

Collectief schadeverhaal bij kartels in de financiële sector; zegen of vloek

Ondernemingsrecht 2017/84

Follow-on schade procedures – procedures volgend op de vaststelling van een kartelinbreuk door een mededingingsautoriteit – zijn een ‘hot topic’. Ook in de financiële sector lopen en dreigen procedures, bijvoorbeeld volgend op door mededingingsautoriteiten beboete manipulaties van de verschillende valutawisselkoersen en interbancaire rentes, zoals de Yen, de Zwitserse Franc, Libor en Euribor. Uit onderzoek van de Europese Commissie blijkt dat kartelschadezaken zich concentreren in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Nederland. Een belangrijke reden hiervoor zou zijn dat in deze drie landen het bundelen van claims tot verkrijging van schadevergoeding optimaal wordt gefaciliteerd. Vanzelfsprekend zullen ook snelheid, professionaliteit en de relatief lage proceskosten een rol spelen bij de keuze van benadeelde partijen voor Nederland. Het voordeel van het bundelen van claims is – uiteraard – dat een benadeelde het niet zelfstandig hoeft op te nemen tegen de (groep) kartellist(en), hetgeen een kostbare en tijdrovende aangelegenheid is. Professionele litigation funders spelen traditioneel een hoofdrol bij het bundelen en instellen van claims. Voor dit doel wordt een claimvehikel opgericht waaraan de vorderingen van benadeelden van een kartel worden gecedeerd. Het huidige art. 3:305a BW speelt in kartelschadezaken niet tot nauwelijks een rol. Mede gelet op de internationale context van kartelschadeclaims en de vaak aanzienlijke omvang van de groep van benadeelden, resulteert deze cessie-constructie juridische en praktische problemen. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of de voorgenoemde wijziging van art. 3:305a BW (het “Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie” van 15 november 2016), op grond waarvan het in de toekomst mogelijk zal zijn om schade collectief te verhalen, een zegen of vloek zal blijken voor schadeverhaal bij kartels in de financiële sector.

1. Inleiding

Over kartels en de schade die zij al dan niet zouden veroorzaken, wordt veelvuldig geprocedeerd. Mede met het oog op de publiciteit die met dergelijke procedures gepaard gaat, zal het zelfs de rechtgeaarde ondernemings- en finan-

cielrechtjurist niet zijn ontgaan dat in Nederland omvangrijke procedures worden uitgevochten tussen enerzijds kartellisten en anderzijds benadeelden.² Dergelijke procedures zijn daarmee feitelijk aan beide kanten ‘collectief’. Ook in de financiële sector lijken zogenaamde *follow-on* schade procedures – procedures volgend op de vaststelling van een kartelinbreuk door een mededingingsautoriteit – aanstaande. Het gaat daarbij om procedures volgend op door mededingingsautoriteiten beboete manipulaties van de verschillende valutawisselkoersen en interbancaire rentes, zoals de Yen, de Zwitserse Franc, Libor en Euribor.³ De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of de voorgenoemde wijziging van art. 3:305a BW (het “Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie” van 15 november 2016⁴), op grond waarvan het in de toekomst mogelijk zal zijn om schade collectief te verhalen, een zegen of vloek zal blijken voor schadeverhaal bij kartels in de financiële sector. De opbouw is als volgt. In paragraaf 2 zal een korte toelichting worden gegeven op het wettelijk kader bij kartelschadezaken. In paragraaf 3 wordt een schets gegeven van de huidige wijze van procederen in kartelschadezaken, waarbij een hoofdrol is weggelegd voor professionele *litigation funders* die – in ruil voor een aantrekkelijke financiële upside – middels een claim vehicle optreden voor door het kartel benadeelde partijen. In paragraaf 4 zal worden aangegeven in hoeverre de voorgestelde bepalingen uit het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie, indien het komt tot daadwerkelijke invoering, (naar verwachting) verandering zullen brengen in de huidige procesvoering in kartelschadezaken en of procedures over kartels in de financiële sector in dit kader een uitzonderingspositie zullen innemen. Paragraaf 5 sluit af met enkele concluderende opmerkingen.

2. Wettelijk kader kartelschade⁵

Op 10 februari 2017 is de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht⁶ in werking getreden.⁷ Met deze wet wordt de Richtlijn 2014/104/EU⁸ betreffende regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingings-

1 Mijke Sinninghe Damsté is advocaat te Amsterdam, Tomas Arons is senior jurist bij de Vereniging van Effectenbezitters (VEB). Deze bijdrage betreft een uitwerking van de mondelinge bijdrage zoals Mijke Sinninghe Damsté die heeft gehouden op het OO&R Symposium ‘Collectief schadeverhaal, claimcode en toezichthouder’ onder leiding van dagvoorzitter prof. mr. C.W.M. Lieverse.

2 Bijvoorbeeld ten aanzien van het air cargo kartel, het natriumchloraatkartel en het liftenkartel.
3 Zie bijvoorbeeld het persbericht van de Europese Commissie, ‘Antitrust: Commission fines banks 1.49 billion for participating in cartel in the interest rate derivatives industry’, 4 december 2013.
4 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 2.
5 Zie hierover ook B.J. Drijber, ‘Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving’, *Ondernemingsrecht* 2016/124.
6 *Stb.* 2017, 28.
7 Art. V Implementatiewet.
8 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 [2014] PbEU L349/1.

recht van de lidstaten en van de Europese Unie⁹ in het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geïmplementeerd. De Implementatiewet is beperkt tot het hoogst noodzakelijke om de Richtlijn om te zetten.¹⁰ In boek 6 BW is een nieuwe afdeling toegevoegd in titel 3 – direct na de bepalingen over oneerlijke handelspraktijken – luidende ‘Schending van mededingingsrecht’.

Twee belangrijke elementen met betrekking tot kartelschadezaken betreffen:

- (i) de hoofdelijke aansprakelijkheid van kartellisten voor schade veroorzaakt door het kartel, welke aansprakelijkheid zo goed als vaststaat na beboeting door een mededingingsautoriteit; en
- (ii) de (ingewikkelde) schadediscussie.

Deze elementen zijn belangrijk omdat zij bepalend zijn voor de wijze van procesvoering in kartelschadezaken. Een toelichting.

(i) Aansprakelijkheid

Onder het oude recht worden kartelschadevorderingen gebaseerd op de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De hoofdelijkheid vloeit voort uit art. 6:102 BW. Het nieuwe art. 6:193m lid 1 BW biedt een eigen grondslag en bepaalt:

“Indien ondernemingen door een gemeenschappelijk optreden een inbreuk hebben gepleegd op het mededingingsrecht, is elk van hun voor het geheel van de door de inbreuk veroorzaakte schade aansprakelijk.”

Het gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid voor kartellisten, met een paar uitzonderingen, onder andere voor de ontvanger van immuniteit in het kader van het clementieprogramma.¹¹

Via de definitiebepalingen in art. 6:193k sub a BW wordt duidelijk dat het gaat om een inbreuk op art. 101 of 102 VWEU of het mededingingsrecht van de lidstaat dat parallel wordt toegepast bij beïnvloeding van handel tussen lidstaten (voor Nederland betreft het art. 6 en 24 van de Mededingingswet (Mw)). Zuiver nationale aangelegenheden vallen buiten de reikwijdte van de Implementatiewet.¹²

Van praktisch belang in het kader van follow on-procedures is art. 16 van Verordening 1/2003.¹³ Dit artikel bepaalt dat een nationale rechter géén beslissing kan nemen die in strijd is met een door de Commissie gegeven beschikking. Dit betekent dat als de Commissie eenmaal heeft vastgesteld dat sprake is geweest van een kartel of inbreuk op het mededingingsrecht en wie daaraan in welke periode hebben deelgenomen, de nationale rechter hiervan dient uit te gaan. Het is de nationale rechter niet toegestaan te oordelen dat er géén sprake is geweest van een kartel of dat een bepaalde onderneming daaraan niet heeft deelgenomen.¹⁴ Er is hier sprake van oneigenlijke formele rechtskracht. Indien het boetebesluit van de Commissie in kracht van gewijsde is gegaan, staat het bestaan van het kartel en de kartellisten voor de civiele rechter vast.¹⁵

Aandacht hierbij verdient nog de mogelijke (mededingingsrechtelijke) aansprakelijkheid van de aandeelhouder-rechtspersoon (moedervenootschap) voor (een deel van) de aan de vennootschap opgelegde boete. De ratio hierachter is dat beide rechtspersonen tot eenzelfde economische eenheid behoren, waarbinnen de aandeelhouder beslissende invloed heeft. Deze aansprakelijkheid van de aandeelhouder is weliswaar een eigen aansprakelijkheid, maar die aansprakelijkheid wordt afgeleid van die van de vennootschap, wier inbreuk wordt toegerekend aan de aandeelhouder. De Commissie hoeft de deelname van de aandeelhouder dus niet te bewijzen om de inbreuk mede aan de aandeel-

9 Bevordering van de eerlijke mededinging is vanaf de ondertekening van het EEG-Verdrag in Rome 60 jaar geleden één van de kerndoelstellingen van de Europese Gemeenschap en later Unie geweest. Zie: overweging 4 van de preambule van het EEG-Verdrag 1957, het EG-Verdrag 1992 en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) 2007.

10 *Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3, p. 2.* Dit betekent dat niet alle bepalingen van de Richtlijn zijn geïmplementeerd. Aan het einde van de memorie van toelichting staat een transponeringstabel waarin wordt aangegeven welke bepalingen niet hoeven te worden geïmplementeerd omdat zij reeds in het Nederlands recht zijn verankerd of niet aan de lidstaten zijn gericht. Zie *Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3, p. 27-29.*

11 De belangrijkste uitzondering op de hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 6:193m lid 1 BW heeft te gelden voor de ontvanger van immuniteit; de kartellist die het ‘kartel’ heeft aangegeven bij de Commissie. De ontvanger van immuniteit is slechts jegens zijn eigen directe en indirecte afnemers aansprakelijk, tenzij geen vergoeding kan worden verkregen van anderen bij de inbreuk betrokken ondernemingen. (art. 6:193m lid 4 BW). De ontvanger van immuniteit, die op grond van de Implementatiewet nog een aantal andere voordelen heeft (bijvoorbeeld art. 6:193n BW (beperking regres op ontvanger immuniteit), heeft aldus gezien een betere positie dan de andere kartellisten. Wij wijzen in dat kader op het tweeledige doel van de Richtlijn: het stimuleren van privaatrechtelijke handhaving en tegelijkertijd het voorkomen van de doorkruising van de publiekrechtelijke handhaving. De andere uitzondering betreft de inbreukpleger die een kleine of middelgrote onderneming is die door de hoofdelijkheid in zijn bestaan wordt bedreigd. Die onderneming kan op grond van art. 6:193m lid 2 BW een beroep doen op coulance indien haar marktaandeel minder dan 5% bedroeg, de toepassing van de hoofdelijkheidsregels de economische levensvatbaarheid onherstelbaar in gevaar zou brengen en haar vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen.

12 *Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3 (MvT), p. 1.* Van zuivere nationale overtredingen van het mededingingsrecht moet parallelle toepassing van het nationale mededingingsrecht worden onderscheiden. Er is sprake van parallelle toepassing indien de overtreding van het nationale mededingingsrecht grensoverschrijdende gevolgen heeft. Zie r.o. 9 van de preambule van Richtlijn 2014/104/EU.

13 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artt. 81 en 82 van het Verdrag [2003] PbEU L1/1.

14 Zie uitbreid over de processuele kant: B.J. Drijber, ‘Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving’, *Ondernemingsrecht 2016/124* verwijzend naar HvJ EG 14 december 2000, zaak C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 (*Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd.*) en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

15 Voor de Implementatiewet was onduidelijk wat de waarde was van een boetebesluit van de ACM, de Nederlandse mededingingsautoriteit. De heersende mening was dat een dergelijk besluit vrije bewijskracht had. De waardering van de constatering van de ACM in een boetebesluit, dat het kartelverbod is overtreden, was derhalve aan het oordeel van de rechter overgelaten. De rechter kon een wettelijk vermoeden aannemen, maar ook aanvullend bewijs verlangen. In hoeverre dit gebeurde hing vooral af van de kwaliteit van de motivering van het boetebesluit en de eventuele betwisting van het boetebesluit door de gedaagde partij. De Implementatiewet brengt hierin verandering. Op grond van art. 161a Rv geldt dat als een inbreuk op het mededingingsrecht onherroepelijk wordt vastgesteld door de ACM, dit onweerlegbaar bewijs oplevert in een procedure voor de civiele rechter waarin schadevergoeding wordt gevorderd.

houder te kunnen toerekenen. Zo is vaste jurisprudentie dat het (weerlegbare) vermoeden geldt dat de moeder 'daadwerkelijk beslissende invloed' uitoefende op het commerciële beleid van een (bijna) 100% dochter. De moeder kan dus worden beboet, zonder dat het noodzakelijk is dat de moeder persoonlijk bij de inbreuk was betrokken of hier weet van had.¹⁶ Bij een niet (bijna) 100% dochter rust de bewijslast voor de beslissende invloed op de Commissie. Een recent voorbeeld van aandeelhoudersaansprakelijkheid bij een kartelovertreiding biedt de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 januari 2017.¹⁷ In deze uitspraak heeft de rechtbank de boeteoplegging van de ACM aan Bencis (als aandeelhouder) – overigens niet via het bewijsvermoeden maar met toepassing van het mededingingsrechtelijke 'toerekeningsleerstuk' – in stand gelaten. De rechtbank is van oordeel dat op grond van het geheel aan feiten en aanwijzingen de ACM terecht heeft geoordeeld dat er zodanige economische, organisatorische en juridische banden bestonden dat er sprake is van beslissende invloed. Dit leidt tot de conclusie dat de ACM de overtreding van het kartelverbod aan eiseressen kan toerekenen. Wij zouden menen dat het op deze wijze 'toerekenen' van een overtreding van het kartelverbod niet 100% civielrechtelijk kan worden overgenomen. In de consultatiefase bij de totstandkoming van de Implementatiewet ontstond hier op een gegeven moment wat onduidelijkheid over. Dit kwam mede door het gebruik van de definitie van 'inbreukpleger' in art. 6:193k sub b BW: "een onderneming of ondernemersvereniging die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd". De 'onderneming' in mededingingsrechtelijke zin dient te worden opgevat als alle onderdelen van de economische eenheid die samen 'de onderneming' vormen (en derhalve dus mogelijk een groep van vennootschappen betreft). Aangezien 'ondernemingen' in mededingingsrechtelijke zin niet als zodanig in rechte kunnen worden betrokken, zouden in beginsel alle rechtspersonen die tot 'de onderneming' behoren kunnen worden gedagvaard. Dit was (uiteeraard) niet de bedoeling van de minister, die dit (ten overvloede) nog eens toelichtte:

"Het begrip 'onderneming' dat in de richtlijn wordt gehanteerd dient voor zover het gaat om inbreuken als bedoeld in artikel 6:193k BW, in de context van het Europese mededingingsrecht te worden gezien. De interpretatie en het bepalen van de reikwijdte van dit Europese begrip is aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorbehouden. Dit laat het begrip 'onderneming' in een andere – nationale – context onverlet. De interpretatie van dit ondernemingsbegrip is voorbehouden aan de nationale rechter."¹⁸

Uit dit citaat volgt dat de minister (terecht) onderscheid maakt tussen het mededingingsrecht, waarin het begrip 'onderneming' een eigen betekenis heeft, en het schadever-

goedingsrecht, waarin de mededingsrechtelijke betekenis geen rol speelt. Ook overigens blijkt nergens uit dat met het begrip onderneming in de Implementatiewet een materiële wijziging in ons schadevergoedingsrecht wordt beoogd.

(ii) **Schade**

De (relatieve) eenvoud waarmee kan worden gekomen tot hoofdelijke aansprakelijkheid van kartellisten voor schade veroorzaakt door het kartel – zoals gezegd, staat een en ander in beginsel vast met een boetebeschikking van de Commissie of een onherroepelijk boetebesluit van de ACM – vormt een contrast met in de ingewikkeldheid van de schadevaststelling in kartelschadezaken. Dat heeft een aantal oorzaken, waaronder de grote omvang en diversiteit van de groep mogelijke benadeelden, alsmede de discussie over doorberekening van schade.

De vermogensschade die de benadeelden kunnen oplopen als gevolg van een kartel kan zowel bestaan uit 'meerkosten' (de prijsverhoging waartoe het kartel heeft geleid), als uit winstderving, wanneer afnemers door de prijsverhoging minder van hun product of dienst hebben verkocht.¹⁹ De Richtlijn neemt als uitgangspunt dat de benadeelden van een kartel in de positie moeten worden gebracht waarin zij zich zouden hebben bevonden indien er – kort gezegd – geen kartel was geweest.²⁰ Vergoeding mag niet leiden tot overcompensatie; noch door punitieve schadevergoeding, noch door meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding.²¹ Deze uitgangspunten behoeften uiteraard geen implementatie in het BW aangezien deze reeds zijn verankerd in ons schadevergoedingsrecht.²²

Een nieuwigheid van de Implementatiewet is het bewijsvermoeden van art. 6:193l BW:

"Een kartel, dat een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, wordt vermoed schade te veroorzaken."

Het betreft een weerlegbaar vermoeden; tegenbewijs is mogelijk. Voor een vermoeden is gekozen "omdat de geheime aard van een kartel de informatieasymmetrie tussen partijen vergroot".²³ Dit is een handreiking aan benadeelden, maar niet meer dan dat. Voor het overige blijft de gebruikelijke stelplicht en bewijslast gelden. Uit lagere jurisprudentie blijkt dat dit onder meer inhoudt dat eisers/benadeelden hun vorderingen moeten substantiëren en documentatie moeten overleggen waaruit blijkt dat zij schade hebben geleden.²⁴

16 B.J. Drijber, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2016/124, par. 5.

17 Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:588, *JOR* 2017/102, m.nt. A.J. van Es (X/ACM).

18 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34490, 6.

19 Hieronder valt ook de zogenaamde *umbrella damage*. HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317 (*Kone e.a./ÖBB-Infrastruktur*), r.o. 33 en 34. Zie uitgebreid: B.J. Drijber, 'Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht: nieuwe rechtspraak en nieuwe wetgeving', *Ondernemingsrecht* 2016/124.

20 Art. 3 lid 2 Richtlijn.

21 Art. 3 lid 3 Richtlijn.

22 *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, 3 (MvT), p. 7.

23 *Kamerstukken II* 2015/16, 34490, 3 (MvT), p. 14.

24 Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778 (*Equilib/KLM e.a.*).

Het gevolg van het feit dat de groep benadeelden van een kartel vaak wordt gevormd door meerdere schakels in de keten (zoals afnemers, indirecte afnemers en eindgebruikers) is dat er discussie kan ontstaan over de vraag of er al dan niet sprake is van het (geheel of gedeeltelijk) doorberekenen van schade, ofwel *passing on*. Een simpel voorbeeld ter verduidelijking. Een kartellist levert een product aan een afnemer. De prijs van het product is kunstmatig hooggehouden door het kartel. De afnemer heeft aldus schade geleden, enerzijds door betaling van de te hoge prijs en anderzijds door winstderving. De afnemer verkoopt dit product op zijn beurt door aan een indirecte afnemer waarbij hij de hoge 'kartelprijs' doorberekent. De vraag is wie nu welke schade kan vorderen. In de literatuur en rechtspraak is veel discussie geweest over de vraag of het doorberekeningsverweer zou zijn toegestaan en – zo ja – in de sleutel van welk leerstuk dit dan moet worden geplaatst. De Richtlijn maakte (gedeeltelijk) een einde aan deze discussie door expliciet te bepalen dat het doorberekeningsverweer is toegelaten.²⁵ In navolging hiervan bepaalt art. 6:193p BW:

“Een partij kan het verweer voeren dat de benadeelde de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten heeft doorberekend.”

De bewijslast dat de meerkosten zijn doorberekend, rust op gedaagde²⁶, die van de eiser en/of van derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal kan vorderen.²⁷ De indirecte afnemer wordt via een aanvullend bewijsvermoeden in art. 6:193q BW nog een steun in de rug gegeven bij de bewijsoverlevering van doorberekening.

Ook de Hoge Raad heeft zich niet onbetuigd gelaten in de discussie over doorberekening. In zijn arrest van 8 juli 2016 in *TenneT/ABB* – onder 'oud' recht, dus vóór de inwerkingtreding van de Implementatiewet – overwoog de Hoge Raad:

“Hoewel de Richtlijn temporeel niet het onderhavige geval bestrijkt en het beoordelingskader dus wordt gevormd door het Nederlandse recht – met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel zoals hiervoor in 4.3.1 vermeld – is het wenselijk om dat recht zo uit te leggen dat het leidt tot uitkomsten die verenigbaar zijn met de Richtlijn en het hiervoor in 4.3.3 vermelde wetsvoorstel [lees: de Implementatiewet, toevoeging].”

“Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter met inachtneming van het partijdebat vrij is te bepalen welke van de twee eerder bedoelde benaderingen [vermindering omvang schade (art. 6:95-6:97 BW) of voordeels-toerekening (art. 6:100 BW), toevoeging] hij volgt bij de beoordeling van een doorberekeningsverweer als het onderhavige. Daarbij is van belang dat in beide benade-

ringen de wijze waarop de rechter toepassing geeft aan de in art. 6:98 BW besloten maatstaf, controleerbaar dient te zijn voor partijen en derden, onder wie de hogere rechter. In beide benaderingen gaat het uiteindelijk erom dat bij de vergelijking tussen de toestand zoals deze in werkelijkheid is en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de normschending niet zou hebben plaatsgevonden, beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van deze gebeurtenis aan de schuldenaar kunnen worden toegerekend.”²⁸

Opvallend is dat in het eerder aangehaalde art. 6:193p BW (alsmede art. 13 Richtlijn) de “redelijkheid”, als uitdrukkelijk aangehaald door de Hoge Raad in *TenneT/ABB*, niet is terug te vinden. In de consultatiefase van de Implementatiewet is dan ook door verschillende partijen opgemerkt dat de redelijkheid geen rol kan spelen bij de toepassing van het doorberekeningsverweer. Dit standpunt is onzes inziens (vooralnog) achterhaald door de uitspraak van de Hoge Raad die in zijn arrest immers (i) overweegt dat de redelijkheid linksom (berekening omvang schade) of rechtsom (voordeelstoerekening) zijn werking moet hebben; en (ii) hierbij expliciet aangeeft dat deze uitleg verenigbaar is met de Richtlijn en de Implementatiewet.²⁹

Hoewel de wet de rechter een aantal technische ‘hulpmiddelen’ bij de schadebegroting biedt (bijvoorbeeld de mogelijkheid van een deskundigenbericht, de rechter mag de schade schatten³⁰ en de rechter kan zo nodig de hulp van de ACM inroepen (overigens lijkt het ons niet erg waarschijnlijk dat de ACM hier – gelet op haar andersoortige publieke taak-

25 Art. 13 Richtlijn.

26 Art. 13 Richtlijn/art. 150 Rv.

27 Art. 13 Richtlijn/art. 843a Rv.

28 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *JOR* 2016/322, m.nt. M.M.C. van de Moosdijk (*TenneT/ABB*), r.o. 4.3.4 en 4.4.5. Interessant is overigens ook (niet zozeer voor kartelschadezaken maar meer in het algemeen) dat de Hoge Raad in het kader van voordeels-toerekening uitdrukkelijk overweegt “Waar in eerdere uitspraken van de Hoge Raad meer of andere eisen zijn gesteld aan “eenzelfde gebeurtenis” bij voordeels-toerekening met toepassing van art. 6:100 BW, komt de Hoge Raad daarvan terug.” Zie r.o. 4.4.3.

29 Zie ook A-G Keus in 2.29 in zijn conclusie onder HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, *JOR* 2016/322, m.nt. M.M.C. van de Moosdijk (*TenneT/ABB*), r.o. 2.29: “Nu voorziet de Richtlijn weliswaar erin dat geen terugwerkende kracht wordt verleend aan de nationale maatregelen die ter naleving van de materiële bepalingen van de Richtlijn worden vastgesteld (art. 22 lid 1) en dat andere dan de hiervoor bedoelde implementatiemaatregelen niet van toepassing zijn op vorderingen tot schadevergoeding die voor 26 december 2014 bij een nationale rechterlijke instantie aanhangig zijn gemaakt (art. 22 lid 2). Dat betekent (nog afgezien van het onderscheid dat de Richtlijn maakt tussen wel en niet materiële bepalingen van de Richtlijn) echter althans dat de in de Richtlijn gekozen oplossingen in de onderhavige zaak niet ter zake zouden doen. Zeker als, zoals The opmerkt [...], de vraag naar de inbedding van het doorberekeningsverweer bij de gegeven stand van het Nederlandse recht nog openligt en hier nog een keuze moet worden gemaakt, zou het naar mijn mening bepaald ongelukkig (en in strijd met de geest van art. 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie) zijn als in het zicht van de implementatie van de Richtlijn zou worden gekozen voor een oplossing die het doorberekeningsverweer illusoir maakt en diametraal tegen de oplossing van de Richtlijn ingaat. Een dergelijke keuze wordt ook niet gerechtvaardigd door het Voorontwerp Implementatiewet privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Het Voorontwerp neemt de tekst van art. 13 van de Richtlijn over en voegt daaraan niets toe.”

30 Art. 17 lid 1 Richtlijn/art. 6:97 BW.

stelling – een nuttige rol zal kunnen vervullen³¹), blijft de schadediscussie in dit soort zaken erg ingewikkeld. Het gaat immers veelal om complexe economische vraagstukken. De begrippen ‘overcharge’ of ‘meerkosten’ (art. 6:193k sub g BW, het verschil tussen de prijs met en zonder kartel) en ‘passing on’ of ‘doorberekening’ (art. 6:193p BW) stammen uit de economische theorie en hebben hun plaats gekregen in het kartelschadevergoedingsrecht. Het voorgaande brengt mee dat de schadediscussie in de praktijk vaak wordt beslecht door omvangrijke rapporten van economische experts, hetzij via rapporten van partijdeskundigen, hetzij doordat de rechter behoefte heeft aan onafhankelijke deskundige voorlichting. De Implementatiewet brengt geen wijziging in Boek 1, titel 2 afdeling 9, paragraaf 6 Rv ten aanzien van bewijs door deskundigen. De Raad voor de Rechtspraak heeft de minister er in het kader van de consultatie over de Implementatiewet op gewezen dat in het Verenigd Koninkrijk in het kader van efficiënte procesvoering goede ervaringen zijn opgedaan met de mogelijkheid dat (partij)deskundigen door de rechter worden verplicht om met een gezamenlijke verklaring, een zogenaamde ‘joint statement’, te komen, waarin nauwkeurig wordt vastgelegd op welke punten deskundigen het wel en niet eens zijn.³² Belangrijk daarbij is dat partijdeskundigen een zogenaamde ‘duty to the court’ hebben en – na het afleggen van hun (joint) statement – door de rechter, in het bijzijn van partijen op de zitting kunnen worden gehoord over hun bevindingen.³³ In het kader van de Implementatiewet is geen gevolg gegeven aan de aanbeveling van de Raad voor de Rechtspraak, maar deze aanbeveling is wel meegegeven aan de Expertgroep modernisering bewijsrecht, die – blijkens haar recente rapportage in april 2017 – in de ‘joint statement’ bij kartelschadezaken best wel wat voordelen ziet omdat al in een zeer vroeg stadium de rechter de vereiste neutrale regie kan verzekeren om de geschetste problemen (zo veel mogelijk) te voorkomen. Bovendien zou daarmee de gangbare (en kostbare) praktijk, dat partijen eerst ieder een eigen deskundige dienen in te schakelen en vervolgens door de rechter nog een derde deskundige wordt benoemd omdat de eerdere deskundigen ‘slechts’ partijdeskundigen zijn, kunnen worden ingeperkt.³⁴

3. Huidige situatie kartelschadezaken; ‘collectief’ procederen op grond van cessie

Uit onderzoek van de Europese Commissie uit 2013 blijkt dat kartelschadezaken zich concentreren in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Nederland. Een belangrijke reden hiervoor zou zijn dat in deze drie landen het bundelen van claims tot verkrijging van schadevergoeding wordt gefaciliteerd.³⁵ Vanzelfsprekend zullen ook snelheid, professionaliteit en de relatief lage proceskosten een rol spelen bij de

keuze van benadeelde partijen voor Nederland. Het voordeel van het bundelen van claims is – uiteraard – dat een benadeelde het niet zelfstandig hoeft op te nemen tegen de (groep) kartellist(en), hetgeen een kostbare en tijdrovende aangelegenheid is. Aan de ‘behoefte’ van benadeelden om de procedure/hun vordering uit handen te geven, wordt in de praktijk tegemoetgekomen door professionele litigation funders, die in kartelschadezaken een hoofdrol spelen. Deze litigation funders werken in grote lijnen als volgt. Nadat er publicaties zijn verschenen over een onderzoek naar en/of de beboeting van een (groot) kartel wordt er een aanvang gemaakt met het identificeren en aanzoeken van benadeelden (‘book building’).³⁶ Veelal zijn de benadeelden van een kartel en de kartellisten verspreid over de hele wereld of in elk geval een werelddeel, hetgeen het niet altijd eenvoudig maakt om de benadeelden te identificeren en te bundelen. Vervolgens richt de litigation funder een claimvehikel op. Dit kan een stichting zijn maar is vaker een BV.³⁷ Het claimvehikel procedeert tegen één of meer kartellisten op grond van de aan hem gecedeerde vorderingen. Gelet op de hoofdelijkheid is het niet nodig om alle kartellisten in de procedure te betrekken en gelet op de hiermee gepaard gaande kosten is dit ook niet gebruikelijk. Het voordeel van deze wijze van procederen is dat een eindvonnis – indien voor de benadeelden succesvol – een geldelijke veroordeling zal behelzen (dit in tegenstelling tot de huidige collectieve actie op grond van 3:305a BW die ‘slechts’ een verklaring voor recht kan opleveren). Uiteraard werken de litigation funders niet pro deo. Veelal dragen de benadeelde partijen hun vordering aan de litigation funders over op basis van een no cure no pay-regeling. De litigation funder ontvangt als vergoeding over het algemeen rond de 30% van de uiteindelijke opbrengst van een procedure of schikking. Kartelschadevorderingen zijn daarmee “valuable assets”.³⁸

Vanwege de schaalgrootte (honderden of duizenden overgedragen vorderingen) kent dit systeem echter grote praktische en juridische nadelen. Goederenrechtelijk moet immers voor elkvan deze vorderingen worden nagegaan of de vordering kan worden overgedragen. Dit moet worden bepaald aan de hand van het recht dat op de vordering van toepassing is.³⁹ Bovendien moet bij elke vordering worden nagegaan of de cessie ook daadwerkelijk geldig (zonder vormgebreken) is geschied. Niet zelden resulteert de cessie-problematiek in (onoverko-

31 Art. 44a lid 3 Rv.

32 Kamerstukken II 2015/16, 34490, 3 (MvT), bijlage reactie Raad voor de Rechtspraak.

33 www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part35.

34 Advies van de Expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht, april 2017, punt 4.3.3.

35 J.S. Kortmann & R. Wesseling, ‘Two Concerns Regarding the European Draft Directive On Antitrust Damage Actions’, *Competition Policy International (CPI) Antitrust Chronicle* 2013 (1), p. 3.

36 De groep benadeelden van een kartel wordt veelal gevormd door zowel de directe afnemers van één of meer kartellisten, alsook indirecte afnemers, eindgebruikers en – afhankelijk van de werking van het kartel – concurrenten. Consumenten worden meestal niet direct geraakt door een kartel, althans het zal hier meestal gaan om (praktisch onverhaalbare) strooischade (denk ook aan het beeldbuisenkartel of het bierkartel). I.N. Tzankova, *Strooischade Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu 2005.

37 Omdat het veelal niet gaat om een 305a-collectieve actie, maar om een bundeling van de individueel gecedeerde vorderingen, is ook een BV ontvankelijk.

38 Zie de Press Release van 4 oktober 2012 van CDC and Calunius Capital to announce strategic investments by the Calunius Fund.

39 Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/329.

melijke) obstakels.⁴⁰ Buiten genoemde cessie-problematiek, rechtsmacht- en toepasselijk recht discussies en overige procedurele perikelen is het daadwerkelijke procesrisico bij dit soort zaken – na oplegging van een boete door de Commissie of een mededingingsautoriteit – echter relatief beperkt.

Voorts geldt dat bovenstaande uitgangspunten – het verbod op overcompensatie en punitive damages, alsmede de mogelijkheid tot het voeren van een passing on verweer – wereldwijd niet overal gelijk zijn geregeld. In de Verenigde Staten is het bijvoorbeeld onder omstandigheden wel mogelijk om *punitive damages* ten gevolge van een kartelinbreuk te vorderen en is het doorberekeningsverweer niet toegestaan.⁴¹ Ook kennen bepaalde landen – onder meer het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten – veel verdergaande *discovery* mogelijkheden dan de civil law landen. Gelet hierop kan het aantrekkelijk zijn voor benadeelden en litigation funders om (een deel van hun claim) in de Verenigde Staten uit te procederen. Ook is het niet zelden het geval dat concurrerende *litigation funders* in verschillende Europese landen procedures tegen een of meer kartellisten beginnen, gevolgd door vrijwaringsprocedures tussen de kartellisten onderling. Versnippering van het processuele landschap is dan het gevolg. Voor kartellisten is dit vaak onaantrekkelijk vanwege (i) de tijd en kosten die gemoeid zijn met procedures in verschillende jurisdicties; en (ii) het risico op overcompensatie. Dit laatste ontstaat doordat rechters in de verschillende jurisdicties (vaak) onvoldoende zicht hebben op het gehele speelveld van schade en doorberekening. De vraag is dan ook gerechtvaardigd of een collectieve schadevergoedingsactie – die concentratie van procedures en finaliteit beoogt – dit probleem oplost en zodoende als een ‘zegen’ kan worden bestempeld? Wij wagen het te betwijfelen. Een paar observaties.

4. Toekomstige situatie bij kartelzaken: collectief schadeverhaal?

Collectief schadeverhaal valt buiten de reikwijdte van de Richtlijn. De Europese wetgever heeft het collectief scha-

deverhaal aan de nationale wetgever overgelaten, waarbij de Commissie in 2013 wel een aanbeveling aan de lidstaten heeft gedaan om – bij voorkeur via een opt-in systeem – de mogelijkheid van een collectieve schadevergoedingsactie mogelijk te maken.⁴² In Nederland was dit proces al op gang gebracht door de Motie Dijkema uit 2011 waarin de regering werd verzocht “om te komen tot de toekenning van het recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen”⁴³, hetgeen uiteindelijk heeft geresulteerd in het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie. In het voorgestelde art. 3:305a BW staan vooral aangescherpte ontvankelijkheidseisen. De overige aspecten worden nader uitgewerkt in art. 1018b-1018m Rv. De volgende punten staan centraal in het wetsvoorstel: (1) het verbeteren van de kwaliteit van claimorganisaties, hun ‘governance’, de transparantie van hun werkzaamheden en de wijze waarop zij verantwoordelijkheid afleggen ten aanzien van deze werkzaamheden; (2) het in het kader van de ontvankelijkheid invoeren van een ‘scope rule’ om er voor te zorgen dat collectieve vorderingen een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben; en (3) het introduceren van een ‘class action’-achtige procedure op basis van een opt-out systeem, aangevoerd door een (soort) *lead plaintiff* (in het Wetsvoorstel: Exclusieve Belangenbehartiger) en, voor zover nodig, met de mogelijkheid van gedwongen collectieve schadeafwikkeling (schikking).

4.1 Algemeen: oplossing voor cessie-problematiek

Voor de huidige problematiek die wordt gecreëerd door het cessie-systeem dat wordt toegepast in kartelschadezaken zou een 3:305a-schadevergoedingsactie de (bijna) perfecte oplossing vormen. Bovendien zouden benadeelden in een dergelijke procedure (al dan niet bijeengebracht door een *litigation funder*) met een 3:305a-actie een vordering namens de gehele groep van benadeelden kunnen instellen (mits sprake is van gelijksoortige belangen), hetgeen voorkomt dat alle benadeelden individueel moeten worden geïdentificeerd. Het voorgaande zal ook voor kartellisten aantrekkelijk kunnen zijn gelet op het voorkomen van versnipperde procedures in verschillende landen en het bereiken van finaliteit.

4.2 Spanningsveld governance-eisen en Claimcode ten opzichte van het business model van litigation funders

Onze inschatting is echter dat de *litigation funders* die thans marktleider zijn in kartelschadezaken huiverig zullen zijn voor het starten van een 3:305a-actie onder de Wet collectieve schadevergoeding. De belangrijkste reden hiervoor is dat de in het Wetsvoorstel neergelegde regeling ten aanzien van de ontvankelijkheid van een 3:305a-organisatie op ge-

40 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284 (*East West Debt BV/United Technologies Corporation e.a.*). Het claimvehikel East West Debt B.V. (EWD) had namens benadeelde partijen een procedure ingesteld tegen diverse liftfabrikanten in verband met claims naar aanleiding van het liftenkartel. Er werd schadevergoeding van ongeveer € 30 miljoen gevorderd. Op 20 juli 2016 heeft de Rechtbank Midden-Nederland alle vorderingen afgewezen. Volgens de rechtbank had EWD haar stellingen onvoldoende feitelijk onderbouwd. Zo waren de cessieakten niet overgelegd en was onduidelijk welke achterliggende partij wanneer welke zaken of diensten van welke liftfabrikant had afgenomen. Omdat EWD zowel bij dagvaarding als bij repliek gelegenheid had gehad om de cessieakten te overleggen, maar dat had nagelaten, kreeg EWD van de rechtbank geen gelegenheid meer om – zoals zij wel had verzocht – de cessieakten alsnog in het geding te brengen. De vorderingen werden integraal afgewezen. Overigens is de problematiek ten aanzien van het procederen op basis van cessies niet exclusief voorbehouden aan kartelschadezaken. Zie bijvoorbeeld ook de WOL zaak met betrekking tot prospectusaansprakelijkheid waarin de stichting VEB-actie-WOL niet-ontvankelijk werd verklaard omdat de akten van cessie onvoldoende gegevens bevatten en de cessies zijn niet op de door de wet voorgeschreven wijze aan de debiteur waren medegedeeld. HR 27 november 2009, *JOR* 2010/43, m.nt. K. Frielink en Hof Amsterdam 3 mei 2007, *JOR* 2007/154, m.nt. Den Boogert.

41 § 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15.

42 Aanbeveling van de Commissie over gemeenschappelijke beginselen aangaande mechanismen in de lidstaten voor collectief vorderingen tot staking en compensatie betreffende de schending van het recht van de Europese Unie, COM (2013) 3539. Over de Aanbeveling zie bijv. I. Tillema, ‘De representatieve vordering: dekt de Europese vlag de Nederlandse lading?’, *NTBR* 2014/24 (p. 194 e.v.).

43 *Kamerstukken II* 2011/12, 33000 XIII, 14.

spannen voet lijkt te staan met het business model van litigation funders. De litigation funders beogen immers veelal een resultaat te realiseren van 30% of meer van de totale claim. Dit sluit niet goed aan bij de voorgestelde regeling in art. 3:305a BW waarbij het de verwachting is dat de rechter – via de ontvankelijkheidseis van ‘voldoende gewaarborgde belangen’ – de financierings- en beloningsstructuur van de litigation funders kritisch onder de loep neemt.⁴⁴ Bovendien moet een 3:305a-organisatie voldoen aan de corporate governancevereisten van de Claimcode en geldt er nog een aantal andere ontvankelijkheidseisen, zoals de verplichting om te beschikken over voldoende middelen om de kosten van de procedure te dragen. De Memorie van Toelichting vermeldt in dat kader:

“Toetsing aan dit vereiste in combinatie met het algemeen vereiste van voldoende gewaarborgde belangen, biedt de rechter de mogelijkheid ook te kijken naar financieringsconstructies. Zo heeft de rechter een handvat voor het uitsluiten van gevallen waarin de Third Party Litigation Funding de belangen van gedupeerden negatief kan beïnvloeden, zoals financieringsconstructies die aan een zorgvuldige belangenbehartiging in de weg staan, bijvoorbeeld omdat de financier de beslismacht krijgt over instemmen met een eventueel schikkingvoorstel.”⁴⁵

Al met al is dit niet erg aantrekkelijk vanuit het perspectief van litigation funders in kartelschadezaken die zowel hun business model kritisch onder de loep zien worden genomen als aanzienlijke zeggenschap moeten inleveren waar het de procedure en het al dan niet aangaan van een eventuele schikking betreft. Het is dan ook onze verwachting dat de traditionele litigation funders in kartelschadezaken de voorgestelde collectieve schadevergoedingsactie vooralsnog niet zullen omarmen en voor toekomstige schadevergoedingsacties wellicht zelfs naar het buitenland (bijvoorbeeld Duitsland) zullen uitwijken.

Dat gezegd hebbende, zien wij (in elk geval) twee categorieën van kartelschadezaken waarvoor de collectieve schadevergoedingsactie mogelijk wel aantrekkelijk zal blijken. De eerste categorie betreft acties van consumentenorganisaties tot vergoeding van (strooi)schade veroorzaakt door een kartel. Dergelijke schade zal bij het ontbreken van een collectieve actie-mogelijkheid niet snel worden gevorderd. Denk aan de 3:305a-actie die de consumentenbond en Stichting Consumentenclaim hebben aangekondigd tegen Philips wegens deelname aan het beeldbuisenkartel. De tweede categorie zijn de schadevergoedingsacties door anderen dan de litigation funders die traditioneel opereren in kartelschadezaken. Heel specifiek denken wij hierbij aan schadevergoedingsacties bij kartels in de financiële sector maar beperkt tot deze categorie is het niet. Voor schadevergoedingsacties van 3:305a-organisaties die gewoonlijk niet ac-

teren in kartelschadezaken en ook niet het ‘30%-opbrengst’ *business model* hanteren, zal het spreekwoord ‘onbekend maakt onbemind’ geen opmaat doen. In de financiële sector is het in algemene zin ook veel gebruikelijker om via 3:305a te procederen; vrijwel alle grote schadevergoedingsprocedures worden gevoerd via de collectie actie.

4.3 Scope rule

Ook ten aanzien van de werking van de in het Wetsvoorstel voorgestelde ‘scope rule’ hebben wij in het kader van kartelschadezaken een lage verwachting. De ‘scope rule’, die is geïntroduceerd om een (te sterke) aanzuigende werking van de Nederlandse collectieve schadevergoedingsactie, te voorkomen, werkt als volgt. Op grond van art. 3:305a lid 3 sub b BW moet de ingestelde rechtsovereenkomst een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben op straffe van niet-ontvankelijkheid. Van een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer is sprake, wanneer:

- (i) de rechtspersoon (lees stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid) genoegzaam aannemelijk maakt dat het merendeel van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsovereenkomst strekt, zijn gewone verblijfplaats in Nederland heeft; of
- (ii) degene tegen wie de rechtsovereenkomst zich richt, woonplaats in Nederland heeft; of
- (iii) de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsovereenkomst betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden.

Onze inschatting is dat de voorgestelde ‘scope rule’ geen tot weinig beperkende invloed zal hebben voor kartelschadezaken. Wij voorzien dat collectieve kartelschadeprocedures ofwel zullen verhuizen naar het buitenland wegens de beperkte mogelijkheden die 3:305a litigation funders biedt (zoals hiervoor uiteengezet), ofwel de collectieve actie wordt indirect – via de weg van de vrijwaringen – uitgebreid naar de niet in Nederland woonachtige kartellisten. Een toelichting.

Feit is dat de benadeelden van een kartel meestal over diverse landen (en werelddelen) zijn verspreid. Het zal vaak niet de moeite zijn om slechts voor de groep in Nederland woonachtige benadeelden een 3:305a (nieuw)-actie in een kartelschadezaak op te zetten. Ook zal het niet altijd zo zijn dat de gebeurtenis of de gebeurtenissen waarop de rechtsovereenkomst betrekking heeft, in Nederland heeft of hebben plaatsgevonden. Het zal echter wel zo zijn (evenals nu al het geval is) dat als een van de kartellisten haar woonplaats in Nederland heeft, tegen deze kartellist – namens de gehele groep benadeelden wier belangen volgens de statuten van de 3:305a-organisatie worden behartigd – een schadevergoedingsvordering kan worden ingesteld. Dan is immers voldaan aan het vereiste van een “voldoende nauwe band”. De in Nederland woonachtige kartellist zal (behoudens de in de wet genoemde uitzonderingen) aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de gehele door het kartel veroorzaakte schade. De kartellist die door de 3:305a-organisatie wordt aangesproken, kan op de andere kartellisten in vrij-

44 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3 (MvT), p. 11.

45 Kamerstukken II 2016/17, 34608, 3 (MvT), p. 12.

waring oproepen. De rechtsmacht van de Nederlandse rechter kan dan worden gebaseerd op art. 8 lid 2 van de EEX-Verordening (herzien) of art. 7 lid 2 Rv. Het gevolg hiervan is – *de facto* – dat het geschil in volle omvang bij de Nederlandse rechter wordt uitgedeed. De scope rule staat hieraan niet in de weg.

Duidelijk wordt hiermee dat de scope rule een wat vreemde situatie creëert. In zaken betreffende verweerders die woonachtig zijn in verschillende lidstaten/landen, neemt de Nederlandse rechter veelal rechtsmacht aan via een in Nederland gevestigde ‘ankergedaagde’. Op grond van art. 8 lid 1 van de EEX-Verordening (herzien) kan een persoon die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats heeft ook worden opgeroepen voor het gerecht van een andere lidstaat, indien – kort gezegd – tussen de vorderingen een “zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraag om hun gelijktijdige behandeling en berechting”. Hiermee kunnen in het buitenland woonachtige medekartellisten aldus worden gedaagd in dezelfde procedure.⁴⁶ Als voorwaarde hiervoor geldt dat er een voldoende “nauwe band” in de zin van art. 8 lid 1 EEX-Verordening (herzien) moet bestaan tussen de vorderingen jegens de diverse kartellisten. Uit de jurisprudentie blijkt dat bij kartelschadezaken aan dit criteria vrij snel is voldaan als het vorderingen betreft met betrekking tot een en hetzelfde kartel.⁴⁷ Daarvoor is echter wel nodig dat het gaat om één voortdurend kartel; er mag geen sprake zijn van afzonderlijke kartels.⁴⁸

Het criterium van een voldoende “nauwe band” uit art. 8 lid 1 van de EEX-Verordening (herzien), alsmede de uitwerking daarvan, vertoont veel gelijkenis met de toets die wordt aangelegd door de scope rule. In de Memorie van Toelichting is te lezen dat het niet mogelijk bleek om de scope rule te formuleren als bevoegdheidscriterium omdat dit in strijd zou komen met het Unierecht, meer in het bijzonder met de EEX-Verordening (herzien). Om deze reden is de scope rule in het Wetsvoorstel geformuleerd als ontvankelijkheidscriterium. Wij vragen ons af of dit niet een meer semantische oplossing is die nog altijd op gespannen voet staat met het Unierecht. De scope rule heeft immers – hoewel nu in de sleutel van de ontvankelijkheid geplaatst – nog altijd dezelfde bedoeling (het creëren van een territoriale beperking) en werking. De Memorie van Toelichting stelt op dit punt wel deels, maar niet helemaal, gerust, te meer gelet op de afslui-

tende opmerking dat het laatste woord in dit kader aan het Hof van Justitie is.⁴⁹

Een buitenlandse benadeelde zal overigens nog al eens kunnen worden verrast door de (soms misschien onwenselijke) gebondenheid aan een uitspraak van de Nederlandse rechter bij gebreke aan een tijdige opt-out. Het is de vraag of de bekendmaking van de procedure (art. 1018f lid 3 Rv (nieuw)) voldoende waarborgen biedt.⁵⁰ In beginsel gebeurt dit door aankondiging in één of meer door de Rechtbank Amsterdam aan te wijzen nieuwsbladen. De rechtbank is vrij een andere wijze van aankondiging en mededeling voor te schrijven. Bovendien zal er een centraal register voor collectieve vorderingen worden ingesteld.⁵¹ Voorts vragen wij ons ook af wat er zal gebeuren met procedures in andere landen (al dan niet buiten Europa) tegen een of meer kartellisten. Deze worden niet geschorst op de voet van art. 1018m Rv dat slechts betrekking heeft op andere in Nederland gevoerde procedures. Wellicht dat art. 28 EEX-Verordening (herzien) een grondslag biedt voor aanhouding. De vraag is echter hoe hiermee zal worden omgegaan door rechters in andere lidstaten. Dit is moeilijk te voorspellen maar zal vanzelfsprekend medebepalend zijn voor de mate van effectiviteit en efficiëntie die de collectieve actie kartellisten zou moeten bieden.

4.4 Schikken en regresproblematiek

Een laatste punt dat wij zouden willen aanstippen, is de vraag in hoeverre de mogelijkheid van gedwongen collectieve schadeafwikkeling zoals die thans staat opgenomen in het Wetsvoorstel bruikbaar is voor de ingewikkelde regresproblematiek die speelt bij het schikken van kartelschadezaken. Op grond van het Wetsvoorstel zal de rechtbank, na aanwijzing van de Exclusieve Belangenbehartiger, partijen trachten te bewegen tot een schikking (art. 1018g Rv en 1018h Rv). Die schikking wordt getoetst als ware het een WCAM-schikking, maar het grote verschil is dat na de verbindendverklaring door de rechtbank alle personen gebonden zijn die niet al eerder zijn uitgestapt via de opt-out. Betreft de collectieve vordering schadevergoeding, dan zal het ultimatum remedium zijn dat de rechter een collectieve schadeafwikkeling oplegt aan partijen. Voor het zo ver is, zal de rechter trachten de Exclusieve Belangenbehartiger en verweerder(s) tot het doen van voorstellen daartoe te bewegen (art. 1018i Rv lid 1). De rechter werkt aldus, zo nodig zonder de medewerking van partijen, toe naar de vaststelling van een collectieve schadeafwikkeling die strekt tot vergoeding door gedaagde van de schade van de ‘nauw omschreven groep’ voor zover die niet via de opt-out zijn uitgestapt. De rechter probeert daarbij Afd. 6.1.10 BW toe te passen, mag waar mogelijk categorieën van benadeelden vaststellen, zorgt voor een redelijke hoogte van de toegekende vergoedingen en waarborgt de belangen van de

46 Gedaagden die buiten de EU zijn gevestigd kunnen op grond van art. 7 Rv in de Nederlandse procedure worden betrokken.

47 Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870 (*CDC Project 14 SA/Shell Petroleum NV e.a.*) en Rb. Amsterdam 4 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3190 (*CDC Project 13 SA/AkzoNobel NV e.a.*).

48 Van een afzonderlijk kartel was bijvoorbeeld sprake bij het liftenkartel, zie Rb. Rotterdam 17 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5504 (*Stichting Elevator Cartel Claim/Kone BV e.a.*). In feite bestond dat uit vier afzonderlijke kartels (in Nederland, België, Luxemburg en Duitsland). De Rechtbank Rotterdam verklaarde zich om deze reden onbevoegd om te kennis te nemen van de vorderingen tegen de gedaagden die niet aan het Nederlandse kartel hadden deelgenomen. Volgens de rechtbank bestond een onvoldoende nauwe band tussen (i) de vorderingen tegen de deelnemers aan het Nederlandse kartel; en (ii) de vorderingen tegen de deelnemers aan de andere drie kartels.

49 *Kamerstukken II 2016/17*, 34608, 3, p. 25.

50 Zie uitgebreid: J. de Bie Leuveling Tjeenk & J.B. van de Velden, ‘Collectief schadeverhaal vanuit de optiek van de aangesproken partij’ in dit nummer van *Ondernemingsrecht (Ondernemingsrecht 2017/85)*.

51 Art. 3:305a lid 7 BW (nieuw); art. 1018c Rv (nieuw).

betrokken partijen bij de schadeafwikkeling. Het lijkt mij dat deze handelwijze van de rechter pas kan plaatsvinden nadat een uitvoerig inhoudelijk debat over de schade heeft plaatsgevonden waarbij de rechter zich op deugdelijke wijze (via deskundigeberichten) heeft laten voorlichten, mede gelet op de complexiteit van de schadediscussie in kartelzaken.

Uit de hierboven gegeven – korte – beschrijving – van het Wetsvoorstel op dit punt volgt dat het Wetsvoorstel uitgaat van de ‘gebruikelijke’ situatie van enerzijds een groep van benadeelden en anderzijds een beperkt aantal schadeveroorzakers die allen in de procedure zijn betrokken. Bij kartelschadezaken ziet het processuele landschap er vaak anders uit. De kartellisten – een kartel kan makkelijk meer dan tien deelnemers hebben die vaak verspreid zijn over de hele wereld – zijn vaak niet allemaal in de procedure betrokken (gelet op de hoofdelijke aansprakelijkheid is dit ook helemaal niet nodig en werkt het slechts complicerend voor de benadeelden). In het kader van het (gedwongen) onderhandelen over een schikking in de collectieve procedure zullen de in die procedure betrokken kartellisten voorstellen moeten doen die betrekking hebben op het afwickelen van de schade van de hele groep benadeelden, inclusief de schade die op grond van de onderlinge draagplicht voor rekening komt van de niet in de procedure betrokken kartellisten. Bij de vraag of een schikking vanuit het perspectief van een of meer kartellisten redelijk is, zal ook (met name) een rol spelen in hoeverre er regresmogelijkheden zijn/hoe de schade binnen het kartel wordt verdeeld. Het is de vraag of hiermee in het huidige Wetsvoorstel voldoende rekening wordt gehouden.

5. Afronding

Is collectief schadeverhaal bij kartels een zegen of een vloek? Wellicht een wat onbevredigende conclusie maar wij vragen ons af of het überhaupt een van beide zal zijn. Hoewel in de weinige literatuur die hier inmiddels over is verschenen bepaalde doemscenario's worden geschetst, is het onze verwachting dat de traditionele kartelschade *litigation funders* vooralsnog geen gebruik zullen maken van de collectieve schadevergoedingsactie in de nieuwe regeling van art. 3:305a BW en mogelijk zelfs zullen uitwijken naar het buitenland. Een uitzondering zou mogelijk kunnen gelden voor procedures over kartels in de financiële sector. Dergelijke procedures zullen wellicht ter hand worden genomen door andere partijen dan de traditionele kartelschade *litigation funders*, partijen die vanuit hun ervaring met procedures in de financiële sector meer ‘gewoon’ zijn met het fenomeen van de 3:305a-actie. Voor Nederlandse benadeelden kan de collectieve actie in dat geval wellicht een zegen vormen, mede gelet op de gedwongen collectieve afwikkeling (de spreekwoordelijke stok); voor buitenlandse benadeelden die zich onverwacht zien geconfronteerd met een (ook voor hen bindend) vonnis kan het een verrassing zijn en mogelijk zelfs een vloek. Ook kartellisten zullen wellicht bevreesd zijn voor de vraag hoe een gedwongen col-

lectieve schadeafwikkeling uitpakt in het licht van de ingewikkelde regres-discussies tussen kartellisten onderling, zeker als niet alle kartellisten in de Nederlandse procedure zijn betrokken.