



A r t i k e l e n

Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims'?¹

Een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels

mr. Chr.F. Kroes²

Op 2 april 2008 publiceerde de Europese Commissie haar Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels. Aan dit Witboek is één van de meest uitvoerige consultatierondes in de geschiedenis van de Europese Unie vooraf gegaan.³ Die consultatieronde omvat twee uitvoerige studies, publieke consultaties en de raadpleging van andere geïnteresseerden op het niveau van de lidstaten en de Europese Gemeenschap, toezichthouders, prominente wetenschappers en beoefenaars van het Gemeenschapsrecht uit de private sector. Ik kreeg bij lezing van het Witboek en de bijbehorende documentatie de indruk dat al die consultaties de Europese Commissie een beetje in verwarring hebben gebracht. Om een voorbeeld te noemen: wanneer de Commissie spreekt over proportionaliteit en subsidiariteit heet het dat 'there is a clear need for and added value in' gemeenschapswetgeving ter zake van de schadevergoedingsactie bij overtredingen van het communautaire mededingingsrecht.⁴ Even verderop neemt de Commissie echter flink gas terug. Zij zal de dialoog met belanghebbenden over dit onderwerp na publicatie van het Witboek intensiveren en naar aanleiding daarvan beslissen of zij met wetgeving komt.⁵ Kennelijk staat de noodzaak van wetgeving toch nog onvoldoende vast. Zoals ik al eerder schreef⁶, is dat laatste wat betreft Nederland mijns inziens in elk geval juist. In deze bijdrage bespreek ik wat de Europese Commissie blijkens het

Witboek voor ogen heeft en in hoeverre de Nederlandse wetgeving daaraan voldoet.⁷ En passant plaats ik enkele kritische kanttekeningen bij het Witboek.

Doel en opzet van het Witboek

Het uitgangspunt voor de Commissie is het recht op compensatie voor slachtoffers van schendingen van het Europese mededingingsrecht. In een aantal uitspraken heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld dat iedere burger of onderneming die schade heeft geleden als gevolg van een schending van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag schadevergoeding moet kunnen vorderen.⁸

1 Zie: 'Kroes wil kartels bedolven onder lawine van schadeclaims', in: *Het Financieele Dagblad* 14 juni 2008.

2 De auteur dankt mr. M.G. Iutje Beerenbroek voor zijn op- en aanmerkingen bij een eerdere versie.

3 Zie de Commission Staff Working Document (SEC(2008) 405), blz. 65.

4 Commission Staff Working Document, blz. 62.

5 Commission Staff Working Document, blz. 65.

6 Met M.G. Iutje Beerenbroek, zie: Meer oog voor schadeverhaal, in: *Het Financieele Dagblad* 8 februari 2007 en Verbeteren van claimrecht burger is borrelpraat, in: *Het Financieele Dagblad* 20 december 2007.

7 Zie over het Witboek ook: Saskia Hoes-Wieshut, Daan Lunsingh Scheurleer en Herman Speyart, Het Witboek Schadevergoeding afgezet tegen de huidige Nederlandse situatie: verworvenheden en vernieuwingen, in: *AM* 2008/6, blz. 137 e.v. dat verscheen op de valreep van de sluiting van de redactie van deze bijdrage.

8 HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage / Crehan*), HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04 (*Manfredi e.a.*).

Mr. Chr.F. Kroes is advocaat te Amsterdam en partner bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

Volgens de Europese Commissie krijgen slachtoffers van schendingen van communautaire mededingingsregels in de praktijk echter zelden herstel van hun schade.⁹ Het bedrag dat slachtoffers aan schadevergoeding 'mislopen' zou in de orde van grootte van een aantal miljarden euro's liggen.¹⁰ Uit het Witboek komt naar voren dat de Europese Commissie vindt dat te weinig slachtoffers ertoe overgaan om een vordering tot schadevergoeding in te stellen.¹¹ Dat komt volgens de Commissie doordat voor zo'n vordering juridische en procedurele hinderpalen bestaan. De klassieke regels van het civiele aansprakelijkheidsrecht en procedurevoorschriften zouden onvoldoende rekening houden met de specifieke kenmerken van schadevergoedingsacties op grond van schending van het mededingingsrecht. Daarbij gaat het om de ingewikkelde feitelijke en economische analyse die aan de vordering ten grondslag moet worden gelegd, de ontoegankelijkheid voor eisers van (doorslaggevend) bewijsmateriaal en – dat zal daarmee verband houden – de voor eisers ongunstige verhouding tussen kosten en baten.

De Europese Commissie is van opvatting dat deze problemen het beste kunnen worden aangepakt door een samenstel van maatregelen op Europees en nationaal niveau. Het gaat om de volgende maatregelen.

Maatregelen uit het Witboek

1. Groepsactie

De Europese Commissie stelt voor om twee soorten collectieve acties in te voeren. Belangenbehartigers moeten de mogelijkheid krijgen om ten behoeve van slachtoffers schadeacties te voeren. Die belangenbehartigers moeten dan worden ingesteld door daartoe bevoegde entiteiten namens geïdentificeerde of, in beperkte gevallen, identificeerbare slachtoffers.¹² Het gaat daarbij om entiteiten die hetzij door een lidstaat vooraf zijn aangewezen of door een lidstaat op ad hoc basis zijn erkend om in een bepaalde zaak op te treden namens alle of een deel van hun leden.

Daarnaast zouden opt-in collectieve schadeacties mogelijk moeten worden voor slachtoffers die besluiten om hun individuele schadeacties te bundelen in één procedure.

De Europese Commissie vindt dat deze twee soorten collectieve acties elkaar kunnen aanvullen, omdat de bevoegde entiteiten niet alle schadevorderingen zullen willen behandelen.

2. Beperkte discovery

Eén van de problemen van mededingingsrechtelijke schadeacties is volgens de Europese Commissie dat belangrijk bewijsmateriaal zich in handen bevindt van de gedaagde of van derden.¹³ Dat pleit voor *discovery*. De Europese Commissie wil echter de nadelen vermijden van 'veel te brede en belastende' verplichtingen tot openbaarmaking, aangezien deze het risico van misbruik inhouden.

Om die reden stelt de Europese Commissie beperkte *discovery* voor. Daarbij bouwt de Europese Commissie voort op richtlijn 2004/28/EG.¹⁴ De *discovery* dient te worden beperkt

tot welomschreven categorieën van bewijsmateriaal. De openbaarmaking van bewijsmateriaal¹⁵ moet onder rechterlijk toezicht staan. De rechter zal de openbaarmaking van het bewijsmateriaal pas gelasten als eiser alle feiten en bewijsmiddelen heeft gepresenteerd die redelijkerwijs beschikbaar zijn en waaruit aannemelijk wordt dat eiser schade heeft geleden als gevolg van een schending van het mededingingsrecht door gedaagde. In hoeverre ook van derden openbaarmaking kan worden geveerd, blijkt niet uit het Witboek.

De eiser moet verder aantonen dat hij in weerwil van redelijke inspanningen niet in staat is om het verlangde bewijsmateriaal op een andere manier in het geding te brengen. Voorts moet eiser de categorieën bewijsmateriaal precies omschrijven. De rechter moet zich ervan vergewissen dat het bewijsmateriaal relevant is voor de zaak en de openbaarmaking noodzakelijk en evenredig is.¹⁶

Om de *discovery* daadwerkelijk af te dwingen moeten er sancties met een afschrikwekkende werking komen, indien wordt geweigerd bewijsmateriaal openbaar te maken of in het geval van vernietiging van bewijsmateriaal. Daaronder begrijpt de Europese Commissie dat de rechter daaruit voor gedaagde ongunstige gevolgtrekkingen maakt.

3. Bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten

De Europese Commissie stelt voor dat een besluit van een nationale mededingingsautoriteit waarin een inbreuk op het mededingingsrecht wordt vastgesteld (of een beslissing van een rechter die dat besluit bekrachtigt) moet worden geaccepteerd als onweerlegbaar bewijs van die inbreuk in een civiele procedure tot schadevergoeding.¹⁷ Voor dergelijke besluiten van de Europese Commissie zelf geldt dit al.¹⁸ Deze regel zal niet alleen betrekking hebben op besluiten van de mededingingsautoriteit van de lidstaat van het aangezochte forum, maar ook voor besluiten van mededingingsautoriteiten uit andere lidstaten.¹⁹

De regel zal gelden voor een procedure waarin dezelfde praktijken door dezelfde onderneming of ondernemingen aan de orde zijn als in het besluit van de nationale mededingingsautoriteit. Mits gedaagde alle beroepsmogelijkheden heeft uitgeput, mag de rechter geen beslissingen nemen die

9 Witboek, blz. 2

10 Witboek, blz. 2.

11 Witboek, blz. 3.

12 Witboek, blz. 4.

13 Witboek, blz. 5.

14 De 'Handhavingsrichtlijn' (Richtlijn 2004/48). De openbaarmakingsverplichtingen zijn voor Nederland geïmplementeerd in art. 1019 Rv.

15 Het gaat in feite om overlegging aan de wederpartij en aan de rechter, maar ik volg het woordgebruik van de Europese Commie; zie Witboek, blz. 5.

16 Witboek, blz. 6.

17 Witboek, blz. 6.

18 Art. 16 Vo. (EG) 1/2003.

19 Witboek, blz. 6.

in strijd zijn met dat besluit (of de rechterlijke beslissing die dat besluit bekrachtigt).

4. Bewijs van schuld

De wetgeving van enkele lidstaten vereist dat schuld wordt bewezen om de aansprakelijkheid van gedaagde te aanvaarden voor een schending van de mededingingsregels. De Europese Commissie wil dat die lidstaten dat vereiste uit hun wetgeving schrappen. Zodra het slachtoffer een inbreuk heeft bewezen op art. 81 of 82 EG-Verdrag moet de inbreukmaker aansprakelijk worden gehouden voor de schade die als gevolg van die inbreuk aan het slachtoffer is ontstaan. Dat is alleen anders als de inbreukmaker kan aantonen dat er sprake is van een daadwerkelijk verschoonbare dwaling.

5. Schadevergoeding

De Europese Commissie is van plan om het *acquis communautaire* wat betreft de omvang van schadevergoeding te codificeren.²⁰ In het arrest *Manfredi* heeft het HvJ geoordeeld dat slachtoffers ten minste volledige compensatie moeten kunnen verkrijgen van de reële waarde van hun schade.²¹ Dat recht op schadevergoeding omvat derhalve niet alleen de reële schade als gevolg van de mededingingsverstoringe prijsverhoging, maar ook de gederfde winst ten gevolg van omzetsdaling. Verder omvat het recht op schadevergoeding rente, zodat de *time value* van het bedrag aan schadevergoeding op peil blijft.

Het is in mededingingszaken vaak lastig om de schade te begroten. De Europese Commissie is voornemens om de civiele rechter daarbij te helpen door een kader uit te werken van pragmatische, niet-bindende aanwijzigingen voor het begroten van schade in mededingingszaken.²²

6. Passing-on defence

De *passing-on defence* houdt in dat de eiser geen schade heeft geleden als gevolg van de schending van het mededingingsrecht, wanneer hij de prijsverhoging als gevolg van die schending heeft kunnen doorberekenen aan zijn afnemers. Het Amerikaanse recht staat de *passing-on defence* niet toe.²³ De Europese Commissie zag zich gesteld voor de vraag of zij het Amerikaanse recht daarin moet volgen. De Commissie beantwoordt die vraag in het Witboek ontkennend.²⁴ Zij meent dat excommunicatie van de *passing-on defence* niet valt te rijmen met het beginsel van reële schadevergoeding dat ten grondslag ligt aan het *acquis communautaire*.²⁵ Indien de *passing-on defence* aan gedaagden zou worden ontzegd, kan dat immers leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van eisers. Zij krijgen schadevergoeding, terwijl zij in staat zijn geweest om de prijsverhoging door te berekenen aan hun afnemers.

De *passing-on defence* kan daarnaast leiden tot een ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de inbreukmaker. Die ongerechtvaardigde verrijking is het spiegelbeeld van wat men een ongerechtvaardigde verarming zou kunnen noemen van schakels lager in de distributieketen. Die schakels zullen het vaak moeilijk hebben om te bewijzen in

welke mate prijsverhogingen aan hen zijn doorberekend. Om die moeilijkheid te ondervangen stelt de Europese Commissie de introductie voor van een weerlegbaar vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging volledig is doorberekend aan de lagere schakels.

7. Verjaringstermijnen

Aangezien verjaringstermijnen volgens de Europese Commissie een belangrijk obstakel kunnen vormen voor het vorderen van schade bij schending van mededingingsregels stelt zij afzonderlijke verjaringstermijnen voor. Haar voorstellen hebben zowel betrekking op zogenaamde *stand alone actions*²⁶ en zogenaamde *follow on actions*.²⁷

De Europese Commissie stelt voor dat de verjaringstermijn (a) bij voortgezette of herhaalde schendingen niet gaat lopen vóór de dag waarop de – naar valt aan te nemen laatste – schending is beëindigd en (b) niet begint te lopen dan nadat het slachtoffer kennis heeft of redelijkerwijze behoort te hebben van de schending en de schade die hem daardoor is aangedaan.

Om te voorkomen dat vorderingen tot schadevergoeding verjaren hangende een onderzoek door de mededingingsautoriteiten of een eventuele beroepsprocedure bij de administratieve rechter zou een nieuwe verjaringstermijn moeten gaan lopen van ten minste twee jaar nadat de inbreukbeschikking waarop de eiser zich beroept onherroepelijk is geworden.

8. Kosten

De kosten die zijn verbonden aan het voeren van schadevergoedingsactie kunnen prohibitief zijn. Datzelfde geldt volgens de Europese Commissie voor de regels ter zake de toewijzing van proceskosten. Vrijwel alle lidstaten kennen een of andere *loser pays* regel, zodat de eiser het risico loopt van een aanzienlijke proceskostenveroordeling als hij in het ongelijk wordt gesteld.

Aan de kosten van een procedure kan de Europese Commissie kennelijk weinig doen. Zij roept de lidstaten op om procedureregels vast te stellen die schikkingen aanmoedigen. Daarnaast doet zij een beroep op de lidstaten om griffierechten zo vast te stellen dat zij niet in de weg staan aan schadevergoedingsacties op grond van het mededingingsrecht. Daarnaast zou aan de nationale rechter de mogelijk-

20 Witboek, blz. 8; de Commissie spreekt van het 'bestaande *acquis communautaire*'. Dat lijkt mij een pleonasme.

21 Zie voetnoot 8.

22 Witboek, blz. 8.

23 Zie *Hannover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.* 392 U.S. 481 (1968) en *Illinois Brick Co. v. Illinois* 431 U.S. 720 (1977).

24 Blz. 9.

25 HvJ *Courage / Crehan* en *Manfredi*.

26 Dat zijn schadevorderingen die niet zijn voorafgegaan door de vaststelling van een schending door een mededingingsautoriteit.

27 Dat zijn procedures tot schadevergoeding die volgen nadat een mededingingsautoriteit de schending van mededingingsregels heeft vastgesteld.

heid moeten worden geboden om af te wijken van de gebruikelijke *loser pays* regel. Dit zou aan eisers de garantie moeten bieden dat zij niet alle kosten van de wederpartij behoeven te vergoeden, zelfs al zijn zij in het ongelijk gesteld.

9. Verhouding tot clementieregelingen

De dreiging van civielrechtelijk schadeverhaal kan de clementieregeling van de Europese Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten voor de voeten lopen. Die dreiging zou inbreukmakers ervan kunnen weerhouden om een inbreuk op te biechten met een beroep op die clementieregelingen. De angst dat een ondernemersverklaring (beter bekend als *leniency application*) aan de inbreukmaker kan worden tegengeworpen zou kunnen leiden tot terughoudendheid.

Daarom oordeelt de Commissie dat die *leniency applications* moeten worden gevrijwaard van *discovery*, ongeacht of de mededingingsautoriteit het clementieverzoek aanvaardt, afwijst of daarover geen besluit neemt. Het gaat daarbij om alle clementieverzoeken ten aanzien van een inbreuk op art. 81 EG-Verdrag, ook ingeval nationale mededingingsregels gelijktijdig van toepassing zijn.²⁸

Verder stelt de Europese Commissie voor om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de inbreukmaker aan wie daadwerkelijk immuniteit is verleend te beperken tot vorderingen van partijen met wie hij rechtstreeks of indirect contractuele betrekkingen heeft.²⁹

Een vergelijking met de Nederlandse wetgeving

1. Groepsactie

De Nederlandse collectieve actie komt op drie punten niet overeen met de actie door bevoegde entiteiten. Art. 3:305a lid 3 BW staat in de weg aan schadevergoeding in geld. Daarmee is het niet mogelijk om in de Nederlandse collectieve actie ten behoeve van slachtoffers schadeacties te voeren, zoals de Europese Commissie wil.

Verder vereist art. 3:305a BW niet dat de belangenorganisatie die de collectieve actie voert, is erkend. Het moet gaan om een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. Zij moet opkomen voor gelijksoortige belangen die zij ingevolge haar statuten behartigt.³⁰ Meer eisen stelt art. 3:305a BW niet. In het bijzonder is geen erkenning van de overheid noodzakelijk om een collectieve actie te voeren.³¹

Tot slot verlangt art. 3:305a BW niet dat de slachtoffers in het kader van een collectieve actie worden geïdentificeerd. Het enige vereiste dat art. 3:305a BW stelt, is dat de belangenorganisatie opkomt voor soortgelijke belangen. Een lijst met de namen van de slachtoffers ten behoeve van wie de actie wordt gevoerd, behoeft bijvoorbeeld niet te worden overgelegd.³²

Wat de Europese Commissie voor heeft met de opt-in collectieve schadeactie wordt niet geheel duidelijk. Het is echter meer dan de voeging van individuele zaken, zoveel is zeker.³³ Het lijkt dan ook te gaan om een 'class action'-achtige procedure, waarbij één eiser wordt aangewezen om namens slachtoffers een procedure te voeren. Die slachtoffers dienen

daarmee in te stemmen door een 'opt-in'-verklaring. In een dergelijke procedure voorziet het Nederlandse recht niet.

2. Discovery

Met art. 843a Rv voldoet Nederland mijns inziens al aan wat de Europese Commissie voorstaat. Op grond van die bepaling kan immers hij die daarbij een rechtmatig belang heeft inzage of kopie vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij (of zijn rechtsvoorgangers) partij is/zijn.

De rechtsbetrekking in de zin van art. 843a Rv omvat mede de onrechtmatige daad.³⁴ Een schending van het mededingingsrecht zal in de regel een onrechtmatige daad opleveren jegens het slachtoffer. Die schending valt derhalve onder de reikwijdte van art. 843a Rv.

Doordat een rechtmatig belang is vereist alsmede een rechtsbetrekking, moet de rechter nagaan of degene die inzage of kopie vordert aannemelijk heeft gemaakt dat hij schade heeft geleden door een schending van het mededingingsrecht.³⁵ Bij afwezigheid van schade zal een rechtmatig belang bij afgifte immers in de regel ontbreken.³⁶ Ik meen dat de vereisten van een rechtsbetrekking en een rechtmatig belang de toepassing van art. 843a Rv niet wezenlijk doen verschillen van hetgeen de Europese Commissie voor ogen heeft met de *discovery* overeenkomstig het Witboek. Die *discovery* zal immers onder toezicht staan van de rechter. De rechter zal *discovery* pas toestaan, indien eiser alle feiten en bewijsmiddelen naar voren heeft gebracht waaruit aannemelijk wordt dat eiser schade heeft geleden als gevolg van een schending van het mededingingsrecht door gedaagde. Eiser zal met andere woorden aannemelijk moeten maken dat hij schade heeft geleden als gevolg van een onrechtmatige daad van gedaagde. Dat komt erop neer dat hij een rechtsbetrekking (uit onrechtmatige daad) aannemelijk moet maken. Daar-

28 Witboek, blz. 11.

29 Witboek, blz. 12.

30 Art. 3:305a lid 1 BW.

31 Ofschoon niet helemaal duidelijk is wat de Europese Commissie bij die erkenning voor ogen staat, lijkt uit de Commission Staff Working Document te volgen dat daadwerkelijk de erkenning van iedere individuele belangenorganisatie is bedoeld en niet een samenstel van wettelijke 'kwaliteitseisen'; zie Commission Staff Working Document, blz. 19.

32 HR 7 november 1997, NJ 1998, 268. Alleen indien de belangenorganisatie optreedt voor een deel van de groep benadeelden, kan worden vereist dat zij duidelijkheid verschaft over die groep teneinde verwarring met andere groepsacties te voorkomen: Hof Amsterdam 7 oktober 2004, LJJN AR3465.

33 Commission Staff Working Document, blz. 20.

34 MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv., blz. 554.

35 Tenzij degene die de bescheiden onder zich heeft geen verweer voert; zie: HR 6 oktober 2006, NJ 2006, 547 (Meijer / Cornelis c.s.).

36 Vgl. HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259 (News c.s. / ABN AMRO).

bij valt te bedenken dat het begrip ‘rechtsbetrekking’ zeker in de lagere rechtspraak ruim wordt uitgelegd.³⁷

Aangezien de vordering ex art. 843a Rv slechts betrekking mag hebben op ‘bepaalde bescheiden’ zal de eiser (de categorieën) van het bewijsmateriaal precies moeten omschrijven.³⁸ Het begrip ‘bepaalde bescheiden’ moet ruim worden uitgelegd. Het gaat erom dat eiser de bescheiden waarvan hij inzage of afschrift vordert zodanig omschrijft dat duidelijk is welke documenten gedaagde af zal moeten geven als de vordering slaagt.³⁹ Het is niet nodig dat eiser de inhoud van de documenten kent.⁴⁰ In het kader van een procedure tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht zou bijvoorbeeld afschrift kunnen worden gevorderd van notulen van de marketingafdeling over een bepaalde periode, prijslijsten en prijscalculaties en productiegegevens over een bepaalde periode.⁴¹ Dat de documenten bepaaldelijk moeten worden omschreven verhindert, al dan niet in combinatie met het vereiste dat de eiser een rechtmatig belang moet hebben bij inzage of afschrift, zogenaamde *‘fishing expeditions’*.⁴² In mededingingsrechtelijke zaken ligt uiteraard het gevaar op de loer dat inzage of afschrift wordt gevorderd van concurrentiegevoelige informatie. In dat geval kan de vordering op grond van gewichtige redenen worden afgewezen.⁴³ Bovendien kan de rechter dat gevaar het hoofd bieden door een wijze van inzage of afschrift te bepalen die de concurrentiegevoelige informatie zoveel mogelijk beschermt.⁴⁴

Art. 843a Rv bepaalt onder meer dat degene die de bescheiden onder zich heeft niet hoeft te voldoen aan de vordering tot inzage of kopie, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook is gewaarborgd zonder verschaffing van de gevraagde gegevens. Dit brengt mee dat er geen exhibitieplicht bestaat, indien het bewijsmateriaal ook op andere wijze kan worden verkregen.⁴⁵

Mijns inziens staat wat de Europese Commissie aanduidt met *‘discovery’* dan ook dicht bij ons art. 843a Rv dan bij de Angelsaksische *‘discovery’*. Beide kennen immers beperkingen doordat zij ofwel een rechtmatig belang en een rechtsbetrekking vereisen (art. 843a Rv) ofwel dat feiten en bewijsmiddelen worden aangevoerd die schade door schending van het mededingingsrecht aannemelijk maken en de rechter zich ervan moet vergewissen dat het bewijsmateriaal relevant is en openbaarmaking noodzakelijk en evenredig is (de *‘discovery’* uit het Witboek). Dat verhindert de grootschalige openbaarmaking van documenten en de *‘fishing expeditions’* die vaak eigen zijn aan Angelsaksische *‘discovery’*, in het bijzonder in de V.S.⁴⁶

3. Bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten

Ogenschijnlijk kent het Nederlandse recht de regel die de Europese Commissie propageert niet. Het mededingingsrecht kent aan besluiten van de NMa een dergelijke vergaande strekking niet toe. Besluiten van nationale mededingingsautoriteiten elders in Europa hebben dat bindende rechtsgevolg al evenmin.

Ook het civiele bewijsrecht voorziet niet in een dergelijke regel. Aan besluiten van mededingingsautoriteiten komt in beginsel vrije bewijskracht toe.⁴⁷ De waardering van zo’n besluit als bewijsmiddel dat gedaagde regels van mededingingsrecht heeft overtreden is overgelaten aan de rechter. Tegenbewijs staat van rechtswege vrij.⁴⁸

Voor besluiten van de NMa geldt mijns inziens echter wel de regel die de Europese Commissie voorstelt. De gedaagde is immers de geadresseerde van dat besluit. Indien hij alle bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheden heeft uitgeput, heeft dat besluit in een civielrechtelijke procedure formele rechtskracht. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat die formele rechtskracht ook in een civielrechtelijke procedure, bijvoorbeeld tot schadevergoeding, aan gedaagde kan worden tegengeworpen.⁴⁹ Er moet dan uiteraard wel sprake zijn van dezelfde feitelijke grondslag. Indien gedaagde andere feiten presenteert, en bij betwisting bewijst, dan ten grondslag liggen aan het besluit van de NMa, komt men uiteraard niet toe aan de formele rechtskracht.⁵⁰

37 Zie bijvoorbeeld: J. Ekelmans, *De exhibitieplicht in kort bestek*, Zutphen, 2007, blz. 14-15 en J.R. Sijmonsma, *Art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ont(k)leed*, Nijmegen, 2007, blz. 40 e.v.

38 HR 20 september 1991, *NJ* 1992, 552 (*Tripels / Masson*).

39 Sijmonsma, a.w., blz. 38-39 en Ekelmans, a.w., blz. 25.

40 Ekelmans, a.w., blz. 25.

41 Zie over dit laatste in het kader van een onrechtmatige daad (maar geen schending van het mededingingsrecht) bijvoorbeeld: v.znr. Rb. Middelburg 6 juli 2006, *LJN* AZ0501 (*CdMR / Scheldepoort en Den Breejen*).

42 Zie voor een mededingingsrechtelijk voorbeeld: v.znr. Rb. Amsterdam 5 oktober 2006, *LJN* AY9545 (*KPN / JC Decaux*).

43 Art. 843a lid 4 Rv. Zie Hof Den Haag 20 mei 2003, *S&S* 2004, 59 (waarin het hof een beroep op de concurrentiepositie overigens niet honoreerde).

44 Art. 843a lid 2 Rv. Zie ook: Sijmonsma, a.w., blz. 52.

45 HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589 (*K / Aegon*).

46 Zie ook Sijmonsma, a.w., blz. 28.

47 Art. 152 lid 2 Rv.

48 Art. 151 lid 2 Rv.

49 HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 (*Van Rattingen / Loenen*), m.nt. M.R. Mok. Zie ook: de noot van M. Scheltema onder HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 722 (*Super Doe*) en F.W. Grosheide, Afstemming tussen de civiele rechter en de NMa/bestuursrechter in mededingingszaken, in het bijzonder bij de handhaving van art. 6 lid 1 Mw; in: *Handhaving van de Mededingingswet*, Mededingingsmonografieën 4, Deventer, 2001, blz. 95-96.

50 Zie ook: Grosheide, a.w., blz. 96. In zoverre is juist dat aan de feitenvaststelling door de NMa niet noodzakelijkerwijs beslissende bewijskracht toekomt, zoals Van Lierop en Pijnacker Hordijk in hun Preadvis voor de Vereniging van Burgerlijk Recht schrijven; zie: W.A.J. van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Deventer, 2007. Overigens lijken zij zich te verzetten tegen toepassing van de leer van de formele rechtskracht, kennelijk in het voetspoor van: E.H. Pijnacker Hordijk en S.B. Noë, Afstemmingsvraagstukken in de verhouding tussen de NMa en de bestuursrechter enerzijds en de civiele rechter anderzijds, in: *Handhaving van de Mededingingswet*, Mededingingsmonografieën 4, Deventer, 2001, blz. 75-90.

4. Bewijs van schuld

Een vordering tot schadevergoeding voor schending van het mededingingsrecht zal naar Nederlands recht in de regel zijn gebaseerd op onrechtmatige daad, ofschoon een andere grondslag, zoals ongerechtvaardigde verrijking⁵¹, niet op voorhand valt uit te sluiten.

Op grond van art. 6:162 BW is de pleger van een onrechtmatige daad jegens het slachtoffer aansprakelijk, indien die onrechtmatige daad aan hem kan worden toegerekend. Art. 6:162 lid 3 BW bepaalt dat een onrechtmatige daad toerekenbaar is, indien zij is te wijten aan de schuld van de pleger of aan een oorzaak die krachtens de wet of volgens de verkeersopvattingen voor zijn rekening komt. Het is boven iedere twijfel verheven dat een schending van het mededingingsrecht een onrechtmatige daad oplevert die aan de inbreukmaker kan worden toegerekend. Van rechtsdwaling zal slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn.⁵² Datzelfde zal kunnen gelden voor heimelijke mededingingsbeperkende handelingen van één of enkele medewerkers, zonder medeweten en instemming van de werkgever mits is voldaan aan de vereisten van art. 6:170 BW.

Wat dit punt behoeft de Nederlandse wetgeving, mochten de voorstellen uit het Witboek worden verheven tot wetgeving, derhalve evenmin aanpassing.

5. Schadevergoeding

De Europese Commissie stelt in het voetspoor van de jurisprudentie van het Europese Hof volledige schadevergoeding voorop.⁵³ Dat is een weinig vastomlijnd begrip. Uit de jurisprudentie valt echter af te leiden dat het gaat om het werkelijke verlies (*damnum emergens*) en gedeelde winst (*lucrum cessans*), alsmede om de tijdswaarde van geld (te beschermen door het vergoeden van rente).⁵⁴

Art. 6:95 BW bepaalt dat de schade die moet worden vergoed op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, zoals art. 6:162 BW, bestaat uit vermogensschade en ander nadeel, dit laatste echter slechts voor zover de wet recht geeft op vergoeding daarvan. Krachtens art. 6:96 lid 1 BW omvat vermogensschade zowel geleden verlies als gedeelde winst. Art. 6:119 BW voorziet in de vergoeding van wettelijk rente vanaf het moment dat de schuldenaar in verzuim is. Ten aanzien van een onrechtmatige daad is de dader in verzuim wanneer de schade intreedt.⁵⁵

Art. 6:104 BW biedt de rechter de mogelijkheid om desgevorderd de schade begroten op de winst die de pleger van een onrechtmatige daad heeft geleden. Het wetsartikel is wat de omvang van de schadevergoeding betreft mijns inziens niet in strijd met het beginsel van volledige schadevergoeding. De benadeelde hoeft immers niet voor het anker van art. 6:104 BW te gaan liggen, maar mag dat doen. Art. 6:104 BW verschaft slechts een alternatieve wijze om de schade te begroten. Of die wijze van begroting volledige vergoeding van de schade geeft, valt in abstracto niet te beoordelen.

Ik meen dan ook dat de Nederlandse wetgeving op dit punt reeds voldoet aan hetgeen de Europese Commissie voor ogen staat.

6. Passing-on defence

Het huidige Nederlandse schadevergoedingsrecht staat niet in de weg aan een beroep op de *passing-on defence*. Er is immers geen regel die een dergelijk beroep verhindert.⁵⁶ Aangezien het beroep een bevrijdend verweer⁵⁷ inhoudt, rust de bewijslast ten aanzien van de *passing-on defence* op gedaagde.⁵⁸ Het lijkt erop dat de Europese Commissie dwingend wil voorschrijven dat de gedaagde die wordt aangesproken tot schadevergoeding op grond van een schending van de artikelen 81 en 82 EG-Verdrag zich kan beroepen op de *passing-on defence*. Dat lijkt een vordering ex art. 6:104 BW af te snijden wanneer de prijsstijging gedeeltelijk is doorberekend aan volgende schakels in de distributieketen. Art. 6:104 BW biedt de rechter immers de mogelijkheid om desgevorderd de schade te begroten op de winst die de pleger van een onrechtmatige daad heeft geleden. Daarbij wordt geabstraheerd van de schade die eiser werkelijk heeft geleden. Daardoor kan de vraag welke schade de gelaedeerde heeft geleden, omdat hij een deel van zijn schade in feite heeft kunnen afwentelen op lagere schakels in de distributieketen, niet aan de orde komen.⁵⁹ Dat zou meebrengen dat art. 6:104 BW voor mededingingszaken buiten toepassing moet worden verklaard voor de gevallen waarin de prijsstijging deels kon worden doorberekend. In gevallen waarin de prijsstijging volledig kon worden doorberekend, staat art. 6:104 BW niet in de weg aan de inroepbaarheid van de *passing-on defence*. Art. 6:104 BW mag immers niet worden toegepast, indien in het geheel geen schade is geleden.⁶⁰

7. Verjaringstermijnen

Het voorstel van de Europese Commissie heeft uitsluitend betrekking op vorderingen tot schadevergoeding.⁶¹ Op grond van art. 3:310 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding door verloop van vijf jaar nadat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de persoon die daar-

51 Art. 6:212 BW, mits de rechtshandeling die in strijd komt met het mededingingsrecht in haar geheel nietig is; dat is het gevolg als de onder het verbod van art. 81 EG-Verdrag vallende bepaling in een 'onverbrekelijk' verband staat met het geheel van de rechtshandeling; zie: HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, *Jur.* 1966, blz. 391 (*Société Technique Minière*) en HvJ EG 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, *Jur.* 1966, blz. 450 (*Consten en Grundig / Commissie*).

52 Zie Asser-Hartkamp 4-III, nr. 69 e.v.

53 Vgl. Commission Staff Working Paper, blz. 56.

54 Zie noot 7.

55 Art. 6:82 onder b BW.

56 Zie ook Van Lierop/Pijnacker Hordijk, a.w., blz. 94.

57 Waarover laatstelijk: H.W. Wiersma, Het bevrijdend verweer, in: *JBP* 2008/1, blz. 3-9.

58 Dit is overigens in lijn met hetgeen de Europese Commissie voorstelt; zie Commission Working Paper, blz. 65.

59 Zie ook: Van Lierop/Pijnacker Hordijk, a.w., blz. 94.

60 HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, *Waeyen-Scheers / Naus*.

61 Witboek, blz. 2.

voor aansprakelijk is en in elk geval door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt. De korte verjaringstermijn kan onverkort worden gehandhaafd, indien de voorstellen uit het Witboek worden vastgelegd in een richtlijn.⁶² Die verjaringstermijn is voor de benadeelde immers gunstiger dan de termijn die de Europese Commissie voorschrijft.⁶³ De termijn is langer en de bekendheid waarnaar art. 3:310 BW verwijst is louter subjectief.⁶⁴ De Europese Commissie stelt daarentegen geobjectiveerde subjectiviteit voor ('bekend had moeten zijn'). De wet zal, indien de voorstellen uit het Witboek worden ingevoerd, moet bepalen dat de lange verjaringstermijn van twintig jaar niet van toepassing is in mededingingszaken.⁶⁵ Die lange verjaringstermijn begint immers te lopen, ongeacht de wetenschap van de gelaedeerde.

8. Kosten

Art. 237 Rv bepaalt dat de partij die in het ongelijk wordt gesteld, wordt veroordeeld in de kosten. De kosten mogen geheel of gedeeltelijk worden gecompenseerd indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk worden gesteld. De kosten worden in de regel begroot aan de hand van het liquidatietarief, al staat het de rechter vrij om daarvan af te wijken.⁶⁶ Op basis van het liquidatietarief wordt in de regel slechts een (beperkt) deel van de werkelijk gemaakte kosten vergoed. Dat leidt tot gematigde proceskostenveroordelingen.

Verder zijn de griffierechten in Nederland niet buitensporig hoog. Zij bedragen maximaal € 4784 in eerste aanleg.⁶⁷ Nederland voldoet wat dit betreft dus ook aan de verlangens van de Europese Commissie.

9. Verhouding tot clementieregelingen

Art. 90 Mw bepaalt dat gegevens of inlichtingen omtrent een onderneming die zijn verkregen in verband met de uitvoering van de Mw slechts mogen worden gebruikt voor de toepassing van de Mw, de mededingingsverordeningen, de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet. In de Richtsnoeren Clementie staat dat de NMa de hoedanigheid van de clementieverzoeker niet aan derden bekend zal maken voordat haar rapport aan een van de betrokkenen bij het kartel is toegezonden. Daarop maakt de NMa een uitzondering, indien een rechtsplicht bestaat tot bekendmaking of de clementieverzoeker daarmee heeft ingestemd.⁶⁸

Daarmee lijkt echter niet te zijn voldaan aan hetgeen de Europese Commissie voor ogen staat. In zijn uitspraak van 7 februari 2007 heeft de Raad van State immers geoordeeld dat art. 90 Mw niet ziet op verzoeken om informatie van derden.⁶⁹ De Raad van State oordeelt dat op dergelijke verzoeken de Wet openbaarheid bestuur van toepassing is. De Wob verschaft een ieder het recht om informatie neergelegd in documenten te vragen van een bestuursorgaan of een onder een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.⁷⁰ Ogenscheinlijk biedt de Wob dus een basis om de informatie die een onderneming aan de NMa verstrekt in het kader van een clementieverzoek van de NMa op te vragen. Toch meen

ik dat de NMa rechtens niet is gehouden tot die verstrekking. Art. 10 lid 2 onder *d* Wob bepaalt immers dat geen informatie dient te worden verstrekt, indien het belang bij het verstrekken van die informatie niet opweegt tegen het belang van inspectie, controle en toezicht door een bestuursorgaan. Ik denk dat het verstrekken van de informatie in het kader van clementieverzoeken niet opweegt tegen het toezichtsbelang dat de clementieregeling beoogt te dienen. De clementieregeling heeft immers tot doel om schendingen van het mededingingsrecht aan het licht te brengen. Dat belang zou worden doorkruist door de verplichting om informatie die in het kader van een clementieverzoek is verstrekt aan derden af te geven. Dat het toezichtsbelang zwaarder weegt valt daarnaast te rechtvaardigen doordat na afloop van het onderzoek eventuele benadeelden hun voordeel zullen kunnen doen met de beschikking van de NMa zo daarin een schending van het mededingingsrecht wordt geconstateerd.

Daarmee is de kous vermoedelijk nog niet af. Een benadeelde zou op de voet van art. 843a Rv immers van de NMa inzage in of kopie van een clementieverzoek kunnen vorderen. Vermoedelijk sluit de Wob de weg van art. 843a Rv niet af. De Wob heeft immers een geheel andere strekking dan art. 843a Rv.⁷¹ De Wob strekt tot openbaarheid van bestuur, terwijl art. 843a Rv tot doel heeft een bewijsmiddel te verkrijgen. Dat het een kan leiden tot het ander, doet hieraan niet af. Wellicht kan de NMa zich op grond van art. 90 Mw beroepen op het verschoningsrecht van art. 843a lid 3 Rv.⁷²

De regel dat de inbreukmaker aan wie daadwerkelijk immuniteit is verleend slechts aansprakelijk is jegens partijen met wie hij rechtstreeks of onrechtstreeks contractuele betrekkingen heeft, kent ons recht niet. Het is immers denkbaar dat die inbreukmaker mede op grond van art. 6:99 BW aansprakelijk wordt gehouden voor de schade van een slachtoffer waarmee hij niet direct of indirect heeft gehandeld.⁷³ De

62 Ervan uitgaande dat minimumharmonisatie wordt voorgeschreven.

63 Ook al zal dat niet in alle gevallen soelaas bieden; vgl. Rb. Rotterdam 7 maart 2007, *LJN* BA0926, *CEF* / *FE*G.

64 HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383.

65 Vgl. art. 3:306 BW.

66 HR 3 april 1998, *NJ* 1998, 571.

67 Art. 2 lid 2 onder 2 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

68 Randnummer 26, *Stcr.* 2007, 196. Zie daarover: E. Jutten en J. Rosenstock, 'Nieuwe boetecode, nieuwe clementierichtsnoeren: effectieve handhaving met stok en wortel', in: *AM* 2007/9, blz. 169 e.v.

69 Afd. bestuursrechtspraak 7 februari 2007, *LJN* AZ7951, *AM* 2007/2, m.nt. J.M.M. van de Hel.

70 Art. 3 lid 1 Wob.

71 Vgl. HR 29 juni 2007, 638 (*Dexia* / *Van Steenoven*).

72 Vgl. Rb. Amsterdam 29 november 2007, *JOR* 2008, 41 (*Partrust*), m.nt. D.R. Doorenbos. Ik betwijfel dit echter, aangezien het verschoningsrecht in deze zaak is gestoeld op art. 1:89 Wft, hetgeen categorischer is geformuleerd dan art. 90 Mw en bovendien het verschoningsrecht dat hieruit volgt een Europese rechtsgrondslag heeft; vgl. nt. Doorenbos, nr. 8.

73 Vgl. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (*DES*).

grondslag voor hoofdelijke aansprakelijkheid jegens slachtoffers kan voorts worden gevonden in art.6:166 BW. Leden van een kartel kunnen mijns inziens worden aangemerkt als tot een groep behorende personen in de zin van die bepaling.

Enkele kanttekeningen

Ik vind de voorstellen van de Europese Commissie niet op alle punten even overtuigend.

Het gebrek aan overtuigingskracht begint bij de twijfelachtige premisse waarop de voorstellen van de Commissie stoelen. Volgens de Commissie blijven benadeelden van schendingen van het mededingingsrecht met hun schade zitten doordat de nationale rechtsstelsel een hindernis zouden vormen voor succesvolle procedures tot schadevergoeding.⁷⁴ De praktijk leert echter anders.⁷⁵

Daarnaast is een (principiële) vraag waarom voor mededingingsrechtelijke schadeverhaal bijzondere regels zouden moeten gelden.⁷⁶

Een ander punt van kritiek is dat de lidstaten belangenbehartigers moeten 'certificeren' alvorens zij een schadevergoedingsactie mogen starten. Ik zie daarvan het nut niet in. Het voorstel lijkt te zijn ingegeven door koud watervrees voor een *class action* Amerikaanse stijl. De Nederlandse praktijk leert echter dat die vrees ongerechtvaardigd is. De collectieve actie kan het goed stellen zonder een toelatingstoets door de overheid. Ik zou meer zien in criteria waaraan de rechter de representativiteit van de belangenbehartiger kan toetsen en zijn capaciteiten om de groepsactie te voeren, alsmede maatregelen om te voorkomen dat belangenbehartigers verschillende acties starten voor hetzelfde schadegeval.⁷⁷

De keuze voor een 'opt-in' collectieve schadeactie overtuigt mij evenmin. De reden die de Europese Commissie geeft voor die keuze is dat belangenorganisaties niet alle zaken zullen willen behandelen.⁷⁸ Aan de keuze om een zaak niet te behandelen zal, zo mag men verwachten, een beoordeling voorafgaan van de kans dat een (omvangrijke) schadevergoeding zal worden toegewezen, afgewogen tegen de kosten van de actie. Als die afweging negatief uitvalt, zie ik niet in dat vervolgens een 'opt-in' collectieve actie van de grond zal komen. Tenminste één van de benadeelden zal daartoe immers het initiatief moeten nemen. Aannemende dat de benadeelden beschikken over dezelfde informatie als de belangenorganisatie, valt niet te verwachten dat zij wel in actie zullen komen terwijl de belangenorganisatie heeft besloten om niets te doen. Bovendien geldt dat als benadeelden individueel een verwaarloosbare schade hebben geleden, het voor hen niet loont om deel te nemen aan een 'opt-in' collectieve schadeactie (rationale apathie).⁷⁹

Een ander bezwaar is dat de voorstellen van de Europese Commissie niet uitsluiten dat (gelijktijdig) over hetzelfde onderwerp zowel een procedure van een belangenorganisatie als een 'opt-in' groepsactie aanhangig is. Daarmee is de rechtbedeling niet gediend: het is inefficiënt, niet billijk voor de inbreukmaker die zich moet verweren in verschillende collectieve acties die strekken tot schadevergoeding voor

hetzelfde samenstel van feiten en het roept het gevaar van tegenstrijdige uitspraken in het leven.⁸⁰ Dat de Hoge Raad de rechtseenheid bewaakt, is voor dit laatste een schrale troost, aangezien de uitspraken ook feitelijk tegenstrijdig kunnen zijn. Daarover kan bij de Hoge Raad echter niet worden geklaagd.⁸¹

De redengeving voor beperkte *discovery* is sympathiek, maar overtuigt wat betreft 'stand alone' acties niet. De Europese Commissie wil de Amerikaanse wijze van *discovery* vermijden. Daarin behoort zij te worden gesteund. De Amerikaanse *discovery* is dermate veelomvattend dat zij partijen op hoge kosten jaagt. Daardoor is het starten van een procedure vaak voldoende voor eisers om een schikking af te dwingen ter vermijding van die hoge kosten. *Electronic discovery* (grotendeels gericht op het e-mail verkeer) heeft de zaak alleen maar erger gemaakt.

De voorstellen van de Europese Commissie zijn echter gericht op het bevorderen van zowel 'follow-on' acties (dat wil zeggen: procedures tot schadevergoeding nádat de mededingingsautoriteiten een schending van het mededingingsrecht hebben geconstateerd) als 'stand alone' acties (procedures onafhankelijk van een onderzoek door de mededingingsautoriteiten). Juist bij een 'stand alone' actie kunnen eisers een steuntje in de rug gebruiken. Vaak zullen zij immers niet meer hebben dan een vermoeden dat het mededingingsrecht is geschonden, al dan niet gevoed door een economische analyse. Maar over veel bewijsmateriaal zullen deze eisers niet beschikken. Het zal voor hen dus niet eenvoudig zijn om feiten aan te voeren waaruit de aannemelijkheid van een vordering valt af te leiden. Ook zullen zij minder goed in staat zijn om aan te duiden op welke (categorieën van) documenten de *discovery* betrekking dient te hebben. Dat is echter wel vereist voor een succesvol *discovery* verzoek. Het is dan ook de vraag of zij met de voorstellen van de Europese Commissie niet blij worden gemaakt met een dode mus.⁸² Wellicht staat de Europese Commissie voor ogen dat in een 'stand alone' procedure de vereisten dat (i) voldoende feiten worden

74 Zie Witboek, blz. 2.

75 Zie Van Lierop/Pijnacker Hordijk, a.w., blz. 88.

76 Zie ook: P.V.F. Bos en E.H. Pijnacker Hordijk, 'Civiele status aparte', in: *Markt & Mededinging*, 2006/1, blz. 1-3.

77 Zie daarover nader: Chr.F. Kroes, 'The beauty and the beast, over class actions, de claimcultuur en het toenemend beroep op de rechter', te publiceren in de eerstvolgende *NTBR*.

78 Zie Witboek, blz. 5

79 Zie ook: I.N. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Kluwer, 2007, blz. 148, die meer nadelen noemt van een 'opt-in' systeem.

80 Zie hierover nader mijn artikel in *NTBR*; zie noot 77.

81 Tenzij daaruit een motiveringsklacht valt te destilleren; vlg. art. 79 RO.

82 Dit bezwaar kan zich ook doen voelen bij *follow-on actions* na een beschikking in het kader van de voorgenomen Verordening tot wijziging van Verordening (EG) nr. 773/2004 wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken. Beschikkingen na een schikkingsprocedure zullen immers minder informatie bevatten dan de gebruikelijke beschikkingen in kartelzaken.

gesteld en (ii) wordt aangeduid om welke documenten het gaat minder streng moet worden opgevat. Dat roept echter de vraag op waar de grens ligt met de *fishing expeditions* die de Europese Commissie wenst te vermijden.⁸³ Bovendien ligt dan misbruik op de loer. Eisers zouden dan immers, hangende een onderzoek door de mededingingsautoriteiten maar vooruitlopend op de uitkomsten daarvan, alvast om *discovery* kunnen vragen, teneinde de reikwijdte daarvan zo groot mogelijk te maken.

Het voorstel van de Europese Commissie ten aanzien van de verjaringstermijnen voor schade op grond van schendingen van het mededingingsrecht vind ik niet in alle opzichten even gelukkig. Gedaagden zullen het toejuichen dat die verjaringstermijn niet een louter subjectief karakter zal hebben, zoals de Nederlandse korte verjaringstermijn. Daar staat tegenover dat dit karakter misschien niet voor alle gevallen valt te rijmen met het doel van de voorstellen uit het Witboek. De Commissie wil immers juist de barrières slechten voor schadevergoedingsacties. Vaak zal gelden dat, bij een onderzoek van de mededingingsautoriteiten, het slachtoffer op de hoogte had kunnen zijn, bijvoorbeeld door berichtgeving in de media of via de website van de mededingingsautoriteiten. Indien hij echter het nieuws niet nauwkeurig volgt of in het algemeen geen belang stelt in de werkzaamheden van de mededingingsautoriteiten, kan het voorkomen dat hij in werkelijkheid niet op de hoogte is van de hem betreffende schending van het mededingingsrecht en (dus ook) niet van zijn schade. Desalniettemin kan zijn vordering verjaren. Verder vind ik de verhouding onduidelijk tussen de geobjectiveerd subjectieve verjaringstermijn en de termijn van ten minste twee jaar die moet gaan lopen nadat de beslissing van de mededingingsautoriteiten onherroepelijk is geworden.

Waar wellicht iets voor valt te zeggen is een harmoniserende regeling met betrekking tot de *passing-on defence*. Wat dat betreft loopt het recht van de lidstaten uiteen.⁸⁴ Dat kan *forum shopping* in de hand werken. Daar valt echter tegen in te brengen dat het causaliteitsleerstuk in de rechtsstelsels van de lidstaten in het algemeen niet identiek zal zijn, zodat ook hier niet valt in te zien waarom voor mededingingszaken een afzonderlijke harmoniserende regeling moet worden ingevoerd.

Conclusie

Met haar Witboek gaat de Europese Commissie voort op de weg die zij heeft ingeslagen met het Groenboek. Dat is om verschillende redenen te betreuren. De rechtvaardiging voor haar voorstellen is twijfelachtig. Er valt in de eerste plaats niet in te zien waarom voor schadeacties in mededingingszaken een afzonderlijke regeling moet worden ingevoerd. In andersoortige zaken spelen de problemen die de Commissie signaleert evenzeer, bijvoorbeeld in het mileurecht, ter zake van schendingen van non-concurrentiebedingen of het effectenrecht (en dan vooral zaken die betrekking hebben op *fraud on the market*⁸⁵). Verder kan men in Nederland, zoals blijkt uit het voorgaande, in mededingingszaken ook zonder de voorstellen uit het Witboek voldoende uit de voeten. Dat

zal in tal van andere lidstaten wellicht ook het geval zijn. Tot slot kan de effectiviteit van de voorstellen van de Commissie op een aantal punten in twijfel worden getrokken. Het valt dan ook te hopen dat de Europese Commissie zich nog eens bezindt op nut en noodzaak van haar voorstellen.

83 Zie Commission Staff Working Paper, blz. 30.

84 Zie bijvoorbeeld: F. Cengiz, *Passing-On Defense and Indirect Purchaser Standing in Actions for Damages against the Violations of Competition Law: What can the EC learn from the US?*, CCP Working Paper 07-21, blz. 32.

85 Zaken waarin beleggers schadevergoeding vorderen, omdat zij, afgaande op onjuiste informatie van een beursgenoteerde vennootschap, teveel hebben betaald voor aandelen of andere effecten in die vennootschap.