

Annotatie

Verhaal van kartelschade door de Europese Commissie

Mr. R. Meijer*

Inleiding en feiten

De Europese Commissie (Commissie) is al jaren pleitbezorger van civiele schadeclaims ter compensatie van kartelschade. In aanvulling op de boetes die worden opgelegd door de Commissie (publieke handhaving) zouden schadeclaims ingesteld door benadeelde particulieren en bedrijven (private handhaving) een extra prikkel vormen voor ondernemingen om het mededingingsrecht na te leven. In dit verband heeft de Commissie aangekondigd met voorstellen te komen ter ondersteuning van civiele schadeclaims. Dat heeft naast een grote hoeveelheid voorbereidende documenten tot dusver nog geen concrete maatregelen opgeleverd. Naar verluidt zal de Commissie evenwel dit jaar met nieuwe voorstellen komen die het eenvoudiger moeten maken voor benadeelde partijen om schadevergoeding te claimen bij de nationale rechter wegens strijd met het Europese mededingingsrecht.

In het licht van het voorgaande mag het geen verrassing heten dat de Commissie de gelegenheid heeft aangegrepen zelf een voortrekkersrol te spelen bij het claimen van schadevergoeding wegens kartelvorming, toen deze mogelijkheid zich voordeed in de vorm van het liftenkartel. Bij beschikking van 21 februari 2007 heeft de Commissie vastgesteld dat de vier grootste Europese liftenfabrikanten inbreuk hebben gemaakt op artikel 101 VWEU (art. 81 EG-Verdrag) en heeft daarvoor geldboeten opgelegd van in totaal ruim 992 miljoen euro.¹ Verschillende onderdelen van de Unie hadden geduren-

de de kartelperiode opdrachten gegund aan de liftenfabrikanten. Om deze reden is de Commissie namens de Unie een procedure gestart bij de Rechtbank van koophandel te Brussel en heeft zij primair schadevergoeding gevorderd voor een bedrag van ruim 7 miljoen euro. Subsidiair heeft de Commissie gevorderd dat de Brusselse rechtbank een deskundige aanwijst om de omvang van de schade te begroten.

In de procedure voor de Brusselse rechtbank hebben de liftenfabrikanten aangevoerd dat de Commissie niet bevoegd is de Unie te vertegenwoordigen in de civiele schadeprocedure. In dit verband stelde de Brusselse rechter twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.² Ten eerste wordt het Hof van Justitie gevraagd of de Commissie op grond van artikel 282 EG-Verdrag (thans art. 335 VWEU) een schadevergoedingsactie kan instellen namens de Unie. Het oordeel van het Hof van Justitie op dit punt luidt, kortweg, dat de Commissie op grond van artikel 282 EG-Verdrag (dat nog van toepassing was toen de Commissie de civiele procedure startte) bevoegd is om de Gemeenschap (thans de Unie) in rechte te vertegenwoordigen. Dat er daarnaast (Verdrags)bepalingen bestaan die specifiek de bevoegdheden van de Unie-instellingen voor de opstelling en uitvoering van de begroting regelen, doet daar niet aan af. Het vraagstuk van de procesvertegenwoordiging van de Unie is onderscheiden van de vraag naar de bevoegdheid in het kader van begrotingsmaatregelen. In deze annotatie zal op deze eerste vraag niet verder worden ingegaan.

Ten tweede vraagt de Brusselse rechtbank zich af of de gang van zaken, waarin de Commissie die zelf de beschikking heeft gegeven waarin de mededingingsinbreuk is vastgesteld overgaat tot een schadeclaim, in overeenstemming is met artikel 47 van het Handvest van

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

1. Het gaat om Otis, Kone, Schindler en ThyssenKrupp.

2. HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11, *Commissie/Otis e.a.*, n.n.g.

de grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Deze tweede vraag valt uiteen in de vraag of de Commissie hier niet als rechter in eigen zaak optreedt en in hoeverre sprake is van *equality of arms*.

Rechter in eigen zaak?

Een belangrijk verweer van de liftenfabrikanten tegen de door de Commissie ingestelde schadevordering is dat de Commissie optreedt als rechter in haar eigen zaak. De Commissie heeft immers eerst vastgesteld dat er sprake is van een mededingingsinbreuk en claimt vervolgens een schadevergoeding op basis van dit door haar zelf vastgestelde onrechtmatige handelen. Daarbij is van belang dat de beschikking van de Commissie waarin zij het bestaan van de inbreuk heeft vastgesteld, bindend is voor de nationale rechter die zich een oordeel moet vormen over de aansprakelijkheid van de liftenfabrikanten. Om deze reden is volgens de liftenfabrikanten sprake van een schending van artikel 47 van het Handvest als ook van artikel 6 EVRM.

Het Hof van Justitie oordeelt echter dat van een zodanige schending geen sprake is. Daarbij herhaalt het Hof van Justitie allereerst de vaste lijn van jurisprudentie waarin, kortweg, is geoordeeld dat er afbreuk zou worden gedaan aan de volle werking van het kartelverbod als niet eenieder vergoeding zou kunnen vorderen van de schade die is veroorzaakt door overtreding van het verbod. Dit recht op schadevergoeding maakt dat mededingingsovertredingen minder aantrekkelijk worden en vormt daarom een wezenlijke bijdrage aan de handhaving van het mededingingsrecht. Aangezien *eenieder* dit recht op schadevergoeding heeft wanneer er een causaal verband bestaat tussen de schade en een door artikel 101 VWEU verboden gedraging, heeft ook de Unie dit recht, aldus het Hof van Justitie.

De kernvraag is echter of de Commissie met de uitoefening van dit recht in strijd handelt met het EVRM en artikel 47 van het Handvest. Het Hof van Justitie benadrukt in dit verband dat de grondrechten van de liftenfabrikanten, waaronder het recht op een effectieve rechterlijke bescherming bestaande uit – onder meer – het recht op toegang tot de rechter, moet worden geëerbiedigd.

In zijn conclusie merkte advocaat-generaal Cruz Villalón op dat de prejudiciële vraag strikt genomen niet zozeer gaat over de onpartijdigheid van de verwijzende rechter (de Brusselse Rechtbank van koophandel) – hieraan twijfelden de liftenfabrikanten niet – maar veeleer om de vraag of de omvang van de rechtsmacht van de verwijzende rechter als gevolg van de bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en de Unierechters enerzijds en de nationale rechter anderzijds, op gespannen voet zou staan met het Handvest.³ Het Hof van Justitie heeft zijn arrest ook in deze sleutel geplaatst en oor-

deelt dat van schending van het Handvest geen sprake is.

Bij de door artikel 47 van het Handvest gewaarborgde toegang tot de rechter – welk artikel volgens het Hof van Justitie uitvoering geeft aan artikel 6 EVRM⁴ – is van belang dat de rechter bevoegd is om alle voor het bij hem aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken. Krachtens de taakverdeling op grond van de *Masterfoods*-jurisprudentie,⁵ zoals nu neergelegd in artikel 16 Verordening 2003/1/EG, kunnen nationale rechterlijke instanties bij de toepassing van het Europese mededingingsrecht geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Deze regel geldt ook wanneer sprake is van een schadevordering die is gebaseerd op schending van artikel 101 of 102 VWEU. Deze specifieke bevoegdheidsverdeling binnen de Unie betekent volgens het Hof van Justitie echter niet dat het recht op toegang tot de rechter wordt ontnomen.

Tegen de kartelbeschikking van de Commissie heeft immers een rechtsingang opengestaan waarin de rechtmatigheid van deze beschikking kon worden getoetst. Weliswaar heeft de Commissie een zekere beoordelingsmarge bij het toepassen van het mededingingsrecht en de daarbij betrokken economische vraagstukken, maar dat laat onverlet dat de Unierechter wettigheidstoezicht uitoefent op basis van artikel 262 VWEU. In het kader van het wettigheidstoezicht zal de Unierechter de materiële juistheid van de door de Commissie aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang daarvan onderzoeken, nagaan of de bewijselementen het relevante feitenkader vormen en of zij de conclusies kunnen dragen. Ook zal de Unierechter, zo nodig ambtshalve, onderzoeken of de Commissie haar besluit voldoende heeft gemotiveerd. Voorts kan de Unierechter op basis van zijn toetsingsbevoegdheid op grond van artikel 31 Verordening 2003/1/EG zijn beoordeling in de plaats stellen van die van de Commissie en de opgelegde boete verlagen of verhogen. Kortom, de Unierechter biedt een doeltreffende rechtsingang tegen (boete)beschikkingen van de Commissie en daarmee is van strijd met artikel 47 van het Handvest geen sprake, aldus het Hof van Justitie.

De liftenfabrikanten hadden ook nog aangevoerd dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke toetsing in twijfel kan worden getrokken aangezien deze in handen is van het Hof van Justitie, terwijl dit zelf een instelling van de Unie is. Dit is wel een ‘zuiver’ onafhankelijkheidsverweer (in tegenstelling tot het hierboven behandelde bezwaar over de bevoegdheidsverdeling tussen de Unie en lidstaten). Hiermee maakt het Hof van Justitie echter korte metten en het oordeelt dat dit bezwaar grondslag mist aangezien er voldoende garanties zijn opgenomen in de Unieverdragen om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het Hof van Justitie te verzekeren.

3. Conclusie A-G Cruz Villalón 26 juni 2012, zaak C-199/11, n.n.g.

4. Kritisch hierover is A.E. Beumer, ‘Het arrest Otis’, te verschijnen in een volgend nummer van *NTER*.

5. HvJ EG 28 februari 1991, zaak C-234/89, *Delimitis*, *Jur.* 1991, p. I-935 en HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, *Masterfoods*, *Jur.* 2000, p. I-11369.

Tevens merkt het Hof van Justitie op dat ieder rechterlijk orgaan noodzakelijkerwijs onderdeel vormt van een staats- of supranationale organisatie waartoe het behoort, zonder dat dit schending van artikel 6 EVRM of artikel 47 van het Handvest oplevert. Dat lijkt mij terecht. Als de Nederlandse rechter moet oordelen over aansprakelijkheid van de Nederlandse overheid wordt immers ook niet *a priori* getwijfeld aan zijn onafhankelijk, ondanks dat de rechterlijke macht onderdeel is van de Staat der Nederlanden. Er is geen reden om daar in Unieverband anders over te denken.

Het laatste element in de redenering van het Hof van Justitie betreft de reikwijdte van de gebondenheid van de nationale rechter aan de Commissiebeschikking. Het Hof van Justitie wijst erop dat in de context van de beoordeling van de civiele schadevordering niet alleen wordt vastgesteld of er een schadetoebrengend feit is, maar dat ook moet worden bepaald of er schade is en er causaal verband tussen de schade en het schadebrengende feit bestaat. Hoewel de nationale rechter moet uitgaan van de aanwezigheid van de inbreuk op het mededingingsrecht als dit door de Commissie is vastgesteld, wordt de vraag naar de aanwezigheid van schade en causaal verband nog steeds door de nationale rechter beoordeeld. Het Hof van Justitie voegt daaraan toe dat zelfs wanneer de Commissie de precieze gevolgen van de inbreuk in haar beschikking heeft moeten bepalen, het nog steeds aan de nationale rechter is om per geval de schade te bepalen die is veroorzaakt aan elk van de personen die een schadevordering heeft ingesteld. Dit is volgens het Hof van Justitie niet in strijd met artikel 16 Verordening 2003/1/EG. Op zichzelf is het winst dat het Hof van Justitie zich enigszins heeft uitgelaten over de scope van de gebondenheid aan het oordeel van de Commissie over het bestaan van een mededingingsinbreuk. Hierover bestaat namelijk onduidelijkheid. Het is met name een belangrijke vraag of de gebondenheid alleen geldt voor het dictum of ook voor de feitelijke overwegingen.⁶ Op deze vraag geeft het Hof van Justitie echter geen antwoord in dit arrest (deze vraag lag ook niet voor). Wel is duidelijk dat er ruimte overblijft voor de nationale rechter in het kader van de schadevergoedingsvraag.

Daarbij is overigens niet zo helder of de laatste toevoeging van het Hof van Justitie inhoudende dat zelfs wanneer in de beschikking de precieze gevolgen van de inbreuk zijn vastgesteld, het nog steeds aan de nationale rechter is om de schade vast te stellen, moet worden gezien als een belangrijke relativisering van de gebondenheid of niet. Hoewel het Hof van Justitie het brengt als een relativisering, kan uit het feit dat in deze overweging niet wordt verwezen naar de causaliteitsvraag, ook worden afgeleid dat de nationale rechter weliswaar zelf kan bepalen of in individuele gevallen schade is geleden door de personen die een schadevordering hebben ingesteld,

maar dat geen ruimte bestaat om in algemene zin te oordelen dat er in het geheel geen schade is ontstaan als gevolg van de mededingingsinbreuk indien de Commissie de gevolgen van de inbreuk heeft vastgesteld (teneinde de inbreuk aan te tonen). Dit laatste zou immers toch wel erg indruisen tegen de beschikking. Daarbij kan de kanttekening worden geplaatst dat als de nationale rechter eigenlijk van mening is dat zich geen schadelijke effecten hebben voorgedaan als gevolg van de mededingingsinbreuk – maar hij dit niet kan beslissen omdat dit ingaat tegen de Commissiebeschikking – hij bij de beoordeling van de individuele schadevorderingen steeds tot afwijzing van aansprakelijkheid zou kunnen concluderen wegens het ontbreken van enige schade.

Equality of arms

Het Hof van Justitie diende zich in deze zaak tevens uit te laten over de vraag of sprake is van schending van het beginsel van *equality of arms*. Volgens de liftenfabrikanten is hiervan sprake omdat de Commissie zich in een bevoorrechte positie bevindt nu de Commissie zelf het onderzoek heeft uitgevoerd op basis waarvan zij uiteindelijk de schadeclaim heeft ingesteld. De Commissie heeft hierdoor volgens de liftenfabrikanten informatie tot haar beschikking, waaronder ook vertrouwelijke informatie, waarover niet alle liftenfabrikanten beschikken.

Het Hof van Justitie overweegt dat het beginsel van *equality of arms* tot doel heeft het evenwicht tussen de procespartijen te verzekeren door te garanderen dat elk aan de rechter overgelegd document kan worden gecontroleerd en bestreden door alle procespartijen. Hiermee haalt het Hof van Justitie meteen de angel uit het bezwaar van de liftenfabrikanten omdat volgens de verwijzingsbeschikking de vertrouwelijke informatie niet is overgelegd in de procedure bij de Belgische rechter. Daar is slechts het niet-vertrouwelijke dossier overgelegd.

Het Hof van Justitie is ook niet gevoelig voor het argument dat toch sprake is van een verstoring van het evenwicht tussen partijen doordat de Commissie het onderzoek naar de inbreuk op artikel 101 VWEU heeft uitgevoerd en vervolgens vergoeding van de door de inbreuk geleden schade heeft gevorderd. Daarbij wijst het Hof van Justitie op artikel 28 lid 1 Verordening 2003/1/EG, welk artikel het verbiedt om de in het kader van het mededingingsonderzoek verkregen inlichtingen te gebruiken voor een ander doel dan waarvoor zij zijn ingewonnen. Daaraan doet niet af dat zowel de boetebeschikking als de beslissing om de schadevordering in te stellen is genomen door het college van Commissieleden.

Tot slot gaat ook het beroep op het EHRM-arrest *Yvon/Frankrijk* niet op volgens het Hof van Justitie.⁷ De situatie in die zaak laat zich niet vergelijken met de

6. E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 617-620 en W.A.J. van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007, p. 26 en 92.

7. EHRM 24 april 2003, 44962/98, ECHR 2003-V.

onderhavige situatie. De situatie die heeft geleid tot het arrest *Yvon/Frankrijk* was namelijk dat het standpunt van de regeringscommissaris een belangrijke invloed had op de beoordeling door de Franse onteigeningsrechter en bovendien waren de voorschriften rondom het gebruik van relevante informatie door de regeringscommissaris niet onderworpen aan een rechterlijke toetsing of voorzien van garanties vergelijkbaar met die in de onderhavige zaak (zoals de garantie dat inlichtingen verkregen in het kader van de opsporing van mededingingsinbreuken alleen voor dat doel mogen worden gebruikt).

Tot slot

Een goed voorbeeld is beter dan een mooie preek, moet de Commissie hebben gedacht bij het instellen van een schadeclaim tegen de liftenfabrikanten die waren betrokken bij het liftenkartel. Er is immers vaak en veel door de Commissie bepleit dat het van groot belang is dat benadeelden van mededingingsinbreuken hun schade verhalen op de inbreukmakers in een civiele procedure. De Commissie geeft nu zelf het voorbeeld. Het is uiteraard nog afwachten of het, vanuit het perspectief van de Commissie, een 'goed' voorbeeld wordt. Daarvoor is namelijk nog wel nodig dat er uiteindelijk een schadevergoeding wordt toegekend. Mocht dit om enige reden niet lukken dan is dit echter weer een argument voor de Commissie in het betoog dat er te veel drempels bestaan in het nationale recht van de lidstaten voor een effectieve private handhaving van het mededingingsrecht en dat zij dus terecht pleit voor instrumenten om dit eenvoudiger te maken. Een typisch geval van winwin voor de Commissie.