

Column

Private handhaving

Mr. P. Glazener*

Op 11 juni 2013 heeft de Europese Commissie haar richtlijnvoorstel inzake het verhaal van schade veroorzaakt door mededingingsinbreuken gepubliceerd. Voor degenen die hadden gehoopt dat de Commissie voorstellen zou doen om de positie van mogelijke gelaedeerden wezenlijk te versterken moet het een teleurstelling zijn. De Commissie heeft zich met name gericht op het beschermen van haar eigen clementieprogramma. De versterking van de rechtspositie van mogelijke gelaedeerden is zeer beperkt. Het richtlijnvoorstel bevat geen maatregelen inzake collectief verhaal. Daarvoor heeft de Commissie een niet-bindende aanbeveling gepubliceerd die betrekking heeft op collectieve acties in het algemeen. Dit is een schamel resultaat na alle groenboeken, witboeken, werkdocumenten, consultaties en studies over dit onderwerp.¹ Moeten wij hier rouwig over zijn? Volgens mij niet, om een aantal redenen.

Om te beginnen heeft de discussie over dit onderwerp een valse start gemaakt. Ten onrechte wordt het *Courage*-arrest² van het Hof van Justitie genoemd als basis voor de aansprakelijkheid voor schade ontstaan als gevolg van inbreuken op het mededingingsrecht. Dit arrest maakte een einde aan een anomalie in het Engelse recht dat een partij bij een overeenkomst die in strijd is met het (Europees mededingings)recht, geen schadevergoeding kan vorderen van zijn wederpartij. In andere lidstaten (waaronder Nederland) heeft daar nooit enig beletsel voor bestaan. Mede naar aanleiding van deze uitspraak heeft de Commissie een studie laten verrichten naar de mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen wegens schending van de mededingingsregels.

Deze studie constateerde met een Engelse bril³ dat het recht op dit gebied in de lidstaten ‘nog in de kinderschoenen stond’, terwijl er op dat moment in de meeste lidstaten (waaronder in ieder geval Nederland) al een dertig jaar oude, levendige praktijk bestond op het gebied van de private handhaving van de mededingingsregels. Zo ontstond ten onrechte de indruk dat sprake was van een ernstig probleem, waar op communautair niveau iets aan moest worden gedaan.

In de tweede plaats hebben in de discussie over dit onderwerp zogenoemde *follow-on* claims ten onrechte een hoofdrol gespeeld. *Follow-on* claims zijn schadeclaims die volgen op een beschikking van de Europese Commissie of de nationale mededingingsautoriteiten. In dergelijke zaken heeft het recht voor een belangrijk deel al zijn loop gehad: er is een einde aan het kartel gemaakt en de deelnemers hebben forse boetes gekregen. Private handhaving van het mededingingsrecht is juist van belang voor die zaken waar de mededingingsautoriteiten niet aan toekomen, of waar hun interventie niet kan worden afgewacht.

Bovendien staat met de beschikking van de mededingingsautoriteit dat er sprake is geweest van een kartel helemaal niet vast dat er ook schade is geleden. Dat wordt in de discussie over dit onderwerp gemakkelijk uit het oog verloren. Kartels bestaan niet meer uit harde prijsafspraken maar uit de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie waarvan het effect op de prijzen veel moeilijker is vast te stellen. Verder is er nog maar weinig nodig voor het aannemen van een kartel. Ik hoef in dat verband maar te wijzen op het feit dat een inbreuk reeds kan worden aangenomen en beboet als er sprake is geweest van een intentie om de mededinging te beperken, zonder dat aangetoond hoeft te worden dat die intentie ook daadwerkelijk is uitgevoerd en gevolgen heeft gehad.

117

* Mr. P. Glazener is advocaat bij Allen & Overy.

1. Zie voor een volledig overzicht <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>>.

2. HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage/Crehan*, *Jur.* 2001, p. I-06297.

3. De studie is uitgevoerd door het Engelse advocatenkantoor Ashurst.

Het richtlijnvoorstel introduceert een wettelijk vermoeden dat kartels schade veroorzaken. Gezien het voorgaande is het de vraag of daarvoor voldoende rechtvaardiging bestaat. Hoe dan ook heeft dit vermoeden weinig om het lijf, omdat eisers nog steeds zullen moeten aantonen dat *zij* schade hebben geleden en wat de omvang van hun schade is. Dat moet volgens het nationale recht worden uitgemaakt. En die praktijk staat helemaal niet ‘in de kinderschoenen’. Er is heel veel jurisprudentie over de vraag hoe je de schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad moet berekenen. Er is geen enkele rechtvaardiging om in dit zorgvuldig opgebouwde stelsel in te breken alleen om schadevergoedingsacties wegens mededingingsinbreuken te faciliteren.

Als het moeilijk is om met private handhaving kartelschade te verhalen, is het dan niet beter om zich te concentreren op de publieke handhaving? Daar kan men tegen inbrengen dat de publieke handhaving niet gericht is op de vergoeding van de schade veroorzaakt door het kartel. Maar als kartelschade zo moeilijk vast te stellen is dat het civiele recht onvoldoende mogelijkheden biedt om die schade te verhalen – terwijl het civiele recht voor het verhaal van schade ten gevolge van andere onrechtmatige gedragingen wél volstaat – dan kan men in plaats van een speciale behandeling van *follow-on* claims beter de sanctie voor de inbreuk op het mededingingsrecht gebruiken om de maatschappij te compenseren voor de schade veroorzaakt door het kartel. De opbrengst van de kartelboetes komt immers in de algemene middelen terecht. Het versterken van de voordeelontnemende component van boetes heeft het bijkomende voordeel dat het kan bijdragen aan de rechtvaardiging van de wel zeer hoog opgelopen boetes.

De Commissie lijkt haar oorspronkelijke ambities om een andere reden te hebben laten varen en zich uiteindelijk met name te hebben laten leiden door de wens haar clementieprogramma te beschermen. Als daarmee is voorkomen dat het nationale civiele recht van de lidstaten overhoop wordt gehaald om *follow-on* schadeclaims te faciliteren, dan valt daar goed mee te leven.