvendijk)* m.nt. JH | 7.6.7
· HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 270 *(OZ Export Planten Roozen Holland)* | 9.4.2.3
· HR 24 september 2004, *NJ* 2005, 466 m.nt. DA *(Stad Rotterdam c.s./Stam c.s.)* | 7.6.6.5
· HR 24 december 2004, *LJN* AR4980 *(verwijdering kernwapens vliegbasis Volkel)* | 9.4.2.3
· HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 118 m.nt. MRM *(Vreugdenhil/BVH)* | 2.3.3.2, 2.3.3.3, 2.3.4.5, 5.5.1, 5.5.5, 5.5.6.7, 9.3.2, 9.3.3
· HR 17 december 2004, *NJ* 2005, 214 *(Dunnewind/Schuitema)* | 2.3.2

· HR 14 januari 2005, *NJ* 2007, 481 m.nt. JH *(Ahold/Staat)* | 7.9.1.4
· HR 11 februari 2005, *NJ* 2005, 442 m.nt DA, *JBPr* 2005, 21 m.nt. E.F. Groot *(Frog People Mover/Floriade)* | 9.4.4.1, 9.4.4.2, 9.4.5
· HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284 *(Tuba Aydin/X. & Winterthur)* | 7.6.6.5
· HR 25 november 2005, *RvdW* 2005, 133 *(Pessers/Lycos)* | 9.4.2.7
· HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 *(Nefalit/Karamus)* | 7.6.6.6
· HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *(Stichting Vie d'Or/Verzekeringskamer)* | 8.3.1, 8.3.2.1, 8.7
· HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 528 *(Stichting Vie d'Or/Accountants)* | 8.3.1, 8.3.2.1, 8.7
· HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 529 m.nt. C.C. van Dam *(Stichting Vie d'Or/Actuaris)* | 8.3.1, 8.3.2.1, 8.7
· HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 m.nt. MRM *(Van Rattingen Grondverzet/Loenen)* | 9.5.7.4
· HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 176 *(Brocacef/FGC)* | 2.3.3.3
· HR 30 maart 2007, *NJ* 2007, 189 *(AEGON/D.)* | 9.4.5
· HR 19 oktober 2007, *RvdW* 2007, 887 *(X./Interpolis)* | 9.5.6.1
· HR 30 november 2007, *NJ* 2008, 81 *(Sjarbaini/Audilux)* m.nt. PV onder *NJ* 2008, 78 | 10.3.7
· HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54 *(Gemeente Heerlen/Whizz croissanterie)* | 6.3.4, 9.3.2

GERECHTSHOVEN

· Hof Arnhem 19 februari 1974, *NJ* 1974, 493 *(Tesser)* | 9.4.7
· Hof Amsterdam 29 februari 1996, *NJ* 1997, 127 *(Sigma Coatings/Bouman)* | 9.4.2.3
· Hof Leeuwarden 22 oktober 1997, *NJ* 1998, 251 *(Vereniging tegen Piramidespelen/No Limits)* | 8.3.3
· Hof Amsterdam 20 mei 1999, *TvA* 2001, p. 181-184 *(Van der Pols/OPG)* | 6.3.5
· Hof Arnhem 7 maart 2000, rolnr. 97/487 *(Oude Luttikhuis e.a./Coberco)* | 2.3.3.3
· Hof Arnhem 1 augustus 2000, rolnr. 99/339, *NBrM* 2000, p. 178 *(Goos/Hanos)* | 6.3.4
· Hof Amsterdam 12 oktober 2000, *NJ kort* 2000, 92, *TvA* 2001, p. 184, m.nt. DA *(Sesam/Betoncentrale Twenthe c.s.)* | 6.2.2, 6.3.4
· Hof 's-Hertogenbosch 27 maart 2003, *JBPr* 2003, 63 *(Van de Beukel c.s./Van Gool c.s.)* | 9.4.2.7
· Hof 's-Gravenhage 20 mei 2003, *S&S* 2004, 59 *(Pacelli)* | 9.4.2.8
· Hof 's-Hertogenbosch 14 oktober 2003, *LJN* AM7927 | 9.4.2.2
· Hof 's-Gravenhage 11 maart 2004, *NJ* 2004, 334 *(KPN/nl.tree)* | 7.6.3
· Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004, 96 *(Winkelaar/Hertel)* | 7.6.6.6
· Hof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004, 185 *(Nefalit/Erven Karamus)* | 7.6.6.6
· Hof Arnhem 6 juli 2004, *JAR* 2004, 186, *NJF* 2004, 552 *(Eternit/Hollink)* | 7.6.6.6
· Hof 's-Gravenhage 1 oktober 2004, *JAR* 2004, 273 *(Erven Barg/Wilton Feijenoord)* | 7.6.6.6
· Hof Amsterdam 1 juni 2006, *NJ* 2006, 461, *LJN*: AX6440 *(DES)* | 8.7
· Hof Amsterdam 25 januari 2007, *NJ* 2007, 427, *LJN*: AZ7033 *(Dexia)* | 8.7
· Hof Arnhem 19 juni 2007, *NJF* 2007, 546 *(Appellant/Wagner & Partners)* | 2.3.3.3

· Hof 's-Gravenhage 27 november 2007, *LJN* BB8760 *(hoger beroep bouwfraude)* | 3.10.3.2
· Hof Leeuwarden 30 januari 2008, *LJN* BC3424 *(Mitra/Franchisenemer)* | 2.3.3.3
· Hof 's-Gravenhage 21 mei 2008, *NJ* 2008, 432 *(glazenwasserskartel)* | 3.10.3.2

RECHTBANKEN

· Rb. 's-Hertogenbosch 7 december 1988, *NJ* 1989, 329 *(Stork Brabant/Rhode Island c.s.)* | 9.4.7
· Pres. Rb. 's-Gravenhage 15 februari 1989, *TvC* 1989, p. 76 e.v. *(Consumentenbond en ANBO/PTT)* | 8.3.3
· Rb. Haarlem 7 november 1989 & 4 mei 1993, rolnr. H 879/87 *(Burns/Van Driel & SNH)* | 9.5.7.2
· Rb. Rotterdam 1 mei 1991, *NJ* 1991, 737 *(Kleinjan/Droogendijk)* | 9.4.7
· Rb. Rotterdam 23 oktober 1992, rolnr. 4088/88 *(Multi Veste/Boenders & Maasdam c.s.)* | 2.3.3.3, 7.13.2.1
· Rb. Arnhem 27 september 2001 *(WACA c.s./Baan c.s.)*, *NIPR* 2002, 272 | 10.3.10
· Rb. Maastricht 7 maart 2002, *LJN* AE0630 *(nalatenschap moeder)* | 9.4.2.2
· Rb. Rotterdam 11 september 2002, *LJN* AF0065 *(Vodofone Libertel en Unipart Group Ltd/d-g NMa)* | 3.7.2.1
· Rb. Rotterdam 13 februari 2004, *LJN* AO3912 *(Secon Group & G-Star/NMa)* | 9.5.7.7
· Rb. Rotterdam 17 augustus 2004, *LJN* AR4213 *(Modint/NMa)* | 2.3.3.2
· Rb. Amsterdam 31 augustus 2004, *KG* 04/1539 | 9.4.2.7
· Rb. Rotterdam 26 augustus 2005, *LJN* AV2395 *(SHIVA/raad van bestuur NMa)* | 3.7.2.1
· Rb. Rotterdam 25 januari 2006, *NJF* 2006, 230 *(Van D/Van Schoenen v.o.f)* | 9.4.2.8
· Rb. 's-Gravenhage 19 april 2006, HA ZA 04-1675 | 9.4.2.7
· Rb. Rotterdam 22 mei 2006, *LJN* AX8428 *(Aesculaap/NMa)* | 2.3.3.2
· Rb. Rotterdam 2 augustus 2006, *LJN* AY7032 *(Vlaardingen/Hannover en Axa)* | 9.4.2.6
· Rb. 's-Gravenhage 25 oktober 2006, HA ZA 04-2618 | 9.4.2.6
· Rb. 's-Gravenhage 16 februari 2007, *KG* 07/94, *LJN* AZ8717 *(honorariumafspraak advocaten erven Goudstikker)* | 8.6.3.5
· Rb. Rotterdam 7 maart 2007, *LJN* BA0926 *(CEF/FEG)* | 7.14.2.2
· Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2007, *LJN* BA2126 *(Heijmans/Nederveen)* | 2.3.3.3
· Rb. Amsterdam 29 november 2007, *LJN* BB9689, *JOR* 2008, 41 m.nt. D.R. Doorenbos *(Partrust)* | 9.5.9.4

KANTONRECHTERS

· Ktr. Middelburg 1 februari 1999, *NJkort* 1999, 35 *(Schaier/De Schelde)* | 7.6.6.6
· Ktr. Utrecht 21 november 2001, rolnr. 14411-CV-98-7527 *(Giesheimer-Deetman/GTI)* | 7.6.6.6
· Ktr. Eindhoven 23 augustus 2002, *JAR* 2003, 286 *(Van Dijck/Philips)* | 7.6.6.6

· Ktr. Eindhoven 28 november 2002, rolnr. 00/2676 *(Erven Sillekens/NV EPZ)* | 7.6.6.6

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

· ABRvS 7 februari 2007, *LJN* AZ 7951 *(Koninklijke Gazelle/Raad van Bestuur NMa)* | 9.5.9.4

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

· CBB 4 november 1998, nrs. Awb 97/681, 97/682 en 97/683 | 3.7.2.5
· CBB 20 februari 2004, *LJN* AO5968 *(SHIVA/d-g NMa)* | 3.7.2.1
· CBB 28 oktober 2005, *LJN* AU5316 *(Modint/NMa)* | 2.3.3.2
· CBB 7 december 2005, *LJN* AU8309 *(Secon & G-Star/NMa)* | 2.3.3.2, 9.5.7.7
· CBB 22 maart 2007, *LJN* BA2598 *(VVV/NMa)* | 3.7.3
· CBB 31 december 2007 *(Mobile operators)*, *LJN* BC1396 | 9.5.7.7

HOF VAN DISCIPLINE

· Hof van Discipline 9 februari 1998, *Advocatenblad* 19 maart 1999, p. 346-347 | 8.6.3.5

BUITENLANDSE RECHTSPRAAK

Duitsland

· LG Mannheim 11 juli 2003, Az. 7 O 326/02, 106 *GRUR* 2004, 182 *(Vitaminkartell)* | 7.9.1.3, 7.9.2.2
· OLG Karlsruhe 28 januari 2004, Az. 6 U 183/03, 57 *GRUR* 2004, 883, *NJW* 2004, 2243, *WuW/E DE-R* 1229, 415 *(Vitaminkartell)* | 7.9.1.3, 7.9.2.2

Italië

· Corte Suprema di Cassazione 19 december 2003, nr. 19550 *(Macchine Automatiche/ Windmoller & Holscher KG)* | 10.3.9.4

Verenigd Koninkrijk

· *Darcy v. Allein (Case of Monopolies)*, 11 Co. Rep. 84b, 77 Eng. Rep. 1260, 1261-63 (K.B. 1602) | 7.10.4.2
· *Wilkes v. Wood*, 98 *Eng. Rep.* 489 (1763) | 7.10.2
· *Huckle v. Money*, 95 *Eng. Rep.* 768 (1763) | 7.10.2
· *Rookes v. Barnard*, [1964] AC 1129, [1964] 1 *All ER* 367, HL | 7.10.1, 7.10.2
· *Broome v. Cassell and Co*, [1972] AC 1027 | 7.10.1

· *R. v. Turner* (1975) I QB 834 841 | 9.5.5.2
· *A.B. v. South West Waters Services Ltd* [1993] *1 All ER 609* | 7.10.1
· *Passmore v. Morland plc et al* [1999] 1 *CMLR* 1129; *EuLR 501 (CA)* | 2.3.3.3
· *Mc Farlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 *AC* 59 | 11.2.3.2
· *Provimi v. Aventis Animal Nutrition* [2003] EWHC 961 (Comm), [2003] 2 *All ER* (Comm) 683, [2003] *All ER* (D) 59 (May) | 5.4.6, 10.3.5.4
· *Inntrepreneur Pub Company and others v. Crehan*, [2006] UKHL 38 | 5.4.8, 5.4.9.3, 7.4.2, 9.5.7.2
· *English Welsh & Scottish Railway Ltd v. E.ON UK plc* [2007] EWHC 599 (QB) (High Court) | 2.3.4.5

Verenigde Staten

· *Day v. Woodworth*, 13 *How.* 363 (1852) | 7.10.2
· *Frye v. United States*, 54 App. D.C. 46, 47, 293 F. 1013 (1923) | 9.5.5.3
· *Hanover Shoe Inc v. United Shoe Machinery Corp*, 392 U.S. 481, 88 S. Ct. 2224, 20 L.Ed.2d 1231 (1968) | 4.5.5.5, 7.9.1.2, 7.9.2.3, 7.9.2.4, 7.9.4.1
· *City of Detroit v. Grinell Corp.*, 495 F.2d 448, 463 (2d Cir. 1974) | 8.8.3.1
· *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 97 S.Ct. 2061, 52 L.Ed.2d 707 (1977) | 7.9.1.2, 7.9.2.3, 7.9.4.1
· *United States v. Williams*, 583 F. 2d 1194, 1198 (CA2 1978), cert. denied, 439 U.S. 1117 (1979) | 9.5.5.3
· *Hensley v. Eckerhart*, 461 U.S. 424, 434-35 (1983) | 8.8.4
· *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 711 F.2d 1136, 1147-48 (2d Cir. 1983) | 8.8.4
· *Blum v. Stenson*, 465 U.S. 886, 895 n.11 (1984) | 8.8.4
· *Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S.Ct. 3346, 87 L.Ed. 2d 444 (1985) | 6.1, 6.3.6
· *United States v. Downing*, 753 F. 2d, 1238 (3d Cir.1985) | 9.5.5.3
· *Miele v. New York State Teamsters Conference Pension & Ret. Fund*, 831 F.2d 407, 409 (2d Cir. 1987) | 8.8.4
· *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989) | 7.9.2.3, 7.9.4.1
· *Chambless v. Masters, Mates & Pilots Pension Plan*, 885 F.2d 1053, 1058 (2d Cir. 1989) | 8.8.4
· *United States v. Smith*, 869 F. 2d 348, 353-354 (CA7 1989) | 9.5.5.3
· *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceutical, Inc.*, U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993) | 9.5.5.3
· *General Electric Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136, 118 S.Ct. 512 (1997) | 9.5.5.5
· *In re Nasdaq Market-Makers Antitrust Litigation*, 187 F.R.D. 465 (S.D.N.Y. 1998) | 8.8.4
· *United States v. Scheffer*, 523 U.S. 303 (1998) | 9.5.5.5
· *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S. Ct. 1167, 1171 (1999) | 9.5.5.4
· *Goldberger v. Integrated Res.*, Inc., 209 F.3d 43 (2d Cir. 2000) | 8.8.4
· *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000) | 9.5.5.1
· *In re Visa Check/Master Money Antitrust Litigation*, CV-96-5238 (U.S.D.J. 2003) | 8.8.4
· *In re Indep. Energy Holdings PLC*, No. 00 Civ. 6689, 2003 WL 22244676 (S.D.N.Y. Sep. 29, 2003) | 8.8.4

· *A.R. ex rel. R.V. v. New York City Dept. of Ed.*, 407 F.3d 65, 79 (2d Cir. 2005) | 8.8.4

Zweden

· Högsta domstolen 9 december 2004, Ö 1891-03 *(Luftfartsverket)* | 2.3.4.5

Lijst van aangehaalde documenten van de communautaire instellingen en verdragen

RICHTLIJNEN

- Richtlijn 98/27/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, *PbEG* 1998, L 166/51 | 4.5.5.6, 11.7.1
- Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 (*PbEG* 1993, L 095/29) | 5.5.6.1
- Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *PbEG* 1997, L 144/19 | 11.7.1
- Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 157/45, *PbEU* 2004, L 195/16 | 7.7.3.6, 9.4.2.8, 9.4.3, 9.4.9.2, 9.4.9.4, 11.7.1

VERORDENINGEN

- Verordening 17/1962 van de Raad van 6 februari 1962 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 1962, P 13/204 | 5.3
- Verordening 1216/99 van de Raad van 10 juni 1999 tot wijziging van Verordening 17, *PbEG* 1999, L 148/5 | 5.3.5
- Verordening 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L 336/21 | 2.3.5, 9.5.4.2
- Verordening 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* 2000, L 160/37 | 10.4.9.2
- Voorstel voor een Verordening van de Raad, COM (2000) 582 def., 27 september 2000 (betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag en tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1017/68, Verordening (EEG) nr. 2988/74, Verordening (EEG) nr. 4056/86 en Verordening (EEG) nr. 3975/87 ('uitvoeringsverordening van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag') | 1.1.4
- Verordening 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 12/1 | 4.5.5.9, 5.4.9.3, 10.6
- Verordening 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *PbEU* 2001, L 145/43 | 9.5.9.1

- Verordening 1206/2001 van de Raad van de Europese Unie van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 2001, L 174/1 | 10.2, 10.4.3.4, 10.4.9.2
- Verordening 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1/1 | 1.1.4, 1.4.2.2, 1.7.6, 1.8, 2.3.3.4, 2.3.5, 2.3.6, 3.4, 3.8.1, 3.8.2, 3.9.4, 4.5, 5.1, 5.2.1, 5.3, 5.4, 5.5.5, 5.6.2, 5.7, 6.5, 6.6, 7.1, 7.3.1, 7.6.3, 7.14.2.3, 9.3.1, 9.4.2.1, 9.5.7.2, 9.5.9.3, 9.5.9.6, 9.5.10, 10.4.8, 10.5.3.2, 11.1, 11.4, 11.5, 11.6, 11.12.2
- Verordening 773/2004 van 7 april 2004 van de Commissie betreffende procedures op grond van de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* L 123/18.
- Verordening 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PbEU* 2004, L 143/15 | 10.5.1
- Verordening 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II), *PbEU* 2007, L 199/40 | 4.5.5.9, 4.5.7, 7.10.3.2, 10.4.3.1, 10.6
- Verordening 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), *PbEU* 2008, L 177/6 | 10.4.5.1

BEKENDMAKINGEN, MEDEDELINGEN & RICHTSNOEREN

- Bekendmaking betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de art. 81 en 82 van het EG-Verdrag, *PbEG* 1993, C 39/6 | 5.3.4, 5.4.1
- MKB-aanbeveling 96/280, *PbEG* 1996, L 107/4 | 2.3.3.2
- Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5 | 2.3.3.2, 2.3.4.2, 7.9.1.1, 9.5.4.2
- Richtsnoeren inzake verticale beperkingen d.d. 13 oktober 2000, *PbEG* 2000, C 291/1 | 2.3.4.2, 9.5.4.2
- Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 81 EG op horizontale samenwerkingsovereenkomsten d.d. 6 januari 2001, *PbEG* 2001, C 3/2, nr. 20 | 2.3.3.2
- Bekendmaking overeenkomsten van geringe betekenis (de minimis), *PbEG* 2001, C 368/13 | 2.2.6, 2.3.3.2, 9.3.2
- Mededeling van de Europese Commissie aan de Raad en het Europese Parlement over Europees verbintenissenrecht, Brussel, 11 juli 2001, COM (2001) 398 def. | 4.5.7
- Mededeling van de Commissie d.d. 19 februari 2002, *PbEG* 2002, C 45 | 7.12
- Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad inzake een coherenter Europees verbintenissenrecht: een actieplan, *PbEU* 2003, C 63/1 | 4.5.7
- 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, *PbEU* 2004, C 101/54 | 4.5.2, 5.4.9, 5.5.3, 6.5.3
- Mededeling behandeling van klachten door de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 EG, *PbEU* 2004, C 101/65 | 3.8.1, 3.8.2, 3.9.4

- Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de art. 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/81 | 2.3.3.2, 5.4.9.3
- Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag. Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, *PbEU* 2004, C 101/97 | 2.3.3.4, 5.4.6, 6.5.3
- Mededeling van de Commissie van 5 maart 2005 betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, *PbEU* 2005, C 56/24 | 5.6.4
- Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 2006, C 298/17 | 7.12, 11.10
- Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEU* 2008, C 95/1 | 5.6.1

BESCHIKKINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE

- Beschikking 2 januari 1973 *(Europese Suikerindustrie)*, *PbEG* 1973, L 140/17 | 2.3.4.3
- Beschikking 7 oktober 1981 *(Bandengroothandel Friescheburg/Nederlandsche Banden Industrie Michelin)*, *PbEG* 1981, L 353/33 | 2.3.4.4
- Beschikking 12 december 1983 *(Nutricia)*, *PbEG* 1983, L 376/22 | 2.3.3.3
- Beschikking 26 juli 1988 *(Tetra Pak I)*, *PbEG* 1988, L 272/27 | 2.3.4.4
- Beschikking 7 december 1988 *(Vlakglas II)*, *PbEG* 1989, L 33/44 | 2.3.4.3
- Beschikking 1 april 1992 *(Frans-Westafrikaanse rederscomités)*, *PbEG* 1992, L 134/1 | 2.3.4.3
- Beschikking 23 december 1992 *(CEWAL, COWAC en UKWAL)*, *PbEG* 1993, L 34/20 | 2.3.4.3
- Beschikking 14 februari 1995 *(Mercedes-Benz/Kässbohrer)*, *PbEG* 1995, L 211/1 | 2.3.4.3
- Beschikking 11 maart 1998 *(Van den Bergh Foods Ltd)*, *PbEG* 1998, L 246/1 | 5.4.8
- Beschikking 21 november 2001 *(Vitaminen)*, *PbEG* 2003, L 6/1 | 1.1.1
- Beschikking 11 juni 2002 *(Oostenrijkse banken)*, *PbEU* 2004, L 56/1 | 9.5.9.2
- Beschikking 18 april 2007 *(Nederlandse biermarkt)*, *PbEU* 2008, C-122/1 | 1.1.1

OVERIGE DOCUMENTEN

- Europese Commissie, document IV/292/85, *Réperation des conséquences dommageables d' une violation des articles 85 et 86 du Traité instituant la CEE* (niet officieel gepubliceerd).
- Groenboek *Verticale afspraken in het concurrentiebeleid van de Europese Unie*, 22 januari 1997, COM/96/0721 final, nr. 13.
- Witboek *Modernisering van de regels inzake de toepassing van de art. 85 en 86 van het EG-Verdrag*, 28 april 1999 (Programma van de Commissie, nr. 99/027), *PbEG* 1999, C-132/1.
- Groenboek *Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels*, Brussel, 19 december 2005, COM/2005/672 def.

- *Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2005) 1732
- *EU-strategie voor het consumentenbeleid 2007-2013, Consumenten mondig maken, hun welzijn verbeteren en hun effectief bescherming bieden*, Brussel 13 maart 2007, COM/2007/99 final, SEC (2007), 321-323.
- Witboek *Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels*, Brussel, 2 april 2008, COM/2008/165 def.
- *Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, SEC (2008) 404.
- *Impact assessment of the White Paper on EC antitrust damages actions*, SEC (2008) 405; SEC (2008) 406.
- Groenboek *Collectief verhaal voor consumenten*, Brussel, 27 november 2008, COM/2008/794 def.

VERDRAGEN

- Verdrag nopens de erkenning en tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechtelijke uitspraken op 10 juni 1958 te New York gesloten, *Trb*. 1959, 58; *Trb*. 1964, 96; *Trb*. 1971, 85; *Trb.* 1980, 27; *Trb.* 1996, 13.
- Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken, 's-Gravenhage 15 november 1965, *Trb*. 1966, 91 & *Trb*. 1969, 55.
- Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken, 's-Gravenhage 18 maart 1970, *Trb.* 1969, 94 en *Trb*. 1979, 38.
- EEG-Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, Rome 19 juni 1980, *PbEG* 23 1980, L 266/1, *Trb*. 1980, 156.
- Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano 16 september 1988, *Trb*. 1989, 58; *Trb.* 1991, 179; *Trb.* 1992, 72; *Trb.* 1998, 73.
- Geconsolideerde versie van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag), *PbEG* 2002, C 325.

Lijst van aangehaalde nationale documenten

Richtsnoeren

- Richtsnoeren Remedies 2007, zoals vastgesteld door de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit op 21 september 2007 | 5.6.3.2
- Richtsnoeren clementie met betrekking tot het niet opleggen of verminderen van geldboeten ingevolge de art. 5L, 56, eerste en vierde lid, 57, 62, 88 en 89 van de Mededingingswet in kartelzaken d.d. 9 oktober 2007 | 3.10.4.2, 7.12, 11.10
- Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet van de d-g NMa | 6.5.3

Besluiten van de NMa

- NMa besluit 26 juni 1996, zaak 89 *(NWI/PCM en De Telegraaf)* | 3.4.2.2
- NMa besluit 26 mei 1998, zaak 377 *(Bonuskaart Albert Heijn)* | 3.7.2.5
- NMa besluit 11 november 1998, zaak 13 *(Klagers/PTT Post)* | 3.7.2.5
- NMa besluit op bezwaar 13 april 1999, zaak 130 *(Essers/NV Telekabel)* | 3.7.2.5, 3.9.1
- NMa besluit 15 december 1999, zaak 1380 (*D.K. Aanen, P.F.C. Jansen en Comité DEZE "keuzevrijheid": NEE!!/N.V. Casema)* | 3.9.1
- NMa besluit 8 november 2000, zaak 906 *(Swart/KLM)* | 3.7.2.5
- NMa besluit 15 februari 2001 in zaak 2039 en zaak 2040 *(EuroNet Internet BV/KPN Telecom BV)* | 3.7.2.1
- NMa besluit 21 februari 2002, zaak 560 *(Engelgeer/NOvA)* | 4.5.4, 8.6.3.2
- NMa besluit op bezwaar 7 november 2002, zaak 3051 *(Scheepsbouwkundig Advies en RekenCentrum SARC/ABN-AMRO)* | 3.7.2.5
- NMa besluit 16 juni 2003, zaak 3049 *(ABC/Publieke omroep)* | 3.4.2.2
- NMa besluit op bezwaar 9 september 2003, zaak 3444 *(Halbertsma)* | 3.7.2.5
- NMa besluit op bezwaar 17 december 2003, zaak 3274 *(LTO Nederland)* | 3.7.2.5
- NMa besluit 21 april 2004, zaak 1615 *(fietsfabrikantenzaak)* | 7.6.6.1, 9.5.7.7
- NMa besluit 28 juni 2005, zaak 5035 *(Nijhof/ABN AMRO)* | 3.7.2.5

Overige documenten

- SER Advies nr. 03/06: Evaluatie en aanpassing Mededingingswet.
- Adviescommentaar van de Nederlandse Orde van Advocaten op het Groenboek, COM/2005/672 def. (www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/adviezen.asp, nr. 465).

Wetsartikelenregister

(verwezen wordt naar de belangrijkste paragraafnummers)

Algemene wet bestuursrecht
· artikel 1:2 Awb | 3.7.2
· artikel 8:29 Awb | 9.5.8.2

Burgerlijk Wetboek
Boek 1
· artikel 1:10 BW | 10.3.2.1
· artikel 1:14 BW | 10.3.2.1

Boek 2
· artikel 2:14 BW | 2.3.3.3
· artikel 2:351 BW | 4.5.4

Boek 3
· artikel 3:13 BW | 9.4.4.1
· artikel 3:15 BW | 9.4.4.1
· artikel 3:40 BW | 1.1.3.2, 1.1.3.3, 1.7.5, 2.3.3.3, 2.3.4.5, 2.3.6, 2.3.7.2, 2.4, 5.5.6.2, 5.6.3, 7.13.2, 7.13.3, 11.3.4
· artikel 3:41 BW | 2.3.3.3
· artikel 3:42 BW | 2.3.3.3, 8.6.3.5
· artikel 3:44 BW | 1.1.3.3, 2.3.3.3, 7.13.2, 7.13.3, 8.3.3, 8.10, 11.3.3.3, 11.3.4
· artikel 3:49-3:51 BW | 7.13.2
· artikel 3:58 BW | 2.3.3.3
· artikel 3:60 BW | 8.4.2
· artikel 3:84 BW | 8.4.3
· artikel 3:296 BW | 1.1.3.3, 8.3, 8.10, 11.3.3.2, 11.3.5
· artikel 3:297-3:301 BW | 11.3.5
· artikel 3:303 BW | 8.3, 8.10, 9.4.4, 11.3.5
· artikel 3:305a BW | 4.5.4, 8.3, 8.4.1, 8.6.2, 8.8.4, 8.9.5, 8.10, 10.4.9.1, 11.15, 11.13.3
· artikel 3:305a-c BW | 8.8.4
· artikel 3:309 BW | 2.3.3.3, 7.14.3
· artikel 3:310 BW | 7.14.2.1, 7.14.2.3, 10.4.4
· artikel 3:316-319 BW | 7.14.2.1
· artikel 3:317 BW | 7.14.2.1, 7.14.4
· artikel 3:320 BW | 7.14.2.3
· artikel 3:321 BW | 7.14.2.3, 7.14.4

Boek 6
· artikel 6:10 BW | 7.8
· artikel 6:13 BW | 7.8
· artikel 6:83 BW | 7.11
· artikel 6:95 BW | 7.7.3.1, 7.10.5
· artikel 6:96 BW | 7.7.3.1, 7.10.5, 8.3.4.4
· artikel 6:97 BW | 7.7.3.4, 7.7.3.6, 7.7.6, 7.9.1.4, 7.9.6, 7.15, 11.3.3.2
· artikel 6:98 BW | 7.2.2.5, 7.6.4, 7.6.6, 7.6.7, 7.7.1, 7.7.2
· artikel 6:99 BW | 7.6.6.6
· artikel 6:100 BW | 7.2.2.5, 7.7.3.7, 7.9.1.4
· artikel 6:101 BW | 7.2.2.5, 7.4.3, 7.6.6, 7.7.3.8, 7.8, 7.9.1.4, 8.9.5
· artikel 6:102 BW | 7.2.2.5, 7.6.2, 7.8
· artikel 6:103 BW | 11.3.3.2
· artikel 6:104 BW | 7.2.2.6, 7.7.3.6, 7.9.1.4, 7.13.2.2, 8.2.5, 11.2.2.1
· artikel 6:105 BW | 7.6.6
· artikel 6:109 BW | 7.7.3.9
· artikel 6:119 BW | 7.7.3.5, 7.11, 10.4.4
· artikel 6:120 BW | 7.11
· artikel 6:162 BW | 1.1.3.3, 1.5, 7.4.3, 7.6.2-7.6.6, 7.7.3.8, 7.13.2.1, 11.3.3.2
· artikel 6:163 BW | 3.7.2.5, 4.5.5.3, 7.4.3, 7.6.7, 7.7.3.8, 7.9.2.2
· artikel 6:166 BW | 7.6.6.6
· artikel 6:199 BW | 8.5
· artikel 6:203 BW | 7.13.3, 7.9.1.5, 7.9.2.1, 8.3.3, 8.10, 11.3.3, 11.3.4
· artikel 6:210 BW | 7.9.1.5, 7.13.3
· artikel 6:212 BW | 1.1.3.3, 7.2.2.6, 7.9.1.5, 7.9.2.1, 7.13.2
· artikel 6:228 BW | 1.1.3.3, 1.5, 2.3.3.3, 7.9.2.1, 7.13.2, 7.13.3, 8.3.3, 8.10, 11.3.3.3, 11.3.4
· artikel 6:229 BW | 2.3.3.3
· artikel 6:230 BW | 7.13.2, 11.3.3.3
· artikel 6:233 BW | 5.5.6.2
· artikel 6:233a BW | 5.5.6.2
· artikel 6:237 BW | 9.5.7.6
· artikel 6:248 BW | 5.4.7, 5.5.6.2, 6.3.5
· artikel 6:258 BW | 5.4.7

Boek 7
· artikel 7:414 BW | 8.4.2
· artikel 7:658 BW | 9.5.7.6
· artikel 7:902 BW | 6.3.5
· artikel 7:904 BW | 6.3.5
· artikel 7:907 BW | 8.7, 10.3.2.2, 10.3.10
· artikel 7:908-7:909 BW | 8.7
· artikel 7:910 BW | 8.3.4.2, 8.7

EEX-Verordening
· artikel 1 EEX-Vo | 10.3.3, 10.5.3.1, 10.5.4.2
· artikel 2 EEX-Vo | 10.3.4, 10.3.5.1, 10.3.5.3, 10.3.6, 10.3.10, 10.4.3.4, 10.6
· artikel 3 EEX-Vo | 10.3.4, 10.3.10, 10.5.3.1

· artikel 4 EEX-Vo | 10.3.4, 10.3.10
· artikel 5 EEX-Vo | 10.3.5, 10.3.6, 10.3.10, 10.4.3.4, 10.6
· artikel 6 EEX-Vo | 10.3.5.4, 10.3.10, 10.4.3.3, 10.6
· artikel 8-14 EEX-Vo | 10.5.3.1
· artikel 15-17 EEX-Vo | 10.3.5.3, 10.5.3.1
· artikel 18-21 EEX-Vo | 10.5.3.1
· artikel 22 EEX-Vo | 10.5.3.1
· artikel 23 EEX-Vo | 10.3.5.3
· artikel 24 EEX-Vo | 10.3.10
· artikel 26 EEX-Vo | 10.5.3.2, 10.5.3.3
· artikel 27 EEX-Vo | 10.3.4, 10.3.9.2, 10.3.9.4, 10.5.3.3, 10.6
· artikel 28 EEX-Vo | 10.3.4, 10.3.9.3, 10.3.9.4, 10.6
· artikel 29 EEX-Vo | 10.3.4
· artikel 30 EEX-Vo | 10.3.4
· artikel 31 EEX-Vo | 10.3.7
· artikel 32 EEX-Vo | 10.5.2.3, 10.5.3.1, 10.5.4.2
· artikel 33 EEX-Vo | 10.5.3.2, 10.6
· artikel 34 EEX-Vo | 5.5.6.6, 10.3.9.3, 10.5.3.3, 10.5.3.4, 10.5.4.4, 10.6
· artikel 35 EEX-Vo | 10.5.3.1, 10.5.3.3, 10.5.3.4
· artikel 36 EEX-Vo | 10.5.3.3
· artikel 38 EEX-Vo | 10.5.3.4
· artikel 39 EEX-Vo | 10.5.3.4
· artikel 40 EEX-Vo | 10.5.3.4
· artikel 41 EEX-Vo | 10.5.3.4
· artikel 43 EEX-Vo | 10.5.3.3, 10.5.3.4
· artikel 45 EEX-Vo | 10.3.9.2, 10.3.9.3, 10.5.3.3
· artikel 53 EEX-Vo | 10.5.3.4
· artikel 57 EEX-Vo | 10.5.4.4
· artikel 58 EEX-Vo | 10.5.4.2, 10.5.4.4
· artikel 54 EEX-Vo | 10.5.3.4
· artikel 72 EEX-Vo | 10.5.3.1

EG-Verdrag
· artikel 2 EG | 2.3.3.1, 2.3.3.2
· artikel 3 EG | 2.3.3.1, 2.3.3.2, 5.5.4.1
· artikel 4 EG | 2.2.3.2
· artikel 5 EG | 11.9
· artikel 10 EG | 5.2.1, 5.3.4, 5.4.6, 5.4.8, 5.4.9.1, 5.4.9.3, 5.4.10.2, 5.4.10.3, 5.5.3, 5.7, 6.5.2, 6.5.3, 6.5.4, 6.6, 7.9.1.4, 9.4.2.1, 9.5.7.2, 9.5.7.3, 9.5.10.2, 9.5.10.3
· artikel 28 EG | 2.2.3.2
· artikel 49 EG | 2.2.3.2
· artikel 65 EG | 10.3.3, 10.4.6.1, 11.8.4
· artikel 67 EG | 10.4.6.1, 11.8.4
· artikel 81 EG | 2.3.3, 2.3.7.1, 5.6.2, 9.3.2 (enkele relevante paragrafen)
· artikel 82 EG | 2.3.4, 2.3.7.2, 5.6.2, 9.3.2 (enkele relevante paragrafen)
· artikel 83 EG | 3.4.2.2, 5.2.1, 5.4.7, 5.6.2, 11.8.2
· artikel 84 EG | 3.4.2.2, 5.6.2
· artikel 85 EG | 5.4.10.2, 5.4.10.3, 5.4.10.5, 5.6.2

· artikel 86 EG | 2.3.3.2, 2.3.4.1, 2.3.4.4, 5.5.4.1, 5.5.5
· artikel 87 EG | 1.6, 2.2.3.2, 5.3.3.3
· artikel 88 EG | 1.6, 2.2.3.2
· artikel 94 EG | 11.8.3
· artikel 95 EG | 11.8.3
· artikel 153 EG | 2.2.4, 7.6.7
· artikel 211 EG | 5.3.4
· artikel 225 EG | 3.5
· artikel 230 EG | 3.5, 5.3.3.3, 5.4.8, 5.4.9.3, 5.4.10.1, 9.5.10.4
· artikel 231 EG | 3.5
· artikel 232 EG | 3.8.1
· artikel 234 EG | 5.3.3.3, 5.4.9.3, 5.4.10.1, 5.4.10.3, 6.4.1, 6.4.2, 6.5.3, 6.6, 9.5.8.2, 10.5.3.3
· artikel 249 EG | 5.4.8, 5.4.10.3
· artikel 255 EG | 9.5.9.1, 9.7
· artikel 278 EG | 5.4.9.3
· artikel 287 EG | 9.4.2.1, 9.5.10.2, 9.5.10.3
· artikel 288 EG | 7.5
· artikel 295 EG | 5.4.8
· artikel 308 EG | 11.8.4

Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
· artikel 6 EVRM | 3.10.4.2, 3.10.4.3, 7.10.6, 7.10.7, 7.15, 8.3.4.2, 8.7, 9.5.7.6, 9.5.7.7, 9.5.8.1-9.5.8.3, 10.3.9.4, 10.4.9.2, 10.5.4.4

Grondwet
· artikel 17 Grondwet | 8.3.4.2, 8.7

Mededingingswet
· artikel 1 Mw | 1.4.2.2, 2.3.4.3, 2.3.5, 2.3.6, 3.4.2.3, 3.9.3
· artikel 6 Mw | 2.3.5, 2.3.7.1, 9.3.2 (enkele relevante paragrafen)
· artikel 7 Mw | 2.3.5, 9.3.2
· artikel 10 Mw | 5.6.4
· artikel 11 Mw | 2.3.5
· artikel 12 Mw | 2.3.5
· artikel 13 Mw | 2.3.5
· artikel 15 Mw | 2.3.5
· artikel 24 Mw | 2.3.6, 2.3.7.2, 9.3.2 (enkele relevante paragrafen)
· artikel 27 Mw | 2.3.6
· artikel 29-31 Mw | 5.6.3.1
· artikel 34 Mw | 5.6.3, 7.6.7
· artikel 37 Mw | 3.6, 5.6.3
· artikel 41 Mw | 2.3.4.4, 3.4.2.2, 5.6.3, 7.6.7
· artikel 44 Mw | 3.6
· artikel 49a Mw | 3.4.2.2
· artikel 51 Mw | 3.4.2.3
· artikel 52 Mw | 3.4.2.3
· artikel 53 Mw | 3.4.2.3

· artikel 55 Mw | 7.12
· artikel 55a Mw | 3.4.2.3
· artikel 55b Mw | 3.4.2.3
· artikel 56 Mw | 1.3, 3.4.2.2, 3.7.2.1, 3.10.4, 3.10.5, 7.6.4.1, 7.12, 9.5.7.7
· artikel 57 Mw | 1.3, 3.4.2.2, 3.10.4, 3.10.5, 7.12
· artikel 58 Mw | 3.4.2.2, 3.10.4, 3.10.5
· artikel 58a Mw | 3.4.2.2
· artikel 59 Mw | 9.4.2.1
· artikel 62 Mw | 3.4.2.2
· artikel 67a Mw | 3.4.2.2
· artikel 69 Mw | 3.4.2.2, 3.4.2.3, 3.10.3.1
· artikel 70 Mw | 3.4.2.3
· artikel 77 Mw | 9.4.2.1
· artikel 83 Mw | 11.3.5
· artikel 83-87 Mw | 3.4.2.2
· artikel 88-89 Mw | 3.4.2.1, 3.4.2.2
· artikel 89i Mw | 4.5.2
· artikel 90 Mw | 9.5.9.4
· artikel 93 Mw | 3.6, 3.9.3

Rome I-Verordening
· artikel 1 Rome I-Vo | 10.4.6.2
· artikel 2 Rome I-Vo | 10.4.6.2
· artikel 3 Rome I-Vo | 10.4.6.3
· artikel 4 Rome I-Vo | 10.4.6.3
· artikel 5 Rome I-Vo | 10.4.6.3
· artikel 6 Rome I-Vo | 10.4.6.3
· artikel 7 Rome I-Vo | 10.4.6.3
· artikel 8 Rome I-Vo | 10.4.6.3

Rome II-Verordening
· artikel 6 Rome II-Vo | 10.4.3.3, 10.4.3.4

Verordening 1/2003
· artikel 1 Verordening 1/2003 | 5.4.2
· artikel 2 Verordening 1/2003 | 5.5.5, 9.3.1, 11.12.2
· artikel 3 Verordening 1/2003 | 1.4.2.2, 2.3.5, 2.3.6, 5.4.9.3
· artikel 4 Verordening 1/2003 | 3.4.1.1
· artikel 5 Verordening 1/2203 | 3.4.2.1, 3.4.2.2, 3.8.1
· artikel 6 Verordening 1/2003 | 5.2.1, 5.4.2, 6.5.3
· artikel 7 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2, 3.4.2.2, 3.8.1, 3.9.4, 8.3.2
· artikel 8 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2
· artikel 9 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2, 5.4.4, 5.4.10.5, 9.5.9.6
· artikel 10 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2, 3.4.2.2, 5.3.3.2, 5.3.3.3, 5.3.5, 5.4.10.4
· artikel 11 Verordening 1/2003 | 3.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 12 Verordening 1/2003 | 9.5.10.2
· artikel 13 Verordening 1/2003 | 3.8.1
· artikel 14 Verordening 1/2003 | 9.5.10.2

· artikel 15 Verordening 1/2003 | 5.4.9.3, 6.5.4, 7.1, 9.4.2.1, 9.5.10.2, 9.5.10.3
· artikel 16 Verordening 1/2003 | 5.4.3, 5.4.8, 5.4.9.3, 5.4.10, 7.6.3, 9.5.7.2
· artikel 17 Verordening 1/2003 | 3.4.1.3, 9.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 18 Verordening 1/2003 | 9.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 19 Verordening 1/2003 | 9.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 20 Verordening 1/2003 | 3.4.1.3, 9.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 21 Verordening 1/2003 | 3.4.1.3, 9.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 22 Verordening 1/2003 | 9.4.2.1, 9.5.10.2
· artikel 23 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2, 3.4.2.2, 5.4.4
· artikel 24 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2, 5.4.4
· artikel 25 Verordening 1/2003 | 7.14.2.3
· artikel 27 Verordening 1/2003 | 3.4.1.2, 9.5.10.1, 9.5.10.2
· artikel 28 Verordening 1/2003 | 9.4.2.1, 9.5.10.2, 9.5.10.3
· artikel 29 Verordening 1/2003 | 3.4.2.2, 5.4.3, 5.4.10.3

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
· artikel 1-14 Rv | 10.6
· artikel 2 Rv | 10.3.2.1, 10.6
· artikel 3 Rv | 10.3.2.2, 10.3.10, 10.6
· artikel 6 Rv | 10.3.2.1, 10.6
· artikel 7 Rv | 10.3.2.1
· artikel 8 Rv | 10.3.2.2
· artikel 9 Rv | 10.3.2.2
· artikel 12 Rv | 10.3.9.2, 10.3.10
· artikel 19 Rv | 5.4.9.3
· artikel 21 Rv | 9.4.2, 9.5.8.2
· artikel 22 Rv | 9.4.2, 9.5.8.2, 9.5.9.4, 9.6.2, 9.6.4, 9.6.5, 9.7
· artikel 24 Rv | 5.5.2, 5.5.4, 5.5.6, 6.3.3, 9.6.2
· artikel 25 Rv | 5.5.2, 5.5.4, 5.5.6, 6.3.6
· artikel 27 Rv | 9.5.2, 9.6.4
· artikel 28 Rv | 5.4.9.3
· artikel 29 Rv | 9.4.2.8, 9.6.4
· artikel 44a Rv | 4.5.2, 5.4.9.3, 7.1
· artikel 67 Rv | 4.5.2, 5.4.9.3, 7.1
· artikel 68 Rv | 5.4.9.3, 7.1
· artikel 87 Rv | 9.6.2, 9.6.4, 11.13.3
· artikel 88-89 Rv | 9.6.2, 9.6.4
· artikel 111 Rv | 9.5.8.2
· artikel 120 Rv | 9.5.8.2
· artikel 128 Rv | 9.5.8.2
· artikel 131 Rv | 11.13.3
· artikel 149 Rv | 5.5.7, 5.5.8, 9.4.5, 9.5.2, 9.6.2
· artikel 150 Rv | 5.5.7, 7.6.6.3, 7.6.6.4, 7.9.5.2, 9.3.1, 9.6.4
· artikel 151 Rv | 9.5.7.2
· artikel 152 Rv | 7.6.3, 7.7.3.4, 7.15, 9.5.2, 9.5.7.3, 9.5.7.5
· artikel 159 Rv | 9.5.7.4
· artikel 161 Rv | 9.5.7.2-9.5.7.6
· artikel 162 Rv | 9.6.5, 9.6.2, 9.6.5

· artikel 163 Rv | 9.5.2
· artikel 164 Rv | 9.5.2
· artikel 165 Rv | 9.5.2, 9.6.6
· artikel 166 Rv | 9.5.2
· artikel 170 Rv | 9.5.2
· artikel 171-174 Rv | 9.5.2
· artikel 176 Rv | 9.5.2
· artikel 179 Rv | 9.5.2
· artikel 184 Rv | 9.5.2
· artikel 186-193 Rv | 9.4.4
· artikel 191 Rv | 9.4.4, 9.6.2
· artikel 194 Rv | 9.6.2
· artikel 197 Rv | 9.4.5
· artikel 202-207 Rv | 9.4.5
· artikel 203 Rv | 9.4.5
· artikel 217 Rv | 8.3.2.2
· artikel 223 Rv | 9.6.2
· artikel 232 Rv | 8.3.4.1
· artikel 236 Rv | 5.4.10.3
· artikel 237 Rv | 8.6.4
· artikel 241 Rv | 7.7.3.1, 8.3.4.4
· artikel 242 Rv | 8.6.4, 11.3.3
· artikel 278 Rv | 9.4.5
· artikel 279 Rv | 9.6.2
· artikel 382-389 Rv | 5.4.10.3, 5.4.10.4
· artikel 284 Rv | 9.5.2, 9.6.2
· artikel 431 Rv | 10.5.2.2, 10.5.4.1, 10.5.4.3, 10.6
· artikel 491-500 Rv | 11.3.5
· artikel 611 a-i Rv | 8.3.1, 8.10, 11.3.5
· artikel 709 Rv | 9.4.3
· artikel 843a Rv | 9.4.2-9.4.4, 9.4.8, 9.4.9.4, 9.7, 9.5.8.2, 9.5.9.4, 9.5.9.5
· artikel 985-994 Rv | 10.5.2.2, 10.5.3.4, 10.5.4.3
· artikel 1013 Rv | 8.7, 10.3.2.2, 10.3.10, 10.4.9.2
· artikel 1013-1018 Rv | 8.7
· artikel 1019a-c Rv | 9.4.3 (a-c), 9.4.9.4, 9.7 (a)
· artikel 1019h Rv | 8.6.4
· artikel 1022 Rv | 9.4.7
· artikel 1059 Rv | 6.2.5
· artikel 1063 Rv | 6.2.3, 6.5.3
· artikel 1064 Rv | 6.2.5
· artikel 1065 Rv | 6.2.2, 6.2.4, 6.3.2, 6.3.3, 6.3.4, 6.3.6, 6.5.3
· artikel 1066 Rv | 6.2.2
· artikel 1068 Rv | 6.2.2
· artikel 1076 Rv | 6.2.3, 6.5.3

Wetboek van Strafrecht
· artikel 28 Sr | 3.10.5
· artikel 51 Sr | 1.3, 3.10.4.1

· artikel 68 Sr | 7.10.7.3
· artikel 140 Sr | 3.10.3.2
· artikel 184 Sr | 3.10.3.1
· artikel 177 Sr | 3.10.3.1
· artikel 177a Sr | 3.10.3.1
· artikel 225 Sr | 3.10.3.1
· artikel 362 Sr | 3.10.3.1
· artikel 363 Sr | 3.10.3.1
· artikel 272 Sr | 3.10.3.1
· artikel 273 Sr | 3.10.3.1
· artikel 326 Sr | 3.10.3.1
· artikel 328bis Sr | 3.10.3.1
· artikel 328ter Sr | 3.10.3.1
· artikel 372 Sr | 3.10.3.1

Wetboek van Strafvordering
· artikel 29 Sv | 3.10.4.3, 7.10.7.2
· artikel 36a Sv | 3.10.4.3
· artikel 226d Sv | 9.5.2.3
· artikel 342 Sv | 9.5.2

Wet conflictenrecht onrechtmatige daad
· artikel 3 WCOD | 10.4.2, 10.6
· artikel 4 WCOD | 10.4.2, 10.4.3.3, 10.6
· artikel 5 WCOD | 10.4.2, 10.6
· artikel 6 WCOD | 10.4.2, 10.4.3.3, 10.6

Wet openbaarheid van bestuur
· artikel 10 Wob | 9.5.9.4, 9.5.9.5, 9.7

Trefwoordenregister

(verwezen wordt naar de belangrijkste paragraafnummers)

A

Aansprakelijkheid
- hoofdelijke ~ | 7.8.1, 7.8.2, 7.8.3
- omvang ~ | 7.7
- ~ van meerdere laedentes | 7.8
- vestiging ~ | 7.6

Actieve rechter op zoek naar de materiële waarheid | 9.6

Actievere opstelling burgerlijke rechter | 5.5.8

Advocatuur, commissie | 8.6.3.4

Afbakening Europees mededingingsrecht en Nederlands mededingingsrecht | 1.4.2.2

Afbakening onderzoek | 1.6

Afsluitende conclusie | 11.16

Ambtshalve aanvulling van rechtsfeiten (*zie ook* ambtshalve toepassing) | 5.5, 6.2.4, 6.3.3, 9.6.3

Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (*zie ook* ambtshalve toepassing) | 5.5, 6.2.4, 6.3.3, 9.6.3

Ambtshalve toepassing (*zie ook* ambtshalve aanvulling) | 5.5, 6.2.4, 6.3.3, 9.6.3

Appellabele beslissing | 5.4.10.2

Arbiter, rol bij privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht
- algemeen | 6.1-6.6
- plicht om Europees mededingingsrecht ambtshalve toe te passen | 6.2.4
- plicht om Europees recht toe te passen | 6.2
- relatie arbiter en Europese Commissie | 6.5.4
- weigering exequatur | 6.2.3

Arbitrage
- ~ en decentralisering | 6.5
- ~ en modernisering | 6.5
- ~ en Verordening 17/62 | 6.5.2
- ~ en Verordening 1/2003 | 6.5.3
- ~ en voorlopige bewijsverrichtingen voor de overheidsrechter | 9.4.7

Ashurst rapport | 4.5.3

Assimilatiebeginsel | 5.5.3

B

Bedrijfsgeheimen (*zie ook* zakengeheimen en vertrouwelijke informatie) | 4.5.5.2, 9.4.3, 9.4.4.2, 9.5.8

Begripsbepaling | 1.7

Bekendmakingen | 5.4.9.4

Belanghebbende
- actueel belang | 3.7.2.4
- algemeen | 3.7.2
- consumentenorganisaties als ~ bij de NMa | 3.9.3
- eigen belang dat objectief bepaalbaar is | 3.7.2.3
- persoonlijk geïndividualiseerd belang | 3.7.2.5
- rechtspersoon als ~ bij de Commissie | 3.9.4
- rechtstreeks betrokken belang | 3.7.2.2
- voorwaarden voor organisatie | 3.9.2

Belang mededingingsrecht | 1.5

Beperking mededinging | 2.3.3.2

Beschikkingen van de Commissie | 5.3.2
- algemeen | 5.3.2

- boetebeschikking | 5.3.2, 5.3.3.5
- consequenties voor de nationale rechter | 5.3.3
- individuele ontheffing | 5.3.2, 5.3.3.3
- negatieve verklaring | 5.3.2, 5.3.3.2
- troostbrief | 5.3.2, 5.3.3.6
- verbodsbeschikking | 5.3.2, 5.3.3.4

Besluiten nationale mededingingsautoriteiten, bindende rechtsgevolgen | 4.5.6.4
Besluiten van ondernemersverenigingen | 2.3.3.2
Bevel tot openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers | 9.6.5
Bevoegdheid, rechterlijke | 4.5.5.9
Bevoegdheidsverdeling tussen Commissie en nationale rechter | 5.4.8
Bewijs, formeel | 9.2
Bewijs, vrij | 9.2
Bewijsbeslag | 9.4.3
Bewijs door getuigen
- algemeen | 9.5.2.1
- anonieme getuige | 9.5.2.3
- rogatoire commissie | 9.5.2.4
- weigerachtige getuige | 9.5.2.2

Bewijslastverdeling
- de verplichting tot uitvoering van een marktanalyse | 9.3.3
- ~ in Verordening 1/2003 | 9.3.1
- te bewijzen criteria ter vaststelling van een mededingingsovertreding | 9.3.2

Bewijsmateriaal, toegang tot | 4.5.6.3
Bewijsmiddelen | 4.5.5.2
Bewijsproblemen
- ~ betreffende de merkbare mededingingsbeperkende gevolgen | 11.12.2
- ~ in de procedurele fase | 9.5
- ~ in de voorfase | 9.4

Bewijs van schuld | 4.5.5.3, 4.5.6.5
Bewijswaardering, vrije | 9.5.7.5
Bindend advies | 6.3.5
Bindende rechtsgevolgen besluiten nationale mededingingsautoriteiten | 4.5.6.4
Bindende rechtskracht Commissiebeschikking | 9.5.7.2
Boete, privaatrechtelijke | 7.10.5, 7.10.6
Botsende belangen tussen privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving | 11.10

C

Cassabele beslissing | 5.4.10.2
Causaliteit
- afzonderlijke oorzaken | 7.6.6.6
- alternatieve causaliteit | 7.6.6.6
- *condicio sine qua non*-verband | 7.6.6
- hypothetische causaliteit | 7.6.6.6
- meervoudige causaliteit | 7.6.6.6
- nader causaal verband | 7.7.2
- onzekere causaliteit | 7.6.6.6
- proportionele aansprakelijkheid | 7.6.6.6
- samenwerkende oorzaken | 7.6.6.6
- toerekening naar redelijkheid | 7.7.2

Cessie en bundeling van vorderingen | 8.4.3
Civil obligation | 7.10.7.1
Class actions
- algemeen | 8.8.1
- financiering van ~ | 8.8.4
- 'gedwongen' schikkingen | 8.8.3.3
- schikkingen | 8.8.3
- *sell-out* schikkingen | 8.8.3.2
- ter verkrijging van schadevergoeding | 11.15
- ter ontneming van voordeel | 11.15
- vereisten ~ | 8.8.2

Clementieregelingen
- ~ en bescherming tegen openbaarmaking clementieverklaringen | 9.5.9.5
- ~ en doorwerking in het aansprakelijkheidsrecht | 7.12

- ~ en schadevergoedingsacties | 4.5.6.10

Collectieve actie (artikel 3:305a BW) | 8.3
- ~ door daartoe bevoegde entiteiten | 8.9.2
- gezag van gewijsde verklaring voor recht | 8.3.2.2
- onverschuldigde betaling | 8.3.3
- rechterlijk verbod en gebod | 8.3.1
- schadevergoeding | 4.5.6.2, 8.3.4
- ~ ter ontneming van voordeel | 11.15
- ~ ter verkrijging van schadevergoeding | 11.15
- verbetering van de positie van de initiatiefnemer | 8.6.4
- verklaring voor recht | 8.3.2

Collectieve Afwikkeling Massaschade, Wet | 8.7
Collectieve schadevergoeding | 8.2.3
Collectieve voordeelsontneming | 8.2.3
College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) | 3.6
Commissie Advocatuur | 8.6.3.4
Communautaire minimumeisen aan toepassing nationaal recht | 5.5.3
Compensatie, individuele | 7.2.2.1, 8.2.5
Concentratietoezicht | 5.6
- aan beschikking verbonden verplichtingen | 5.6.3.2
- aan beschikking verbonden voorwaarden | 5.6.3.2
- directe werking van de artikelen 81 EG en 82 EG | 5.6.2
- fusie | 5.6.3
- *joint venture* | 5.6.3
- overname | 5.6.3

Concurrentenbescherming | 2.2.6
Condicio sine qua non-verband | 7.6.6
Conditional fees (*no win no fee*) | 8.6.3
Conflictsituaties tussen Commissie en nationale rechter | 5.4.10
Constitutioneel | 5.4.7
Consumentenbelangen | 4.5.5.6
Consumentenwelvaart | 2.2.4
Contingency fees (*no cure no pay* en *quota pars litis*) | 8.6.3
Convergentie Europees en Nederlands mededingingsrecht | 1.4
Conversie | 2.3.3.3
Coördinatie publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving | 4.5.5.8
Criminal charge | 7.10.7.1

D

Damage scheduling | 8.3.4.2
Descente, voorlopige | 9.4.6
Decentralisering handhaving Europees mededingingsrecht | 1.7.6, 5.4.5
Deskundigenbericht, voorlopig | 9.4.5
Deskundigenbewijs
- deskundigheid van de deskundige | 9.5.6
- eisen aan de economisch deskundige | 9.5.5
- ~ en Amerikaans (mededingings)recht | 9.5.5
- forensische economie | 9.5.4
- ~ in historisch perspectief | 9.5.3
- methodologische tekortkomingen | 9.5.5.4
- uitsluiting van ~ | 9.5.5.3

Disclosure statement | 9.5.6.4
Discovery-mogelijkheden, verruiming | 9.4.9.3
Doeleinden | 1.7.7
Doelen | 1.7.7
Doelstellingen
- definitie ~ | 1.7.7
- ~ Europees mededingingsrecht | 2.2.3.2
- ~ handhaving mededingingsrecht | 11.2.1
- ~ mededingingsrecht | 2.2
- ~ Nederlands mededingingsrecht | 2.2.3.3
- ~ publiekrechtelijke handhaving mededingingsrecht | 3.2
- ~ publiekrechtelijke toepassing mededingingsrecht | 3.3
- ~ van schadevergoeding | 7.2

Doeltreffendheidsbeginsel | 5.5.3

Doorberekeningsargument | 7.9
Doorwerking van een besluit van een mededingingsautoriteit
· Commissie | 9.5.7.2
· NMa en buitenlandse mededingingsautoriteiten | 9.5.7.3
· vrije bewijswaardering | 9.5.7.5
Draagplicht, interne | 7.8.2, 7.8.3
Duaal stelsel | 3.10.4.3

E
Economische analyses | 9.5.4.2
Economische deskundigheid (*zie ook* deskundigenbewijs) | 9.5.4
Economische doelstelling | 2.2.3.1
Economische machtspositie | 2.3.4.3
Effectieve rechtsbescherming | 5.5.3
Effectiviteit | 7.9.1.4
Effectiviteitsbeginsel | 5.5.3
Eigen schuld | 7.7.3.8, 7.8.3, 7.9.1.4
Erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse rechterlijke beslissingen
· erkenning en tenuitvoerlegging onder het commune recht | 10.5.2
· erkennings- en tenuitvoerleggingsregeling onder de EEX-Vo | 10.5.3
· erkenningsregeling EEX-Vo | 10.5.3.2
· massaclaims | 10.5.4
· materieel en formeel toepassingsgebied EEX-Vo | 10.5.3.1
· tenuitvoerleggingsregeling (de exequaturprocedure) EEX-Vo | 10.5.3.4
· weigeringsgronden EEX-Vo | 10.5.3.3
EU-conforme uitleg | 7.9.1.4
Europees burgerlijk en burgerlijk procesrecht | 4.5.7
Europees mededingingsrecht | 1.7.4
Europees privaatrecht | 4.5.7
Europese Commissie
· bevoegdheden algemeen | 3.4.1
· beschikkingen en sancties van de ~ | 3.4.1.2
· indienen van klacht bij de ~ | 3.8
· onderzoeksbevoegdheden van de ~ | 3.4.1.3
Eurowob en bewijsvergaring | 9.5.9.3
Evenredigheid | 7.10.7.2
Exhibitieplicht
· algemeen | 9.4.2.1
· bepaalde bescheiden | 9.4.2.3
· eindrapport fundamentele herbezinning | 9.4.2.9
· gewichtige redenen | 9.4.2.8
· opvragen van bescheiden bij derden | 9.4.2.7
· partij aangaande een rechtsbetrekking | 9.4.2.4
· rechtmatig belang | 9.4.2.2
· soort bescheiden | 9.4.2.5
· te zijner beschikking of onder zijn berusting | 9.4.2.6
Extraterritoriale toepassing | 1.4.2.1

F
Fatale termijnoverschrijding | 6.2.5
Financiering en organisatie | 8.6
Forensische economie | 9.5.4
Formele rechtskracht NMa-besluit | 9.5.7.4
Forum shopping | 10.2
Free riding | 8.6.2
Full jurisdiction | 7.10.7.2
Functies | 1.7.7

G
Gebod, rechterlijk | 1.1.3.3, 1.2, 2.3.7.1, 2.3.7.2, 4.3.2, 5.4.4, 5.4.10.5, 7.5, 8.3.1, 8.6.4, 8.10, 9.5.7.4, 9.6.2, 10.3.5.2, 10.3.7, 10.3.9.4, 10.3.10, 10.4.3.1, 10.4.3.3, 11.2.1, 11.2.2.1, 11.2.2.2, 11.2.3.2, 11.2.3.3, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3.2, 11.3.5, 11.6, 11.7.2
Gebundelde actie
· cessie | 8.4.3
· lastgeving ter incasso | 8.4.2
· procesvolmacht | 8.4.2
Gederfde winst | 7.7.3.1

Geheimhoudingsplicht | 9.5.10
Geleden verlies | 7.7.3.1
Gelijkwaardigheidsbeginsel | 5.5.3
Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG) | 3.5
Getuigenbewijs | 9.6.6
Getuigenverhoor, voorlopig | 9.4.4
Gezag van gewijsde | 6.2.5, 8.3.1, 8.3.2.2, 9.5.7.4, 10.4.9.2, 10.5.4.4, 10.6
Groenboek schadevergoeding
- algemeen | 4.5.5
- bewijs | 9.4.9.1
- gebondenheid rechter aan inbreukbesluiten van mededingingsautoriteiten | 9.5.7.6
- *passing-on* verweer | 7.9.4
- toerekenbaarheid | 7.6.4.2

Groepsvrijstellingen, intrekken | 5.4.3

H
Handhaving van het objectieve recht | 8.2.5
Handhaving van mededingingsrecht
- bestuursrechtelijke ~ | 3.1-3.9
- decentralisering van de ~ | 1.7.6, 5.4.5
- doelstellingen van de ~ | 1.2
- ~ door particulier initiatief | 11.6
- ~ in de EU | 4.3.1
- ~ in de praktijk | 4.3
- ~ in de VS | 4.3.3
- ~ in Nederland | 4.3.2
- modernisering van de ~ | 1.7.6, 5.4.5
- ~ onvoldoende effectief | 4.4
- privaatrechtelijke ~ | 1.1-11.16
- proactieve ~ | 4.2
- reactieve ~ | 4.2
- strafrechtelijke ~ | 3.10
- toepassing en ~ | 1.7.3
- verschuivingen in de ~ | 1.3

Handhavingstekort, aanvulling van het | 11.2.3.3, 11.12.1
Harmonisatie van het recht betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid | 7.5
Herverdeling middelen | 2.2.5
Hof van Justitie (HvJ EG) | 3.5
Houthoff Buruma-rapport | 4.5.4

I
Incasso, lastgeving ter | 8.4.2
Indirecte acties | 7.9
Indirecte afnemers, procesbevoegdheid | 4.5.5.5, 4.5.6.7, 7.9.4
Industriepolitiek | 2.2.7
Inhoud mededingingsrecht | 2.2
Inlichtingencomparitie | 9.6.4
Institutionele verhouding nationale rechter en Europese Commissie | 5.3, 5.4
Integratiedoelstelling | 2.2.3.1
Interne markt | 2.2.3

J
Jurisdictieproblemen | 10.2

K
Kartelschade | 7.7.3.2
Kartelverbod | 2.3.3.2
Klacht bij de Europese Commissie | 3.8
Kosten
- algemeen | 11.13.1
- de introductie van *contingency fees* of *conditional fees* | 11.13.2
- kracht van gewijsde, in ~ gegane beslissing | 5.4.10.3, 5.4.10.4
- ~ van schadevergoedingsacties | 4.5.6.9
- verwijzing in de kosten van het geding | 11.13.3

L
Lastgeving ter incasso | 8.4.2
Lijdelijkheidsleer | 5.5, 6.3

M
Maatschappelijk belang | 11.2.2.2
Machtigingssysteem | 5.4.2
Matigingsrecht, rechterlijk | 7.7.3.9
Mededelingen | 5.4.9.4
Methode van onderzoek | 1.8
Misbruik | 2.3.4.4
Modernisering handhaving Europees mededingingsrecht | 1.7.6, 5.4.5

N
Ne bis in idem-beginsel | 7.10.7.3
Nederlands mededingingsrecht | 1.7.5
Nevenrestricties | 5.6.4
Nemo tenetur-beginsel | 7.10.7.2
Nietigheid
- conversie van de nietige rechtshandeling | 2.3.3.3
- ~ en misbruik economische machtspositie | 2.3.4.5
- gedeeltelijke ~ | 2.3.3.3
- schild van de ~ | 1.1.3.2
- terugwerkende kracht van de ~ | 2.3.3.3
- tijdelijke of voorbijgaande ~ | 2.3.3.3
- ~ van rechtswege | 2.3.3.3
- ~ voortbouwende overeenkomsten | 2.3.3.3
- vordering tot nietigverklaring | 11.3.2

NMa
- algemeen | 3.4.2.1
- beschikkingen en sancties van de ~ | 3.4.2.2
- indienen van klacht bij de ~ | 3.7
- onderzoeksbevoegdheden van de ~ | 3.4.2.3
- prioriteringsbeleid van de ~ | 3.7.3

No cure no pay | 8.6.3
Non-discriminatiebeginsel | 5.5.3

O
Objectieve rechtvaardiging | 2.3.4.4
Omkeringsregel | 7.6.6.5
Omvang aansprakelijkheid | 7.7
Onderling afgestemde feitelijke gedragingen | 2.3.3.2
Onderneming | 2.3.3.2
Ongedaanmaking | 1.1.3.3
Ongegronde vermogensverschuiving | 7.13
Ongerechtvaardigde verrijking | 7.13.2, 11.3.3.3
Ongunstige beïnvloeding handel | 2.3.3.2
Onrechtmatige daad | 7.6.2, 11.3.3.2
Onrechtmatige gedraging | 7.6.3
Onschuldpresumtie | 7.10.7.3
Onverschuldigde betaling | 7.9.1.5, 7.13.3, 11.3.4
Opbrengsten, de invoering van *punitive damages*? | 11.14
Openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv | 6.2, 6.3
Openlegging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, bevel tot | 9.6.5
Opt-in | 4.5.6.2, 8.3.2.2, 8.3.4.2, 8.9.1, 8.9.3-8.9.5, 8.10, 11.15
Opt-out | 8.3.2.2, 8.3.4.2, 8.3.4.4, 8.7, 8.9.3-8.9.5, 8.10, 10.4.9.2, 10.5.4.4, 11.15
Overeenkomsten | 2.3.3.2

P
Particuliere belangen | 11.2.2.2
Partij-autonomie | 9.6.2
Passing-on verweer | 4.5.5.5, 4.5.6.7, 7.9
Periode tussen aanmelding overeenkomst en beschikking | 5.3.4
Praesumptio innocentiae | 7.10.7.2
Prejudiciële vragen | 6.4
Preventieve werking | 11.2.2.1, 11.2.3.3
Prioriteringsbeleid NMa | 3.7.3
Privaatrechtelijke boete | 7.10.5, 7.10.6
Privaatrechtelijke handhaving
- ~ als schild | 1.1.3, 1.1.3.2
- ~ als zwaard | 1.1.3, 1.1.3.3
- defensieve ~ | 1.1.3
- definitie ~ | 1.1.2
- gevolgen van de modernisering voor de ~ | 11.5
- kosten van ~ | 11.2.2.3
- nadelen van ~ | 11.2.2
- offensieve ~ | 1.1.3
- ~ van *hardcore* restricties | 11.11
- ~ van niet-*hardcore* restricties | 11.12
- voordelen van ~ | 11.2.3

Proactieve handhaving | 4.2
Probleemstelling | 1.1
Proceskosten | 4.5.5.7
Procesvolmacht | 8.4.2

Publiekrechtelijke handhaving | 3.1-3.11
Punitive damages
· ~ als *civil obligation* | 7.10.7.1
· ~ als *criminal charge* | 7.10.7.1
· ~ als opbrengsten | 11.14
· ~ bij de privaatrechtelijke handhaving van Europees mededingingsrecht | 7.10.3
· ~ en de rechtswaarborgen van het EVRM | 7.10.7
· ~ en het Groenboek | 7.10.3.2
· ~ en het HvJ EG | 7.10.3.1
· ~ en het Witboek | 7.10.3.3
· ~ in de vorm van *treble damages* | 7.10.4
· korte geschiedenis ~ | 7.10.2
· voor- en nadelen van ~ | 7.10.6

Q
Quod licet bovi, non licet jovi | 2.3.4.4
Quota pars litis | 8.6.3

R
Reactieve handhaving | 4.2
Rechtbank Rotterdam | 3.6
Rechterlijke bevoegdheid
· accessoire bevoegdheid bij meerdere verweerders | 10.3.5.4
· alternatieve bevoegdheidsregels | 10.3.5
· commune internationaal bevoegdheidsrecht | 10.3.2
· connexiteit | 10.3.9.3
· EEX-Vo | 10.3.3-10.3.10
· EVEX-Verdrag | 10.3.3
· *forum non conveniens*-leer | 10.3.8
· *forum shopping* | 10.3.6
· hoofdregel formeel toepassingsgebied EEX-Vo | 10.3.4
· kort geding | 10.3.7
· litispendentie | 10.3.9.2, 10.3.9.4
· massaclaims | 10.3.10
Rechterlijke instantie artikel 234 EG | 6.4.2
Rechtmatig belang in het Europees recht | 3.8.2
Rechtsgrondslag van verordening of richtlijn met specifieke regels van burgerlijk (proces)recht | 11.8
Rechtshandhaving
· verschuivingen in de ~ | 1.3
Rechtspersoon
· ~ als belanghebbende bij de NMa | 3.9.1
· oprichting van ~ ter behartiging van consumentenbelangen | 3.9
Rechtsstrijd van partijen | 5.5, 6.3.3
Rechtvaardigheid
· vereffenende (corrigerende of vergeldende) ~ | 11.2.3.2
· verdelende ~ | 11.2.3.2
Rechtvaardiging, objectieve | 2.3.4.4
Rechtvaardiging onderzoek | 1.1.4
Rechtvaardiging voor speciale regels van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht | 11.7
Registervorming | 9.5.6.3
Regres | 7.8.2, 7.8.3
Relativiteit | 7.6.7, 7.9.2.2
Relevante markt
· relevante geografische markt | 2.3.4.2
· relevante product- of dienstenmarkt | 2.3.4.2
Rente, wettelijke | 7.11
Richtsnoeren | 5.4.9.4
Rol arbiter bij privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht
· plicht om Europees mededingingsrecht ambtshalve toe te passen | 6.2.4
· plicht om Europees recht toe te passen | 6.2
· weigering exequatur | 6.2.3
Rol nationale rechter bij privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht
· analoge ontwikkelingen in het Nederlands mededingingsrecht | 5.2.2
· geschiedenis | 5.2
· ontwikkelingen in het Europees mededingingsrecht | 5.2.1, 11.4

S
Samenloop
· ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad | 7.13.2.2
· privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving | 7.10.7.3
SamenwerkingsMededeling | 5.4.9
Schade
· abstracte berekening van ~ | 7.9.1.4
· algemeen | 7.6.5
· ~ als gevolg van het misbruik maken van een machtspositie | 7.7.3.3
· begroting van de ~ | 7.7.3.4
· concrete berekening van ~ | 7.9.1.4
· kartel~ | 7.7.3.2
· vermogens~ | 7.7.3.1
Schadebeperkingsplicht | 7.7.3.8, 7.9.1.4
Schadevergoeding
· aard en omvang ~ | 7.7.3
· collectieve ~ | 8.2.3
· communautair recht op ~ | 7.4
· ~ en collectieve acties in het witboek | 8.9
· groenboek en ~ | 4.5.5.4
· vordering tot verkrijging van ~ | 11.3.3
· witboek en ~ | 4.5.6.6
· zwaard van ~ | 1.1.3.3
Schadevergoedingsrecht, doelstellingen en/of functies
· compensatie | 7.2.2.1
· genoegdoeningsfunctie | 7.2.2.5
· hoofddoel | 7.2.1
· ongedaanmaking van verrijking | 7.2.2.6
· preventiefunctie | 7.2.2.3
· rechtshandhavingsfunctie | 7.2.2.2
· straffunctie | 7.2.2.4
· ~ volgens de Commissie en het HvJ EG | 7.3.1
· ~ volgens de nationale wetgever | 7.3.2
Sociaal-economisch beleid | 2.2.7
Spreiding economische macht | 2.2.5
Stappenplan SamenwerkingsMededeling | 5.4.9.3
Stappenplan voor nationale rechter en arbiter | 2.3.7
· ~ bij toepassing van artikel 81 EG en/of artikel 6 Mw | 2.3.7.1
· ~ bij toepassing van artikel 82 EG en/of artikel 24 Mw | 2.3.7.2
Strafrechtelijke handhaving mededingingsrecht | 3.10
Strafrechtelijke sancties | 3.10.4
Strooischade | 8.2
Subsidiariteitsbeginsel | 11.9

T
Terminologie | 1.7
Terugwerkende kracht | 2.3.3.3
Toegang tot bewijsmateriaal | 4.5.6.3
Toegang van benadeelde derden tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten | 9.5.9
Toepasselijk recht
· algemeen | 4.5.5.9, 10.4
· EVO | 10.4.5
· massaclaims | 10.4.9
· Rome I-Vo | 10.4.6
· Rome II-Vo | 10.4.3
· voorrangsregels en *scope-rules* | 10.4.8
· Weens Koopverdrag | 10.4.7
· Wet conflictenrecht onrechtmatige daad | 10.4.2
Toepassing mededingingsrecht | 1.7.3
Toepassingsbereik
· ~ Europees mededingingsrecht | 1.4.2
· ~ Nederlands mededingingsrecht | 1.4.2
Toerekenbaarheid | 7.6.4
Toetsingsverbod | 5.3.5
Toezeggingen
· handhaven | 5.4.4
· verbindend karakter | 5.4.10.5
Treble damages | 7.10.4

U
Una via-beginsel | 7.10.7.3

V
Verbod, rechterlijk | 1.1.3.3, 1.2, 2.3.7.1, 2.3.7.2, 4.3.2, 5.4.4, 5.4.10.5, 7.5, 8.3.1, 8.6.4, 8.10, 9.5.7.4, 9.6.2, 10.3.5.2, 10.3.7, 10.3.9.4, 10.3.10, 10.4.3.1, 10.4.3.3, 11.2.1, 11.2.2.1, 11.2.2.2, 11.2.3.2, 11.2.3.3, 11.3.1, 11.3.2, 11.3.3.2, 11.3.5, 11.6, 11.7.2
Vereffenende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid | 11.2.3.2
Verhindering mededinging | 2.3.3.2
Verjaring | 4.5.6.8, 7.14
Verklaring voor recht | 11.3.6
Verlies, geleden | 7.7.3.1
Vermogensschade
· gederfde winst | 7.7.3.1
· geleden verlies | 7.7.3.1
Verordening 1/2003 | 4.5.2, 5.4
Verordeningen | 5.4.9.4
Vertrouwelijke informatie (*zie ook* bedrijfsgeheimen en zakengeheimen) | 9.5.8, 9.5.10
Vertrouwelijkheid van informatie en dossierstukken | 9.5.8
Vervalsing mededinging | 2.3.3.2
Vervolgingsrecht OM | 3.10.3.2
Vestiging aansprakelijkheid | 7.6
Voordeelsontneming, collectieve | 8.2.3
Voordeelstoerekening | 7.7.3.7, 7.9.1.4
Voorlopig deskundigenbericht | 9.4.5
Voorlopig getuigenverhoor | 9.4.4
Voorlopige descente | 9.4.6
Voortbouwende overeenkomsten | 2.3.3.2
Vraagstelling | 1.1.5
Vrije bewijswaardering | 9.5.7.5
Vrijstelling kartelverbod | 2.3.3.4

W
Welvaart | 2.2.2, 2.2.4
Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade | 8.7
Wet economische mededinging (WEM) | 3.10.2
Wettelijke rente | 7.11
Wettelijke uitzonderingen met controle achteraf | 5.4.2
Winst, gederfde | 7.7.3.1
Winstafdracht | 7.7.3.6
Witboek schadevergoeding
· algemeen | 4.5.6
· bewijs | 9.4.9.4
· bindende rechtsgevolgen besluiten nationale mededingingsautoriteiten | 9.5.7.7
· collectieve acties | 8.9
· *passing-on* verweer | 7.9.5
· schadevergoeding | 7.7.3.5
· toerekenbaarheid | 7.6.4.3
· verjaring | 7.14.4
Wob en bewijsvergaring | 9.5.9.4

Z
Zaakwaarneming | 8.5
Zakengeheimen (*zie ook* bedrijfsgeheimen en vertrouwelijke informatie) | 9.5.8, 9.5.10
Zwijgrecht | 7.10.7.2

Curriculum vitae

Erik-Jan Zippro

29-11-1975	Geboren te Purmerend
1993	Eindexamen HAVO, St.-Ignatiuscollege, Purmerend
1995	Eindexamen VWO, Da Vinci College, Purmerend (voormalig St.-Ignatiuscollege)
1996	Propedeutisch examen Nederlands Recht, Vrije Universiteit te Amsterdam
2001	Doctoraal examen Nederlands Recht, Vrije Universiteit te Amsterdam Afstudeerrichting Privaatrecht Afstudeerrichting Internationaal Recht Afstudeerrichting Staats- en Bestuursrecht
1999-2001	Student-assistent Arbeidsrecht & student-assistent Europees Recht
2001-2005	Docent & onderzoeker (AIO), Afdeling Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden
2005-2008	Ph.D. Fellow & Universitair docent, Afdeling Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden
2008-heden	Universitair docent, Afdeling Civiel Recht, Sectie Burgerlijk Recht, Universiteit Leiden

Erik-Jan Zippro is sinds 2001 als (universitair) docent en onderzoeker verbonden aan de Afdeling Burgerlijk Recht van de Universiteit Leiden. Zijn onderzoek en publicaties liggen voor het merendeel op de grens van burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en Europees (mededingings)recht. Sinds 2005 is hij coördinator van de Leidse masteropleiding Civiel Recht (LL.M.).

Naast zijn (promotie)onderzoek doceert hij in de bachelorfase de vakken *Inleiding Burgerlijk Recht*, *Verbintenissenrecht* (aansprakelijkheidsrecht en contractenrecht) en *Goederenrecht*. In de masterfase doceert hij de vakken *Practicum Burgerlijk Recht* en *Privatissimum Burgerlijk Recht*. Tevens begeleidt hij afstudeerscripties van bachelor-, master- en doctoraalstudenten. Hij is op grond van de onderwijsevaluaties door studenten meerdere malen genomineerd als 'beste werkgroepdocent van het jaar' (de zogenaamde *shortlist*).

In zijn studententijd is hij werkzaam geweest als student-assistent bij de secties Arbeidsrecht en Europees Recht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Hij is als 'beste pleiter van studerend Nederland' winnaar van de finale van de Nationale Pleitmarathon 1999. Tevens is hij onder meer actief geweest als bestuurslid (penningmeester) van de studentenvakbond, studentlid van de VU-stuurgroep onderwijskwaliteit, voorzitter van de jury voor de VU-onderwijsprijs, studentlid van de facultaire wetenschapscommissie, studentlid van de Faculteitsraad, studentlid van de Universiteitsraad oude stijl en voorzitter van de Universiteitsraad- & College van Decanencommissie voor onderwijs en wetenschapsbeoefening.

Hij is gedurende zijn aanstelling bij de Afdeling Burgerlijk Recht onder meer actief geweest als katernmedewerker van het juridisch tijdschrift *Ars Aequi*, als bestuurslid (secretaris) van de Stichting Deskundigen & Rechtspleging (SDR), als bestuurslid (*quaestor*) van het juridisch genootschap voor rechtsvinding *Suum cuique*, als lid van de examencommissies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid en als lid van de toelatingscommissie voor de masteropleiding Rechtsgeleerdheid. Hij is tevens, samen met prof.dr. Ulrich Drobnig (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburg) en prof.mr. Henk J. Snijders (Universiteit Leiden), redacteur en medeauteur van het boek *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*. Dit boek is in 2006 verschenen bij *Sellier, European Law Publishers* te München.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2008 en 2009 verschenen:

MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4

MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4

MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008

MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1

MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement,* Leiden: Jongbloed 2008

MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383

MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1

MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3

MI-145 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde, *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 8974 020 5

MI-146 G.K. Schoep, *Straftoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 1306 018 8

MI-147 A.R. Spanjer, *Structural and regulatory reform of the European natural gas market - Does the current approach secure the public service obligations?* (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen en Looijen bv, ISBN 978 90 6464 300 2

MI-148 E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 05895 6

MI-149 G. Suurmond, *Enforcing fire safety in the catering industry. An economic analysis*, Leiden: Leiden University Press 2008, ISBN 978 90 8728 061 1

MI-150 J.P. Loof (red.), *Juridische ruimte voor gewetensbezwaren?*, Leiden: NJCM-Boekerij 2008, ISBN 978 90 6750 048 7

MI-151 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 05051 6

MI-152 P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, ISBN 978 90 8974 056 4

MI-153 W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, (oratie Leiden), Kluwer: Alphen aan den Rijn 2008, ISBN 978 90 1306 247 2

MI-154 J. Arnscheidt, *Debating' Nature Conservation: Policy, Law and Practice in Indonesia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 978 90 8728 062 8

MI-155 C. Noichim, *The Asean Space Organization. Legal Aspects and Feasibility*, (diss. Leiden), Leiden: UFB Grafi-Media 2008

MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7

MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld,* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009

MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7

MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7

MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0

MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0

MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009

MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5

MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009.

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek