

L.M. van Bochove<sup>1</sup>

In: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Kartelschade*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 207-236.

## 1 Inleiding

Wanneer is de Nederlandse rechter bevoegd om van een grensoverschrijdende kartelschadevordering kennis te nemen? En als hij zich bevoegd verklaart, welk recht zal hij dan op de vordering toepassen? In hoeverre komt in Nederland rechtskracht toe aan een buitenlandse beslissing over kartelschade en kan deze hier ten uitvoer worden gelegd? Deze vragen, die behoren tot het domein van het internationaal privaatrecht (verder: ipr), staan centraal in de onderhavige bijdrage. Wat hierbij als rode draad fungeert, is de rol van het ipr als oorzaak én oplossing voor het probleem van over- en ondercompensatie van directe en indirecte afnemers die zich in verschillende landen bevinden. Het risico op een onvolledige of juist overmatige vergoeding neemt immers toe wanneer een kartelschadezaak een internationaal karakter heeft. Hierbij kan gedacht worden aan het gevaar van onverenigbare beslissingen wanneer gerechten in verschillende lidstaten zich bevoegd verklaren ten aanzien van dezelfde vordering, of ten aanzien van samenhangende vorderingen die zijn ingesteld door afnemers die zich op verschillende niveaus van de toeleveringsketen bevinden. Bovendien kan de Nederlandse rechter in een grensoverschrijdende kartelschadezaak worden geconfronteerd met vreemd recht, waarvan de toepassing mogelijk leidt tot onder- of overcompensatie, bijvoorbeeld omdat het *punitive damages* toestaat.

Omdat de Kartelschaderichtlijn<sup>2</sup> zelf geen ipr-bepalingen bevat, moet worden teruggevallen op de bestaande (algemene) regelgeving op het gebied van de bevoegdheid, het toepasselijk recht en de erkenning en tenuitvoerlegging. De focus van deze bijdrage ligt op het Europese ipr; het commune recht blijft goeddeels buiten beschouwing.<sup>3</sup> Het onderwerp wordt nader afgebakend door kartelschadevorderingen uitsluitend te benaderen als niet-contractuele verbintenissen. Hoewel kan worden betoogd dat de nietigverklaring van een kartelovereenkomst als een contractuele aangelegenheid moet worden gekwalificeerd,<sup>4</sup> richt deze bijdrage zich op de vordering tot schadevergoeding. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in dit verband overwogen dat deze vordering moet worden gekwalificeerd als een verbintenis voortvloeiend uit onrechtmatige

<sup>1</sup> Mr. dr. L.M. (Laura) van Bochove is universitair docent Internationaal Privaatrecht aan de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> 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 van de Europese Unie, *Pb EU* 2014, L 349/1 (verder: Kartelschaderichtlijn).

<sup>3</sup> Het commune bevoegdheidsrecht is geregeld in de art. 1-14 Rv en is in belangrijke mate geïnspireerd door de Europese bevoegdheidsregels. In een grensoverschrijdende kartelschadezaak zal de Nederlandse rechter deze bepalingen raadplegen wanneer Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012, *PbEU* 2012, L 351/1 (de herschikte EEX-Vo) formeel niet van toepassing is, zie par. 2. Vanwege het universele toepassingsgebied van de Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40 (Rome II-Vo), speelt het commune conflictenrecht in kartelschadezaken geen rol, althans voor zover de schadeveroorzakende handeling heeft plaatsgevonden na de datum waarop de Verordening van toepassing is geworden (11 januari 2009). Is de schade het gevolg van een kartelinbreuk die plaatsvond voor 11 januari 2009, maar op of na 1 juni 2002, dan moet het toepasselijke recht worden bepaald aan de hand van de Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad. Voor kartelinbreuken die voor 1 juni 2002 zijn gepleegd, dient te worden teruggevallen op het ongeschreven conflictenrecht. Het commune erkennings- en executierecht is voornamelijk in de rechtspraak ontwikkeld, zie met name HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2838, *NJ* 2015, 478 m.nt. Th.M. de Boer (*Gazprombank*). De voorwaarden voor de erkenning van een vonnis onder het commune recht, die ook van belang zijn in de fase van tenuitvoerlegging, vertonen belangrijke overeenkomsten met de weigeringsgronden uit de herschikte EEX-Vo, die in par. 4 worden besproken.

<sup>4</sup> Zie o.a. S.J. Schaafsma, commentaar op de Brussel I bis-Verordening, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijke rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2016, art. 7, aant. 3 onder f; B. Vilà Costa, 'How to Apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: a Coherent Approach', in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 23; M. Danov, *Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 27-31.

daad, nu de oorzaak van de schade doorgaans niet gelegen is in de niet-nakoming van een contractuele verplichting, maar in de beperking van de contractsvrijheid door het kartel.<sup>5</sup>

## 2 Internationale bevoegdheid

De Nederlandse rechter dient zijn bevoegdheid ten aanzien van een grensoverschrijdende kartelschadevordering primair te bepalen aan de hand van de Verordening betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking)<sup>6</sup> (verder: *herschikte EEX-Vo*). In kartelschadezaken is deze Verordening formeel van toepassing zodra de verweerder woonplaats heeft in een EU-lidstaat of partijen een forumkeuze hebben uitgebracht voor het gerecht van een lidstaat.<sup>7</sup> De woonplaats van de eiser, of de plaats waar de concurrentiebeperkende handelingen plaatsvinden of effect sorteren, is voor de formele toepasselijkheid van de *herschikte EEX-Vo* niet relevant. Materieel is de Verordening van toepassing op burgerlijke en handelszaken.<sup>8</sup> De administratiefrechtelijke inbreukprocedures bij de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten vallen daarmee niet onder het toepassingsgebied van deze regeling.<sup>9</sup> In temporeel opzicht is de *herschikte EEX-Vo* toepasselijk wanneer de vordering is ingesteld op of na 10 januari 2015.<sup>10</sup>

De *herschikte EEX-Vo* bevat verschillende bepalingen die de Nederlandse rechter bevoegdheid kunnen verschaffen om kennis te nemen van een grensoverschrijdende kartelschadezaak. In de navolgende paragrafen worden achtereenvolgens art. 4 (*forum rei*), art. 7 lid 2 (alternatieve bevoegdheid voor verbintenissen uit onrechtmatige daad), art. 8 lid 1 (bevoegdheid bij meerdere verweerders) en art. 25 (bevoegdheid op grond van forumkeuze) besproken. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de vraag hoe de kartellist kan beïnvloeden in welk land over zijn civiele aansprakelijkheid wordt geprocedeerd. Ten slotte wordt bezien in hoeverre de bevoegdheidsregels van de Verordening bijdragen aan een oplossing voor het probleem van onder- en overcompensatie van (in)directe afnemers.

### 2.1 Hoofregel: *forum rei*

Art. 4 *herschikte EEX-Vo* verschaft internationale bevoegdheid aan de rechter van de lidstaat waar de verweerder woonplaats heeft – het zogenoemde *forum rei*. Dit artikel regelt louter de internationale bevoegdheid; de relatieve competentie wordt overgelaten aan het nationale recht van de aangezochte rechter. De woonplaats van een rechtspersoon moet op grond van art. 63 *herschikte EEX-Vo* gelokaliseerd worden op de plaats van zijn statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging, waardoor door de toepassing van art. 4 de gerechten van meer dan een lidstaat bevoegd kunnen zijn.

De op art. 4 gebaseerde bevoegdheid is volledig. In kartelschadezaken betekent dit dat het gerecht van de woonplaats van de verweerder bevoegdheid toekomt ten aanzien van de gehele schadevordering, ongeacht of de schade is veroorzaakt of geleden in de lidstaat van de rechter, in een andere lidstaat van de EU of in een niet-

---

<sup>5</sup> Zie HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, *NJ* 2016, 106 m.nt. L. Strikwerda (*CDC/Akzo*), punt 43, in het kader van de bevoegdheidsregels van Verordening (EG) nr. 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. Op grond van overwegingen 7 en 33 van de preambule van de Rome II-Vo moet worden aangenomen dat het begrip 'niet-contractuele verbintenis' in de context van het toepasselijk recht op dezelfde wijze moet worden uitgelegd. Zie ook J. Fitchen, 'The Applicable Law in Cross-Border Competition Law Actions and Article 6(3) of Regulation 864/2007', in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 307.

<sup>6</sup> Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012, *PbEU* 2012, L 351/1.

<sup>7</sup> Art. 6 lid 1 *herschikte EEX-Vo*.

<sup>8</sup> Art. 1 lid 1 *herschikte EEX-Vo*.

<sup>9</sup> Zie o.a. S. Francq & Wurmnest, 'International Antitrust Claims under the Rome II Regulation', in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 98.

<sup>10</sup> Art. 66 *herschikte EEX-Vo*.

lidstaat.<sup>11</sup> Aan de toepassing van art. 4 kunnen voor de eiser echter ook nadelen kleven. Zou hij meerdere deelnemers aan hetzelfde kartel willen dagen die in verschillende lidstaten gevestigd zijn, dan zou hij op grond van deze bepaling zijn vorderingen in verschillende lidstaten aanhangig moeten maken. Behalve dat het voor de eiser weinig efficiënt is, ontstaat hierdoor ook een risico op conflicterende beslissingen. In de navolgende paragrafen zullen bevoegdheidsgronden worden besproken, die een alternatief bieden voor het forum rei en waardoor de kartelschadevorderingen van de eiser geconcentreerd kunnen worden aangebracht bij het gerecht van één lidstaat.

## 2.2 Bevoegdheid t.a.v. verbintenissen uit onrechtmatige daad

Op grond van art. 7 lid 2 herschikte EEX-Vo is naast het forum rei ook het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of kan voordoen bevoegd om van verbintenissen uit onrechtmatige daad kennis te nemen. In de jaren zeventig van de vorige eeuw heeft het Hof van Justitie bepaald dat, wanneer de plaats waar de schade is ingetreden – het zogenaamde *Erfolgsort* – en die van de schadeveroorzakende gebeurtenis – het *Handlungsort* – uiteenlopen, beide plaatsen als ‘plaats van het schadebrengende feit’ moeten worden aangemerkt. Dit betekent dat de gerechten van beide plaatsen op basis van art. 7 lid 2 herschikte EEX-Vo bevoegdheid toekomt.<sup>12</sup>

De vaststelling van de plaats van het schadebrengende feit in kartelschadezaken is al jaren een punt van discussie.<sup>13</sup> Zij heeft ook al geleid tot prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie: de arresten *CDC/Akzo*<sup>14</sup> uit 2015 en *flyLAL-Lithuanian Airlines*<sup>15</sup> uit 2018 hebben beide betrekking op deze materie. De eerste uitspraak betrof een in België gevestigde eiser, de vennootschap Cartel Damage Claims (CDC), die vorderingen int ten behoeve van ondernemingen die schade hebben geleden als gevolg van een kartel. CDC had een schadevordering ingesteld bij de Duitse rechter tegen zes Europese chemiebedrijven, die een door de Europese Commissie vastgestelde inbreuk hadden gemaakt op het Europese kartelverbod. De inbreuk bestond onder meer uit de uitwisseling van vertrouwelijke informatie, de verdeling van marktaandelen en de prijsvaststelling, waardoor de chemiebedrijven de prijzen voor hun afnemers kunstmatig hoog konden houden. In het tweede arrest was sprake van vermeende mededingingsbeperkende gedragingen door de Letse luchtvaartmaatschappij Air Baltic en de luchthaven van Riga (Letland) als gevolg waarvan de Litouwse concurrent van Air Baltic, flyLAL, uit de markt zou zijn gedreven. Deze gedragingen bestonden eruit dat Air Baltic voor haar vluchten van en naar de luchthaven van Vilnius (Litouwen) stuntprijzen hanteerde. Air Baltic kon haar afbraakprijzenbeleid financieren doordat de luchthaven van Riga haar tarieven voor luchtvaartdiensten ten gunste van Air Baltic had verlaagd. FlyLAL maakte daarop een procedure aanhangig bij de rechter in Litouwen en vorderde vergoeding van de door haar geleden schade, bestaande uit gederfde winst op de markt voor vluchten van en naar Vilnius.

### 2.2.1 *Erfolgsort*

In zowel *CDC/Akzo* als *flyLAL-Lithuanian Airlines* wenste de verwijzende rechter duidelijkheid over de vaststelling van het *Erfolgsort* in een kartelschadezaak. In dit verband kunnen grofweg twee visies worden onderscheiden: 1) het *Erfolgsort* is de plaats waar de benadeelden hun individuele schade lijden, bestaande uit het betalen van een hogere prijs of gederfde winsten, en 2) het *Erfolgsort* is de plaats waar sprake is van een (maatschappelijk) welvaartsverlies als gevolg van de verminderde concurrentie. De tweede, macro-economische, zienswijze heeft tot gevolg dat het gerecht van het land waarvan de markt wordt beïnvloed – waar de concurrentieverhoudingen zijn geschaad – bevoegdheid toekomt.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> M. Danov, ‘Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions’, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 169.

<sup>12</sup> HvJ EG 30 november 1976, C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166, NJ 1977, 494, m.nt. J.C. Schultsz.

<sup>13</sup> Zie o.a. M. Danov, *Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 88 e.v.; J. Fitchen, ‘Allocating Jurisdiction in Private Competition Law Claims within the EU’, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006/13, afl. 4, p. 393 e.v.

<sup>14</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335.

<sup>15</sup> HvJ EU 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533.

<sup>16</sup> J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn: Maklu 2015, nr. 71.

Op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden geconcludeerd dat bovengenoemde opvattingen elkaar niet per definitie uitsluiten; beide hebben bestaansrecht. Welke van de twee benaderingen moet worden gehanteerd, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval – waarbij met name de aard van de schade van belang is.

In *CDC/Akzo* overwoog het Hof van Justitie dat de schade in casu bestond uit de ‘meerkosten die zijn betaald wegens een kunstmatig hoge prijs’.<sup>17</sup> Het Hof bepaalde dat de plaats van de schade voor elke benadeelde individueel moet worden vastgesteld, maar in beginsel dient te worden gelokaliseerd op de zetel van de benadeelde onderneming.<sup>18</sup> Het Hof creëerde zo een *forum actoris* en sloot aan bij zijn eerdere rechtspraak over online inbreuken op persoonlijkheidsrechten, waarin het bepaalde dat de rechter van de plaats waar de benadeelde het centrum van zijn belangen heeft – doorgaans zijn gewone verblijfplaats – bevoegdheid toekomt.<sup>19</sup> Toch roept deze eiservriendelijke benadering ook vragen op, met name wat betreft de verhouding tot de arresten waarin het Hof overwoog dat de woonplaats van de benadeelde partij in geval van zuivere vermogensschade op zichzelf niet voldoende is om bevoegdheid aan te nemen.<sup>20</sup> Of ruimer geformuleerd: hoe moet het arrest worden beoordeeld in het licht van de op Europees en internationaal niveau heersende opvatting dat het *forum actoris* een exorbitante bevoegdheidsgrond is?

In *CDC/Akzo* overwoog het Hof verder dat het gerecht van de lidstaat waar de zetel van de benadeelde onderneming is gevestigd, bevoegd is ten aanzien van *alle schade* die door deze vennootschap is geleden die verband houdt met de meerkosten die zij als gevolg van het kartel heeft moeten betalen.<sup>21</sup> Op dit punt wijkt het Hof af van zijn eerdere jurisprudentie, waarin het had bepaald dat de rechter van het *Erfolgsort* slechts bevoegd is ten aanzien van de in zijn lidstaat geleden schade.<sup>22</sup>

Het Hof van Justitie heeft het marktcriterium voor de vaststelling van het *Erfolgsort* in kartelschadezaken echter niet overboord gegooid, zo blijkt uit *flyLAL-Lithuanian Airlines*. Anders dan in *CDC/Akzo* betrof de schade in deze zaak niet meerkosten, maar gederfde winst. Het Hof stelde eerst vast dat winstderving die met name bestaat in omzetverlies als gevolg van gedragingen die in strijd zijn met het Europese mededingingsrecht kan worden aangemerkt als ‘schade’ in de zin van art. 7 lid 2 herschikte EEX-Vo. Vervolgens overwoog het Hof dat deze schade was ingetreden op de plaats van de markt die door voornoemde gedragingen was beïnvloed en waarop het slachtoffer stelde zijn verlies te hebben geleden. De aanknoping bij de beïnvloede markt sluit volgens het Hof van Justitie aan bij de doelstellingen van nabijheid en voorspelbaarheid.<sup>23</sup> Bovendien is deze benadering consistent met de conflictregel van art. 6 lid 3 Rome II-Vo,<sup>24</sup> waarin het marktcriterium wordt gebruikt om te bepalen welk recht van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit mededingingsbeperkende gedragingen.<sup>25</sup>

In de literatuur is erop gewezen dat aan de hantering van het marktcriterium voor het vaststellen van bevoegdheid ook nadelen kunnen kleven. Zo heeft Strikwerda gesteld dat het aanknopen bij de beïnvloede markt in zaken waarin het kartel het gehele Europese grondgebied bestrijkt, tot het ‘absurde resultaat’ leidt dat

<sup>17</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 52.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> HvJ EU 25-10-2011, C-509/09 en C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, NJ 2012, 22 m.nt. M.V. Polak (*eDate Advertising/Olivier Martinez*), punten 48-49.

<sup>20</sup> HvJ EG 10 juni 2004, ECLI:EU:C:2004:364, NJ 2006, 335 m.nt. P. Vlas (*Kronhofer*), punt 21 en HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*), punt 35. Het Hof ging in de laatste uitspraak niet nader in op dit verschil, maar volgens de Advocaat-Generaal Szpunar moet de reden voor de gedifferentieerde benadering worden gezocht in de specifieke omstandigheden van deze zaken, zie diens Conclusie bij *Universal Music*, ECLI:EU:C:2016:161, punt 47.

<sup>21</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 54.

<sup>22</sup> Zie m.n. HvJ EG 7 maart 1995, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, NJ 1996, 269 m.nt. Th.M. de Boer (*Shevill*).

<sup>23</sup> HvJ EU 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL-Lithuanian Airlines*), punt 40.

<sup>24</sup> Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40. Zie onder, par. 3.1 over art. 6 lid 3 Rome II-Vo.

<sup>25</sup> HvJ EU 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL-Lithuanian Airlines*), punt 41. Zie over de consistentie tussen het Europese bevoegdheids- en conflictenrecht in het kader van kartelschade ook M. Danov, *Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 96-97.

alle rechters in de EU bevoegd zijn om van de kartelschadevordering kennis te nemen.<sup>26</sup> Het Hof van Justitie lijkt dit nadeel in *flyLAL-Lithuanian Airlines* te ondervangen door te kijken naar de ‘hoofdzakelijk beïnvloede markt’, welke wordt gedefinieerd als de markt van de lidstaat waar de benadeelde het grootste deel van zijn verkoopactiviteiten verricht.<sup>27</sup>

### 2.2.2 *Handlungsort*

Ook over de lokalisatie van de schadeveroorzakende gebeurtenis in kartelschadezaken kan verschillend worden gedacht. Is het *Handlungsort* de plaats waar 1) de kartelafspraken zijn gemaakt, 2) deze afspraken ten uitvoer zijn gelegd, of 3) de kartellist is gevestigd?<sup>28</sup> Aan elk van deze opties kleven bezwaren, hetgeen voor A-G Jääskinen aanleiding was om art. 7 lid 2 herschikte EEX-Vo niet toepasselijk te achten in zaken als *CDC/Akzo*.<sup>29</sup>

Het aanknopen bij de plaats waar de kartelafspraken zijn uitgevoerd, heeft als nadeel dat, wanneer de uitvoering (bestaande uit een handelen óf nalaten) in een groot aantal lidstaten heeft plaatsgevonden, een even groot aantal gerechten bevoegdheid toekomt. De keuze voor de plaats waar de verboden afspraken zijn gemaakt heeft daarentegen als keerzijde dat deze plaats veelal moeilijk te bepalen is nu de afspraken een geheim karakter hebben.<sup>30</sup> Bovendien blijft het vaak niet bij één afspraak, maar is sprake van een reeks van afspraken die zijn gemaakt op verschillende momenten. Ook kan de plaats waar het kartel tot stand is gekomen willekeurig zijn en geen daadwerkelijke band hebben met de uitvoeringshandelingen of de schade. Het aanknopen bij de plaats van vestiging van de kartellist, tot slot, heeft als nadeel dat de alternatieve bevoegdheidsgrond van het *Handlungsort* zo goed als overbodig zou worden gemaakt. De kartellist kan immers al op grond van de hoofdregel van art. 4 herschikte EEX-Vo voor het gerecht van zijn woonplaats worden gedaagd.<sup>31</sup>

Uit *CDC/Akzo* en *flyLAL-Lithuanian Airlines* blijkt dat het *Handlungsort* moet worden vastgesteld op de plaats waar de definitieve mededingingsbeperkende afspraken zijn gemaakt.<sup>32</sup> In *CDC/Akzo* voegde het Hof daaraan toe dat, wanneer deze afspraken op verschillende tijdstippen en verschillende plaatsen binnen de EU tot stand zijn gekomen, de benadeelde zich kan wenden tot het gerecht van de plaats waar ‘een specifieke regeling tot stand is gekomen die voor zich alleen als de schadeveroorzakende gebeurtenis kan worden aangeduid’.<sup>33</sup> Tegen het bezwaar dat ook dit aanknopingspunt kan leiden tot een veelheid aan bevoegde gerechten en daarmee tot onzekerheid voor potentiële verweerders, kan worden ingebracht dat de kartellisten hierop zelf invloed hebben: zij kunnen ook consequent op één plaats afspreken.<sup>34</sup>

### 2.3 Meerdere verweerders

Art. 8 lid 1 herschikte EEX-Vo bevat een alternatieve bevoegdheidsgrond die kan worden ingeroepen wanneer de eiser tegen meerdere verweerders vorderingen indient die met elkaar samenhangen. Samenhangende vorderingen zijn vorderingen waartussen een zodanig nauwe band bestaat, dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting. De verweerders kunnen, indien voldaan is aan de vereisten van

<sup>26</sup> L. Strikwerda, annotatie bij: HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335, NJ 2016, 106 (*CDC/Akzo*), punt 9.

<sup>27</sup> HvJ EU 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL-Lithuanian Airlines*), punt 39.

<sup>28</sup> Zie ook W. Wurmnest, ‘Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten’, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012, p. 934-935.

<sup>29</sup> Conclusie A-G Jääskinen bij *CDC/Akzo*, ECLI:EU:C:2014:2443, punt 49.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> W. Wurmnest, ‘Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten’, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012, p. 935.

<sup>32</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 50; HvJ EU 5 juli 2018, C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL-Lithuanian Airlines*), punt 49.

<sup>33</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 56.

<sup>34</sup> P. Mankowski, ‘Article 7’, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 312.

dit artikel, worden opgeroepen voor het gerecht van de woonplaats van een van hen: de hoofd- of ankerverweerder. Deze hoofdverweerder hoeft niet de *hoofddader* te zijn.<sup>35</sup>

Het doel van art. 8 lid 1 herschikte EEX-Vo is te verhinderen dat bij afzonderlijke berechting onverenigbare beslissingen worden gegeven. Hieruit vloeit voort dat de bepaling alleen kan worden toegepast indien een risico bestaat op onverenigbare beslissingen.<sup>36</sup> Volgens het Hof van Justitie is hiervan in kartelschadezaken sprake wanneer de voorwaarden voor civiele aansprakelijkheid in de nationale rechtsstelsels uiteen lopen.<sup>37</sup>

Voor ‘onverenigbare beslissingen’ in de zin van art. 8 lid 1 is volgens het Hof van Justitie niet alleen een ‘divergentie in de beslechting van het geschil’ vereist, maar moet deze divergentie zich ook voordoen ‘in het kader van eenzelfde situatie, zowel feitelijk als rechtens’.<sup>38</sup> In *CDC/Akzo* overwoog het Hof dat deze laatste voorwaarde wordt vervuld wanneer de verweerders aan de uitvoering van een op grond van EU-recht verboden mededingingsregeling hebben deelgenomen door in overeenstemming met deze regeling overeenkomsten te sluiten en uit te voeren, ook al verschilt hun betrokkenheid in tijd en plaats.<sup>39</sup> Wel dienen de verweerders te hebben deelgenomen aan één voortdurend kartel en niet aan afzonderlijke kartels.<sup>40</sup>

In 2015 overwoog het Gerechtshof Amsterdam dat voor de toepassing van deze bepaling niet vereist is dat de ankerverweerder rechtstreeks heeft deelgenomen aan de uitvoering van het kartel.<sup>41</sup> Volgens het Hof was sprake van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens nu de ankerverweerder was geadresseerd in het operationele gedeelte van de mededingingsbeschikking van de Europese Commissie.<sup>42</sup>

Uit *CDC/Akzo* blijkt dat art. 8 lid 1 herschikte EEX-Vo ook kan worden toegepast wanneer de eiser, *nadat* hij de procedure aanhangig heeft gemaakt, met de ankerverweerder heeft onderhandeld, een schikking heeft getroffen en vervolgens afstand heeft gedaan van zijn vordering jegens deze partij.<sup>43</sup> De intentie van de eiser speelt hierbij wel een rol: art. 8 lid 1 vindt geen toepassing wanneer wordt aangetoond dat de eiser de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling op het moment van indiening van de vordering ‘kunstmatig heeft gecreëerd of gehandhaafd’.<sup>44</sup> Van dat laatste is sprake wanneer de eiser met de ankerverweerder tot een schikking is gekomen en de formele afronding daarvan uitstelt totdat hij de vorderingen jegens hem en de medeverweerders aanhangig heeft gemaakt, met het doel te bewerkstelligen dat het gerecht van de woonplaats van de ankerverweerder zich bevoegd verklaart om kennis te nemen van de vorderingen tegen de medeverweerders.<sup>45</sup> De bewijslast rust hierbij op de medeverweerders. In de praktijk is het echter lastig om

---

<sup>35</sup> G. Van Calster, *European Private International Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 165; H. Muir Watt, ‘Article 8’, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 24.

<sup>36</sup> Zie ook HvJ EG 27 september 1988, 189/87, ECLI:EU:C:1988:459, NJ 1990, 425 m.nt. J.C. Schultsz (*Kalfelis*), punt 12.

<sup>37</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 22. Nu met de Kartelschaderichtlijn geen volledige harmonisatie van het recht van de lidstaten wordt bewerkstelligd (zie onder, par. 3), is het gevaar van onverenigbare beslissingen nog niet geweken.

<sup>38</sup> Zie o.a. HvJ EG 13 juli 2006, C-539/03, ECLI:EU:C:2006:458 (*Roche/Primus*), punt 26; HvJ EG 11 oktober 2007, C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (*Freeport*), punt 40; HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 20.

<sup>39</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 21.

<sup>40</sup> Zie ook M.H.C. Sinninghe Damsté en T.M.C. Arons, ‘Collectief schadeverhaal bij kartels in de financiële sector; zegen of vloek’, *Ondernemingsrecht* 2017/84, p. 471, onder verwijzing naar Rb. Rotterdam 17 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone BV e.a.*).

<sup>41</sup> Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006, r.o. 2.9.

<sup>42</sup> Het feit dat een verweerder geen geadresseerde is van het kartelbesluit van een mededingingsautoriteit, noch wordt genoemd als ‘*undertaking subject to proceedings*’, hoeft echter geen obstakel te vormen voor de toepassing van deze bevoegdheidsbepaling. De betrokkenheid bij het kartel kan ook op een andere wijze vast komen te staan, zie Rechtbank Oost-Brabant 29 november 2017, ECLI:NL:ROBR:2017:663, r.o. 2.15-2.16. In deze uitspraak was de herschikte EEX-Vo overigens niet van toepassing, aangezien de verweerder geen woonplaats had in een EU-lidstaat. De rechtbank baseerde haar bevoegdheid op de commune evenknie van artikel 8 lid 1 herschikte EEX-Vo, art. 7 lid 1 Rv, maar zocht wel aansluiting bij de Europese bepaling en de uitleg hiervan door het HvJ EU.

<sup>43</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 33.

<sup>44</sup> Idem, punt 29.

<sup>45</sup> Idem, punten 31-32.

deze vorm van misbruik van procesrecht aan te tonen, vooral omdat de betrokkenen (eiser en ankerverweerder) er geen belang bij hebben om openheid te geven.<sup>46</sup>

## 2.4 Forumkeuze

Kan een door een kartel benadeelde partij afwijken van de bovengenoemde bevoegdheidsregels door met de kartellist overeen te komen dat een specifiek gerecht, bijvoorbeeld de rechtbank Amsterdam, exclusief bevoegd is te oordelen over de civiele aansprakelijkheid van de kartellist? Uit *CDC/Akzo* blijkt dat het Hof van Justitie een groot gewicht toekent aan de vrijheid van partijen om de bevoegde rechter aan te wijzen. Een forumkeuze die voldoet aan de vereisten van art. 25 herschikte EEX-Vo, moet door alle gerechten in de EU worden gerespecteerd. Deze respectplicht reikt ver: wordt de kartelschadevordering bij een ander gerecht aanhangig gemaakt dat van oordeel is dat het gekozen forum de volle werking van het Europese mededingingsrecht niet kan waarborgen, dan moet het zich nog onbevoegd verklaren.<sup>47</sup>

In *CDC/Akzo* boog het Hof zich tevens over de vraag of een forumkeuzebeding in een leveringsovereenkomst tussen de eiser en de verweerder zich ook uitstrekt tot geschillen die betrekking hebben op kartelschade. Deze kwestie betreft de omvang en reikwijdte van het beding. Het Hof stelde voorop dat de uitleg van het forumkeuzebeding is voorbehouden aan het aangezochte nationale gerecht. Niettemin overwoog het Hof dat als een beding in abstracto verwijst naar geschillen die uit de overeenkomst voortvloeien, het niet geldt voor een geschil dat de aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht betreft. De voorzienbaarheid is hierbij van belang: op het moment dat een partij met een forumkeuze instemt, moet het voor haar redelijkerwijs voorzienbaar zijn welke geschillen eronder vallen.<sup>48</sup> Aangezien het kartel geheim zal zijn, hoeft de wederpartij van de kartellist bij de sluiting van de leveringsovereenkomst er niet op bedacht te zijn dat geschillen over kartelschade binnen de reikwijdte van een (abstract geformuleerd) forumkeuzebeding vallen. Dat is anders wanneer het beding in de overeenkomst de bevoegdheid regelt ten aanzien van de aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht,<sup>49</sup> hetgeen in de praktijk weinig zal voorkomen.<sup>50</sup>

## 2.5 Bevoegdheid t.a.v. negatieve actie

Bij welke rechter de zaak aanhangig wordt gemaakt, kan gevolgen hebben voor de lengte van de procedure, de taal waarin geprocedeerd wordt, de noodzaak van een partij om lokale rechtshulp in te schakelen, maar ook op het verloop van de procedure, onder meer vanwege de beschikbare remedies en het toepasselijke bewijsrecht.<sup>51</sup> Indien de gerechten van meer dan een lidstaat bevoegd zijn om over de civiele aansprakelijkheid van een kartellist te oordelen, dan zal de benadeelde, door zijn vordering aanhangig te maken, in de regel bepalen waar geprocedeerd wordt. De kartellist kan hierop echter ook anticiperen door alvast een verklaring voor recht te vorderen dat zijn handelen géén aansprakelijkheid oplevert. Zo een negatief declaratoir kan op grond van art. 4 herschikte EEX-Vo worden gevorderd bij de gerechten van de lidstaat waar de verweerder (de benadeelde

<sup>46</sup> Zie ook C. Vanleenhove, 'Annotatie bij Hof van Justitie Zaak C-352/13, Cartel Damage Claims', *SEW* 2016, afl. 1, p. 32. Dat de keuze om de vorderingen jegens verschillende partijen te concentreren bij de rechter in de lidstaat waar één van hen woonplaats heeft, 'niet logisch' zou zijn vanwege het ontbreken van verdere aanknopingspunten met deze lidstaat, lijkt geen reden om misbruik van procesrecht aan te nemen, zie Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006, r.o. 2.11.

<sup>47</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 63.

<sup>48</sup> Idem, punt 70. Zie voor een vergelijkbare redenering Rb. Amsterdam 4 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3190, *NJF* 2014, 314 (*CDC Project 13/Akzo Nobel*), r.o. 2.22.

<sup>49</sup> HvJ EU 21 mei 2015, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*), punt 71.

<sup>50</sup> Zie ook C. Vanleenhove, 'Annotatie bij Hof van Justitie Zaak C-352/13, Cartel Damage Claims', *SEW* 2016, afl. 1, p. 33.

<sup>51</sup> D.J. Beenders & W. Hofstee, 'De eerste klap is een daalder waard; de torpedo in de (internationale) procespraktijk', *MvV* 2015, afl. 12, p. 363. Zie ook M. Danov & F. Becker, 'Concluding Remarks on Promoting Regulatory Competition: Issues to be Addressed', in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart 2013, p. 83-85.

partij) woonplaats heeft, maar ook bij het gerecht dat op grond van art. 7 lid 2 herschikte EEX-Vo bevoegd is ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad (in casu de vermeende kartelinbreuk).<sup>52</sup>

Het instellen van een negatieve actie is voor de kartellist bijzonder aantrekkelijk vanwege de litispendingeregeling van art. 29 herschikte EEX-Vo. Wanneer de benadeelde partij zijn kartelschadevordering alsnog zelf aanhangig maakt bij het gerecht van een andere lidstaat, dan zal deze later aangezochte rechter op grond van voornoemd artikel zijn uitspraak moeten aanhouden en zich onbevoegd verklaren zodra de door de kartellist aangezochte rechter bevoegdheid heeft aangenomen.<sup>53</sup> Litispendingie kan alleen worden aangenomen wanneer de vorderingen, die tussen dezelfde partijen in verschillende lidstaten aanhangig zijn, hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten. Aangenomen moet worden dat in kartelschadezaken aan deze vereisten wordt voldaan indien de ene vordering een negatieve actie (verklaring voor recht dat géén inbreuk op het mededingingsrecht wordt gemaakt), en de andere vordering een positieve actie (schadevergoeding of een rechterlijk verbod) betreft.<sup>54</sup>

## 2.6 Probleem van onder- en overcompensatie

Uit de vorige paragrafen komt naar voren dat de gerechten van meerdere lidstaten bevoegd kunnen zijn om van grensoverschrijdende vorderingen kennis te nemen die uit één kartelinbreuk voortvloeien. Hierin schuilt een gevaar van over- of ondercompensatie, met name wanneer afnemers, die op verschillende niveaus van de toeleveringsketen goederen of diensten hebben afgenomen van de inbreukpleger, hun schadevorderingen instellen bij gerechten in verschillende landen. Zouden deze gerechten geen acht slaan op in het buitenland aanhangige procedures en gewezen beslissingen, dan kan dit leiden tot een meervoudige aansprakelijkheid van de kartellist, of juist tot het ontbreken van aansprakelijkheid.<sup>55</sup>

Om dit probleem tegen te gaan, bepaalt art. 15 lid 1 van de Kartelschaderichtlijn dat de nationale gerechten van de lidstaten, met gebruikmaking van de in het Unierecht of nationaal recht beschikbare rechtsmiddelen, naar behoren rekening moeten kunnen houden met elders aanhangig gemaakte schadevorderingen, die verband houden met dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht, maar worden ingesteld door eisers die zich op een ander niveau van de toeleveringsketen bevinden. Deze bepaling maakt geen onderscheid tussen puur nationale en grensoverschrijdende gevallen. Voor de laatste categorie biedt het Europese bevoegdheidsrecht een oplossing: de regeling inzake connexiteit.<sup>56</sup>

Wanneer verschillende afnemers samenhangende kartelschadevorderingen aanhangig maken voor de gerechten van verschillende lidstaten, kan het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak op grond van art. 30 herschikte EEX-Vo aanhouden. Hij kan er ook voor kiezen de zaak te verwijzen naar het eerst aangezochte gerecht, mits dit gerecht bevoegd is kennis te nemen van de betreffende vorderingen en zijn nationale recht voeging toestaat.<sup>57</sup> Van samenhang is sprake wanneer tussen de vorderingen ‘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’.<sup>58</sup> Het begrip ‘onverenigbare beslissingen’ moet hier overigens ruimer worden uitgelegd dan in het kader van het in paragraaf 2.3 besproken art. 8 lid 1 herschikte EEX-Vo.<sup>59</sup> Volgens het Hof van Justitie is een gevaar voor tegenstrijdige beslissingen reeds voldoende, ‘ook al kunnen de uitspraken afzonderlijk ten uitvoer worden

<sup>52</sup> Uit HvJ EU 25 oktober 2012, C-133/11, EU:C:2012:664, NJ 2013, 80 (*Folien Fischer*), punt 55 blijkt dat de alternatieve bevoegdheidsgrond voor onrechtmatige daad ook van toepassing is wanneer de vordering een negatieve verklaring voor recht betreft.

<sup>53</sup> Tenzij partijen een forumkeuze hebben uitgebracht ten gunste van het later aangezochte gerecht, zie art. 31 lid 2 herschikte EEX-Vo.

<sup>54</sup> Vgl. HvJ EG 6 december 1994, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400 (*The Tatry*), punt 45. Zie ook M. Wilderspin, ‘Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation’, in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 57.

<sup>55</sup> Overweging 44 van de preambule van de Kartelschaderichtlijn.

<sup>56</sup> Zie ook art. 15 lid 2 Kartelschaderichtlijn.

<sup>57</sup> In art. 34 herschikte EEX-Vo is een regeling opgenomen voor samenhangende vorderingen die aanhangig zijn voor het gerecht van een derde land en het gerecht van een lidstaat.

<sup>58</sup> Art. 30 lid 3 herschikte EEX-Vo.

<sup>59</sup> J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn: Maklu 2015, nr. 33.

gelegd en sluiten de rechtsgevolgen ervan elkaar niet uit.’<sup>60</sup> Betoogd kan worden dat een schadevordering van een directe afnemer en een vordering van een afnemer verderop in de toeleveringsketen, ingesteld tegen dezelfde kartellist of tegen verschillende deelnemers aan hetzelfde kartel, als samenhangend in de zin van art. 30 herschikte EEX-Vo moeten worden beschouwd.<sup>61</sup> Door zaken te voegen of de uitspraak aan te houden, kan het gerecht rekening houden met elders ingestelde kartelschadevorderingen van dezelfde afnemer, en/of vorderingen van andere (in)directe afnemers, en daarmee over- of ondercompensatie voorkomen.

### 3 Toepasselijk recht

Wanneer de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid ten aanzien van een bij hem ingestelde kartelschadevordering heeft vastgesteld, zal hij met behulp van het conflictenrecht moeten bepalen welk recht op de vordering van toepassing is. De term ‘conflictenrecht’ impliceert dat het privaatrecht van de betrokken staten uiteenloopt, hetgeen leidt tot een conflictenrechtelijk keuzeprobleem.<sup>62</sup> Hoewel met de Kartelschaderichtlijn een aanzienlijke mate van harmonisatie is bereikt, blijven er verschillen bestaan tussen de rechtsregels van de lidstaten. De Richtlijn gaat immers niet uit van maximumharmonisatie en regelt bovendien niet alle aspecten van een kartelschadevordering. Ook in grensoverschrijdende kartelschadezaken blijven de conflictregels dus relevant.

Bij de vraag door welk recht een grensoverschrijdende kartelschadevordering wordt beheerst, kan een onderscheid worden gemaakt tussen het recht dat de materieelrechtelijke aspecten van de vordering beheerst en het toepasselijke procesrecht. Wat betreft het laatste wordt in het ipr uitgegaan van de *lex fori processus*-regel: in een internationale zaak past de rechter zijn nationale procesrecht toe.<sup>63</sup> Voor wat betreft het materiële recht, dient de Nederlandse rechter het toepasselijke recht te bepalen aan de hand van de conflictregels van de Verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen<sup>64</sup> (verder: Rome II-Vo), nu een kartelschadevordering in de regel<sup>65</sup> wordt gebaseerd op onrechtmatige daad.

#### 3.1 Art. 6 lid 3 Rome II-Vo

Art. 6 lid 3 Rome II-Vo regelt het toepasselijke recht op niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit daden die de vrije mededinging beperken, waaronder ook de karteldeelname valt.<sup>66</sup> De conflictregel valt uiteen in een hoofdregel en een (beperkte) uitzondering.<sup>67</sup> De hoofdregel staat in sub a, dat verwijst naar het recht van het land waarvan de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt. De uitzondering van sub b biedt een beperkte rechtskeuzemogelijkheid voor gevallen waarin de markten van meerdere landen worden beïnvloed door dezelfde concurrentiebeperking. Het vasthouden aan de marktregel zou in die gevallen ertoe leiden dat de kartelschadevordering op distributieve wijze wordt beheerst door het recht van verschillende landen – het zogenaamde mozaïekbeginsel. Daarom geeft sub b de benadeelde de mogelijkheid zijn gehele vordering te laten beheersen door het recht van het aangezochte gerecht. De rechtskeuze voor de *lex fori* is in kartelschadezaken echter alleen toegestaan indien: 1) deze wordt uitgebracht door de eiser, 2) de eiser zijn vordering aanhangig heeft gemaakt bij de rechter van het land waar de verweerder woonplaats heeft, 3) dat land een lidstaat is in de zin van de Rome II-Vo,<sup>68</sup> 4) de markt van dat land *rechtstreeks* en *aanzienlijk* wordt

<sup>60</sup> HvJ EG 6 december 1994, C-406/92, ECLI:EU:C:1994:400 (*The Tatry*), punt 53.

<sup>61</sup> M. Wilderspin, ‘Jurisdiction Issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in Antitrust Litigation’, in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 59.

<sup>62</sup> Zie S.J. Schaafsma, *IPR en EPR. Over wisselwerking, eenheid en verscheidenheid* (oratie Leiden), Leiden: Leiden University Press 2014, p. 3.

<sup>63</sup> M. Danov & F. Becker, ‘Introduction’, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart 2013, p. 6-7.

<sup>64</sup> Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *PbEU* 2007, L 199/40.

<sup>65</sup> Andere gronden die door de eiser kunnen worden gebruikt, zoals ongerechtvaardigde verrijking en contractbreuk, blijven in deze bijdrage buiten beschouwing.

<sup>66</sup> Zie overweging 23 van de preambule van de Rome II-Vo.

<sup>67</sup> J. Fitchen, ‘The Applicable Law in Cross-Border Competition Law Actions and Article 6(3) of Regulation 864/2007’, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 310.

<sup>68</sup> Denemarken is géén lidstaat in de zin van de Rome II-Vo, zie art. 1 lid 4.

beïnvloed door de concurrentiebeperking, en 5) de vordering strekt tot schadevergoeding.<sup>69</sup> Daarnaast is in de doctrine betoogd dat art. 6 lid 3 sub b Rome II-Vo niet toepasselijk moet worden geacht wanneer de markten van verschillende landen zijn beïnvloed, maar de eiser zijn schade slechts in één land heeft geleden.<sup>70</sup>

Art. 6 lid 3 Rome II-Vo heeft in de literatuur veel kritiek te verduren gehad<sup>71</sup> en is zelfs bestempeld als een van de minst nauwkeurige conflictregels van de Verordening.<sup>72</sup> Een belangrijk discussiepunt betreft de interpretatie van het begrip ‘beïnvloed’ uit sub a.<sup>73</sup> De vraag rijst of hierbij een drempel worden gehanteerd, of dat elke (waarschijnlijke) beïnvloeding van de markt, hoe marginaal of indirect ook, voldoende is. Uit het feit dat art. 6 lid 3 sub b Rome II-Vo wél een ‘rechtstreekse en aanzienlijke’ beïnvloeding vereist, zou *a contrario* kunnen worden afgeleid dat onder sub a géén drempel geldt.<sup>74</sup> Toch is het niet waarschijnlijk dat de Europese wetgever onder het begrip ‘beïnvloed’ in art. 6 lid 3 sub a Rome II-Vo een marginale beïnvloeding heeft willen scharen.<sup>75</sup> Gezien het mozaïekbeginsel zou dat namelijk tot onnodige complexiteit en kosten kunnen leiden, in het bijzonder wanneer de markten van een groot aantal landen in geringe mate beïnvloed zijn.<sup>76</sup>

Ook de vraag of art. 6 lid 3 sub a Rome II-Vo kan verwijzen naar het recht van een land waarvan de markt *indirect* door het kartel wordt beïnvloed, moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Ter onderbouwing wordt gewezen op het feit dat art. 6 Rome II-Vo moet worden beschouwd als een verduidelijking van art. 4 lid 1 Rome II-Vo, dat verwijst naar het recht van het land waar de schade zich voordoet en dat geen rekening houdt met de indirecte gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis.<sup>77</sup> Daarnaast is het louter in aanmerking nemen van de rechtstreeks beïnvloede markten ook in overeenstemming met het publieke mededingingsrecht, dat slechts van toepassing is wanneer de inbreukmakende gedraging directe gevolgen heeft voor de markt in kwestie.<sup>78</sup>

---

<sup>69</sup> Zie S.J. Schaafsma, ‘Rome II: intellectuele eigendom en oneerlijke concurrentie’, *WPNR* 2008/6780, p. 1003.

<sup>70</sup> S. Francq & W. Wurmnest, ‘International Antitrust Claims under the Rome II Regulation’, in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 127.

<sup>71</sup> Zie o.a. G. Van Calster, *European Private International Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 262; S. Francq & W. Wurmnest, ‘International Antitrust Claims under the Rome II Regulation’, in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 92.

<sup>72</sup> J. Fitchen, ‘Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation’, *Journal of Private International Law* 2009, afl. 2, p. 369.

<sup>73</sup> J. Fitchen, ‘The Applicable Law in Cross-Border Competition Law Actions and Article 6(3) of Regulation 864/2007’, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 317 en R. Plender & M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londen: Sweet & Maxwell 2015, nr. 20-060 e.v. Ook het begrip ‘markt’ roept vragen op: wordt hiermee de markt voor een bepaald product of bepaalde dienst bedoeld, of een geografische markt? Zie o.a. M. Hellner, ‘Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition’, in: A. Bonomi & P. Volken (red.), *Yearbook of Private International Law* 2007, Munich: Sellier European Law Publishers 2008, p. 59-60. A. Dickinson, *The Rome II Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2008, nr. 6.63 stelt dat moet worden gekeken naar een combinatie van beide.

<sup>74</sup> R. Plender en M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londen: Sweet & Maxwell 2015, nr. 20-064.

<sup>75</sup> Idem, nr. 20-067.

<sup>76</sup> J. Fitchen, ‘The Applicable Law in Cross-Border Competition Law Actions and Article 6(3) of Regulation 864/2007’, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 318.

<sup>77</sup> Overweging 21 van de preambule van de Rome II-Vo. Zie ook L. Collins (red.), *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Londen: Sweet & Maxwell 2012, nr. 35-060.

<sup>78</sup> M. Hellner, ‘Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition’, in: A. Bonomi & P. Volken (red.), *Yearbook of Private International Law* 2007, Munich: Sellier European Law Publishers 2008, p. 62-64. R. Plender & M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londen: Sweet & Maxwell 2015, nr. 20-066 betogen verder dat wanneer wordt aangenomen dat art. 6 lid 3 sub a ziet op zowel directe als indirecte beïnvloeding, dit ertoe zou kunnen leiden dat de vorderingen van directe afnemers en van indirecte afnemers worden beheerst door verschillende rechtsstelsels. Wanneer deze rechtsstelsels aanmerkelijke verschillen vertonen – bijv. in het wel of niet erkennen van een vergoedingsrecht aan indirecte afnemers of het wel of niet accepteren van het doorberekeningsverweer – ontstaat een risico op over- of ondercompensatie (zie ook onder, par. 3.3). Met de implementatie van de Kartelschaderichtlijn door de lidstaten, heeft dit argument binnen de EU-context aan overtuigingskracht ingeboet. Niettemin blijft het overeind voor zover het recht van een niet-lidstaat moet worden toegepast.

Een tweede discussiepunt betreft de beperking van de vrijheid van partijen om zelf het toepasselijke recht aan te wijzen. Buiten de in art. 6 lid 3 sub b Rome II-Vo omschreven omstandigheden is het niet toegestaan een rechtskeuze te maken, zo blijkt uit het vierde lid van art. 6 Rome II-Vo. De ratio van deze inperking van de partijautonomie is gelegen in het dwingende karakter van het mededingingsrecht, de individu-overstijgende belangen die ermee gemoeid gaan en de rol van het mededingingsrecht in het goed functioneren van de markteconomie.<sup>79</sup> Partijen zouden niet aan de toepassing van het volgens art. 6 lid 3 Rome II-Vo toepasselijke mededingingsrecht moeten kunnen ontsnappen door het weg te contracteren. Het is echter twijfelachtig of dit argument steek houdt. In de meeste gevallen zal de kartelschadevordering worden ingesteld na een inbreuk op art. 101 VwEU, dat zelf zijn toepassingsbereik bepaalt en als primair Unierecht bovendien voorrang heeft op secundair Unierecht, zoals de Rome II-Vo.<sup>80</sup> De toepasselijkheid van het Europese kartelverbod wordt dus niet bepaald door het conflictenrecht. Hetzelfde geldt voor de door het Hof van Justitie aanvaarde schadevergoedingsplicht wegens een inbreuk op het Europese kartelverbod;<sup>81</sup> ook deze volgt uit het Unierecht zelf.<sup>82</sup> Dit betekent dat zowel art. 101 VwEU als de schadevergoedingsverplichting die voortvloeit uit een schending van deze bepaling niet door partijen kunnen worden weggecontracteerd door middel van een rechtskeuze; art. 6 lid 4 Rome II-Vo is in dit opzicht overbodig.<sup>83</sup>

Art. 6 lid 3 Rome II-Vo is wel relevant om te bepalen welke regels de privaatrechtelijke aspecten van een kartelschadevordering beheersen die *niet* door het primaire Unierecht en de daarop gebaseerde rechtspraak worden gereguleerd.<sup>84</sup> Het is echter onduidelijk waarom de Europese wetgever aan de toepassing van juist deze regels een zodanig belang hecht, dat zij niet opzij mogen worden gezet middels een rechtskeuze in de zin van art. 14 Rome II-Vo. Een dergelijke beknutting van de partijautonomie ontbreekt bijvoorbeeld in relatie tot milieu-aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor schade door werkstakingen,<sup>85</sup> waarmee ook maatschappelijke belangen gemoeid (kunnen) gaan. Tot slot kan worden gewezen op de discrepantie tussen art. 6 lid 4 Rome II-Vo en de herschikte EEX-Vo, dat de forumkeuzevrijheid van partijen in relatie tot kartelschadevorderingen niet beperkt.<sup>86</sup>

### 3.2 Openbare orde en voorrangsregels

De openbare-orde-exceptie en het leerstuk van de voorrangsregels functioneren als correctiemechanismen, die het door de conflictregels van de Rome II-Vo aangewezen toepasselijke recht respectievelijk opzijzetten en doorkruisen.

---

<sup>79</sup> Zie ook X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. A.P.M.J. Vonken en S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 1028; Th.M. de Boer, 'Party Autonomy and its Limitations in the Rome II Regulation', in: A. Bonomi & P. Volken (red.), *Yearbook of Private International Law 2007*, Munich: Sellier European Law Publishers 2008, p. 23.

<sup>80</sup> S. Francq & W. Wurmnest, 'International Antitrust Claims under the Rome II Regulation', in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 111; J. Fitchen, 'The Applicable Law in Cross-Border Competition Law Actions and Article 6(3) of Regulation 864/2007', in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 316.

<sup>81</sup> Vgl. HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, NJ 2002, 43 (*Courage/Crehan*); HvJ EG 13 juli 2006, C-295/04 t/m C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, NJ 2007, 34, m.nt. M.R. Mok (*Manfredi*); HvJ EU 5 mei 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, NJ 2014, 424, m.nt. M.R. Mok (*Kone*).

<sup>82</sup> S. Francq & W. Wurmnest, 'International Antitrust Claims under the Rome II Regulation', in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 111; J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn: Maklu 2015, nr. 301.

<sup>83</sup> Weliswaar gaan de mededingingsregels uit het nationale recht niet boven de Rome II-Vo, maar deze regels moeten – zoals hieronder wordt betoogd in par. 3.3 – worden beschouwd als voorrangsregels in de zin van art. 16 Rome II-Vo, die eveneens hun eigen werkingssfeer bepalen en rechtskeuzebestendig zijn.

<sup>84</sup> J. Fitchen, 'The Applicable Law in Cross-Border Competition Law Actions and Article 6(3) of Regulation 864/2007', in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 316.

<sup>85</sup> J. Fitchen, 'Choice of Law in International Claims Based on Restrictions of Competition: Article 6(3) of the Rome II Regulation', *Journal of Private International Law* 2009-2, p. 344.

<sup>86</sup> Idem, p. 345. Zie over de forumkeuzevrijheid hierboven par. 2.4.

Op grond van art. 26 Rome II-Vo kan de Nederlandse rechter een bepaling van buitenlands recht, dat door de Verordening is aangewezen, terzijde stellen wanneer de toepassing ervan kennelijk in strijd is met de Nederlandse openbare orde. De exceptie dient restrictief te worden toegepast; de rechter kan er alleen in uitzonderingsgevallen een beroep op doen. Het begrip ‘openbare orde’ ziet in het conflictenrecht op de rechtsbeginselen en waarden die in de rechtsorde van het land van de rechter als fundamenteel worden beschouwd.<sup>87</sup> De preambule van de Rome II-Vo geeft hiervan een voorbeeld: de rechter kan, afhankelijk van zijn nationale rechtsorde, vreemd recht op deze grond opzij zetten wanneer de toepassing ervan zou leiden tot de toekenning van een bovenmatige, niet-compensatoire of punitieve schadevergoeding.<sup>88</sup>

Bij de openbare-orde-exceptie staan de onaanvaardbare gevolgen centraal die de toepassing van buitenlands recht met zich meebrengt. Het correctiemechanisme van de voorrangsregels richt zich daarentegen (vooral) op de *lex fori*. Op grond van art. 16 Rome II-Vo kan de Nederlandse rechter onder bepaalde voorwaarden een regel van Nederlands recht als voorrangsregel toepassen, hoewel de rechtsverhouding door buitenlands recht wordt beheerst. Voorrangsregels, of regels van bijzonder dwingend recht, zijn bepalingen van semi-publiekrechtelijke aard, die ingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen.<sup>89</sup> Om te bepalen of sprake is van een voorrangsregel dient de rechter na te gaan of de nationale wetgever de bepaling heeft vastgesteld ‘om een belang te beschermen dat voor de betrokken lidstaat fundamenteel is’.<sup>90</sup> Of een voorrangsregel in een internationaal geval toepassing verlangt, hangt niet af van het recht dat op de rechtsverhouding van toepassing is, maar van zijn eigen (geschreven of ongeschreven) *scope rule*. Partijen kunnen de toepasselijkheid van voorrangsregels niet opzij zetten door een rechtskeuze uit te brengen.

Hoewel art. 101 VwEU in de literatuur wel als voorrangsregel is bestempeld,<sup>91</sup> moet deze bepaling naar mijn mening niet als zodanig worden aangemerkt. In paragraaf 3.1 werd al gewezen op het feit dat de toepassing van art. 101 VwEU als regel van primair Unierecht niet afhankelijk is van hetgeen in het secundaire Unierecht wordt bepaald. De Nederlandse mededingingsregels kunnen daarentegen onder omstandigheden wel op grond van art. 16 Rome II-Vo door de Nederlandse rechter worden toegepast.<sup>92</sup> Omdat art. 16 Rome II-Vo louter refereert aan voorrangsregels van de *lex fori*<sup>93</sup> biedt dit artikel geen juridische basis om rekening te houden met het nationale kartelrecht van een ander land.<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 63.

<sup>88</sup> Overweging 32 van de preambule van de Rome II-Vo. Vgl. ook Rb Utrecht 8 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW1631, r.o. 4.21, waarin de rechter overweegt dat een vordering strekkende tot betaling van ‘punitive damages’ in strijd is met de Nederlandse openbare orde, ‘nu dit een bovenmatige schadevergoeding zou inhouden tot een hoogte die volledig in strijd is met het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht’.

<sup>89</sup> L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 81. Zie ook de definitie van art. 9 lid 1 Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, *PbEU* 2008, L 177/6 (Rome I), die is ontleend aan HvJ EG 23 november 1999, C-369 en C-376/96, ECLI:EU:C:1999:575, *NJ* 2000, 251 (*Arblade*).

<sup>90</sup> HvJ EU 17 oktober 2013, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663 (*Unamar/Navigation Maritime Bulgare*), punt 50.

<sup>91</sup> H. Mercer QC, ‘Applicable Law in Cross-Border EU Competition Law Actions – Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy’, in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 334.

<sup>92</sup> X.E. Kramer & H.L.E. Verhagen (m.m.v. A.P.M.J. Vonken en S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel III. Internationaal vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 1025; E.J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 722. Zie in deze zin ook S. Francq & W. Wurmnest, ‘International Antitrust Claims under the Rome II Regulation’, in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 114-115. Anders: R. Plender & M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londen: Sweet & Maxwell 2015, nr. 20-069, die stellen dat de toepasselijkheid van het nationale mededingingsrecht moet worden bepaald aan de hand van art. 6 lid 3 Rome II-Vo.

<sup>93</sup> Dit is anders in art. 9 Rome I-Vo, dat ook verwijst naar zogenaamde derdelands voorrangsregels.

<sup>94</sup> S. Francq & W. Wurmnest, ‘International Antitrust Claims under the Rome II Regulation’, in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 118 betogen dat de rechter nationaal kartelrecht van een ander land ook in zijn uitspraak kan betrekken op grond van art. 17 Rome II-Vo. Dit artikel bepaalt dat de rechter, bij de beoordeling van het gedrag van de verweerder, feitelijk en in passende mate rekening moet houden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt. Een belangrijke keerzijde van deze visie is dat met name in gecompliceerde kartelzaken het

### 3.3 Probleem van over- en ondercompensatie

De door de Kartelschaderichtlijn bewerkstelligde harmonisatie biedt een belangrijke oplossing voor het probleem van over- en ondercompensatie in verband met directe en indirecte afnemers. Nu de nationale wetgevers van de lidstaten ervoor hebben moeten zorgen dat indirecte afnemers volledige compensatie voor hun kartelschade kunnen vorderen (art. 12 lid 1 Kartelschaderichtlijn) en het doorberekeningsverweer Uniebreed wordt erkend (art. 13 Kartelschaderichtlijn), heeft de vraag welk nationaal recht de kartelschadevordering beheerst op deze punten aanzienlijk aan belang ingeboet.

Het gevaar van over- en ondercompensatie is daarmee niet compleet geweken. Art. 6 lid 3 sub a Rome II-Vo kan immers ook verwijzen naar het recht van een niet-lidstaat, dat mogelijkerwijs geen recht op schadevergoeding aan indirecte afnemers kent en/of geen doorberekeningsverweer toestaat. Kan de Nederlandse rechter over- of ondercompensatie in een dergelijk geval voorkomen door derdelands recht opzij te zetten wegens kennelijke strijd met de openbare orde (art. 26 Rome II-Vo)? Nu het recht op volledige compensatie in art. 3 van de Kartelschaderichtlijn expliciet wordt erkend, kan goed worden betoogd dat dit recht – althans in de context van kartelschade – deel uitmaakt van de Unierechtsorde, en daarmee tot de rechtsordes van de lidstaten. Het is echter de vraag of de onder- of overcompensatie van een benadeelde van een kartelinbreuk op zichzelf toereikend is om een beroep op art. 26 Rome II-Vo te rechtvaardigen, aangezien dit correctiemechanisme slechts in uitzonderingsgevallen gebruikt mag worden. In lijn met hetgeen in paragraaf 3.2 is betoogd, zou een *bovenmatige* overcompensatie, in het bijzonder door de toekenning van *punitive damages*, wél reden kunnen zijn om buitenlands recht wegens kennelijke strijd met de openbare orde terzijde te stellen. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat de vraag of een punitieve schadevergoeding als strijdig met de openbare orde moet worden beschouwd, afhangt van ‘de omstandigheden van de zaak en de rechtsorde van de lidstaat van de rechter’.<sup>95</sup> Nu art. 6 lid 3 sub a Rome II-Vo slechts naar het recht van een derdeland zal verwijzen wanneer de markt van dat land is beïnvloed, zal het geval in de regel weinig band hebben met Nederland of met de Unierechtsorde, waardoor een beroep op de openbare-orde-exceptie niet snel zal slagen.<sup>96</sup>

Dat het beginsel van volledige vergoeding van kartelschade kan worden toegepast als voorrangsregel van de *lex fori*, is weinig aannemelijk. Hoewel zowel de Kartelschaderichtlijn als het Nederlandse schadevergoedingsrecht uitgaan van volledige compensatie, is dit beginsel in het Nederlandse BW niet expliciet in een wetsbepaling opgenomen, waarmee moeilijk kan worden gesproken van een ‘rechtsregel’ in de zin van art. 16 Rome II-Vo. Zelfs al zou het begrip rechtsregel ruim worden opgevat, dan nog zou moeten worden aangetoond dat met de volledige compensatie van de door het kartel benadeelde afnemers een voor Nederland *fundamenteel publiek* belang gepaard gaat, dat de wetgever heeft beoogd te beschermen. Dit zal geen gemakkelijke opgave zijn. Datzelfde geldt voor het vaststellen van de werkingssfeer; een *scope rule* die aangeeft welke internationale gevallen onder de reikwijdte van dit beginsel vallen, ontbreekt.

### 4 Erkenning en tenuitvoerlegging

Een beslissing die is gewezen door een gerecht in een lidstaat op een kartelschadevordering die is ingesteld op of na 10 januari 2015, wordt op grond van art. 36 herschikte EEX-Vo automatisch erkend in alle andere lidstaten. Dit betekent dat de beslissing op het gehele EU-territoir hetzelfde gezag en effect toekomt als in de lidstaat waar zij is gewezen.<sup>97</sup> Ingevolge art. 39 herschikte EEX-Vo is een veroordelend vonnis, mits uitvoerbaar in de lidstaat van oorsprong, ook executabel in de andere lidstaten zonder dat hiervoor een rechterlijk verlof tot tenuitvoerlegging is vereist. Wel dient degene die het vonnis wil executeren een gewaarmerkt afschrift van de beslissing en een door het gerecht van oorsprong afgegeven certificaat over te leggen dat tevens moet worden betekend aan degene jegens wie om tenuitvoerlegging wordt verzocht.<sup>98</sup>

---

moeilijk kan zijn om de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis vast te stellen, zie R. Plender en M. Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, Londen: Sweet & Maxwell 2015, nr. 20-069.

<sup>95</sup> Overweging 32 van de preambule van de Rome II-Vo.

<sup>96</sup> L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 64.

<sup>97</sup> L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 277.

<sup>98</sup> Art. 42 jo. 53 en art. 43 herschikte EEX-Vo.

Op grond van art. 45 en art. 46 herschikte EEX-Vo kunnen de erkenning en de tenuitvoerlegging van een beslissing uit een andere lidstaat worden geweigerd op verzoek van respectievelijk een belanghebbende partij en de persoon jegens wie om tenuitvoerlegging wordt verzocht. Een verzoek tot weigering slaagt wanneer sprake is van een van de gronden die limitatief<sup>99</sup> staan opgesomd in art. 45 lid 1 herschikte EEX-Vo, te weten: kennelijke strijd met de openbare orde (sub a), ontijdige of onjuiste betekening van de dagvaarding aan de verweerder (sub b), onverenigbaarheid met een andere beslissing (sub c en d) en de schending van bepaalde bevoegdheidsregels (sub e). Buiten de in sub e genoemde gevallen, die zien op de bescherming van zwakkere partijen en op de exclusieve bevoegdheidsgronden uit art. 24 van de Verordening, mag de bevoegdheid van het gerecht van oorsprong niet worden getoetst (art. 45 lid 3).<sup>100</sup>

In het kader van het doel van de Kartelschaderichtlijn, de volledige compensatie van kartelschade, zijn het vooral de openbare-orde-exceptie en de weigeringsgrond van onverenigbare beslissingen die om nadere uitleg vragen. De analyse blijft daarom verder beperkt tot deze weigeringsgronden.

#### 4.1 Weigering wegens kennelijke strijd met de openbare orde

Evenals in art. 26 Rome II-Vo<sup>101</sup> heeft het begrip openbare orde in art. 45 lid 1 sub a herschikte EEX-Vo betrekking op essentiële rechtsregels en fundamentele beginselen.<sup>102</sup> De inhoud van het begrip in het erkennings- en executierecht vertoont echter ook verschillen met de invulling in het conflictenrecht. Zo betreft de openbare-orde-exceptie uit de Rome II-Vo slechts het toepasselijke materiële recht, terwijl bij de erkenning en tenuitvoerlegging onderscheid wordt gemaakt tussen de materieelrechtelijke openbare orde en de procedurele openbare orde.<sup>103</sup> Deze laatste ziet op de wijze waarop het proces in de lidstaat van oorsprong is verlopen, met name of sprake is geweest van een *fair trial*.<sup>104</sup>

Een vraag die in de context van het conflictenrecht niet aan de orde is, maar wél kan rijzen in de fase van erkenning- en tenuitvoerlegging, is of een *onjuiste* rechtstoepassing door het gerecht van oorsprong een schending van de openbare orde kan opleveren. Gezien de bewoordingen van art. 52 herschikte EEX-Vo lijkt het antwoord op het eerste gezicht eenvoudig: het aangezochte gerecht mag de juistheid van de beslissing niet controleren. De implicaties van dit verbod van een *révision au fond* zijn tweeledig. In de eerste plaats mag het aangezochte gerecht niet onderzoeken of de rechter van de lidstaat van herkomst de juiste conflictregels op correcte wijze heeft toegepast. In de tweede plaats kunnen ook fouten in de toepassing van het door het gerecht van oorsprong toepasselijk geachte recht niet tot een weigering van de erkenning of tenuitvoerlegging leiden.<sup>105</sup>

Bij kartelschade rijst de vraag of het verbod van een *révision au fond* ook betekent dat de erkenning en tenuitvoerlegging niet geweigerd mogen worden wanneer het gerecht van oorsprong het primaire of secundaire Unierecht, in het bijzonder art. 101 VwEU en de Kartelschaderichtlijn, verkeerd heeft toegepast. Of mag het aangezochte gerecht terugvallen op de openbare-orde-exceptie van art. 45 lid 1 sub a herschikte EEX-Vo, op de grond dat ‘essentiële rechtsregels’ zijn geschonden?

In het arrest *Renault/Maxicar*,<sup>106</sup> dat mede betrekking had op het verbod van misbruik van een machtspositie (nu: art. 102 VwEU), overwoog het Hof dat de rechter van een lidstaat de erkenning van een beslissing uit een andere lidstaat niet mag weigeren ‘enkel op grond dat zijns inziens het nationale recht of het

<sup>99</sup> HvJ EU 13 oktober 2011, C-129/10, ECLI:EU:C:2011:653 (*Prism Investments*), punt 33.

<sup>100</sup> Zie ook S. Franq, ‘Article 45’, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 21a.

<sup>101</sup> Zie boven, par. 3.2.

<sup>102</sup> HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164 (*Krombach/Bamberski*), punt 37.

<sup>103</sup> Zie o.a. L.M. van Bochove, ‘Het ontbreken van de openbareorde-exceptie in de nieuwe generatie Europese procesrechtelijke verordeningen in het licht van artikel 6 lid 1 EVRM’, *NIPR* 2007, afl. 4, p. 334-336.

<sup>104</sup> Zie m.n. HvJ EG 28 maart 2000, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164 (*Krombach/Bamberski*) en HvJ EG 2 april 2009, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219 (*Gambazzi/DaimlerChrysler*).

<sup>105</sup> S. Franq, ‘Article 45’, in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 22.

<sup>106</sup> HvJ EG 11 mei 2000, C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, 627 m.nt. P. Vlas.

gemeenschapsrecht in die beslissing onjuist is toegepast'.<sup>107</sup> De vraag die de aangezochte rechter moet beantwoorden, is niet of de rechtsoverwegingen van het gerecht van oorsprong in strijd zijn met de openbare orde, maar of de *erkenning of tenuitvoerlegging* van de beslissing een kennelijke schending oplevert van de fundamentele rechtsregels en -beginselen van zijn land.<sup>108</sup>

Uit het arrest *Diageo Brands/Simiramida*<sup>109</sup> blijkt dat ook de verkeerde toepassing van secundair Unierecht door het gerecht van de lidstaat van oorsprong in de fase van erkenning of tenuitvoerlegging in beginsel geen weigeringsgrond oplevert. De Hoge Raad had in deze zaak aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of de openbare-orde-exceptie ook ziet op een kennelijke en bewust onjuiste toepassing van de Merkenrichtlijn door het gerecht van de lidstaat van herkomst. In lijn met *Renault/Maxicar* overwoog het Hof dat de erkenning van een uit een lidstaat afkomstig vonnis waarin art. 5 lid 3 van de Richtlijn foutief is toegepast 'geen schending van een fundamentele rechtsregel van de Unierechtsorde en dus van de rechtsorde van de aangezochte staat oplevert'.<sup>110</sup> Het Hof benadrukte het beginsel van wederzijds vertrouwen, op grond waarvan de lidstaten, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, ervan moeten uitgaan dat alle andere lidstaten het Unierecht in acht nemen.<sup>111</sup> Anders dan de Hoge Raad had gesteld, was volgens het Hof in casu niet vast komen te staan dat het gerecht van herkomst de Richtlijn *bewust en kennelijk* verkeerd had toegepast.<sup>112</sup> Strikwerda leidt uit het arrest af dat de erkenning van een beslissing die is gebaseerd op een welbewust onjuiste toepassing van Unierecht wél een schending van de openbare orde oplevert.<sup>113</sup>

De rechtspraktijk in Europa laat zien dat sommige lidstaten de openbare-orde-exceptie inzetten om beslissingen buiten de deur te houden waarin een niet-compensatoire vergoeding is toegekend. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat er behoorlijke verschillen bestaan tussen de lidstaten; zo is de houding van de Franse en Spaanse rechter aanzienlijk toleranter ten aanzien van *punitive damages awards* dan die van de Duitse en Italiaanse gerechten.<sup>114</sup> In Nederland wordt een punitieve schadevergoeding niet erkend of ten uitvoer gelegd zonder dat hieraan enige inhoudelijke toetsing vooraf gaat.<sup>115</sup> De Nederlandse rechter is echter terughoudend met de toepassing van deze exceptie in geval van 'slechts' een bovenmatige (of zelfs een 'buitensporige')

---

<sup>107</sup> Idem, punt 33.

<sup>108</sup> Evenwel had het Hof minder dan een jaar voor *Renault/Maxicar* in HvJ EG 1 juni 1999, C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, NJ 2000, 339 (*Eco Swiss/Benetton*) overwogen dat het primaire Europese mededingingsrecht deel uitmaakt van de openbare orde van de EU-lidstaten. In de literatuur zijn verscheidene pogingen ondernomen om het onderscheid tussen de beide arresten te verklaren. De meest overtuigende verklaring is naar mijn mening dat het bepalende verschil tussen deze arresten is gelegen in het feit dat *Renault/Maxicar* betrekking had op een rechterlijke beslissing, terwijl *Eco Swiss/Benetton* een arbitraal vonnis betrof. Nu arbiters, anders dan de gerechten van de lidstaten, geen prejudiciële vragen kunnen stellen aan het Hof over de uitlegging van het Unierecht, bestaat het risico dat zij dit recht onjuist toepassen. Door de nationale gerechten, die over de geldigheid of de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis moeten oordelen, ertoe te verplichten na te gaan of de arbiters het primaire Unitaire mededingingsrecht correct hebben toegepast en zo nodig een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen, wordt de eenvormige uitleg van het Unierecht gewaarborgd (zie *Eco Swiss/Benetton*, punt 40). Zie bijv. P. Vlas, annotatie bij: HvJ EG 11 mei 2000, C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, NJ 2003, 627 (*Renault/Maxicar*). S. Franq, 'Article 45', in: U. Magnus en P. Mankowski (red.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Keulen: Otto Schmidt 2016, nr. 24, ziet in het beginsel van wederzijds vertrouwen, dat aan het EEX-regime ten grondslag ligt, ook een reden om de openbare-orde-exceptie in dat kader restrictiever te interpreteren dan in relatie tot arbitrale vonnissen. Anders: P. Beaumont, 'Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation as it Affects EU Competition Law', in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 380-381, die meent dat de verklaring moet worden gezocht in de omstandigheid dat in *Renault/Maxicar*, op basis van de feiten, geen sprake was van een (voldoende ernstige) schending van art. 102 VwEU.

<sup>109</sup> HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, NJ 2017, 32 m.nt. L. Strikwerda.

<sup>110</sup> Idem, punt 52.

<sup>111</sup> Idem, punt 40.

<sup>112</sup> Idem, punten 53-56.

<sup>113</sup> Zie Strikwerda's noot onder NJ 2017, 32.

<sup>114</sup> Zie C.I. Nagy, 'Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe', *NIPR* 2012, afl. 1, p. 7-10; C. Vanleenhove, *Punitive Damages in Private International Law*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 144-145.

<sup>115</sup> Zie bijv. Rb Rotterdam 17 februari 1995, *NIPR* 1996, 134, bekrachtigd in Hof 's-Gravenhage 29 oktober 1996, *NIPR* 1997, 244.

schadevergoeding, met als argument dat in het kader van de openbare-orde-toets geen plaats is voor een inhoudelijke herbeoordeling van de buitenlandse beslissing.<sup>116</sup>

#### 4.2 Weigering wegens onverenigbaarheid met andere beslissing

Onverenigbaarheid met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte lidstaat gegeven beslissing levert ingevolge art. 45 lid 1 sub c een grond op om de erkenning en – via art. 46 – de tenuitvoerlegging van een buitenlandse beslissing te weigeren. Sub d bepaalt dat ook de onverenigbaarheid met een *eerdere* beslissing uit een andere lidstaat of een derde land een weigeringsgrond vormt, mits deze laatste beslissing niet alleen is gegeven tussen dezelfde partijen, maar ook is gegeven in een geschil dat betrekking heeft op hetzelfde onderwerp en op dezelfde oorzaak berust én op grond van een verdrag of nationaal recht voor erkenning vatbaar is.

Van ‘onverenigbaarheid’ is volgens het Hof van Justitie sprake wanneer ‘de betrokken beslissingen rechtsgevolgen hebben die elkaar uitsluiten’.<sup>117</sup> Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer de Franse rechter schadevergoeding toekent wegens wanprestatie, terwijl de Nederlandse rechter tussen dezelfde partijen een beslissing heeft gewezen waarin hij de overeenkomst nietig heeft verklaard.<sup>118</sup> In de context van kartelschade kan worden gedacht aan de situatie dat de verweerder in een lidstaat is veroordeeld tot schadevergoeding, terwijl eenzelfde schadevergoedingsvordering die tegen hem is ingesteld bij de rechter in de aangezochte lidstaat, is afgewezen.

#### 4.3 Probleem van over- en ondercompensatie

Het Europese erkennings- en executierecht verschaft verschillende middelen om te voorkomen dat (in)directe afnemers dubbel worden gecompenseerd of juist – ten onrechte – geen schadevergoeding ontvangen.<sup>119</sup> De erkenningsregeling van de herschikte EEX-Vo waarborgt dat de Nederlandse rechter in zijn beslissing rekening kan houden met een eerdere uitspraak uit een andere lidstaat. Daarnaast moet de Nederlandse rechter op verzoek van een belanghebbende c.q. degene jegens wie om executie is verzocht de erkenning of tenuitvoerlegging weigeren van een in een andere lidstaat gewezen beslissing, wanneer deze onverenigbaar is met een Nederlandse beslissing of met een eerdere beslissing uit een andere lidstaat. Deze laatste weigeringsgrond kan echter niet worden gehanteerd wanneer zowel de Nederlandse rechter als een rechter van een andere lidstaat de verweerder veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding. De rechtsgevolgen van de beslissingen sluiten elkaar dan immers niet uit.<sup>120</sup>

De herschikte EEX-Vo biedt nog een veiligheidsklep tegen met name overcompensatie in kartelschadezaken: de openbare-orde-exceptie. Zoals in de context van Rome II-Vo werd vastgesteld,<sup>121</sup> is het zeer verdedigbaar dat het recht op volledige compensatie, zoals gewaarborgd in art. 3 van de Kartelschaderichtlijn, deel uitmaakt van de Unierechtsorde en daarmee automatisch van de rechtsordes van de EU-lidstaten. Dit zou betekenen dat de Nederlandse rechter op verzoek van degene jegens wie om tenuitvoerlegging wordt verzocht, de tenuitvoerlegging van een bovenmatige schadevergoeding of *punitive damages award* die is toegekend door de rechter van een andere lidstaat, *moet* (dus geen discretionaire ruimte) weigeren wegens kennelijke strijd met de openbare orde, of in elk geval het bedrag dat de vergoeding van de daadwerkelijk geleden kartelschade

<sup>116</sup> Zie, op basis van het commune recht en in relatie tot een Albanees vonnis, Rb Amsterdam 29 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5691, r.o. 4.16-4.17.

<sup>117</sup> HvJ EG 4 februari 1988, 145/86, ECLI:EU:C:1988:61, NJ 1990, 209, m.nt. J.C. Schultsz (*Hoffmann/Krieg*), punt 22.

<sup>118</sup> Zie Rapport P. Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb EG* 1979, C 59/45.

<sup>119</sup> Vgl. ook art. 15 lid 1 Kartelschaderichtlijn.

<sup>120</sup> Daarmee is uiteraard niet gezegd dat de eiser beide beslissingen in Nederland ten uitvoer kan leggen, zoals het ook niet mogelijk is voor een partij om dezelfde executoriale titel of van twee of meer in Nederland verkregen executoriale titels, die op dezelfde rechtsgrond berusten, tegelijk of achtereenvolgens ten uitvoer te leggen. De partij jegens wie om tenuitvoerlegging wordt verzocht, kan zich hiertegen wel verzetten door een executiegeschil aanhangig te maken en zich te beroepen op misbruik van executiebevoegdheid. Zie hierover o.a. Conclusie A-G Langemeijer, ECLI:NL:PHR:2005:AU2554, nr. 2.8, bij HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2554, NJ 2006, 337, m.nt. J.W. van der Zwemmer.

<sup>121</sup> Zie boven, par. 3.3.

overstijgt.<sup>122</sup> Hoewel het Hof van Justitie in *Renault/Maxicar* en *Diageo/Simiramida* zich terughoudend heeft getoond om een schending van het Unierecht door het gerecht van de lidstaat van herkomst – waarvan sprake zal zijn bij de toekenning van een punitieve schadevergoeding in een kartelschadezaak – als strijdig met de openbare orde aan te merken, is het aannemelijk dat de *tenuitvoerlegging* van een excessieve vergoeding van kartelschade wél als zodanig moet worden gekwalificeerd.

## 5 Slot

Uit de bovenstaande analyse blijkt dat de regels van het Europese ipr een oorzaak kunnen zijn van onder- of overcompensatie van (in)directe afnemers in kartelschadezaken. Het feit dat in grensoverschrijdende kartelzaken meerdere gerechten bevoegd kunnen zijn ten aanzien dezelfde of samenhangende schadevorderingen, brengt het risico met zich mee dat benadeelden dubbel worden gecompenseerd, of juist te weinig schadevergoeding ontvangen. Anderzijds biedt het ipr ook oplossingen voor dit probleem. Zo maken de regeling inzake connexiteit en de erkenningsregels het voor de gerechten van de lidstaten mogelijk rekening te houden met in andere lidstaten aanhangige procedures en gegeven beslissingen. Daarnaast kan de openbare-orde-exceptie, die in zowel de Rome II-Vo als de herschikte EEX-Vo is opgenomen, een rol spelen bij het voorkomen van met name overcompensatie. Aangezien deze exceptie restrictief moet worden toegepast, zal zij slechts in uitzonderingsgevallen uitkomst kunnen bieden, waarbij met name gedacht kan worden aan *punitive damages*.

---

<sup>122</sup> C. Kessedjian, 'Recognition and Enforcement of Foreign Judgments', in: J. Basedow, S. Francq & L. Idot (red.), *International Antitrust Litigation*, Oxford: Hart Publishing 2012, p. 252-254; P. Beaumont, 'Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation as it Affects EU Competition Law', in: M. Danov, F. Becker & P. Beaumont (red.), *Cross-Border EU Competition Law Actions*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 381.