

NEDERLANDSE REACTIE OP HET WITBOEK BETREFFENDE SCHADEVERGOEDINGSACTIES WEGENS SCHENDING VAN DE COMMUNAUTAIRE MEDEDINGINGSREGELS

1. INTRODUCTIE

1.1 Inleiding

Op 3 april 2008 heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Commissie) het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels gepubliceerd. Het Witboek is een vervolg op het Groenboek van 2005¹ en de Commissie nodigt eenieder uit te reageren. Dit document bevat de reactie van het Nederlandse kabinet (hierna kort gezegd: Nederland) waarin tevens het commentaar van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) is verwerkt. Na een korte weergave van de redenen en leidbeginselen (hierna centrale uitgangspunten) van de Commissie voor het Witboek wordt een aantal algemene opmerkingen gemaakt en vervolgens wordt ingegaan op de voorstellen in de volgorde van het Witboek en de eventuele onduidelijkheden daarbij. Het onderhavige document bevat uitsluitend de reactie van Nederland op het Witboek en behelst geen definitief standpunt van Nederland ten aanzien van schadevergoedingsacties wegens schending van communautaire mededingingsregels.

1.2 Redenen voor een Witboek over schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels en de beoogde doelstellingen en centrale uitgangspunten.

De Commissie heeft op basis van het ontbreken van uitgebreide jurisprudentie geconstateerd dat slachtoffers van schendingen van de communautaire mededingingsregels tot dusver in de praktijk slechts zelden herstel krijgen voor de geleden schade. In het Groenboek concludeerde de Commissie dat dit falen grotendeels te wijten is aan diverse juridische en procedurele hinderpalen. Met de voorstellen in het Witboek wil de Commissie de juridische voorwaarden en procedures aanpassen om het voor slachtoffers eenvoudiger te maken om de schade die zij door overtredingen van het mededingingsrecht hebben geleden te verhalen.

In het Witboek zijn de volgende uitgangspunten opgenomen:

¹Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules COM(2005) 672.

1. volledige compensatie voor alle categorieën slachtoffers;
2. evenwichtige maatregelen die zijn geworteld in Europese rechtscultuur en tradities;
3. behoud van daadkrachtige publieke handhaving; civielrechtelijke handhaving dient ter aanvulling van publieke handhaving.

1.3 Algemene opmerkingen en reactie op redenen, doelstellingen en centrale uitgangspunten

Nederland heeft met belangstelling kennisgenomen van de nadere uitwerking van de voorstellen van de Commissie om eventuele obstakels voor doeltreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels weg te nemen. Zoals ook in de reactie van Nederland op het Groenboek is aangegeven, steunt Nederland het streven van de Commissie civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Nederland is verheugd dat de Commissie niet langer pleit voor Europese maatregelen op basis waarvan punitieve elementen van invloed zijn op de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding. Tevens verwelkomt Nederland de nadruk die de Commissie legt op evenwichtige maatregelen en het behoud van een daadkrachtige publieke handhaving. Deze centrale uitgangspunten zijn voor Nederland essentieel.

Wel betreurt Nederland de versnipperde aanpak van de Commissie, nu de voorgestelde maatregelen, evenals in het Groenboek, beperkt blijven tot overtredingen van mededingingsregels. Een versnipperde aanpak per rechtsgebied, in plaats van een horizontale aanpak die in beginsel voor alle desbetreffende rechtsgebieden in het burgerlijk recht geldt, gaat namelijk ten koste van de interne samenhang van de nationale systemen van burgerlijk procesrecht die ingebed zijn in de nationale rechtscultuur. Zo kan in een zaak waarin sprake is van een kartel, eveneens sprake zijn van een onrechtmatige daad doordat de kartellisten bedrijven uit andere lidstaten reputatieschade toebrengen. Er is dan sprake van een gecombineerde vordering waarin het mededingingsaspect één van de aspecten van de zaak is. Iets vergelijkbaars kan zich voordoen bij een procedure tot nakoming van een franchiseovereenkomst. Stel, de franchisenemer tegen wie nakoming wordt gevorderd, dient een tegenvordering in tot schadevergoeding wegens niet nakoming van de verplichtingen door de franchisegever. Subsidiair doet de franchisenemer een beroep op de nietigheid van de franchiseovereenkomst wegens strijd met de artikelen 81 en 82 EG. Ook dan is sprake van een samengestelde vordering. In al die gevallen is de vraag welke regels, bijvoorbeeld voor informatiegaring, vóórgaan: de specifieke regels voor mededingingszaken, ook al betreft dit

maar één (subsidiar) aspect van de vordering of de algemene regels voor informatiegaring, die mogelijk minder ver gaan. Eenzelfde vraag kan zich voordoen voor de specifieke bewijs-, verjarings- en schadevergoedingsregels. Als de rechter in al deze gevallen de bijzondere mededingingsrechtelijke regelingen moet toepassen, kan dit ertoe leiden dat een schending van de artikelen 81 en 82 EG te pas en te onpas zal worden bepleit. Nederland verzoekt de Commissie rekening te houden met bovengenoemde gevolgen voor uitvoerbaarheid en mogelijk misbruik van specifieke regels.

Voor wat betreft de proportionaliteit en de effectiviteit van de voorstellen plaatst Nederland enkele kanttekeningen bij de redenering van de Commissie dat het ontbreken van een uitgebreide jurisprudentie gelijk staat aan het ontbreken van een doeltreffend systeem van private rechtshandhaving. Ten eerste doet volgens Nederland de beoordeling van die doeltreffendheid enkel aan de hand van de omvang van de jurisprudentie geen recht aan alternatieven om schadevergoedingsvorderingen buiten de rechtbank om af te wikkelen. Dit zou kunnen leiden tot onnodige juridisering van de samenleving en tot een claimcultuur, terwijl afwikkeling buiten de rechter om voordeliger voor de betrokken partijen en minder belastend voor het rechterlijk apparaat kan zijn. Bij afwikkeling buiten de rechtbank om kan bijvoorbeeld gedacht worden aan arbitrage en de mogelijkheid die de NMa heeft om bij de uitvoering van haar toezicht in individuele gevallen de boete te verlagen indien de overtreder op eigen initiatief gedupeerden compenseert. Ten tweede is in het recentelijk verschenen Preadvies van de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht² geconstateerd dat naarmate het economisch gewicht van commerciële relaties toeneemt, de bereidheid om te procederen afneemt, o.a. omdat de wederzijdse afhankelijkheid te groot is en de uitkomst van eventuele gerechtelijke procedures te onzeker is. Dit zijn omstandigheden die door het aanpassen van het nationale recht niet verholpen kunnen worden.

Tenslotte acht Nederland de rechtsbasis voor de voorstellen van essentieel belang om te kunnen beoordelen in hoeverre de EG bevoegd is, of de voorstellen aan het subsidiariteitsvereiste voldoen en of de voorgestelde maatregelen in het gekozen raamwerk passen. Nederland rekent er daarom op dat de Commissie in de vervolgfase duidelijkheid over de rechtsbasis verschaft.

² W.A.J. van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies 2007 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht ; zie m.n. p. 90, 87-88 en 99-100.

2. NEDERLANDSE REACTIE PER VOORGESTELDE MAATREGEL EN BELEIDSKEUZE

2.1. Procesbevoegdheid: indirecte afnemers en collectieve schadevergoedingsacties

Indirecte afnemers

In het kader van de bevoegdheid om een schadevergoedingsactie in te stellen, verwelkomt de Commissie de bevestiging door het Hof van Justitie dat "eenieder" voor de nationale rechter vergoeding van de door een inbreuk op de mededingingsregels geleden schade moet kunnen eisen. Dit geldt ook voor indirecte afnemers, dat wil zeggen afnemers die niet rechtstreeks met de inbreukmaker hebben gehandeld, maar die niettemin aanzienlijke schade hebben geleden omdat de onrechtmatige prijsverhoging hun via de distributieketen is doorberekend.

Ook Nederland is van mening dat zowel directe als indirecte afnemers schadevergoeding moeten kunnen vorderen. Uitsluiting zou immers voorbij gaan aan het recht dat eenieder die schade heeft geleden, heeft om een procedure in te stellen teneinde die schade vergoed te krijgen.

Collectieve schadevergoedingsacties

De Commissie stelt twee complementaire mechanismen voor collectieve schadevergoedingsactie voor:

- 1) schadevergoedingsacties door belangenbehartigers, die door daartoe bevoegde entiteiten (zoals consumentenverenigingen, overheidsinstanties of brancheorganisaties) worden ingesteld namens geïdentificeerde of, in beperkte gevallen, identificeerbare slachtoffers. Daarbij gaat het ofwel om i) daartoe vooraf formeel aangewezen entiteiten, of ii) entiteiten die op ad-hoc basis door een lidstaat in een bepaalde zaak van schending van de mededingingsregels zijn erkend om een actie in te stellen namens alle of een deel van hun leden, en
- 2) opt-in collectieve schadeacties, waarbij slachtoffers uitdrukkelijk besluiten hun individuele schadeacties voor de schade die zij hebben geleden, te bundelen tot één actie.

De Commissie geeft daarbij aan te willen wachten met concrete voorstellen tot het onderzoek naar collectieve schadeafwikkeling van de Eurocommissaris voor consumentenbescherming is

afgerond. De Commissie verwacht in december 2008 met een mededeling over collectieve schadevergoedingsacties te komen.

De vraag hoe massaschades het beste afgewikkeld kunnen worden, staat ook in Nederland volop in de belangstelling. Nederland heeft dan ook met veel interesse kennisgenomen van de voorstellen van de Commissie op dit gebied en is verheugd dat de Commissie bij de ontwikkeling van de nieuwe mechanismen voor collectieve schadeafwikkeling een brede aanpak nastreeft waarbij de Eurocommissaris voor consumentenbescherming en de Eurocommissaris voor mededinging nauw samenwerken.

In Nederland kan een stichting of vereniging op basis van artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek (BW) een collectieve actie instellen voor zover zij de gelijksoortige belangen van de desbetreffende personen ingevolge haar statuten behartigt. De Nederlandse wetgever heeft er indertijd voor gekozen deze collectieve actie te beperken tot een verklaring voor recht, een verbod of gebod of schadevergoeding in natura. Rechtsvergelijkend onderzoek naar de buitenlandse praktijk wijst uit dat collectieve acties waarbij schadevergoeding in geld verkregen kan worden vaak leiden tot lange, ingewikkelde procedures die in een schikking eindigen. De reden hiervoor is dat in een procedure uiteindelijk toch steeds de schadevergoeding per individu bepaald moet worden, bijvoorbeeld waar het gaat om het causaal verband tussen de schadeveroorzakende gedraging en de schade. Dit maakt procedures complex en onvoorspelbaar. Daarom is vijf jaar geleden in Nederland in aanvulling op de regeling inzake de collectieve acties, de Wet collectieve afwikkeling massaschade (Wcam) geïntroduceerd. De Wcam gaat uit van een schikking (vaststellingsovereenkomst) tussen vertegenwoordigende organisaties van benadeelde partijen en de aangesproken partij. Die schikking kan door de rechter vervolgens verbindend worden verklaard voor alle mogelijke benadeelden waarop de schikking ziet. Individuele benadeelden kunnen zich aan de verbindendverklaring onttrekken door gebruik te maken van hun opt-out bevoegdheid. De Wcam biedt daarmee een alternatief voor afwikkeling van massaschades, bestaande uit een unieke combinatie van zelfoplossend vermogen van betrokkenen met waar nodig rechterlijke interventie. De wet heeft inmiddels geleid tot een aantal succesvolle schadeafwikkelingen. Nederland ziet de Wcam als een mogelijke inspiratiebron voor Europese ontwikkelingen op het terrein van collectieve schadeafwikkeling. Een Nederlandstalige en een Engelstalige notitie waarin de wettelijke regeling van de Wcam nader uiteengezet wordt, zijn te vinden op www.justitie.nl/classaction. Momenteel wordt in

Nederland aan aanvullende maatregelen gewerkt die de toepasbaarheid van de Wcam vergroten en die het vooral voor de aangesproken partij nog aantrekkelijker zullen maken om tot een schikking te komen. Nederland is graag bereid om, indien de Commissie hieraan behoefte heeft, hierover nadere informatie te verschaffen en verder met de Commissie van gedachten te wisselen.

Daarnaast wordt er mede in het licht van de voorstellen in het Witboek in Nederland ook nagedacht over mogelijke andere mechanismen om massaschades zo goed en zo snel mogelijk af te wikkelen. Hierover zal na de zomer worden gesproken met verschillende belanghebbenden, waaronder consumenten- en ondernemersorganisaties.

De in het Witboek door de Commissie gedane voorstellen vormen naar het oordeel van Nederland een goed beginpunt voor de discussie in het kader van de ontwikkeling van nieuwe mechanismen. De voorstellen van de Commissie laten echter ook nog een aantal belangrijke vragen open. Nederland ziet daarom uit naar de verdere verduidelijking van de voorstellen, in het bijzonder op de volgende punten.

Voor wat betreft het eerste door de Commissie voorgestelde mechanisme voor een collectieve schadevergoedingsactie (de schadevergoedingsacties door belangenbehartigers), verzoekt Nederland de Commissie op twee punten verduidelijking. Het eerste punt betreft de vraag wat moet worden verstaan onder 'identificeerbare' slachtoffers. Ten tweede verzoekt Nederland de Commissie te verduidelijken wat het door de Commissie voorgestelde certificatiesysteem inhoudt. In Nederland kan een stichting of vereniging een collectieve actie instellen voor zover zij de gelijksoortige belangen van de desbetreffende personen ingevolge haar statuten behartigt. Het is aan de rechter om te beoordelen of de stichting of vereniging die de groepsactie instelt aan deze voorwaarde voldoet, of zij ontvankelijk is en voldoende belang heeft bij de vordering. Deze regeling werkt in Nederland goed. Onduidelijk is wat in dit verband de rol van een certificatiesysteem zou kunnen of moeten zijn. Nederland verwacht geen meerwaarde van het stellen van extra eisen aan de representativiteit van belangenbehartigers. Niet alleen zou dit de toegang tot de rechter beperken, ook brengt dit administratieve lasten met zich mee. Tenslotte verzoekt Nederland de Commissie om te verduidelijken of zij ervan uitgaat dat in het door haar voorgestelde systeem de rechter noodzakelijkerwijs de schadevergoeding uiteindelijk per individu vaststelt.

Het tweede mechanisme voor collectieve schadevergoedingsacties dat de Commissie voorstelt (een opt-in collectieve schadevergoedingsactie, waarbij slachtoffers uitdrukkelijk besluiten hun individuele schadevergoedingsacties te bundelen tot één actie) lijkt overeen te komen met een in Nederland reeds bestaande mogelijkheid voor benadeelden om gezamenlijk een advocaat in te schakelen die namens hen een gebundelde procedure initieert. Dit betekent dat deze advocaat namens alle individuele partijen optreedt en hij een gezamenlijke schadevordering indient. De hoogte van de schade zal in de procedure wel per individuele benadeelde vast moeten komen te staan. Nederland zou graag van de Commissie vernemen of het door de Commissie voorgestelde systeem inderdaad vergelijkbaar is met de hierboven beschreven Nederlandse gebundelde actie en zo nee, waarin het voorstel van de Commissie dan verschilt. Vanzelfsprekend is Nederland ook op dit punt graag bereid de Commissie nadere informatie te verschaffen over het hier geldende systeem, mocht de Commissie daaraan behoefte hebben.

Al met al is de Nederlandse verwachting dat met een systeem van collectieve schadeafwikkeling gebaseerd op het zelfoplossend vermogen van betrokkenen met waar nodig rechterlijke interventie, de meest wenselijke resultaten kunnen worden bereikt. Nederland zal een verdere uitwerking van de voorstellen van de Commissie in dit licht beoordelen.

2.2. Toegang tot bewijsmateriaal: openbaarmaking tussen procespartijen

De Commissie geeft aan dat er een evenwicht gevonden moet worden tussen enerzijds de wens de structurele informatieasymmetrie te ondervangen die tussen de procespartijen bestaat doordat eiser of derden vaak het voor gedaagde cruciale bewijsmateriaal bezitten, en anderzijds de wens negatieve effecten van te brede en belastende openbaarmakingsverplichtingen en een risico op misbruik te vermijden. Daarom stelt de Commissie voor om binnen de EU in de onderhavige inbreukprocedures een minimale openbaarmaking tussen procespartijen te verzekeren door voort te bouwen op de benadering in de richtlijn 2004/48/EG over handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.

Het verkrijgen van bewijs is vaak een probleem in civielrechtelijke zaken, zowel in het mededingingsrecht als in andere rechtsgebieden. De eiser kan vaak niet makkelijk aan bewijs komen omdat dit zich bij de wederpartij bevindt. In mededingingszaken vindt een

mededingingsautoriteit vaak pas na een gedegen onderzoek aanknopingspunten voor het bestaan van een kartel of van misbruik van een economische machtspositie.

Juist omdat bovengenoemd probleem zich in de meeste civielrechtelijke zaken in meer of mindere mate kan voordoen, is het wenselijk dat dit probleem in zijn algemeenheid wordt onderzocht in plaats van alleen op het gebied van het mededingingsrecht. Om die reden is Nederland van mening dat ten aanzien van het creëren van specifieke regels voor mededingingszaken enige terughoudendheid past. Een versnippering binnen de diverse nationale stelsels van burgerlijk procesrecht is niet wenselijk, hierbij is een horizontale aanpak geboden zoals in onderdeel 1.3 van deze reactie is gemotiveerd. Zo nodig moet een algemeen voorstel voor een horizontale aanpak in de JBZ-gelederen van de Commissie en Raad worden voorbereid en besproken.

Overigens is Nederland zich bewust van het algemene probleem van bewijsgaring in het civiele recht. Daarom is aan een adviescommissie voor burgerlijk procesrecht gevraagd om de mogelijkheden voor een verruiming van de Nederlandse informatiemogelijkheden te onderzoeken. Deze adviescommissie bereidt een aanbeveling voor over informatieverstrekking bij civielrechtelijke geschillen in het algemeen en zal een afgewogen systeem van informatieverstrekkingverplichtingen voorstellen. De adviescommissie neemt daarbij de bestaande Nederlandse regeling voor het overleggen van bescheiden van artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot uitgangspunt en onderzoekt of verbeteringen van deze regeling mogelijk zijn. Dit advies wordt binnenkort afgerond en Nederland zal het dan ter toelichting aan de Commissie sturen. Nederland is daarnaast verheugd dat de Commissie oog heeft voor de gevaren van misbruik van vergaande informatieverplichtingen van gedaagden en derden.

De Commissie doet het voorstel dat de nationale rechter in specifieke omstandigheden, de bevoegdheid zou dienen te krijgen om procespartijen of derden te bevelen welomschreven categorieën van relevant bewijsmateriaal openbaar te maken. Als voorwaarden voor het bevel tot openbaarmaking dienen onder meer te gelden dat de eiser:

- alle feiten en bewijsmiddelen heeft gepresenteerd die redelijkerwijs beschikbaar zijn voor hem, mits daaruit blijkt dat er plausibele redenen zijn om te vermoeden dat hij schade heeft geleden als gevolg van een door de gedaagde gemaakte inbreuk op de mededingingsregels;

- voor de rechter genoegzaam heeft aangetoond dat hij, ondanks alle redelijkerwijze te verwachten inspanningen, niet in staat is op een andere wijze het verlangde bewijsmateriaal over te leggen;
- voldoende specifiek heeft aangegeven welke precieze categorieën bewijsmateriaal openbaar moeten worden gemaakt, en
- de rechter genoegzaam ervan heeft overtuigd dat de beoogde openbaarmaking zowel relevant is voor de zaak als noodzakelijk en evenredig.

In het bij het Witboek gevoegde werkdocument (nr. 105) geeft de Commissie aan bij het bepalen van de omvang van dergelijke bewijsbevelen een belangenafweging voor te staan tussen de zwaarte van de bewijsopdracht tegenover de aard en de waarde van de vordering en de ernst van de beweerdte inbreuk. De rechter heeft hier volgens de Commissie enige beoordelingsvrijheid. Nederland kan hiermee instemmen; Nederland hecht sterk aan de vrijheid van de rechter om naar bevind van zaken te handelen ten aanzien van de bewijslastverdeling en de beoordeling en weging van het bewijs. Met de Commissie is Nederland het eens dat het moet gaan om documenten die met enige nauwkeurigheid aan te duiden zijn. Deze optie brengt evenwicht tussen partijen zonder de vermeende overtreder te veel te belasten. Indien de mogelijkheid bestaat dat een vermeende overtreder verplicht kan worden veel informatie vrij te geven (in een vroeg stadium van de procedure), kan dat leiden tot het ontstaan van zogenaamde *fishing expeditions*. Dat zou naar de mening van Nederland een ongewenste ontwikkeling zijn. Om die reden dient bedrijfsvertrouwelijke informatie te worden beschermd. Een procedure tot bewijsgaring dient dan ook met voldoende waarborgen te zijn omkleed.

Ondernemingsverklaringen van clementieverzoekers en het onderzoek van mededingingsautoriteiten worden afdoende beschermd.

Nederland is met de Commissie van mening dat een ondernemingsverklaring die in het verband van een clementieverzoek is afgelegd te allen tijde dient te worden beschermd. Verklaringen van clementieverzoekers zijn een belangrijke bron voor de NMa en de clementieverzoeker dient ervan verzekerd te zijn dat de NMa de verstrekte gegevens alleen voor haar eigen onderzoek zal gebruiken. Andere informatie (niet zijnde clementiemateriaal) in het belang van het civielrechtelijke onderzoek kan pas bij de NMa worden opgevraagd

nadat het publiekrechtelijke onderzoek is afgerond. Hierdoor wordt voorkomen dat het publiekrechtelijke onderzoek wordt doorkruist, zoals ook de Commissie voorstelt. Hierbij zal worden getoetst aan de Wet openbaarheid bestuur.

De rechter moet de bevoegdheid krijgen om, teneinde te voorkomen dat relevant bewijsmateriaal wordt vernietigd of dat wordt geweigerd zich te schikken naar een bevel tot openbaarmaking, afdoende sancties met een afschrikkende werking op te leggen, daaronder begrepen de mogelijkheid om daaruit ongunstige conclusies te trekken in de civiele schadeprocedure.

Nederland is, met de Commissie, voorstander van het opleggen van civiele sancties aan de gestelde overtreder ingeval van vernietiging van bewijs dan wel in het geval dat openbaarmaking wordt geweigerd. Het Nederlandse systeem voorziet, ten aanzien van vernietiging en weigering van het overleggen van bewijsstukken, in de bevoegdheid voor de rechter om uit een weigering door een van de procespartijen om stellingen toe te lichten of bescheiden over te leggen, de gevolgtrekking te trekken die hij passend acht. Daarnaast kan de rechter, evenals in de andere landen van de Benelux, aan een rechterlijke veroordeling om iets te doen (overleggen van bewijsstukken) een passende dwangsom verbinden. Indien de bewijsstukken dan nog niet worden overgelegd zal diegene die daartoe was verplicht, per tijdseenheid of ineens, de dwangsom moeten betalen aan de andere procespartij. Deze mogelijkheden vormen tezamen een afdoende sanctie voor het niet-overleggen van de gevraagde informatie. Dit laat onverlet de sancties die vanuit het bestuursrecht kunnen worden opgelegd door de NMa bij vernietiging van bewijsmateriaal.

2.3 Bindende rechtsgevolgen van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten

De Commissie stelt de volgende regel voor:

Een nationale rechter die zich moet uitspreken over schadevergoedingsacties wegens op artikel 81 of 82 EG inbreukmakende praktijken ten aanzien waarvan een bij het ECN aangesloten nationale mededingingsautoriteit al een eindbesluit heeft gegeven waarin een inbreuk op die artikelen is vastgesteld, of ten aanzien waarvan een beroepsrechter een einduitspraak heeft gedaan waarin de beschikking van de nationale mededingingsautoriteit wordt bevestigd of waarin die rechter zelf een inbreuk vaststelt, kan geen besluiten nemen die in strijd zijn met een dergelijk besluit of uitspraak.

Deze verplichting zou het recht, en mogelijk zelfs de verplichting, voor de nationale rechter onverlet moeten laten om uit hoofde van artikel 234 EG preciseringen te vragen bij de uitlegging van artikel 81 of 82 EG.

De hier uiteengezette regel verleent alleen bindende kracht aan onherroepelijke besluiten waarbij de gedaagde alle beroepsmogelijkheden heeft uitgeput - en betreft alleen dezelfde praktijken en dezelfde onderneming of ondernemingen ten aanzien waarvan de nationale mededingingsautoriteit of de beroepsrechter een inbreuk heeft vastgesteld.

Nederland steunt het voorstel van de Europese Commissie om aan onherroepelijke besluiten van de nationale mededingingsautoriteiten dwingende bewijskracht te verlenen voor de vaststelling dat een inbreuk op de mededingingsregels heeft plaatsgevonden. Door dwingende bewijskracht toe te kennen aan onherroepelijke besluiten van nationale mededingingsautoriteiten wordt voorkomen dat een partij een civiele procedure onnodig kan oprekken door het in twijfel trekken van het besluit over de inbreuk op de artikelen 81 en 82 EG. Ook wordt voorkomen dat een civiele rechter de feiten en de inbreuk op de mededingingsregels die al door een gespecialiseerde instantie of de bestuursrechter zijn getoetst opnieuw moet onderzoeken. Nederland is van mening dat dit de proceseconomie ten goede komt en dit voor slachtoffers van kartelovertreden een belangrijke steun in de rug kan zijn om een procedure om schadevergoeding te vorderen te starten.

Benadrukt moet worden dat de bindende bewijskracht zoals de Europese Commissie zelf ook voorstelt, slechts voor onherroepelijke besluiten mag gelden en alleen dezelfde partijen en feiten mag betreffen als waarop het onherroepelijke besluit is gebaseerd. De dwingende bewijskracht geldt enkel ten aanzien van de vaststelling dat de gedaagde een inbreuk op de artikelen 81 en 82 EG heeft gepleegd. Daarmee is nog niet gezegd dat jegens degene die de vordering instelt onrechtmatig is gehandeld. Daarvoor is vereist dat de inbreuk ook jegens deze laatste een onrechtmatige daad oplevert en dat de geschonden norm strekt tot bescherming van de schade zoals hij die heeft geleden.

Ook moet, zoals de Commissie in het werkdocument (randnummer. 162) aangeeft, in de civielrechtelijke procedure de mogelijkheid blijven bestaan voor de gedaagde om zich in een procedure te beroepen op een schending van fundamentele rechtsbeginselen, bij de totstandkoming van het besluit van de mededingingsautoriteit, dit naar analogie van de uitzondering op basis van openbare orde die is opgenomen in artikel 34, lid 1 van Verordening 44/2001. In het Witboek is tevens opgenomen dat de mogelijkheid moet blijven

bestaan om uit hoofde van artikel 234 EG een prejudiciële vraag te stellen. Dit ondersteunt Nederland.

2.4. Bewijs van schuld

Voor lidstaten waar een bewijs van schuld wordt verlangd, stelt de Commissie een maatregel voor die duidelijk maakt dat:

- zodra het slachtoffer een inbreuk op artikel 81 of 82 EG heeft bewezen, de inbreukmaker aansprakelijk dient te worden gehouden voor de veroorzaakte schade, tenzij deze kan aantonen dat de inbreuk het resultaat was van een daadwerkelijk verschoonbare dwaling;
- een dwaling verschoonbaar is indien een redelijk persoon die volgens een strenge zorgvuldigheidsnorm handelt, niet had kunnen weten dat die gedraging de mededinging beperkte.

Teneinde verplicht te kunnen worden tot het betalen van schadevergoeding is in het Nederlandse recht altijd toerekenbaarheid vereist (tenzij er sprake is van een risicoaansprakelijkheid, wat in het mededingingsrecht niet het geval zal zijn). In veel gevallen zal toerekenbaarheid gegeven zijn zodra het bewijs van een overtreding is geleverd. Voorkomen moet echter worden dat een partij aansprakelijk wordt terwijl deze kan aantonen dat er sprake is van een verschoonbare, onjuiste opvatting over het recht of de feiten. In zoverre is Nederland het met de Commissie eens. De invulling van het leerstuk van de verschoonbare dwaling dient echter aan het nationale recht overgelaten te worden. Een afzonderlijke definitie enkel in het kader van inbreuken op het mededingingsrecht vormt een vergaande ingreep in het nationale civielrechtelijke systeem die niet noodzakelijk en proportioneel lijkt in het kader van de door de Commissie beoogde vereenvoudiging van de toegang tot de rechter in mededingingszaken.

2.5 Schadevergoeding

De Commissie stelt voor:

- het bestaande acquis communautaire over de omvang van schadevergoedingen die slachtoffers van schending van de mededingingsregels kunnen vorderen te codificeren in een communautair wetgevingsinstrument.
- □ een kader uit te werken met pragmatische, niet-bindende aanwijzingen voor het begroten van schade in mededingingszaken, bijvoorbeeld via benaderende berekeningsmethoden

of vereenvoudigde regels voor het begroten van het verlies. Dit ten behoeve van de betrokken partijen en de rechters.

Voor de berekening van de omvang van de schade zou uit het ‘acquis’ als minimum volgen dat gedupeerden van overtredingen van de Europese mededingingsregels recht hebben op volledige compensatie van geleden schade, waaronder ook gederfde winst en rente. Het bij wet *a priori* stellen van een vaste bovengrens aan het bedrag van de schadevergoeding, zoals opgenomen in het werkdocument (nr. 196) bij het Witboek zou het recht op volledige compensatie beperken. Binnen het Nederlandse systeem is het mogelijk volledige compensatie van geleden schade te vorderen en geldt geen bovengrens. Nederland benadrukt ook hier hetgeen in de inleiding naar voren is gebracht over de versnipperde aanpak en de onbeantwoorde vraag wat de rechtsbasis is voor Europees optreden.

Nederland steunt het voorstel om, ten behoeve van de betrokken partijen en rechters, een kader uit te werken van pragmatische, niet-bindende aanwijzingen voor het begroten van schade in mededingingszaken. Deze bieden de rechters een hulpmiddel om het begroten van schade te vergemakkelijken zonder de ruimte te beperken die de Nederlandse rechter heeft om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. De NMa ziet hierbij voor zichzelf geen rol. Voor het overige ziet Nederland geen aanleiding om speciaal voor mededingingszaken een afwijkend systeem van schadevergoeding te introduceren.

2.6 Doorberekenen van prijsverhogingen

De Commissie stelt voor dat:

- gedaagden het recht zouden krijgen zich te beroepen op de doorberekening van prijsverhogingen (*passing-on defence*) aan indirecte afnemers tegen een eis tot schadevergoeding voor directe afnemers. De bewijsstandaard bij dit verweer mag niet lichter zijn dan die voor de eiser die de schade moet aantonen.
- indirecte afnemers zich kunnen beroepen op het weerlegbare vermoeden dat de onrechtmatige prijsverhoging hun volledig zijn doorberekend door directe afnemers.

Bij gezamenlijke, opeenvolgende of parallelle procedures waarin schadevergoeding wordt geëist, worden rechters aangemoedigd onder- en overcompensatie van de veroorzaakte schade te voorkomen via de hen ter beschikking bestaande instrumenten

In Nederland is vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade het uitgangspunt. Daarom wordt het voorkomen van over- of ondercompensatie en het beroep op de “passing-on defence” door Nederland gesteund. Een beroep op dit verweer is reeds mogelijk binnen het Nederlandse systeem. Nederland is echter niet overtuigd van de noodzaak om voor indirecte afnemers een weerlegbaar vermoeden te introduceren dat een prijsverhoging volledig is doorbelast of van de noodzaak andere regels over een bewijsstandaard vast te leggen. Het is aan de rechter om in individuele gevallen te besluiten of het opleggen van een verzwaarde stelplicht³ of een omkering van de bewijslast passend is. Daarnaast kunnen regelingen, zoals het Nederlandse artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, die mogelijkheid bieden om bewijsstukken op te vragen bij de directe afnemer, het vergemakkelijken om aan te tonen of doorbelasting heeft plaatsgevonden. Zoals reeds onder 2.2 is aangegeven wordt in Nederland op dit moment door een regeringsadviescommissie een aanbeveling voorbereid over informatieverstrekking bij civielrechtelijke geschillen in het algemeen. De adviescommissie neemt daarbij de bestaande Nederlandse regeling voor bewijsverkrijging van artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tot uitgangspunt en onderzoekt of verbeteringen van deze regeling mogelijk zijn. In de aanbeveling zal een afgewogen systeem van informatieverstrekkingsverplichtingen worden voorgesteld.

2.7. Verjaringstermijnen

De Commissie stelt voor dat de verjaringstermijn niet begint te lopen:

- in het geval van een voortgezette of herhaalde inbreuk: vóór de dag waarop de inbreuk is beëindigd;
- vooraleer van het slachtoffer van de inbreuk redelijkerwijs kan worden verwacht dat deze kennis heeft gekregen van de inbreuk en van de schade die hem daardoor is berokkend.

Verjaring is een van de onderwerpen die niet afzonderlijk voor inbreuken op het mededingingsrecht geregeld zou dienen te worden. Verjaring is een gecompliceerd onderwerp dat is ingebed in het systeem van het nationale recht. Het betreft een gedetailleerd samenstel van regels, uitgewerkt in een uitgebreide jurisprudentie.

³ De verzwaarde stelplicht wordt in Nederland gebruikt om een “informatie-a-symetrie” te doorbreken, bijvoorbeeld in zaken van medische aansprakelijkheid. De verzwaarde stelplicht houdt in dat een partij die over relevante informatie beschikt, verplicht is zoveel te stellen ter onderbouwing van zijn eis of verweer dat de partij die deze informatie niet heeft, hier aanknopingspunten voor zijn verweer of eis uit kan halen.

Volgens het Nederlandse systeem verjaart een vordering tot schadevergoeding na vijf jaar na de dag waarop het slachtoffer bekend is geworden met de schade en met de persoon die voor de schade aansprakelijk is en die vordering verjaart uiterlijk na twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Het gaat om de subjectieve kennis van het slachtoffer, niet om wat hij had moeten weten. Het voorstel van de Commissie om de verjaring niet te laten starten vóór de dag waarop de voortdurende of herhaalde inbreuk is beëindigd, is dan ook een breuk met het Nederlandse systeem, dat verjaring koppelt aan de bekendheid van het slachtoffer met de schade en de daarvoor verantwoordelijke persoon. Het valt te verwachten dat het slachtoffer binnen redelijke termijn actie zal ondernemen nadat hij kennis heeft gekregen van zowel de schade als van de persoon die daarvoor aansprakelijk is. De tweede door de Commissie voorgestelde voorwaarde aan het ingaan van de verjaring is dan ook aanvaardbaar voor Nederland, zij het dat bekendheid met de persoon van de inbreukmaker ook een vereiste zal moeten zijn: zonder die bekendheid kan het slachtoffer immers geen procedure starten.

De Commissie stelt voor 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.

Nederland acht de voorgestelde maatregel erg vergaand. Voor het starten van de verjaringstermijn zal in het algemeen nodig zijn dat een benadeelde weet dat hij een vordering heeft. Dit zal veelal al het geval zijn voordat er een onherroepelijk besluit van de Commissie of de NMa ligt over de inbreuk, bijvoorbeeld doordat in de media aandacht is besteed aan de inbreuk. Ook zonder een civiele procedure te starten kan de benadeelde in dat geval zijn rechten bewaken. Daartoe kan hij de inbreukpleger per brief aansprakelijk stellen. Als hij wil wachten op een onaantastbaar oordeel van de Commissie of de NMa over de inbreuk en dit oordeel duurt langer dan de verjaringstermijn voor zijn civiele vordering, kan de benadeelde naar Nederlands recht de verjaring stuiten. Dit houdt in dat de benadeelde zich per brief zijn rechten jegens de inbreukpleger uitdrukkelijk voorbehoudt. Er gaat dan een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar lopen. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal pas na een onherroepelijk oordeel over de inbreuk aan de benadeelde duidelijk zijn dat hem een vordering toekomt. In die gevallen is de verjaringstermijn mogelijk nog niet gaan lopen of in elk geval nog niet verstreken, omdat de benadeelde zijn vordering nog niet heeft kunnen

instellen. In de Nederlandse zaak die heeft geleid tot het vonnis van de rechtbank Rotterdam van 7 maart 2007 (CEF City Electrical Factors B.V/ gedaagden a-v) heeft CEF als benadeelde partij ervan afgezien gedaagden aansprakelijk te stellen voor hun handelen tot lang nadat CEF bekend was met haar schade en met de identiteit van de daarvoor aansprakelijke personen en lang nadat de Commissie officieel een procedure tegen de inbreukmakers was begonnen. Zoals gezegd, had CEF die aansprakelijkstelling naar Nederlands recht kunnen doen per brief, zonder een vordering in rechte in te stellen. Het is de vraag of CEF onder die omstandigheden bescherming verdient door alsnog een nieuwe verjaringstermijn te laten starten. Meer algemeen geldt dat als de rechter oordeelt dat de verjaringstermijn is verstreken, het niet wenselijk is dat de vordering als het ware herleeft doordat een nieuwe verjaringstermijn aanvangt. Dit druist in tegen het rechtszekerheidsbeginsel en het fundamentele idee dat civielrechtelijke vorderingen door verjaring teniet gaan. Slechts heel zwaarwegende redenen kunnen een afwijking van dit beginsel rechtvaardigen. Zoals volgt uit het voorgaande is een situatie waarin het onredelijk is om de benadeelde het verstrijken van de verjaringstermijn tegen te werpen, in de praktijk moeilijk voorstelbaar.

2.8. kosten van schadevergoedingsacties

De Commissie moedigt de lidstaten aan om:

- procedureregels uit te werken die schikkingen aanmoedigen, als een methode om kosten te verminderen;
- gerechtskosten op passende wijze vast te stellen zodat deze geen onevenredige ontradende werking hebben ten aanzien van schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels;
- de nationale rechter de mogelijkheid te bieden om - bij voorkeur bij de aanvang van de procedure - in bepaalde, gerechtvaardigde gevallen, een beschikking inzake de kosten te geven waarbij van de normale regels terzake wordt afgeweken. Dergelijke beschikkingen zouden de eiser de garantie bieden dat hij, zelfs indien hij in het ongelijk wordt gesteld, toch niet alle door de tegenpartij gemaakte kosten hoeft te dragen.

Nederland is verheugd dat de Commissie is afgestapt van haar eerdere voorstellen om overeenkomstig Richtlijn 2004/48/EG inzake handhaving van intellectuele-eigendomsrechten een volledige proceskostenveroordeling voor de in het ongelijk gestelde partij, inclusief alle kosten van de in het gelijk gestelde partij, op te nemen. De desbetreffende bepaling in de richtlijn heeft een averechts effect gehad (vermindering van het aantal inbreukprocedures) en

niet bij gedragen aan de procesbereidheid van benadeelden. Nederland steunt de Commissie daar waar zij opmerkt dat de wijze waarop de proceskosten worden vastgesteld, geen onevenredige ontradende werking zal moeten hebben.

Daar waar de Commissie voorstelt in voorkomende gevallen *voorafgaand* aan de procedure reeds een uitspraak te doen over de proceskostenveroordeling, merkt Nederland op dat pas nadat de hele procedure is doorlopen alle benodigde informatie aanwezig is of aan de orde is geweest, om een weloverwogen oordeel te geven omtrent de kostentoedeling. Een kostentoedeling voorafgaand aan de procedure beïnvloedt de rechtszekerheid negatief. Ten overvloede merkt Nederland op dat zij een systeem heeft waarbij de rechter een zekere vrijheid heeft om de in het ongelijk gestelde partij slechts een beperkte of juist een meer volledige proceskostenveroordeling op te leggen. Ook heeft de rechter de mogelijkheid tot matiging. Deze mogelijkheden geven de rechter ruimte om in gerechtvaardigde gevallen af te wijken van de meer gangbare kostentoedeling.

2.9. Interactie tussen clementieregelingen en schadevergoedingsacties

De Commissie stelt voor dat bij particuliere schadevergoedingsacties afdoende bescherming tegen openbaarmaking kan worden geboden voor ondernemingsverklaringen van een clementieverzoeker. Deze bescherming zou gelden voor:

- alle ondernemingsverklaringen die worden ingediend door alle clementieverzoekers ten aanzien van een inbreuk op artikel 81 van het EG-Verdrag (ook ingeval nationale mededingingsregels parallel worden toegepast);
- ongeacht of het clementieverzoek door de mededingingsautoriteit wordt geaccepteerd, afgewezen of deze geen besluit neemt.

Daarnaast stelt de Commissie voor om nader onderzoek te doen naar de mogelijkheid om de civiele aansprakelijkheid van de partij aan wie immuniteit is verleend te beperken tot eisen van partijen met wie hij rechtstreeks of indirect contractuele betrekkingen heeft.

Zoals in de inleiding aangegeven onderkent Nederland met nadruk dat een daadkrachtige publieke handhaving van de mededingingsregels behouden moet blijven. Hiervoor is essentieel dat clementieregelingen aantrekkelijk zijn en blijven. Ook in het kader van private handhaving is dit van belang voor schadevergoedingsacties die volgen op besluiten van mededingingsautoriteiten. Nederland steunt daarom het voorstel om alle

ondernemingsverklaringen van clementieverzoekers te beschermen om de redenen zoals vermeld in deze reactie onder 2.2. Andere informatie (niet zijnde clementiemateriaal) kan in het belang van het civielrechtelijke onderzoek pas bij de NMa worden opgevraagd nadat het publiekrechtelijke onderzoek is afgerond. Hiermee wordt voorkomen dat het publiekrechtelijke onderzoek van de NMa wordt doorkruist. Hierbij zal worden getoetst aan de Wet openbaarheid bestuur. Voor wat betreft de mogelijke beperking van civiele aansprakelijkheid geeft de Commissie aan dat moet worden onderzocht of er behoefte is aan beperkingen van civiele aansprakelijkheid en wat de mogelijke gevolgen zijn voor het beginsel van volledige compensatie van gedupeerden van kartels en voor de positie van overige overtreders, vooral andere clementieverzoekers. Nederland deelt de mening van de Commissie dat onvoldoende is gebleken dat er behoefte bestaat aan dergelijke maatregelen en is met name beducht voor de gevolgen voor gedupeerden om hun schade gecompenseerd te krijgen.