

339. De gevolgen van een *stand alone* civielrechtelijke vaststelling van een kartel

MR. J. RUIGEWAARD EN MR. T. RAATS

In dit artikel bespreken auteurs de gevolgen van een civielrechtelijke vaststelling van een mededingingsrechtelijke inbreuk. Dit onderwerp wordt belicht vanuit een civielrechtelijke en publiekrechtelijke invalshoek. De auteurs bespreken daarbij onderwerpen zoals de binding van derden aan een vonnis in een eerder civiel geschil, de bewijswaarde van een civielrechtelijke vaststelling en de verhouding tussen een dergelijke vaststelling en de beginselplicht tot handhaving die rust op ACM. Tevens besteden auteurs aandacht aan praktische vragen zoals het verkrijgen van toegang tot het (civiele) procesdossier door ACM en door eventuele benadeelde partijen.

Kartelschadeprocedures behoren de laatste jaren tot de meest besproken onderwerpen in mededingingsrechtelijke kringen. Niet alleen in de literatuur werd en wordt regelmatig aandacht besteed aan dit onderwerp,¹ ook de Europese Commissie ("EC") zelf deed een duit in het zakje door de richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht voor te stellen en de documenten die daaraan vooraf gingen.²

De vele woorden over kartelschadevorderingen gaan gepaard met daden in de vorm van een flink aantal procedures waarin benadeelde partijen schadevergoeding vorderen van ondernemingen die beboet zijn vanwege een inbreuk op het kartelverbod. Enkele Nederlandse voorbeelden zijn de zaken over het luchtvrachtkartel,³ het liftenkartel,⁴ het gasgeïsoleerd schakelmateriaalkartel,⁵ het paraffinewaskartel,⁶ het natriumchloraatkartel⁷ en het spanstaalkartel.⁸ Inmiddels is ook bekend dat zaken zijn

gestart in verband met het vrachtwagenkartel dat in juli 2016 werd beboet.⁹

Deze procedures hebben met elkaar gemeen dat zij volgden op een publiekrechtelijke vaststelling dat sprake is van een inbreuk op het kartelverbod. Eisende partijen maken daarbij gebruik van de regel dat nationale rechters geen beslissing mogen nemen die strijdig is met een beschikking van de EC.¹⁰ Met andere woorden: als de EC vaststelt dat sprake is van een overtreding van artikel 101 of 102 VWEU dan kunnen partijen in een civiele procedure een beroep doen op die vaststelling en is de nationale rechter daaraan gebonden. In Nederland geldt hetzelfde voor de bindende kracht van ACM-beschikkingen terwijl aan beschikkingen van buitenlandse mededingingsautoriteiten een zekere bewijskracht toekomt.¹¹

Dat eisers doorgaans 'meeliften' op een beslissing van een mededingingsautoriteit is verklaarbaar doordat het simpelweg veel lastiger is om zelfstandig een inbreuk op het mededingingsrecht te bewijzen. Dat is niet in de laatste plaats het gevolg van de tamelijk hoge eisen die de Hoge Raad stelt aan de onderbouwing van een beroep op het mededingingsrecht.¹²

Het afgelopen jaar bleek echter dat een beroep op schending van het kartelverbod zonder voorafgaande vaststelling door een mededingingsautoriteit wel degelijk gehoor kan vinden in een civiele procedure, waarin de civiele rechter eigenhandig vaststelde dat het kartelverbod was overtreden.

1 Zie bijvoorbeeld het themanummer over civielrechtelijke handhaving MP 2015/3; en meer recent: R. Mahler, 'Van kartelparadijs naar kartelprocesparadijs?', MP 2017/5, nr. 253.

2 Richtlijn 2014/104/EU 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, Publicatieblad L 349 p. 1-19, 5 december 2014.

3 Zie de meest recente uitspraken inzake het luchtvrachtkartel: Rb. Amsterdam 13 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:6607; Rb. Amsterdam 2 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5512.

4 Zie onder meer Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284.

5 Zie onder meer Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

6 Zie onder meer Rb. Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.

7 Zie onder meer Rb. Amsterdam 10 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3166.

8 Zie onder meer Rb. Limburg 16 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9897.

9 Zie de provisionele niet-vertrouwelijke versie van het besluit van 19 juli 2016 in zaak AT.39824 (Trucks).

10 Zie artikel 16 van Verordening 1/2003.

11 Zie artikel 9 van de Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht en de implementatie daarvan in artikel 161a Rv.

12 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345 (ANVR/IATA), NJ 2013/155.

den.¹³ Die ontwikkeling roept de vraag op wat de gevolgen zijn van die civielrechtelijke vaststelling. De rechtsgevolgen van een succesvol beroep op het mededingingsrecht zijn duidelijk voor de partijen die direct betrokken waren bij de procedure. Het oordeel van de rechter is voor hen bindend. Als zij een afspraak met elkaar hebben gemaakt die in strijd is met bijvoorbeeld het kartelverbod, dan is die afspraak nietig.

De gevolgen van een civielrechtelijke vaststelling dat het kartelverbod is geschonden zijn echter aanzienlijk minder duidelijk buiten de context van de procedure waarbinnen die schending is vastgesteld. In dit artikel behandelen wij de gevolgen van een civielrechtelijke vaststelling van een inbreuk op het kartelverbod, vanuit zowel de optiek van benadeelde derden als de eventuele publiekrechtelijke handhaving ná de civielrechtelijke vaststelling.

Civielrechtelijke gevolgen

Een voorbeeld

Na woelige tijden in de markt sluiten vier groothandelaren een convenant met de strekking dat zij geen korting zullen geven op de adviesprijs van de producent van een product dat zij leveren. Een van de groothandelaren blijkt zich niet aan de afspraak te houden. Een andere groothandel ontdekt dat via een van zijn klanten en start een procedure om nakoming van het convenant te vorderen. In de procedure tussen deze twee partijen stelt de rechter vast dat sprake is van een inbreuk op het kartelverbod en constateert dat het convenant nietig is.

Na publicatie van het vonnis is het goed voorstelbaar dat afnemers van deze groothandel vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden. In de hierboven beschreven situatie van een *stand-alone* civielrechtelijke vaststelling kunnen de afnemers niet vertrouwen op een publiekrechtelijke beschikking waarin een mededingingsrechtelijke inbreuk bindend wordt vastgesteld. De vraag is dan in hoeverre zij een beroep kunnen doen op de uitspraak van de rechter die tot stand is gekomen in een procedure waarbij zij niet betrokken waren.

Derdenwerking van civielrechtelijke uitspraken

Een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan (met andere woorden, waartegen geen beroep meer openstaat), is bindend tussen de procespartijen in het geding dat tot het vonnis heeft geleid. Het vonnis heeft op grond van artikel 236 Rv gezag van gewijsde tussen de procespartijen. Dat brengt met zich mee dat in een volgend geding tussen de procespartijen niet kan worden afgeweken van de uitkomst van deze eerdere procedure. De gedachte achter deze regel

is dat het niet de bedoeling is dat een teleurgestelde partij herhaaldelijk hetzelfde geschilpunt aan de rechter kan voorleggen, anders dan in hoger beroep of cassatie.

Dat een civielrechtelijk vonnis niet bindend is voor benadeelden van een mededingingsrechtelijke inbreuk, neemt niet weg dat er een zekere autoriteit uitgaat van een rechterlijk oordeel

De werking van artikel 236 Rv is beperkt tot de partijen die betrokken waren bij de procedure die tot het vonnis heeft geleid. Een vonnis van een civiele rechter krijgt dus geen gezag van gewijsde ten aanzien van derden die geen partij waren in de procedure die leidde tot de uitspraak.¹⁴ In ons eerdere voorbeeld kunnen de afnemers van de groothandelaren dus niet uitsluitend varen op het vonnis waarin de mededingingsovertreding werd vastgesteld. Zij zullen in beginsel zelf de overtreding moeten aantonen. De rechter is daarbij (op grond van artikel 24 Rv) gebonden aan hetgeen partijen ten grondslag leggen aan de vordering.

Informe binding

Dat een civielrechtelijk vonnis niet bindend is voor benadeelden van een mededingingsrechtelijke inbreuk, neemt niet weg dat er een zekere autoriteit uitgaat van een rechterlijk oordeel. Als een rechter concludeert dat sprake is van een overtreding van de mededingingsregels gaat daar meestal (indachtig de *ANVR/IATA*-maatstaf¹⁵) een vrij uitgebreide beoordeling van de (economische) feiten en omstandigheden aan vooraf.

Van der Wiel bepleitte in het Nederlands Juristenblad een zekere mate van derdenwerking van civielrechtelijke uitspraken.¹⁶ Hij stelde voor dat uitspraken in de verhouding tussen de procespartijen en derden een voorwaardelijk bindende werking hebben. Daarbij wordt aangenomen dat het oordeel van de eerdere rechter juist is, maar de gedaagde kan zich tegen die aanname verweren. Aangezien het oordeel van de rechter geen gezag van gewijsde heeft in de procedure met de derde, kunnen daarbij redenen worden aangevoerd waarom de eerdere rechter het niet bij het juiste eind had. Als de gedaagde voldoende gemotiveerd betwist dat sprake is van een inbreuk op het kartelverbod is het, op grond van de normale bewijslastverdeling van artikel 150 Rv, aan de eiser om te bewijzen dat sprake is van een inbreuk.

¹⁴ Bevestigd door de Hoge Raad in HR 23 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0694 (*ABN Amro/NTM*), NJ 2003/716, rov. 3.4.

¹⁵ Inhoudende dat degene die zich op het standpunt stelt dat een ander in strijd met het mededingingsrecht handelt, dit dient te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden, opdat een voldoende adequaat en gefundeerd (economisch) partijdebat en daaropvolgend rechterlijk oordeel mogelijk worden gemaakt, zie HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, rov. 3.5.2.

¹⁶ B.T.M. van der Wiel, *Derdenwerking van rechterlijke uitspraken*, NJB 2011/671.

Voor die benadering valt veel te zeggen. Voorwaardelijke binding biedt partijen de gelegenheid om een geschil op een efficiënte manier af te wikkelen en te focussen op de daadwerkelijke geschilpunten. Tegelijkertijd wordt de gedaagde niet aangetast in zijn rechten van verdediging. Sterker nog, gedaagden die in beide procedures betrokken zijn, hebben zowel in de eerste procedure (waarin een inbreuk wordt vastgesteld) als in de daaropvolgende procedure de gelegenheid om verweer te voeren.

Voorwaardelijke binding aan een vonnis is bovendien niet zonder precedent. In de context van de *World Online*-saga overwoog de Hoge Raad in het kader van de collectieve actie dat het in de rede ligt om een onrechtmatigheidsoordeel als uitgangspunt te nemen in eventuele vervolgproudures van individuele benadeelden.¹⁷ Dat riekt naar een vorm van voorwaardelijke binding. Hoewel het in *World Online* ging om een collectieve actie met het doel om ten behoeve van derden een onrechtmatigheidsoordeel uit te lokken, blijft het uitgangspunt gelden dat de uitspraak in die procedure enkel gezag van gewijsde heeft jegens de procespartijen.¹⁸ In die zin is de situatie in een collectieve actie niet wezenlijk anders dan in een 'normale' civielrechtelijke procedure.

Voor de toepassing van deze voorwaardelijke binding op ons eerdere voorbeeld ontlenen wij inspiratie aan de recente uitspraak inzake *ML Tours*.¹⁹ Stel dat in de eerdere procedure een inbreuk op het kartelverbod is vastgesteld, en een beroep op de bagateluitzondering is afgewezen omdat daarvoor onvoldoende is gesteld, dan lijkt het efficiënt om in een eventuele vervolgproudures uit te gaan van een inbreuk op artikel 6 Mw en voornamelijk in te zoomen op de vraag of de uitzondering van artikel 7 Mw mogelijk toch van toepassing is.

Een tweede vraag is of voorwaardelijke binding aan het vonnis ook zou moeten gelden ten aanzien van vermeende inbreukmakers die niet bij een eerder vonnis betrokken waren. In ons eerdere voorbeeld sloten vier groothandelaren het convenant terwijl maar twee partijen betrokken waren in de procedure waarin de mededingingsrechtelijke inbreuk werd geconstateerd. Geldt ten aanzien van de andere twee groothandelaren nu voorwaardelijke binding aan het vonnis als hun betrokkenheid bij het convenant daarin wel wordt genoemd? Onzes inziens zou dat te ver strekken. Zij hebben immers niet de gelegenheid gehad om verweer te voeren in het partijdebat over de mededingingsrechtelijke inbreuk. Er is dan ook geen rechtvaardiging om ten aanzien van die partijen, al is het slechts voorwaardelijk, binding aan de eerdere vaststelling aan te nemen.

Bewijswaarde en bewijsvergaring

Als benadeelde partijen schadevergoeding vorderen van vermeende inbreukmakers die niet betrokken waren bij een

voorafgaand vonnis, dan zouden zij baat kunnen hebben bij informatie die gedurende de voorgaande procedure over tafel is gegaan. Aan de hand daarvan kunnen zij hun vordering immers onderbouwen. De exhibitieplicht van artikel 843a Rv biedt mogelijkheden om bepaalde relevante stukken uit een procedure te verkrijgen. Op grond van dit artikel kan een partij die daarbij een rechtmatig belang heeft, (voldoende gespecificeerde) stukken verkrijgen betreffende een rechtsbetrekking waarbij hij partij is.

Hoewel het niet vaak voorkomt dat processtukken uit een andere procedure worden opgevraagd via dit artikel, is het in het verleden wel gelukt om informatie langs deze weg te verkrijgen. In het kader van een procedure over de geldigheid van een octrooi, vorderde de eiser (in een separaat kort geding) afschrift van processtukken die gedaagden hadden gevoerd tegen hun octrooigemachtigde over hetzelfde octrooi. Deze vordering werd toegewezen voor zover het ging om stukken die raakten aan de geldigheid van het intellectuele eigendomsrecht.²⁰

Deze route kan dus steun bieden aan eisers als een gedaagde voldoende onderbouwd verweer voert tegen de eerdere vaststelling dat sprake is van een inbreuk op het kartelverbod. Ruimere mogelijkheden voor preprocesuele bewijsverzameling zou bovendien mooi aansluiten bij de recente adviezen van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Procesrecht.²¹ Opvragen van stukken uit het procesdossier kan in het bijzonder een oplossing bieden als een eiser vorderingen instelt tegen inbreukmakers die niet betrokken waren bij het eerdere vonnis (waartegen de voorwaardelijke binding niet geldt). Op hun beurt kunnen gedaagde partijen die niet bij de eerdere procedure betrokken waren zelf ook baat hebben bij de informatie uit het voorafgaande procesdossier om verweer te voeren tegen de ingestelde vorderingen.

Publiekrechtelijke gevolgen

Het voorbeeld

Terug naar het bovenstaande voorbeeld van de vier groothandelaren die een convenant sloten met de strekking dat zij geen korting zouden geven op de adviesprijs van de producent van een product dat zij leveren. Kort na publicatie van de uitspraak valt een informatieverzoek van ACM op de deurmat van de procespartijen. ACM vordert het procesdossier en stelt nadere vragen over het convenant. Onwaarschijnlijk? Niet geheel. De auteurs van deze bijdrage zijn bekend met één zaak waar ACM op basis van een civiele procedure besloot een onderzoek te starten naar een overtreding van het kartelverbod en daarbij het gehele procesdossier te vorderen.

¹³ Zie onder meer HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1354 (*KNMvD/AGIB*); Hof Amsterdam 13 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2270 (*ML Tours/Nuhr*); Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6390 (*Salor Spakenburg*); Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7947 (*VNBMT/VGZ*).

¹⁷ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*VEB/World Online*), NJ 2014/201.

¹⁸ Zie ook HR 7 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2483 (*Philips/VEB*), NJ 1998/268, rov. 3.3.5.

¹⁹ Hof Amsterdam, 13 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2270.

²⁰ Voorzieningenrechter Rb. 's-Gravenhage 21 september 2005, JBPR 2006/25 (*Wijbenga/Eisenkolb en Inprotec*), m.nt. M.A.J.G. Janssen.

²¹ Zie Advies april 2017 van de expertgroep Modernisering Burgerlijk Procesrecht, beschikbaar via: <http://njb.nl/Uploads/2017/4/Advies-expertgroep-Modernisering-burgerlijk-bewijsrecht-april-2017.pdf>

Publiekrechtelijke handhaving ná civielrechtelijke handhaving

De toenemende mate waarin het mededingingsrecht (met succes) wordt ingeroepen in civiele zaken, leidt tot de vraag: hoe verhoudt de *stand-alone* civielrechtelijke vaststelling zich tot de (eventuele) daaropvolgende publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door ACM?

Aangenomen wordt dat publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht complementair zijn aan elkaar.²² De gedachte daarbij is dat publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhaving gezamenlijk de volle werking van het mededingingsrecht garanderen.²³ In de EU ligt ten aanzien van handhaving van het mededingingsrecht het primaat bij de publiekrechtelijke handhaving, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de praktijk in de Verenigde Staten, waar op basis van de Sherman Act in civiele procedures partijen *treble damages* kunnen vorderen, hetgeen – zo kan worden betoogd – private handhaving in de Verenigde Staten een zeker punitief element heeft.²⁴ Discussies in de EU over de verhouding publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhaving zien (mede daarom wellicht) met name op *follow-on* civielrechtelijke handhaving en niet zozeer op *follow-on* publiekrechtelijke handhaving.

In tegenstelling tot de *follow-on* of *stand-alone* civielrechtelijke handhaving bestaan er geen specifieke regels die waarin publiekrechtelijke handhaving betrekking hebben op het geval volgt op civielrechtelijke handhaving

In tegenstelling tot de *follow-on* of *stand-alone* civielrechtelijke handhaving bestaan er geen specifieke regels die betrekking hebben op het geval waarin publiekrechtelijke handhaving volgt op civielrechtelijke handhaving. Desalniettemin heeft het Hof haar licht laten schijnen op de bevoegdheden van de EC in dergelijke situaties in het *Masterfoods* arrest. Uit *Masterfoods* volgt dat de Commissie niet gebonden is aan een besluit dat een nationale rechter op grond van artikel 101(1) en 102 VWEU heeft genomen en dat zij op elk moment een individuele beschikking op grond van artikel 101(1) en 102 VWEU kan nemen, ook wanneer deze beschikkingen in tegenspraak is met die eerdere beslissing.²⁵ Met andere woorden, de EC is *hoe dan ook* bevoegd tot het nemen een beschikking en deze beschikking kan vervolgens

in lijn zijn met of afwijken van het eerdere besluit van de civiele rechter. Indachtig deze uitspraak en het gebrek aan regels die het tegengestelde voorschrijven, menen wij dat ook de ACM bevoegd is tot handhaving van artikel 6 en 24 Mw en 101(1) en 102 VWEU, los van civielrechtelijke handhaving.

Publiekrechtelijke handhaving op basis van civielrechtelijke vaststelling

De stelling dat een civielrechtelijke vaststelling niet de uitsluitende basis kan vormen voor een ACM boetebesluit zal weinig verbazing wekken. Hoewel voor publiekrechtelijke en civielrechtelijke handhaving het materiële toetsingskader hetzelfde is – namelijk de Mw en het VWEU – geldt voor publiekrechtelijke handhaving het bestuursrechtelijke bewijsrecht, terwijl voor civielrechtelijke handhaving het uitgangspunt het civiele bewijsrecht vormt. ACM zal moeten voldoen aan de bestuursrechtelijke normen, zoals zorgvuldig onderzoek,²⁶ zorgvuldige belangenafweging,²⁷ de hoorplicht²⁸ en motivering van besluiten.²⁹ Deze waarborgen worden mede gerechtvaardigd door de mogelijkheid voor ACM om door middel van handhavend optreden boetes en/of een last onder dwangsom op te leggen aan ondernemingen en feitelijk leidinggevend. De vraag is of ACM kan voldoen aan deze normen, indien zij in een boetebesluit zou volstaan met de eenvoudige verwijzing naar een civielrechtelijke vaststelling van een kartelinbreuk. Wij menen dat dit niet het geval is, vanwege de verschillen tussen de bovenvermelde bestuursrechtelijke normen en het civiele bewijsrecht. Zo vindt in geval van uitsluitend een verwijzing naar een civielrechtelijke vaststelling geen eigen onderzoek van ACM plaats, waarmee lijkt te zijn uitgesloten dat ACM voldoet aan het motiveringsbeginsel. Ook is bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces niet gewaarborgd, als uitsluitend de civielrechtelijke uitspraak als bewijs dient ten aanzien van kartelleden die geen partij waren bij het civielrechtelijke geding.

Het open systeem van het civiele bewijsrecht heeft niet de waarheidsvinding als doel, maar gaat uit van hetgeen partijen stellen en (zo nodig) bewijzen. In civielrechtelijke zaken waarin een beroep wordt gedaan op het mededingingsrecht wil het hier nog wel eens aan schorten. Zie in dat kader ook de overweging van de Hoge Raad in het eerder genoemde *ANVR/IATA* arrest dat in het mededingingsrecht vraagstukken van (niet zelden complexe) economische aard centraal staan.³⁰ De uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam in de zaak *ML Tours* is in dat kader exemplarisch. *ML Tours* erkende weliswaar de marktverdelingsafspraken, maar beriep zich op de bagatelbepaling ex artikel 7 lid 2 Mw. Dit bracht *ML Tours* echter geen soelaas: volgens het Gerechtshof lichtte *ML Tours* onvoldoende toe waarom

26 Art. 3:2 Awb.

27 Art. 3:4 lid 2 Awb.

28 Afd. 4.1.2. Awb.

29 Art. 3:46 e.v. en 7:12 Awb.

30 HR 21 december 2012, NJB 2013,143, RCR 2013,17, LJN BX0345 (ANVR c.s./IATA-NL)

de afspraak tussen partijen kon profiteren van de bagateluitzondering. Dit oordeel kan weliswaar begrijpelijk zijn indachtig het civiele bewijsrecht, maar zou wel eens geheel anders kunnen uitvallen na een zorgvuldig onderzoek en daaropvolgende besluitvorming door ACM.

Een civielrechtelijke vaststelling kan slechts het startschot en geenszins de finishlijn vormen van een onderzoek van ACM

Kortom, een civielrechtelijke vaststelling kan slechts het startschot en geenszins de finishlijn vormen van een onderzoek van ACM.

Beginselplicht tot handhaving?

Het is de vraag of ACM – indachtig de beginselplicht tot handhaving³¹ – na een civielrechtelijke vaststelling nog wel de vrijheid heeft handhaving achterwege te laten, indien zij een verzoek daartoe ontvangt. Op grond van rechtspraak geldt hierbij dat gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, in geval van geconstateerde overtreding van de Mw, ACM ook gebruik zal moeten maken van haar bevoegdheden in de Mw om deze regels te handhaven.³² Zoals hierboven is uiteengezet, kan de civielrechtelijke vaststelling niet het onderzoek van ACM vervangen en is er in dat opzicht dus ook nog geen overtreding geconstateerd. Wij menen daarom dat het ACM vrijstaat haar prioriteringsbeleid toe te passen op klachten die zij ontvangt naar aanleiding van een civielrechtelijke vaststelling. Of ACM op basis van een civielrechtelijke vaststelling besluit de handschoen op te pakken, zal dus afhangen van haar prioriteringsbeleid.³³ Van belang is hierbij dat ACM onder andere kijkt naar de

"potentiële schade en maatschappelijke schade die door een eventueel optreden voorkomen of beperkt kan worden", alsmede "wat handhavend optreden (...) in potentie direct of indirect kan opleveren in termen van welvaartswinst voor consumenten op korte en lange termijn". Dit alles met in het achterhoofd "de inschatting of met de inzet van een geschikt handhavinginstrument op korte termijn een gewenste situatie kan worden bereikt of in voldoende mate benaderd". Legt men deze criteria naast het resultaat van een civielrechtelijke vaststelling en daarmee verbonden nietigheid van de afspraken, kan men zich afvragen of op basis van het prioriteringsbeleid nog wel een rol voor ACM is weggelegd in zaken die reeds civiel tot een 'goed einde' zijn gebracht.

Daar staat tegenover dat een civielrechtelijke vaststelling uitsluitend voorziet het oplossen van een geschil tussen partijen. Het publieke belang staat daarbij niet op de voor-

grond, maar het individuele belang van partijen, zeker nu civielrechtelijke handhaving in Nederland geen punitief karakter kent. In dat opzicht zou ACM zich kunnen handhaven om deze lacune op te vullen en via publieke handhaving alsnog te voorzien in het punitieve element, alsmede *namings & shaming*. Dat zijn echter nu net criteria die niet voorkomen in het prioriteringsbeleid van ACM, althans niet letterlijk.³⁴

Toegang tot procesdossier

Mocht ACM besluiten naar aanleiding van een civielrechtelijke vaststelling een onderzoek naar een overtreding van de Mw te starten, dan zal zij toegang wensen tot het procesdossier en de daarin opgenomen bewijsstukken. Het procesdossier zal immers een aantal stukken bevatten die ACM nodig heeft bij het opstellen van een rapport waarin een overtreding wordt vastgesteld.

Zowel vanuit civielrechtelijk als publiekrechtelijk oogpunt bestaat een risico dat een vaststelling van een inbreuk een vervelend staartje krijgt

Op grond van artikel 6b Instellingswet ACM, heeft ACM het recht om van een ieder informatie te vragen en te ontvangen die ACM redelijkerwijs nodig heeft voor de uitvoering van haar wettelijke taken. De bevoegdheid van ACM om informatie te vragen en ontvangen wordt beperkt door het verschoningsrecht en het *legal privilege*.³⁵ Er geldt voor een ieder de verplichting om aan ACM alle medewerking te verlenen. Hier wringt de schoen voor ondernemingen die in een civielrechtelijke procedure een geschil wensen te beslechten over een overtreding van de mededingingsregels. Welke onderneming zal immers in rechte uitgebreid haar betrokkenheid bij een inbreuk op de Mw uiteenzetten, wanneer ACM vervolgens eenvoudig toegang tot deze stukken verkrijgt? Wij zien echter niet direct mogelijkheden voor ondernemingen om zich met succes te verweren tegen ACM wanneer ACM het procesdossier van partijen vordert. De stukken zijn vrijwillig door partijen in het geding gebracht en zijn niet beschermd door enig *legal privilege*. Een onderneming zou kunnen betogen dat zij op grond van het zwijgrecht haar betrokkenheid bij een inbreuk niet hoeft te erkennen aan ACM. Om die reden zouden documenten uit het procesdossier waarin de onderneming de inbreuk erkent niet door ACM gebruikt mogen worden, zou dan het argument zijn. Deze stelling zal onzes inziens echter weinig brengen: de cautieplicht geldt uitsluitend voor ACM jegens een onderneming zodra sprake is

22 Zie onder meer HvJ EU 20 september 2001, zaak C-453/99 (*Courage/Crehan*), ECLI:EU:C:2001:465, rov. 27 en Kartelschaderichtlijn, preambule 3.

23 Kartelschaderichtlijn, preambule 3.

24 W.P.J. Wils, *Private Enforcement of EU Antitrust Law and its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future*, forthcoming in *World Competition*, Volume 40, Issue 1, March 2017, p. 15.

25 Zaak C-344/98, *Masterfoods and HB*, EUR:C:2000:689, paragraaf 48. Hoewel aan aantal conclusies uit het *Masterfoods* arrest later zijn gecodificeerd in artikel 16 van Verordening 1/2003, geldt dit niet voor specifiek paragraaf 48.

31 Zie bijvoorbeeld Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 4 juni 2014 ECLI:NL:RVS:2014:1982.

32 CBB 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700, r.o. 7.2.1

33 Prioritering van handhavingverzoeken door de Autoriteit Consument en Markt d.d. 18 maart 2016 ACM/DJZ/2016/200888.

34 Overigens lijkt het voor betrokken ondernemingen wel mogelijk om na een civielrechtelijke vaststelling op basis van een clementieaanvraag boete-immuniteit te verkrijgen, mits voldaan wordt aan de reguliere eisen die daaraan worden gesteld in de Beleidsregel clementie.

35 Artikel 12g Instellingswet ACM.

van een redelijk vermoeden van overtreding van de mededingingsregels.

Het lijkt onwaarschijnlijk dat een erkenning voorafgaand aan enige onderzoekshandeling door ACM op grond van het zwijgrecht of de cautieverplichting buiten het dossier gehouden kan worden.

Conclusie

De enigszins onbehagelijke conclusie van het voorgaande is dat het niet zonder risico is om een mededingingsrechtelijke inbreuk te stellen in een civiele procedure om onder een contractuele verplichting uit te komen. Zowel vanuit civielrechtelijk als publiekrechtelijk oogpunt bestaat een risico

dat een vaststelling van een inbreuk een vervelend staartje krijgt, te weten schadevergoeding, respectievelijk beboeting. In beide gevallen geldt dat een eerdere vaststelling niet bindend is in opvolgende procedures, maar dat het wel de aandacht vestigt op partijen en hen kwetsbaar maakt voor een onderzoek of schadevordering. Of deze risico's zich in de toekomst (op grote schaal) zullen manifesteren, is echter nog wel de vraag.

Over de auteurs

Mr. J. (Joris) Ruigewaard

Advocaat bij Maverick Advocaten N.V.

Mr. T. (Tim) Raats

Advocaat bij Maverick Advocaten N.V.