

# Samenlopende vorderingen tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht?

Tegelijk een bespreking van het proefschrift van mr. R. de Graaff

*Mr. drs. T. S. Hoyer\**

## 1 Inleiding

Sinds het arrest *Courage/Crehan* in 2001 is het vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) dat aan de volle werking van art. 101 en 102 VWEU (hierna: het Europees mededingingsrecht) zou worden afgedaan indien het niet voor eenieder mogelijk zou zijn om vergoeding van de schade te vorderen die hem is berokkend door een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.<sup>1</sup> Het nationale recht van de lidstaten moet daarom eenieder het recht verlenen om vergoeding van de schade te vorderen wanneer er een causaal verband bestaat tussen de schade en een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, aldus het HvJ EU.<sup>2</sup>

Een benadeelde van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht heeft (in beginsel) dus 27 mogelijke schadevorderingen tot zijn beschikking, te weten één per lidstaat van de Europese Unie. Wat is dan rechtens? Kan een benadeelde kiezen op welke schadevordering, althans op welk nationaal recht hij een beroep doet? Moet een benadeelde zelfs kiezen? Of kan de benadeelde enkel een beroep doen op een bepaalde schadevordering, althans op een bepaald nationaal recht?

In de Nederlandse rechtspraak wordt dit vraagstuk gezien als een kwestie van internationaal privaatrecht. Daarbij gaat de rechter op zoek naar een aanknopingspunt dat in één lidstaat te lokaliseren valt, aan de hand waarvan vervolgens kan worden vastgesteld welk recht van toepassing is op de betreffende schadevordering. Aldus kan een benadeelde (in beginsel) niet kiezen op welke schadevordering, althans op welk nationaal

recht hij een beroep doet. Het blijkt echter niet altijd eenvoudig te zijn om een bruikbaar aanknopingspunt te vinden. Bovendien kan men juridisch-dogmatische kanttekeningen maken bij deze benadering in de Nederlandse rechtspraak.

Ruben de Graaff heeft onderzoek gedaan naar samenloop in het Europees privaatrecht, wat een proefschrift met dezelfde titel heeft opgeleverd. Mede geïnspireerd door zijn bevindingen, zal ik in deze bijdrage uiteenzetten dat men het hiervoor beschreven vraagstuk ook zou kunnen beschouwen als een kwestie van samenloop in het Europees privaatrecht. Daartoe zal ik in paragraaf 2 eerst het proefschrift van De Graaff behandelen. Vervolgens zal ik in paragraaf 3 een overzicht geven van de belangrijkste Nederlandse jurisprudentie over de toepassing van het internationaal privaatrecht in het geval van een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. Ten slotte zal ik in paragraaf 4 een voorstel doen voor een alternatieve benadering.

## 2 Samenloop in het Europees privaatrecht

Het Unierecht kent verschillende bepalingen met directe horizontale werking, dat wil zeggen bepalingen die een particulier tegenover een andere particulier kan invoeren met als gevolg dat de ene particulier tegen de andere particulier een recht geldend kan maken of van een verplichting wordt bevrijd.<sup>3</sup>

Als gevolg daarvan kan zich enerzijds de situatie voordoen dat een privaatrechtelijke rechtsverhouding tegelijk binnen de reikwijdte van verschillende Unierechtelijke regels valt, en anderzijds de situatie dat een privaatrechtelijke rechtsverhouding óók wordt beheerst door het nationale recht van de lidstaten. Leiden die rechtsregels tot verschillende resultaten, dan levert dat de vragen op die ik ook in de inleiding al aanstipte: kunnen de rechtsregels naast elkaar worden toegepast en kan de belanghebbende een keuze maken, of moet de belanghebbende een keuze maken, of gaat een van de rechtsregels voor?

\* Mr. drs. T.S. Hoyer is advocaat bij BarentsKrans te Den Haag.

De auteur is in die hoedanigheid betrokken bij enkele in dit artikel aangehaalde procedures.

1 HvJ EU 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*), punt 26. Zie voor art. 101 VWEU laatst: HvJ EU 6 oktober 2021, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (*Sumal*), punt 33, en voor art. 102 VWEU: HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*), punt 39.

2 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*), punten 23 en 26.

3 Asser/Hartkamp 3-I 2019/12.

De Graaff heeft onderzocht aan de hand van welke gezichtspunten deze vragen van samenloop in het Europees privaatrecht beantwoord moeten worden. In zijn proefschrift constateert hij eerst dat die vragen dikwijls worden beantwoord op basis van drie veronderstellingen.<sup>4</sup> Ten eerste dat Unierecht voorrang heeft op nationaal recht. Ten tweede dat richtlijnen en verordeningen in de plaats komen van nationale wetten. En ten derde dat bijzondere regels voorgaan op algemene regels (het adagium *lex specialis derogat legi generali*). De Graaff beoogt overtuigend dat al die veronderstellingen niet kunnen worden gebruikt als strikt criterium. De vraag of een regel voorgaat op een andere regel is een vraag van uitleg die niet (enkel) op basis van deze veronderstellingen kan worden beantwoord.<sup>5</sup>

Maar hoe dan wel? Als aanloop ter beantwoording van die vraag geeft De Graaff een overzicht van de soorten rechtsregels die samen kunnen lopen.<sup>6</sup> In navolging van de Amerikaanse jurist Wesley Newcomb Hohfeld onderscheidt hij drie categorieën: *claims*, *powers* en *defences*. De term ‘claim’ ziet op een regel die een persoon een aanspraak geeft op een prestatie van een andere persoon, zoals een vordering tot nakoming of een vordering tot schadevergoeding. De term ‘power’ ziet op een bevoegdheid van een persoon om een rechtstoestand te creëren, te wijzigen of teniet te laten gaan, zoals de ontbinding of vernietiging van een overeenkomst. De term ‘defence’ ziet op een verweermiddel dat ten dienste staat van de persoon die door het inroepen van een claim of power wordt geraakt, zoals een beroep op verjaring.

De Graaff beschrijft vervolgens hoe vragen van samenloop beantwoord worden naar nationaal Duits, Engels, Frans en Nederlands recht.<sup>7</sup> Hij laat zien dat al die rechtsstelsels in wezen dezelfde benadering en oplossing kennen, oftewel hetzelfde – wat De Graaff noemt – ‘interpretatiemodel’ hebben. Zo geldt in alle vier de rechtsstelsels het uitgangspunt dat samenlopende rechtsregels naast elkaar van toepassing zijn, en dat de belanghebbende mag kiezen op welke rechtsregel hij een beroep doet (*keuzevrijheid*).<sup>8</sup> Dit uitgangspunt berust op de gedachte dat elke regel zo veel mogelijk tot zijn recht moet komen.

Het kan echter zijn dat verschillende rechtsregels leiden tot rechtsgevolgen die niet gelijktijdig kunnen intreden. Zo is het niet mogelijk een overeenkomst te vernietigen en tevens daarvan nakoming te vorderen. In dat geval geldt in alle onderzochte rechtsstelsels dat de belanghebbende een keuze moet maken (*keuzeplicht*).<sup>9</sup> Daarnaast kan het zo zijn dat de ene regel de andere regel verdringt, waardoor de belanghebbende

geen keuze kan maken (*exclusiviteit*).<sup>10</sup> Naar Nederlands recht geldt bijvoorbeeld dat in het geval van samenloop van een vordering uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en een vordering wegens een aanvaring ex art. 8:1003 BW enkel de kortere verjaringstermijn van art. 8:1793 BW van toepassing is.<sup>11</sup> De Graaff laat zien dat de hoogste rechters van de onderzochte rechtsstelsels een regel bij voorkeur niet volledig uitsluiten. Exclusiviteit is de uitzondering, die met terughoudendheid moet worden toegepast.

Na deze verhandeling over het nationale recht van Duitsland, Engeland, Frankrijk en Nederland buigt De Graaff zich over het Unierecht.<sup>12</sup> Hij laat eerst zien dat ook het Unierecht verschillende *claims*, *powers* en *defences* toekent aan belanghebbenden. Zo bevat het primaire Unierecht bijvoorbeeld het discriminatieverbod van art. 18 VWEU, alsmede art. 101 en 102 VWEU en het recht op schadevergoeding dat uit die artikelen voortvloeit.

De Graaff laat zien dat ook in het Unierecht uitgangspunt is dat samenlopende rechtsregels naast elkaar van toepassing zijn. De Graaff wijst bijvoorbeeld op de samenloop van art. 101 en 102 VWEU. Het HvJ EU heeft in meerdere arresten laten zien dat een feitelijke situatie bestreken kan worden door zowel het kartelverbod van art. 101 VWEU als het verbod op misbruik van machtspositie van art. 102 VWEU. In dat geval zijn beide regels naast elkaar van toepassing, en kan een belanghebbende kiezen op welke bepaling hij een beroep doet (*keuzevrijheid*).<sup>13</sup> Verder kan een feitelijke situatie ook tegelijk worden bestreken door de vrijverkeersbepalingen en het mededingingsrecht, waarbij het erop lijkt dat toepassing van deze rechtsregels op een concreet geval tot dezelfde uitkomst zou moeten leiden.<sup>14</sup>

Daarnaast laat De Graaff zien dat ook in het Unierecht de uitzondering bestaat dat een belanghebbende een keuze moet maken indien de rechtsgevolgen van samenlopende rechtsregels niet gelijktijdig kunnen intreden (*keuzeplicht*).<sup>15</sup> En ook het Unierecht kent de uitzondering dat de ene rechtsregel de andere rechtsregel kan verdringen (*exclusiviteit*). Zo gaat De Graaff uitgebreid in op de verhouding tussen art. 18 VWEU en de vrijverkeersbepalingen.<sup>16</sup> In dat kader behandelt hij de ontwikkeling van de rechtspraak van het HvJ EU, met als voorlopig sluitstuk dat indien een geval zowel wordt bestreken door art. 18 VWEU als door een van de vrijverkeersbepalingen

<sup>10</sup> Vgl. Castermans & Krans 2019/3, p. 7.

<sup>11</sup> HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414 (Fernhout/Essent), r.o. 4.2.

<sup>12</sup> Zie De Graaff 2020, hoofdstuk 4.

<sup>13</sup> Zie De Graaff 2020, par. 5.3.5 met verwijzing naar HvJ EU 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (Hoffman-La Roche/Commissie) en HvJ EU 11 april 1989, C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140 (Ahmed Saeed).

<sup>14</sup> Zie De Graaff 2020, par. 5.4.3 met een verwijzing naar HvJ EU 15 december 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 (Bosman) en de conclusie van A-G Lenz van 20 september 1995, C-415/93, ECLI:EU:C:1995:293.

<sup>15</sup> Zie De Graaff 2020, par. 6.6.

<sup>16</sup> Zie De Graaff 2020, par. 5.2.

<sup>4</sup> Zie R. de Graaff, *Concurrence in European Private Law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2020, par. 1.1, p. 2-3.

<sup>5</sup> Zie De Graaff 2020, par. 1.1, p. 4.

<sup>6</sup> Zie De Graaff 2020, par. 2.3.

<sup>7</sup> Zie De Graaff 2020, par. 2.5.

<sup>8</sup> Vgl. A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019/3, p. 7.

<sup>9</sup> Vgl. Castermans & Krans 2019/3, p. 7.

gen, art. 18 VWEU moet wijken voor de betreffende vrijverkeersbepaling.<sup>17</sup>

Ten slotte laat De Graaff zien dat ook in het Unierecht exclusiviteit de uitzondering is, die met terughoudendheid moet worden toegepast. In dat kader wijst hij op een arrest van het HvJ EU inzake de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, die bepaalt dat ‘in geval van strijdigheid’ met richtlijnen die ‘specifieke aspecten’ van oneerlijke handelspraktijken regelen, die specifiekere richtlijnen voorgaan. Het HvJ EU benadrukte ter zake dat voor strijdigheid meer nodig is dan ‘louter een ongelijkheid of een verschil’, maar dat het dient te gaan om een onderscheid dat niet (kort gezegd) op een andere manier kan worden overbrugd dan door één van beide regels buiten toepassing te laten.<sup>18</sup>

### 3 Huidige benadering in de Nederlandse rechtspraak: internationaal privaatrecht

Ik keer terug naar het vraagstuk zoals ik dat schetste in de inleidende paragraaf. Een benadeelde van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht heeft (in beginsel) 27 mogelijke schadevorderingen tot zijn beschikking, te weten één per lidstaat van de Europese Unie. Wat is dan rechtens?

Zoals gezegd, in de Nederlandse rechtspraak wordt dit vraagstuk gezien als een kwestie die opgelost wordt door toepassing van (enkel) het internationaal privaatrecht, meer specifiek de marktregel zoals neergelegd in art. 4 lid 1 Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (WCOD)<sup>19</sup> (dan wel art. 6 lid 3 sub a Rome II<sup>20</sup>). De marktregel houdt in dat een schadevordering wegens een inbreuk op het mededingingsrecht wordt beheerst door het recht van het land waar de markt is beïnvloed. De marktregel leidt aldus tot het resultaat dat – naast de publiekrechtelijke gevolgen – ook de privaatrechtelijke gevolgen van een beïnvloeding van de markt in een land bij uitsluiting worden geregeld door het recht van dat land. De marktregel leidt tot voor marktdeelnemers voorspelbare resultaten en waarborgt bovendien de gelijke behandeling van diezelfde marktdeelnemers op eenzelfde markt.<sup>21</sup> Zo weten bijvoorbeeld alle marktdeelnemers op de Spaanse markt dat hun handelen wordt beoordeeld aan de hand van Spaans recht.

De marktregel is eenvoudig toepasbaar als het gaat om een schadevordering wegens een inbreuk op bijvoorbeeld Grieks nationaal mededingingsrecht. Omdat Grieks mededingingsrecht beoogt de markt in Griekenland te beschermen, heeft een dergelijke vordering betrekking op een beïnvloeding van de markt in Griekenland, en wordt deze dus beheerst door

Grieks recht.<sup>22</sup> Alle inhoudelijke aspecten van die schadevordering, waaronder de vraag óf (en in hoeverre) er sprake is geweest van een onrechtmatige daad, worden vervolgens enkel en alleen beoordeeld aan de hand van dat Griekse recht.

Het wordt ingewikkeld(er) als het gaat om een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. Het Europees mededingingsrecht beoogt de interne markt van de Europese Unie te beschermen. Een rechttoe-rechtaan toepassing van de marktregel zou dan tot het resultaat leiden dat een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht (eveneens) wordt beheerst door Europees recht. Het Europees recht zelf kent echter geen (uitgewerkt) aansprakelijkheidsrecht. Het is (daarom), aldus het HvJ EU, aan het recht van de nationale lidstaten om eenieder het recht op schadevergoeding te verlenen.<sup>23</sup>

Om die reden is in de Nederlandse rechtspraak het gebruik ontstaan om op zoek te gaan naar een aanknopingspunt dat te lokaliseren valt in één lidstaat, aan de hand waarvan vervolgens kan worden vastgesteld welk nationaal recht van toepassing is op de betreffende schadevordering. Neem bijvoorbeeld de procedures over het paraffinewaskartel en het natriumchloraatkartel, beide inbreuken op het Europees mededingingsrecht. In die procedures knoopten de betreffende gerechten (in navolging van partijen) aan bij de plaats van de productielocatie van de afnemer, omdat de feitelijke afname van het gekartelliseerde product op die plaats had plaatsgevonden.<sup>24</sup> De schadevorderingen van de benadeelde afnemers werden zodoende beoordeeld naar het recht van het land van die plaats.

Ook in de procedures over het luchtvrachtkartel is eerst de rechtbank Amsterdam en later het gerechtshof Amsterdam op zoek gegaan naar mogelijke aanknopingspunten. Aanknopingspunten die de revue passeerden, waren onder meer de plaats van vertrek van een vlucht, de plaats van aankomst van een vlucht, de plaats van het hoofdkantoor van de gedaagde luchtvaartmaatschappij en de plaats van vestiging van de benadeelde. Een andere optie die op tafel lag, was de toepasselijkheid van Nederlands recht als *lex fori*.<sup>25</sup> De rechtbank Amsterdam besloot de kwestie middels het stellen van prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad.<sup>26</sup>

De Hoge Raad weigerde die vragen echter te beantwoorden.<sup>27</sup> Ten eerste omdat volgens de Hoge Raad nog niet vaststond dat een antwoord op de prejudiciële vragen nodig was om op

17 Zie De Graaff 2020, par. 5.2.5.

18 HvJ EU 13 september 2018, gevoegde zaken C-54/17 en C-55/17, ECLI:EU:C:2018:710 (Wind Tre), punt 60.

19 De WCOD is met ingang van 1 januari 2012 ingetrokken.

20 Verordening (EG) 864/2007.

21 Vgl. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('ROME II'), COM/2003/0427 def., p. 18.

22 Vgl. Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:509.

23 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (Otis), punten 23 en 26.

24 Rb. Den Haag 17 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:15722, r.o. 4.49 en 4.50; Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166, r.o. 4.24; Hof Amsterdam 4 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:194, r.o. 3.4 en 3.11.

25 Rb. Amsterdam 1 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3393.

26 Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:10662, r.o. 4.21.

27 HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345.

de betreffende schadevorderingen te beslissen. Dit omdat nog niet vast zou staan dat er sprake was van inbreuk, aangezien het Gerecht van de Europese Unie nog niet had beslist op het beroep van de luchtvaartmaatschappijen tegen het boetebesluit van de Commissie. Ten tweede omdat de WCOD is ingetrokken, en tegen die achtergrond niet zou zijn voldaan aan het vereiste dat een antwoord op de prejudiciële vragen van belang is voor – kort gezegd – een veelheid aan soortgelijke vorderingsrechten of talrijke soortgelijke geschillen.

Op beide punten valt het nodige af te dingen. Ten aanzien van het eerste punt geldt dat het boetebesluit van de Commissie een middel is om te bewijzen dat er sprake is geweest van een inbreuk. Een vernietiging van het boetebesluit zou dus nog niet meebrengen dat er *dus* geen sprake is geweest van een inbreuk; de benadeelde komt enkel in een lastiger bewijspositie terecht. Verder geldt naar Unierecht dat een beroep tegen een beschikking van de Commissie geen afbreuk doet aan de verplichting voor de nationale rechter om uit te gaan van de geldigheid daarvan.<sup>28</sup> Ten aanzien van het tweede punt geldt dat het in de procedures over het luchtvrachtkartel alleen al om honderden schadevorderingen ging.

Wat daar ook van zij, de bal lag vervolgens weer bij de rechtbank, die uiteindelijk oordeelde dat Nederlands recht van toepassing is op de schadevorderingen (die de betreffende claimvehikels hadden verkregen) van afnemers van luchtvrachtvervoerdiensten.<sup>29</sup> De rechtbank overwoog daartoe dat het wereldwijde luchtvrachtkartel de markt in zeer veel landen heeft beïnvloed, waaronder in Nederland. De marktregel van art. 4 lid 1 WCOD zou zodoende leiden tot de toepasselijkheid van ‘ieder denkbaar rechtsstelsel’, wat volgens de rechtbank geen ‘werkbaar resultaat’ is. In dat geval rechtvaardigen het doeltreffendheidsbeginsel en de goede procesorde dat Nederlands recht van toepassing is op alle schadevorderingen, aldus de rechtbank.

In hoger beroep kwam het gerechtshof Amsterdam uiteindelijk tot dezelfde conclusie (de toepasselijkheid van Nederlands recht), maar langs een andere redenering. Het hof stelde voorop dat, ‘teneinde artikel 4 lid 1 WCOD toe te passen, moet worden onderzocht in welk land de ongeoorloofde mededingingshandeling de voor de benadeelde *shipper* relevante concurrentieverhoudingen heeft beïnvloed’.<sup>30</sup> Vanwege het ‘transnationale karakter’ van luchtvrachtdiensten zijn die concurrentieverhoudingen in verschillende landen tegelijk beïnvloed, waaronder op de plaats van aankomst en de plaats van vertrek. Net als de rechtbank kwam het hof tot het oordeel dat de marktregel van art. 4 lid 1 WCOD voor dat geval geen oplossing biedt. Er is daarom, aldus het hof, sprake van een leemte in het Nederlandse recht.

Het hof vulde deze leemte vervolgens in door aansluiting te zoeken bij art. 6 lid 3 sub b Rome II. Dit artikel geeft de eisende partij in geval van een beperking van de mededinging die de markt in meerdere landen heeft beïnvloed, de mogelijkheid om een rechtskeuze te maken voor de *lex fori*. Het hof constateerde dat Rome II weliswaar temporeel niet op het luchtvrachtkartel van toepassing was, maar dat zij wel een pragmatische oplossing bevat voor het onderhavige probleem, welke oplossing als onderdeel van Rome II in de EU breed is aanvaard. Dit oordeel bouwt voort – zo volgt ook uit de expliciete verwijzing van het hof – op het oordeel van de Hoge Raad in de kwestie TenneT/ABB, dat het ook in gevallen waarin Richtlijn 2014/104/EU temporeel niet van toepassing is, wenselijk is om het nationale recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met die richtlijn.<sup>31</sup>

#### 4 Andere benadering: samenloop in het Europees recht?

Uit het voorgaande volgt dat de Nederlandse rechtspraak een fundamenteel onderscheid maakt tussen de toepassing van de marktregel in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op (bijvoorbeeld) het Grieks mededingingsrecht en de toepassing ervan in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.

Dat een schadevordering wegens een inbreuk op het Griekse mededingingsrecht wordt beheerst door Grieks recht volgt uit het enkele feit dat de benadeelde stelt dat hij schade heeft geleden als gevolg van een inbreuk op het Griekse mededingingsrecht, en dus als gevolg van een beïnvloeding van de Griekse markt. De vraag of er (daadwerkelijk) sprake is geweest van een onrechtmatige daad, en de vraag of de gevorderde schade daarvan (daadwerkelijk) een gevolg is, zijn vragen die vervolgens (enkel en alleen) worden beantwoord aan de hand van het toepasselijke Griekse recht, maar dus niet aan de hand van het internationaal privaatrecht.

Dat is (opeens) anders als het gaat om een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. In de zoektocht naar een aanknopingspunt dat in één lidstaat te lokaliseren is, wordt de inhoudelijke beoordeling van de schadevordering immers (gedeeltelijk) naar voren getrokken. Het gerechtshof Amsterdam bracht dat in de procedures over het luchtvrachtkartel onder woorden met de overweging dat, ‘teneinde artikel 4 lid 1 WCOD toe te passen, moet worden onderzocht in welk land de ongeoorloofde mededingingshandeling de voor de benadeelde *shipper* relevante concurrentieverhoudingen heeft beïnvloed’. Men kan in elk geval om twee redenen vraagtekens zetten bij dit verschil in toepassing.

Ten eerste geldt dat deze benadering kan leiden tot ongelijke behandeling van marktdeelnemers op eenzelfde markt, wat de marktregel nu juist beoogt te voorkomen. Het is immers theoretisch mogelijk dat de rechter aan de hand van art. 4 lid 1

28 HvJ EU 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 (Masterfoods), punten 52-53.

29 Rb. Amsterdam 1 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3393.

30 Hof Amsterdam 6 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1940.

31 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT/ABB), r.o. 4.3.4.

WCOD tot de conclusie komt dat de schade van de benadeelde *geen* gevolg is van een beïnvloeding van de markt in een bepaald land, terwijl dat volgens het recht van dat land *wel* het geval is. Zodoende zou Nederlands internationaal privaatrecht meebepalen of en in hoeverre een beïnvloeding van de markt in dat land privaatrechtelijke gevolgen heeft.

Ten tweede veronderstelt deze benadering dat een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, die daarmee betrekking heeft op de interne Europese markt, kan worden opgesplitst in verschillende, afgebakende deelbreuken die ieder betrekking hebben op de markt in een specifieke lidstaat. Dat is conceptueel echter moeilijk te verenigen met het wezen van de interne markt, te weten één ruimte zonder binnengrenzen.<sup>32</sup> Ter vergelijking, een inbreuk op het Nederlands mededingingsrecht laat zich ook niet opsplitsen in twaalf deelbreuken die betrekking hebben op de twaalf afzonderlijke provincies.

Mede geïnspireerd door het proefschrift van De Graaff, stel ik op deze plek een alternatieve (en eenvoudigere) benadering voor. De *eerste stap* in die benadering is dat de marktregel op dezelfde (eenvoudige) wijze wordt toegepast in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht, als in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op (bijvoorbeeld) Grieks mededingingsrecht. Een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht heeft betrekking op de interne Europese markt, en wordt daarmee ingevolge de marktregel dus simpelweg beheerst door Europees recht.

De *tweede stap* betreft de constatering dat het feit dat het Europees recht zelf geen aansprakelijkheidsrecht bevat, niet betekent dat men weer ‘terug bij af’ is en de marktregel weer ‘herleeft’. Met andere woorden: het ‘probleem’ dat het Europees recht zelf geen (uitgewerkt) aansprakelijkheidsrecht bevat, is geen probleem van internationaal privaatrecht, maar een probleem waarvoor het Europees recht – als het door de marktregel aangewezen recht – een oplossing moet bieden.

Zoals gezegd, verwijst het HvJ EU naar het nationale recht van de lidstaten, dat eenieder het recht op schadevergoeding moet verlenen.<sup>33</sup> Dat zijn echter 27 verschillende rechtsstelsels. Mijn alternatieve redenering kent dan ook een *derde stap*, de toepassing van de regels van samenloop in het Europees privaatrecht teneinde het probleem op te lossen van 27 samenlopende schadevorderingen, althans 27 samenlopende nationale rechtsstelsels. Zo ben ik weer terug bij het proefschrift van De Graaff. Toepassing van zijn bevindingen leidt dan tot het volgende.

Zoals volgt uit het onderzoek van De Graaff (zie hiervoor in par. 2), geldt ook naar Europees recht het uitgangspunt dat samenlopende rechtsregels naast elkaar van toepassing zijn en

dat de belanghebbende mag kiezen op welke rechtsregel hij een beroep doet (*keuzevrijheid*). Dat zou in dit geval meebrengen dat een benadeelde van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht mag kiezen op welke schadevordering, althans op welk nationaal recht hij een beroep doet.

Dat is, zo volgt eveneens uit het onderzoek van De Graaff, ook naar Europees recht alleen anders indien een van de twee uitzonderingen zich voordoen, die zouden maken dat er sprake is van een *keuzeplicht* of *exclusiviteit*. De eerste uitzondering doet zich hier echter niet voor. De rechtsgevolgen van afzonderlijke schadevorderingen – vergoeding van schade – kunnen immers zonder problemen naast elkaar bestaan, zij het dat een benadeelde zijn schade uiteraard niet meer dan één keer vergoed kan krijgen.<sup>34</sup> Het is in dit geval dus niet noodzakelijk dat de benadeelde een keuze maakt voor een bepaalde schadevordering, althans voor een bepaald nationaal rechtsstelsel.

Wel is het zo dat indien een benadeelde volledig in het midden zou laten op welke schadevordering hij een beroep doet, dit tot complexe situaties kan leiden voor zover het nationale recht van de lidstaten van elkaar zou verschillen.<sup>35</sup> Daarom zou – aldus ook De Graaff<sup>36</sup> – van de benadeelde kunnen worden gevergd om aan te geven op welke schadevordering, althans op welk nationaal recht hij primair een beroep doet. Van een echte keuzeplicht is in dat geval echter geen sprake.

Uit de standaardjurisprudentie van het HvJ EU kan men afleiden dat de tweede uitzondering (exclusiviteit) zich hier wel voordoet. Het HvJ EU overweegt daarin immers steevast dat het aan de *nationale* rechter (als ‘Unierechter’) is om de privaatrechtelijke gevolgen van het Europees mededingingsrecht te handhaven, aan de hand van de *nationale* regels die eenieder het recht op schadevergoeding moeten verlenen.<sup>37</sup> Het HvJ EU lijkt er daarmee van uit te gaan dat in een concreet geval het nationale aansprakelijkheidsrecht van de aangezochte nationale rechter van toepassing is. Dit zou stroken met art. 6 lid 3 sub b Rome II, waaruit volgt dat de voorkeur van de Europese wetgever uitgaat naar toepassing van het recht van de aangezochte rechter (de *lex fori*).

Samengevat komt mijn alternatieve benadering erop neer dat de marktregel meebrengt dat een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht wordt beheerst door Europees recht, dat verwijst naar het nationale recht van de lidstaten. Vervolgens brengen de regels van samenloop in

32 Vgl. art. 26 VWEU.

33 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (Otis), punten 23 en 26.

34 Vgl. Castermans & Krans, Samenloop (Mon. BW nr. A21) 2019/27, p. 86.

35 Van grote verschillen kan gelet op de invloed van het Unierecht echter geen sprake zijn. Zie over de sturing die het HvJ EU inmiddels heeft gegeven aan het nationale recht van de lidstaten mijn recente bijdrage in dit tijdschrift: T.S. Hoyer, Aspecten van civiele aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht: de stand van zaken na Skanska, Cogeco, Otis en Sumal, MvV 2021, afl. 11, p. 363.

36 Zie De Graaff 2020, par. 2.5, p. 31.

37 HvJ EU 12 december 2019, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (Otis), punten 21, 25 en 26.

het Europees privaatrecht mee dat een benadeelde in beginsel mag kiezen op welke schadevordering, althans op welk nationaal rechtsstelsel hij een beroep doet (keuzevrijheid). Uit de jurisprudentie van het HvJ EU kan men echter afleiden dat in een concreet geval het nationale recht van de aangezochte nationale rechter (de *lex fori*) van toepassing is, in welk geval sprake zou zijn van exclusiviteit.

Deze alternatieve benadering komt tegemoet aan de hiervoor gemaakte juridisch-dogmatische kanttekeningen bij de huidige benadering in de Nederlandse rechtspraak. Bovendien is zij zeer eenvoudig toepasbaar, zowel voor de benadeelde als voor de nationale rechter (als voor de betrokken inbreukmaker(s)). De benadering sluit zodoende naadloos aan op de wens van alle Europese instanties om de private handhaving van het Europees mededingingsrecht te bevorderen.

### 5 Conclusie

De Graaff heeft met zijn proefschrift een zeer waardevolle bijdrage geleverd aan het wetenschappelijk debat over samenloop in het Europees privaatrecht. Hoewel het een onderwerp is waar de praktijkjurist niet dagelijks mee te maken zal krijgen, heb ik met deze bijdrage een poging gedaan om de bevindingen van De Graaff toe te passen op een vraagstuk dat ook de komende jaren in verschillende procedures nog volop in de belangstelling zal staan.