

Kartelschade, hoofdelijke aansprakelijkheid en wetsvoorstel 34 490

WH van Boom, hoogleraar civiel recht te Leiden.

Onlangs werd wetsvoorstel 34 490 bij de Tweede Kamer ingediend. Het wetsvoorstel dient tot implementatie van de Europese Richtlijn privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Deze richtlijn noodzaakt tot aanpassing van de wettelijke regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid zoals die thans in het BW is neergelegd. In deze bijdrage worden de aanpassingen in kaart gebracht en van commentaar voorzien.

[verschenen in: WPNR 2016/7127, p. 949-952; paginanummers tussen **[haken]** in tekst aangegeven]

[949]

1 Inleiding

Richtlijn 2014/104/EU (Pb EU L 349/1) beoogt te waarborgen dat de benadeelden van inbreuken op het mededingingsrecht een recht op volledige schadevergoeding kunnen realiseren.¹ Daartoe wordt de lidstaten opgedragen om doeltreffende en gelijkwaardige maatregelen te treffen om het mogelijk te maken dat benadeelden hun recht op volledige schadevergoeding realiseren.² De Richtlijn dient op 27 december 2016 te zijn geïmplementeerd (art. 21). Onlangs werd daarom wetsvoorstel 34 490, dat dient tot implementatie van de Richtlijn, bij de Tweede Kamer ingediend.

Om het recht op volledige schadevergoeding te verwezenlijken, stelt de Richtlijn regels over schadebegroting, de toegang tot bewijsmateriaal en de doorwerking van besluiten over inbreuken in procedures over schadevergoeding. De Richtlijn bevat ook regels over hoofdelijke aansprakelijkheid bij mededingingsinbreuk, en daarover gaat deze bijdrage. De richtlijn noodzaakt tot een aantal wijzigingen in onze regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid. In deze bijdrage breng ik deze wijzigingen in kaart en voorzie ik het wetsvoorstel (en daarmee in wezen de Richtlijn) van commentaar.

De Richtlijn stelt het recht op volledige vergoeding centraal. De inbreukpleger is aan te spreken tot de vergoeding van daadwerkelijke verlies en de gederfde winst, vermeerderd met de betaling van rente (art. 3 lid 2 Richtlijn). Bovendien bepaalt de Richtlijn dat, indien er sprake is van meerdere inbreukplegers, volledige vergoeding kan worden gevorderd van elk van de inbreukplegers³:

“De lidstaten zorgen ervoor dat ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade: elk van deze ondernemingen is verplicht de schade volledig te vergoeden, en de benadeelde partij heeft het recht van elk van hen volledige vergoeding eisen totdat zij volledig is vergoed” (art. 11 lid 1 Richtlijn).

¹ Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, Pb EU L 349/1.

² Zie art. 3 (‘full compensation’, ‘vollständigen Schadenersatz’, ‘reparation integrale’, ‘volledige vergoeding’) en 4 Richtlijn 2014/104/EU (beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid).

³ Onder ‘inbreukplegers’ vallen in elk geval de deelnemers aan een verboden geheim kartel: inbreukplegende ondernemers (art. 6:193k onder b BW) die aan een kartel als bedoeld in art. 6:193k onder d BW deelnemen.

Voor alle duidelijkheid: het gaat hier dus om hoofdelijke aansprakelijkheid voor geleden *schade* door een inbreukmakend gemeenschappelijk optreden, niet om eventueel hoofdelijk verschuldigde boetes.⁴ De inbreuk kan verschillende partijen treffen, afhankelijk van de aard en feitelijke vorm van de inbreukplegende gedragingen; zo kunnen directe afnemers, indirecte afnemers, eindgebruikers, leveranciers en concurrenten schade ondervinden van de inbreuk. De inbreukplegers zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de gedragingen hebben veroorzaakt, aldus art. 11 lid 1 Richtlijn.⁵ Voor de hoofdelijke aansprakelijkheid kan men naar Nederlands recht terugvallen op art. 6:102 BW (hoofdelijke aansprakelijkheid indien twee of meer personen voor dezelfde schade aansprakelijk zijn) en eventueel art. 6:166 BW (groepsaansprakelijkheid). Strikt genomen zou art. 11 lid 1 Richtlijn dus geen [950] implementatie behoeven, nu het Nederlandse recht al een wettelijke regeling heeft die voldoet. Voor alle duidelijkheid introduceert het wetsvoorstel niettemin een nieuw artikel 6:193m lid 1 BW, dat bepaalt:

“Indien ondernemingen door een gemeenschappelijk optreden een inbreuk hebben gepleegd op het mededingingsrecht, is elk van hun voor het geheel van de door de inbreuk veroorzaakte schade aansprakelijk”.⁶

De Richtlijn laat de interne verhouding tussen de inbreukplegers en dus de verdeling van de draagplicht over aan het nationale recht.⁷ De interne draagplicht zal dus in beginsel worden vastgesteld aan de hand van de normale criteria van art. 6:102 jo. art. 6:101 BW of art. 6:166 lid 2 BW.⁸ Maar daarmee is de kous niet af. De Richtlijn introduceert namelijk ook een aantal bijzondere regels over hoofdelijkheid en interne draagplicht die niet volgen uit het Nederlandse recht, sterker: die afwijken van het Nederlandse systeem van hoofdelijke verbintenissen. Om die reden wijzigt het implementatiewetsvoorstel dus op een aantal punten de regeling van de hoofdelijkheid voor schade door mededingingsinbreuk.⁹ Het betreft de gevolgen van *coulance* en *clementie* (hierna te behandelen in par. 2) en de gevolgen van een schikking met een van de inbreukplegers (par. 3).

2 Coulance en clementie

De Richtlijn kent een bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor twee gevallen: *coulance* en *clementie*. Deze hebben een verstorende werking op de verschillende rechtsverhoudingen tussen benadeelde en hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers.

⁴ Daarover uitgebreid J. Körner, *Die Gesamtschuld im europäischen Kartellbußgeldrecht – Voraussetzungen und Wirkungen* (Diss. Mainz), Köln: Carl Heymanns Verlag 2016.

⁵ Art. 11 lid 1 Richtlijn (= art. 6:193m lid 1 BW; Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2); zie Preamble Richtlijn 2014/104/EU, onder 37. Het implementatie-wetsvoorstel spreekt van aansprakelijkheid voor het geheel, maar bedoeld is hoofdelijkheid zoals in art. 6:102 BW neergelegd. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 14.

⁶ Vgl. Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 14.

⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 5.

⁸ Preamble Richtlijn 2014/104/EU, onder 37, verwijst naar nationaal recht; art. 11 lid 5, eerste zin Richtlijn spreekt van ‘relatieve verantwoordelijkheid’. Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 8. Vgl. eerder al E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 389 e.v.

⁹ Hoewel het wetsvoorstel art. 6:102 BW en 6:166 BW niet aanpast (dit werd wat betreft art. 6:166 BW als noodzakelijk gezien door E.-J. Zippro en R. Meijer, ‘Lang verwacht, stil gezweven, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken’, *MvR* 2015/4, p. 124-125), mag uit de wetssystematiek worden afgeleid dat hetgeen niet mogelijk is met een beroep op art. art. 6:193m e.v., ook niet mogelijk zal zijn met die eerstgenoemde bepalingen.

De eerste verstoring van de rechtsverhoudingen tussen de benadeelde en de hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers doet zich voor als een van de inbreukplegers een kleine of middelgrote onderneming is die door de hoofdelijkheid in zijn bestaan wordt bedreigd.¹⁰ Die onderneming kan gezien het voorgestelde art. 6:193m lid 2 BW (= art. 11 lid 2 Richtlijn) een beroep doen op coulance indien haar marktaandeel minder dan 5% bedroeg, de toepassing van de hoofdelijkheidsregels de economische levensvatbaarheid onherstelbaar in gevaar zou brengen en haar vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen.¹¹ Het recht op coulance bestaat overigens niet als de bedreigde ondernemer al eerder schuldig is bevonden aan inbreuk of een leidinggevende of uitlokkende rol bij de inbreuk heeft gespeeld.¹² De coulance houdt in dat de onderneming niet hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schade van alle benadeelden, maar alleen voor de schade van zijn eigen directe of indirecte afnemers.¹³ Strikt genomen ontvalt daarmee de aansprakelijkheid van de bedreigde onderneming tegenover andere benadeelden dan de eigen directe of indirecte afnemers. De Richtlijn regelt niet de gevolgen daarvan voor de aansprakelijkheid van de overige inbreukplegers.

Een voorbeeld: een onrechtmatig kartel van A (4% marktaandeel), B (50 %) en C (46%) veroorzaakt schade van 1000 bij D (een afnemer van B). A komt een beroep toe op coulance. Tegenover D is hij dus niet aansprakelijk. Wat doet dit met de omvang van de aansprakelijkheid van B en C? Blijven zij voor de gehele schade aan te spreken? En zo ja, is dan ook het regres van B en C op A uitgesloten? Of wordt de aansprakelijkheid van B en C gereduceerd vanwege de coulance die A ten deel is gevallen? De vraag is kortom: wie draagt de gevolgen van deze coulanceregeling? Gezien doel en strekking van de Richtlijn lijkt het mij waarschijnlijk dat B en C onverminderd aansprakelijk blijven tegenover D, zonder regresmogelijkheden op de bedreigde onderneming A. En hoewel er niet in is voorzien in de richtlijn, lijkt het mij aannemelijk dat de overige inbreukplegers onverminderd hoofdelijk aansprakelijk blijven (naast de bedreigde ondernemer) voor de schade van de afnemers in de kolom van de bedreigde ondernemer. Dit lijkt mij in elk geval het meeste in lijn met het beginsel van volledige vergoeding als beleden in art. 3 Richtlijn. Opmerkelijk is intussen dan wel dat de coulance die de bedreigde inbreukpleger ten deel valt, wordt 'betaald' door de andere inbreukplegers.

De tweede verstoring betreft de doorwerking van clementie die wordt gegeven door een mededingingsautoriteit aan één van meerdere karteldeelnemers. Er kan zich een verstoring voordoen van de rechtsverhoudingen tussen de benadeelde en de hoofdelijk aansprakelijke karteldeelnemers indien een van de inbreukplegers tot inkeer komt en vrijwillig medewerking verleent aan de [951] mededingingsautoriteit, en daarvoor met clementie wordt beloond. Die clementie heeft allereerst de vorm van een immuniteit voor de geldboete wegens betrokkenheid bij het kartel, of vermindering van de boete.¹⁴ In de tweede plaats heeft de clementie ook gevolgen voor

¹⁰ Voor de definitie van 'kleine en middelgrote ondernemingen' wordt verwezen naar Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36).

¹¹ Art. 11 lid 2 Richtlijn 2014/104/EU (= art. 6:193m lid 2 BW; Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2).

¹² Art. 11 lid 3 Richtlijn 2014/104/EU (= art. 6:193m lid 3 BW; Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2).

¹³ Zie voor de definitie van 'directe afnemer' en 'indirecte afnemer' art. 6:193k onder h en i BW (Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2). Merk op dat de bedreigde onderneming kennelijk niet aansprakelijk kan worden gesteld door leveranciers in de eigen kolom.

¹⁴ Zie de definities in art. 6:193k onder d (kartel), e (ontvanger van immuniteit) en f (clementieregeling) BW (Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2).

de hoofdelijke verbintenissen van de karteldeelnemers. Die gevolgen zijn verre van duidelijk vormgegeven in de Richtlijn.

Allereerst bepaalt art. 11 lid 4 Richtlijn dat de 'ontvanger van immuniteit' hoofdelijk aansprakelijk is jegens zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers, én tegenover andere benadeelde partijen, maar dat laatste slechts indien geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van de andere inbreukplegers. In de eigen kolom is de ontvanger van immuniteit dus gewoon aansprakelijk (hoofdelijk, met de andere inbreukplegers) en in de andere kolommen is zijn aansprakelijkheid subsidiair.

Vervolgens bepaalt art. 11 lid 5 Richtlijn dat de lidstaten zorgdragen voor de mogelijkheid van onderling regres van de inbreukplegers, maar dat de bijdrage van de 'ontvanger van immuniteit' niet groter mag zijn "dan de omvang van de schade die zij haar directe of indirecte afnemers of leveranciers heeft berokkend".¹⁵ Dat lijkt te wijzen op het ontbreken van draagplicht van de 'ontvanger' voor de schade in de andere kolommen en een beperking van zijn draagplicht tot de eigen kolom.

In art. 11 lid 6 Richtlijn is echter een regel toegevoegd die daar haaks op lijkt te staan:

"De lidstaten zorgen ervoor dat, voor zover de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft veroorzaakt voor andere benadeelde partijen dan de directe of indirecte afnemers of leveranciers van de inbreukplegers, de grootte van de bijdrage van de partij aan wie immuniteit is verleend ten behoeve van andere inbreukplegers wordt bepaald op basis van de relatieve [verantwoordelijkheid] van die inbreukpleger voor [verantwoordelijkheid voor] die schade".¹⁶

In de Preambule (onder 38) lezen we voorts:

"Indien een kartel schade heeft berokkend aan andere partijen dan de afnemers of leveranciers van de inbreukpleger, mag het aandeel van de partij aan wie immuniteit is verleend niet hoger zijn dan haar relatieve verantwoordelijkheid voor de door het kartel veroorzaakte schade. Dit aandeel moet worden bepaald volgens dezelfde regels als voor de bijdragen onder inbreukplegers. De partij aan wie immuniteit is verleend moet jegens de benadeelde partijen die niet haar directe of indirecte afnemers of leveranciers zijn, alleen volledig aansprakelijk blijven indien deze geen volledige vergoeding kunnen krijgen van de andere inbreukplegers."

Hoewel ik er mijn hand niet voor in het vuur durf te steken, denk ik dat art. 11 lid 6 Richtlijn ziet op de draagplicht van de subsidiair aansprakelijke ontvanger van immuniteit wat betreft de schade van de andere benadeelden (buiten de eigen kolom). Afgezien van de vraag of het realistisch is om bij subsidiaire aansprakelijkheid nog enig regres op de andere inbreukplegers te verwachten, vraag ik me af wat de toegevoegde waarde van art. 11 lid 6 Richtlijn is. De regel dat de bijdrage naar rato van de relatieve verantwoordelijkheid moet worden bepaald, volgt namelijk al uit art. 11 lid 5 Richtlijn. Ook overigens is de strekking van het zesde lid niet duidelijk. De aansprakelijkheid van de ontvanger van immuniteit voor schade geleden in andere kolommen was extern gezien subsidiair; geeft het zesde lid nu alsnog een regresrecht aan de andere inbreukplegers om de extern subsidiair aansprakelijke intern gewoon te laten bijdragen? Of ziet het zesde lid alleen op een eventueel regres van de subsidiair aansprakelijke op de primair aansprakelijke inbreukplegers? De wetgever heeft ter gelegenheid van de implementatie ervoor gekozen om art. 11 lid 6 Richtlijn niet te implementeren

¹⁵ Art. 11 lid 5 Richtlijn 2014/104/EU (= art. 6:193n 3 BW; Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2).

¹⁶ De Nederlandstalige versie van art. 11 lid 6 Richtlijn is niet correct. Gezien de anderstalige versies denk ik dat het moet luiden zoals in de hoofdtekst weergegeven.

“omdat dit reeds op basis van artikel 6:102 juncto artikel 6:101 juncto 6:10 BW geldend recht is”.¹⁷ Daarmee blijft echter in het midden of regres mogelijk is van de inbreukplegers op de subsidiair aansprakelijke ontvanger van immuniteit. Dat valt de opsteller van het wetsvoorstel niet euvel te duiden; het is een hiaat in de Richtlijn.

3 Schikking met een inbreukpleger

In de Richtlijn is een bijzondere regeling opgenomen voor de gevolgen van ‘schikkingsovereenkomsten’ voor de verschillende rechtsverhoudingen tussen benadeelde en hoofdelijk aansprakelijke inbreukplegers.¹⁸ In de Preambule lezen we daarover:

“Om inbreukplegers en benadeelde partijen minder in het ongewisse te laten, is het wenselijk voor verweerders tot een „voor-eens-en-altijd”-schikking te komen” (nr 48).

[952] De uitwerking van deze gedachte sluit aan bij gedachte dat in de afstand jegens de ene debiteur mede een uitoefening van het recht uit art. 6:14 BW jegens de andere debiteur besloten ligt.¹⁹ In art. 6:193o BW,²⁰ de implementatie van art. 19 Richtlijn 2014/104/EU, is namelijk bepaald:

1. Na een schikking wordt de vordering tot schadevergoeding van de bij de schikking betrokken benadeelde verminderd met het aandeel dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft gehad in de schade die de benadeelde door de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleden.
2. Een bij een schikking betrokken benadeelde kan alleen een niet bij de schikking betrokken inbreukpleger aanspreken voor de vergoeding van de na de schikking resterende vordering tot schadevergoeding. De niet bij de schikking betrokken inbreukpleger kan met betrekking tot deze vordering tot schadevergoeding geen bijdrage vorderen van de bij de schikking betrokken inbreukpleger.
3. Indien niet bij een schikking betrokken inbreukplegers na een schikking niet bij machte zijn om de met de resterende vordering tot schadevergoeding overeenstemmende schade van een bij de schikking betrokken benadeelde te vergoeden, is de bij de schikking betrokken inbreukpleger ook aansprakelijk voor deze schade.
4. Lid 3 mist toepassing indien uitdrukkelijk anders is bepaald in de voorwaarden van de schikking.

Het wetsartikel volgt min of meer de tekst van de richtlijn, maar die is verre van helder. Ik noem een paar problemen met de tekst.²¹

¹⁷ Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 9.

¹⁸ Het begrip ‘schikkingsovereenkomst’ (‘consensual settlement’, ‘Vergleich’, ‘règlement consensuel’) is waarschijnlijk equivalent aan de buitengerechtelijke vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW). Het begrip ‘buitengerechtelijke schikkingen’ in art. 19 lid 3 tweede volzin Richtlijn 2014/104/EU heeft geen andere betekenis, zo blijkt uit de andere taalversies van de richtlijn.

¹⁹ Zie W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 187 e.v. . Zie in verband met kartelschade vooral J. Kortmann, ‘Collective settlements’ en individuele schikkingen door hoofdelijk aansprakelijke debiteuren’, Tijdschrift voor Privaatrecht 2010/3, p. 1167-1177.

²⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 2.

Art. 6:193o lid 1 BW geeft als hoofdregel de reductie van rechtswege, waarbij opvalt dat de reductie naar het lijkt plaatsvindt 'na een schikking', ongeacht de vraag of het schikkingsbedrag metterdaad is betaald door de schikkende inbreukpleger. Logischer lijkt het mij om de reductie te verbinden aan de daadwerkelijke betaling voortvloeiende uit de schikking.

Het artikel geeft voorts aan dat 'de vordering' van de schikkende benadeelde op de andere inbreukplegers wordt gereduceerd met 'het aandeel' van de schikkende inbreukpleger in de schade. In verband daarmee is het van belang om te weten wat wordt bedoeld met 'de na de schikking resterende vordering tot schadevergoeding'. De bewoordingen lijken niet helemaal op elkaar aan te sluiten; ik houd het er maar op dat 'het aandeel' betekent de interne bijdrageplicht uitgedrukt in breukdelen van de werkelijk geleden schade en dat de resterende vordering(en) op de andere inbreukplegers verminderd worden met het aldus berekende bedrag.

De leden 3 en 4 zijn opmerkelijk. Het regelendrechtelijke uitgangspunt dat de benadeelde weer kan terugkomen bij de schikkende inbreukpleger om alsnog de restantschade te vergoeden, verhoudt zich slecht met het concept van de „voor-eens-en-altijd“-schikking. Ik vermoed dan ook dat in de praktijk de afwijkende afspraak als bedoeld in lid 4 de hoofdregel zal zijn.

4 Conclusie

Richtlijn 2014/104/EU introduceert een aantal regels van hoofdelijke aansprakelijkheid die het thans geldende BW niet kent. Vandaar dat het wetsvoorstel tot implementatie van de Richtlijn wijzigingen in de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid voorstelt. In deze bijdrage werd een aantal probleempunten in het wetsvoorstel en dus de Richtlijn besproken. Met name bij coulance, clementie en schikkingen wijkt het regime van de Richtlijn af van het BW. Het is helaas niet altijd duidelijk in welke zin de Richtlijn nu precies afwijkt. Vermoedelijk hebben de opstellers van de richtlijn zich niet tot in detail bekommerd over wat hoofdelijkheid nu precies is. Dat kan ook moeilijk, want juist die details verschillen van land tot land. Verwijst de Richtlijn naar 'hoofdelijke aansprakelijkheid', 'joint and several liability', 'responsabilité solidaire' en de 'gesamtschuldnerische Haftung', dan zien de Nederlander, Engelsman, Fransman en Duitser elk een andere achtergrond waartegen zij de Richtlijn bezien. De verwijzingen in de Richtlijn naar hoofdelijkheid hebben daardoor een onbestemd karakter. Uiteraard is unieconforme uitleg een instrument dat hier uitkomst kan bieden; zo kan ik mij voorstellen dat op enig moment het HvJEU oordeelt dat het gezien doel en strekking van de Richtlijn juist is om de gevolgen van coulance en clementie neer te leggen bij de overblijvende hoofdelijke inbreukplegers dan om de benadeelde te korten in zijn aanspraken. Beter zou het zijn geweest als de richtlijntekst degelijk in elkaar was gezet.

²¹ Art. 19 lid 4 Richtlijn 2014/104/EU, een van de minst duidelijke bepalingen, werd niet nader geïmplementeerd. De wetgever volstond met verwijzing naar de procesrechtelijke mogelijkheden van de rechter om rekening te houden met eerdere schikkingsovereenkomsten. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34 490, nr. 3, p. 10.