

Datum: 22 november 2015

Aan: Internetconsultatie

Van: Baker & McKenzie Amsterdam N.V.

Onderwerp: **Voorstel Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht**

Baker & McKenzie heeft kennis genomen van het Voorstel voor de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving alsmede (het ontwerp van) de Memorie van toelichting. Uitgangspunt van het Voorstel is dat het wetsvoorstel geen bepalingen (dient te) bevat(ten) die verder gaan dan nodig is voor implementatie van de richtlijn¹ (blz. 1, MvT). Tegen die achtergrond maakt Baker & McKenzie de volgende opmerkingen die merendeels van juridisch-technische aard zijn.

1. Artikel 6:193l BW bepaalt dat een "kartel" wordt vermoed schade te veroorzaken. Artikel 193l beoogt artikel 17 lid 2 van de richtlijn te implementeren. Artikel 17 lid 2 van de richtlijn luidt: "[k]artelinbreuken worden geacht schade te berokkenen". Het begrip "kartelinbreuk" is in de richtlijn niet gedefinieerd. Uit de considerans onder (47) wordt duidelijk dat de Uniewetgever daarbij een afbakening voor ogen heeft gestaan ten opzichte van (het wél gedefinieerde) begrip "inbreuk op het mededingingsrecht" (artikel 2 onder 1 richtlijn). Dat is een inbreuk op artikel 101 of 102 Vwv of op nationaal mededingingsrecht. De kartelinbreuk is een species van die inbreuk. Het bedoelde nationale mededingingsrecht is mededingingsrecht van de lidstaten dat parallel wordt toegepast ex artikel 3 Vo.(EG) 1/2003 (zie blz. 12, MvT; vgl. ook artikel 2 onder 3 richtlijn). Aldus lijkt het vermoeden in het wetsvoorstel een ruimere strekking te krijgen dan in de richtlijn. Het wetsvoorstel knoopt immers aan bij de definitie van een "kartel" in artikel 6:193k onder d BW. Daaronder zou bijvoorbeeld ook een kartel in de Verenigde Staten kunnen worden begrepen.
2. Artikel 6:193m BW kan worden gemist, nu het daar bepaalde ook al volgt uit artikel 6:162 BW. Bovendien lijkt de bepaling minder juist, omdat het voor de onrechtmatigheid van de gedraging *an sich* als vereiste introduceert dat schade moet zijn geleden. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat een inbreukpleger niet onrechtmatig handelt, zolang zijn inbreuk geen schade toebrengt. Dat zou betekenen dat op die inbreuken geen verbod kan worden gevorderd (bijvoorbeeld) in kort geding. Dat lijkt ons niet de bedoeling. Het lijkt erop dat artikel 6:193m BW in zijn huidige redactie onrechtmatigheid verwart met aansprakelijkheid. Voor dat laatste is schade wel een vereiste (vgl. artikel 6:162 lid 1 BW).

¹ Richtlijn 2014/104/EU van het Europees parlement en de raad van 26 november 2014 betreffende regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en de Europese Unie.

3. Artikel 6:193n BW

- 3.1. lid 2 onder a en b: Onderneming is vrouwelijk, zodat moet worden verwezen naar "haar marktaandeel" resp. "haar vermogensbestanddelen" (en niet naar "zijn marktaandeel" resp. "zijn vermogensbestanddelen").
- 3.2. lid 3 onder b: bepaalt dat een kleine of middelgrote onderneming niet kan profiteren van de beperking van aansprakelijkheid van artikel 6:193n lid 2 BW, onder meer, ingeval zij eerder schuldig is bevonden aan een inbreuk op het "mededingingsrecht". Artikel 11 lid 3 onder b) richtlijn beperkt deze uitzondering tot het geval de betreffende onderneming zich eerder schuldig heeft gemaakt aan een overtreding van de "mededingingswetgeving". Het ligt in de rede dat met dit laatste begrip wordt bedoeld op overtredingen van artikel 101 en 102 Vwv en het nationaal mededingingsrecht in de zin van artikel 2 onder 3 richtlijn. Het begrip "mededingingsrecht" in artikel 6:193n lid 3 onder b BW zou daarmee ruimer kunnen worden opgevat. Er zou ook het ongeschreven mededingingsrecht onder kunnen worden verstaan, zoals het onrechtmatig 'uitspannen' van werknemers. Het lijkt wenselijk de terminologie van de richtlijn (ook) hier (strikt) te volgen.

4. Artikel 6:193q BW betreft het doorberekeningsverweer (of *passing-on defense*). Het implementeert (samen met artikel 6:193r BW) artikel 13 van de richtlijn. Op grond van die bepaling dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de verweerder in een schadevorderingsgeding als verweer tegen een schadevordering kan aanvoeren dat de eiser de door de inbreuk veroorzaakte meerkosten volledig of ten dele heeft doorberekend. De bewijslast van die doorberekening rust op de verweerder die van de eiser en/of derden redelijkerwijs toegang kan vorderen tot bewijsmateriaal.

- 4.1. Het ligt in de rede om deze regeling nader uit te werken. Het is met name gewenst dat de wetgever zich uitspreekt over de vraag hoe dit doorberekeningsverweer naar nationaal recht moet worden geduid. Er zijn *grosso modo* twee scholen. Enerzijds wordt verdedigd dat het doorberekeningsverweer moet worden opgevat als een beroep op voordeelsverrekening in de zin van artikel 6:100 BW. Daartegenover staat (anderzijds) de opvatting dat de kwestie van doorberekening van de prijsopslag onderdeel is van het vraagstuk van de vaststelling en begroting van de uiteindelijke schade.
- 4.2. In zijn arrest inzake *ABB / TenneT*² heeft het hof Arnhem-Leeuwarden zich bekeerd tot de laatste opvatting. Tegen dat arrest heeft TenneT cassatieberoep ingesteld. De zaak is bij de Hoge Raad aanhangig onder rolnr. 15/00167. Voor de implementatie van de richtlijn is met name van belang dat het cassatiemiddel betoogt dat artikel 13 van de richtlijn zou toelaten dat een doorberekeningsverweer in een kartelschadezaak wordt gekwalificeerd als een beroep op voordeelsverrekening in de zin van artikel 6:100 BW. De richtlijn zou het aan de nationale wetgever over laten welke precieze voorwaarden gelden voor de aanvaarding daarvan. Het zou onjuist zijn dat met de richtlijn het doorberekeningsverweer is aanvaard. Ook zou de richtlijn niet meebrengen dat een eventuele doorberekening altijd blindelings moet worden gesaldeerd met de prijsopslag (*overcharge*).

² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766, zaaknr. 200.126.185.

- 4.3. De wetgever zou de praktijk een dienst bewijzen door (zoveel mogelijk) klare wijn te schenken over het doorberekenningsverweer. Het komt ons voor dat de opvattingen die TenneT in cassatie verdedigd moeilijk verenigbaar zijn met de richtlijn. Het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden lijkt ons daarentegen in overeenstemming met de richtlijn. Ook de richtlijn plaatst het doorberekenningsverweer in de context van begroting van schade (vgl. (39) van de considerans). Het doorberekenningsverweer kan bovendien niet los worden gezien van de mogelijkheid die de richtlijn aan indirecte afnemers geeft om hun schade van de inbreukmaker te vorderen (artikel 14) en het uitgangspunt dat volledige schadevergoeding op grond van de richtlijn niet moet leiden tot overcompensatie (considerans (13) richtlijn). Artikel 6:100 BW zou aan de toepassing van het doorberekenningsverweer nadere eisen stellen die geen steun vinden in de richtlijn. Artikel 6:100 BW vereist dat het voordeel voortvloeit uit "dezelfde gebeurtenis". Die eis stelt de richtlijn niet. Evenmin voorziet de richtlijn in een nadere toets dat het doorberekenningsverweer alleen kan worden ingeroepen "voor zover dit redelijk" is. Tot slot staat het op gespannen voet met de economische realiteit dat het doorberekenningsverweer wordt opgevat als een te verrekenen voordeel. Het is immers geen "voordeel" voor de (directe) afnemer, maar het doet een deel van de schade neerslaan in schakels lager in de distributieketen (zoals het hof Arnhem-Leeuwarden met juistheid heeft overwogen; zie rov. 3.32 van zijn arrest).
5. Omdat de wetgever ervoor kiest niet de schorsing van verjaring te introduceren in het Nederlandse recht (in het kader van schadevorderingen wegens inbreuken van het mededingingsrecht; zie blz. 19, MvT) leidt artikel 6:193u BW tot wel zeer ruimhartige verjaringstermijnen bij buitengerechtelijke geschillenbeslechting.
- 5.1. De aanvang van een procedure daartoe stuit de verjaring. Dat betekent dat een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen van (in de regel) vijf jaar (vgl. artikel 3:310 lid 1 BW in samenhang met artikel 3:319 BW). Dat kan buitengerechtelijke geschillenbeslechting ontmoedigen, met name in situaties waarin de oorspronkelijke verjaringstermijn zijn voltooiing nadert (al kan deze uiteraard tamelijk eenvoudig worden gestuit door een aanmaning in de zin van artikel 3:317 BW). De beperking tot drie jaar lijkt van ondergeschikte betekenis, tenzij men ervan uitgaat dat het veelvuldig voorkomt dat procedures tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting twee jaar of meer in beslag neemt.
- 5.2. Een volgend probleem met de voorgestelde regeling is dat artikel 6:193u BW in feite stuiting met schorsing combineert, doordat de nieuwe termijn pas gaat lopen nadat de oorspronkelijke termijn is gestuit door de aanvang van een procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting. Die nieuwe termijn gaat evenwel pas lopen bij beëindiging van de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting (of indien daarin ten minste zes maanden wordt stilgezeten).
- 5.3. Ons lijkt beter om aan te sluiten bij de regeling van artikel 3:316 BW door te bepalen dat als de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslissing eindigt zonder schikking (of gedurende zes maanden niet wordt voorgezet) de verjaring slechts is gestuit indien binnen zes maanden een daad van rechtsvervolgning wordt verricht.
6. Artikel 161a Rv lijkt verder te gaan dan de richtlijn voor zover het ziet op inbreukbeslissingen die geen betrekking hebben op de parallelle toepassing van het mededingingsrecht in de zin van

artikel 3 Vo.(EG) 1/2003. Onjuist lijkt ons overigens de opvatting dat artikel 9 lid 2 van de richtlijn geen implementatie behoeft (blz. 8, MvT). De vrije bewijsleer noopt de rechter immers niet tot de aanvaarding van een beslissing van een buitenlandse mededingingsautoriteit als *prima facie* bewijs. Uit hoofde van de vrije bewijsleer kan de rechter die beslissing ook (*prima facie*) terzijde in het licht van ander bewijsmateriaal.
