

# Jurisdictie bij schade als gevolg van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht

Mr. drs. T.S. Hoyer en mr. J.W. Fanoy\*

In dit overzichtsartikel bespreken de auteurs de lijnen die zijn te ontdekken in de arresten *CDC/Akzo*, *flyLAL*, *Apple* en *Tibor-Trans* van het Hof van Justitie van de Europese Unie, die zien op de toepassing en uitleg van de artikel 7 lid 2, artikel 8 lid 1 en artikel 25 van de EEX-Vo in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. Voorts gaan zij in op de (praktische) gevolgen van deze jurisprudentie voor een benadeelde die een schadevordering wegens een inbreuk op het Europees mededingingsrecht aanhangig wenst te maken.

- HvJ EU 21 mei 2015, zaaknr. C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*).
- HvJ EU 5 juli 2018, zaaknr. C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL*).
- HvJ EU 24 oktober 2018, zaaknr. C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854 (*Apple*).
- HvJ EU 29 juli 2019, zaaknr. C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635 (*Tibor-Trans*).

## Inleiding

Bijna twintig jaar geleden heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest *Courage/Crehan*<sup>1</sup> voor het eerst bepaald dat eenieder het recht heeft om vergoeding te vorderen van de geleden schade als gevolg van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht (art. 101 en 102 VWEU). In het arrest *Skanska*<sup>2</sup> heeft het Hof van Justitie recent bevestigd dat ook de aanwijzing van de entiteit die tot die schadevergoeding is gehouden rechtstreeks wordt geregeld door het Unierecht. De aansprakelijkheid rust op de *onderneming* die inbreuk maakt op het Europese mededingingsrecht,

waarbij geldt dat het begrip onderneming een autonoom Unierechtelijk begrip is en (dus) kan bestaan uit meerdere entiteiten naar nationaal recht.<sup>3</sup>

Dit recht op schadevergoeding heeft inmiddels tot talloze nationale procedures geleid, waarbij dikwijls eerst de vraag naar de bevoegdheid van de aangezochte rechter op grond van de EEX-Verordening (EEX-Vo) aan de orde kwam.<sup>4</sup> Zo nu en dan ging het daarbij om een individuele benadeelde die een buitenlandse inbreukmaker voor de gerechten van zijn eigen land daagde.<sup>5</sup> Maar geregeld ging het om gebundelde vorderingen van meerdere benadeelden (vaak via het cessiemodel), waarbij een inbreukmaker met woonplaats in de jurisdictie van voorkeur – en ten aanzien waarvan de bevoegdheid op grond van de hoofdregel van artikel 4 lid 1 EEX-Vo is gegeven – werd gebruikt als zogenoemde ankergedaagde, om zodoende ook bevoegdheid te creëren ten aanzien van de overige inbreukmakers.

Dit heeft geleid tot meerdere prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie over de toepassing en uitleg van de EEX-Vo in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europese mededingingsrecht, welke vragen tot op heden hebben geleid tot vier arresten: *CDC/Akzo*<sup>6</sup>, *flyLAL*<sup>7</sup>, *Apple*<sup>8</sup> en *Tibor-Trans*<sup>9</sup> In die jurisprudentie ging het Hof van Justitie in op de toepassing van (één of meer van) de volgende gronden uit de EEX-Vo waarop een eisende partij een gedaagde partij kan oproepen voor de gerechten van een ander land dan waar die gedaagde zijn woonplaats heeft:

1. artikel 7 lid 2 EEX-Vo: de gerechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan;

3. HvJ 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*).
4. In dit artikel wordt uitgegaan van de toepasselijkheid en de nummering van deerschikte EEX-verordening (EU) nr. 1215/2012, hoewel veel genoemde jurisprudentie ziet op de uitlegging van haar voorganger, de EEX-verordening (EG) nr. 44/2001.
5. Dat was bijvoorbeeld het geval in het hierna te behandelen arrest *Tibor/Trans*.
6. HvJ 21 mei 2015, zaak C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC/Akzo*).
7. HvJ 5 juli 2018, zaak C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (*flyLAL*).
8. HvJ 24 oktober 2018, zaak C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854 (*Apple*).
9. HvJ 29 juli 2019, zaak C-451/18, ECLI:EU:C:2019:635 (*Tibor-Trans*).

\* Mr. drs. T.S. (Tom) Hoyer is advocaat bij BarentsKrans. Mr. J.W. (Joost) Fanoy is advocaat bij BarentsKrans.

1. HvJ 20 september 2001, zaak C-453/99, ECLI:EU:2001:465 (*Courage/Crehan*).

2. HvJ 14 maart 2019, zaak C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 (*Skanska*).

2. Artikel 8 lid 1 EEX-Vo: de rechten van een medegedaagde;
3. Artikel 25 EEX-Vo: een door partijen aangewezen gerecht.

Inmiddels zijn er in deze jurisprudentie duidelijke lijnen te ontdekken, die wij in dit overzichtsartikel zullen beschrijven.<sup>10</sup> Na een korte bespreking van de casusposities van de vier arresten, zullen wij daarna achtereenvolgens de hiervoor genoemde gronden bespreken. Wij sluiten af met enkele opmerkingen over de (praktische) gevolgen van de hiervoor genoemde gronden in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie voor een benadeelde die een schadevordering wegens een inbreuk op het Europese mededingingsrecht aanhangig wenst te maken.

## Casusposities CDC/Akzo, flyLAL, Apple en Tibor-Trans

In het arrest *CDC/Akzo* ging het om een geschil tussen tussen de in België gevestigde vennootschap CDC en zes deelnemers aan het door de Europese Commissie vastgestelde waterstofperoxidekartel.<sup>11</sup> CDC had aan haar gecedeerde schadevorderingen van meerdere benadeelden gebundeld ingesteld bij de Duitse rechter. Een bijzonderheid in deze procedure was dat CDC gedurende de procedure een schikking trof met de enige in Duitsland gevestigde partij. De overige gedaagden meenden daarom dat artikel 8 lid 1 EEX-Vo niet (meer) van toepassing was. Daarnaast deden de gedaagden een beroep op diverse arbitrage- en forumkeuzebedingen. De Duitse rechter stelde vervolgens prejudiciële vragen over artikel 8 lid 1 en artikel 25 EEX-Vo, alsmede over de toepassing van artikel 7 lid 2 EEX-Vo in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op artikel 101 VWEU door partijen die zich in verschillende lidstaten bevinden.

In het arrest *flyLAL* ging het om een geschil tussen de (curator van de) in Litouwen gevestigde en gefailleerde luchtvaartmaatschappij flyLAL enerzijds en de in Letland gevestigde luchtvaartmaatschappij Air Baltic en de luchthaven van Riga, eveneens gevestigd in Letland, anderzijds.<sup>12</sup> flyLAL had schadevorderingen ingesteld bij de Litouwse rechter wegens een inbreuk op zowel artikel 101 VWEU als artikel 102 VWEU. Air Baltic voerde in de procedure (onder meer) aan dat artikel 7 lid 2 EEX-Vo niet van toepassing was, omdat de vermeen-

de onrechtmatige daden niet in Litouwen zouden zijn gepleegd en omdat de gevorderde schade zou bestaan uit indirecte schade. De Litouwse rechter stelde vervolgens prejudiciële vragen over (onder meer) artikel 7 lid 2 EEX-Vo.

In het arrest *Apple* ging het om een geschil tussen de (curator van de) in Frankrijk gevestigde vennootschap eBizzuss.com, een voormalige reseller van Apple, en in Frankrijk, Ierland en de VS gevestigde entiteiten van Apple. eBizzuss.com had een schadevordering ingesteld bij de Franse rechter wegens een inbreuk op artikel 102 VWEU. Een van de gedaagde entiteiten, Apple Sales International, deed een beroep op een forumkeuzebeding ten gunste van de Ierse rechter. De Franse rechter stelde vervolgens prejudiciële vragen over artikel 25 EEX-Vo.

In het arrest *Tibor-Trans* ging het om een geschil tussen tussen de in Hongarije gevestigde vennootschap Tibor-Trans en het in Nederland gevestigde DAF Trucks als deelnemer aan het door de Europese Commissie vastgestelde vrachtwagenkartel. Tibor-Trans had een schadevordering ingesteld bij de Hongaarse rechter. DAF Trucks voerde in de procedure aan dat de heimelijke bijeenkomsten in Duitsland hadden plaatsgevonden, zodat artikel 7 lid 2 EEX-Vo alleen kon leiden tot bevoegdheid van de Duitse rechter. Voorts stelde zij dat zij nooit een rechtstreekse contractuele band met Tibor-Trans had gehad, zodat zij redelijkerwijs niet kon verwachten dat zij voor de Hongaarse rechter zou worden gedagvaard. De Hongaarse rechter stelde vervolgens prejudiciële vragen over artikel 7 lid 2 EEX-Vo.

## Artikel 7 lid 2 EEX-Vo: plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan

Op grond van artikel 7 lid 2 EEX-Vo kan een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad worden opgeroepen voor de rechten van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen.

Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het begrip ‘plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan’ zowel doelt op de plaats waar de schade is ingetreden, als op de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis.<sup>13</sup> Dit brengt mee dat de rechten van beide plaatsen bevoegd zijn om kennis te nemen van de betreffende schadevordering. Verder kan dit begrip niet zo ruim worden uitgelegd dat het iedere plaats omvat

10. Zie voor een eerder overzichtsartikel: P.N. Malanczuk, ‘De rechtsmacht van de Nederlandse civiele rechter in internationale kartelschadezaken’, *MP* 2018/7, p. 27-32. Zie ook L.M. van Bochove, ‘Internationaalprivaatrechtelijke aspecten van kartelschade’, in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Kartelschade* (Onderneming en recht, nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 209-218.

11. Zie over dit arrest ook Chr.F. Kroes, ‘Luciburgum locuta, causa finita of Delphi “revisited”? De eerste prejudiciële beslissing inzake bevoegdheid in kartelschadezaken: alles klar?’, *NIPR* 2016, p. 466-477.

12. Zie over dit arrest ook K.J. Saarloos, ‘De plaats van het schadebrengende feit bij inbreuken op het mededingingsrecht’, *NIPR* 2019, p. 387-397.

13. Zie onder meer HvJ 30 november 1976, zaak C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (*Bier*); HvJ 7 maart 1995, zaak C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61 (*Shevill*); HvJ 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*); L. Strikwerda en S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlands internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 70; J.A. Pontier, *Onrechtmatige daad en andere niet-contractuele verbintenissen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2015, p. 96-98.

waar de schadelijke gevolgen voelbaar zijn van een feit dat reeds elders daadwerkelijk ingetreden schade heeft veroorzaakt. Met andere woorden, het ziet niet ook op de plaats waar de gelaedeerde stelt vermogensschade te hebben geleden als gevolg van een in een andere lidstaat ingetreden *aanvankelijke* schade.<sup>14</sup>

#### Plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis

Het Hof van Justitie is in twee arresten ingegaan op de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis in het geval van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht. In *CDC/Akzo* ging het om een inbreuk op artikel 101 VWEU en in *flyLAL* ging het om een vermeende inbreuk op zowel artikel 101 VWEU als artikel 102 VWEU.

#### • Artikel 101 VWEU

In *CDC/Akzo* stelde het Hof van Justitie eerst vast dat in het geval van een kartelinbreuk de oorzaak van de schade *niet* is gelegen in de niet-nakoming van een contractuele verplichting. De oorzaak van de schade betreft de beperking als gevolg van het kartel die ertoe leidt dat het voor marktdeelnemers onmogelijk is om producten te kopen tegen een door vraag en aanbod bepaalde prijs.<sup>15</sup> In het geval van een kartelinbreuk betreft de schadeveroorzakende gebeurtenis dus het feit dat kartelafspraken zijn gemaakt, niet de daaropvolgende uitvoering daarvan.

Het voorgaande brengt naar het oordeel van het Hof van Justitie mee dat de plaats waar de kartelafspraken tot stand zijn gekomen, moet worden aangewezen als de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis.<sup>16</sup> Het Hof van Justitie merkt echter direct op dat dit niet opgaat indien de kartelafspraken niet op één plaats tot stand zijn gekomen.<sup>17</sup> Daarbij geldt wel dat indien een kartel bestaat uit meerdere verboden afspraken, en één specifieke afspraak de schade heeft veroorzaakt, de plaats waar die specifieke afspraak is gemaakt heeft te gelden als plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis.<sup>18</sup>

Zodoende kwam het Hof van Justitie tot de conclusie dat in het geval van een inbreuk op artikel 101 VWEU, de aangezochte rechter zijn bevoegdheid alleen kan baseren op de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis, indien een concrete gebeurtenis kan worden aangeduid waarbij de kartelafspraken definitief tot stand zijn gekomen of waarbij een regeling is getroffen die op zich de schade heeft veroorzaakt.<sup>19</sup> In *flyLAL* heeft het Hof van Justitie dit bevestigd.<sup>20</sup>

#### • Artikel 102 VWEU

In *flyLAL* behandelde het Hof van Justitie de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis in het geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU bestaande uit het hanteren van afbraakprijzen. Het Hof van Justitie bepaalde dat – anders dan in het geval van een inbreuk op artikel 101 VWEU – de schadeveroorzakende gebeurtenis in het geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU wél de uitvoering van dat misbruik betreft. Dat wil zeggen, de handelingen die de onderneming met een machtspositie verricht om dat misbruik in de praktijk te brengen.<sup>21</sup>

Indien het gaat om afzonderlijke gebeurtenissen die deel uitmaken van een gemeenschappelijke strategie, dan betreft de schadeveroorzakende gebeurtenis de gebeurtenis die van bijzonder belang is voor de uitvoering van de betreffende strategie.<sup>22</sup> Die keuze voor deze specifieke gebeurtenis voorkomt proliferatie van bevoegdheden, aldus het Hof van Justitie.

Zodoende kwam het Hof van Justitie tot de conclusie dat in het geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU bestaande uit het hanteren van afbraakprijzen, de plaats van de schadeveroorzakende gebeurtenis de plaats is waar de afbraakprijzen zijn aangeboden en gehanteerd.<sup>23</sup>

#### Plaats van het intreden van de schade

Het Hof van Justitie is in drie arresten ingegaan op de plaats van het intreden van de schade in het geval van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht. In *CDC/Akzo* ging het om een inbreuk op artikel 101 VWEU, in *flyLAL* ging het om een inbreuk op zowel artikel 101 VWEU als artikel 102 VWEU en in *Tibor-Trans* ging het om een inbreuk op artikel 101 VWEU.

In *CDC/Akzo* bestond de gestelde schade uit meerkosten die waren betaald wegens een kunstmatig hoge prijs. Het Hof van Justitie bepaalde dat de plaats van het intreden van die schade voor iedere benadeelde individu dient te worden vastgesteld en dat het daarbij in beginsel gaat om de plaats van de zetel van de benadeelde.<sup>24</sup>

In *flyLAL* bestond de gestelde schade uit winstderving bestaande uit omzetverlies. Het Hof van Justitie stelde eerst vast dat dergelijke schade kan worden aangemerkt als aanvankelijke schade (en dus niet als later schadelijk gevolg), die in beginsel kan leiden tot bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan die schade is ingetreden.<sup>25</sup>

Vervolgens ging het Hof van Justitie in op de vraag waar die schade is ingetreden. Daarbij koos het Hof van Justitie – in navolging van A-G Bobek<sup>26</sup> – voor een andere benadering dan in *CDC/Akzo*. Zonder nog te verwijzen naar *CDC/Akzo* formuleerde het Hof van Justitie een nieuwe (principiële) regel: wanneer de markt die wordt

14. Zie onder meer HvJ 19 september 1995, zaak C-364/93, ECLI:EU:C:1995:289 (*Marinari*); HvJ 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music*); Strikwerda en SSchaafsma 2019, p. 71; Pontier 2015, p. 103.

15. *CDC/Akzo*, punt 43.

16. *CDC/Akzo*, punt 44.

17. *CDC/Akzo*, punt 45.

18. *CDC/Akzo*, punt 46.

19. *CDC/Akzo*, punt 50.

20. *flyLAL*, punt 49.

21. *flyLAL*, punt 52.

22. *flyLAL*, punt 53.

23. *flyLAL*, punt 57.

24. *CDC/Akzo*, punt 52.

25. *flyLAL*, punt 36.

26. Conclusie A-G Bobek 28 februari 2018, zaak C-27/17, ECLI:EU:C:2018:136, punt 73-76.

beïnvloed door de mededingingsbeperkende gedraging zich bevindt in de lidstaat op het grondgebied waarvan de gestelde schade zich zou hebben voorgedaan, dan moet de plaats waar de schade is ingetreden worden geacht zich in die lidstaat te bevinden. Of zoals het Hof van Justitie het eenvoudiger verwoordde in het dictum: in het geval van winstderving bestaande uit omzetverlies is de plaats waar die schade is ingetreden, de plaats van de markt die door de mededingingsgedraging is beïnvloed en waarop de benadeelde stelt dat omzetverlies te hebben geleden.<sup>27</sup>

Deze oplossing beantwoordt volgens het Hof van Justitie aan de doelstellingen van nabijheid en voorspelbaarheid van de bevoegdheidsregels. De gerechten van de lidstaat waar de betrokken markt zich bevindt, zijn immers het best in staat om de daarmee verband houdende schadevorderingen te onderzoeken. Daarnaast mag een inbreukmaker redelijkerwijs verwachten te zullen worden vervolgd voor de gerechten van de plaats waar zijn gedragingen de markt hebben verstoord.<sup>28</sup>

Voorts wijst het Hof van Justitie op de consistentie van deze regel met artikel 6 lid 3 Rome II-Verordening, dat (kort gezegd) bepaalt dat een schadevordering wegens een inbreuk op het mededingingsrecht wordt beheerst door het recht van het land waar de markt wordt beïnvloed of waarschijnlijk wordt beïnvloed.<sup>29</sup>

In het concrete geval van *flyLAL* stelde het Hof van Justitie vast dat de door *flyLAL* gestelde inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU betrekking hadden op de markt voor vluchten van en naar de luchthaven van Vilnius, de hoofdstad van Litouwen. Dat had volgens *flyLAL* geleid tot vervalsing van de mededinging op die markt, waardoor zij schade had geleden.<sup>30</sup> In dat geval moet volgens het Hof van Justitie de Litouwse markt geacht worden de hoofdzakelijk beïnvloede markt te zijn.<sup>31</sup>

In *Tibor-Trans* ging het om schade die bestond uit extra kosten wegens kunstmatig hoge prijzen. Ook ten aanzien van die schade kwam het Hof van Justitie tot de conclusie dat het gaat om rechtstreekse schade, die in beginsel kan leiden tot bevoegdheid van de gerechten van de lidstaat op het grondgebied waarvan die schade is ingetreden.<sup>32</sup>

Het Hof van Justitie verwees vervolgens wederom niet naar *CDC/Akzo*, maar herhaalde de in *flyLAL* geïntroduceerde regel dat de plaats waar die schade is ingetreden gelijk is aan de plaats van de markt die door de mededingingsgedraging is beïnvloed en waarop de benadeelde stelt die schade te hebben geleden.<sup>33</sup> In het concrete geval van *Tibor-Trans* stelde het Hof van Justitie vast dat de door de Europese Commissie vastgestelde inbreuk de markt in de gehele EER had beïnvloed,

waartoe ook Hongarije behoort.<sup>34</sup> Hieruit volgt dat als *Tibor-Trans* stelt schade te hebben geleden op de markt van Hongarije, de Hongaarse rechter bevoegd is van die schadevordering kennis te nemen.

## Artikel 8 lid 1 EEX-Vo: woonplaats medegedaagde (ankergedaagde)

Artikel 8 lid 1 EEX-Vo bepaalt dat in het geval van meerdere gedaagden, een persoon die op het grondgebied van een lidstaat woonplaats heeft, ook kan worden opgeroepen voor de gerechten van de woonplaats van een medegedaagde (de ankergedaagde). Daarvoor is volgens het artikel vereist 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.

Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat beslissingen niet reeds onverenigbaar kunnen worden geacht op grond van een divergentie in de beslechting van het geschil. Vereist is dat die divergentie zich voordoet in het kader van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens.<sup>35</sup> Wanneer tegen de diverse gedaagden ingediende vorderingen verschillende rechtsgrondslagen hebben, staat dat op zich niet in de weg aan toepassing van artikel 8 lid 1 EEX-Vo, mits voor de gedaagden voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar ten minste één van hen zijn woonplaats had.<sup>36</sup>

Het Hof van Justitie heeft zich alleen in *CDC/Akzo* uitgelaten over de toepassing van artikel 8 lid 1 EEX-Vo in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europese mededingingsrecht. In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie dat in het betreffende geval was voldaan aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens. De ingestelde vorderingen waren immers gebaseerd op één enkele voortdurende inbreuk op het Europese mededingingsrecht. Dat de gedaagden zowel geografisch als temporeel op verschillende momenten aan de uitvoering van de kartelafspraken hadden deelgenomen, was volgens het Hof van Justitie niet relevant.<sup>37</sup>

Het Hof van Justitie voegde daaraan toe dat voor zover de schadevorderingen tegen de diverse gedaagden verschillende rechtsgrondslagen zouden hebben, voor

27. *flyLAL*, punt 40.

28. *flyLAL*, punt 43.

29. *flyLAL*, punt 41.

30. *flyLAL*, punt 38.

31. *flyLAL*, punt 39.

32. *Tibor-Trans*, punt 31.

33. *Tibor-Trans*, punt 33.

34. *Tibor-Trans*, punt 32.

35. Zie onder meer HvJ 8 december 2005, zaak C-539/03, ECLI:EU:C:2005:749 (*Roche*); HvJ 11 oktober 2007, zaak C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (*Freeport*); HvJ 1 december 2011, zaak C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*); HvJ 11 april 2013, zaak C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228 (*Sapir*). Strikwerda en Schaafsma 2019, p. 76.

36. Zie onder meer HvJ EG 11 oktober 2007, zaak C-98/06, ECLI:EU:C:2007:595 (*Freeport*); HvJ 1 december 2011, zaak C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*).

37. *CDC/Akzo*, punt 21.



gedaagden voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar een van hen zijn woonplaats heeft. De Europese Commissie had immers een bindende beslissing gegeven waarin één enkele voortdurende inbreuk op het mededingingsrecht is vastgesteld.<sup>38</sup>

Daar heeft het Hof van Justitie in *flyLAL* meer in zijn algemeenheid aan toegevoegd dat een marktdeelnemer die inbreuk maakt op het Europese mededingingsrecht mag verwachten te zullen worden vervolgd voor de rechten van de plaats waar die inbreuk de markt heeft beïnvloed.<sup>39</sup> Voor de in dit kader bedoelde voorzienbaarheid is dus niet vereist dat de betreffende inbreuk administratiefrechtelijk is vastgesteld.

Zoals aangegeven speelde in *CDC/Akzo* nog de bijzonderheid dat CDC een schikking had getroffen met de enige Duitse gedaagde die had gefungeerd als ankergedaagde. Het Hof van Justitie concludeerde dat die omstandigheid in dit geval niet in de weg stond aan toepassing van artikel 8 lid 1 EEX-Vo. Het moment van indiening van de vorderingen is immers doorslaggevend, tenzij wordt aangetoond dat de eiser én de betreffende ankergedaagde zich schuldig hebben gemaakt aan collusie met de bedoeling de voorwaarden voor toepassing van dit artikel kunstmatig te creëren of te handhaven.<sup>40</sup>

## Artikel 25 EEX: forumkeuze

Op grond van artikel 25 EEX-Vo kunnen partijen voor geschillen die naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan een bevoegd gerecht aanwijzen. Een dergelijke forumkeuze schept in beginsel exclusieve bevoegdheid voor de aangewezen rechter.

Het is vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie dat de uitlegging van een forumkeuzebeding om te bepalen tot welke geschillen dat beding zich uitstrekt, een zaak is van de nationale rechter voor wie het beding wordt ingeroepen.<sup>41</sup> Voorts is het vaste jurisprudentie dat een forumkeuzebeding enkel kan gelden voor geschillen die zijn ontstaan of zullen ontstaan in verband met een bepaalde rechtsbetrekking. Met dat vereiste dient te worden vermeden dat een partij wordt verrast doordat een bepaald gerecht is aangewezen om kennis te nemen van alle geschillen die zullen ontstaan in haar betrekking met haar medecontractant en die hun oorsprong vinden

in andere betrekkingen dan naar aanleiding waarvan de forumkeuze is bedongen.<sup>42</sup>

Het Hof van Justitie is in twee arresten ingegaan op de toepassing van een forumkeuzebeding in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europese mededingingsrecht. In *CDC/Akzo* ging het om een inbreuk op artikel 101 VWEU. In *Apple* ging het om een inbreuk op artikel 102 VWEU.

In *CDC/Akzo* bepaalde het Hof van Justitie dat indien een forumkeuzebeding enkel verwijst naar geschillen die in contractuele betrekkingen ontstaan, dat beding niet (ook) ziet op een geschil in verband met een schadevordering wegens een inbreuk op artikel 101 VWEU.<sup>43</sup> Een dergelijk geschil is voor een benadeelde partij doorgaans immers niet voorzienbaar op het moment dat hij instemt met een forumkeuzebeding.<sup>44</sup> Indien het forumkeuzebeding daarentegen (specifiek) betrekking heeft op geschillen betreffende aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht, dan dient de nationale rechter dat forumkeuzebeding te respecteren (en zich eventueel onbevoegd te verklaren).<sup>45</sup>

In *Apple* kwam het Hof van Justitie tot een genuanceerde conclusie in het geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU. Het Hof van Justitie wijst er in dat kader op dat een inbreuk op artikel 101 VWEU in beginsel los staat van de contractuele verhoudingen tussen de inbreukmaker en een benadeelde.<sup>46</sup> Dat *kan* anders zijn in het geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU, namelijk indien het misbruik van machtspositie tot uiting komt in de contractuele relaties die een onderneming met machtspositie aangaat.<sup>47</sup>

Het Hof van Justitie komt daarom tot de conclusie dat het ‘niet uitgesloten is’ dat een forumkeuzebeding dat niet verwijst naar geschillen betreffende aansprakelijkheid wegens een inbreuk op het mededingingsrecht, toch wordt toegepast in het geval van een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op artikel 102 VWEU.<sup>48</sup> Met deze terughoudende bewoordingen wilde het Hof van Justitie kennelijk duidelijk maken dat de regels zoals geformuleerd in *CDC/Akzo* ten aanzien van een kartelinbreuk, ook het uitgangspunt moeten zijn in het geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU. Dat is alleen anders indien het misbruik direct verband houdt met de contractuele relatie tussen inbreukmaker en benadeelde.

38. *CDC/Akzo*, punt 24.

39. *flyLAL*, punt 40.

40. *CDC/Akzo*, punt 28, 29 en 31.

41. Zie onder meer HvJ 10 maart 1992, zaak C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115 (*Powell Duffryn*); HvJ 3 juli 1997, zaak C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337 (*Benincasa*). Het forumkeuzebeding dient te worden uitgelegd conform het daarop toepasselijke recht, dat de Nederlandse rechter op grond van art. 10:154 BW moet vaststellen met behulp van de verwijzingsregels van de Rome I-Verordening, zie Strikwerda en Schaafsma 2019, p. 95.

42. Zie onder meer HvJ 10 maart 1992, zaak C-214/89, ECLI:EU:C:1992:115 (*Powell Duffryn*).

43. *CDC/Akzo*, punt 69.

44. *CDC/Akzo*, punt 70.

45. *CDC/Akzo*, punt 71.

46. *Apple*, punt 28.

47. *Apple*, punt 28.

48. *Apple*, punt 30.

## Afsluitende opmerkingen

### Nieuwe invulling plaats waar de schade is ingetreden

Zoals gezegd heeft het Hof van Justitie in *flyLAL* en vervolgens in *Tibor-Trans* een principieel antwoord gegeven op de vraag waar de schade is ingetreden in het geval van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht: de plaats van de markt die door de mededingingsgedraging is beïnvloed en waarop de benadeelde stelt die schade te hebben geleden. Deze eenvoudige regel maakt het voor een benadeelde zeer laagdrempelig om een schadevordering als gevolg van een inbreuk op het Europese mededingingsrecht bij de gerechten in het eigen land aanhangig te maken, zeker wanneer de Europese Commissie al heeft vastgesteld dat de markt in dat land beïnvloed is.

Zowel in *flyLAL* als in *Tibor-Trans* heeft Hof van Justitie daarbij specifiek gewezen op de vereiste consistentie met artikel 6 lid 3 Rome II-Verordening, dat (kort gezegd) bepaalt dat een schadevordering wegens een inbreuk op het mededingingsrecht wordt beheerst door het recht van het land waar de markt wordt beïnvloed of waarschijnlijk wordt beïnvloed. Die consistentie doet vermoeden dat de in *flyLAL* geïntroduceerde regel ook omgekeerd een belangrijk gezichtspunt kan zijn bij de uitleg en toepassing van artikel 6 lid 3 Rome II-Verordening.

Neemt men de casus in *Tibor-Trans* als voorbeeld, dan kan de Hongaarse rechter zich alleen bevoegd verklaren ten aanzien van DAF Trucks op grond van artikel 7 lid 2 EEX-Vo indien Tibor-Trans stelt schade te hebben geleden op de markt in Hongarije. Het ligt voor de hand dat de vordering tot vergoeding van die schade vervolgens op grond van artikel 6 lid 3 Rome II-Verordening ook wordt beheerst door Hongaars recht.

Tibor-Trans had er uiteraard ook voor kunnen kiezen die schadevordering in te stellen bij de Nederlandse rechter, die zich dan bevoegd zou hebben verklaard op grond van artikel 4 lid 1 EEX-Vo omdat DAF Trucks haar woonplaats in Nederland heeft. Dat zou voor het op de schadevordering toepasselijke recht niet uit moeten maken. Bij de Nederlandse rechter zou Tibor-Trans echter ook vergoeding kunnen vorderen van schade die zij stelt te hebben geleden op bijvoorbeeld de markt in Oostenrijk. Voor de hand ligt dan dat die schadevordering op grond van artikel 6 lid 3 Rome II-Verordening wordt beheerst door het recht van Oostenrijk.

### Toepassing artikel 8 lid 1 EEX-Vo en artikel 102 VWEU

Het Hof van Justitie heeft nog niet geoordeeld over de toepassing van artikel 8 lid 1 EEX-Vo in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op artikel 102 VWEU. Dat heeft wellicht te maken met het feit dat in het geval van misbruik van een economische machtspositie, het doorgaans één onderneming is die zich daaraan schuldig maakt. Er zijn dan dus geen verschillende deel-

nemers die voor de gerechten van elkaars woonplaats kunnen worden opgeroepen.

Indien die misbruik makende onderneming echter bestaat uit meerdere entiteiten die in verschillende landen gevestigd zijn, dan volgt uit *Skanska* dat zij allemaal aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van dat misbruik.<sup>49</sup> In dat geval kan een benadeelde al deze entiteiten oproepen voor de gerechten van de woonplaats van een van hen op grond van artikel 8 lid 1 EEX-Vo. De schadevorderingen zijn dan immers gebaseerd op exact dezelfde inbreuk op het Europese mededingingsrecht, zodat sprake is van eenzelfde situatie, feitelijk en rechtens. Daarnaast moeten zij als één onderneming uiteraard rekening houden met de mogelijkheid dat zij voor gerechten van elkaars land kunnen worden opgeroepen.

### Arbitragebedingen

De reikwijdte van een arbitragebeding dient niet te worden beoordeeld aan de hand van artikel 25 EEX-Vo, maar aan de hand van het toepasselijke nationale recht. De vraag is vervolgens of de overwegingen van het Hof van Justitie in *CDC/Akzo* (en daarna in *Apple*) ook opgaan in het geval van een arbitragebeding.

Zoals gezegd deden de gedaagden in *CDC/Akzo* ook een beroep op diverse arbitragebedingen. A-G Jääskinen betoogde in zijn conclusie inzake *CDC/Akzo* dat in het geval van een arbitragebeding geen andere benadering zou moeten gelden dan in het geval van een forumkeuzebeding. Vervolgens concludeerde hij dat het Unierecht zich verzet tegen toepassing van een arbitragebeding dat naar nationaal recht zou kunnen worden tegen-gevoerd aan een partij die van het betreffende kartel en de onrechtmatigheid daarvan geen kennis had.<sup>50</sup>

Het Hof van Justitie beschikte naar eigen zeggen over onvoldoende informatie om een antwoord te geven op de vraag van de verwijzende rechter over de toepasselijkheid van de ingeroepen arbitragebedingen.<sup>51</sup> Nederlandse rechters zien echter geen reden om in het geval van een arbitragebeding anders te oordelen dan in het geval van een forumkeuzebeding. Zowel het Hof Amsterdam als de Rechtbank Rotterdam heeft de redenering uit *CDC/Akzo* daarom onverkort toegepast op de in die kwesties ingeroepen arbitragebedingen.<sup>52</sup>

### Nederlands gemeen IPR

Met uitzondering van artikel 25 EEX-Vo – dat ongeacht de woonplaats van partijen van toepassing is – is de EEX-Vo niet van toepassing op een gedaagde die buiten de Europese Unie is gevestigd. In dat geval zijn de artikelen 7 lid 2 EEX-Vo en 8 lid 1 EEX-Vo dus niet van

49. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10165.

50. Conclusie A-G Jääskinen 11 december 2014, zaak C-352/13, ECLI:EU:C:2014:2443, punt 127-132.

51. *CDC/Akzo*, punt 58.

52. Rb. Rotterdam 23 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8230, r.o. 9.7; Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3006, r.o. 2.13-2.16; Rb. Rotterdam 25 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4164, r.o. 2.12. Kritisch hierover: P.N. Malanczuk, 'De reikwijdte van forumkeuze- en arbitragebedingen in kartelschadezaken', *TvA* 2018/47.

toepassing, maar dient de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid eventueel te ontlenen aan een andere internationale bevoegdheidsregeling<sup>53</sup> of het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht. Ons commune recht kent twee vrijwel gelijklopende (en aan de EEX-Vo ontleende) equivalenten in de vorm van artikel 6 onder e Rv en artikel 7 lid 1 Rv.

Uit de memorie van toelichting volgt dat bij de uitlegging van de in artikel 6 onder e Rv opgenomen begrippen, de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake artikel 7 lid 2 EEX-Vo een belangrijk richtsnoer is.<sup>54</sup> Tussen artikel 7 lid 1 Rv en artikel 8 lid 1 EEX-Vo bestaat volgens dezelfde memorie van toelichting in het geheel geen verschil.<sup>55</sup> Nederlandse rechters zoeken bij de toepassing van artikel 6 onder e Rv en artikel 7 lid 1 Rv en de uitleg van de daarin opgenomen begrippen dan ook consequent aansluiting bij de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie.<sup>56</sup>

Het voorgaande brengt mee dat een Nederlandse rechter in het geval van een schadevordering wegens een inbreuk op het Europese mededingingsrecht, voor zijn bevoegdheid geen relevant verschil zal maken tussen toepassing van de EEX-Vo en het Nederlandse commune bevoegdheidsrecht. De in dit artikel behandelde jurisprudentie is dus relevant in alle gevallen waarin de Nederlandse rechter zich zal moeten buigen over zijn bevoegdheid om kennis te nemen van een schadevordering als gevolg van een inbreuk op het Europees mededingingsrecht.

53. Zoals het EVEX II-Verdrag, dat voor de Nederlandse rechter van toepassing is indien een persoon woonplaats heeft in IJsland, Noorwegen of Zwitserland. Overigens heeft (de voorloper van) de EEX-Vo model gestaan voor dit verdrag, zodat wordt aangenomen dat ook bij de toepassing daarvan de in dit artikel behandelde jurisprudentie van het Hof van Justitie relevant is.

54. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 36; Strikwerda en Schaafsma 2019, p. 133; Pontier 2015, p. 151.

55. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 37; Strikwerda en Schaafsma 2019, p. 135.

56. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 9 oktober 2019, r.o. 5.27, ECLI:NL:RBDHA:2019:10254; Rb. Amsterdam 14 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:5827, r.o. 7.3; Hof Den Haag 4 september 2018, ECLI:NL:GDHA:2018:2166, r.o. 5.2.4; Rb. Rotterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:3300, r.o. 4.3; Rb. Oost-Brabant 29 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6331, r.o. 2.8.