

Commentaar op het WITBOEK betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels

studiekring “Eurogroep” van de Nederlandse Raad voor de rechtspraak, 14 juli 2008

=====

I Inleiding

Op 2 april 2008 heeft de Commissie een witboek uitgebracht betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels. Aan het slot van dit witboek nodigt de Commissie uit tot het maken van opmerkingen over het witboek.

De Nederlandse Raad voor de rechtspraak heeft de onder hem ressorterende studiegroep “Eurogroep” verzocht opmerkingen te maken over het witboek. Aan dit commentaar werkten de volgende leden van de Eurogroep mee:

mr. drs. M.A. Fierstra (College van Beroep voor het bedrijfsleven)

mr. J.C. Fasseur-van Santen (Gerechtshof 's-Gravenhage)

mr. L.A.D. Keus (Parket bij de Hoge Raad)

mr. W.A.J. van Lierop (Gerechtshof 's-Gravenhage)

mr. A. Venekamp (College van Beroep voor het bedrijfsleven, secretaris).

Allereerst wordt een aantal algemene opmerkingen gemaakt. Vervolgens zal meer specifiek commentaar worden gegeven op enkele door de Commissie voorgestelde maatregelen.

II Algemene opmerkingen

Meer nuance

In de eerste plaats kan worden opgemerkt dat de benadering in het witboek aanzienlijk genuanceerder dan die in het groenboek. Een aantal diep in de nationale rechtsstelsels ingrijpende mogelijkheden die zijn vermeld in het groenboek zijn niet gehandhaafd. Gewezen kan worden op de in het groenboek genoemde mogelijkheid tot verdubbeling van de schadevergoeding en de gedachten over proceskostenveroordelingen. Andere opvattingen werden genuanceerd, zoals die met betrekking tot de “passing-on defence”. Anderzijds stellen wij vast dat wel in algemene zin wordt gesteld dat het Europees Parlement en andere

belanghebbenden het eens waren met de bevindingen van het groenboek, maar dat nergens uitdrukkelijk wordt gereageerd op punten van kritiek op (aspecten van) het groenboek. Uitgaande van de gedachte dat voorstanders niet behoeven te worden overtuigd van de keuze voor een bepaalde optie, zou het witboek wellicht aan gezag hebben gewonnen als de Commissie uitdrukkelijk zou zijn ingegaan op die punten van kritiek.

Publieke handhaving essentieel

Bij de beoordeling van hetgeen door de Commissie wordt gepresenteerd moet het belang van publieke handhaving van het mededingingsrecht worden onderstreept. De voor een juiste toepassing van het mededingingsrecht vereiste feitelijke vaststellingen en de economische analyse hiervan vereisen in de regel specifieke kennis en vaardigheden die zonder regelmatige praktische ervaring moeilijk kunnen worden verricht. Dat de noodzakelijke complexe economische beoordelingen niet zonder gevolgen zijn voor de toepassing van het mededingingsrecht alsook, in het verlengde daarvan, voor de beoordeling door de communautaire rechter, is in vaste rechtspraak van Hof van Justitie en Gerecht van eerste aanleg uitdrukkelijk erkend (recentelijk: Arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 17 september 2007, Microsoft Corp./Commissie, T-201/04).

Het is van belang dat de doelstellingen van publieke handhaving niet worden verward met de doelstellingen van private handhaving. In het civiele recht streven partijen in beginsel hun eigen belangen na, terwijl de publieke handhaving primair is gericht op het algemeen belang. Wellicht kan de handhaving van normen door private partijen ertoe leiden dat ondernemingen zich van deze normen beter bewust worden en zich realiseren dat inbreuken niet steeds profijtelijk zijn, en aldus bijdragen tot speciale en generale preventie. Maar de afschrikkende werking die in het witboek wordt genoemd, betreft effecten die de verhouding tussen justitiabelen overstijgen. De beoogde generale preventie behoort tot het algemene belang en de behartiging daarvan geschiedt met behulp van de in het bestuursrecht en/of strafrecht aan de staat toegekende en met waarborgen omgeven bevoegdheden. Opsporing en vervolging is een taak van de overheid. Door de generale preventie een zo prominente plaats toe te delen, dreigt het gevaar dat het civiele recht oneigenlijk wordt gebruikt.

Harmonisatie noodzakelijk?

Wij vragen ons af of de noodzaak, om onderdelen van het burgerlijk (proces-)recht communautair te harmoniseren met het oog op toepassing van de communautaire mededingingsregels, wel is aangetoond. Uitgangspunt van het witboek (en het groenboek) is

dat slachtoffers van schendingen van de communautaire mededingingsregels tot dusver in de praktijk slechts zelden vergoeding van de door hen geleden schade krijgen, hetgeen te wijten is aan diverse materieelrechtelijke en procedurele beletselen in de lidstaten. Bij dit uitgangspunt plaatsen wij drie kanttekeningen. De eerste kanttekening is dat diversiteit in voorschriften tussen verschillende lidstaten als zodanig niet betekent dat een noodzaak tot harmonisatie is gegeven. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie is niet gebleken dat het nationale burgerlijk procesrecht in het algemeen, of de complicaties die in het Ashurst-rapport of groenboek zijn gesignaleerd, in de weg staan aan effectieve tenuitvoerlegging van het communautaire mededingingsrecht, noch dat, indien dergelijke problemen al aan de orde zouden zijn, zij niet beter op nationaal niveau kunnen worden opgelost. De tweede kanttekening is dat de civiele handhaving veel ruimer is dan alleen het schadevergoedingsrecht en dat, althans in Nederland, de praktijk een breed scala te zien geeft van civiele procedures, waarin partijen effectief een beroep doen op het mededingingsrecht, teneinde daarmee strijdige gedragingen te doen beëindigen. Bijzondere betekenis komt in dit verband, in Nederland, toe aan de rechtspleging in kort geding. De derde kanttekening luidt dat schadevorderingen veelal niet aan de rechter worden voorgelegd, maar, met name in follow-on zaken, door partijen buiten rechte worden geschikt. Schendingen van het mededingingsrecht lijken hier niet te verschillen van acties gebaseerd op schending van andere normen. Met het verbinden van conclusies aan schaarse rechtspraak moet derhalve terughoudend worden omgegaan.

Gefragmenteerde aanpak in strijd met rechtszekerheid

De gefragmenteerde aanpak om het civiele (proces)recht op kleine deelgebieden te harmoniseren achten wij niet gelukkig. Het witboek heeft alleen betrekking op schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels. De in dit verband gesignaleerde problemen, zoals het aantonen van causaal verband tussen onrechtmatig handelen en schade, zijn echter niet exclusief voor het mededingingsrecht, maar doen zich ook gevoelen in andere civielrechtelijke verhoudingen.

De gefragmenteerde aanpak die een gevolg is van het witboek betekent dat voor bepaalde categorieën van schadevergoedingen wordt voorzien in eigen, van het algemene schadevergoedingsrecht afwijkende, regels van materieel en formeel recht. Uiteenlopende regels van materieel en formeel recht, al naar gelang van het geschonden recht of geschonden belang, doen af aan de coherentie van het schadevergoedingsrecht en kunnen leiden tot een

voor justitiabelen ondoorzichtig systeem van rechtsbescherming (vergelijk in dit verband in Nederland de kritiek van de Raad van State op de divergerende procedures in bijzondere wetten in afwijking van de Onteigeningswet, afhankelijk van het project waarvoor wordt onteigend, Kamerstukken II, 1998/1999, 26 343, B, blz. 3). Dit noopt tot terughoudendheid bij het treffen van afwijkende regelingen op deelgebieden.

Aandacht voor opleiding en financiering

Als laatste algemene opmerking wijzen wij op een niet in het witboek besproken belemmering bij de toepassing van het mededingingsrecht. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de toepassing van het mededingingsrecht mede vanwege de vereiste economische analyses relatief gecompliceerd. Opleiding in en ervaring met de toepassing van het mededingingsrecht zijn kritische factoren, zowel voor de raadslieden, die het standpunt van partijen zodanig moeten motiveren en met bewijs moeten staven dat de rechter voldoende feitelijk is geïnformeerd om de mededingingsregels toe te passen, als voor de rechters, die in staat moeten zijn de stellingen en feiten te onderwerpen aan een economische analyse. Een kritische factor vormt ook het tijdsbeslag dat met de behandeling van mededingingszaken kan zijn gemoeid. Daarom dient blijvend aandacht te worden besteed aan de opleiding van alle betrokkenen en aan de financiering van de behandeling van deze zaken door de rechterlijke macht.

III Opmerkingen naar aanleiding van concrete voorstellen

Procesbevoegdheid: indirecte afnemers en collectieve schadeacties

Verruiming van de mogelijkheden voor collectieve acties kan ook voor Nederland van belang zijn. Weliswaar kent het Nederlandse recht in artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek een vorderingsrecht toe aan privaatrechtelijke belangenorganisaties, maar deze rechtsvordering kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Daarnaast is sinds enkele jaren in de artikelen 7:907 en verder van het Burgerlijk Wetboek voorzien in een regeling voor de collectieve afwikkeling van massaschade (deze wet wordt doorgaans aangeduid als de Wcam), maar deze regeling veronderstelt het bestaan van een schikking (vaststellingsovereenkomst) tussen vertegenwoordigende organisaties van benadeelde partijen en de aangesproken partij, die vervolgens door de rechter verbindend kan worden verklaard voor alle mogelijke benadeelden, tenzij deze gebruik maken van de “opt-out”- mogelijkheid. Overigens kan worden opgemerkt dat de mogelijkheid van cessie van vorderingen en van

procesvolmachten in de praktijk de tekortkomingen van de collectieve actie gedeeltelijk kunnen ondervangen.

Toegang tot bewijsmateriaal: openbaarmaking tussen procespartijen

Terecht signaleert de Commissie in het witboek een informatieasymmetrie. Deze informatieasymmetrie brengt mee dat voor de effectieve toepassing van het Europese mededingingsrecht publieke handhaving essentieel is. Private handhaving kan een belangrijke aanvullende rol vervullen.

De artikelen 22 en 843a van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geven - kort gezegd - de Nederlandse rechter de bevoegdheid een partij te bevelen bepaalde bescheiden over te leggen. De in het witboek genoemde voorwaarden voor het bevel tot openbaarmaking achten wij aanvaardbaar en passen naar onze mening binnen het reeds bestaande Nederlandse kader.

Beide nationale bepalingen voorzien echter in de mogelijkheid dat een partij weigert stukken over te leggen of inzage te verlenen indien daarvoor gewichtige redenen zijn. Deze mogelijkheid ontbreekt in het witboek. Het is wezenlijk dat ook een communautaire regeling voorziet in de mogelijkheid dat een partij bedrijfsvertrouwelijke gegevens niet openbaar hoeft te maken.

Ten slotte menen wij dat in het kader van private handhaving geen bijzondere regels voor clementieverzoekers hebben te gelden, daar clementieverzoeken niet thuishoren in het domein van private maar in het domein van publieke handhaving. Publieke handhaving is zondermeer gediend met (gedeeltelijke) boete-immuniteit, maar niet goed valt in te zien waarom de mogelijkheden voor benadeelden om hun schade vergoed te krijgen van degene die inbreuk maakt op de mededingingsregels in vergelijking met inbreukmakers die niet aan de voorwaarden van de clementieregeling voldoen zouden moeten worden beperkt. Het komt merkwaardig voor dat publieke handhaving onder omstandigheden leidt tot een nadeliger positie voor het slachtoffer van een inbreuk op de mededingingsregels.

Bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten

Op basis van artikel 16 van Verordening 1/2003 en de door de Commissie aangehaalde rechtspraak mogen nationale rechterlijke instanties, als zij zich uitspreken over overeenkomsten of gedragingen waarover de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven, geen beslissingen mogen nemen die tegen die beschikking indruisen. Hoewel deze regel niet meebrengt dat slachtoffers zich op dat besluit kunnen beroepen als bindend

bewijsmateriaal van een inbreuk in civiele procedures, kan met een dergelijke regel van bewijskracht van beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten worden ingestemd, mits deze binding betreft partijen die in de gelegenheid zijn geweest tegen de betreffende beslissing rechtsmiddelen aan te wenden, en onder omstandigheden uitzonderingen en tegenbewijs worden aanvaard. Daarnaast verdient aandacht de vraag of deze bewijskracht ook geldt als is geoordeeld dat geen sprake is van een inbreuk, bijvoorbeeld omdat toepassing is gegeven aan artikel 81, lid 3, EG.

Bewijs van schuld

Als een partij heeft gehandeld in strijd met het mededingingsrecht wordt in het Nederlandse recht in het algemeen ervan uitgegaan dat sprake is van schuld (in de zin van verwijtbaarheid). Het verdient echter aanbeveling de uitzondering wegens verschoonbare dwaling uit te breiden met de algemeen in het burgerlijk recht geldende uitzondering in verband met overmacht. De uitzondering zou dan als volgt kunnen luiden: “(...) tenzij de inbreukmaker kan aantonen dat de inbreuk hem niet kan worden toegerekend” of “(...) tenzij de inbreukmaker zich kan beroepen op overmacht”.

Schadevergoeding

Het begroten van de omvang van de schade is doorgaans, in alle soorten zaken, ingewikkeld; het mededingingsrecht is hierin niet uniek. Voorts geldt dat de schadebegroting geschiedt in een individuele casus, die steeds haar eigen kenmerken heeft. Mede daarom bestaat er twijfel ten aanzien van het voornemen van de Commissie om “pragmatische” en “niet bindende” aanwijzingen voor het begroten van schade in mededingingszaken te formuleren. Opmerking verdient dat het begroten van schade een geheel andere exercitie vormt dan het vaststellen van een boete.

Verjaringstermijnen

Verjaringstermijnen strekken tot rechtszekerheid. Het is daarom onwenselijk dat voor vorderingen tot schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht andere verjaringstermijnen zouden gelden dan voor vorderingen tot schadevergoeding op een andere grondslag.

Wij menen dat op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden volstaan met de huidige regel dat het bij gebreke van communautaire regelgeving een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de verjaringstermijn vast te stellen voor een

vordering tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een ingevolge artikel 81 EG verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.

Het voorstel van de Commissie dat de verjaringstermijn niet aanvangt in het geval van een voortgezette of herhaalde inbreuk vóór de dag waarop de inbreuk is beëindigd achten wij niet deugdelijk. Bij een voortgezette inbreuk neemt de termijn in het geheel geen aanvang, terwijl bij een herhaalde inbreuk ook schade terzake van eerdere reeds vele jaren geleden gepleegde inbreuken vergoed zou moeten worden. Een en ander neigt naar een punitief element in de schadevergoedingsactie, hetgeen niet thuishoort in het domein van de private handhaving.

Het voorstel van de Commissie dat de verjaringstermijn niet aanvangt alvorens van het slachtoffer redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze kennis heeft gekregen van de inbreuk en van de schade die hem daardoor is berokkend, is in overeenstemming met de Nederlandse rechtspraak.

Erg vergaand is tot het voorstel van de Commissie dat een nieuwe verjaringstermijn van ten minste twee jaar begint te lopen zodra de inbreukbeschikking waarop een eiser zich in een vervolgvordering beroept onherroepelijk is geworden. Van een eiser kan en mag immers worden verwacht dat hij bij een vermeende inbreuk zelf de verjaring stuit; in het Nederlandse recht is daartoe een eenvoudige brief voldoende.

Interactie tussen clementieregelingen en schadevergoedingsacties

Zoals hiervoor is opgemerkt, menen wij dat in het kader van private handhaving geen bijzondere regels voor clementieverzoekers behoren te gelden, daar clementieverzoeken niet thuishoren in het domein van private maar in het domein van publieke handhaving. Om die reden achten wij het niet aanvaardbaar dat de civiele aansprakelijkheid van een partij aan wie immuniteit is verleend wordt beperkt. Nader onderzoek naar mogelijkheden hiertoe, zoals door de Commissie wordt voorgesteld in de laatste alinea van deze paragraaf, is o.i. dan ook niet aangewezen.
