



Reactie BarentsKrans N.V.

Consultatie Implementatiewet richtlijn
privaatrechtelijke handhaving
mededingingsrecht

mr. M.H.J. van Maanen
mr. J.W. Fanoy
mr. T. Raats

Inleiding

1. In deze reactie gaan wij in op het voorstel van wet betreffende de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht (hierna: het "Voorstel") waarmee de Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (hierna: de "Richtlijn") wordt omgezet.
2. Ten overvloede merken wij op dat de standpunten die wij in deze reactie innemen niet noodzakelijkerwijs de standpunten van onze cliënten weerspiegelen.

Inbreuk op het mededingingsrecht

3. In het huidige Voorstel wordt onder artikel 193k sub a het volgende verstaan onder een "inbreuk op het mededingingsrecht:

"een inbreuk op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie of het mededingingsrecht van een lidstaat van de Europese Unie dat parallel wordt toegepast aan artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie overeenkomstig artikel 3, eerste lid, van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003 L 1)"

4. Uit deze definitie volgt dat de implementatie van het wetsvoorstel ziet op schending van het Europese mededingingsrecht opgenomen in artikel 101 / 102 VWEU en op schendingen van het nationale mededingingsrecht voor zover dat parallel wordt toegepast aan artikel 101 / 102 VWEU.
5. Deze definitie brengt met zich mee dat de regels die middels het Voorstel worden geïmplementeerd, enkel zien op vormen van coördinatie of gedragingen die de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. De wetgever merkt in dat kader op dat een nader wetsvoorstel zal volgen waarin de bepalingen ook op zuiver nationale gevallen van toepassing wordt verklaard.
6. Wij zouden ervoor willen pleiten de aanvulling direct bij de invoering van het Voorstel in te voeren zodat geen verschillende beoordelingskaders kunnen bestaan voor procedures op grond van een inbreuk die de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden en procedures op grond van zuiver nationale inbreuken. Overigens merken wij daarbij mogelijk ten overvloede op dat, ons inziens, deze gelijktrekking niet alleen dient te gelden voor zuiver nationale inbreuken die door de ACM op grond van de Nederlandse Mededingingswet zijn vastgesteld, maar ook voor zuiver nationale inbreuken die door mededingingsautoriteiten van andere landen op basis van het ter plaatse geldende nationale mededingingsrecht. Het is immers niet uitgesloten dat een partij schade lijdt als gevolg van een zuiver nationale inbreuk in een lidstaat waarbij een schadevergoedingsactie, op grond van bijvoorbeeld de regels van internationaal privaatrecht, in Nederland wordt gevoerd.

Bewijsvermoeden

7. In dat kader hechten wij er ook aan te wijzen op artikel 9 lid 2 van de Richtlijn:

“De lidstaten zorgen ervoor dat indien in een andere lidstaat een definitieve beslissing in de zin van lid 1 is genomen deze definitieve beslissing overeenkomstig hun nationale rechtsstelsels voor hun nationale rechterlijke instanties tenminste kan worden gebruikt als een prima facie bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan, en naar gelang het geval, naast eventueel ander door de partijen aangevoerd bewijsmateriaal kan worden beoordeeld.”

8. Thans is in artikel 161a Rv enkel opgenomen dat een onherroepelijk besluit van ACM onweerlegbaar bewijs van de vastgestelde inbreuk oplevert. In de memorie van toelichting is (op pagina's 8-9) opgenomen dat de huidige regels van bewijsrecht reeds voorzien in de mogelijkheid om in het buitenland genomen beslissingen mee te nemen in de bewijsvoering.
9. Ons inziens wordt hiermee niet geheel recht gedaan aan de doelstellingen van de Richtlijn. Onder nr. 35 van de considerans bij de Richtlijn is opgenomen dat een inbreukbeslissing uit een andere lidstaat *“als een begin van bewijs te kunnen worden gebruikt van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan”*. Daarmee wordt, naar onze mening, aan dit bewijsstuk een andere, sterkere, betekenis toegekend dan aan stukken die op grond van de vrije bewijsleer in ogenschouw worden genomen. Dat volgt uit de bewoordingen van artikel 9 lid 2 van de Richtlijn en nr. 35 van de considerans. Daaruit volgt dat een buitenlandse definitieve inbreukbeslissing een *prima facie* vermoeden vestigt van een inbreuk. Vervolgens kan de inbreukbeslissing *“naar gelang van het geval, naast eventueel ander door de partijen aangevoerd materiaal worden beoordeeld”*. In onze visie dient deze bepaling gelezen worden als een weerlegbaar bewijsvermoeden: een definitieve inbreukbeslissing van een buitenlandse mededingingsautoriteit vestigt een bewijsvermoeden waar gedaagden stellingen tegenover kunnen stellen. Als die stellingen aanleiding geven om het *prima facie* vermoeden te ontzenuwen, wordt de inbreukbeslissing meegenomen naast eventueel ander door de partijen aangevoerd materiaal.
10. Naar onze mening behoeft artikel 9 lid 2 van de Richtlijn dan ook omzetting in een tweede lid van artikel 161a Rv waarbij voorop wordt gesteld dat een definitieve inbreukbeslissing van een buitenlandse mededingingsautoriteit een weerlegbaar bewijsvermoeden vormt van een inbreuk op het mededingingsrecht.

Toegang tot bewijsmateriaal

11. Toegang tot bewijsmateriaal vormt een cruciale voorwaarde voor de effectieve uitoefening van het recht op schadevergoeding. De informatieasymmetrie tussen benadeelden van een kartel en de kartellisten is een belangrijke barrière voor benadeelden om vergoeding van de geleden schade te verkrijgen aangezien de stelplicht en bewijslast ter zake van de geleden schade¹ rust op de partij die vergoeding van de geleden schade vordert. In de considerans bij de Richtlijn wordt het belang van toegang tot bewijsmateriaal uitdrukkelijk erkend:

¹ Maar niet ter zake van het doorberekeningsverweer, wij behandelen dat onderwerp in het vervolg van deze reactie.

“(14) Schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie of het nationale mededingingsrecht vereisen doorgaans een complexe feitelijke en economische analyse. Het bewijsmateriaal dat nodig is om een schadevordering te staven, is vaak enkel in het bezit van de tegenpartij of van derden, en is onvoldoende bekend bij of is onvoldoende toegankelijk voor de eiser. Onder die omstandigheden kunnen strikte wettelijke voorwaarden voor eisende partijen om reeds bij de aanvang van een vordering in detail alle feiten van hun zaak uiteen te zetten en nauwkeurig gespecificeerde bewijsstukken ter staving over te leggen, de effectieve uitoefening van het door het VWEU gegarandeerde recht op schadevergoeding onnodig belemmeren.

(15) Bewijsmateriaal is een belangrijk element om schadevorderingen wegens inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie of het nationale mededingingsrecht in te stellen. Aangezien mededingingsgeschillen gekenmerkt worden door informatieasymmetrie, is het passend ervoor te zorgen dat eisers het recht hebben toegang te krijgen tot voor hun schadeclaim relevant bewijsmateriaal, zonder dat zij individuele bewijsstukken moeten aanwijzen. Om gelijke middelen te garanderen, moeten ook verweerders in schadevergoedingszaken over die middelen beschikken, zodat ook zij eisers om de toegang tot bewijsmateriaal kunnen verzoeken. Nationale rechterlijke instanties moeten de mogelijkheid hebben om ook derden, met inbegrip van overheidsinstanties, te gelasten toegang te verlenen tot bewijsmateriaal. Wanneer de nationale rechterlijke instantie de Commissie wil gelasten toegang te verlenen tot bewijsmateriaal, zijn het beginsel van artikel 4, lid 3, VEU inzake loyale samenwerking tussen de Europese Unie en de lidstaten en artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 met betrekking tot verzoeken om inlichtingen van toepassing. Wanneer nationale rechterlijke instanties overheidsinstanties gelasten toegang te verlenen tot bewijsmateriaal, zijn de beginselen van juridische en administratieve samenwerking uit hoofde van het Unierecht of het nationale recht van toepassing.

12. Tegen die achtergrond is in Hoofdstuk II van de Richtlijn (artikelen 5-8) het recht op toegang tot bewijsmateriaal geregeld. De kern van deze regeling is dat de nationale rechter in ruime mate toegang kan verschaffen tot bewijsmateriaal, waarbij de nationale wet de evenredigheid zal moeten waarborgen van de mogelijkheid tot het verkrijgen van toegang tot het bewijsmateriaal.
13. De wetgever stelt in de memorie van toelichting onder artikel 845 Rv dat de regeling van artikel 843a Rv op een punt na, ruimere toegang tot bewijsmateriaal biedt dan op grond van artikel 5 van de Richtlijn in ieder geval moet worden gerealiseerd. Artikel 5 van de Richtlijn staat slechts in de weg aan de beperking van artikel 843a lid 4, dat geen beroep kan worden gedaan op het recht op toegang als een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder toegang tot het bewijsmateriaal is gewaarborgd, aldus de wetgever.
14. Naar onze mening geeft de wetgever zich hiermee onvoldoende rekenschap van de ontwikkelingen in de rechtspraak waar het gaat om artikel 843a Rv in kartelschadeprocedures. Hoewel Nederland ontegenzeggelijk een van de jurisdicties is waar de afgelopen jaren kartelschadezaken aanhangig zijn gemaakt, blijkt de Nederlandse rechter tot dusver uitermate terughoudend met het honoreren van artikel 843a Rv vorderingen in deze context.² Het instrument is dan ook tot op heden ineffectief gebleken bij het reduceren van de informatieasymmetrie in kartelschadezaken, een van de belangrijkste doelstellingen van de Richtlijn.

² Zie onder meer Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778; Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780; Rb. Limburg 25 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1791; Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870.

15. Wij wijzen erop dat zelfs bij exhibitievorderingen ten aanzien van zeer specifiek aangeduide documenten, die buitenlandse rechters en mededingingsautoriteiten mede ten grondslag hebben gelegd aan hun beslissingen ter zake van een kartel, de Nederlandse rechter deze heeft afgewezen bij gebrek aan een rechtmatig belang. In de luchtvrachtkartelzaak hebben de gedaagden na vijf jaar procederen nog geen enkel document met betrekking tot het kartel aan de eiseres hoeven verstrekken of in het geding hoeven brengen. Ook in andere kartelschadeprocedures blijft de informatieasymmetrie tot dusver gehandhaafd.
16. De rechtspraak biedt tot dusver dan ook geen aanwijzing dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 843a Rv de informatieasymmetrie bestrijdt op een wijze die overeenstemt met de doelstellingen van de Richtlijn.

Gewichtige redenen

17. In het voorgestelde artikel 845 Rv wordt, terecht, afgeweken van artikel 843a Rv in die zin dat het recht op toegang tot bewijsmiddelen niet wordt beperkt in situaties waarin een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder toegang tot het bewijsmateriaal is gewaarborgd.
18. Het voorgestelde artikel 845 Rv bevat evenwel, conform artikel 843a lid 4 Rv, de bevoegdheid voor degene die bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, om inzage, afschrift of uittreksel daarvan te weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. Deze bevoegdheid is in onze visie om meerdere redenen niet in lijn met de Richtlijn en leidt tot een beperktere toegang tot bewijsmateriaal dan in de Richtlijn wordt beoogd.
19. De Richtlijn stelt voorop dat toegang tot bewijsmateriaal wordt verleend op verzoek van een eiser die daartoe een met redenen omkleed verzoek doet waarin de beschikbare feiten en het beschikbare bewijsmateriaal wordt aangedragen om de schadeclaim aannemelijk te maken (artikel 5 lid 1 Richtlijn). Dat verzoek kan zich richten tegen de verweerder of tegen derden (artikel 5 lid 1 Richtlijn) en kan zien op specifieke bewijsstukken of categorieën bewijsmateriaal die zo nauwkeurig en beperkt mogelijk worden omschreven (artikel 5 lid 2 Richtlijn).
20. Ten aanzien van vertrouwelijk materiaal dat niet valt binnen het bereik van artikel 6 of 7 van de Richtlijn, geldt ingevolge artikel 5 lid 4 van de Richtlijn dat het aan de rechter is om te beslissen *op welke wijze* deze informatie zal worden gedeeld, in het licht van de betrokken belangen. Blijkens paragraaf 18 van de considerans bij de Richtlijn kan de rechter daarbij onder meer een zogeheten *confidentiality ring* in het leven roepen. Denkbaar is ook dat bepaalde passages uit de vertrouwelijke informatie worden weggelakt, of partijen of personen worden geanonimiseerd:

“Hoewel relevant bewijsmateriaal dat bedrijfsgeheimen of anderszins vertrouwelijke informatie bevat, in beginsel voor schadevorderingen beschikbaar moet zijn, moet deze vertrouwelijke informatie op passende wijze beschermd worden. De nationale rechterlijke instantie moet daarom een beroep kunnen doen op een scala aan maatregelen om te voorkomen dat die vertrouwelijke informatie tijdens de procedure openbaar wordt gemaakt. Daarbij kan het gaan om het bewerken van gevoelige passages in documenten, het houden van besloten zittingen, het beperken van de groep personen die van het bewijsmateriaal kennis kan nemen beperkt wordt, en de opdracht aan deskundigen om samenvattingen van de informatie te maken met samenvoeging van individuele gegevens of in anderszins niet-vertrouwelijke vorm. Maatregelen ter bescherming van

bedrijfsgeheimen en andere vertrouwelijke informatie mogen de uitoefening van het recht op schadevergoeding echter niet belemmeren.”

21. De considerans bij de Richtlijn laat zien dat het niet de bedoeling is dat de partij die om informatie wordt verzocht zelf een recht toekomt om de informatieverstrekking vanwege gewichtige redenen te weigeren. De Richtlijn streeft er nu juist naar om dergelijke informatie wel te laten verstrekken op een wijze die rekening houdt met de betrokken belangen. En daarbij onderstreept de Richtlijn dat het belang van ondernemingen om schadevorderingen na een inbreuk op het mededingingsrecht te voorkomen, geen belang is waarvan de bescherming gewettigd is.
22. De “ja, mits” benadering van de Richtlijn ter zake van het delen van vertrouwelijke informatie die niet bestreken wordt door artikel 6 of 7 van de Richtlijn (of verschoningsrechten), is in de implementatie nog niet terug te vinden. Ook heeft de wetgever de mogelijkheden voor de rechter om deze informatieverstrekking in goede banen te leiden, niet uitgewerkt. Nu beide elementen van de Richtlijnen in contrast staan met de huidige, terughoudende Nederlandse rechtspraak, zou de wetgever hier werk van moeten maken. Wat in artikel 845 Rv wel is opgenomen, namelijk het recht van een partij om vanwege gewichtige redenen afgifte of inzage te weigeren, vindt juist geen grondslag in de Richtlijn en is daar, naar wij menen, mee in strijd. De rechter zal immers niet hebben na te gaan of de aangesproken partij gewichtige redenen heeft die aan afgifte of inzage in de weg staan, maar op welke wijze de rechtens te respecteren belangen van die partij kunnen worden gewaarborgd in het kader van de informatieverstrekking aan de partij die *Courage/Crehanvorderingen* tot schadevergoeding instelt. Dat is een wezenlijk ander vraagstuk, nu de informatie in dat geval wel degelijk – zij het onder door de rechter te bepalen voorwaarden – wordt gedeeld.
23. Wij merken nog op dat, voor zover de wetgever het oog heeft op artikel 5 lid 3 van de Richtlijn, de in dat artikel opgenomen evenredigheidstoets reeds is verdisconteerd in het belangvereiste van artikel 843a lid 1 Rv. In dat kader is van belang een passage uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden. In die passage wordt aangegeven wat de achtergrond is van het belangvereiste van artikel 843a lid 1 Rv en waarom dit vereiste gehandhaafd blijft in het wetsvoorstel:

“Daarmee wordt beoogd in de wet tot uitdrukking te brengen dat het belang van degene die op informatie aanspraak maakt steeds moet worden afgewogen tegen de andere betrokken belangen.”

Het gaat, wat die laatstgenoemde belangen betreft, niet alleen om het belang van de wederpartij maar onder omstandigheden ook het zelfstandige belang van degene die de bescheiden tot zijn beschikking heeft alsook het evenzeer zelfstandige belang van degene op wie de in de bescheiden informatie mede betrekking heeft. Met de handhaving van de voorwaarde wordt aan de rechtspraak een kapstok geboden de proportionaliteit en subsidiariteit van de aanspraak op afschrift van bescheiden te kunnen beoordelen.”³
24. De belangen die de Richtlijn noemt in het kader van de evenredigheidstoets van artikel 5 lid 3, met inbegrip van de belangen van degene die de bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, zijn dus reeds verdisconteerd in de belangenafweging onder lid artikel 843a lid 1 Rv. Ons

³ Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 7.

inziens gaat de weigeringsgrond van artikel 843a lid 4 Rv dan ook aanzienlijk verder dan de beperkingen op toegang tot bewijsmateriaal die de Richtlijn omschrijft. Wij stellen dan ook voor dat artikel 845 Rv zodanig wordt gewijzigd dat artikel 843a lid 4 Rv niet van toepassing is op zaken waarin inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden als bedoeld in artikel 843a Rv wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in artikel 193k, onderdeel a, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Als gezegd, zou de wetgever er goed aan doen een (niet-limitatief) aantal maatregelen op te nemen, bijvoorbeeld in een nieuw te vormen artikel 845 lid 2 Rv, die de rechter ten dienste staan bij het verstrekken van informatie aan de schadelijdende partij rekening houdend met de rechtens te respecteren belangen van onder meer degene van wie afschrift wordt gevorderd.

Belang voorkomen schadevorderingen

25. In de Richtlijn is onder artikel 5 lid 5 uitdrukkelijk opgenomen dat het belang van ondernemingen om schadevorderingen na een inbreuk op het mededingingsrecht te voorkomen, geen belang is waarvan de bescherming gewettigd is.
26. Naar onze mening verdient deze aanwijzing implementatie in de Nederlandse wetgeving. Deze bepaling stelt immers buiten iedere twijfel dat dit, in de werkelijkheid uiteraard zwaarwegende, belang van de verweerders niet kan worden meegenomen bij de beoordeling van een vordering ex artikel 843a Rv in het kader van schadevorderingen wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. De verankering van dit uitgangspunt in de wet zou, naar onze mening, recht doen aan de belangen van de benadeelden en hun zwaarwegende belang om de informatieasymmetrie te reduceren.

Ruimere toegang tot bewijsmateriaal

27. In het voorgaande hebben wij toegelicht op welke punten het Voorstel uit de pas loopt met de beoogde toegang tot bewijsmateriaal uit de Richtlijn. Ten aanzien van deze onderwerpen zijn wij van mening dat het Voorstel leidt tot een beperktere toegang tot bewijsmateriaal dan de Richtlijn beoogt. Het Voorstel is daarmee op deze onderdelen in strijd met de Richtlijn.
28. Wij wijzen in dat kader voorts op de bepaling van artikel 5 lid 8 van de Richtlijn waarin is bepaald dat het lidstaten vrijstaat, behoudens de beperkingen van artikel 5 leden 4 en 7 en artikel 6, om regels te handhaven of in te voeren die tot een ruimere toegang tot bewijsmateriaal zouden leiden. Binnen Europa zijn Nederland en het Verenigd Koninkrijk de voornaamste jurisdicties voor kartelschadezaken. Beide landen hebben specifieke voor- en nadelen die procedures faciliteren of in de weg staan. Een duidelijk voordeel van de Britse jurisdictie is het systeem van *disclosure* waarbij partijen op veel grotere schaal toegang kunnen krijgen tot relevant bewijsmateriaal dan in Nederland (en andere Europese *civil law* jurisdicties). Uitgebreidere toegang tot bewijsmateriaal zorgt ervoor dat een belangrijk obstakel voor het instellen van vorderingen naar aanleiding van inbreuk op het mededingingsrecht wordt weggenomen. Daarnaast zorgt *disclosure* voor een prikkel voor zowel eisers als gedaagden om een schikking te betrachten. Ten eerste zorgt het blootleggen van sterke en zwakke punten in het bewijsmateriaal ervoor dat partijen sneller tot de kern van de zaak kunnen komen. Ten tweede kan de dreiging van toegang tot bepaalde pijnpunten in het bewijsmateriaal ervoor zorgen dat partijen sneller bereid zijn om een schikking te treffen.

29. Ten einde het onderscheid tussen het Britse en Nederlandse systeem van toegang tot bewijsmateriaal te verkleinen zouden wij de wetgever in overweging willen geven om van de huidige gelegenheid gebruik te maken om, binnen de specifieke context van de kartelschadezaken, ruimere mogelijkheden voor toegang tot bewijsmateriaal te creëren dan binnen het reguliere Nederlandse civiele recht gebruikelijk is en dan door de Richtlijn worden voorgeschreven.
30. Ten slotte vragen wij, buiten het bereik van het huidige Voorstel, aandacht voor de bekostiging van de rechterlijke macht die betrokken is bij complexe zaken zoals, maar niet uitsluitend, kartelschadezaken. Gelet op de taak van de nationale rechter onder Vo. 1/2003 en de doelstellingen van de Richtlijn worden rechters in deze zaken geconfronteerd met (met name) een werklust en met specifieke materie die wellicht verder gaat dan in andere civiele zaken. Een veelgehoorde klacht vanuit de rechterlijke macht is dan ook dat zij geconfronteerd worden met zeer omvangrijke procesdossiers waarbij zij, in tegenstelling tot de bij de zaak betrokken advocaten, niet de beschikking hebben over teams aan ondersteunend (juridisch) personeel. De betrokken rechters zouden dan ook voldoende tijd en middelen ter beschikking moeten hebben om recht te kunnen doen aan de complexiteit van de zaken en hun rol in die zaken.
31. Tegen die achtergrond achten wij het gepast dat het Rijk in het kader van de bekostigingssystematiek van de rechtbanken rekening houdt met de extra tijd en inzet die op dergelijke kartelschadezaken, en andere zeer grote dossiers, van de rechtbank wordt gevergd.

Overcompensatie

32. Wij ondersteunen de visie van de wetgever dat artikel 15 van de Richtlijn inzake schadevorderingen door eisers op verschillende niveaus van de toeleveringsketen geen implementatie behoeft.
33. Op grond van het algemene uitgangspunt dat de benadeelde moet worden teruggebracht in de situatie in afwezigheid van de inbreuk, is reeds in het Nederlandse schadevergoedingsrecht verankerd dat geen overcompensatie plaatsvindt.
34. Daarnaast dragen ook de Nederlandse bewijsregels bij aan het tegengaan van meervoudige aansprakelijkheid. Dat speelt ten eerste in de verhouding tussen de directe afnemer en de inbreukmaker. In die verhouding draagt de directe afnemer de stelplicht en bewijslast van de door hem geleden schade. Wanneer de inbreukmaker stelt dat de directe afnemer een deel van de schade heeft doorberekend aan zijn afnemers (de indirecte afnemers) dan houdt dat een bevrijdend verweer in waarvan de inbreukmaker de stelplicht en bewijslast draagt. In de verhouding tussen de indirecte afnemer en de inbreukmaker is het wederom aan de afnemer om de schade aannemelijk te maken. Die schade bestaat uit het deel van de schade dat de directe afnemer heeft doorberekend (minus eventueel het deel dat de indirecte afnemer weer heeft doorberekend aan zijn afnemers). De indirecte afnemer draagt hiervan de stelplicht en bewijslast. Het staat de inbreukmaker bij zijn verweer vrij om gebruik te maken van kennis en gegevens die hij heeft vergaard in de verhouding met de directe afnemer (en vice versa).

35. Gelet op deze uitgangspunten, in samenhang met de door de wetgever in de toelichting aangegeven factoren, behoeft artikel 15 van de Richtlijn geen implementatie aangezien het daarin neergelegde beginsel reeds volgt uit het Nederlandse recht.
36. Daarbij komt dat in onze visie voorop dient te staan dat, conform de hiervoor omschreven uitgangspunten van het Nederlandse bewijsrecht, de eisende partij de stelplicht en bewijslast draagt ten aanzien van het aantonen van de schade en dat de inbreukmaker de stelplicht en bewijslast draagt ter zake van eventuele doorberekening van schade (meerkosten). Implementatie van artikel 15 van de Richtlijn draagt het risico in zich dat twijfel ontstaat omtrent de stelplicht en bewijslast ter zake van het doorberekeningsverweer. Immers, zoals hiervoor beschreven, ligt het uitgangspunt dat geen meervoudige aansprakelijkheid plaatsvindt reeds besloten in de Nederlandse wetgeving. Een aanvulling daarop zou mogelijk twijfel oproepen omtrent het signaal dat door middel van overbodige implementatie wordt afgegeven, zoals het signaal dat overcompensatie ten koste van alles moet worden voorkomen. Dat zou mogelijk leiden tot een verregaande, en onterechte, verschuiving van de bewijslast omtrent het doorberekeningsverweer waarbij een benadeelde partijen mogelijk zou moeten aantonen dat geen sprake is geweest van doorberekening. Een dergelijke verschuiving zou niet alleen in strijd zijn met de algemene uitgangspunten van het Nederlandse schadevergoedings- en bewijsrecht maar zou ook in strijd zijn met artikel 13 van de Richtlijn waarin de stelplicht en bewijslast ter zake van het doorberekeningsverweer uitdrukkelijk bij de inbreukmaker wordt gelegd.
37. In dat kader besteden wij, ten slotte, kort aandacht aan de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 10 juni 2015.⁴ In deze zaak, waarin het doorberekeningsverweer aan de orde kwam, overwoog de rechtbank aan het slot van haar vonnis als volgt:
- “Onder deze omstandigheden is het niet onredelijk dat TenneT c.s. in zekere zin wordt overgecompenseerd. Het alternatief is dat Alstom c.s. gefaciliteerd wordt om haar onrechtmatig verkregen winst te behouden en deze verrijking is in elk geval niet redelijk en zelfs ongerechtvaardigd. De slotsom is dat het doorberekeningsverweer wordt verworpen.”⁵*
38. Door voorstanders van implementatie zou kunnen worden verwezen naar deze uitspraak ter onderbouwing van het standpunt dat artikel 15 van de Richtlijn toch implementatie behoeft. Dit is naar onze mening onterecht en berust op een zeer beperkte lezing van het vonnis. De rechtbank verwijst namelijk uitdrukkelijk naar de concrete omstandigheden van het geval. De overweging van de rechtbank moet dan ook steeds tegen de achtergrond van deze omstandigheden worden begrepen.
39. Daarbij is van belang dat de rechtbank, conform de hiervoor beschreven regels, de stelplicht en bewijslast ter zake van het doorberekeningsverweer legde bij de inbreukmaker, Alstom c.s. De rechtbank kwam tot de conclusie dat Alstom c.s. niet hadden voldaan aan hun stelplicht ter zake waarmee reeds geen sprake kon zijn van honorering van het doorberekeningsverweer. De benadeelde had daarentegen wel, onweersproken, gesteld dat de kans dat haar afnemers (de eindconsumenten) Alstom c.s. zouden aanspreken vrijwel nihil was. De kans op meervoudige aansprakelijkheid was derhalve nihil. Tegen die achtergrond kwam de rechtbank tot de slotsom dat het doorberekeningsverweer moest worden afgewezen. Dat oordeel brengt dus niet met zich mee dat artikel 15 van de Richtlijn implementatie behoeft; dat oordeel volgt simpelweg uit het feit dat de

⁴ Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713.

⁵ *Ibid*, rov. 2.31.

inbreukmaker in die concrete zaken het doorberekeningsverweer onvoldoende had onderbouwd en daarbij de kans op een schadeclaim van indirecte afnemers nihil was. Uit deze overweging blijkt juist dat de rechtbank zich rekenschap heeft gegeven van het uitgangspunt dat geen sprake mag zijn van meervoudige aansprakelijkheid.

40. Tot slot zij nog gewezen op het uitgangspunt dat de Richtlijn hanteert en dat ook reeds in het Nederlandse recht geldt, namelijk dat de rechter de schade mag schatten in gevallen waarin de schade niet kan worden vastgesteld. Ook daarin ligt besloten dat de rechter niet zal overgaan tot overcompensatie. Bij die schatting zal het uitgangspunt immers dienen te zijn dat de volledige schade wordt vergoed, niet meer, niet minder.

Terzijde merken wij op dat, volgens economische theorie, niet evident is dat in alle gevallen sprake is van doorberekening van meerkosten aan de opvolgende partij in de toeleveringsketen. Afhankelijk van de marktomstandigheden kan sprake zijn van volledige doorberekening (in de theoretische situatie van perfecte concurrentie waarin prijszetting plaatsvindt op het niveau van marginale kosten⁶), ofwel volledige absorberen van de meerkosten (bijvoorbeeld wanneer de afnemer concurreert met partijen die goederen of diensten afnemen van toeleveranciers die niet tot het kartel behoren⁷), en alle gradaties tussen die twee uitersten in. In de glijdende schaal tussen die twee uitersten is de mate van pass-on voornamelijk afhankelijk van marktmacht: naarmate een onderneming meer marktmacht heeft (en de concurrentie binnen de markt afneemt), neemt de mate van doorberekening af.⁸

Daarnaast is van belang dat de prijszetting van een onderneming niet per definitie een sterke correlatie vertoont met de onderliggende kosten. Andere overwegingen (zoals de wens om een bepaalde attractieve prijs (€ 9,95 ipv. € 10,00) te zetten of de wens om prijscontinuïteit over een lange periode te bereiken) kunnen belangrijkere prijsdrijvers zijn dan wijzigingen in de onderliggende kostenstructuur. Daarnaast valt ook te twisten over het effect van kleine kostencomponenten op de prijszetting. Wanneer een bepaalde grondstof slechts een zeer beperkt deel van de prijs uitmaakt, is onduidelijk of prijsstijgingen ter zake van die grondstof leidt tot een prijsverhoging van de output – wederom zal dat voornamelijk afhankelijk zijn van de marktomstandigheden.

Ook tegen de achtergrond van deze overwegingen, zijn wij van mening dat geen plaats is om ter zake van het doorberekeningsverweer en de daarmee samenhangende leerstukken verder te gaan dan de Richtlijn voorschrijft.

⁶ Zie bijvoorbeeld het rapport van de *Office of Fair Trading* omtrent de markt voor verkoop van motorbrandstoffen in het Verenigd Koninkrijk van januari 2013.

⁷ Zie bijvoorbeeld de Spaanse Suiker-kartel schadezaak, zie daaromtrent: Marcos, Francisco, *Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel (June 1, 2014)*, beschikbaar via SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2514239>.

⁸ Kate, A. ten and Niels, G. (2005), *'To what extent are cost savings passed on to consumers? An oligopoly approach'*, *European Journal of Law and Economics*, 20:3, pp. 323–37.

Verjaring

41. Ten aanzien van de verjaringsregels die thans zijn opgenomen in de artikelen 6:193t en 6:193u BW zijn wij van mening dat (i) de tekst van de bepaling (in navolging van de tekst van de Richtlijn) verduidelijking behoeft en (ii) de wetgever met de voorgenomen implementatie verder gaat dan de Richtlijn vereist terwijl dit niet in het belang is van de partijen die bij schadevorderingen wegens een inbreuk op het mededingingsrecht betrokken zijn.

Verduidelijking

42. Artikel 6:193u lid 1 sub b van het Voorstel schrijft voor dat de verjaringstermijn wordt gestuit door “een handeling van een mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht waarop de rechtsvordering betrekking heeft.” De bepaling is, gelijk de Richtlijn, op dit punt niet helemaal eenduidig. Het kan immers gaan om stuiting door een handeling van een mededingingsautoriteit ter verrichting van (i) een onderzoek, of (ii) een procedure met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht. In dat geval valt een door adressaten geïnitieerde bestuursrechtelijke procedure tegen de beschikking buiten deze definitie. Het is ook mogelijk om deze bepaling als volgt te lezen: stuiting door (i) een handeling van een mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek, of (ii) een procedure met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht, in welk geval het bestuursrechtelijke traject wel onder het bereik van de bepaling valt. Laatstgenoemde interpretatie strookt met artikel 10 lid 4 van de Richtlijn nu dat artikellid veronderstelt dat de schorsing dan wel stuiting gedurende die appelprocedure doorloopt tot ten minste één jaar na de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing.
43. Het valt niet in te zien waarom stuitende werking zou worden toegekend aan het onderzoek, terwijl ook stuitende werking wordt toegekend aan de definitieve inbreukbeslissing terwijl aan het tussenliggende bestuursrechtelijke traject geen stuitende werking zou toekomen. De bepaling moet dan ook zo gelezen worden dat zowel aan handelingen van de mededingingsautoriteit als de bestuursrechtelijke procedure stuitende werking toekomt. Ten einde nodeloze discussie over de stuitende werking van de bestuursrechtelijke procedure te voorkomen, stellen wij voor de tekst van het Voorstel op dit punt dienovereenkomstig te verduidelijken.

Beperking Voorstel

44. Los van de hiervoor beschreven onduidelijkheid die in de tekst van de Richtlijn besloten ligt, schrijft artikel 10 lid 4 van de Richtlijn voor dat de verjaringstermijn geschorst dan wel gestuit wordt als gevolg van een handeling verricht tot onderzoek of vervolging en deze termijn ten vroegste eindigt één jaar na vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing.
45. In algemene zin kunnen wij ons volledig vinden in het uitgangspunt van de Richtlijn en het Voorstel dat verjaringstermijnen het recht op volledige schadevergoeding niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Evenwel zijn zowel inbreukmakers als benadeelden gebaat bij een duidelijk moment waarop de verjaringstermijn eindigt en kan het aflopen van een verjaringstermijn ook de schikkingsbereidheid van, met name, inbreukmakers bevorderen. Om deze redenen zijn wij van mening dat alle bij een dergelijk proces betrokken partijen baat zouden hebben bij een implementatie die niet verder gaat dan hetgeen artikel 10 lid 4 van de Richtlijn voorschrijft. Dat wil zeggen dat de

verjaringstermijn gestuit wordt als gevolg van een onderzoek van een mededingingsautoriteit alsmede door een eventuele bestuursrechtelijke procedure volgend op een inbreukbeslissing waarbij de verjaringstermijn na afloop van het onderzoek of de bestuursrechtelijke procedure één jaar bedraagt.
