



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Drie stellingen over privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Zippro, E.J.

Citation

Zippro, E. J. (2010). Drie stellingen over privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2010(6838), 283-286. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/15233>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/15233>

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

PROEFSCHRIFT

Drie stellingen

Mr. E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, 888 p., ISBN 978-90-13-05895-6 (dissertatie), ISBN 978-90-13-05894-9 (handelseditie serie Recht & Praktijk nr. 174)
Promotor: prof. mr. H.J. Snijders
Het proefschrift is verdedigd aan de Universiteit Leiden

Drie stellingen over privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Mededingingsrecht wordt publiekrechtelijk gehandhaafd door de Europese Commissie en de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Naast de publiekrechtelijke handhaving bestaat de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.¹ 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. Mijn proefschrift 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, mede gelet op de modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht.

1. De belangstelling voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht is het gevolg van een toenemende instrumentele benadering van het privaatrecht

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. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht omvat echter meer dan enkel verkrijging van schadevergoeding in geld. 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).²

De Europese Commissie heeft in een Groenboek, een daaropvolgend Witboek en een ontwerp-richtlijn voorstellen geformuleerd om de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht eenvoudiger te maken. Deze voorstellen - die de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht beogen te stimuleren - passen 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 toenemende instrumentele benadering van 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

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)introduceeren. Zie voor de strafrechtelijke handhaving van mededingingsrecht § 1.3 en § 3.10 van mijn dissertatie. Diss., p. 12-15, p. 147-157.
 2. Diss., p. 754-761.

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. Op deze manier functioneert het privaatrecht als handavingsinstrument en gedragsbeïnvloedingsmechanisme.³

2. Privaatrechtelijke handhaving is geen substituut voor de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Aan de privaatrechtelijke handhaving zijn ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht de nodige voordelen maar ook de nodige nadelen verbonden. In mijn proefschrift wijs ik op drie nadelen.⁴ In de eerste plaats schiet de preventieve werking van de privaatrechtelijke handhaving ten opzichte van de publiekrechtelijke handhaving tekort. In de tweede plaats komen particuliere belangen niet altijd overeen met het maatschappelijk belang en in de derde plaats zijn de kosten van privaatrechtelijke handhaving hoog.

Voor wat betreft de algemene preventieve werking is de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht geen substituut voor de publiekrechtelijke handhaving van mededingingsrecht.⁵ 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. Van Boom spreekt wel over het *ex post*-kenmerk van privaatrechtelijke handhaving (naast het restitutiekkenmerk en het specificiteitskenmerk).⁶ 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. 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.⁷ 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. 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 winstafracht dan thans voorzien in art. 6:104 BW (waarbij afdracht van winst die het verlies overstijgt in het algemeen mogelijk zou moeten zijn).⁸

In de huidige praktijk zullen de te verwachten opbrengsten van een schending van het mededingingsrecht voor de laedens veelal opwegen tegen de te verwachten kosten die mogelijke schadevergoedingsvorderingen met zich mee brengen.⁹ 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 restitutiekkenmerk 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 handavingsinstrument meer is.¹⁰ Zonder reële schade en causaal verband blijven schendingen van het mededingingsrecht namelijk civielrechtelijk onbeantwoord.¹¹

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.¹² Wel kan met een verbods- of gebodsactie worden bereikt dat de mededingingsbeperkende gedraging wordt gestaakt of wordt voorkomen. Verbods- of gebodsacties 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.

3. Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, *Anno 2010, Beschouwingen over Aansprakelijkheid en Verzekering*, Amsterdam: Uitgeverij deLex 2009, p. 2, p. 110-112.

4. Diss., p. 746-751.

5. Diss., p. 746-748.

6. W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982-991.

7. Diss., p. 747; T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* (2008) 6772, p. 772; W.H. van Boom, 'Eets over handhaving in het privaatrecht', *WPNR* (2008) 6772, p. 765-767.

8. Diss., p. 747; Van Boom 2007, p. 989; Van Boom geeft de voorkeur aan de aanduiding 'effectuerende vergoeding' in plaats van het beladen begrip 'punitieve schadevergoeding' of *punitive damages*.

9. R.J. van den Bergh & P.D. Camesasca, *European Competition Law and Economics. A Comparative Perspective*, London: Sweet & Maxwell 2006, p. 330.

10. Van Boom 2007, p. 987.

11. Diss., p. 748.

12. Diss., p. 748.

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.

De privaatrechtelijke handhaving kan de publiekrechtelijke handhaving ook niet vervangen vanuit het perspectief van het algemeen maatschappelijk belang.¹³ De particuliere kosten-baten analyse van het al dan niet handhaven komt namelijk niet per definitie overeen met de maatschappelijke kosten-baten analyse.¹⁴ 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 zouden hebben 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 individuele gelaedeerden een bedrag aan schadevergoeding kan worden toegekend.¹⁵

Wat betreft het verschil tussen particuliere belangen en het maatschappelijk belang valt te wijzen op het *free riding* probleem. Bij *free riding* laat de ene gelaedeerde het beginnen van een civiele procedure liever aan de andere gelaedeerde over. Zo kan wel worden geprofitteerd van de lusten, maar hoeven de lasten niet te worden gedragen.¹⁶ 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 gezien wel nodig is.

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.¹⁷ 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.¹⁸ 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 overtreffen, is het niet raadzaam dat de Europese 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.

3. Publiekrechtelijke handhaving is geen substituut voor de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

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.

In mijn proefschrift heb ik betoogd 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. 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 vereffende (corrigerende of vergeldende) rechtvaardigheid, de aanvullende preventieve werking en de aanvulling van het handhavingstekort.

13. Diss., p. 748-750

14. Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.

15. 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. Zie verder diss., p. 750 (voetnoot 23).

16. Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331; I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007, p. 5, 178 en 189.

17. Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.

18. Van den Bergh & Camesasca 2006, p. 331.

De vereffende (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.¹⁹ 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.

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 mededingingsrecht 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 gehandhaafd. Dit kan 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-*hard-core* restricties.²⁰ 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 voorzieningen-rechter in kort geding.²¹

Privaatrechtelijke handhaving kan ook leiden tot de verhoging van een mededingingscultuur en van het bewustzijn van de mededingingsregels. Deze verhoging van het bewustzijn van de mededingingsregels kan weer leiden tot een grotere preventieve werking en betere naleving van het mededingingsrecht door ondernemers.

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 vereffende (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.

Mr. dr. E.-J. Zipprow*

19. Naast de vereffende 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). 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 *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.
20. Zie nader mijn bespreking in § 11.12.1, diss., p. 773-774.
21. 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. Diss., p. 760.

* Universitair docent burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en research fellow van de Leiden Law School. (e.j.zipprow@law.leidenuniv.nl)