

# MEDEDINGING

Rechtspraak

## Manfredi: respect voor deze rechter!

Private enforcement in de praktijk

Mr. G. Oosterhuis

**H**et arrest Manfredi van het Hof van Justitie is interessant, omdat het een zogenaemde *private enforcement*<sup>1</sup> zaak betreft, dat wil zeggen een zaak waarin private partijen schadevergoeding vorderden op grond van een inbreuk op de mededingingsregels. Dit blijkt in de Italiaanse praktijk makkelijker gezegd dan gedaan. Het Hof tracht in zijn arrest richtlijnen te geven waaraan de nationale wetgeving moet voldoen om de individuele gelaedeerde in staat te stellen zijn recht te halen.

*Hof van Justitie, arrest van 13 juli 2006, C-295/04 – C-298/04, Vincenzo Manfredi (C-295/04) tegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antoni Cannito (C-296/04) tegen Fondiaria Sai SpA en Nicolò Tricarico (C-297/04) en Pasqualina Murgolo (C-298/04) tegen Assitalia Spa, n.n.g.*

### Inleiding

In de *Study on the conditions for claims for damages in case of infringement of EC competition rules*<sup>2</sup> (het Ashurst Rapport) was al geconcludeerd dat in geen van de lidstaten van de EU erg veel procedures ter zake van schadevorderingen wegens kartelinbreuken worden gevoerd. In het Groenboek 'Schadevorderingen wegens schendingen van de communautaire antitrustregels'<sup>3</sup> (het Groenboek), dat kort voor het arrest Manfredi werd gepubliceerd, heeft de Commissie enige suggesties gedaan ter bevordering van dit soort *private enforcement*-procedures.<sup>4</sup> Wanneer de suggesties uit het Groenboek naast het arrest Manfredi worden gelegd, blijkt ten eerste dat de Commissie wellicht al te laconiek doet over de invoering van schadevergoedingen met een punitief karakter (de zogenaemde *double damages*). Ten tweede blijkt dat in het Groenboek geen oplossing wordt aangereikt voor het concrete probleem van de verjaring waar Manfredi c.s. tegenaan liepen.

### Het toepasselijke nationale recht

Artikel 2 lid 2 van wet nr. 287 op de mededinging<sup>5</sup> (Italiaanse mededingingswet) verbiedt kartelafspraken tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de nationale markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of ver-

valst. Kartelafspraken omvatten zowel overeenkomsten als onderling afgestemde feitelijke gedragingen.<sup>6</sup> Verboden afspraken zijn van rechtswege nietig.<sup>7</sup> Artikel 33 Italiaanse mededingingswet bepaalt dat nietigheidsprocedures en vorderingen tot schadevergoeding ter zake van schendingen van artikel 2 Italiaanse mededingingswet moeten worden ingesteld bij het Corte d'Appello.<sup>8</sup> Blijkens het arrest begint de verjaringstermijn – ook bij duurovereenkomsten – te lopen op het moment dat de kartelafpraak tot stand kwam. De verjaringstermijn is vijf jaar.<sup>9</sup>

### Feiten

De Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (de Italiaanse Mededingingsautoriteit) heeft op 28 juli 2000 vastgesteld dat 39 verzekeringsmaatschappijen, waaronder Lloyd Adriatico Assicurazioni, Fondiaria Sai en Assitalia, artikel 2 Italiaanse mededingingswet hadden overtreden door een overeenkomst te sluiten over de uitwisseling van informatie zoals prijzen, kortingen, opbrengsten, kosten van schadegevallen en distributiekosten. Dit stelde hen in staat om de premies voor WA-motorrijtuigverzekering op elkaar af te stemmen en premieverhogingen door te voeren die niet gerechtvaardigd

- 1 Uit het vervolg zal blijken dat deze term mijns inziens enigszins misleidend is. Gelaedeerden hebben een recht op vergoeding van de schade die zij lijden wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Het is echter niet hun taak om het mededingingsrecht te handhaven. Omdat deze term ingeburgerd lijkt wordt hij in deze noot wel gebruikt.
- 2 Beschikbaar op de website van DG Mededinging.
- 3 COM 2005/672 van 19 december 2005.
- 4 Deze suggesties worden nader toegelicht in het Commission Staff Working Paper SEC 2005/1732.
- 5 Wet nr. 287 van 20 oktober 1990, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato, GURI nr. 240 van 13 oktober 1990, p. 3.
- 6 Artikel 2 lid 1 Italiaanse mededingingswet.
- 7 Artikel 2 lid 3 Italiaanse mededingingswet.
- 8 Namelijk dat Corte d'Appello dat bevoegd is op grond van de gewone regels inzake territoriale bevoegdheid. Een en ander is kennelijk vergelijkbaar met het Nederlandse systeem waarbij gelaedeerden civiele vorderingen voor schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht ook bij de regulier territoriaal bevoegde rechtbank moeten instellen.
- 9 Zie het Ashurst Rapport, Executive Summary Italy, onder paragraaf H. Timing.

De auteur is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

waren door de marktvoorwaarden. Dit bleek onder andere uit het feit dat de desbetreffende premies in Italië veel sterker waren gestegen dan in de rest van de EU; ze zouden 20 procent boven het niveau hebben gelegen dat op grond van de economische omstandigheden gerechtvaardigd was. Op de relevante markt zouden hoge toetredingsbarrières bestaan omdat voor de afwikkeling van schadegevallen een landelijk distributienet nodig is. Hierdoor was toetreding door verzekeringsmaatschappijen die geen onderdeel uitmaakten van het kartel moeilijk. Aangezien de WA-motorrijtuigverzekering een verplichte verzekering is, konden de consumenten deze prijsverhogingen niet vermijden.

Het oordeel van de Italiaanse mededingingsautoriteit is in hoogste instantie bekrachtigd door het Consiglio di Stato. Manfredi c.s. hebben, blijkbaar na de bekrachtiging in hoogste instantie van het besluit van de Italiaanse mededingingsautoriteit, een vordering ingediend bij de Giudice di Pace te Bitonto tot vergoeding van de door hen te veel betaalde premie in de periode 1997 tot en met 2001. In hun verweer stellen de verzekeringsmaatschappijen dat de Giudice di Pace onbevoegd is – omdat de Corte d'Appello bevoegd zou zijn – alsmede dat de vordering van Manfredi c.s. verjaard is.

De Giudice di Pace, de verwijzende rechter in deze procedure, is er blijkbaar van overtuigd dat hij Manfredi c.s. op grond van het Italiaanse nationale mededingingsrecht geen (afdoende) schadevergoeding zal kunnen toekennen en zoekt zijn heil bij het communautaire mededingingsrecht. Hij stelt dat aangezien er ook niet-Italiaanse verzekeringsmaatschappijen aan de informatie-uitwisseling deelnamen, het kartel behalve een inbreuk op artikel 2 Italiaanse mededingingswet, ook een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG vormt. Tevens meent hij dat elke derde, waaronder een consument, gerechtigd is de nietigheid van een kartelafpraak in te roepen en terzake schadevergoeding te eisen (mits sprake is van causaliteit). Daaruit volgt dat de bevoegdheidsregel van artikel 33 Italiaanse mededingingswet in strijd zou kunnen zijn met het communautaire recht, aangezien een procedure bij het Corte d'Appello duurder is en langer duurt dan een procedure bij het Giudice di Pace. Ten slotte heeft de Giudice di Pace<sup>10</sup> bedenkingen bij de relevante Italiaanse verjaringstermijn en de hoogte van de schadevergoeding. Hij stelt derhalve in totaal vijf vragen.

## Vragen

De eerste vraag gaat over de uitleg van artikel 81 EG en luidt als volgt:

*Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat een afspraak tussen verzekeringsmaatschappijen over de onderlinge uitwisseling van informatie of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in die zin, die de betrokken maatschappijen in staat stellen de premies voor de WA-motorrijtuigverzekeringen te verhogen in een mate die niet gerechtvaardigd is door de marktvoorwaarden, nietig zijn, mede gelet op het feit dat ondernemingen uit verschillende lidstaten aan de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedragingen deelnemen?*<sup>11</sup>

Het Hof memoreert allereerst dat eenzelfde gedraging een overtreding kan vormen van zowel het nationale als het communautaire kartelverbod vanwege het verschil in perspectief: de nationale regelingen richten zich op de nationale gevolgen en artikel 81 EG is van toepassing indien er sprake is van interstatelijk effect.<sup>12</sup> Het Hof antwoordt vervolgens dat het aan de nationale rechter is om te bepalen of het voldoende waarschijnlijk is dat de relevante gedraging daadwerkelijk of potentieel de verkoop van WA-motorrijtuigverzekeringen in Italië door marktdeelnemers uit andere lidstaten kan beïnvloeden en dat die invloed niet van geringe betekenis is.<sup>13</sup> Daarbij preciseert het Hof dat het feit dat marktdeelnemers uit verschillende lidstaten aan de relevante gedraging deelnamen wel een belangrijk, maar niet een afdoend element is om een interstatelijk effect vast te stellen.<sup>14</sup> Tevens wijst hij erop dat het feit dat de gedraging slechts het grondgebied van één lidstaat betrof, niet per se betekent dat er geen interstatelijk effect is, maar integendeel kan wijzen op nationale drempelvorming in strijd met de doelstelling van de gemeenschappelijke markt. Ten slotte wijst het Hof erop dat een kartel dat het gehele territorium van een lidstaat bestrijkt, alleen mogelijk is indien er toetredingsbarrières bestaan, en dat de nationale rechter dus moet onderzoeken of het kartel de prijzen zodanig had vastgesteld dat toetreding werd ontmoedigd.<sup>15</sup>

De volgende prejudiciële vragen gaan over het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Allereerst een vraag over de rechtmatigheid van de bevoegdheidsverdeling die in de Italiaanse mededingingswet is neergelegd:

*Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van een nationale norm als artikel 33 van de Italiaanse wet nr. 287/1990, volgens welke de schadevordering wegens schending van de communautaire en nationale regels inzake mededingingsversturende afspraken ook door derden dient te worden ingesteld bij een andere rechter dan die welke gewoonlijk bevoegd is voor vorderingen van die waarde, waardoor de kosten en de duur van het geding aanzienlijk toenemen?*<sup>16</sup>

Deze vraag gaat uit van de vooronderstelling dat niet alleen schadevergoedingsacties gebaseerd op artikel 2 Italiaanse mededingingswet, maar ook schadevergoedingsacties gebaseerd op artikel 81 lid 1 EG op grond van artikel 33 Italiaanse mededingingswet moeten worden ingesteld bij het Corte d'Appello. AG Geelhoed gaat in zijn Conclusie<sup>17</sup> in op de vraag of deze veronderstelling wel correct is, of dat naar Italiaans recht een schadevergoedingsactie gebaseerd op artikel 81 lid 1 EG bij de Giudice di Pace ingesteld kan worden. Hij komt tot de conclusie dat het niet veel uitmaakt: ofwel is de Giudice di Pace bevoegd – en dan wordt een vordering op grond van artikel 81 EG 'beoordeeld' – ofwel is het Corte d'Appello bevoegd – en dan is er geen verschil met vorderingen op grond van de nationale mededingingswet. Het Hof houdt zich wijselijk buiten deze discussie, en

<sup>10</sup> Kennelijk vergelijkbaar met onze oude kantonrechter (vergelijk de Vlaams Vrederechter).

<sup>11</sup> Eerste vraag in de zaken C-295/04 t/m C-298/04.

<sup>12</sup> Zie punten 38 en 39. Hierbij refereert het Hof tevens aan de rechtstreekse werking van artikel 81 lid 1 EG.

<sup>13</sup> Zie punt 47, onder verwijzing naar onder andere arresten van 31 mei 1979, Hugin/Commissie, 22/78, Jur. p. 1869, punt 17 en van 28 april 1998, Javico, C-306/96, Jur. p. I-1983, punt 27.

<sup>14</sup> Zie punt 44. Idem. Idem punt 37 conclusie AG.

<sup>15</sup> Zie punt 51.

<sup>16</sup> Tweede vraag in de zaak C-298/04.

<sup>17</sup> Conclusie van advocaat-generaal L.A. Geelhoed van 26 januari 2006 in gevoegde zaken C-295/04 t/m C-298/04, Vincenzo Manfredi (C-295/04) tegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antoni Cannito (C-296/04) tegen Fondiaria Sai SpA en Nicolò Tricarico (C-297/04) en Pasqualina Murgolo (C-298/04) tegen Assitalia Spa (hierna Conclusie AG).

constateert slechts dat bij gebrek aan communautaire regelgeving terzake het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de rechterlijke instanties aan te wijzen die bevoegd zijn kennis te nemen van schadevorderingen wegens schendingen van de communautaire mededingingsregels, mits de betrokken bepalingen niet ongunstiger zijn dan de bepalingen ter zake van schadevorderingen wegens schendingen van de nationale mededingingsregels (gelijkwaardigheidsbeginsel) en deze nationale bepalingen de uitoefening van het recht om vergoeding te vorderen wegens een inbreuk op artikel 81 lid 1 EG in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doelmatigheidsbeginsel).<sup>18</sup> AG Geelhoed benadrukt nog dat duur en kosten van een procedure *disproportioneel* moeten zijn wil sprake zijn van schending van het doelmatigheidsbeginsel.<sup>19</sup>

De volgende vraag luidt:

*Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat derden met een rechtens relevant belang de nietigheid kunnen inroepen van een afspraak of feitelijk afgestemde gedragingen die door deze gemeenschapsbepaling zijn verboden, en schadevergoeding kunnen vorderen indien er een causaal verband bestaat tussen de afspraak of de gedragingen en de schade?*<sup>20</sup>

Assitalia merkt in dit kader op dat de nietigheid, de enige sanctie die rechtstreeks uit artikel 81 lid 2 EG volgt, niet relevant is in het geval van een onderling afgestemde feitelijke gedraging als aan de orde in deze zaak. AG Geelhoed merkt op dat dit zo kan zijn, maar dat het i.c. gaat om de mogelijkheid tot het verkrijgen van schadevergoeding. Het Hof gaat überhaupt niet in op de opmerking van Assitalia. Het oordeelt, in lijn met zijn arrest in de zaak *Courage* en *Crehan*<sup>21</sup> dat aan het nuttig effect van artikel 81 lid 1 EG zou worden afgedaan als in de nationale rechtsorde geen schadevergoeding gevorderd zou kunnen worden voor inbreuken op het communautaire mededingingsrecht – of die nu bestaan in een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging. Het is, bij gebrek aan communautaire bepalingen, een aangelegenheid van de nationale rechtsorde en aan de nationale rechter om regels vast te stellen voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doelmatigheid in acht worden genomen.

De volgende vraag betreft de verjaringstermijn die in de Italiaanse mededingingswet is opgenomen:

*Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de verjaring van de daarop gebaseerde schadevordering begint te lopen op de dag waarop de afspraak of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot stand zijn gekomen, dan wel op de dag waarop de afspraak of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn beëindigd?*<sup>22</sup>

Het Hof antwoordt, conform de suggestie van de AG, zeer neutraal dat het bij gebrek aan communautaire regelgeving aan de lidstaten is om verjaringstermijnen vast te stellen voor vorderingen tot schadevergoeding wegens overtredingen van artikel 81 lid 1 EG, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel daarbij gerespecteerd worden. Het is aan de nationale rechter om de vraag te beantwoorden of de bepaling dat de verjaringstermijn begint te lopen op het moment van totstandkoming van de overtreding, de uitoefening van het schadevergoedingsrecht in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, met andere woorden in strijd is met het doelmatigheidsbeginsel.<sup>23</sup> Het is echter vrij duidelijk hoe de *Giudice di Pace* deze vraag volgens het Hof moet beantwoorden: tijdens de bespreking van de vraag overweegt het Hof expliciet dat het Italiaanse startpunt van de verjaringstermijn in strijd is met het doel-

matigheidsbeginsel, met name wanneer de verjaringstermijn bovendien kort is en niet geschorst kan worden.<sup>24</sup>

Ten slotte wil de *Giudice di Pace* weten welke schade het recht op schadevergoeding dient te omvatten, en met name of dit ook punitieve schadevergoeding betreft:

*Dient artikel 81 van het Verdrag aldus te worden uitgelegd dat de nationale rechter, indien blijkt dat de op basis van het nationale recht te betalen schadevergoeding in elk geval lager is dan het economische voordeel dat de schadeveroorzakende onderneming die heeft deelgenomen aan de verboden afspraak of onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft genoten, de benadeelde partij van ambtswege ook een punitieve schadevergoeding dient toe te kennen, die nodig is om ervoor te zorgen dat de vergoedbare schade groter is dan het door de schadeveroorzakende onderneming genoten voordeel, om door artikel 81 van het Verdrag verboden afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tegen te gaan?*<sup>25</sup>

Het Hof antwoordt dat ook deze materie een aangelegenheid van nationaal recht is, mits de beginselen van gelijkwaardigheid en doelmatigheid gerespecteerd worden. Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist dat indien voor vergelijkbare nationale vorderingen bijzondere vergoedingen – zoals punitieve vergoedingen – kunnen worden toegekend, deze ook voor schendingen van de communautaire mededingingsregels moeten kunnen worden toegekend.<sup>26</sup> Uit

<sup>18</sup> Zie punten 70-7, onder verwijzing naar 24 oktober 1996, *Dietz*, C-435/93, Jur. p. I-5223, punt 39, en 19 januari 2006, *Bouanich*, C-265/04, Jur. p. I-923, punt 51.

<sup>19</sup> Punt 51 Conclusie AG Geelhoed lijkt te concluderen dat een partij met een vordering op grond van artikel 81(1) in de Italiaanse rechtsorde beter af is dan een partij met een vordering op grond van artikel 2 Italiaanse mededingingswet.

<sup>20</sup> Tweede vraag in zaken C-295 t/m C-297/04 en derde vraag in zaak C-298/04.

<sup>21</sup> Arrest van 20 september 2001, *Courage* en *Crehan*, C-453/99, Jur. p. I-6297, punt 26.

<sup>22</sup> Derde vraag in de zaken C-295/04 t/m C-297/04 en de vierde vraag in de zaak C-298/04.

<sup>23</sup> Zie punten 81 en 82. Blijkens het arrest heeft de Italiaanse regering opgemerkt dat de bescherming van artikel 2 Italiaanse mededingingswet geldt vanaf het moment dat de overtreding begint c.q. de kartelafpraak is gemaakt. De verjaringstermijn moet dus, aldus de Italiaanse regering, op datzelfde moment beginnen. Uit het Rapport inzake Italië in het *Ashurst Rapport* blijkt dat de Italiaanse rechtspraak over dit onderwerp in ontwikkeling is en dat de stand van het recht niet geheel eenduidig is. De verwijzende rechter lijkt er in ieder geval van uit te gaan dat de verjaringstermijn naar Italiaans recht begint te lopen op de dag dat de overtreding begint. Het Hof waagt zich onder deze omstandigheden niet aan de uitleg van het nationale recht en volstaat met algemene opmerkingen over de mogelijke consequenties van een te korte verjaringstermijn voor de doelmatigheid van het Italiaanse recht wat betreft de toepassing van het Europese recht.

<sup>24</sup> Zie punten 78 en 79. Het formele antwoord van het Hof op een prejudiciële vraag kan natuurlijk geen concreet oordeel over het nationale recht bevatten, vandaar waarschijnlijk deze inconsistentie tussen de bespreking van de vraag en het antwoord daarop.

<sup>25</sup> Vierde vraag inzake C-295/04 t/m C-297/04 en de vijfde vraag in de zaak C-298/04.

het doelmatigheidsbeginsel volgt, aldus nog steeds het Hof, dat de schadevergoeding niet alleen geleden verlies, maar ook gedeelde winst en rente moet omvatten.<sup>27</sup>

## Commentaar

Na het bekende arrest *Courage en Crehan* laat het arrest *Manfredi* opnieuw zien hoe belangrijk de Europese rechtspraak is voor civiele schadevergoedingsacties in de nationale rechtsorde. Verschillende concepten die voor de praktijk belangrijk zijn, zoals de reikwijdte van het recht op schadevergoeding en de verjaringstermijn, worden door het Hof nader ingevuld. Tevens vormt het arrest een nuttig kader referentiekader voor alle arresten van het Hof die relevant zijn voor *private enforcement*-zaken.

- <sup>26</sup> Zie punten 93 tot en met 95 en 99, arrest van 5 maart 1996 *Brasserie du pêcheur en Factortame*, C-46/93 en C-48/93, Jur. p. I-1029, punt 90.
- <sup>27</sup> Zie punten 95 en 87 en 100. Het Hof verwijst naar de arresten van 5 maart 1996 *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 en C-48/93, Jur. p. I-1029, punt 87, *Factortame* (al aangehaald) en arrest van 8 maart 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, C-397/98 en C-410/98, Jur. p. I-1727, punt 91. Het recht op vergoeding van rente in het kader van een schadevergoeding vormt volgens het Hof een wezenlijk bestanddeel van de stelsels van de lidstaten.
- <sup>28</sup> Dit kan expliciet in het Verdrag bepaald zijn maar ook uit de aard van de bepaling volgen. Zie arrest van 5 februari 1963, *Van Gend & Loos*, 26/62, Jur. p. 3.
- <sup>29</sup> Zie arrest van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Jur. p. I-3055, punt 36.
- <sup>30</sup> Al aangehaald.
- <sup>31</sup> Arrest van 30 januari 1974, *BRT en SABAM*, BRT I, 127/73, Jur. p. 51, punt 16.
- <sup>32</sup> Arrest van 18 maart 1997, *Guérin Automobiles/Commissie*, C-282/95 P, Jur. p. I-1503, punt 39.
- <sup>33</sup> Zie arrest van 9 maart 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato en Simmenthal*, Jur. 1978, p. 629.
- <sup>34</sup> Zie arrest van 15 juni 1964, *Costa/Enel*, C-6/64, Jur. 1964, p. 1199.
- <sup>35</sup> Artikel 10 EG.
- <sup>36</sup> Al aangehaald. In casu had een aantal Spaanse vissers bezwaar gemaakt tegen een nationaliteitswet in de Britse wetgeving over de registratie van vissersboten. In de daaropvolgende procedure werden prejudiciële vragen gesteld over de verenigbaarheid van het nationaliteitsvereiste met het communautaire recht. Op grond van het Engelse recht was het de nationale rechter verboden om, voor de duur van de prejudiciële procedure, bij wijze van voorlopige maatregel de nieuwe wetgeving buiten toepassing te laten. Het Hof oordeelde – in antwoord op nieuwe prejudiciële vragen – dat de nationale rechter voorlopige maatregelen moest kunnen nemen om de volle werking van het communautaire recht te waarborgen inzake de rechtsregel die het onderwerp vormde van het hoofdgeding. Derhalve zou de nationale rechter een nationale regel die het treffen van voorlopige maatregelen verbood, buiten toepassing moeten laten.
- <sup>37</sup> Al aangehaald, punt 26. Een onderneming die zelf partij was bij een mededingingsbeperkende overeenkomst kan alleen dan vergoeding vorderen van de schade die zij op grond van die overeenkomst heeft geleden, indien zij in onaanzienlijke mate verantwoordelijk was voor de vervalsing van de mededinging. Dit laatste zal alleen het geval zijn indien de desbetreffende partij zich ten opzichte van haar wederpartij in een zodanige positie van ondergeschiktheid bevond dat zij de contractvoorwaarden niet echt vrij kon kiezen (punt 79).

## Achtergrond

In het arrest *Manfredi* komen drie belangrijke communautaire leerstukken bij elkaar, te weten de leerstukken van rechtstreekse en volle werking van het Verdrag en ten slotte de procedurele autonomie van de lidstaten.

De rechtstreekse werking van het Verdrag berust erop dat het Verdrag een eigen rechtsorde heeft gecreëerd die niet alleen voor lidstaten verplichtingen schept maar ook aan onderdanen van de lidstaten rechten toekent.<sup>28</sup> Het kartelverbod van artikel 81 lid 1 EG is een fundamentele bepaling van het Verdrag.<sup>29</sup> Bijgevolg kan iedere particulier – ook al bepaalt het Verdrag dit niet expliciet – zich in rechte beroepen op schending van artikel 81 lid 1 EG, en daarbij met name de sanctie van de nietigheid van artikel 81 lid 2 EG inroepen. Dit is reeds lang bepaald in arresten zoals *Eco Swiss*,<sup>30</sup> *BRT en SABAM*<sup>31</sup> en *Guérin Automobiles/Commissie*.<sup>32</sup> Het arrest *Manfredi* bakent nader de reikwijdte af van de rechten die een particulier rechtstreeks aan artikel 81 lid 1 EG kan ontleen: deze reikwijdte wordt bepaald door het leerstuk van de volle werking – of nuttig effect – van het Verdrag.

Het leerstuk van de volle werking van het Verdrag zegt, zoals bekend, dat de nationale rechter die belast is met de toepassing van het communautaire recht, de volle werking van dat recht moet verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten dient te beschermen.<sup>33</sup> Op grond van de voorrang van het communautaire recht<sup>34</sup> en de gemeenschapstrouw,<sup>35</sup> kan dit zelfs betekenen dat de nationale rechter een nationale bepaling van procesrecht buiten toepassing moet laten, zoals in het arrest *Factortame* is bepaald.<sup>36</sup> In het arrest *Courage en Crehan* bepaalde het Hof dat de volle werking van het Verdrag tevens vereist dat iedere particulier vergoeding kan vorderen van schade die hem is berokkend door een mededingingsbeperkende overeenkomst – zelfs indien hij zelf partij was bij die overeenkomst.<sup>37</sup> In verscheidene lidstaten was dit al mogelijk op grond van onrechtmatigedaadsacties. Het ingrijpende van *Courage en Crehan* was dat het Hof bepaalde dat het recht op schadevergoeding rechtstreeks uit het Verdrag volgt, hoewel artikel 81 EG zelf expliciet enkel de sanctie van nietigheid voorschrijft van overeenkomsten of gedragingen in strijd met artikel 81 lid 1.

Het arrest *Manfredi* raakt ten slotte de procedurele autonomie van de lidstaten. Dit leerstuk zegt, kort gezegd, dat bij gebreke van (harmoniserende) communautaire regelgeving het de lidstaten vrij staat te bepalen op welke manier zij de doelstellingen van het Verdrag bereiken. Deze vrijheid wordt enkel beperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doelmatigheid. In *Courage en Crehan* oordeelde het Hof dat een nationale bepaling inhoudende dat een partij nooit vergoeding kan vorderen voor schade die hij leed ten gevolge van een mededingingsbeperkende overeenkomst waarbij hij zelf contractspartij was, in strijd is met het doelmatigheidsbeginsel. Een partij die, kort gezegd, door zijn contractspartner was gedwongen tot het aangaan van de desbetreffende overeenkomst, zou wel schadevergoeding moeten kunnen vorderen. Het arrest *Manfredi* gaat niet over het recht op schadevergoeding op zichzelf, maar de wijze waarop dat recht kan worden geëffectueerd.

## Schadevergoeding ook voor niet-contractuele relaties

Het arrest *Manfredi* bevat een uitbreiding – of in ieder geval een explicitering – van de reikwijdte van het recht van eenieder om in de nationale rechtsorde schadevordering wegens schending van artikel 81 lid 1 EG te vorderen. Het Hof verwijst ter staving van dit recht uiteraard naar zijn eerdere arrest *Courage en Crehan*. Het is waar

dat het Hof daar overwoog dat aan de volle werking van het verbod van artikel 81 lid 1 EG:

*'zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen'.<sup>38</sup>*

Echter, in het formele antwoord spreekt het arrest *Courage en Crehan* enkel over het recht op schadevergoeding van een contractspartij. Dit is ook begrijpelijk omdat het geschil tussen *Courage en Crehan* gebaseerd was op een overeenkomst. De mogelijke onzekerheid ten aanzien van het recht voor derden – zoals consumenten van een WA-motorrijtuigverzekering – om schadevergoeding te eisen voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging, is nu weggenomen. Volgens het Hof volgt uit artikel 81 EG dat ook derden vergoeding kunnen vorderen van de schade die zij geleden hebben op grond van overeenkomsten – of onderling afgestemde feitelijke gedragingen! – die een inbreuk vormen op artikel 81 lid 1 EG.

Het effect van deze uitspraak voor de Nederlandse praktijk zal waarschijnlijk bescheiden zijn. Particulieren kunnen in Nederland bij de civiele rechter terecht op grond van de onrechtmatigedaadsactie van artikel 6:162 BW<sup>39</sup> of de actie op grond van onrechtvaardigde verrijking van artikel 6:212 BW. Aan het vereiste van een onrechtmatige daad bestaande uit het schenden van een wettelijke norm – artikel 6:162 lid 2 – is voldaan in geval van schending van artikel 81 lid 1 of artikel 82 EG aangezien deze bepalingen rechtstreekse werking toekomt in de Nederlandse rechtsorde. Van onrechtvaardigde verrijking zal bijvoorbeeld sprake zijn als een onderneming te hoge prijzen heeft kunnen hanteren vanwege frauduleus biedgedrag bij openbare aanbestedingen<sup>40</sup> of vanwege het misbruiken van haar dominante positie. Een voorbeeld van dit laatste is de procedure die Van Ommeren tegen de Gemeente Rotterdam had aangespannen inzake de hoogte van de door Rotterdam geheven havengelden.<sup>41</sup> Het arrest *Manfredi* zal particulieren in het kader van een onrechtmatigedaadsactie wellicht kunnen helpen om de rechter ervan te overtuigen dat voldaan is aan het vereiste van artikel 6:163, namelijk dat de geschonden norm moet strekken tot bescherming tegen de geleden schade.<sup>42</sup>

### Punitieve schadevergoeding?

Ten aanzien van de hoogte van de schadevergoeding overweegt het Hof dat het aan de lidstaten is of zij punitieve schadevergoeding willen toekennen. Het durft punitieve schadevergoeding – terecht – niet als wezenlijk beginsel van de rechtstelsels van de lidstaten aan te duiden, zoals het dat wel doet voor het recht op rente in geval van schadevergoeding.<sup>43</sup> AG Geelhoed is nog explicieter: hij stelt onomwonden dat de nuttige werking van artikel 81 lid 1 EG niet vereist dat er een hogere vergoeding wordt toegekend dan de schade.<sup>44</sup> Wel merkt hij op dat het communautaire recht zich niet verzet tegen de toekenning van punitieve schadevergoedingen.<sup>45</sup>

Deze laatste opmerking is voor mij niet geheel begrijpelijk. Weliswaar is het zo dat het communautaire recht in enge zin het toekennen van punitieve schadevergoedingen niet verbiedt. Echter, zoals AG Geelhoed zelf in zijn conclusie uiteenzet, dienen boetes en schadevergoedingen in de stelsels van de lidstaten verschillende doelen. Publiekrechtelijke boetes, op te leggen door mededingingsautoriteiten, dienen het publiekrechtelijke doel van preventie.<sup>46</sup> Schadevergoeding daarentegen dient, in de stelsels van de lidstaten, ter compensatie van het nadeel van een individuele partij.<sup>47</sup> AG Geelhoed verwijst ter ondersteuning van de stelling dat het communautaire recht zich niet verzet tegen punitieve schadevergoedingen, naar

punt 30 van *Courage en Crehan*. Daar wordt echter geconstateerd dat de meeste lidstaten wetgeving hebben die zich ertegen verzet dat de gelaedeerde zich ongerechtvaardigd verrijkt: de toe te kennen schadevergoeding is in deze lidstaten gemaximeerd tot de reële schade. Mijns inziens staat dit beginsel – dat kennelijk gemeen is aan de stelsels van de meeste lidstaten – op gespannen voet met de invoering van punitieve schadevergoedingen. Het wordt dan lastig om te stellen dat het communautaire recht in ruime zin zich daar niet tegen verzet.<sup>48</sup>

Natuurlijk kan van het feit dat derden schadevergoeding kunnen eisen wegens een overtreding van de mededingingsregels, tevens een afschrikkende werking uitgaan. In de arresten *Manfredi*, alsook in *Courage en Crehan*, lijkt het Hof dit echter eerder te zien als een bijkomend voordeel dan als een doel in zichzelf.<sup>49</sup> Dit lijkt mij correct.

De Commissie stuurt in het Groenboek sterk aan op punitieve schadevergoedingen.<sup>50</sup> Dit is haar goed recht. Echter, er moet nu niet gedaan worden alsof de invoering van punitieve schadevergoedingen vanzelfsprekend is. Waelbroeck en Slater wijzen in hun bespreking van het Groenboek op een merkwaardige verschuiving

<sup>38</sup> Al aangehaald, punt 26.

<sup>39</sup> In de Ontbijtkoekzaak, bijvoorbeeld, stelde Albert Heijn dat Peijnenburg een onrechtmatige daad beging door haar te willen dwingen tot een gedraging in strijd met het mededingingsrecht (namelijk het accepteren van een minimum wederverkoop prijs) (vonnis van 10 februari 2005, Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch, *Albert Heijn B.V. tegen Koninklijke Peijnenburg B.V.*, zaaknr. 121916 KG, 05-39).

<sup>40</sup> Anders dan wellicht verwacht zijn er niet veel gemeenten die procedures op grond van artikel 6:212 tegen bouwondernemingen hebben gestart: zij hadden hun – inmiddels grotendeels geschikte – schadeclaims op grond van contractsbepalingen onderworpen aan arbitrage.

<sup>41</sup> Volgens Van Ommeren maakte de gemeente misbruik van haar machtspositie als 'uitbater' van de haven door misbruikelijk hoge havengelden te vragen. Vonnis van 28 november 2002, *Rechtbank Rotterdam, Van Ommeren Agencies Rotterdam B.V. e.a. tegen de Gemeente Rotterdam*, zaaknr. 106848/98-3016/HA ZA.

<sup>42</sup> Een particulier zal bij de NMa alleen ontvankelijk zijn indien hij voldoet aan de vereisten van het bestuursrechtelijke belanghebbendebegrip – hetgeen in het geval van een consument vrijwel nooit zo zal zijn. Ten overvloede wordt vermeld dat het arrest *Manfredi* hier niets aan zal veranderen. De NMa houdt zich immers bezig met de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, gericht op preventie (en vergelding) maar niet op schadevergoeding. Voor schadevergoeding kan de consument bij de civiele rechter terecht.

<sup>43</sup> Zo ook AG Geelhoed, punt 66. Hij wijst erop dat volgens het Ashurst Report er slechts drie lidstaten zijn, nl. Ierland, het Verenigd Koninkrijk en Cyprus, die de mogelijkheid van punitieve schadevergoedingen kennen.

<sup>44</sup> Zie punt 70.

<sup>45</sup> Zie punt 68 Conclusie AG.

<sup>46</sup> En naar mijn mening – zeker in het licht van de bij tijden extreem hoge boetes – vergelding.

<sup>47</sup> Zie punten 94 t/m 96 Conclusie AG.

<sup>48</sup> Met het communautaire recht in ruime zin wordt hier bedoeld op het recht zoals dat geldt in de tradities van de (meeste) lidstaten.

<sup>49</sup> Zie punt 91 *Manfredi* en punt 27 *Courage en Crehan*.

<sup>50</sup> Zie Groenboek, Vraag E, Opties 14 tot en met 17.

van het standpunt van de Commissie.<sup>51</sup> In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor een tweede verordening betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen<sup>52</sup> luidde artikel 24 dat een schadevergoeding die geen vergoedend karakter heeft, zoals een schadevergoeding die als straf bedoeld is, 'strijdig is met de communautaire rechtsorde'. In het recent gewijzigde voorstel blijkt de Commissie bereid om artikel 24 te verwijderen, om duidelijk te maken dat punitieve straffen *niet per se excessief* zijn.<sup>53</sup> Dit is een opmerkelijke verschuiving. Ik zou echter menen dat, gezien de huidige stand van de stelsels van de lidstaten in continentaal Europa, de invoering van punitieve schadevergoedingen wegens schendingen van de mededingingsregels een ingrijpende verandering vormt. Aanvaarding daarvan vergt een beslissing op het hoogste politieke niveau, dus door de lidstaten c.q. de Raad.<sup>54</sup> Daarbij zullen ook de nadelen van *double damages*, zoals het risico op – wat onze Vlaamse collegae zo mooi noemen – tergende en roekeloze gedingen moeten worden meegenomen.<sup>55</sup> Een *spin action* van de Commissie volstaat hierbij noch juridisch, noch politiek. Tegen deze achtergrond is het geruststellend dat AG Geelhoed en het Hof zich in de zaak Manfredi niet hebben laten verleiden tot een al te activistische aanpak en hebben geoordeeld dat punitieve schadevergoedingen niet noodzakelijk zijn voor het nuttige effect van artikel 81 lid 1 EG.

<sup>51</sup> Waelbroeck, D. and Donald Slater, *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?*, nog te verschijnen in: Claus-Dieter Ehlermann en Isabela Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford (in voorbereiding).

<sup>52</sup> Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ('ROME II'), COM/2003/0427 def. – COD 2003/0168.

<sup>53</sup> COM/2006/83 def., COD 2003/0168 van 21 februari 2006, preambule onder 'Amendement 50' en het gewijzigde voorstel voor artikel 23.

<sup>54</sup> Ook strikt juridisch lijkt mij dit geboden op grond van artikel 83 lid 1 EG, nu deze materie buiten de uitvoeringsbevoegdheden van de Commissie op grond van artikel 33 Vo. 1/2003 lijkt te vallen.

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld *Comments on the Commission's Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, American Chamber of Commerce to the European Union (Amcham) van 8 mei 2006.

<sup>56</sup> Het Hof geeft echter geen concrete instructies ten aanzien van het beginmoment of de duur van de verjaringstermijn die wel correct zouden zijn. Deze terughoudendheid lijkt in strijd met de zaak Levez, waarin het Hof wel oordeelde dat de verjaringstermijn van twee jaar voor het instellen van een vordering tot schadevergoeding wegens het schenden van het beginsel van gelijke beloning, niet toegepast kon worden. Ik meen dat deze zaak echter onderscheiden moet worden aan andere: in Levez oordeelde het Hof in feite niet dat een periode van twee jaar in zichzelf in strijd was met het doelmatigheidsbeginsel, maar dat de bepaling dat een werkgever te kwader trouw zich op die verjaringstermijn kon beroepen, in strijd was met het doelmatigheidsbeginsel.

<sup>57</sup> Hierbij zou wel de eis gesteld kunnen worden dat het gaat om dezelfde gedraging, maar niet dat de gelaedeerde partij was bij de procedure bij de NMa. Het gaat er immers om dat de relevante feiten boven tafel zijn gekomen en dat daar door een gezaghebbende instantie een oordeel over is gegeven. Dit is des te meer van belang omdat men bij de NMa alleen ontvankelijk is indien men voldoet aan de criteria van het bestuursrechtelijke belanghebbendebegrip: een gelaedeerde zal deze criteria – als consument – niet noodzakelijkerwijs vervullen.

### Verjaringstermijn

Het grootste probleem waar Manfredi c.s. tegenaan liepen was de Italiaanse verjaringstermijn. Zoals gezegd was het Hof in zijn bespreking van de relevante vragen zeer negatief over een verjaringstermijn die begint te lopen op het moment dat de mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging tot stand komt.<sup>56</sup> Immers, een dergelijk startpunt zou kunnen betekenen, aldus het Hof, dat bij herhaalde of doorlopende inbreuken de verjaringstermijn eerder beëindigd kan zijn dan de overtreding zelf, waardoor partijen die nadien schade lijden nimmer schadevergoeding kunnen vorderen. Ik zou hieraan toe willen voegen dat het effect van een dergelijke regeling bovendien het perverse resultaat heeft, dat hoe langer de duur – en dus hoe ernstiger het effect – van de inbreuk is, des te kleiner de kans dat gelaedeerden schadevergoeding zullen kunnen vorderen. Het systeem bevordert dat partijen telkens een kartel aangaan voor de duur van de verjaringstermijn en tevens dat zij nimmer gedurende de (eerste) vijf jaar van een kartel een *leniency* melding zullen doen.

Doorvoering van de suggesties die in het Groenboek worden gedaan aangaande de verjaringstermijn, hadden dit probleem niet opgelost. Het Groenboek zoekt de oplossing van de problemen rond de verjaring immers vooral daarin, dat de verjaringstermijn voor civiele schadevergoedingsvorderingen opgeschort wordt tijdens de duur van een procedure voor de relevante mededingingsautoriteit. Dit zou een groot bewijsvoordeel voor gelaedeerden met zich kunnen brengen. Een mededingingsautoriteit heeft veel meer middelen om grondig te kunnen onderzoeken of een onderneming heeft gehandeld in strijd met de mededingingsregels. Dus indien een mededingingsautoriteit na onderzoek – al dan niet op eigen initiatief – in een besluit een bepaalde gedraging van een onderneming als een overtreding van artikel 81 lid 1 EG zou kwalificeren, heeft die kwalificatie de nodige bewijskracht. Gelaedeerden zouden een dergelijk besluit in een civiele procedure kunnen gebruiken om (gedeeltelijk) aan hun bewijslast te voldoen.<sup>57</sup> Dankzij de voorgestelde opschorting zouden gelaedeerden zonder gevaar van rechtsverwerking de uitkomst van een procedure bij een mededingingsautoriteit kunnen afwachten. Een dergelijke opschorting lost echter niet alle problemen van de Italiaanse regeling op. Het is immers denkbaar dat een kartel vier jaar lang succesvol is, vervolgens niet meer functioneert en in het zesde jaar na de oorspronkelijke begindatum ontdekt wordt door de nationale mededingingsautoriteit die een procedure start. Uitgaande van een verjaringstermijn van vijf jaar, is de civiele schadevergoedingsvordering al verjaard nog vóórdat de procedure voor de mededingingsautoriteit zelfs maar gestart is. In deze situatie is de voorgestelde maatregel niet effectief: er valt immers niets meer op te schorten.

Als het de Commissie ernst is, zou zij zich ervoor moeten inzetten dat ook ten aanzien van het *startpunt* van de verjaringstermijn voor schadevergoedingsvorderingen wegens inbreuken op artikel 81 lid 1 EG, een communautaire (minimum)norm wordt ingevoerd. Daarbij ligt het voor de hand aan te sluiten bij de regeling van artikel 25 Vo. 1/2003, inhoudende dat de verjaringstermijn voor doorlopende of herhaalde inbreuken pas start op het moment dat de inbreuk beëindigd is.

Voor de Nederlandse praktijk zal de uitspraak over de verjaringstermijn in Manfredi weinig relevant zijn. De verjaringstermijn voor vorderingen tot vergoeding van schade verjaart op grond van artikel 3:310 BW door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgend op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (de

korte, subjectieve termijn). De verjaring eindigt in ieder geval door verloop van twintig jaren na de schadebrengende gebeurtenis (de lange, objectieve termijn). In tegenstelling tot schade veroorzaakt door verontreiniging van lucht, bodem of water, is het dus niet zo dat de verjaringstermijn bij doorlopende gebeurtenissen pas aanvangt als de gebeurtenis is afgelopen.<sup>58</sup> Daarom zijn er (in theorie) casus te bedenken waar gelaedeerden baat zouden hebben bij een verjaringstermijn die pas begint te lopen na afloop van de schadebrengende gebeurtenis. Gezien de lange absolute verjaringstermijn en het feit dat de korte termijn opgeschort kan worden, lijkt de Nederlandse verjaringstermijn echter niet in strijd met het doelmatigheidsbeginsel te zijn.

### Conclusie

Het meest opvallend aan het arrest Manfredi is wel de tomeloze inzet van de verwijzende rechter. Hij haalt alles uit de kast om het Hof er toe te verleiden hem een kapstok te geven om Manfredi c.s. alsnog schadevergoeding te kunnen toekennen. Gezien zijn houding – en de duidelijke vingerwijzing van het Hof in punten 78 en 79 – lijkt er weinig twijfel over mogelijk dat deze rechter tot de slotsom zal komen dat de verjaringstermijn van de Italiaanse mededingingswet in strijd is met het beginsel van doelmatigheid. Indien meer lagere rechters zich zo enthousiast zouden storten op het mededingingsrecht om gelaedeerden te kunnen compenseren, stond het er al heel wat beter voor met de zo begeerde *private enforcement*.

---

<sup>58</sup> Artikel 3:310 lid 2.