

Boekbespreking

Erik-Jan Zippro: Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Mr. R. Meijer*

Ook het recht kent trends. Een trend waar we de laatste tijd veel over horen is de zogenoemde privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Hoewel er een overvloedige hoeveelheid literatuur is verschenen over dit onderwerp ontbrak het aan een boek dat vanuit het Nederlands recht een volledig – voor zover mogelijk – overzicht gaf van de problematiek. Met de dissertatie van Erik-Jan Zippro waarop hij op 27 november 2008 is gepromoveerd aan de Universiteit Leiden is deze leemte opgevuld.¹

Het proefschrift telt een imposante 797 pagina's (inclusief samenvattingen) die zijn verdeeld over 11 hoofdstukken. Het onderwerp kan dit aantal pagina's dragen aangezien er een veelheid aan problemen speelt bij de privaatrechtelijke handhaving. Zippro heeft zijn proefschrift bovendien voor een breed (juridisch) publiek geschreven. Hij bedient zowel mededingingsjuristen als civilisten. Deze keuze heeft Zippro ertoe genoopt om op onderdelen uitvoeriger in te gaan op bepaalde mededingingsrechtelijke respectievelijk civielrechtelijke leerstukken dan nodig was geweest indien hij zich had beperkt tot een van deze twee doelgroepen. Als dit al een nadeel zou zijn, dan weegt het voordeel, namelijk dat het boek een schat aan informatie samenbrengt en toegankelijk maakt voor een breed publiek, wat mij betreft op tegen dit nadeel.

De in hoofdstuk 1 geformuleerde vraagstelling van het onderzoek luidt in hoeverre en op welke wijze het Europees en Nederlands mededingingsrecht met behulp van privaatrechtelijke technieken binnen de Nederlandse rechtsorde kan worden gehandhaafd, mede gelet op de

modernisering en decentralisering van de handhaving van het Europees mededingingsrecht.

In hoofdstuk 2 van het boek worden de doelstellingen en inhoud van het mededingingsrecht beschreven. Zoals Zippro opmerkt is de privaatrechtelijke rechtshandhaving geen doel op zichzelf, maar dient te worden onderzocht aan de hand van de algemene doelstellingen of doelen van het mededingingsrecht en het burgerlijk recht. Zippro onderscheidt een veelheid aan doelstellingen van het mededingingsrecht, waaronder de verhoging van de welvaart, de bevordering van de werking van de interne markt, consumentenbescherming, bescherming van concurrenten en sociaal-economisch beleid. Tevens wordt in vogelvlucht een beschrijving gegeven van het Europese mededingingsrecht (art. 81 EG-Verdrag – thans: 101 VWEU en 82 EG-Verdrag – thans: 102 VWEU) en het Nederlandse mededingingsrecht (art. 6 Mw en art. 24 Mw). Daarbij zijn ook de onderdelen die ingaan op de betekenis voor het Nederlandse recht van de nietigheidssanctie van artikel 101 lid 2 VWEU erg instructief. Zippro gaat uitvoerig in op de reikwijdte van de nietigheid en in dit verband onder meer op de vraag wanneer partiële nietigheid tot de mogelijkheden behoort en in hoeverre conversie is toegestaan.

Als opmaat naar de behandeling van de privaatrechtelijke handhaving wordt in hoofdstuk 3 eerst ingegaan op de publiekrechtelijke handhaving. Daarbij wordt de rol van de belangrijkste actoren besproken die zijn betrokken bij de publiekrechtelijke handhaving (Europese Commissie, NMa, Hof van Justitie, Rechtbank Rotterdam en het CBb). In dit hoofdstuk wordt tevens aandacht besteed aan de strafrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht.

Hoofdstuk 4 bespreekt recente ontwikkelingen op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving. In dit ver-

* Mr. R. Meijer is als advocaat werkzaam bij Allen & Overy LLP.

1. De hier besproken handelseditie is pas enige tijd nadien verschenen.

band komen verschillende vragen aan de orde, zoals de vraag welke obstakels benadeelden van een inbreuk op mededingingsregels op hun weg vinden bij het krijgen van schadevergoeding. Na eerst kort de stand van zaken in Nederland en de Verenigde Staten (VS) te hebben besproken noemt Zippro vier redenen waarom in Nederland en de rest van de EU de mededingingsrechtelijke handhaving nog onvoldoende effectief is. Dit komt in de eerste plaats door de kosten van een civiele procedure in het licht van de te verwachten baten van een procedure. In de tweede plaats is het voor benadeelden lastig om het bewijs van een overtreding te leveren en in de derde plaats om de omvang van de schade precies vast te stellen. Ten vierde noemt Zippro het verschil in mentaliteit tussen de VS en de EU. In de VS zouden ondernemingen er inmiddels aan gewend zijn dat bijvoorbeeld gedupeerde afnemers een schadevergoeding verlangen wegens een schending van het mededingingsrecht. Voor de constatering dat de privaatrechtelijke handhaving niet effectief is, haakt Zippro aan bij de bevindingen in het 'Houthoff-rapport' dat is opgesteld in opdracht van het ministerie van Economische Zaken. Er bestaat overigens nogal wat kritiek op dit vermeende gebrek aan privaatrechtelijke handhaving, omdat er slechts wordt gekeken naar gepubliceerde rechterlijke uitspraken hetgeen geen volledig beeld geeft. Het zal inderdaad zo zijn dat bepaalde zaken buiten de radar vallen omdat deze niet zijn gepubliceerd, zijn afgedaan in arbitrage of zijn geschikt en de rechter dus in het geheel niet hebben gehaald. Dat laat onverlet dat het niet erg voor de hand ligt dat er een bloeiende praktijk van privaatrechtelijke handhaving bestaat die niet kenbaar is uit de openbare bronnen.

Vanzelfsprekend komen in hoofdstuk 4 ook het Groenboek en het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels aan bod. De Brusselse ontwikkelingen op dit vlak hebben ook na de afronding van het proefschrift echter niet stilgestaan. In maart 2009 heeft de Commissie in opvolging van het Witboek een – niet gepubliceerde – ontwerprichtlijn laten circuleren waarvan de inhoud goeddeels strookt met de voorstellen uit het Witboek. De ontwerprichtlijn is evenwel nooit formeel in behandeling genomen. Almunia, de opvolger van Kroes als mededingingscommissaris, heeft inmiddels aangekondigd dat er deze herfst in samenwerking met de eurocommissarissen voor justitie, grondrechten en burgerschap (Redding) en gezondheid en consumentenbescherming (Dalli) een brede consultatie komt betreffende collectieve acties. Pas wanneer deze consultatie is afgerond zal de Commissie een standpunt innemen over de noodzaak voor concrete wettelijke voorstellen zoals met betrekking tot schadevergoedingsacties wegens schending van het mededingingsrecht. Het zal kortom nog wel even duren alvorens er vanuit Brussel concrete voorstellen komen – als dit al het geval is – op het gebied van schadevergoedingsacties. Natuurlijk is het jammer dat de bespreking van de Commissievoorstellen zo kort na het verschijnen van het proefschrift alweer achterhaald is. Desondanks blijft de bespreking van de

voorstellen in het boek nuttig omdat Zippro in dit verband ook fundamentele vragen aan de orde stelt, zoals de vraag waarom de verkrijging van schadevergoeding wegens mededingingsinbreuken eigenlijk speciale regels nodig zou hebben. Dit soort fundamentele vragen zullen ook in het kader van de aankomende consultatie spelen. Hoofdstuk 5 behandelt de evolutie van de rol van de nationale rechter bij de privaatrechtelijke handhaving. Daartoe wordt de institutionele verhouding tussen de nationale rechter en de Europese Commissie besproken onder Verordening (EG) nr. 17/62 en onder de nieuwe Verordening (EG) nr. 1/2003 waarbij uiteraard uitgebreid wordt ingegaan op de *Masterfoods*-jurisprudentie zoals deze later is gecodificeerd in artikel 16 Verordening (EG) nr. 1/2003. Hoofdstuk 5 gaat ook in op de problematiek rondom de verplichting van de nationale rechter om ambtshalve te toetsen aan het Europees mededingingsrecht. Hierover bestaat een bestendige discussie in de literatuur en Zippro besteedt er dan ook terecht veel aandacht aan. Na een uitgebreide bespreking van de relevante *landmark*-jurisprudentie zoals de arresten *Van Schijndel*, *EcoSwiss/Benetton*, *Vreugenhill* en *Manfredi* alsook jurisprudentie op het gebied van de ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht komt Zippro tot de conclusie dat er weliswaar een verplichting tot ambtshalve toepassing van het mededingingsrecht bestaat maar geen verplichting tot ambtshalve toepassing buiten de rechtsstrijd van partijen om. Dit is slechts verplicht bij EU-recht van openbare orde en de mededingingsregels zijn dat niet in de context van het Nederlands recht inzake ambtshalve aanvulling van gronden. Bij deze conclusie heeft Zippro geen rekening kunnen houden met het arrest *T-Mobile* van het Hof Van Justitie.² In dit arrest oordeelde het Hof dat artikel 81 EG-Verdrag (101 VWEU) een voor de vervulling van de taken van de Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde is, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast. Het lijkt dan ook niet langer houdbaar om aan te nemen dat de nationale rechter niet verplicht is om buiten de rechtsstrijd te treden, hoewel zelfs nu nog discussie mogelijk blijkt.³ De plicht tot ambtshalve toepassing komt ook aan de orde in hoofdstuk 6 waar de rol van de arbiter bij de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht wordt belicht. Er wordt door Zippro op gewezen dat arbiters een indirecte plicht hebben om ambtshalve het Europees mededingingsrecht toe te passen omdat zij geen vonnis mogen wijzen dat zonder meer vernietigd dient te worden wegens strijd met het Europees mededingingsrecht.

Hoofdstuk 7 vormt waarschijnlijk voor de meeste lezers het *pièce de résistance* van het boek, namelijk een verhandeling over schadevergoeding op grond van schending van mededingingsrecht. Na te zijn ingegaan op de doelstellingen van schadevergoeding bij de privaatrechtelijke handhaving en de grondslag van de schadevergoeding (Europees of nationaal – antwoord: in ieder

2. HvJ 4 juni 2009, zaak C-8/08, *T-Mobile e.a.*, n.n.g., NJ 2009, 432.

3. Zie bijvoorbeeld Mok in zijn noot onder het arrest in NJ 2009, 432.

geval Europees) gaat Zippro in op de voorwaarden waaronder er naar Nederlands recht een aanspraak op schadevergoeding bestaat. Daarbij loopt Zippro de gebruikelijke piketpaaltjes langs bestaande – voor wat betreft de vestigingsfase – uit onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, causaliteit, schade en relativiteit. Vervolgens wordt ingegaan op de omvang van aansprakelijkheid. Bij de behandeling van de begroting van de schade is uiteraard veel ruimte ingebouwd voor de bespreking van het *passing on-verweer*. Daarbij wordt ook de vraag opgeworpen of het toestaan van een *passing on-verweer*, hetgeen naar Nederlands recht de regel zal zijn, niet in strijd is met het Europeesrechtelijke effectiviteitsbeginsel. De slot-som van Zippro is dat dit wel eens het geval zou kunnen zijn zo lang het niet mogelijk is om in een collectieve actie ook schadevergoeding te vorderen.

Zelfs in een boek van bijna 800 pagina's kan (begrijpelijkerwijs) niet alles even uitvoerig worden behandeld. Zo is de bespreking in hoofdstuk 7 van de problematiek rondom de interne draagplicht van inbreukmakende ondernemingen betrekkelijk summier. Ondernemingen die hebben deelgenomen aan een kartel zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade. Bena-deelden zullen niet per definitie alle karteldeelne-mers dagvaarden, maar kunnen ook volstaan om de onderne-ming met de diepste zakken uit te kiezen voor hun schade-claims. Indien deze onderneming wordt veroordeeld zal zij uiteraard regres willen nemen op de overige kar-teldeelne-mers. Het is vervolgens de vraag hoe de interne draagplicht precies zou moeten uitpakken. Zippro noemt de hoofdregel van artikel 6:101 BW inhoudende dat de schade wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin aan ieder toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen. Ook wijst hij op de mogelijkheid om op grond van de billijkheid een uitzon-dering te maken op deze hoofdregel wegens bijvoor-beeld de uitlopende ernst van de gemaakte fouten. Een nadere uitwerking ontbreekt helaas. In het kader van kartelinbreuken is wellicht relevant wie de aanstichtster was van het kartel en wie 'slechts' de volgers waren. Misschien dat ook het profijtbeginsel een rol kan spelen (welke onderneming heeft het meeste verdiend aan het kartel). Richtinggevende jurisprudentie ontbreekt in de context van kartelschade en het zou interessant zijn geweest om kennis te nemen van de gedachten van Zip-pro op dit punt.

Hoofdstuk 8 gaat in op collectieve acties. Daarbij wordt ingegaan op de collectieve actie op grond van artikel 3:305a BW en daarmee samenhangende onderwerpen (bundeling van vorderingen, cessie ter incasso) maar ook op de mogelijkheden die de Wet Collectieve Afwikke-ling Massaschade (WCAM) biedt. Het hoofdstuk bevat voorts een rechtsvergelijkende paragraaf over *class ac-tions* in de Verenigde Staten alsmede een bespreking van de Commissievoorstellen uit het Witboek.

Ook de bewijsrechtelijke aspecten blijven in het onder-zoek niet onderbelicht. Het is in beginsel aan de eisende onderneming of consument om aan te tonen dat zij nadeel hebben ondervonden als gevolg van een kartel. In hoofdstuk 9 wordt ingegaan op problemen van bewijs-

rechtelijke aard die kunnen spelen in verband met de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Bijzondere aandacht wordt daarbij besteed aan de bin-dende kracht van uitspraken van de Europese Commis-sie, NMa en buitenlandse mededingingsautoriteiten, alsook aan de problemen die spelen rondom de toegang tot (bedrijfsvertrouwelijke) documenten.

Mededingingsinbreuken zijn niet gebonden aan lands-grenzen. Om die reden is het nuttig dat Zippro in hoofdstuk 10 ingaat op aspecten van internationaal pri-vaatrecht. Zippro sluit zijn onderzoek in hoofdstuk 11 af met een concluderende slotbeschouwing.

In de statistiek kan een trend zowel stijgend als dalend zijn. Op de vraag welke trend de privaatrechtelijke handhaving volgt is geen eenduidig antwoord te geven. Gezien het 'afvoeren' van de ontwerprichtlijn schade-vergoedingsacties door de huidige mededingingscom-missaris Almunia en het op de lange(re) baan schuiven van eventuele andere voorstellen zou kunnen worden betoogd dat een dalende trend is ingezet. Anderzijds volgt dit najaar een brede consultatie hetgeen waar-schijnlijk weer de nodige pennen in beroering zal bren-gen. Voorts lijkt het erop dat door alle aandacht rondom het onderwerp er iets meer (zichtbare) beweging komt in het private handhavingsfront. Hoe dit ook zij, voor Zippro is het duidelijk waar hij afsluit met de constate-ring dat het fascinerende tijden blijven bij de veelbelo-vende verlovings tussen privaatrecht en mededingings-recht. Daarbij stelt Zippro dat de vraag niet is of, maar wanneer het tot een huwelijk tussen beide rechtsgebie-den zal komen. Vanwege de intrekking van het richtlijn-voorstel over schadevergoedingsacties valt een Brusselse uithuwelijking op korte termijn in ieder geval niet te verwachten.