

253. Van kartelparadijs naar kartelprocesparadijs?

MR. R. MAHLER

In het grijze verleden, voor de inwerkingtreding van de Mededingingswet in 1999, stond Nederland wel bekend als kartelparadijs. De invoering van de Mededingingswet heeft gezorgd voor een geheel andere situatie. Veel ondernemingen zijn zich ervan bewust dat het maken van mededingingsbeperkende afspraken met concurrenten niet is toegestaan. Inmiddels hoort private handhaving van het mededingingsrecht tot het vaste repertoire om kartels en kartelschade tegen te gaan. In dit artikel wordt aan de hand van recente Nederlandse civiele rechtszaken stil gestaan bij verschillende procedurele ontwikkelingen: de ruime rechterlijke bevoegd in Nederland, het verhalen van collectieve schade, procederen in het Engels en vooraleerst (en de meeste aandacht voor) het doorberekingsverweer.

Nederland-kartelland was een bekende uitspraak. De conclusie van dit artikel is dat Nederland sinds de invoering van de Mededingingswet steeds aantrekkelijk is geworden en al enige jaren bezig is nog aantrekkelijker te worden voor private handhaving door ontwikkelingen in de civielrechtelijke jurisprudentie. Er is sprake van een overgang van kartelparadijs naar kartelprocesparadijs.

Doorberekingsverweer

Sinds enige jaren speelt private handhaving van het mededingingsrecht een belangrijke rol, naast de administratieve handhaving door ACM.¹ Er zijn de laatste jaren diverse civiele rechtszaken gevoerd waarbij gepoogd is de schade die geleden is door een kartel, te verhalen op de deelnemers aan dat kartel. De nadruk bij het bespreken van deze rechtszaken ligt op het doorberekingsverweer, omdat dit een belangrijke rol speelt in de civiele rechtsgedingen waarbij een benadeelde partij schadevergoeding vordert van de schadeveroorzakende partij die deelnemer was aan een kartel.² Deze karteldeelner verweert zich tegen deze vordering met de stelling dat er geen sprake is van te vergoeden schade omdat de eiser (een deel van) deze schade heeft doorberekend aan haar afnemers. Deze afnemers, die indirect benadeelden van het kartel zijn omdat bij hen de schade daadwerkelijk is neergeslagen, kunnen op hun beurt desgewenst via de rechter vergoeding van deze schade vorderen.

Met een succesvol doorberekingsverweer wordt voorkomen dat de karteldeelner wordt 'gestraft' doordat hij de schade twee keer betaalt (zowel aan de benadeelde als aan diens afnemers) en wordt ook voorkomen dat de benadeelde 'profiteert' van het kartel doordat hij de schade zowel doorberekent aan zijn afnemers als aan de schadeveroorzaker.

Het doorberekingsverweer speelt al geruime tijd een belangrijke rol in kartelschadezaken. Hieronder zal ik een aantal rechtszaken bespreken waarin dit verweer aan de orde kwam. Wordt dat verweer in deze rechtszaken geaccepteerd of niet? En wat is nu de rechtsgrondslag voor dit verweer?

Vervolgens stip ik nog enige andere ontwikkelingen aan waaruit blijkt dat de laatste tijd een stevige aanzet is gegeven om de vraag uit de titel van dit artikel eerder positief dan negatief te beantwoorden.

TenneT-ABB

Rechtbank

Waar beter de bespreking van enige rechtszaken te beginnen dan bij de rechtszaak van TenneT TSO B.V. tegen ABB B.V.? Dit is een lang slepende schadevergoedingsprocedure naar aanleiding van het zogenoemde GGS-kartel (waarin GGS staat voor gas geïsoleerd schakelmateriaal) met tal van ontwikkelingen en zijpaden. Belangrijk voor dit artikel is dat in de diverse procedures tussen deze partijen ook steeds het doorberekingsverweer aan de orde komt.

Al in 2013 was er een uitspraak van de rechtbank Oost-Gelderland waarin het doorberekingsverweer expliciet aan de orde kwam. De rechter oordeelde dat de schade die TenneT had geleden en had doorberekend aan haar afnemers, bij ABB (een van de deelnemers aan het GGS-kartel)

¹ Administratieve handhaving, inclusief het opleggen van boetes, door de Commissie of ACM blijft in dit artikel buiten beschouwing

² Voor een diepgaand overzicht van private handhaving van het mededingingsrecht, zie I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht*, diss., 2016

volledig als schadevergoeding in rekening kon worden gebracht.³ De rechtbank vatte het doorberekeningsverweer dat ABB had opgeworpen tegen de schadevergoedingseis, op als een beroep op voordeelstoerekening. Dit passing-on verweer van ABB werd echter door de rechtbank verworpen met de redenering dat de afnemers van TenneT, die indirecte schade hadden geleden doordat de hogere prijzen (ten gevolge van het kartel) van ABB door TenneT aan hen waren doorberekend, er in de praktijk van zouden afzien deze indirecte schade bij ABB te claimen indien TenneT volledige schadevergoeding zou krijgen. TenneT, een overheidsonderneming, zou volgens de rechtbank die volledige schadevergoeding immers weer ten goede laten komen aan haar afnemers, waardoor de indirect benadeelden geen reden meer zouden hebben hun schade bij ABB te vorderen. Kortom, ABB zou de schade uiteindelijk, ook bij volledige vergoeding van de schade van TenneT, maar één keer betalen. Niet iedereen kon zich vinden in deze redenering van de rechter.⁴

Gerechtshof

Ook het Hof Arnhem-Leeuwarden behoorde tot de partijen die niet eens waren met deze benaderingswijze van de rechtbank. In zijn uitspraak van 2 september 2014 oordeelde het Hof allereerst dat het doorberekeningsverweer moest worden gezien als een verweer over de bepaling van de omvang van de schade (en dus niet als een beroep op voordeelstoerekening).⁵ TenneT zou volgens het Hof aanspraak kunnen maken op vergoeding van haar schade minus de prijsopslag die TenneT had doorberekend. De afnemers van TenneT hadden, aldus het Hof, zelf het recht om vergoeding van hun schade te vorderen omdat zij indirect schade hadden geleden door het kartel. Deze benadering van het Hof leidde ertoe dat het doorberekeningsverweer van ABB slaagde omdat TenneT vanwege de doorberekening feitelijk geen tot weinig schade had geleden.

Hoge Raad

Aangezien TenneT zich niet kon verenigen met dit oordeel van het Hof is zij in cassatie gegaan.

De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest uit 2016 uitgelaten over de rechtsgrondslag van het doorberekeningsverweer.⁶ Er was daarvoor in de literatuur en in de bovenstaande rechtspraak discussie of dit verweer nu stoelde op het leerstuk van de voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) of een onderdeel was van het schadebegrip (art. 6:95-6:97 BW). De discussie kwam neer op de vraag of de voordelen die de benadeelde had genoten (de schade die de benadeelde in de vorm van een prijsopslag verplaatst heeft naar zijn afne-

mers) moesten worden betrokken bij de vaststelling van de omvang van de te vergoeden schade (door een vergelijking te maken tussen de daadwerkelijke prijzen en de vermoedelijke prijzen indien er geen kartel was geweest), dan wel of de genoten voordelen in mindering moeten worden gebracht op de schade. De Hoge Raad kwam tot een Salomonsoordeel en constateerde dat het doorberekeningsverweer op beide grondslagen kan worden gebaseerd. In beide benaderingswijzen zal immers bij het vaststellen van de schadevergoeding rekening moeten worden gehouden met het voordeel dat de benadeelde door de prijsopslag heeft behaald. De Hoge Raad voegde er wel aan toe dat bij voordeelstoerekening voldaan moet zijn aan twee vereisten: een sine qua non-verband tussen normschending en gestelde voordelen en redelijkheid om voordelen in mindering te brengen op de schade.⁷

In mijn optiek prevaleren de praktische punten boven de principiële en is de uitspraak van de Hoge Raad toe te juichen

De rechter heeft volgens de Hoge Raad bij een beroep op doorberekening de vrijheid om te bepalen welke benadering hij volgt (voordeelstoerekening of vaststelling schade), omdat er tussen beide benaderingen geen verschil is in stelplicht en bewijslast.

Deze praktische benadering van de Hoge Raad is niet bij iedereen in goede aarde gevallen. Er gaan ook na dit arrest nog stemmen op om geen ruimte te bieden om het doorberekeningsverweer te baseren op voordeelstoerekening, omdat het conceptueel onjuist zou zijn om verplaatste schade te omschrijven als een voordeel.⁸ In mijn optiek prevaleren de praktische punten boven de principiële en is de uitspraak van de Hoge Raad toe te juichen.⁹ Het is heel goed mogelijk aan partijen zelf over te laten om te bepalen op welke grondslag zij zich baseren voor hun doorberekeningsverweer. De rechter zal deze keuze accepteren en in zijn beoordeling betrekken.

Terug bij de Rechtbank

Vervolgens hebben ABB en TenneT hun procedure bij de rechtbank Gelderland weer opgepakt.¹⁰ Die had immers in 2013 bepaald dat ABB aan TenneT een schadevergoeding moest betalen. De hoogte van deze schadevergoeding moest nog worden vastgesteld in een schadestaatprocedure.

3 Rb. Oost-Gelderland, 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403.

4 R.W.E. van Leuken, De (on)toelaatbaarheid van het *passing on*-verweer: TenneT c.s./ABB c.s., M&M 2013/4, p. 131-134 stelt dat deze redenering niet overtuigt, omdat de in het verleden door de toenmalige afnemers geleden schade wordt gecompenseerd door een aanstaande prijsvermindering bij toekomstige afnemers.

5 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766.

6 HR 8 juli 2016, TenneT c.s./ABB c.s., ECLI:NL:HR:2016:1483.

7 De tekst van art. 6:100 BW luidt: Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht.

8 R. Meijer, E.-J. Zippro, 'Elk nadeel heb z'n voordeel': (bewijslast)problematiek rondom het passing-on verweer in kartelschadezaken, M&M 2016/6, p. 220-226, p. 224.

9 Ook W.H. van Boom, Doorgeschoven kartelschade: schadeberekening of voordeelstoerekening?, *Ars Aequi* 2017, p. 41-46 is van mening dat dit arrest van de Hoge Raad moet worden toegejuicht.

10 Rb. Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

In die procedure oordeelde de rechtbank in maart 2017 dat de vordering van TenneT in beginsel moet worden begroot op basis van een prijsvergelijking tussen de daadwerkelijk betaalde prijs en de prijs die betaald had moeten worden zonder kartel. De rechtbank wijst de op dit punt gevoerde verdediging van ABB af (die uitging van een vergelijking van haar eigen winst in plaats van deze prijsvergelijking). Niet alleen had ABB geen of onvoldoende informatie verstrekt, (waar zij als enige over beschikte zodat ABB dit op grond van het doelmatigheids criterium aan TenneT had moeten overleggen), maar ook heeft ABB daardoor de duidelijke opvattingen van de rechtbank hierover van vier jaar daarvoor (zie de uitspraak uit 2013) miskend.

De Hoge Raad liep in TenneT/ABB al vooruit op de implementatiewet privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht van de EU richtlijn 2014/104

Bij de overwegingen over het doorberekenningsverweer geeft de rechtbank aan dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat bij beide benaderingen beoordeeld moet worden welke voor- en nadelen in zodanig causaal verband staan met de schadeveroorzakende gebeurtenis dat zij redelijkerwijs aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.

Vervolgens oordeelt de rechtbank dat TenneT de meerkosten niet rechtstreeks heeft doorberekend aan haar afnemers maar geleidelijk aan heeft verdisconteerd in de afnemersprijzen.

In een overweging ten overvloede – maar daarom niet minder principieel - geeft de rechtbank aan dat er bij een willekeurige ondernemer sprake is van een te ver verwijderd causaal verband tussen de meerkosten en de doorberekening om, in zijn algemeenheid, te oordelen dat deze doorberekening van de meerkosten in mindering gebracht moet worden op de aan de inbreukmaker toe te rekenen schade. De betreffende ondernemer kan er namelijk ook voor kiezen om de meerkosten niet of slechts gedeeltelijk door te berekenen, afhankelijk van zijn concurrentiepositie. Omdat TenneT opereert op een gereguleerde afnemersmarkt waarbij de tarieven door of namens de overheid worden vastgesteld, is hier wel sprake van een nauw causaal verband tussen meerkosten en doorberekening. Aangezien ook iedere afnemer van TenneT de prijsopslag weer zal doorberekenen, komen deze meerkosten uiteindelijk terecht bij de eindgebruikers. De rechtbank acht de kans klein dat deze eindgebruikers zullen (kunnen) trachten om hun schade vergoed te krijgen, al was het maar vanwege bewijsproblemen. TenneT zal, als volledige deelneming van de Nederlandse staat, de door ABB te betalen schadevergoeding uiteindelijk aan de Nederlandse burgers ten goede

laten komen en daarmee grosso modo aan de bedoelde eindgebruikers, die ook al eindgebruiker waren ten tijde van de doorberekening van de prijsopslag. Daarom acht de rechtbank het redelijk de doorberekende meerkosten niet in mindering te brengen op de aan TenneT te betalen schadevergoeding. ABB werd veroordeeld tot betaling van ruim € 23 miljoen en wettelijke rente.

Al met al kwam de rechtbank tot hetzelfde oordeel als in haar uitspraak uit 2013.

Implementatie richtlijn

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad bij het hierboven besproken arrest al vooruitliep op de implementatiewet privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht van de EU richtlijn 2014/104.¹¹ De implementatiewet was namelijk op het moment van wijzen van het arrest nog niet in werking getreden, maar de Hoge Raad hield er al rekening mee. De Hoge Raad overwoog hierover dat het wenselijk was om het toenmalige Nederlandse recht zo uit te leggen dat de uitkomsten verenigbaar waren met de richtlijn en het op dat moment voorliggende voorstel van de implementatiewet.

Inmiddels is de implementatiewet in werking getreden.¹² Deze wet leidt onder meer tot enige aanpassingen van boek 6 van het burgerlijk wetboek, waar een nieuwe afdeling 3B wordt ingevoerd inzake schending van het mededingingsrecht. Enige in het oog springende bepalingen betreffen het rechtsvermoeden dat een kartel schade veroorzaakt (art. 6:193l) en dat alle deelnemers aan een kartel aansprakelijk zijn voor de gehele schade (art. 6:193m). Daarnaast zijn er nog enige belangrijke bepalingen die wel in de richtlijn waren opgenomen maar die in de implementatiewet ontbreken, zoals het uitgangspunt van volledige schadevergoeding, het voorkomen van overcompensatie en de bewijslastverdeling, omdat deze regels reeds uit het geldende Nederlands recht volgen.

Voor dit artikel is het opnemen van het doorberekenningsverweer in de implementatiewet van belang. Dat is gebeurd in art. 6:193p dat luidt: “Een partij kan het verweer voeren dat de benadeelde de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten heeft doorberekend”. Hiermee is expliciet - en wellicht ten overvloede - vastgelegd dat het legitiem is om het passing-on verweer in te roepen in Nederlandse rechtszaken over kartelschade.

In diverse rechtszaken werd dit doorberekenningsverweer al gevoerd en gehonoreerd voordat de implementatiewet in werking trad. Daarom kan de vraag worden gesteld waarom het doorberekenningsverweer wel expliciet in de wet is opgenomen en het minstens zo belangrijke uitgangspunt van volledige schadevergoeding niet.

11 Dit is opmerkelijk omdat de richtlijn zelf bepaalt dat deze niet van toepassing mag worden verklaard op lopende zaken (art. 20). Richtlijn 2014/104 van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadeverdringen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, Pb.EU 2014, L 349/1.

12 Staatsblad 2017, nr. 28 van 9 februari 2017.

*TenneT-Alstom**Rechtbank*

TenneT had ook tegen een andere deelnemer aan het GGS-kartel een schadevergoedingsprocedure aanhangig gemaakt. De vordering op Alstom c.s. werd in 2014 in eerste instantie beslist door de rechtbank Gelderland.¹³ Deze oordeelde in een tussenvonnissen onder meer dat de verjaringstermijn van 5 jaar ex art. 3:310 lid 1 BW pas begon te lopen na de publicatie van de beschikking van de Commissie waarin het kartel werd vastgesteld en de boetes aan de karteldeelneemers werden opgelegd.¹⁴ Over de door TenneT te verhalen schade besliste de rechtbank dat het bewijs van de omvang daarvan weliswaar bij TenneT ligt, maar dat die dit redelijkerwijs niet kan weten of onderbouwen zonder nadere informatie van Alstom. Bij gebreke daarvan mocht TenneT de schade schatten en begroten op een vergelijking van de daadwerkelijk betaalde (hoge) prijs aan een ook bij het kartel betrokken concurrent (dit was ABB overigens) tijdens en een (lagere) offerte van dezelfde concurrent na afloop van het kartel.

In het daaropvolgende eindvonnis ging de rechtbank in op het doorberekeningsverweer.¹⁵ De rechtbank richt zich daarbij met de nodige tegenzin naar het oordeel van het Hof in de hierboven besproken ABB-zaak en gaat er dan ook van uit dat een doorberekeningsverweer mogelijk is onder Nederlands recht. Dat verweer kan er volgens de rechtbank in ieder geval niet toe leiden dat er helemaal geen schadevergoeding hoeft te worden betaald, omdat in ieder geval de wettelijke rente verschuldigd is vanaf het moment waarop de opslag is betaald. Na compensatie loopt de wettelijke rente over het overgebleven bedrag.

Alstom had echter volgens de rechtbank niet voldaan aan de stelplicht. Ze had niets gesteld over feiten en omstandigheden waarom het redelijk zou zijn om het door TenneT doorberekende deel van de prijsopslag af te trekken van de schadevergoeding. De rechtbank wees dit verweer dus van de hand. En veroordeelt Alstom tot betaling van circa € 14 miljoen in hoofdsom, uitvoer bij voorraad. Dit was overigens een mijlpaal, aangezien het de eerste keer was dat dat schadevergoeding werd toegekend vanwege een kartelinbreuk.

Gerechtshof

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kreeg vanzelfsprekend ook het hoger beroep in deze zaak voor de kiezen en greep deze gelegenheid aan om de rechtbank duidelijk te maken dat het enige processuele missers had begaan.¹⁶ Alstom had herhaaldelijk gevraagd om gegevens over de prijsstelling van de concurrent, nu deze prijsstelling voor de rechtbank en TenneT relevant was en Alstom niet

over informatie daaromtrent beschikte. De rechtbank had Alstom in de gelegenheid moeten stellen om de ABB-rapporten te verkrijgen voor haar verdediging. Het Hof gaat daarom over tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het vonnis van de rechtbank.¹⁷

Overwegingen bij het doorberekeningsverweer

Het valt mij op dat in de literatuur het doorberekeningsverweer vaak wordt verdedigd met de - op zich terecht - redenering dat het niet de bedoeling kan zijn dat een benadeelde voordeel behaalt uit het feit dat hij slachtoffer is van een kartel, doordat hij zowel de prijsopslag heeft doorberekend aan zijn afnemers als zijn geleden schade vergoed krijgt van de kartellist. Daarom zou het logisch zijn dat de schadevergoeding die de kartellist hem moet betalen, wordt verminderd met de doorberekende prijsopslag. De indirecte benadeelden die deze prijsopslag hebben betaald, kunnen immers zelf een eigen vordering tot vergoeding van de door hen geleden schade (de prijsopslag) indienen tegen de kartellist. In dat geval zou deze karteldeelnemer uiteindelijk precies de schade vergoeden die alle benadeelden, directe en indirecte, hebben geleden ten gevolge van het kartel.¹⁸

Ik heb ernstige twijfels over de reële mogelijkheden voor indirect benadeelden om in alle gevallen vergoeding van hun schade te verkrijgen

Hoewel ik begrip kan opbrengen voor het idee dat er geen overcompensatie hoeft te zijn voor de benadeelden van een kartel, heb ik ernstige twijfels over de reële mogelijkheden voor indirect benadeelden om in alle gevallen vergoeding van hun schade te verkrijgen. Weliswaar hebben indirect benadeelden op grond van de Implementatiewet een processuele voorsprong vanwege het rechtsvermoeden dat de meerkosten aan hen zijn doorberekend (art. 6:139q BW), maar zij moeten wel allemaal overgaan tot het vorderen van deze schade, met alle kosten en processuele risico's (bijv. het aantonen van de hoogte van de meerkosten of procederen in het buitenland) van dien, om deze prijsopslag terug te ontvangen.¹⁹ Ook het aantonen van de geleden schade ligt op het bordje van de gedupeerde die moet trachten daarover informatie te verkrijgen bij de karteldeelnemer. De benadeelde kan proberen via de route van art. 843a Rv. informatie te verkrijgen van de karteldeelnemer. Hiervoor moet de vordering van de benadeelde dan wel aan diverse eisen voldoen, hetgeen niet gemakkelijk is. In de Implementatiewet is niets aan deze lastige processuele achterstand

13 Rb. Gelderland, 24 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6118.

14 Zie over verjaring J.L. Smeehuizen, Verjaring van civiele schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht, MP 2015/3, p. 37-41.

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

16 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6736.

17 De procedure loopt, voor zover ik weet, nog door.

18 Zie bijv. A.L.M. Keirse, M. van Kogelenberg, Schadebegroting bij een doorberekeningsverweer en een bijgestelde maatstaf voor voordeelstoerekening, *Contracteren* 2016/4, p. 97-109.

19 M. Kuijper, F. Leeflang, 'De richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht – gevolgen voor de praktijk', MP 2015/3, p. 29-36.

van de indirect benadeelde gedaan.²⁰ Volgens de rechtbank Gelderland in haar eerdergenoemd vonnis van maart 2017 is de kans nagenoeg verwaarloosbaar dat de eindgebruikers hun schade zullen trachten te verhalen op ABB.²¹

Het lijkt mij, kortom, niet waarschijnlijk dat alle indirect benadeelden bij alle kartelschade zaken een vordering tegen de karteldeelnemers gaan indienen. Zeker in het geval van zgn. strooischade waarbij de prijsopslag aan vele benadeelden, veelal particulieren, is doorberekend, is het onwaarschijnlijk dat de kartellist alle doorberekende meerkosten zal moeten vergoeden (over massaschade kom ik nog te spreken, zie hieronder). Daardoor zouden deze karteldeelnemers uiteindelijk niet alle schade hoeven te vergoeden die zij door hun kartel hebben veroorzaakt. Ik laat het aan de lezer over om te oordelen of dit wenselijk is of niet.²²

Ruime rechterlijke bevoegd

Bij de Nederlandse rechters is niet alleen TenneT actief met private handhaving van het mededingingsrecht. Er spelen zich nog enige andere zaken af die ik kort aanstip. In die zaken gaat het om andere kwesties dan het doorberekeningsverweer. Uit al deze zaken blijkt dat de Nederlandse rechter zichzelf snel bevoegd acht in kartelschadezaken en op die manier actief bijdraagt aan private handhaving van het mededingingsrecht.

In de zaak tussen Kemira en CDC ging het om de vraag of de Nederlandse rechter bevoegd was in het geding tussen een aantal deelnemers aan het natriumchloraat kartel.²³ CDC had 8 ondernemingen aangesproken tot betaling van de schade die een aantal benadeelden had geleden. Deze benadeelden hadden hun vorderingen ter zake aan CDC overgedragen.

Kemira kwam in hoger beroep tegen het oordeel van de rechtbank Amsterdam dat deze bevoegd was. Het Hof oordeelde echter dat de Nederlandse rechter bevoegd was op grond van art. 6 EEX-verordening. AKZO Nobel N.V. was namelijk als (groot)moedervenootschap op enigerlei wijze betrokken bij het kartel omdat zij als hoogste entiteit verantwoordelijk werd gehouden voor de inbreuk.²⁴ Aangezien AKZO in Nederland als gedaagde kan worden opgeroepen en er een nauwe band bestaat tussen de vorderingen tegen alle karteldeelnemers, kunnen ook tegen deze andere karteldeelnemers rechtszaken aanhangig worden gemaakt

in Nederland.²⁵ Anders zou door afzonderlijke berechting van de karteldeelnemers bij verschillende rechtbanken de kans op tegenstrijdige beslissingen ontstaan.

De rechtbank Limburg oordeelde in een tussenvonnis soortgelijk.²⁶ In een zaak naar aanleiding van het spaans-taal kartel dagvaardde de indirect benadeelde Duitse partij een aantal karteldeelnemers in Nederland, omdat twee van de gedaagden in Nederland gevestigd zijn. Ook in dit geval betrof het één voortdurende inbreuk waaraan alle kartellisten van verschillende nationaliteiten deelnamen. De rechtbank achtte zich bevoegd. In de hoofdzaak gaat de rechtbank vervolgens niet uit de weg dat zij de vorderingen naar Duits recht moet beoordelen, aangezien dat het toepasselijke recht is. Zij durft zelfs inhoudelijk te oordelen over verjaringstermijnen en terugwerkende kracht van nieuwe rechtsregels.²⁷

Collectieve schade

Claimvehikels

In het vrachtvervoerkartel in de luchtvaart is bij de rechtbank Amsterdam op dit moment een procedure aanhangig tussen SCC (Stichting Cartel Compensation) en een achttal luchtvaartmaatschappijen, waaronder KLM en Martinair. De Europese Commissie heeft bij besluit van 27 maart 2017 bevestigd dat er sprake was van een kartel en dat zij aan 11 partijen boete heeft opgelegd van in totaal € 776.445.000.²⁸ Door het kartel hebben shippers (afzenders van goederen) brandstof- en andere toeslagen betaald. In Nederland wordt nu door een 'claim vehicle' getracht om ruim € 250 miljoen te incasseren. SCC, het claim vehicle, heeft daartoe de vorderingen van 266 shippers gece-deerd gekregen en vordert dit bedrag nu op eigen naam. Indien SCC succesvol zou zijn in deze claim, zou ze een groot deel van de schadevergoeding (maximaal 70%) uitbetalen aan de shippers en het overige deel zelf behouden. SCC heeft de cessiedocumenten overgelegd, maar de luchtvaartmaatschappijen vochten deze cessies aan. De rechtbank oordeelde recent, na uitgebreid onderzoek van alle bezwaren die de luchtvaartmaatschappijen er tegenin hadden gebracht, dat de cessies rechtsgeldig zijn.²⁹

In een vergelijkbare rechtszaak die aanhangig was gemaakt door een andere claim vehicle tegen dezelfde en enige andere luchtvaartmaatschappijen als in de SCC-zaak, oordeelde de rechtbank Amsterdam nog recenter na een soortgelijk uitge-

20 Zie L. Jörg, 'Follow-on claims en de toegang tot dossiers', MP 2015/3, p. 42-46; J.W. Fanoy, T. Raats, 'Bewijsvergaring in kartelschadezaken', MP 2015/3, p. 47-51.

21 Rechtbank Gelderland, 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724, r.o. 4.19.

22 Om aan dit dilemma te ontkomen is het misschien mogelijk om, bij toekenning van de schadevergoeding aan de benadeelde, tegelijkertijd op de direct benadeelde de verplichting op te leggen om de prijsopslag te vergoeden aan de indirect benadeelden. Vanzelfsprekend zitten aan deze oplossing diverse haken en ogen, maar ze is misschien de moeite van het overdenken waard.

23 Gerechtshof Amsterdam, 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006.

24 Zie HvJ EU, 21 mei 2015, (zaak C-352/13, CDC/Akzo Nobel NV).

25 Zie over dergelijke rechtsvragen E.M.M. Besselink, M. van Hooijdonk, 'De 'Italiaanse torpedo' getorpedeerd?', MP 2015/3, p. 18-22 en E.M.M. Besselink, 'CDC/Akzo Nobel NV e.a.: de bevoegde rechter in civiele kartelschadezaken', MP 2016/1, p. 16-21.

26 Rb. Limburg, 25 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1791.

27 Rb. Limburg, 16 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9897.

28 De oorspronkelijke beschikking van de Commissie tegen elf luchtvaartmaatschappijen uit 2010 is door het Gerecht op 16 december 2015 vernietigd (zaken T-9/11, T-28/11, T-36/11, T-38/11, T-40/11, T-43/11, T-46/11, T-48/11, T-56/11, T-62/11, T-63/11 en T-67/11), maar de Commissie heeft op 17 maart 2017 wederom een beschikking genomen tegen deze elf luchtvaartmaatschappijen, zaak AT.39258-Luchtvracht. De samenvatting van dit besluit is gepubliceerd in Pb. EU C 188/14.

29 Rb. Amsterdam, 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5512.

breid onderzoek, dat ook hier sprake was van een rechtsgeldige cessie.³⁰ Ook hier werd het claimvehikel (Equilibrium) dus erkend als procespartij en oordeelde de rechter dat het de opgekochte en via een cessie overgedragen vorderingen op eigen naam kan incasseren. De hoogte van de geclaimde schadevergoeding is in deze zaak niet bekend, want gevorderd is een hoofdelijke veroordeling tot volledige schadevergoeding, nader op te maken bij staat.

In de Equilibrium-zaak gaf de rechtbank aan dat zij voornemens was om in de SCC-zaak prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad over de vaststelling van het toepasselijke recht op de vorderingen. Daarom meende de rechter dat het voor de hand lag om ook in de Equilibrium-zaak deze beantwoording af te wachten, als ook om te wachten op de publicatie van het volledige besluit van de Commissie van maart 2017.

Hiermee is het duidelijk dat de beide procedures nog lang niet zijn afgelopen: wordt vervolgd.

Wetsvoorstel afwikkeling massaschade

In het wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie worden de huidige regels voor collectieve actie verruimd.³¹ Een stichting of vereniging kan een rechtsvordering instellen ter bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Voorwaarde is dat dit volgens de statuten mogelijk is en de belangen voldoende zijn gewaarborgd. De stichting of vereniging moet wel voldoende representatief zijn; daar is een aantal voorwaarden aan gesteld. Belangrijk is dat de huidige regeling expliciet bepaalt dat het instellen van een rechtsvordering die strekt tot schadevergoeding niet mogelijk is. Het wetsvoorstel laat dit juist wel toe. Hierdoor is de kans groot dat er meer kartelschadezaken aanhangig worden gemaakt door dergelijke stichtingen of verenigingen. Het verkrijgen van een schadevergoeding is immers het primaire doel van een kartelschadezaak. Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen is het niet meer nodig dat de vorderingen van de benadeelden aan een stichting of vereniging worden overgedragen en dat zij op eigen naam procederen. Dat scheelt ingewikkelde processen als bij CDC die de correcte cessie van 266 vorderingen moest aantonen.

Wetsvoorstel procederen in het Engels

Recentelijk is een wetsvoorstel ingediend om bij internationale handelsgeschillen in het Engels te kunnen proce-

deren.³² Daarbij moet het gaan om geschillen over zaken die partijen ter vrije beschikking staan. Dat is het geval bij zaken van vermogensrechtelijke aard, zoals schadevergoedingsclaims. Procederen in het Engels kan gebeuren bij de rechtbank en het Hof Amsterdam (Netherlands Commercial Courts, NCC). Partijen moeten deze mogelijkheid wel overeenkomen door middel van een forumkeuze. Indien de Amsterdamse rechter om andere redenen al bevoegd is, hoeft een dergelijke forumkeuze niet gemaakt te worden. Kantongerechtszaken zijn uitgesloten. De procedure wordt gevoerd bij de internationale handelskamer van rechtbank en Hof, respectievelijk Netherlands Commercial Court en Netherlands Commercial Court of Appeal. Er wordt een landelijke pool van gespecialiseerde rechters, raadsheren en juridisch medewerkers ingericht die voldoende kennis hebben van de Engelse juridische taal.

Naar verwachting zal ook dit wetsvoorstel ertoe bijdragen dat meer kartelprocedures in Nederland gaan plaatsvinden.

Conclusie

Er is een duidelijke tendens waarneembaar waaruit blijkt dat er steeds meer kartelschadezaken bij de Nederlandse rechter aanhangig worden gemaakt. Die ontwikkeling lijkt vooralsnog alleen maar extra vaart te krijgen doordat het doorberekeningsverweer weliswaar expliciet is erkend en opgenomen in nationale wetgeving, maar toch niet in de weg staat aan toekenning van een schadevergoeding aan de direct benadeelde ondanks de doorberekening van de prijsopslag. Daarnaast acht de Nederlandse rechter zich snel bevoegd, ook al vergroot dat de kans dat de claims dan naar buitenlands recht dienen te worden beoordeeld. Collectieve schadevergoeding is nu al mogelijk via cessie van de vordering van schadevergoeding aan een claimvehikel. Met het wetsvoorstel Massaschade wordt dat nog gemakkelijker. Tot slot zou de mogelijkheid tot procederen in de Engelse taal Nederland nog aantrekkelijker maken om schadevergoedingsprocedures te beginnen. Alle beschreven ontwikkelingen bij elkaar maken het waarschijnlijk dat de vraag uit de titel van dit artikel eerder bevestigend dan ontkennend beantwoord moet worden.

Over de auteur

Mr. R. Mahler

Robbert Mahler is Advocaat bij Lawyers Alliance en vaste medewerker van dit tijdschrift

30 Rb. Amsterdam, 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607.

31 Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, TK 34608, ingediend op 15 november 2016 en vervolgens controversieel verklaard. Zie nader: M. van Wissen, T.M. Welling, 'Afwikkeling van massaschade: het wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie', MP 2017/1, nr. 81.

32 Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het mogelijk maken van Engelstalige rechtspraak bij de internationale handelskamers van de rechtbank Amsterdam en het gerechtshof Amsterdam, TK 34761, ingediend op 17 juli 2017. Op 17 september 2017 heeft de Tweede Kamer dit wetsvoorstel niet controversieel verklaard, zodat de parlementaire behandeling kan beginnen.