

Signalering

Private handhaving: collectief verhaal

Prof. mr. T. R. Ottervanger*

Al jaren is op communautair niveau de discussie gaande over de modaliteiten van private handhaving van het mededingingsrecht in de nationale rechtssystemen. Concrete resultaten zijn niet geboekt. De weg naar een Europees instrumentarium voor collectief verhaal is grillig. In het redactioneel van eind 2009 (*M&M* 2009/5) is bericht over een ontwerprichtlijnvoorstel over schadeverhaal bij mededingingsinbreuken. Dit voorstel volgde op een groenboek respectievelijk een witboek over dit onderwerp – geflankeerd door een veelheid aan documenten zoals impactstudies. Inmiddels weten we dat het ontwerpvoorstel nooit is ingediend onder meer vanwege de overlap met een ander Commissievoorstel dat betrekking had op collectief verhaal door consumenten. Ook het voorstel voor een collectief consumentenverhaal is daarna overigens van tafel verdwenen.

Recent is er een nieuwe gezamenlijke consultatieronde gestart voor een coherente Europese aanpak op het gebied van collectief verhaal. Het consultatiedocument beoogt een zogeheten horizontale openbare raadpleging – dat wil zeggen dat de consultatie niet is toegespitst op één beleidsterrein (zoals mededinging) maar EU-breed is uitgezet – met als doel de gemeenschappelijke rechtsbeginselen inzake collectief verhaal vast te stellen. Deze – vast te stellen – beginselen zullen vervolgens een leidraad vormen voor eventuele Europese wetgeving. In het consultatiedocument worden overigens al een zestal beginselen genoemd die de Commissie reeds op basis van de eerdere consultaties heeft kunnen vaststellen. Zij hebben betrekking op: (1) een doeltreffend en efficiënt verhaal, (2) het belang van informatie en de rol van vertegenwoordigende organisaties, (3) de noodzaak om rekening te houden met collectieve consensuele afhan-

deling (collectieve schikkingen) als een middel van alternatieve geschillenbeslechting, (4) waarborgen tegen misbruik van procesrecht, (5) financieringsmechanismen voor met name particulieren en het MKB en (6) het belang van een doeltreffende handhaving in de gehele EU. Dit zijn inderdaad de bekende uitgangspunten die ook in de oude consultatiedocumenten voorkwamen. De werkelijke vraag is uiteindelijk hoe vanuit deze ‘begin-selen’ te komen tot een acceptabel en bruikbaar Europees collectief verhaal. Met de resultaten van de huidige consultatie hoopt de Commissie daar een stap verder mee te komen.

In het consultatiedocument wordt er maar weer eens nadrukkelijk op gewezen dat bij een Europese aanpak van collectief schadeverhaal alles in het werk wordt gesteld om misbruik van procesrecht te voorkomen. Hiermee wordt geprobeerd de angst weg te nemen voor, kortweg, ‘Amerikaanse toestanden’. Om deze reden mag een Europese aanpak in geen geval een economische stimulanus inhouden om misbruik te maken van het (collectieve) vorderingsrecht.

Het consultatiedocument vraagt ook naar voorbeelden in de lidstaten die leerzaam zijn met het oog op een eventueel EU-initiatief op het gebied van collectief verhaal. Vanuit Nederlands perspectief kan hier met name aan de Wet collectieve afwikkeling massaschade (*Wcam*) worden gedacht op grond waarvan het Hof Amsterdam een schikking algemeen verbindend kan verklaren en benadeelde partijen actief zullen moeten aangegeven dat zij niet gebonden willen zijn (*opt-out*). De *Wcam* is de laatste jaren zeer succesvol gebleken. Bekende wapenfeiten zijn onder meer de algemeen verbindend verklaarde *Shell*-schikking (Hof Amsterdam 29 mei 2009, LJN BI5744) en de recente verbindendverklaring in de *Converium*-zaak waarbij het ging om een schikking tussen twee Zwitserse ondernemingen (Hof Amsterdam 12 november 2010, LJN BO3908). Laatstgenoemde zaak heeft nationaal en internationaal veel aandacht getrok-

* Prof. mr. T.R. Ottervanger is advocaat bij Allen & Overy en hoogleraar Europees Recht, in het bijzonder Mededingingsrecht, in Leiden.

ken. Van het succes van de Wcam kan een aantrekkelijke werking uitgaan voor benadeelde partijen om vanuit een Nederlandse stichting te trachten tot een schikking te komen met de schadeveroorzakende partij – ook in mededingingszaken.

In dit verband is van belang dat de Commissie in het consultatiedocument vraagt naar informatie over eventuele moeilijkheden in verband met de rechterlijke bevoegdheid en het toepasselijke recht op het gebied van collectief schadeverhaal in het licht van de huidige verschillen tussen de nationale rechtssystemen. Daarbij wijst de Commissie op de noodzaak om misbruik van procesrecht, waaronder ‘forum shopping’ te vermijden. Zolang er verschillen bestaan tussen de nationale regelingen inzake collectief verhaal zal er aanleiding kunnen zijn voor forum shopping. Als de Commissie dit volledig wil voorkomen dan is de enige mogelijkheid om over te gaan tot een maximumharmonisatie, hetgeen betekent dat het nationale recht geen ruimere mogelijkheden mag bieden voor collectief schadeverhaal. Het is niet gezegd dat de Commissie hierop aanstuurt – de oude voorstellen gingen steeds uit van een minimumharmonisatie – maar de opmerking over forum shopping in de huidige consultatie geeft wel reden om hierop bedacht te zijn. Wordt immers besloten tot een maximumharmonisatie dan kan de Wcam voor gevallen waarop de Europese collectieve verhaalsregeling van toepassing is in de ijskast worden gezet, tenzij de systematiek van de Wcam zou worden overgenomen in de eventuele nieuwe Europese regeling. Dit ligt echter niet direct voor de hand omdat maar weinig landen een collectieve verhaalsmogelijkheid kennen waarbij wordt gewerkt met een ‘opt-out’ (het consultatiedocument noemt naast Nederland, Portugal en Denemarken).

Hoe dan ook is het huidige consultatiedocument in vergelijking met de concrete voorstellen uit de ontwerp-richtlijn schadevergoedingsacties voor mededingingsinbreuken een stap terug in het proces om te komen tot een Europees collectief (schade)verhaal. Er wordt nu een behoedzame koers gevaren waarbij eerst het Europese landschap van collectief verhaal wordt geïnventariseerd. Een tweede stap is dan te komen tot concrete voorstellen op de gebieden waar (meer) collectief verhaal noodzakelijk wordt gevonden, waaronder in ieder geval consumentenrechten en mededingingsrecht. Een eerste teken aan de wand is dat Commissaris Almunia heeft aangegeven dat de aangekondigde voorstellen voor een collectief schadeverhaal bij mededingingsschendingen pas in 2012 kunnen worden verwacht in plaats van eind 2011, zoals eerder nog was aangekondigd.