

DE EUROPESE IPR REGELS INZAKE BEVOEGDHEID EN TOEPASSELIJK RECHT BIJ SCHADELOOSSTELLING NA MEDEDINGING BEPERKENDE GEDRAGINGEN

Geert van Calster¹

Artikel 101-102 VWEU zelf verenigen in zich een bevoegdheidsregel en toepasselijk rechtsbepaling: de Europese mededingingsautoriteit is slechts bevoegd en het Europese mededingingsrecht² wordt slechts toegepast indien de betrokken gedragingen de handel tussen de lidstaten (mogelijks) beïnvloeden. Indien dit niet het geval is dan valt de beweerde mededinging beperkende maatregel onder het nationale mededingingsrecht en onder de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten (en nationale rechtbanken).

Deze bijdrage handelt niet over voormelde problematiek. Evenmin bespreek ik expliciet de internationaal privaatrechtelijke ('IPR') gevolgen van de Europese initiatieven tot vergroot gebruik van de private afdwinging van het mededingingsrecht. (Hoewel een groot aantal van de onderstaande principes er *mutatis mutandis* op kunnen worden toegepast). Eerder brengt dit hoofdstuk (summier³) in kaart welke rechtbanken bevoegd zijn en welk recht zij toepassen bij de zogenaamde 'follow-on' dagvaardingen tot schadeloosstelling van de schade opgelopen ingevolge schendingen van het mededingingsrecht – steeds uitgaand van de Europese regels terzake.

Hoofdstuk I BEVOEGDHEID EN 'FORUM SHOPPING'

Ter appreciatie van de Europese bevoegdheidsregels in de besproken materie is het belangrijk te onderstrepen dat er onder impuls van de Europese Commissie, hierin gevolgd door de lidstaten en het Europees parlement, in het Europese IPR een groot wantrouwen is ingebouwd ten aanzien van 'forum shopping'. Dit is het duidelijkst in de Insolventieverordening⁴ doch blijkt ook uit de algemene systematiek van de

¹ Hoogleraar KU Leuven, King's College (London), Monash (Melbourne), Advocaat, www.gavclaw.com

² Inclusief bijvoorbeeld haar doctrine inzake het doorpikken van de vennootschapssluijer: zie bv. relatief recent ENI-zaak T-39/07, *nog niet gepubliceerd in Jur.*, en "Piercing the corporate veil in competition cases – The ECJ in ENI", www.gavclaw.com, 11 juni 2013.

³ Voor uitgebreide analyse zie in het bijzonder M. DANOV, *Jurisdiction and judgments in relation to EU competition law claims*, Oxford, Hart, 2011 en J. BASEDOW, S. FRANCO en L. IDOT (eds.), *International antitrust litigation*, Oxford, Hart, 2012.

⁴ Verordening 1346/2000 betreffende insolventieprocedures, *Pb.L.* 2000, 160/1.

Brussel I-Verordening⁵. Deze gaat in principie uit van de positie van de verweerder, niet de eiser (tenzij deze handelt als consument, werknemer of verzekerde). Essentieel beoogt de Verordening aan de verweerder zekerheid te verschaffen over de precieze fora waar hij mogelijks zal worden gedagvaard. De Verordening beperkt het aantal gevallen waarin een eiser uit meerdere fora kan kiezen en hamert in het algemeen op het ‘objectieve’ van de bevoegdheidsbepaling: een rechtszoekende moet voorafgaand aan het ontstaan van enigerlei geschil, volstrekt abstract dus en los van de concrete feiten waarover wordt geprocedeerd, in staat zijn om duidelijk de rechtbank (uitzonderlijk: de rechtbanken) te identificeren waar een eventueel geschil voor de rechtbank zal worden gebracht.

In deze filosofie wordt forum shopping als inherent ‘gevaarlijk’ beschouwd omdat het uitgaat van de positie van de eiser, niet de verweerder.

Behalve in het geval een eiser een forum uitkiest om negatief procesmatige redenen (met name: vertraging; de zogenaamde ‘torpedo’⁶; of hopende gebruik te maken van het gebrek aan kennis van de rechtbank) dan wel om redenen van niet-juridisch gerelateerde procesuitkomst (met name: corruptie) is forum shopping m.i. echter inherent positief: het verzekert een goede werking van regulatory competition tussen Staten, zowel op procesmatig als substantieelrechtelijk gebied en garandeert het proces van regulatory trial and error⁷.

Concreet, voor het geval van follow-on dagvaardingen in het mededingingsrecht, is er geen fundamentele reden om forum shopping als altijd en overal negatief te bestempelen.

Hoofdstuk II

BEVOEGDE RECHTBANK BIJ FOLLOW-ON DAGVAARDINGEN IN HET EUROPESE IPR

Follow-on dagvaardingen in het mededingingsrecht vallen zonder twijfel onder de Brussel I-Verordening die ziet op ‘burgerlijke en handelszaken’. Niettemin moet in het oog worden gehouden dat arbitrage is uitgesloten van de Verordening⁸.

Afdeling 1

In hoofdregel volgt de Verordening de *actor sequitur forum rei*-regel: letterlijk: de eiser volgt het in het geding zijnde voorwerp⁹ wat hem bij de woonplaats van de

⁵ Verordening 44/2001, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb.L.* 2001, 12/1, per januari 2015 opgeheven en vervangen door de Brussel I-bis-Verordening 1215/2012, *Pb.L.* 2012, 351/1.

⁶ Zie tevens G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, Oxford, Hart, 2013, p. 8 e.v.

⁷ Zie tevens G. VAN CALSTER, “On the role of borders in European conflict of laws” in M. PIERS, H. STORME, J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Antwerpen, Intersentia, 2014, ter perse.

⁸ Zie ook B. DEN TANDT, “Arbitrage en Europees Internationaal Privaatrecht: een introductie” in G. VAN CALSTER (ed.), Brugge, die Keure, Themis, School voor postacademische juridische vorming, vol. 76, *Internationaal Privaatrecht* 2012, 17-38; G. VAN CALSTER, “Kerpow! The United Kingdom Courts, West Tankers, and the arbitration ‘exception’ in the Brussels I Regulation”, *European Review of Private Law* 2013, 205-220.

⁹ De ‘Holschuld’ geschiedenis achter deze bepaling verklaart haar wat eigenaardige effect viz de woonplaats van de verweerder.

verweerder brengt (art. 2 Brussel I). Artikel 59 van diezelfde Verordening verwijst voor de woonplaatsbepaling van natuurlijke personen naar het IPR van de betrokken lidstaat¹⁰, terwijl het voor rechtspersonen een drievoudig alternatief aanbiedt: de statutaire zetel, of plaats van hoofdbestuur, of hoofdvestiging (met bovendien een bijzondere bepaling voor het Britse en Ierse IPR inzake ‘statutaire zetel’). Zowel voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen leidt dit mogelijks – en relatief frequent – tot ‘positieve bevoegdheidsconflicten’¹¹, die worden opgelost door de strikte *lis alibi pendens*-regel van artikel 27 van de Verordening.

Afdeling 2

De Verordening houdt echter een aantal bijkomende regels in die mogelijks tot een uitbreiding leiden van de lidstaten waar kan worden gevorderd. Telkens moet men hierbij voor ogen houden dat de procedurele realiteit er vaak een is van reverse engineering: partijen zoeken in samenspraak met hun juridische raadgevers een forum dat aantrekkelijk is en proberen vervolgens de juridische (in dit geval: bevoegdheids-)redenering te doen passen op hun voorkeuroplossing.

- Vooreerst leidt Artikel 5(5) van de Verordening tot een bijkomende dagvaardingsmogelijkheid in de lidstaat waar een filiaal, agentschap of enige andere vestiging (zonder afzonderlijke rechtspersoonlijkheid) is gelegen van een vennootschap die reeds elders in de EU woonplaats heeft¹². Voorwaarde is dat het in casu mededinging vervalsende gedrag uit de exploitatie van die vestiging voortvloeit. In Somafer-zaak 33/78 verduidelijkte het Hof dit als volgt:

(...) Het begrip filiaal, agentschap of enige andere vestiging impliceert een centrum van werkzaamheid, dat zich naar buiten duurzaam manifesteert als het verlengstuk van een moederbedrijf, met een eigen directie en materiële uitrusting, zodat het zaken met derden kan doen, en wel dusdanig dat dezen, ofschoon wetend dat eventueel een rechtsband met het in het buitenland gevestigde moederbedrijf zal ontstaan, zich niet rechtstreeks daartoe behoeven te wenden en zaken kunnen doen in bedoeld centrum, dat het verlengstuk ervan vormt;

(...) Voorts is vereist dat het voorwerp van geschil betrekking heeft op de exploitatie van het filiaal, agentschap of enige andere vestiging;

Dat dit begrip exploitatie enerzijds omvat de geschillen inzake contractuele of niet-contractuele rechten en verplichtingen met betrekking tot het eigenlijke beheer van het agentschap, het filiaal of de vestiging zelf, bij voorbeeld betreffende de huur van het gebouw waarin deze nevenvestigingen zijn gevestigd, of het ter plaatse aanstellen van aldaar werkzaam personeel;

¹⁰ Voor België, zie G. VAN CALSTER en S. BERGE, “Keuze van woonplaats naar internationaal recht”, in G. BALLON, H. DE DECKER, V. SAGAERT, E. TERRY, B. TILLEMANS, A. VERBEKE (eds.), *Gemeenrechtelijke clausules*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2013, 1787-1799.

¹¹ Waarbij meer dan een rechtbank zich geroepen voelt om over de zaak te oordelen.

¹² Dit artikel geeft dus *geen* mogelijkheid tot vordering in de EU indien de verweerder niet reeds in een andere lidstaat woonplaats heeft.

Dat dit begrip anderzijds ook omvat de geschillen inzake door het vorenomschreven centrum van werkzaamheid namens het moederbedrijf aangegane verplichtingen die moeten worden nagekomen in de verdragsluitende staat waar dit centrum is gevestigd, alsmede geschillen inzake niet-contractuele verplichtingen die hun oorsprong vinden in werkzaamheden die het filiaal, agentschap of enige andere vestiging – in de vorenomschreven zin – heeft verricht ter plaatse waar het voor rekening van het moederbedrijf is gevestigd¹³;

Deze optie lijkt met name eerder aantrekkelijk met het oog op de bewijsgeving in de initiële procedure tot vaststelling van mededinging beperkend gedrag in het geval de activiteiten inderdaad beweerdelijk kunnen worden aangewreven aan deze specifieke vestiging. Eens dit gedrag immers is vastgesteld, zal een follow-up procedure ten aanzien van de moeder met rechtspersoonlijkheid, in haar lidstaat van woonplaats, interessanter zijn: het is daar immers dat veeleer de activa van de vennootschap zich bevinden;

– artikel 5(1) van de Brussel I-Verordening geeft in het geval het gaat om een verbintenis uit overeenkomst, een bijkomend forum, naar keuze van de eiser, “voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd”. Voor twee vaak voorkomende categorieën, de koop en verkoop van roerende lichamelijke zaken en voor de verstrekking van diensten, harmoniseert de Verordening die plaats van uitvoering (die immers kan verschillen al naargelang het toepasselijke nationale recht).

Een cruciale vraag bij de toepassing van artikel 5(1) is of een follow-up vordering omwille van schending van het mededingingsrecht bij de uitvoering van een overeenkomst überhaupt kan worden gezien als gerelateerd aan die overeenkomst. In het geval partij argumenteert dat door de schending van het mededingingsrecht de overeenkomst (of delen ervan) moeten worden beschouwd als nietig, is dit wellicht verdedigbaar. In het geval de overeenkomst op zich perfect verenigbaar is met het mededingingsrecht doch de contractspartij vervolgens in de uitvoering ervan dat recht schendt (bijvoorbeeld omdat een prijsverhoging wordt doorgevoerd die misbruik maakt van een dominante positie) is het verdedigbaar dat deze vordering niet haar oorsprong vindt in de overeenkomst;

– artikel 5(3) Brussel I voert een extra mogelijkheid in, bovenop de woonplaats van de verweerder, in het geval van aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad. Dit is een interessante bevoegdheidsgrond voor de situatie van derden die schade lijden tengevolge van een schending van het mededingingsrecht door een partij met wie zij geen enkele contractuele band hebben, of nog voor het geval, zoals hierboven aangehaald, men tussen contractspartijen geen contractuele grond kan weerhouden voor een specifiek geval van ontstane schade.

¹³ Zaak 33/78, *Somafer*, 1979, *Jur.* 2183, para 12-13.

In *Bier v. Mines de Potasse*, Zaak 21/76 oordeelde het Hof van Justitie dat de gelijkaardige bepaling in het EEX-Verdrag (de voorloper van Brussel I) moest worden geïnterpreteerd als een extra forum openend zowel in de plaats waar het feit dat tot de schade aanleiding gaf zich heeft voorgedaan (de *locus delicti commissi*) als de plaats waar de schade is ingetreden (de *locus damni*). In daaropvolgende rechtspraak¹⁴ heeft het Hof de uitdijende gevolgen van de uitspraak in *Bier* moeten indammen: indirecte financiële schade levert geen nieuw forum op indien een andere persoon reeds directe schade leed (*Dumez France*, Zaak C-220/88¹⁵); in het geval van een en dezelfde persoon die directe schade lijdt en indirecte schade doet ook hier de indirecte schade geen bijkomend forum ontstaan (*Marinari*, Zaak C-364/93¹⁶); in geval eiser zich enkel beroept op de *locus damni* om bevoegdheid van een rechtbank te doen vaststellen dan is deze rechtbank enkel bevoegd ten aanzien van dat deel van de schade, niet de gehele schade (*Shevill*, zaak C-68/93¹⁷).

Elk van deze zaken heeft uiteraard ook een toepassing in het geval van schending van het mededingingsrecht. Met name in Engeland is er redelijk wat rechtspraak, met recent in de *Deutsche Bahn*-zaak¹⁸ bevestiging van bevoegdheid voor de Engelse rechtbanken op basis van de *locus damni* in het geval van eisers die in het VK goederen hadden aangekocht die uiteindelijk werden verkregen bij de bedrijven, elders gevestigd in de EU, wier gedrag door de Commissie als een verboden kartel werd beschouwd;

– een voor het mededingingsrecht uiterst relevante bijzondere bevoegdheidsgrond is deze van artikel 6(1) Brussel I: samenhang. Artikel 6(1) bepaalt dat indien er tussen twee (of meer) vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven, de gerechten van de woonplaatsen van beide, bevoegdheid kunnen uitoefenen over beide (of meer) vorderingen¹⁹. De partij die geen woonplaats heeft in de betrokken lidstaat wordt dan op basis van nauwe samenhang mee in het procedurebad van de andere lidstaat getrokken. Wordt alsnog gevorderd in de andere lidstaat dan heeft de eerst gevatte rechtbank voorrang.

Artikel 6 laat toe een zogenaamde ankerverweerder (ofte anchor defendant) te identificeren in een voor de eiser interessante lidstaat en vervolgens alle andere in de vordering betrokken partijen eveneens daar te vorderen. Deze ankerverweerder hoeft niet de principieel betrokken partij te zijn

¹⁴ Zie G. VAN CALSTER, noot 6 hierboven, p. 93 e.v. – tevens voor de referenties voor alle hieropvolgende rechtspraak.

¹⁵ In casu dochtermaatschappijen van *Dumez* gaan failliet in Duitsland. Moeder lijdt financiële schade in Frankrijk.

¹⁶ In casu directe schade: orderbrieven worden niet uitbetaald in Engeland; indirecte schade: aan zijn reputatie en aan verloren contracten, in zijn woonplaats, Italië.

¹⁷ In *Shevill* breidde het Hof de *Bier* regel uit tot immateriële schade.

¹⁸ *Deutsche Bahn AG et al. v. Morgan Crucible Company plc et al.*, 2013, EWCA Civ 1484.

¹⁹ Deze mogelijkheid is niet van toepassing op de zogenaamde beschermde categorieën: consumenten, werknemers, verzekerden.

en kan zelfs verkiezen de bevoegdheidsclaim niet te betwisten ook al zou dat mogelijk zijn (bijvoorbeeld door te argumenteren dat zijn woonplaats elders is dan in de lidstaat waar de rechtbank is gevat). Het is duidelijk dat dit mechanisme een aantal vormen van misbruik faciliteert doch het werd onmogelijk geacht een criterium in te voegen dat dit zou kunnen tegengaan (bijvoorbeeld dat de ankerverweerder het ‘hoofddoel’ van de eis zou moeten zijn).

Samenhang kan gebruikt worden zelfs indien de eis tegen de ankerverweerder onontvankelijk is ab initio tenzij per Reis Montage (Zaak C-103/05²⁰) de vordering is ingesteld tegen een groep van verweerders met het enkele doel een van hen te onttrekken aan het forum van zijn woonplaats dat hem normaliter toekomt. Dit laatste is een voorwaarde die is opgenomen in artikel 6(2) [vordering tot vrijwaring, voeging of tussenkomst] en niet expressis verbis in artikel 6(1): het is het Hof van Justitie dat de voorwaarde ook aan artikel 6(1) toevoegt. In de praktijk is ze moeilijk te handhaven: het vereist een inzicht in de diepste ziels (procedurele) roerselen van eiser.

De precieze contouren van de inschakeling van ankerverweerders worden hopelijk / mogelijks binnenkort door het Hof van Justitie verduidelijkt in zaak C-352/13 CDC²¹. In deze zaak is verzoekster CDC Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA een in Brussel gevestigd bureau dat tot doel heeft claims in verband met kartelvorming geldend te maken. Zij heeft in maart 2009 bij het Kartelgerecht Dortmund een zaak gestart tegen zes chemieconcerns die buiten Duitsland (BEL, NL, FIN, FRA SPA en ITA) gevestigd zijn. Slechts één van de oorspronkelijke verweersters, Evonik Degussa GmbH, is gevestigd in Duitsland. De zaak met deze verweester is intussen echter geschikt. De ankerverweester is met andere woorden reeds uit de processchakel verdwenen. Dortmund vraagt aan het Hof onder andere:

- of in dit geval voldaan kan zijn aan de grondvoorwaarden van artikel 6(1), namelijk dat tussen de vorderingen een zo nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare beslissingen worden gegeven; en
- of het hierbij van belang is dat de rechtsvordering tegen de ankerverweester intussen is ingetrokken.

Tot slot van de bespreking van samenhang moet ook worden verwezen naar de implicaties van de lis alibi pendens-regel die in parallel met artikel 6(1) moet worden toegepast. Indien immers reeds elders in de EU ‘dezelfde’ zaak (zelfde partijen; zelfde rechtsgrondslag’ zelfde vordering)

²⁰ 2006, Jur. I-6827.

²¹ CDC Cartel Damage Claims Hydrogen Peroxide SA v. Evonik Degussa GmbH et al. Toegekomen bij het Hof op 29 juli 2013, zaak in behandeling (op het ogenblik van schrijven Advies AG noch uitspraak Hof).

eerder aanhangig is, verplicht artikel 27 Brussel I het later gevatte gerecht de zaak aan te houden tot de eerst gevatte rechtbank zich over haar bevoegdheid uitspreekt. De meest interessante rechtbanken voor forumshopping zijn deze die namelijk een soepele toepassing van de regels van de samenhang van artikel 6(1)²² combineren met een flexibele toepassing van de *lis alibi pendens*-regel²³;

– forumovereenkomsten tenslotte komen uiteraard voortdurend voor in commerciële relaties, die aan de grondslag liggen van de contacten tussen partijen waarin vervolgens potentieel een mededinging beperkende kink in de kabel optreedt. Forumclausules genieten onder artikel 23 Brussel I een ruime bescherming (die nog wordt uitgebreid in de Brussel I-bis-Verordening). Klassiek²⁴ is echter de vraag of niet-contractuele aansprakelijkheid, zoals deze op grond van een schending van het mededingingsrecht, kan worden beschouwd als zijnde begrepen in de bevoegdheids (en toepasselijk rechts) clause. Artikel 23 luidt in relevant onderdeel:

Wanneer de partijen van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, een gerecht of de gerechten van een lidstaat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die lidstaat bevoegd.

(eigen benadrukking)

Deze formulering laat in ieder geval ruimte voor het argument dat ook de niet-contractuele vorderingen begrepen kunnen zijn in de clause. (Tevens op grond van bijvoorbeeld de Engelse versie van de tekst: “any disputes which have arisen... in connection with a particular legal relationship” (eigen benadrukking)). Europese rechtspraak over dit probleem is er niet.

Bij artikel 5(1) hierboven suggereerde ik dat het enkel in het geval van een vordering tot nietigheid van de gehele overeenkomst kan worden volgehouden dat de betrokken vordering er een is op basis van contractuele overeenkomst. Zo ook hier blijkt de consensus in de rechtspraak van de lidstaten te zijn dat een forumclause geen impact heeft op de vorderingen gebaseerd op een schending van het mededingingsrecht, voorafgaand aan de schending van dat recht noch eropvolgend. Eenzelfde stramien tekent zich overigens af voor arbitrageclausules²⁵.

²² Bv. *niet*: Rechtbank Rotterdam, Zaak nr. C/10/390424 HA ZA 11-2071, *Stichting Elevator Cartel Claim v. Kone BV et al.*, NJF 2013/414.

²³ Zie T. VAN DER VIJVER en J. BOOT, “Cooper Tire: het vorderen van follow-on schadevergoeding in Engeland”, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2011, nr. 1, (25) 29.

²⁴ En niet volledig vreemd aan de bespreking van de pure bevoegdheidsgrond inzake ‘overeenkomsten’, zie de bespreking van art. 5(1) hierboven.

²⁵ Zie met name het gerecht in Helsinki in het waterstofperoxide kartel: *CDC Hydrogen Peroxide SA v. Kemira Oy* (in mei 2014 werd in deze zaak een dading bereikt tussen de partijen).

Engeland leek enige tijd een andere weg te hebben ingeslaan. In *Provimi*²⁶ had de Court of Appeal nog beslist dat naar Zwitsers, Duits en Frans recht (de lezer merke dus op dat van een geharmoniseerde aanpak inderdaad (nog) geen sprake is), forumclausules geen betrekking hebben op de mededingingsrechtelijke relaties tussen partijen. Algemeen werd dit arrest gelezen als betekend tussen de lijnen dat dit naar Engels recht wel eens anders zou kunnen zijn. In *Ryanair*²⁷ besliste de Court of Appeal echter dat een vordering op basis van schending van het mededingingsrecht buiten de ruimte valt die de contractspartijen redelijkerwijs hadden kunnen voorzien als betrekking hebbend op die clause. Ryanair had in die zaak extra ondersteuning gegeven aan haar bevoegdheidsclaim door er een contractuele vordering aan toe te voegen. De Court of Appeal besliste echter dat die vordering prima facie geen kans op slagen had, wat de noodzaak aan behandeling op basis van samenloop naar haar mening wegnam. Hoewel ik niet noodzakelijk overtuigd ben van de gegrondheid van dit laatste element (een onderzoek naar het prima facie gegrond karakter van een contractuele claim met het oog op het al of niet beslissen tot samenhang) zijn de gevolgen van het Ryanair-arrest duidelijk: de Court of Appeal stelt nu enige vereisten aan het (populaire) gebruik van de Engelse rechtbanken voor follow-up vorderingen. Algemene forumclausules volstaan niet: beweerdelijk kunnen partijen wel perfect een clause opnemen die uitdrukkelijk voorziet in het scenario van schending van het mededingingsrecht. Anderzijds kan het Ryanair-arrest ook gelezen worden als bevorderend voor de bevoegdheid van de Engelse rechtbanken: het hof besliste immers dat het bestaan van een exclusieve bevoegdheidsclause voor een bepaald soort schade (contractueel) niet betekent dat alle soorten schade tussen de partijen door de clause is gedekt (de verwerping door de Court of Appeal van de zogenaamde ‘one-stop-shop litigation’);

– volledigheidshalve vermeld ik nog dat in het kader van voorlopige maatregelen, ook bij follow-up vorderingen (van groter belang terwijl de schending van het mededingingsrecht nog niet vaststaat, met name: bij stakingsvorderingen), de bevoegdheid van de nationale rechter op basis van haar interne gerechtelijk privaatrecht niet is aangetast door de Brussel I-Verordening, met dien verstande dat de maatregelen enkel voorlopig kunnen zijn en dat er een band moet bestaan tussen de het voorwerp van de gevraagde maatregelen en de lidstaat (Van Uden, Zaak C-391/95²⁸). Voorlopige maatregelen genomen door een rechter die tevens bodembevoegdheid in de zaak heeft op grond van een artikel uit de Verordening, ontsnappen aan deze beperkingen.

²⁶ *Provimi Ltd v. Aventis Animal Nutrition SA*, 2003, WHC 961.

²⁷ *Ryanair Ltd v. Esso Italiana Srl*, 2013, EWCA Civ 1450, 19 November 2013.

²⁸ 1998, Jur. I-7122.

Hoofdstuk III

TOEPASSELIJK RECHT BIJ FOLLOW-ON DAGVAARDINGEN IN HET EUROPESE IPR

Het Europese IPR in burgerlijke en handelszaken kent zowel wat haar regels inzake bevoegdheid betreft als deze van toepasselijk recht bij verbintenissen uit overeenkomst, eenzelfde stramien. Algemene regels worden bepaald, uitzonderingen worden voorzien en vooral: een aantal ‘beschermde categorieën’ krijgen een regime op maat van de te beschermen partij (consument, werknemer; kleine verzekerde). Inzake het toepasselijk recht in geval van niet-contractuele verbintenissen voorziet de Rome II-Verordening²⁹ in een ander stramien. Van nature zijn niet-contractuele verbintenissen immers niet planbaar, de structuur van de andere instrumenten van het Europese IPR derhalve niet geschikt. Rome II voorziet een algemene regel (*lex loci damni*), wat algemene uitzonderingen (bijvoorbeeld in het geval van partijen met woonplaats in dezelfde lidstaat doch met een tussenkomende onrechtmatige daad elders) en de min of meer klassieke ultieme bijzonderheid van bijzonder dwingend recht en *orde public*. Vervolgens echter stelde de Commissie in haar voorstel, hierin grotendeels gevolgd door de Raad, tevens een groot aantal specifieke colli-sieregels voor bijzondere categorieën van onrechtmatige daad. Relevant artikel voor het mededingingsrecht is artikel 6 dat als volgt luidt:

Oneerlijke concurrentie en daden die de vrije concurrentie beperken

1. *De niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een daad van oneerlijke concurrentie, wordt beheerst door het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van de consumenten worden geschaad of dreigen te worden geschaad.*

2. *In het geval dat een daad van oneerlijke concurrentie uitsluitend de belangen van een bepaalde concurrent schaadt, is artikel 4 van toepassing.*

3. a) *De niet-contractuele verbintenis die uit een beperking van de mededinging voortvloeit, wordt beheerst door het recht van het land waarvan de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt.*

b) *Wanneer de markt beïnvloed wordt of waarschijnlijk beïnvloed wordt in meer dan één land, mag de persoon die schadevergoeding vordert bij het gerecht van de woonplaats van de verweerder, echter verkiezen zijn vordering te gronden op het recht van het gerecht waarbij hij het geschil aanhangig heeft gemaakt, mits de markt in die lidstaat een van de markten is die rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloed worden door de beperking van de mededinging waaruit de niet-contractuele verbintenis voortvloeit waarop de vordering is gebaseerd. Wanneer de eiser, overeenkomstig de toepasselijke regels betreffende de rechterlijke bevoegdheid, meer dan één verweerder voor dat gerecht daagt, kan hij uitsluitend kiezen om zijn vordering op het recht van dat gerecht te gronden indien de beperking van de mededinging, waar-*

²⁹ Verordening 864/2007, Pb.L. 2007, 199/40.

op de vordering tegen elk van deze verweerders berust, ook de markt van de lidstaat van dat gerecht rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloedt.

4. Van het recht dat krachtens dit artikel van toepassing is, kan niet bij overeenkomst op grond van artikel 14 worden afgeweken.

Bovenop de voor sommige lidstaten problematische begripsbepaling van ‘oneerlijke concurrentie’ kunnen de regels van artikel 6 niet anders dan bijzonder ingewikkeld genoemd worden. De Commissie zelf verantwoordde de nood aan een afzonderlijke regel überhaupt, door te verwijzen naar wat het noemde de driedimensionale functie van mededingingsrecht:

De regels met betrekking tot oneerlijke concurrentie beogen de eerlijke concurrentie te beschermen door voor alle marktdeelnemers dezelfde regels voor te schrijven. Deze regels bestraffen onder meer handelingen die ertoe strekken de vraag te beïnvloeden (bijvoorbeeld misleiding en dwang), of die een concurrerend aanbod trachten te belemmeren (bijvoorbeeld verstoring van de bevoorrading van een concurrent, het weglukken van werknemers, een boycot), of nog handelingen die oneigenlijk gebruik maken van de troeven van een concurrent (bijvoorbeeld het creëren van een potentiële verwarring, misbruik van de goede naam).

Het moderne mededingingsrecht heeft niet alleen tot doel de concurrenten te beschermen (horizontale dimensie) maar ook de consumenten en het publiek in het algemeen (verticale betrekkingen). Deze driedimensionale functie van het mededingingsrecht moet tot uitdrukking komen in een modern instrument van conflictenrecht³⁰.

Het bijhorende tekstvoorstel was oorspronkelijk beperkt: (zie art. 5 van het voorstel):

- 1. Op een niet-contractuele verbintenis die voortvloeit uit een daad van oneerlijke concurrentie is het recht van toepassing van het land waar de concurrentieverhoudingen of de collectieve belangen van consumenten rechtstreeks en aanzienlijk worden geschaad of dreigen te worden geschaad.*
- 2. Indien een daad van oneerlijke concurrentie uitsluitend de belangen van een bepaalde concurrent schaadt, is artikel 3, leden 2 en 3, van toepassing.*

De beknoptheid van dit voorstel contrasteert sterk met de uitgebreide discussie die erop volgde³¹. Het enkele gebruik van ‘oneerlijke concurrentie’ in de tekst van artikel 5 (voor de lidstaten die nationale wetgeving kennen op dit domein betekende dit dat artikel 5 suggereerde dat haar algemene insteek er een van consumentenbescherming was) botste met de driedimensionale functie die de Commissie aan het mededingingsrecht toedichtte in het begeleidende document. Dat deed een aantal lidstaten overpeinzen of mededingingsrecht überhaupt was begrepen in de bijzondere regel. De Commissie verklaarde³² dat zij niet de bedoeling had dat mede-

³⁰ Commission proposal, COM(2003) 427, 15.

³¹ Zie ook E.-J. ZIPPRO, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, Leiden, Universiteit Leiden, 2008, p. 711, consulteerbaar via <http://goo.gl/j91rHJ>, laatst door mij geraadpleegd op 12 juni 2014.

³² Outcome of proceedings, Council Committee on Civil Law matters, document 5430/04, 27 januari 2004, 2.

dingsrecht *stricto sensu* zou begrepen zijn maar het hek was tegen dan al van de dam. Ondanks pogingen van Duitsland, Oostenrijk en het Europees Parlement om mededingingsrecht uit de Verordening te houden en een ultiem voorstel van het Verenigd Koninkrijk om voor schendingen van artikelen 101-102 VWEU een geheel afzonderlijke regel te voorzien, werd mededingingsrecht naast ‘oneerlijke concurrentie’ behouden en werd in het artikel de notie van de ‘beïnvloede markt’ ingevoerd.

De rechtsoverwegingen proberen te nuanceren:

(21) *De bijzondere regel in artikel 6 vormt geen uitzondering op de algemene regel in artikel 4, lid 1, maar juist een verduidelijking daarvan. Inzake oneerlijke concurrentie dient de collisieregels bescherming te bieden aan concurrenten, consumenten en het publiek in het algemeen en tevens garant te staan voor het goed functioneren van de markteconomie. Deze doelstellingen zijn in het algemeen te bereiken door aanknoping bij het recht van het land waar de concurrentieverhoudingen dan wel de gezamenlijke belangen van de consumenten worden of dreigen te worden aangetast.*

(22) *Onder niet-contractuele verbintenissen die voortvloeien uit beperking van de mededinging, in de zin van artikel 6, lid 3, moeten zowel inbreuken op nationale als op communautaire mededingingsregels worden verstaan. Het recht dat op dergelijke niet-contractuele verbintenissen van toepassing is, is het recht van het land waar de markt wordt of waarschijnlijk wordt beïnvloed. In het geval dat de markt in meer dan een land wordt beïnvloed of waarschijnlijk wordt beïnvloed, mag de persoon die schadevergoeding vordert, in bepaalde omstandigheden echter verkiezen zijn vordering te gronden op het recht van het gerecht waarbij hij het geschil aanhangig heeft gemaakt.*

(23) *Voor de doeleinden van deze verordening moet het concept van beperking van de mededinging betrekking hebben op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen een lidstaat of op de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, alsmede het misbruiken van een machtspositie in een lidstaat of op de interne markt, voor zover dergelijke overeenkomsten, besluiten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen of misbruiken verboden zijn krachtens de artikelen 81 en 82 van het Verdrag of krachtens het recht van een lidstaat.*

Een en ander zorgt voor complicatie. Zo is de link met algemene beleidsinstrumenten van het Europese mededingingsrecht absoluut niet duidelijk. Die spreken bijvoorbeeld van ‘betrokken’ of ‘relevante’ markt, niet ‘beïnvloede’. Hoe artikel 6 precies moet worden toegepast in het licht van de vele initiatieven van de Commissie inzake collectieve schadevergoedingen (‘collective redress’ – waarin tevens specifieke bevoegdheids- en toepasselijk rechtsgronden worden overwogen) en de private afdwinging van het mededingingsrecht is evenmin voor de hand liggend.

Althans indien deze laatste initiatieven een formele bron van recht opleveren is het niet uit te sluiten dat artikel 6 Rome II buiten adem geraakt vooraleer het al te veel schade kan berokkenen.

Artikel 15 van de Rome II-Verordening hanteert een breed begrip van wat onder toepasselijk recht moet worden begrepen. Procedure valt hier niet onder (wat ook wordt bevestigd in art. 1(3)) hoewel er ongetwijfeld een aantal van de categorieën van artikel 15 als onderdelen van civielrechtelijke procedure kunnen worden beschouwd³³. Bovendien sluit rechtspraak niet uit dat zelfs in onbetwiste gevallen van procedure / *lex fori*, zoals verjaringstermijnen, er toch een impact is van het materiële Europese mededingingsrecht³⁴.

Tenslotte is ook meldenswaard dat de Europese rechtbanken niet enkel bevoegd zijn t.a.v. EU-verweerders en evenmin enkel schadeclaims behandelen ten gevolge van schending van EU of nationaal (lidstaten) recht.

Bevoegdheid ten aanzien van verweerders zonder woonplaats in de EU ligt misschien minder voor de hand maar is zeker niet onmogelijk, mede in het licht van de bespreking inzake vooraf bestaande contractuele relaties, hierboven. In de huidige versie van de EEX-Verordening is woonplaats in de EU vereist van minstens een van de partijen; in de EEX-bis-Verordening, die in werking treedt in januari 2015, vervalt deze vereiste. Bovendien heeft de Europese Commissie voorgesteld dat de EU toetreedt tot het Haagse Verdrag inzake forumovereenkomsten. Daarin is evenmin woonplaatsvereiste in ondertekenende Staten opgenomen.

Inzake toepasselijk recht is het in velerlei zin meer voor de hand liggend dat de schending van niet-Europees mededingingsrecht toch tot schadeclaims leidt in de EU en dat in die rechtszaken niet-Europees recht wordt toegepast. Zo is het perfect denkbaar en helemaal niet zo ongewoon dat een in de EU gevestigde onderneming elders het mededingingsrecht overtreedt en daar in de EU de rekening voor gepresenteerd krijgt. Bevoegdheid van de rechtbank in de EU is eenvoudig te weerhouden op grond van artikel 2 van de EEX-Verordening. Ten aanzien van deze verweerder wordt dan vervolgens het hierboven besproken (niet zo eenvoudig) mechanisme van de Rome II-Verordening toegepast. Deze laatste heeft een ‘universeel’ karakter: haar collisieregels kunnen perfect leiden tot een recht dat niet het recht is van een EU-lidstaat.

³³ Zie ook recent *Wall v. Mutuelle De Poitiers Assurances*, 2014, EWCA Civ 138, over de niet altijd evidente afbakening tussen procedure (*lex fori*) en toepasselijk recht (*lex causae*).

³⁴ Zie *Deutsche Bahn AG v. Morgan Advanced Materials Plc (formerly Morgan Crucible Co Plc)*, 2014, UKSC 24.