

Vergaderjaar 2005–2006

22 112

Nieuwe Commissievoorstellen en initiatieven van de lidstaten van de Europese Unie

Nr. 439

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 28 april 2006

Hierbij bied ik u de kabinetsreactie op het groenboek¹ «Schadevoordelingen wegens schending van de communautaire antitrustregels» (COM (2005)672) aan. Hierbij wordt u in de gelegenheid gesteld binnen de gebruikelijke termijn van vier weken te reageren alvorens de kabinetsreactie naar de Europese Commissie wordt verzonden. Een gelijklopende brief is aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal gezonden. Tevens heb ik de Europese Commissie gemeld dat de Nederlandse reactie, in verband met de behandeling in beide kamers der Staten-Generaal, enkele weken later verwacht kan worden.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

1 INTRODUCTIE

De Europese Commissie (de Commissie) heeft een Groenboek opgesteld over schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels (het Groenboek). De Commissie heeft belanghebbenden verzocht hierop te reageren. Dit document bevat de reactie van de Nederlandse regering. Deze reactie kan niet gezien worden als een definitief standpunt van de Nederlandse regering.

Doel van dit Groenboek is vast te stellen wat de belangrijke belemmeringen zijn voor een doeltreffender systeem inzake schadevorderingen en aan te geven wat de verdere opties en de eventuele maatregelen zijn ter verbetering van dit systeem, zowel voor «vervolgvorderingen» als voor «zelfstandige vorderingen».

Nederland heeft er begrip voor dat de Commissie zich richt op het stimuleren van civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, dat traditioneel een van de speerpunten van de Europese Unie (EU) is. Nederland betreurt echter de gefragmenteerde aanpak. De Commissie stelt op diverse dossiers – mededingingsrecht, aanbestedingsrecht, intellectuele-eigendomsrecht, consumentenrecht – specifieke maatregelen voor, die het nationale burgerlijk procesrecht raken. Hierdoor wordt miskend dat het burgerlijk procesrecht in iedere Lidstaat een innerlijk consistent systeem is. Indien men de uit diverse systemen als *best practice* geselecteerde procedures, maatregelen en rechtsmiddelen toevoegt of bestaande maatregelen wijzigt, heeft dat tot gevolg dat het nationale systeem uit balans raakt. Wanneer de Commissie van mening is dat er op diverse terreinen problemen bestaan met zaken als schadevergoedingsvorderingen, bewijs-garing, kostenveroordeling en dergelijke, zou Nederland het zeer op prijs stellen indien dat tevens in het Comité Civiel Recht op de agenda wordt gezet om daar deze problemen in een breder verband te bezien en recht te doen aan het streven van de Commissie naar verbetering van de kwaliteit van de EU-regelgeving en de vervolmaking van de interne markt.

Ten aanzien van het Groenboek is Nederland principieel van mening dat compensatie van geleden schade het belangrijkste doel is van schadevorderingen. Compensatie is het algemene beginsel bij schadevorderingen in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. De civiele handhaving van mededingingsregels mag niet het opleggen van punitieve sancties tot doel hebben. Nederland erkent evenwel het afschrikwekkende karakter van civiele handhaving. Bij vervolgzaken (civiele vorderingen nadat de mededingingsautoriteit een uitspraak heeft gedaan) zou het afschrikwekkende effect van publieke handhaving voldoende moeten zijn. Bij zelfstandige zaken (waar geen uitspraak is gedaan door een mededingingsautoriteit) kan overigens publieke handhaving *na* een schadevordering plaatsvinden. Dit kan ook een afschrikwekkend effect hebben.

Voor een toename van civiele handhaving van mededingingsregels is een «mededingingscultuur» vereist waarin het mededingingsrecht als algemeen bekend en aanvaard recht gepraktiseerd wordt (inclusief het vorderen van schadevergoeding bij overtreding van de mededingingsregels). De mededingingscultuur kan worden versterkt door het vergemakkelijken van civiele handhaving, waardoor burgers en bedrijven dichter bij de handhaving en naleving van mededingingsregels zullen komen te staan.

Voorts is een Europese aanpak van civiele handhaving belangrijk om een *level playing field* te waarborgen. Verschillen in juridische mogelijkheden voor schadevorderingen zouden kunnen leiden tot forumshopping of ongewenste effecten voor het vestigingsklimaat in de Lidstaten. Een Europese aanpak van deze problematiek is derhalve wenselijk om te voorkomen dat er te grote onderlinge verschillen ontstaan tussen de diverse lidstaten. Nederland is echter wel van mening dat deze problematiek, in een bredere context dan enkel het mededingingsrecht, moet worden aangepakt.

Deze Nederlandse reactie volgt de volgorde van het Groenboek.

2 NEDERLANDSE REACTIE

2.1 Toegang tot bewijsmateriaal (§ 2.1 Groenboek)

Vraag A: Moeten er bijzondere voorschriften zijn inzake de openbaarmaking van schriftelijke bewijzen in civiele schadeprocedures in het kader van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag? Zo ja, op welke wijze moet deze openbaarmaking worden georganiseerd?

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 bewijs van 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.

Uit de Nederlandse jurisprudentie volgt dat de Nederlandse rechters bereid zijn om daar waar nodig, degene die in bewijsnood verkeert, tegemoet te komen, bijvoorbeeld door een omkering van de bewijslast of door het stellen van zwaardere of juist lichtere eisen aan het te leveren bewijs. Deze bevoegdheid van de rechter vloeit voort uit artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

De Nederlandse regeling in artikel 843a Rv geeft voor het Nederlandse procesrecht aan binnen welke grenzen de rechter personen kan verplichten tot het verschaffen van inzage in stukken (waaronder ook CD-roms e.d.). Discussie bestaat over de vraag of deze bepaling in de praktijk voldoende ruimte biedt voor het vergaren van bewijsmateriaal. Momenteel wordt in Nederland onderzocht of de mogelijkheden die artikel 843a Rv biedt, moeten worden verruimd. Verder kan de rechter, op grond van artikel 162 Rv, in de loop van het geding op verzoek of ambtshalve aan partijen of een van hen openlegging bevelen van boeken, bescheiden en geschriften die zij ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren.

Rekening houdend met het voorgaande volgt hieronder de reactie op de voorgestelde opties.

Optie 1 beschrijft de huidige gang van zaken, zoals die momenteel in Nederland bestaat. De in het Groenboek gesignaleerde problemen rond bewijsgaring kunnen binnen de bestaande mogelijkheden van artikel 843a Rv echter niet altijd voldoende worden opgelost.

Gezien het bovengenoemde probleem steunt Nederland optie 2. De rechter zou een partij moeten kunnen bevelen om categorieën van documenten openbaar te maken. De definitie van categorie ontbreekt nog in het Groenboek. Men zou kunnen denken aan de correspondentie tussen een partij en een bepaalde concurrent of leverancier betreffende een bepaalde periode. Het moet in ieder geval documenten betreffen die met enige nauwkeurigheid aan te duiden zijn. Deze optie brengt evenwicht tussen partijen zonder de vermeende overtreder te veel te belasten. Hierbij moet wel aandacht worden besteed hoe om te gaan met bedrijfsvertrouwelijke informatie (van de vermeende overtreder of een derde met wie hij heeft gecorrespondeerd). 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. Een procedure tot bewijsgaring dient dan ook met voldoende waarborgen te zijn omkleed. Bewijsgaring in mededingingszaken vormt weliswaar vaak een drempel voor het initiëren van procedure bij de civiele rechter, maar dat geldt ook voor andere civiele zaken zoals bijvoorbeeld bij medische aansprakelijkheid.

Optie 3 is zeer ingrijpend voor partijen en wordt daarom niet door Nederland gesteund. Het verplichten van partijen tot het maken van een lijst met alle relevante documenten waarover ze beschikken, is disproportioneel. Het kan niet van bedrijven worden verlangd dat zij met een volledige lijst van relevante documenten moeten komen en deze documenten aan de wederpartij moeten verstrekken. Dit zou overigens ook neerkomen op een fundamentele wijziging van het Nederlands Burgerlijk procesrecht. Een dergelijke openbaarmakingsverplichting zal leiden tot extra lasten voor procespartijen die mogelijk niet meer in verhouding zullen staan met het belang van – kort gezegd – de «waarheidsheidsvinding».

Nederland steunt ook optie 4 niet. Het opleggen van sancties aan de gestelde overtreder ingeval van vernietiging van bewijs is namelijk eveneens onredelijk. Het opleggen van dergelijke sancties in civiele procedure zou verder gaan dan voor andere rechtsgebieden.

Het voorstel onder optie 5 is al opgenomen in het Nederlands burgerlijk procesrecht. Onder de voorwaarde van een *prima facie* overtreding (eiser moet dit aantonen) zou de rechter voorafgaand aan een civielrechtelijke actie kunnen bevelen dat bewijs wordt bewaard (tegen vernietiging). Dit zou kunnen plaatsvinden conform de voorlopige maatregel tot het leggen van conservatoir beslag, waartoe verlot gevraagd wordt aan de voorzieningenrechter. Dit verlot wordt verleend onder de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn een bodemprocedure wordt ingesteld. De algemene procedure voor het leggen van conservatoir beslag is in Nederland beschreven in artikel 700 e.v. Rv.

Wat de toegang tot bewijs betreft stelt Nederland voor dat de Commissie onderzoek doet naar de mogelijkheden van de volgende optie. Overwogen zou kunnen worden om een onafhankelijke onderzoeker op verzoek van partijen of ambtshalve door de civiele rechter te benoemen om onderzoek te doen naar mededingingsrechtelijk relevante informatie in de onderneming die verband houdt met de schadevordering. De onderzoekskosten zouden voor rekening kunnen komen van hetzij de onderzochte onderneming indien het onderzoek uitwijst dat er sprake is

van met het mededingingsrecht strijdige handelingen, hetzij de eiser indien het verzoek niet op redelijke grond is gedaan, hetzij de overheid of nog tussen de partijen verdeeld.

Nederland is vanzelfsprekend bereid om verdere toelichting te geven over de mogelijke uitwerking van dit voorstel.

Vraag B: Zijn bijzondere voorschriften betreffende de toegang tot documenten die in het bezit zijn van een mededingingsautoriteit, nuttig voor schadevorderingen in antitrustzaken? Hoe kan een dergelijke toegang worden georganiseerd?

Nederland steunt optie 6 niet. Met deze optie wordt voorgesteld om in het kader van een civiele schadeprocedure partijen te verplichten alle documenten, met uitzondering van documenten die zijn overgelegd in het kader van een clementieregeling, bedrijfsgeheimen en vertrouwelijke informatie te verstrekken die zij eerder bij de mededingingsautoriteit hebben ingediend. Zoals al eerder gesteld bij vraag A optie 2 stemt Nederland in met de verplichting tot het verstrekken van categorieën van documenten. Alle stukken die zijn ingediend bij een mededingingsautoriteit vormen niettemin niet een categorie als hiervoor bedoeld wegens gebrek aan nauwkeurigheid daarvan.

Nederland steunt optie 7 niet. Zoals onder andere hierboven al is gesteld heeft publieke handhaving niet de ondersteuning van civiele geschillen tot doel.

Antwoord vraag 1. De nationale rechter kan de vertrouwelijkheid van bedrijfsgeheimen niet waarborgen, omdat documenten die aan de rechter worden voorgelegd, uit oogpunt van *equality of arms* (artikel 6 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de mens en de Fundamentele Vrijheden) aan alle partijen bekend moeten worden gemaakt. Het is in civiele procedures niet gebruikelijk bewijs enkel aan de advocaten van partijen en de rechter ter beschikking te stellen. Een mogelijkheid is dat de rechter de overlegging van bewijsmateriaal gelast en daarbij rekening houdt met de vertrouwelijkheid van de informatie. Antwoord vraag 2. Wanneer het om informatie gaat die ook door de partijen verstrekt kan worden, is het onlogisch dat een rechter de Commissie om die informatie zal vragen. Het is ook ten algemene niet voorstelbaar dat een rechter de Commissie vraagt om informatie in een procedure tussen twee andere partijen.

Vraag C: Moet de op de verzoeker rustende bewijslast inzake de schending van antitrustregels in schadeprocedures worden verlicht en, zo ja, hoe?

Nederland steunt optie 8 onder de volgende voorwaarden. 1. Besluiten van de Nederlandse Mededingingsautoriteit en van mededingingsautoriteiten van andere lidstaten zouden, wat betreft de vraag of er sprake is van een overtreding, een dwingende bewijskracht moeten kunnen opleveren in een civiele procedure. 2. Slechts onherroepelijke besluiten mogen deze bewijskracht opleveren. 3. Het blijft mogelijk om tegenbewijs te bieden in de civiele procedure, zij het dat de civiele rechter in deze optie uit moet gaan van de dwingende bewijskracht van de vastgestelde en bewezen verklaarde feiten.

De in optie 9 voorgestelde verschuiving of verlichting van de bewijslast in geval van informatieasymmetrie tussen de verzoeker en de verweerder wordt niet gesteund. Nederland geeft er de voorkeur aan dat de rechter zijn discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de bewijslastverdeling behoudt.

Nederland steunt optie 10. Indien een partij onterecht op een onredelijke wijze bewijs weigert te leveren – binnen de grens van hierboven uitgekozen opties –, leidt dit tot een weerlegbare schuldpresumptie. Onredelijke wijze is hier niet gedefinieerd door de Commissie. Deze open norm dient door de rechter nader ingevuld te worden. Het huidige Nederlandse stelsel kent in artikel 22 Rv aan de civiele rechter de bevoegdheid toe om aan weigerachtige houding van een partij «de gevolgen te verbinden die hij geraden acht».

Nederland merkt hierbij nog op dat het van mening is dat, het weigeren van verstrekking van bedrijfsvertrouwelijke informatie, in zijn algemeenheid niet als onredelijk dient te worden betiteld en aldus ook geen schuldpresumptie kan opleveren.

2.2 Bewijs van schuld (§ 2.2 Groenboek)

Vraag D: Moet voor schadevergoeding in antitrustzaken het bewijs van schuld worden geleverd?

Nederland steunt optie 13. 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.

In veel gevallen zal toerekenbaarheid gegeven zijn zodra het bewijs van een overtreding is geleverd. Voorkomen moet 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. Nederland merkt wel op dat hiervan waarschijnlijk slechts in uitzonderingsgevallen sprake zal zijn. Ten aanzien van opties 11 en 12 merkt Nederland op dat bewijs van de inbreuk weliswaar zwaar weegt maar dat verweerder zich moet kunnen beroepen op verschoonbare dwaling.

2.3 Schadevergoeding (§ 2.3 Groenboek)

Vraag E: Hoe moet schade worden gedefinieerd?

Vanuit het uitgangspunt dat schadevergoeding dient ter compensatie van geleden schade steunt de Nederlandse regering optie 14 waarbij schade wordt gerelateerd aan het, door eiser ten gevolge van de overtreding, geleden nadeel.

Nederland steunt optie 15 (definitie schade op basis van onrechtmatige winst) onder de voorwaarde dat het aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter wordt overgelaten om een dergelijke methode toe te passen. Binnen het Nederlandse rechtssysteem (zie artikel 104 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek) heeft de rechter namelijk de discretionaire bevoegdheid om de omvang van de schade op de winst te begroten, als een alternatieve vorm van schadeberekening. Een dergelijke methode is ook in het intellectuele eigendomsrecht een aanvaarde wijze van schadeberekening.

Volgens optie 16 zou voor horizontale kartels de schadevergoeding worden verdubbeld. Deze verdubbeling kan automatisch zijn, aan voorwaarden verbonden of een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Deze optie steunt Nederland niet, dit vanuit het eerdergenoemde uitgangspunt dat schadevergoeding dient ter compensatie van geleden schade. Het privaatrecht is in zijn algemeenheid niet geschikt voor maatregelen met een straffend karakter. Bovendien zou de voorgestelde dubbele schadevergoeding, in gevallen waarbij reeds bestuursrechtelijk is opgetreden, waarschijnlijk moeilijk te verenigen zijn met het *ne bis in idem*-beginsel.

Nederland steunt optie 17. Wettelijke rente moet gelden vanaf het moment dat schade optreedt. Dit sluit ook aan bij de praktijk onder artikel 162 van boek 6 BW. Zo wordt recht gedaan aan het uitgangspunt dat er sprake is van compensatie van de daadwerkelijk geleden schade. Daarnaast zal het de verweerder ontmoedigen om de procedure onnodig te rekken.

Vraag F: Welke methode moet worden gebruikt om de omvang van de schade te bepalen?

In het Nederlandse rechtssysteem heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om de schade te begroten op een wijze die het meest in overeenstemming is met de individuele aard van de zaak. Gezien dit uitgangspunt stelt Nederland zich op het standpunt dat aan de rechter niet moet worden voorgeschreven bepaalde methoden te gebruiken.

In optie 18 wordt gevraagd wat de toegevoegde waarde is van het gebruik van complexe economische modellen ten opzichte van eenvoudiger modellen. Complexe modellen kunnen volgens Nederland in bepaalde zaken behulpzaam zijn om de werkelijkheid beter te benaderen en onge-rechtvaardigde verrijking te voorkomen. De discretionaire bevoegdheid van de rechter om de schade te begroten op een wijze die het meest in overeenstemming is met de individuele aard van de zaak, dient hierbij echter onverlet te blijven door het gebruik van complexe modellen niet verplicht te stellen.

Op de vraag in dezelfde optie 18 of de rechter de bevoegdheid zou moeten hebben om schade te begroten op basis van billijkheid is het antwoord van Nederland bevestigend. De Nederlandse rechter heeft zoals hierboven beschreven reeds de ruimte voor een aanpak die hem of haar passend voorkomt.

Nederland steunt optie 19 waarin de Commissie vraagt of zij richtsnoeren moet publiceren over kwantificeren van schade. Deze richtsnoeren kunnen behulpzaam zijn, omdat eisers, verweerders en rechters kennis kunnen nemen van verschillende mogelijkheden. Dergelijke richtsnoeren zouden echter geen verplicht karakter moeten hebben. Zoals hierboven reeds vermeld moet de rechter zijn discretionaire bevoegdheid behouden.

Nederland steunt optie 20 om, waar nodig, een procedure te splitsen in een procedure ter vaststelling van de aansprakelijkheid voor de overtreding en een procedure ter vaststelling van de omvang van de geleden schade. Dit is overigens in Nederland reeds mogelijk, namelijk via een schadestaat procedure. Hiermee vertroebelt het één (vaststellen van de aansprakelijkheid) niet het ander (vaststellen van de te betalen schadevergoeding). Een verplichte splitsing van de procedure komt Nederland niet wenselijk voor. Dit zou tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter moeten (blijven) behoren.

2.4 De «passing-on defence» en de procesbevoegdheid van indirecte afnemers (2.4 Groenboek)

Vraag G: Moeten er voorschriften zijn betreffende de ontvankelijkheid en de werking van de «passing-on defence»? Zo ja, welk soort voorschriften? Moeten indirecte afnemers procesbevoegdheid hebben?

Het heeft de voorkeur van Nederland dat zowel directe als indirecte afnemers de vermeende overtreder(s) kunnen aanklagen. Er is geen principiële reden voor het uitsluiten van schadevordering van indirecte afnemers.

Uitsluiting gaat zelfs voorbij aan het recht om, in het geval van geleden schade, een procedure te mogen instellen.

Het slechts aan de directe afnemers toestaan van gerechtelijke acties zou tot afspraken kunnen leiden tussen de overtreder en de directe afnemer om onderling tot compensatie te komen waarbij indirecte afnemers met hun schade blijven zitten, zonder hier iets aan te kunnen doen.

Optie 21 heeft het voordeel dat er geen sprake kan zijn van overcompensatie van de door benadeelden geleden schade. De aan de *downstream* afnemers doorberekende meerkosten worden in acht genomen voor de berekening van de schadevergoeding.

Nederland steunt de volgende opties niet.

1. Optie 22. De uitsluiting van het *passing-ondefence* samen met de beperking van ontvankelijkheid voor schadeprocedures tot directe afnemers leidt tot een oneerlijke situatie. Indirecte kopers kunnen in dat geval geen schade vorderen. Deze optie zou ertoe kunnen leiden dat de door rechter toegekende schadevergoeding hoger uitvalt dan de daadwerkelijke geleden schade.

2. Optie 23. De uitsluiting van de *passing-ondefence* samen met het uitbreiden van acties tot de indirecte afnemers brengt met zich het gevaar van een stapeling van acties en daarmee van overbelasting van het rechterlijke apparaat. Stapeling van vorderingen kan leiden tot de betaling door de overtreder van bedragen die groter zijn dan de daadwerkelijk geleden schade. Beide zijn niet wenselijk.

3. Optie 24. Nederland acht de twee-stappen procedure onwenselijk omdat deze geen recht doet aan het uitgangspunt dat een schadevergoeding enkel ter compensatie van daadwerkelijk geleden schade zou moeten strekken.

2.5 Bescherming van consumentenbelangen (§ 2.5 Groenboek)

Individuele consumenten en afnemers die door een overtreding van de mededingingsregels, een geringe schade hebben geleden, kunnen om praktische redenen afzien van het instellen van een schadeclaim. Daarom wordt onderzocht hoe hun belangen kunnen worden gewaarborgd door het instellen van collectieve vorderingen.

Vraag H: Moeten er bijzondere procedures zijn voor het instellen van collectieve vorderingen en de bescherming consumentenbelangen? Zo ja, wel soort procedures?

In optie 25 wordt voorgesteld consumentenorganisaties het recht te geven een collectieve schadevordering in te stellen zonder de mogelijkheid van individuele schadevordering uit te sluiten. Hierbij moet volgens de Commissie aandacht worden besteed aan kwesties van procesbevoegdheid, de verdeling en de raming van de schadevergoeding (verdeling zou kunnen worden gebaseerd op individuele schade terwijl raming gebaseerd zou kunnen worden op totale onrechtmatige winst).

Een stichting of vereniging van benadeelden kan in Nederland reeds een collectieve actie (groepsacties) voeren, maar het vorderen van schadevergoeding is hierbij niet mogelijk en wordt, gezien de beschikbare alternatieven, niet wenselijk geacht. Als dit wel mogelijk zou zijn zou dit kunnen leiden tot complicaties, omdat bepaalde vragen die betrekking hebben op een vordering tot schadevergoeding vaak slechts individueel zijn te beantwoorden, zoals vragen omtrent causaliteit, toerekenbaarheid, omvang van de schade en dergelijke.

Er zijn thans in Nederland de volgende alternatieven beschikbaar ten opzichte van de door de Commissie voorgestelde optie.

Ten eerste is het mogelijk om in een groepsactie een bedrag wegens onverschuldigde betaling te vorderen. Dit is mogelijk wanneer er sprake is van een duidelijk omschreven groep personen die een duidelijk afgebakend bedrag aan schade hebben geleden in de vorm van te veel betaalde kosten. Met name wanneer bijvoorbeeld bij kartelafspraken berekend zou kunnen worden wat consumenten teveel hebben betaald, is dit een denkbare oplossing. Dan kan het teveel betaalde bedrag worden terugbetaald aan deze groep consumenten.

Een tweede mogelijkheid die inmiddels in Nederlandse wetgeving is opgenomen, is een groepsactie waarbij een stichting of een vereniging (waarin benadeelden zijn vertegenwoordigd) voor de rechter een verklaring voor recht vordert dat een bepaalde handeling onrechtmatig is en dat daaruit schade is voortgevloeid, zonder deze schade nader te bepalen. De onderneming die de onrechtmatige daad heeft gepleegd, zal dan willen voorkomen dat de afzonderlijke slachtoffers van de onrechtmatige daad evenzovele schadevergoedingsprocedures tegen hem starten (waarvan het succes voor de slachtoffers bij voorbaat vrijwel vaststaat) en zal in onderhandeling treden over de schadevergoeding. Wordt die bij overeenkomst (schikking) vastgesteld, dan kan vervolgens aan de rechter worden gevraagd om deze overeenkomst algemeen verbindend te verklaren voor iedereen die door die onrechtmatige daad schade heeft geleden. Met de verbindendverklaring wordt het algemeen belang op verschillende wijzen gediend. In de eerste plaats loopt het algemeen belang parallel met de betrokken individuele belangen. Een verbindendverklaring heeft namelijk het voordeel dat de benadeelden, zonder zich de moeite van een jarenlange juridische procedure te hoeven getroosten, binnen korte tijd een reële schadevergoeding krijgen. In de tweede plaats voorkomt het dat de veroorzakers van schade betrokken worden in een veelheid van procedures, waardoor de kosten van verdediging hoog op kunnen lopen. Daarmee hangt in de derde plaats samen het voordeel dat met een verbindendverklaring de (maatschappelijke) kosten en inspanningen die gepaard gaan met het voeren van een groot aantal civiele procedures, voorkomen worden.

Hierbij wordt overigens de mogelijkheid behouden die een individuele benadeelde heeft om zich aan de verbindendverklaring te onttrekken. In Nederland is de genoemde verbindendverklaring mogelijk voor alle schadevergoedingsacties. Wellicht kan de bovenvermelde aanpak via een verbindendverklaring van een in overleg met de overtreder gesloten overeenkomst ter inspiratie dienen voor mededingingszaken en nadrukkelijk ook voor andere rechtgebieden.

Nederland steunt optie 26 om collectieve vorderingen niet alleen open te stellen voor eindgebruikers maar ook voor andere groepen van afnemers. Het Nederlandse rechtssysteem voorziet reeds in deze mogelijkheid.

2.6 Proceskosten (§ 2.6 Groenboek)

Het Europese verdrag van de rechten van de mens en het gemeenschapsrecht verplichten lidstaten ertoe te voorzien in een effectieve toegang tot de civiele rechter inzake schadeclaims. Kunnen regels over kostenverdeling hieraan bijdragen?

Vraag 1: Moeten er bijzondere voorschriften worden ingevoerd om het kostenrisico voor de verzoeker te beperken? Zo ja, welke voorschriften?

Nederland steunt optie 27 niet. In het geval een partij een procedure verliest kan hij worden veroordeeld in de kosten. In het Nederlandse rechtssysteem is bij een kostenveroordeling het te betalen bedrag in principe beperkt doordat gebruik wordt gemaakt van een liquidatietarief met betrekking tot vrijwel alle proceskosten, waaronder ook de kosten van de advocaat. De vrees dat men als men de procedure verliest, veroordeeld kan worden tot omvangrijke proceskosten, zou de vrije toegang tot de rechter namelijk in gevaar kunnen brengen. Het Nederlandse systeem houdt in dat met een forfaitaire vergoeding van advocaatkosten wordt gewerkt die de verliezende partij moet betalen aan de winnende partij. Hiermee is het bedrag dat de verliezende partij aan advocatenkosten van de winnende partij moet betalen, beperkt. Keerzijde is wel dat de eiser ook slechts een forfaitaire vergoeding van zijn advocaatkosten krijgt, indien de vordering wordt toegewezen.

Een bepaling dat de in het ongelijk gestelde eisers slechts bij uitzondering (bij kennelijk onredelijk handelen) in de kosten zal worden veroordeeld, doet afbreuk aan dat systeem. In dat geval zou een onderneming die ten onrechte in rechte is betrokken omdat zijn vordering wordt afgewezen, niet gecompenseerd worden voor zijn advocaatkosten. De voorgestelde mogelijkheid om de rechter de discretionaire bevoegdheid te verlenen bij aanvang van een proces te bepalen dat de eisende partij geen kosten zal behoeven te betalen, zelfs wanneer deze in het ongelijk wordt gesteld, zou volgens Nederland slechts zou kunnen gelden in het uiterste geval voor consumenten die als eiser optreden in een schadevergoedingsprocedure wegens strijd met het mededingingsrecht. Mededingingszaken rechtvaardigen geen incidentele breuk met de bestaande praktijk in Nederland, waarin de veroordeling in de proceskosten via een liquidatietarief wordt afgehandeld. Voorzover op dit terrein behoefte aan aanpassing bestaat, zal het moeten gaan om een aanpassing over de hele linie, voor alle civiel-rechtelijke zaken.

2.7 Coördinatie van openbare en private handhaving (§ 2.7 Groenboek)

Publieke en private handhaving beïnvloeden elkaar. Daarom is coördinatie tussen beide handhavingsmechanismen belangrijk vooral om clementieprogramma's bij publieke handhaving niet te laten inboeten aan effectiviteit.

Vraag J: Hoe kan optimale coördinatie van private en openbare handhaving tot stand worden gebracht?

Nederland is van mening dat zoals wordt voorgesteld in optie 28, de openbaarmaking van clementieaanvragen – dus ook van stukken in de aanvraag – uitgesloten moet worden. Niettemin moet wel erop gewezen worden dat een eindbeschikking naar aanleiding van een bestuurlijk onderzoek wel degelijk een vermelding van de clementieaanvrager(s) en zijn (hun) gedrag zal bevatten, evenals van het feit dat om clementie is verzocht.

Nederland steunt optie 29 niet voor zover die ertoe zou leiden dat een clementie aanvrager in aanmerking komt voor vermindering van vergoeding van daadwerkelijk door hem veroorzaakte schade.

Nederland steunt optie 30. Nederland meent dat het risico van schadevergoeding moet worden beperkt voor clementieverzoekers. Om die reden dient de clementieaanvrager niet hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor de schade van het gehele kartel. De clementieaanvrager zou niet aansprake-

lijk moeten zijn voor de totale, door het kartel, veroorzaakte schade, maar slechts voor zijn aandeel van de schade.

2.8 Rechtelijke bevoegdheid en toepasselijk recht (§ 2.8 Groenboek)

Vraag K: Welk materieel recht moet van toepassing zijn op schadeverordeningen in antitrustzaken?

Nederland is verheugd dat de Commissie erkent dat dit onderwerp onder de voorgestelde verordening «Rome II» (Rome II) valt. Belangrijk is dat de partijen van tevoren weten welk recht van toepassing is. Hoofregel van Rome II is dat de onrechtmatige daad wordt beheerst door het recht van het land waar de schade wordt geleden of dreigt te ontstaan. Artikel 5 van Rome II bepaalt dat ten aanzien van verbintenissen die voortvloeien uit een daad van oneerlijke concurrentie het recht van toepassing is van het land waar de concurrentieverhouding of de collectieve belangen van consumenten worden verstoord. Zowel de overweging van artikel 5 van Rome II als de consequenties daarvan zijn Nederland niet volledig duidelijk. Het begrip «oneerlijke concurrentie» heeft in Nederland geen onderscheidend vermogen en het is van belang dat beperking van de mededinging, inclusief de zaken die onder de artikelen 81/82 EG-Verdrag vallen, onder de reikwijdte van artikel 5 komt te vallen. De handhaving van deze artikelen dient volgens Nederland onder artikel 5 van Rome II te vallen en niet onder een afzonderlijk instrument voor de handhaving van mededingingsrecht. Dat zou leiden tot ongewenste en onnodige versnippering. Op dit moment worden hiertoe ook voorstellen gedaan in de raads werkgroep voor de concept Verordening Rome II. Nederland herkent dit niet in de voorgestelde opties.

2.9 Andere punten (§ 2.9 Groenboek)

Vraag L: Moet een deskundige, wanneer daaraan behoefte is, door de rechter worden aangewezen?

In het Nederlandse burgerlijk procesrecht kan de rechter op verzoek van een van de partijen of ambtshalve een schriftelijk bericht of een mondelinge verhoor van deskundigen bevelen (artikel 194 e.v. Rv). Het vonnis waarbij de deskundige wordt aangewezen, vermeldt ook de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd. De kosten van de deskundige kunnen eventueel van tevoren begroot worden. De eiser moet een voorschot betalen aan de griffie van de rechtbank, tenzij het vonnis daarover iets anders stelt (bijvoorbeeld de wederpartij moet betalen of beide partijen moeten de kosten gezamenlijk dragen). Als een partij met een toevoeging procedeert, wordt geen voorschot opgelegd.

Deskundigenonderzoek is altijd mogelijk en behoeft in Nederland geen nadere regeling. In afwijking van optie 35 moet het aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter worden overgelaten of hij de partijen wil verplichten tot een gezamenlijke deskundige te komen, of één van beide partijen een deskundige aanwijst of dat de rechter dat zelf doet. Per zaak kunnen daarover andere wensen bestaan, een standaardregeling – te weten een verplichting zoals omschreven in optie 35 – is dan ook niet nodig noch gewenst. De kosten van deze expert worden per procedure toegewezen aan de partij die daarvoor in aanmerking komt. Ook daarvoor hoeft geen standaardregeling gegeven te worden, dit moet aan de discretionaire bevoegdheid van de rechter worden overgelaten.

Vraag M: Moet worden voorzien in de schorsing van de verjaring? Zo ja, vanaf wanneer?

Nederland steunt optie 36 niet. Het probleem bij optie 36 bestaat erin dat het voor betrokkenen niet kenbaar is wanneer een onderzoek door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit is ingesteld, omdat het starten van een onderzoek doorgaans niet onmiddellijk bekend wordt gemaakt. Betrokkenen zullen derhalve niet weten wanneer de verjaring is geschorst.

Wel kan in het Nederlands burgerlijk recht de verjaring worden «gestuit» door – kort gezegd – schriftelijk aan de schuldenaar (de overtreder) mede te delen dat de schuldeiser (degene die vordert) zijn recht om schade te vorderen voorbehoudt (artikel 317 boek 3 Burgerlijk Wetboek). Een dergelijke mededeling zou hij kunnen doen zodra hij verneemt van de uitspraak van een procedure door de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit. Hierdoor begint de verjaringstermijn opnieuw te lopen. Alerte eisers kunnen op deze wijze verjaring voorkomen.

Vraag N: Is het nodig het wettelijke vereiste van het bestaan van een causaal verband te verduidelijken om schadevorderingen te vergemakkelijken?

Teneinde schadevergoeding verschuldigd te zijn, dient er een causaal verband te bestaan tussen de onrechtmatige handeling en de geleden schade. Het vaststellen van het causaal verband is een kwestie die zeer afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. Het is dan ook moeilijk voorstelbaar dat er op dit punt algemeen toepasbare nadere criteria of nadere invulling zouden kunnen worden geformuleerd. Ook van de noodzaak daartoe is Nederland niet overtuigd.

Vraag O: Zijn er nog andere kwesties waarover belanghebbende opmerkingen wensen te maken?

Nederland zou de Commissie willen voorstellen om onderzoek te doen naar de mogelijkheid om de nationale mededingingsautoriteit een marktanalyse te laten inbrengen in civiele procedures. Hierbij zou de neutraliteit van de toezichthouder niet in gevaar mogen komen, noch zou deze marktanalyse of kennis van de civiele zaak enige rol mogen spelen bij de beslissing van de nationale mededingingsautoriteit om de desbetreffende zaak uit hoofde van haar eigen bevoegdheid te gaan onderzoeken of en eventueel daartegen op te treden. Een voordeel zou zijn dat de kosten van de marktanalyses in civiele procedures op publieke schouders komen te rusten.