

# Redactioneel

## Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?

Prof. mr. T.R. Ottervanger\*

Rond het tijdstip van verschijning van dit nummer zullen de media bol staan van de herdenking van de val van de muur en van het communisme. Een groots moment in de Europese geschiedenis, dat vijftien jaar later leidde tot de toetreding van, vooralsnog, twaalf nieuwe lidstaten. Bij degenen die de Europese idealen koesteren, roepen deze gebeurtenissen warme gevoelens op maar blijkens de opkomst bij en uitslag van de verkiezingen voor het Europese Parlement overheerst bij de meerderheid van de bevolking afkeer en onverschilligheid tegenover een verenigd Europa. Irrationale angst voor Brusselse regeldrift bepaalt de stemming in plaats van het besef dat steeds meer beleid zich niet op nationaal niveau laat regelen. Leve Europa dus, al slaat soms ook bij idealisten de twijfel toe. Zo leek het er geruime tijd op dat de Commissie wilde komen tot een onnodig vergaande harmonisatie van het civiele (proces)recht van de lidstaten op het terrein van de private handhaving van het mededingingsrecht. Een operatie die, naast partiële regelingen op het terrein van industriële eigendom en productaansprakelijkheid, voor slechts één relatief klein rechtsgebied diep zou ingrijpen in de nationale rechtsordes en tradities door een van het commune ‘onrechtmatige daad’-recht afwijkend regime te introduceren.

Een maatregel waarvan nut en noodzaak omstreden zijn. Reden voor serieuze scepsis dus en gefundeerde kritiek. De beschouwingen van VNO-NCW voorzitter Wientjes deze zomer in de Volkskrant (7 juli) waren daarentegen eerder een uiting van paniek. Zijn zorgen over introductie van een Amerikaanse claimcultuur die de Nederlandse samenleving € 12 miljard zou ‘kosten’ waarvan meer dan € 10 miljard in de ‘zakken van advocaten zou verdwijnen’ zijn, helaas voor de beroepsgroep, ongefundeerd. Zijn

stelling dat de boete die overtreders van de mededingingsregels moeten betalen, terugvloeit naar de samenleving en dus naar de consument zodat het voor diezelfde consument niet nodig is uitgebreid te procederen over vaak relatief kleine bedragen, snijdt civielrechtelijk evenmin hout. Bovendien verliest de voorzitter daarbij uit het oog dat de meeste schadeclaims die tot nu toe in diverse landen zijn ingediend afkomstig zijn van het type onderneming dat lid is van VNO-NCW, of de zusterorganisatie MKB-Nederland. Het mes snijdt, zoals wel vaker, aan twee kanten.

Het instrument van de private handhaving, in het kader van de ‘publiek-private samenwerking’ die kenmerkend is voor het mededingingsrecht, staat de laatste jaren opnieuw in de belangstelling (‘opnieuw’, omdat reeds begin jaren zestig van de vorige eeuw een groep prominente hoogleraren in opdracht van de Commissie onderzoek deed naar ‘Herstel van schade ten gevolge van de artikelen 85 en 86 (= 81 en 82) van het EEG-Verdrag’). Mede in het kader van de moderniseringsoperaties wordt private handhaving vanuit Europa onder het bewind van commissaris Kroes sterk gepropageerd. Ook de NMa verhief in 2004 de civiele handhaving tot een belangrijk onderwerp van haar strategie – veel hebben we daar niet van gemerkt. Het is daarbij overigens niet de bedoeling dat de private handhaving de rol van de publieke handhaving gaat vervangen; ze dient, in de ogen van de Commissie, vooral als, eveneens repressief, sluitstuk van de publieke handhaving; ook op het laatste gebied zit men bepaald niet stil maar nu eerst iets over het eerste.

133

\* Prof. mr. T.R. Ottervanger is advocaat en compagnon by Allen & Overy LLP en deeltijd hoogleraar Europees recht en mededingingsrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden.

## Een richtlijn?

Private handhaving is een breed begrip. Strikt genomen valt iedere variant waarin een private (rechts)persoon een beroep doet op het mededingingsrecht – of dit nu in of buiten rechte is – onder de noemer private handhaving. De repressieve variant, die dan ook de meeste aandacht krijgt, is de schadevergoedingsactie; zo'n actie wordt – enigszins twijfelachtig – gezien als een middel dat de puur private belangen overschrijdt en tevens een maatschappelijk doel dient. Na het Groenboek (2005) en Witboek (2008) van de Commissie circuleert sinds maart 2009 een – nog ongepubliceerde – ontwerprichtlijn. Het richtlijnvoorstel beoogt te voorzien in regels die het eenvoudiger maken voor benadeelden van mededingingsinbreuken om met succes schadevergoeding te kunnen claimen. Het voorstel volgt weliswaar de ideeën uit het Witboek maar vanuit Nederlands perspectief is het voorstel minder ingrijpend dan gevreesd. De angst dat de Commissie zou overgaan tot een Amerikaans systeem met uitgebreide mogelijkheden tot *discovery* en *double* of zelfs *treble damages* is niet bewaarheid geworden. Toch biedt de voorgestane harmonisatie wel nieuwigheden die tot aanpassing nopen van ons burgerlijk (proces)recht enkel en alleen voor schadeclaims in mededingingszaken. Of het ontwerp, in zijn huidige vorm, nog onder de verantwoordelijkheid van de huidige Commissie wordt gepubliceerd, is op dit moment niet bekend.

Een essentieel onderdeel vormt de mogelijkheid van collectieve schadeacties. In een collectieve actie kunnen de veelal hoge kosten van een procedure worden omgeslagen over een grote groep. Het ontwerp schrijft daarom de mogelijkheid voor van zowel *opt-in* groepsacties alsook representatieve acties. Bij de *opt-in* groepsactie gaat het om een 'echte' *class action* actie waarin de rechter de groepsvordering dient te behandelen als één enkele schadevordering. De representatieve acties worden ingesteld door belangenorganisaties die zijn erkend door de lidstaat. Deze erkenning, die nogal wat ambtelijke rompslomp vereist, kan vooraf gebeuren, maar ook *ad hoc*. Op dit moment voorziet het Nederlandse recht niet in een echte *opt-in* collectieve schadeactie. Wel bestaat er de mogelijkheid voor een collectieve actie ingesteld door een belangenorganisatie op grond van artikel 3:305a BW, maar deze sluit een vordering tot schadevergoeding uit.

De richtlijn laat ook de bewijsgaring en het verjaringssysteem niet ongemoeid. Wat het bewijs betreft: het voorstel introduceert een beperkte mate van in rechte afdwingbare *discovery*, voorzien van waarborgen voor bedrijfsvertrouwelijke gegevens en van uitzonderingen voor clementie-documenten. Wat de verjaring betreft: er zal een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen op het moment dat een besluit van een mededingingsautoriteit waarin is vastgesteld dat sprake is van een mededingingsinbreuk, onherroepelijk is geworden; daar kan dus gezien de duur van beroepsprocedures geruime tijd overheen gaan. Ook mag een schadevordering wegens schending van de communautaire mededingingsregels niet verjaren alvorens de benadeelde bekend is, dan wel bekend had moeten zijn,

met de mededingingsinbreuk. Dit geobjectiveerde subjectieve verjaringscriterium uit de richtlijn betekent dat de zuiver objectieve Nederlandse lange verjaringstermijn van twintig jaar uit artikel 3:310 BW niet mag leiden tot verjaring van schadeclaims uit hoofde van communautaire mededingingsinbreuken. Ook de werking van de Nederlandse korte verjaringstermijn van vijf jaar nadat de benadeelde zowel met de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, wordt gerelativeerd in het geval een mededingingsautoriteit een inbreuk onherroepelijk heeft vastgesteld. Er gaat dan immers een nieuwe verjaringstermijn lopen.

Het *passing-on* verweer wordt ongemoeid gelaten in de richtlijn, en zelfs expliciet erkend. Het blijft dus mogelijk voor een karteldeelneemer om aan te voeren dat de eisende afnemer de gestelde prijsverhogingen ten gevolge van het kartel op zijn beurt heeft doorberekend (dan resteert moeilijk aantoonbare schade door verlies van – potentiële – klanten die de hogere prijs niet wilden betalen). De gedachte is dat moet worden voorkomen dat eisers van kartelschade ongerechtvaardigd worden verrijkt door én schadevergoeding (betaald door de leverancier) én hogere prijzen (betaald door de eigen afnemer). Teneinde de uiteindelijke gebruikers, die de 'te hoge' prijzen voor hun kiezen hebben gekregen, tegemoet te komen, voorziet het voorstel wel in het (*passing-on*) vermoeden dat de prijsverhogingen steeds zijn doorberekend aan volgende schakels in de keten. Dit samenspel van het *passing-on* vermoeden en *passing-on* verweer levert, in het geval er meerdere procedures lopen waarbij benadeelden uit verschillende fasen van de productieketen zijn betrokken, de uitdaging op om te voorkomen dat er ofwel in het geheel geen schade hoeft te worden vergoed door de inbreukmakende ondernemingen ofwel dat er meervoudig schadevergoeding moet worden betaald.

## Openbare orde?

Naast de ontwikkeling op het vlak van schadeclaims is er een ander onderwerp waarover de discussie bij tijd en wijle oplaait, namelijk het openbareordekarakter van artikel 81 EG-Verdrag. Het Hof van Justitie heeft in verschillende arresten gesproken over artikel 81 EG-Verdrag in termen van openbare orde. Er bestond evenwel discussie over de precieze reikwijdte van deze jurisprudentie en, met andere woorden, hoe contextgebonden het *label* openbare orde was. Zo bleek in het arrest *Eco Swiss* (HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055) dat artikel 81 EG-Verdrag van openbare orde is in de context van artikel 1065 Rv als grond voor weigering van de erkenning en de tenuitvoerlegging van arbitrale vonnissen. Of artikel 81 EG-Verdrag ook buiten deze situatie als van openbare orde diende te worden aangemerkt, was onduidelijk. Het arrest *Manfredi* (HvJ EG 13 juli 2006, zaak C-295-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619) gaf aanleiding te denken dat het Hof van Justitie in meer algemene zin van oordeel was dat artikel 81 EG-Verdrag van openbare orde is. Er bestond echter twijfel over de bedoeling van het Hof omdat de

overweging over de openbare orde was neergelegd in een *obiter dictum* en het Hof bovendien verwees naar het voornoemde arrest *Eco Smits*, waarin het Hof de openbare orde plaatste in de sleutel van het nationale openbareordebegrip, in plaats van communautaire openbare orde.

Het arrest *T-Mobile e.a.* (HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, n.n.g.), dat in een volgend nummer zal worden besproken, lijkt echter duidelijkheid te verschaffen: artikel 81 EG-Verdrag is van communautaire openbare orde. Het is volgens het Hof: ‘een voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast.’ Dit levert een vergaande verplichting op voor nationale rechters bij het toepassen van het mededingingsrecht. In zekere zin gaat het hier om een mengvorm tussen private en publieke handhaving. De verplichting voor nationale rechters tot ambtshalve toetsing aan de norm van artikel 81 EG-Verdrag levert immers een publieke handhaving op van de mededingingsregels, welke handhaving plaatsvindt in het kader van een private procedure.

In dit verband is ook het arrest *Blue Cab* van het Hof Arnhem (21 maart 2009, LJN BI4999) het vermelden waard. In deze procedure plaatste het Hof de vraag of artikel 81 EG-Verdrag dan wel artikel 6 Mw was geschonden zelf op de procesagenda – partijen hadden namelijk geen beroep gedaan op de mededingingsregels – en nodigde partijen bij tussenarrest uit om zich hierover uit te laten. Naar aanleiding van de opmerkingen van partijen kwam het Hof tot het oordeel dat de handel tussen de lidstaten door de gedragingen niet ongunstig kon zijn beïnvloed en dat artikel 81 EG-Verdrag daarom toepassing miste. Ten aanzien van artikel 6 Mw was door verweerder naar aanleiding van het tussenarrest aangegeven dat geen sprake was van een overtreding. Eiser had zich gerefereerd aan het oordeel van het Hof en enkele gronden aangevoerd waaruit de nietigheid van de franchiseovereenkomsten, waarover het in de procedure ging, zou kunnen volgen. Aangezien de nietigheid van de overeenkomsten echter niet expliciet was ingeroepen door eiser stelt het Hof vast dat partijen de eventuele (partiële) nietigheid van de franchiseovereenkomsten niet in de rechtsstrijd wensen te betrekken. Voorts verwijst het Hof naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Gemeente Heerlen/Whizz* (HR 16 januari 2009, *NJ* 2009, 54), waarin is vastgesteld dat artikel 6 Mw niet van openbare orde is. Onder deze beide omstandigheden is er naar het oordeel van het Hof geen aanleiding tot een ambtshalve onderzoek naar de (on)verenigbaarheid van de franchiseovereenkomsten met artikel 6 Mw.

Het Hof Arnhem rekende het dus tot zijn verplichting om de mededingingsregels uit eigen beweging ter sprake te brengen. Ten aanzien van artikel 81 EG-Verdrag vloeit dit ook voort uit de voornoemde jurisprudentie van het Hof van Justitie waaruit volgt dat de nationale rechter ambtshalve moet toetsen aan deze norm. Dit gaat zelfs zo ver dat de rechter mag – en zelfs moet – treden buiten het partijdebat. Ten aanzien van artikel 6 Mw bestaat deze verplichting niet. Weliswaar heeft de Hoge Raad aangegeven dat artikel 6 Mw van dwingend recht is, maar indien

niet verondersteld kan worden dat de partij die daar belang bij heeft de bepaling wil inroepen, behoort een ambtshalve toepassing niet tot de mogelijkheden. Dat is slechts het geval bij normen van openbare orde. Daarom paste het Hof de – dwingende – bepaling van artikel 6 Mw niet ambtshalve toe in de situatie waarin partijen daarop geen beroep wensten te doen. Overigens moet het belang van de ambtshalve toetsing van artikel 81 EG-Verdrag ook weer niet worden overschat. Indien geen van de partijen (voldoende) feiten aandraagt die de rechter aanleiding kunnen geven om zich af te vragen of artikel 81 EG-Verdrag in het gedrang komt, zal de ambtshalve toepassing buiten beeld blijven, openbare orde of niet. Deze subtiliteit (hoe actief mag de rechter bij de toepassing van een regel van openbare orde te werk gaan om de feiten vast te stellen) speelt bijvoorbeeld bij het onderzoek naar de vraag of voldaan is aan het merkbaarheidsvereiste.

## Discovery?

Private handhaving van het mededingingsrecht levert genoeg stof voor discussie op. Het moet worden afgewacht of de initiatieven, indien die vanuit Europa worden gelanceerd, om de private handhaving in de lidstaten te stimuleren, effect zullen hebben. Misschien in sommige lidstaten wél maar in landen als Nederland, lijkt mij, niet of nauwelijks. Overigens zullen jurisdicties als de UK, die een vergaand systeem van *discovery* hebben, geen stapje terug doen; *forum shopping* blijft dus aantrekkelijk. Het is trouwens een misvatting te denken dat er thans nauwelijks sprake is van private handhaving. Er wordt al geruime tijd geregeld een beroep gedaan op de mededingingsregels in civiele zaken, al dan niet na een handje te zijn geholpen door de rechter, zij het in gepubliceerde zaken vaker in de contractuele sfeer door het inroepen van de nietigheid van (bepalingen uit) een overeenkomst. Maar dat levert niet de afschrikwekkende werking op die de autoriteiten toedichten aan forse (collectieve) schadeclaims. ‘*Deterrence*’, waarover hierna meer, is erg populair bij de autoriteiten. De Europese Commissie probeert ondertussen zelf het ‘goede voorbeeld’ te geven door een schadevergoedingsprocedure te beginnen tegen de deelnemers aan het liftenkartel bij de rechtbank te Brussel. De Commissie stelt zelf schade te hebben geleden als gevolg van het kartel doordat er te veel is betaald voor de installatie en het onderhoud van liften en roltrappen. Een *passing-on* verweer zal in ieder geval niet slagen.

Cruciaal voor private handhaving is de bewijsvoering. Naast specifieke bepalingen omtrent de toegang tot informatie die in het bezit is van andere private partijen en die in het richtlijnvoorstel zijn opgenomen, bieden ook de Wet openbaarheid van bestuur (de Wob) en Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (de Eurowob) mogelijkheden met betrekking tot de bewijsvergaring in civiele schadevergoedingsprocedures. Uit *VKI tegen Commissie* (GvEA 13 april

2005, zaak T-2/03, Jur. 2005, p. II-1121) en het momenteel aanhangige *Nederland tegen Commissie* (GvEA, zaak T-380/08) blijkt dat de openbaarheidsregimes ook met dit doel worden gebruikt. Commissieambtenaren hebben er de handen vol aan. In tegenstelling tot het richtlijnvoorstel bieden de Wob en de Eurowob geen specifieke bescherming voor clementieaanvragers, wat deze regimes voor eisers in schadevergoedingsprocedures interessant kan maken; de keerzijde is dat potentiële openbaarmaking een ontmoedigende werking kan hebben op clementieaanvragers. Met name de toepassing van de uitzonderingsgronden uit de Wob en de Eurowob is essentieel voor de rol die de openbaarheidsregimes gaan spelen in de bewijsgeving in schadevergoedingsprocedures. In hoeverre worden documenten afkomstig van karteldeelnemers beschermd? Maar ook: welk regime geldt er voor interne documenten van de mededingingsautoriteiten, die als bewijs zouden kunnen dienen in schadevergoedingsprocedures wegens onrechtmatige besluitvorming tegen de mededingingsautoriteiten? En hoe verhouden de openbaarmakingregimes zich tot de per 1 oktober 2007 ingevoerde persoonlijke aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers? Deze vragen worden aan de orde gesteld in een artikel van Luke Haasbeek over de rol van de Wob en de Eurowob in het mededingingsrecht.

## Een duaal stelsel?

136

Ook op het terrein van de publieke handhaving zit men niet stil. Dit najaar zijn stappen gezet op het pad van (verdere) ‘criminalisering’ van het mededingingsrecht. In de eerste plaats heeft de minister van Economische Zaken, die het beleid ook op dit punt naar zich toe getrokken heeft, nieuwe beleidsregels afgekondigd om overtredingen van de Mededingingswet nog strenger te straffen. Dit vanuit de empirisch bij mijn weten in elk geval recent niet door EZ geteste gedachte dat het risico van overtredingen vandaag de dag hoog is.

Het al langer onder druk staande ‘alles-in-één-hand’-stelsel wordt steeds moeilijker te verdedigen in het geval van een NMa die over ingrijpende opsporingsbevoegdheden beschikt, die zelfstandig tot vervolging kan overgaan en die, door een nieuwe boetecode aangespoord door EZ, met een ‘zero tolerance’ beleid bijzonder zware sancties kan opleggen, zonder dat partijen hun visie hebben kunnen geven op de wijze waarop die sanctie in het individuele geval wordt berekend. De almaar hogere straffen, ook voor gedrag waarvan niet vaststaat of het daadwerkelijk tot schadelijke effecten leidt, de introductie van persoonlijke boetes voor managers en de vergaande procedurele bevoegdheden knagen in toenemende mate aan de legitimiteit van het optreden van de toezichthouder. Jarenlange procedures bij de rechter, in bestuursrechtelijk beroep tegen een bestuurlijke beslissing, zijn niet het antwoord. Die rechter zal niet of nauwelijks, zoals wél in het commune strafrecht, letten op het concrete herhalingsgevaar, geknakte carrières, spijtbetuigingen, e.d. en het is op zijn minst twijfelachtig of die rechter bij machte is de vast-

stelling van de (aard en ernst van de) overtreding in volle omvang te toetsen.

Wellicht komt de regering, in de tweede plaats, deze herfst met voorstellen tot introductie van gevangenisstraf. Daarmee is de intrede van een ‘dual stelsel’ uiteraard onafwendbaar. Naar analogie van andere regelgeving op fiscaal en financieel terrein zal het Openbaar Ministerie dan waarschijnlijk een beslissende rol krijgen bij de keuze, van geval tot geval, tussen vervolging langs bestuurlijke dan wel langs strafrechtelijke weg. Het OM zal zich dan wel goed moeten equiperen om dit type dossiers te kunnen behandelen; de *track record* uit het WEM-tijdperk is niet bepaald indrukwekkend maar het financiële en economische recht heeft sindsdien binnen het OM aanzienlijk aan belang gewonnen. Mocht het komen tot een wetsvoorstel dat celstraffen mogelijk maakt – aan de noodzaak waarvan sterk getwijfeld kan worden, maar dat terzijde – dan is dat het juiste moment voor kritische integrale doorlichting van het huidige systeem niet alleen bij de strafoplegging van personen maar ook van ondernemingen. Echter, ook zonder zo’n voorstel lijkt de tijd rijp voor een fundamenteel debat over de rol van de NMa, de invloed van de regering c.q. de minister van Economische Zaken, en ‘publiek-private’ handhavingvraagstukken. Wij houden u op de hoogte. ■