

# Aansprakelijkheid van de Europese Commissie en de NMa voor falend toezicht op fusies en overnames

Prof. mr. C.C. van Dam

**Op 11 juli 2007 besliste het Gerecht van Eerste Aanleg dat de Europese Commissie gedeeltelijk aansprakelijk is voor de schade die het Franse elektronicabedrijf Schneider leed, doordat de Commissie tijdens een concentratieprocedure het recht van verdediging van Schneider op kennelijke en ernstige wijze had geschonden. Dit leverde een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht op, waardoor Schneider recht had op schadevergoeding op grond van artikel 288 EG-Verdrag. Dit is de eerste zaak waarin de Commissie aansprakelijk is gehouden voor een onrechtmatig concentratieverbod.**

*GvEA 11 juli 2007, zaak T-351/03, Schneider Electric/Commissie III, n.n.g.*

In deze bijdrage worden de toepasselijke Europese aansprakelijkheidsnormen geanalyseerd die van toepassing zijn op een onjuiste concentratiebeslissing van de Commissie. Ook wordt ingegaan op de potentiële aansprakelijkheid van de Nederlandse Mededingingsautoriteit indien zich in Nederland een geval zoals Schneider zou voordoen.

## 1 Overzicht

Ter beantwoording van de hierboven gestelde vragen schets ik eerst de voorgeschiedenis van de zaak en geef ik een samenvatting van de bestuursrechtelijke beslissing van het GvEA in Schneider I, waarin het de beschikking van de Commissie vernietigde (nr. 2-3). Daarna behandel ik de beslissing van het GvEA in de aansprakelijkheidszaak (Schneider III): achtereenvolgens ga ik in op de voldoende gekwalificeerde schending (nr. 4), schade en causaliteit (nr. 5) en de door het GvEA toegewezen kostenposten (nr. 6-7), waarna ik de GvEA beslissing evalueer en de gevolgen voor andere zaken bespreek (nr. 8-9). In nr. 10-11 ga ik na hoe een zaak zoals Schneider naar Nederlands recht en met de NMa als toezichthouder zou zijn beslist, zowel in bestuursrechtelijke als civielrechtelijke zin. Ik sluit af met enkele conclusies (nr. 12).

Prof. mr. C.C. van Dam is honorair hoogleraar Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht en Visiting Professor, School of Law, Queen Mary, University of London ([www.ceesvandam.info](http://www.ceesvandam.info)).

Deze bijdrage is geschreven in de wetenschap dat de Commissie beroep heeft aangetekend tegen de uitspraak van het GvEA bij het Europese Hof van Justitie. Zij zal daarin betwisten (a) dat de inbreuk op Schneiders recht van verdediging een voldoende gekwalificeerde schending oplevert en (b) dat er sprake is van een causaal verband met de schade waarvoor het GvEA de Commissie tot vergoeding heeft veroordeeld (zie ook nr. 7).<sup>1</sup>

## 2 Voorgeschiedenis

2002 was een zwart jaar voor de Europese Commissie in haar functie van concentratietoezichthouder. In drie geruchtmakende zaken veegde het GvEA de vloer aan met drie prominente beschikkingen waarin de Commissie het totstandbrengen van een concentratie had verboden, te weten Airtours/First Choice, Schneider/Legrand en Tetra Laval/Sidel.<sup>2</sup> In uitvoerig gemotiveerde beslissingen leverde het GvEA niet alleen kritiek op de procedurele maar ook op de inhoudelijke kant van het werk van de Commissie. Het legde daarmee structurele tekortkomingen bloot in de werkwijze van de Commissie bij concentratiezaken.

Met deze drie beslissingen was het echter nog niet gedaan voor de Commissie. In 2003 vernietigde het GvEA de beschikking in de BaByliss-zaak, waarin de Commissie een overname op onjuiste gronden had goedgekeurd.<sup>3</sup> Hetzelfde gebeurde in 2006 met de goedkeuring door de Commissie van de Sony/BMG-fusie.<sup>4</sup> En in 2005 kwam de Commissie goed weg in de GE/Honeywell-zaak,

<sup>1</sup> Persbericht Europese Commissie van 6 augustus 2007, Reference nr IP/07/1213.

<sup>2</sup> GvEA 6 juni 2002, Zaak T-342/99, Jur. 2002, p. II-02585 (Airtours/Commissie); GvEA 22 oktober 2002, Zaak T-310/01, Jur. 2002, p. II-04201 (Schneider/Commissie); GvEA 25 oktober 2002, Zaak T-5/02, Jur. 2002, p. II-04519 (Tetra Laval/Commissie); in de laatste zaak heeft het Hof van Justitie het beroep van de Commissie inmiddels afgewezen: zie HvJ 15 februari 2005, C-12/03 P, Jur. 2005, p. I-01113 (Commissie/Tetra Laval).

<sup>3</sup> GvEA 3 april 2003, Zaak T-114/02, Jur. 2003, p. II-01279 (BaByliss/Commissie).

<sup>4</sup> GvEA 13 juli 2006, T-464/04, Jur. 2006, p. II-02289 (Impala/Commissie); tegen deze beslissing is op 10 oktober 2006 hoger beroep aangetekend door Bertelsmann AG, Sony Corporation of America (Zaak C-413/06 P).

waarin de Commissie een fusie tussen beide bedrijven had verboden. In deze beslissing verweet het GvEA de Commissie hetzelfde als in Tetra Laval, namelijk dat zij noch had aangetoond dat de nieuwe entiteit in staat was om de mededinging te beperken noch dat het in feite anticompetitief zou handelen. In GE/Honeywell kon dat verwijt de Commissie echter niet deren, omdat de horizontale effecten van de fusie op zichzelf voldoende waren om de concentratie wegens strijd met de gemeenschappelijke markt te verbieden. Het GvEA liet de beschikking daarom in stand.<sup>5</sup>

Na 2002 volgde een grootscheepse reorganisatie van de DG mededinging ('DG Comp') en kwam er een Hoofdeconoom (Chief Economist) ter versterking van de voor het mededingingsrecht en het concentratietoezicht noodzakelijke economische kennis.<sup>6</sup> Een andere belangrijke verandering was de inwerkingtreding van de nieuwe EG-concentratieverordening,<sup>7</sup> die de oude uit 1989 verving.<sup>8</sup> Hiermee werd ook het criterium voor het al dan niet toelaten van een concentratie verruimd in die zin dat een machtspositie niet meer noodzakelijk was maar beslissend werd of een concentratie de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zou belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen (artikel 2 lid 2 CoVo). Dit leidde tot iets meer beleidsvrijheid voor de Commissie maar aan de door de rechter reeds onder het oude recht gestelde motiveringseisen (zoals in de drie genoemde zaken uit 2002, zie nr. 3) kon dat niet afdoen.

Er zijn nog geen echte testcases geweest voor het succes van deze veranderingen. Niet alleen is met de teruglopende conjunctuur in het begin van dit decennium het aantal fusies en overnames afgenomen, ook ligt thans in veel gevallen de nadruk van het toezicht meer op het overeenkomen van remedies om de mededingingsrechtelijke bezwaren tegen een concentratie weg te nemen in plaats van op confrontatie en eenzijdige bepaling.<sup>9</sup> Het poldermodel heeft dus ook in Brussel navolging gevonden, al staat de 'stick' gezien het huidige boetebeleid van de Commissie bepaald niet in de kast te verstofen.

Schneider III vormt een follow-up van een van de drie bestuursrechtelijke zaken die in 2002 voor de Commissie zo desastreus afliepen. Het lijkt niet verrassend dat de Commissie nu ook de aansprakelijkheidszaak verliest maar hieronder zal blijken dat er niet zonder meer een rechte lijn loopt tussen het bestuursrecht en het aansprakelijkheidsrecht.

### 3 Vernietiging van de Commissiebeschikkingen (Schneider I en II)

Schneider en Legrand zijn twee grote Franse producenten en distributeurs van elektrisch materiaal. Op 15 januari 2001 maakte Schneider haar plan bekend om Legrand over te nemen en meldde deze voorgenomen overname op 16 februari 2001 bij de Commissie. Op 10 oktober 2001 verklaarde de Commissie de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en constateerde dat de door Schneider voorgestelde remedies de mededingingsproblemen niet konden oplossen.<sup>10</sup>

Bij verzoekschrift van 13 december 2001 stelde Schneider bij het GvEA beroep in tot nietigverklaring van deze verbodsbeschikking van de Commissie. In een tweede beschikking van 30 januari 2002 droeg de Commissie Schneider op om haar belangen in Legrand van de hand te doen. Schneider, die 98% van de aandelen Legrand in bezit had, verkocht deze op 26 juli 2002 voor € 3,63 mil-

jard aan de Franse holding Wendel Investissement en het Amerikaanse equity fund Kohlberg, Kravis and Roberts (verder: Wendel/KKR). Schneider had begin 2001 € 5,4 miljard voor de aandelen betaald en nam derhalve een verlies van € 1,77 miljard. Het contract diende uiterlijk 10 december 2002 te zijn uitgevoerd, zodat Schneider bij een gunstige beslissing van het GvEA zijn oorspronkelijke plannen alsnog kon uitvoeren. Op 22 oktober 2002 vernietigde het GvEA in Schneider I en II zowel de verbodsbeschikking als de scheidingsbeschikking (de opdracht aan Schneider om Legrand te verkopen).<sup>11</sup>

Bij de toetsing van de rechtmatigheid van een beschikking geldt, dat de Commissie wat economische vraagstukken betreft over een beoordelingsmarge beschikt bij de toepassing van de materiële bepalingen van de concentratieverordening. Dit betekent echter niet dat de rechter de juridische kwalificatie van economische gegevens door de Commissie niet mag controleren. Hij moet namelijk niet alleen nagaan of de bewijselementen waarop de Commissie zich baseert, materieel juist, betrouwbaar en coherent zijn, maar ook of deze elementen het relevante feitenkader vormen dat voor de beoordeling van een ingewikkelde situatie in aanmerking moet worden genomen, en of zij de eraan verbonden conclusies kunnen dragen.<sup>12</sup>

Van die taak kweet het GvEA zich in Schneider I met verve. Het constateerde een reeks van gebreken in de manier waarop de Commissie artikel 2 lid 3 van Verordening 4064/89 had toegepast. Het kwam erop neer dat de Commissie ten onrechte had vastgesteld dat de nieuwe entiteit op niet-Franse markten een machtspositie zou verkrijgen, dan wel dat deze machtspositie tot een merkbare belemmering van een daadwerkelijke mededinging zou leiden. In klare taal concludeerde het GvEA (...) dat de in het voorgaande vastgestelde fouten, leemten en tegenstrijdigheden in de analyse van de Commissie van de gevolgen van de aangemelde concentratie, stellig ernstig zijn te noemen. (...) Door de geconstateerde analyse- en beoordelingsfouten verliest de economische beoordeling van de gevolgen van de concentratie (...) iedere bewijskracht'.<sup>13</sup>

Hoe ernstig de gebreken in een beschikking van de Commissie echter ook zijn, zij kunnen niet tot nietigverklaring leiden voor zover uit andere elementen van de beschikking blijkt, dat het doorgaan van de concentratie tot gevolg heeft dat er een machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt die een daadwerkelijke mededinging

<sup>5</sup> GvEA 14 december 2005, T-210/01, Jur. 2005, p. II-05575 (General Electric/Commissie).

<sup>6</sup> Zie onder meer G.G.J. ten Broeke en A.A.H.M. Gommers, De zaken Schneider en Tetra Laval, AM 2003, p. 4-9.

<sup>7</sup> Vo. 139/2004, Pb. 2004, L 24/1.

<sup>8</sup> Vo. 4064/89, gerectificeerde versie, Pb. 1990, L 257/13, gewijzigd bij Vo. 1310/97, Pb. 1997, L 180/1.

<sup>9</sup> Zie onder meer M.J. Frese, Het toeziingsbesluit; kenmerken van een nieuw handhavingsinstrument, M&M 2007, p. 39-48.

<sup>10</sup> Beschikking C (2001) 3014 def., 10 oktober 2001, Zaak COMP/M.2283 (Schneider/Legrand).

<sup>11</sup> GvEA 22 oktober 2002, Zaak T-310/01, Jur. 2002, p. II-04071 (Schneider/Commissie I) en GvEA 22 oktober 2002, Zaak T-77/02, Jur. 2002, p. II-04201 (Schneider/Commissie II).

<sup>12</sup> Zie onder meer HvJ 15 februari 2005, Zaak C-12/03 P, Jur. 2005, p. I-00987 (Tetra Laval/Commissie); GvEA 14 december 2005, Zaak T-210/01, Jur. 2005, p. II-05575 (General Electric/Commissie), r.o. 60-63 en 253.

<sup>13</sup> GvEA 22 oktober 2002, Zaak T-310/01, Jur. 2002, p. II-04071 (Schneider/Commissie I), r.o. 404-411.

ernstig belemmert. Dit was volgens het GvEA het geval met betrekking tot sectoriële markten in Frankrijk die een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen. Op dat punt deed zich echter een ander probleem voor. Het GvEA constateerde namelijk dat de Commissie Schneiders rechten van verdediging had geschonden door in haar verbodsbeslissing voor het eerst het bezwaar naar voren te brengen dat Schneiders machtspositie op het gebied van de distributie van onderdelen van tussen- en eindverdelers in Frankrijk versterkt werd door de overheersende positie van Legrand in de sector eindapparatuur ('reciprocal buttressing'). Dit novum in de beschikking van de Commissie ontnam Schneider niet alleen de mogelijkheid om de stelling van de Commissie ten gronde te betwisten maar ook om remedies voor te stellen die de op de Franse markten gesignaleerde mededingingsproblemen hadden kunnen oplossen. Deze onregelmatigheden waren volgens het GvEA des te ernstiger, nu corrigerende maatregelen het enige middel zijn om een onder het verbod vallende concentratie te behoeden voor onverenigbaarheid.<sup>14</sup>

Na de uitspraken van het GvEA en de heropening van de procedure door de Commissie, probeerde Schneider de transactie met Legrand alsnog te realiseren maar uiteindelijk besloot zij de aandelen aan Wendel/KKR over te dragen, teneinde zichzelf uit een steeds breder wordende spagaat te redden. Enerzijds zal zij twijfels hebben gehad of de door haar voorgestelde corrigerende maatregelen voldoende waren om de overname in overeenstemming te brengen met de gemeenschappelijke markt, althans of binnen het korte tijdbestek tot 10 december 2002 daarover voldoende duidelijkheid zou kunnen worden verkregen. Anderzijds was er een aanzienlijke kans dat deze corrigerende maatregelen voor Legrand juist een grond voor een wanprestatieclaim konden opleveren. Drie dagen na de overdracht aan Wendel/KKR sloot de Commissie de concentratieprocedure.

#### 4 Voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht (Schneider III)

In 2004 diende Schneider bij het GvEA een vordering in tot vergoeding van de schade die zij stelde te hebben geleden als gevolg van de vernietigde verbodsbeslissing van de Commissie. Het gevorderde schadevergoedingsbedrag beliep € 1,66 miljard.

Artikel 288 EG verplicht de Gemeenschap om de schade te vergoeden die door haar instellingen, zoals de Commissie, of haar personeel is veroorzaakt 'overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben'. In de rechtspraak is dit aldus uitgewerkt dat hiervoor drie vereisten gelden: (a) de geschonden regel dient ertoe te strekken om aan particulieren rechten toe te kennen, (b) er dient sprake te zijn van een voldoende gekwalificeerde schending en (c) er dient een direct causaal verband te bestaan tussen de schending van de verplichting en de door de benadeelde geleden schade.<sup>15</sup> Alle drie vereisten worden beheerst door het Gemeenschapsrecht.<sup>16</sup> Zie over schade en causaliteit nr. 5.

Bij het vaststellen van een voldoende gekwalificeerde schending door een Gemeenschapsinstelling wordt met name rekening gehouden met de ingewikkeldheid van de te regelen situatie, de moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie van regels, en in het bijzonder met de beoordelingsmarge waar de instelling over beschikt.<sup>17</sup> Voor het al dan niet aannemen van een voldoende gekwalificeerde schending is beslissend of de betrokken Gemeenschapsinstelling de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid kennelijk en ernstig

heeft miskend. Wanneer de instelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, kan de enkele inbreuk op het Gemeenschapsrecht volstaan voor een voldoende gekwalificeerde schending.<sup>18</sup>

In Schneider III spitst het GvEA deze algemene regels toe op de aansprakelijkheid van de Commissie voor tekortschietend concentratietoezicht. In principe is het volgens het GvEA niet uitgesloten dat kennelijke en ernstige gebreken in de economische analyse van de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending opleveren. Hiervoor is echter in de eerste plaats vereist dat de geschonden regel rechten verstrekt aan particulieren. En hoewel dit bij bepaalde principes en regels met betrekking tot mededingingsanalyse zeker het geval is, geldt dit niet voor alle communautaire normen die aan de orde zijn bij het maken van economische analyses. Ten tweede is ook een ernstige onvolkomenheid in het bewijs of de redenering van de Commissie niet altijd voldoende voor aansprakelijkheid, omdat economische analyses in het algemeen complex zijn en daarin, mede door de beperkt beschikbare tijd, onvolkomenheden, incoherenties en leemten kunnen voorkomen, dit geldt in het bijzonder bij prospectieve analyses in concentratietoezichtzaken. En ten derde beschikt de Commissie over een beoordelingsmarge ten behoeve van het communautaire mededingingsbeleid; dit impliceert dat een constante en strikte praktijk van de Commissie niet mag worden verwacht en dat zij een zekere vrijheid geniet in de keuze van haar economische modellen, zolang deze keuze niet duidelijk ingaat tegen wat binnen de economische wetenschap wordt aanvaard en de modellen consequent worden toegepast.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> GvEA 22 oktober 2002, Zaak T-310/01, Jur. 2002, p. II-04071 (Schneider/Commissie I), r.o. 455-462.

<sup>15</sup> HvJ 5 maart 1996, Gevoegde Zaken C-46/93 en C-48/93, Jur. 1996, p. I-01029 (Brasserie du Pêcheur en Factortame III), r.o. 51; HvJ 4 juli 2000, Zaak C-352/98, Jur. 2000, p. I-05291 (Bergaderm en Goupil/Commissie), r.o. 41-42; HvJ 10 december 2002, Zaak C-312/00 P, Jur. 2002, p. I-11355 (Commissie/Camar en Tico), r.o. 53. HvJ 10 juli 2003, Zaak C-472/00 P, Jur. 2003, p. I-07541 (Fresh Marine/Commissie), r.o. 25.

<sup>16</sup> In die zin bestaat een belangrijk verschil met de aansprakelijkheid van een lidstaat, een bedrijf of een particulier voor schending van Gemeenschapsrecht op basis van de Francovich- en Courage-rechtspraak. In de laatstgenoemde gevallen bepaalt het Gemeenschapsrecht namelijk alleen de norm (voldoende gekwalificeerde schending), terwijl schade en causaliteit (de 'remedy') worden bepaald door het nationale recht, zij het met inachtneming van de beginselen van effectiviteit en non-discriminatie. Zie Cees van Dam, *European Tort Law* (Oxford, 2006), nr. 1805 en nr. 1202-4.

<sup>17</sup> HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C46/93 en C-48/93, Jur. 1996, p. I-01029 (Brasserie du Pêcheur en Factortame III), r.o. 43; HvJ 4 juli 2000, Zaak 352/98, Jur. 2000, p. I-05291 (Bergaderm en Goupil/Commissie), r.o. 40; HvJ 10 juli 2003, Zaak C-472/00 P, Jur. 2003, p. I-07541 (Fresh Marine/Commissie), r.o. 24; HvJ 19 april 2007, Zaak C-282/05 P, n.n.g. (Holcim/Commissie), r.o. 50.

<sup>18</sup> HvJ 4 juli 2000, Zaak C-352/98, Jur. 2000, p. I-05291 (Bergaderm en Goupil/Commissie), r.o. 43-44; HvJ 10 december 2002, Zaak C-312/00 P, Jur. 2002, p. I-11355 (Commissie/Camar en Tico), r.o. 54; HvJ 10 juli 2003, Zaak C-472/00 P, Jur. 2003, p. I-07541 (Fresh Marine/Commissie), r.o. 26; HvJ 19 april 2007, Zaak C-282/05 P, n.n.g. (Holcim/Commissie), r.o. 47.

<sup>19</sup> GvEA 11 juli 2007, Zaak T-351/03, n.n.g. (Schneider/Commissie III), r.o. 129-132, met verwijzing naar GvEA 17 december 2003, Zaak T-219/99, Jur. 2003, p. II-05917 (British Airways/Commissie), r.o. 89 e.v.; bevestigd in HvJ 15 maart 2007, Zaak C-95/04 P, n.n.g. (British Airways/Commissie).

Met andere woorden: de gedraging van de Commissie dient een duidelijke schending op te leveren van een rechtsregel die rechten verleent aan particulieren en dient in ernstige mate schadelijk te zijn voor de belangen van derden, terwijl deze gedraging niet wordt gerechtvaardigd of verklaard door de objectieve beperkingen van de fusiecontroleprocedure.<sup>20</sup> Het moet op de Commissieburelen dus niet gewoon mis maar buitenproportioneel mis zijn gegaan bij de beoordeling van een concentratiemelding. Met zulke hoge drempels verbaast het niet dat er tot aan Schneider III geen succesvolle claim tegen de Commissie als mededingingstoezichthouder kon worden genoteerd.<sup>21</sup>

De door het GvEA aangeduide aansprakelijkheidsnorm voor de Commissie bij het concentratietoezicht blinkt door de vele slagen om de arm bepaald niet uit in helderheid. Volgens het GvEA verstrekt een norm met betrekking tot economische analyses soms rechten aan particulieren – maar soms ook niet. Volgens het GvEA is een ernstige onvolkomenheid in het bewijs of in de redenering van de Commissie niet altijd voldoende voor aansprakelijkheid – maar wanneer dan wel? Volgens het GvEA beschikt de Commissie over een beoordelingsmarge – maar hoe zal deze marge door de rechter worden beoordeeld? Formuleringen zoals hier door het GvEA worden gebruikt, doen vermoeden dat over deze kwestie binnen het Gerecht verschillend wordt gedacht. Bovendien blijkt uit de rechtspraak, dat bij grote rechtspolitieke belangen zoals in de onderhavige zaak aan de orde zijn, een heldere terminologie ondergeschikt wordt gemaakt aan een instrumenteel gebruik van het communautaire aansprakelijkheidsrecht.<sup>22</sup>

Wat wel uit de overwegingen van het GvEA kan worden afgeleid, is dat de aansprakelijkheidsnorm voor de Commissie minder streng is dan de bestuursrechtelijke norm (zie nr. 3), in die zin dat de aansprakelijkheidsrechter de vrijheid heeft om een bestuursrechtelijk gezien foute Commissiebeschikking (die om die reden in rechte wordt vernietigd) toch niet als een voldoende gekwalificeerde schending te beschouwen. Bovendien kan een rechtvaardigingsgrond een beletsel zijn voor het aannemen van aansprakelijkheid voor een (bestuursrechtelijk gezien) foute beslissing. Dit bevestigt derhalve, dat indien een beslissing van de Commissie door het GvEA in een bestuursrechtelijke procedure is vernietigd, een gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht niet automatisch gegeven is en hier wijkt het Nederlandse recht evident af van het Gemeenschapsrecht (zie nr. 11).

Over de toepassing van de aansprakelijkheidsnorm door het GvEA valt van de Schneider-beslissing zelf niet veel te leren. Het GvEA vond het namelijk niet nodig om te beoordelen of aan de genoemde voorwaarden was voldaan om een voldoende gekwalificeerde schending aan te nemen. De reden hiervoor was, dat de in Schneider I geconstateerde tekortkomingen van de Commissie niet doorslaggevend waren voor haar beslissing om de fusie-entiteit onverenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt.<sup>23</sup> Het onderdeel van de beschikking van de Commissie met betrekking tot de sectoriële markten in Frankrijk kon het concentratieverbod immers zelfstandig dragen (nr. 3). In feite constateerde het GvEA hiermee dat het causaal verband ontbrak, omdat, ook al zouden de beoordelingsfouten van de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending hebben opgeleverd, Schneider de schade toch zou hebben geleden.

Op een ander punt was de beslissing van het GvEA veel duidelijker maar die lag dan ook bepaald voor de hand. Het nam namelijk een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht

aan met betrekking tot de inbreuk die de Commissie had gemaakt op Schneiders recht van verdediging door in haar verbodsbeslissing voor het eerst het bezwaar van 'reciprocal buttressing' naar voren te brengen (nr. 3). Deze fout had Schneider van de mogelijkheid beroofd om te weten of aan de Commissie afdoende remedies konden worden voorgesteld om de overname doorgang te kunnen laten vinden. Volgens het GvEA was er geen sprake van een rechtvaardigingsgrond aan de zijde van de Commissie: de fout stond los van de marktanalyse en had niets te maken met specifieke technische moeilijkheden; bovendien was een aanvullende analyse binnen de voorgeschreven tijdspanne mogelijk geweest. Vervolgens kwam de vraag aan de orde welke schade van Schneider in voldoende causaal verband stond met deze gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht.

## 5 Schade en causaliteit

Om in het communautaire aansprakelijkheidsrecht voor vergoeding in aanmerking te komen dient de schade reëel en direct te zijn. De terminologie op dit punt is echter niet vast.<sup>24</sup> Het feit dat de schade 'reëel' moet zijn betekent niet dat de schade al moet zijn geleden: ook toekomstige schade komt voor vergoeding in aanmerking. Artikel 288 EG staat namelijk niet in de weg aan '(...) de aansprakelijkheid der Gemeenschap voor ophanden zijnde – en met voldoende zekerheid te verwachten – schade, zelfs niet wanneer het nadeel nog niet nauwkeurig kan worden becijferd; dat het namelijk ter voorkoming van nog grotere schade noodzakelijk kan blijken de rechter te adriëren zodra de oorzaak van de schade buiten twijfel staat'.<sup>25</sup>

Aan het bewijs van schade stelt de rechtspraak hoge eisen.<sup>26</sup> Toth merkte hierover op: 'Since the standard of proof required by the Court is very high and the furnishing of adequate evidence may be

<sup>20</sup> GvEA 11 juli 2007, Zaak T-351/03, n.n.g. (Schneider/Commissie III), r.o. 124.

<sup>21</sup> Zie ook HvJ 19 april 2007, Zaak C-282/05 P, n.n.g. (Holcim/Commissie): geen schadevergoeding voor een onrechtmatige boete wegens kartelgedrag; HvJ 19 juli 2007, Zaak T-344/04, n.n.g. (Denis Bouychou/Commissie); HvJ 19 juli 2007, Zaak T-360/04, n.n.g. (FG Marine/Commissie): geen schadevergoeding voor een onrechtmatige opdracht tot het terugvorderen van staatssteun.

<sup>22</sup> Met als een van de dieptepunten HvJ 12 oktober 2004, Zaak C-222/02, Jur. 2004, p. I-09425 (Peter Paul/Duitsland), waarover Van Dam, a.w., nr. 905-2.

<sup>23</sup> GvEA 11 juli 2007, Zaak T-351/03, n.n.g. (Schneider/Commissie III), r.o. 133-134.

<sup>24</sup> Van Dam, a.w., nr. 1202-5; Wolfgang Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts (Tübingen: Mohr, 2003), p. 193-322; A.G. Toth, 'The Concepts of Damage and Causality as Elements of Non-Contractual Liability', in: Ton Heukels and Alison McDonnell, *The Action for Damages in Community Law*, The Hague-Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 179-198.

<sup>25</sup> HvJ 2 juni 1976, Gevoegde Zaken 56-60/74, Jur. 1976, p. 711, 741 (Kampffmeyer/Commissie en Raad). Zie ook HvJ 14 januari 1987, Zaak 281/84, Jur. 1987, p. 49 (Zuckerfabrik Bedburg/Raad en Commissie); HvJ 6 december 1984, Zaak 59/83, Jur. 1984, p. 4057 (Biovilac NV/EEG). In HvJ 2 juni 1965, Gevoegde Zaken 9 en 25/64, Jur. 1965, p. 311 (FERAM/Hoge Autoriteit) werd nog aangenomen dat de toekomstige schade niet zeker was en daarom niet voor vergoeding in aanmerking kwam.

<sup>26</sup> HvJ 9 juni 1964, Gevoegde Zaken 55-59/63 en 61-63/63, Jur. 1964, p. 211, 229 (Modena/Hoge Autoriteit); GvEA 14 september 1995, Zaak T-571/93, Jur. 1995, p. II-02379, 02410 (Lefebvre/Commissie).

difficult or even impossible, the failure or inability of the applicant to satisfy this requirement has led to the dismissal of the application in a number of cases.<sup>27</sup>

Ten aanzien van causaliteit geldt in het Gemeenschapsrecht, net als in het nationale recht, allereerst dat sprake moet zijn van een *conditio sine qua non*-verband: er is geen causaal verband als de schade ook zou zijn ontstaan indien de fout van de Gemeenschap wordt weggedacht.<sup>28</sup> Deze test is echter niet voldoende voor het vaststellen van causaliteit. Er moet tevens sprake zijn van een *direct verband* tussen de schending van de communautaire verplichting en de schade: de schending van het communautaire recht dient de bepalende oorzaak van de schade te zijn.<sup>29</sup> Er bestaat dus geen verplichting tot het vergoeden van alle schadelijke gevolgen van een onrechtmatige gedraging hoe ver verwijderd ook.<sup>30</sup>

De bewijslast voor het causaal verband rust op de eisende partij.<sup>31</sup> Zij dient daarbij voldoende nauwkeurig en specifiek te zijn met betrekking tot het stellen en bewijzen van de relevante feiten.<sup>32</sup> Dat is met name lastig omdat het in deze gevallen veelal gaat om zuivere economische schade en het doorgaans moeilijk te bewijzen is welke schade een bedrijf daadwerkelijk heeft geleden als gevolg van de fout van een Gemeenschapsinstelling. Vele andere factoren kunnen immers ook een negatieve rol hebben gespeeld, zoals een ongunstige conjuncturele ontwikkeling op de desbetreffende markt. Bovendien accepteert de Europese rechter in dit soort gevallen geen statistisch bewijs.<sup>33</sup>

In het kader van de causaliteitsvraag moet voorts worden nagegaan of de benadeelde partij voldoende zorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd om de schade te voorkomen dan wel de omvang daarvan te beperken.<sup>34</sup> Dit betekent dat, zelfs als de onrechtmatige gedraging van de Gemeenschapsinstelling heeft bijgedragen aan de verwezenlijking van de schade, de causale keten kan zijn onderbroken door het onzorgvuldige gedrag van de benadeelde partij. Daarvoor is dan wel vereist dat dit laatste gedrag kan worden beschouwd als de bepalende oorzaak van de schade.<sup>35</sup> Is dit laatste niet het geval, dan kan de gedraging van de benadeelde mogelijk wel als eigen schuld gelden en tot een vermindering van zijn recht op schadevergoeding aanleiding geven.

## 6 Kosten voortgezette procedure

Welke 'zekere' schade vloeide 'direct' voort uit het feit dat de Commissie de rechten van de verdediging van Schneider had geschonden? Het GvEA overwoog in de eerste plaats dat Schneider recht had op vergoeding van de uitgaven die het had gedaan in het kader van het hervatten van de concentratieprocedure na de vernietiging van de twee beschikkingen van de Commissie door het GvEA (Schneider I en II, zie nr. 3).

Vergoeding van deze kosten klinkt niet onlogisch, omdat voortzetting van de procedure niet nodig zou zijn geweest indien de Commissie in de initiële procedure Schneiders recht op verdediging zou hebben gerespecteerd. Toch kan hier een vraagteken bij worden geplaatst. Waar het immers om moet gaan, is welke kosten Schneider in deze voortgezette procedure moest maken die zij niet had behoeven te maken indien de Commissie Schneider wel recht op weerwoord had gegeven. Alleen in zoverre bestaat een *conditio sine qua non*-verband. Maar, aldus het GvEA, '(...) il peut difficilement être contesté que le fait de reprendre, sur des bases juridiques nouvelles, une procédure administrative interrompue depuis douze mois a nécessairement représenté, pour l'interlocuteur de l'institution

regulatrice, une charge incomparablement supérieure à celle qu'aurait représentée la réponse au même grief, lors de la procédure de contrôle initiale, par l'entreprise et ses conseils déjà pleinement impliqués dans des réunions et échanges avec les services compétents de la Commission.' (r.o. 301). Het GvEA concludeert daarom dat: '(...) les frais occasionés à Schneider par sa participation à la procédure de contrôle de l'opération reprise après les arrêts Schneider I et Schneider II sont liés par un lien de causalité suffisant au comportement fautif de l'institution pour ouvrir un droit à réparation.' (r.o. 302; zie ook r.o. 298). Met andere woorden, het GvEA maakte geen onderscheid en bracht alle kosten die Schneider in de voortgezette procedure had gemaakt voor rekening van de Commissie.

Het GvEA gaf partijen drie maanden de tijd om het Gerecht te informeren over de omvang van de kosten van de voortgezette procedure. Bij gebreke van overeenstemming dienden partijen binnen dezelfde termijn aan het Gerecht hun getalsmatig onderbouwde conclusies over te leggen.<sup>36</sup>

<sup>27</sup> Toth, a.w., p. 184-185, met verdere verwijzingen.

<sup>28</sup> HvJ 7 april 1992, Zaak C-358/90, Jur. 1992, p. I-02457, 02505 (Compagnia Italiana Alcool/Commissie); GvEA 6 juli 1995, Zaak T-572/93, Jur. 1995, p. II-02025, 02050 (Odigitria/Raad en Commissie); GvEA 18 september 1995, Zaak T-167/94, Jur. 1995, p. II-02589, 02624 (Nölle/Raad en Commissie); GvEA 25 juni 1997, Zaak T-7/96, Jur. 1997, p. II-01061, 01076 (Perillo/Commissie).

<sup>29</sup> HvJ 4 juli 2000, Zaak 352/98, Jur. 2000, p. I-05291 (Bergaderm en Goupil/Commissie), r.o. 42-44. Zie ook HvJ 28 april 1971, Zaak 4/69, Jur. 1971, p. 325, 337 (Lütticke/Commissie); HvJ 17 december 1981, Zaak 247/80, Jur. 1981, p. 3211, 3246 (Ludwigshafener Walzmühle/Raad en Commissie); GvEA 24 februari 2000, Zaak T-178/98, Jur. 2000, p. II-03331 (Fresh Marine/Commissie). Zie over de betekenis van causaliteit in het communautaire recht: Van Dam, a.w., nr. 1106; Wurmnest, a.w., p. 159-191; Toth, a.w., p. 179-198.

<sup>30</sup> Zie onder meer HvJ 4 oktober 1979, Gevoegde Zaken 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 271/79, 28/79 en 45/79, Jur. 1979, p. 3091 (Dumortier frères e.a./Commissie), r.o. 21; HvJ 30 januari 1992, Gevoegde Zaken C-363/88 en C-364/88, Jur. 1992, p. I-00359 (Finsider e.a./Commissie), r.o. 25 en de daar aangehaalde jurisprudentie; zie ook GvEA 19 juli 2007, T-360/04, n.n.g. (FG Marine/Commissie), r.o. 50.

<sup>31</sup> GvEA 30 september 1998, T-149/96, Jur. 1998, p. I-03841 (Coldiretti e.a./Raad en Commissie), r.o. 101 en GvEA 19 juli 2007, T-360/04, n.n.g. (FG Marine/Commissie), r.o. 50.

<sup>32</sup> HvJ 21 mei 1976, Zaak 26/74, Jur. 1976, p. 677, 687 (Roquette/Commissie).

<sup>33</sup> HvJ 21 mei 1975, Zaak 26/74, Jur. 1976, p. 677, 687 (Roquette/Commissie); HvJ 17 december 1981, Gevoegde Zaken 197-200, 243, 245 en 247/80, Jur. 1981, p. 3211, 3254 (Ludwigshafener Walzmühle/Raad en Commissie).

<sup>34</sup> HvJ 4 februari 1975, Zaak 169/73, Jur. 1975, p. 117 (Compagnie Continentale/Raad), r.o. 22 en 23; HvJ 19 mei 1992, Gevoegde Zaken C-104/89 en C-37/90, Jur. 1992, p. I-03061 (Mulder e.a./Raad en Commissie), r.o. 33; GvEA 24 oktober 2000, Zaak T-178/98, Jur. 2000, p. II-03331 (Fresh Marine/Commissie), r.o. 121; GvEA 19 juli 2007, T-360/04, n.n.g. (FG Marine/Commissie), r.o. 51.

<sup>35</sup> GvEA 19 juli 2007, T-360/04, n.n.g. (FG Marine/Commissie), r.o. 52.

<sup>36</sup> GvEA 11 juli 2007, Zaak T-351/03, n.n.g. (Schneider/Commissie III), nr. 319-320.

## 7 Verlies door uitstel uitvoering contract met Wendel/KKR

De tweede toegekende schadepost had betrekking op de verkoop van Legrand aan Wendel/KKR in juli 2002. Als gevolg van de beslissing van de Commissie had Schneider zich daartoe gedwongen gevoeld waarbij de termijn van de effectieve overdracht werd uitgesteld tot 10 december 2002 in afwachting van de beroepsprocedure ter vernietiging van de Commissiebeschikking. Volgens het GvEA liep Wendel/KKR door dit uitstel het risico dat de aandelen Legrand in de desbetreffende periode minder waard zouden worden en dit had uiteraard een negatief effect op de prijs die Schneider kon bedingen. Het uitstel was voorts noodzakelijk geworden door de fout van de Commissie die Schneider noopte om langs bestuursrechtelijke weg alsnog een rechtmatige beslissing te verkrijgen over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt. Op die gronden oordeelde het GvEA dat de gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht door de Commissie in voldoende causaal verband stond met de schade die Schneider leed als gevolg van de reductie van de prijs voor Legrand ter compensatie van het uitstel van de overdracht.<sup>37</sup>

Uiteraard kan worden betoogd dat het feit dat Schneider Legrand in juli 2002 verkocht, een belangrijke aanwijzing was dat Schneider er een hard hoofd in had dat het na een rechtmatige procedure alsnog goedkeuring zou verkrijgen voor de overname van Legrand en dat het een gedwongen verkoop als een reëel risico zag. Het GvEA concludeerde dan ook dat Schneider aldus aan zijn eigen schade had bijgedragen en reduceerde de door de Commissie te vergoeden schade met een derde.<sup>38</sup>

Het GvEA beschouwde het gedrag van Schneider dus als eigen schuld en niet als een doorbreking van de causale keten en inderdaad kan moeilijk worden volgehouden dat de gedraging van Schneider de bepalende oorzaak van deze schade was (zie nr. 5 in fine). Zou de procedure volgens het boekje zijn gegaan en zou de goedkeuring voor de overname niet zijn verkregen, dan zou Schneider Legrand in juli 2002 zonder uitstelkorting hebben kunnen verkopen. In die zin bleef een rechtstreeks causaal verband bestaan met de procedurefout van de Commissie. Het ligt voor de hand dat de Commissie in haar beroep tegen de beslissing van het GvEA juist zal bepleiten dat het volledig de eigen keuze van Schneider was om Legrand aan Wendel/KKR te verkopen en dat om die reden causaal verband ontbreekt.<sup>39</sup>

De omvang van deze schade (de kosten van het uitstel van de uitvoering van het contract) moest volgens het GvEA worden vastgesteld door een deskundige. Schneider en de Commissie werden uitgenodigd om zich uit te laten over de keuze van de deskundige, dan wel aan het Gerecht een lijst van deskundigen te overhandigen teneinde een van hen door het Gerecht als deskundige te laten aanwijzen.

De schadevergoeding dient ertoe om Schneider in de situatie te brengen die zou zijn ontstaan indien de Commissie geen fout zou hebben gemaakt. Voor de omvang van deze vergoeding is beslissend welke prijs Schneider zou hebben gekregen indien zij in juli 2002 de aandelen Legrand zonder uitstel had kunnen overdragen. De meest eenvoudige methode om deze schade vast te stellen is, om de door Schneider ontvangen verkoopprijs af te trekken van de directe verkoopwaarde van Legrand in juli 2002. Indien de verkoopwaarde van Legrand zich niet goed laat vaststellen, kan worden bezien hoeveel Schneider aan Wendel/KKR heeft moeten toegeven voor het

bedingen van uitstel. Daartoe zal in objectieve zin moeten worden nagegaan wat gemiddelde onderhandelaars als een redelijke korting zouden beschouwen voor het lopen van een dergelijk risico over een periode van vijf maanden met de koop van een dergelijk bedrijf, in een dergelijke markt en bij de conjuncturele vooruitzichten van dat moment. Voorts is een relevante factor dat Schneider Legrand met uitstel wilde verkopen, hetgeen het aantal geïnteresseerde partijen, zeker gezien de omvang van de deal, in negatieve zin zal hebben beïnvloed. Dat Schneider zich min of meer zelf in deze positie had gebracht door een negatieve beslissing met een daaraan verbonden gedwongen verkoop niet te willen afwachten, kan de deskundige naar mijn mening niet meewegen, aangezien dit al tot uitdrukking komt in de korting wegens een derde eigen schuld.

Aangezien het ging om een uitstel van vijf maanden, is het denkbaar dat de korting ten minste in de orde van 10% heeft gelegen. Uitgaande van een verkoopsom van € 3,63 miljard, zou dit neerkomen op een bedrag van tussen de € 350 en 400 miljoen. De door het GvEA voorgeschreven korting van een derde wegens 'eigen schuld' zou het door de Commissie te betalen schadevergoedingsbedrag dan op € 250 miljoen brengen. Deze berekening is uiteraard hoogst speculatief maar zij lijkt nog aan de conservatieve kant want in de wandelgangen worden al bedragen van tussen de 300 en 400 miljoen euro genoemd.

Nu de Commissie in beroep gaat tegen de beslissing van het GvEA, zullen deze vragen voorlopig geen beantwoording behoeven. Dat de Commissie in beroep gaat is uiteraard geen verrassing, nu dit de eerste zaak is waarin zij aansprakelijk is gehouden voor verkeert concentratietoezicht en het om een zeer hoog schadevergoedingsbedrag gaat. Het lag dus niet voor de hand dat, zoals vaak gebeurt nadat de rechter de principiële vragen heeft beantwoord, partijen er onderling zouden zijn uitgekomen.

## 8 Evaluatie GvEA beslissing

Het GvEA is in zijn beslissing niet ingegaan op wat de Commissie zou hebben beslist indien Schneider de mogelijkheid tot verweer zou hebben gehad. Het is denkbaar dat de vereiste remedies hetzij niet voldoende zouden zijn om de overname verenigbaar te doen zijn met de gemeenschappelijke markt, hetzij zodanig omvangrijk hadden moeten zijn dat Schneider van de overname zou hebben afgezien. In beide gevallen zou het causaal verband tussen de schade van Schneider en de fout van de Commissie wegvallen en zou de vordering van Schneider zijn afgewezen. Aldus zou de schending van het recht van verdediging door de Commissie (afgezien van een vergoeding voor de kosten van de voortgezette procedure, nr. 6) zonder aansprakelijkheidsgevolgen zijn gebleven.<sup>40</sup> Het GvEA begaf zich echter niet

<sup>37</sup> GvEA 11 juli 2007, Zaak T-351/03, n.n.g. (Schneider/Commissie III), r.o. 308-316.

<sup>38</sup> GvEA 11 juli 2007, Zaak T-351/03, n.n.g. (Schneider/Commissie III), r.o. 332-335; zie ook HvJ 7 november 1985, Zaak 145/83, Jur. 1985, p. I-03539 (Adams/Commissie), r.o. 54. Het GvEA paste de korting wegens eigen schuld niet toe bij de kosten van de voortgezette procedure, omdat deelname aan deze procedure onafhankelijk was van de datum van de verwezenlijking van de concentratie (r.o. 333).

<sup>39</sup> Persbericht Europese Commissie van 6 augustus 2007, Reference IP/07/1213.

<sup>40</sup> Van Dam, a.w., nr. 610.

in een dergelijke analyse en beperkte zich tot de overweging dat de fout van de Commissie Schneider van de mogelijkheid had beroofd om remedies aan de Commissie voor te stellen.

De vordering van Schneider tot vergoeding voor het verlies van de kans om goedkeuring te verkrijgen voor de overname wees het GvEA af. Het was volgens het GvEA namelijk te ingewikkeld om de omvang van de vereiste desinvestering vast te stellen, alsmede de impact daarvan op de waarde van de aandelen die op dat moment door Schneider werden gehouden. Bovendien zou die vereiste desinvestering zodanig kunnen zijn geweest dat de hele deal daarmee voor Schneider onaantrekkelijk zou zijn geworden en zij ervan zou hebben afgezien. Met andere woorden: het GvEA hield het zeer wel voor mogelijk dat de procedurele fout van de Commissie niet causaal was voor de schade van Schneider maar liet dit in zijn beslissing in het midden. In hoger beroep zullen de pijlen van de Commissie zich ongetwijfeld mede hierop richten.

Het GvEA had ook de rechtsfiguur van het verlies van een kans kunnen toepassen. Op een ander terrein had het Gerecht dit eerder gedaan in de *Farrugia*-zaak, waarin het overwoog: 'Waar het in casu gaat om morele schade als gevolg van het mislopen door verzoeker van de kans om zijn studie en onderzoek in het Verenigd Koninkrijk voort te zetten, onderstelt het vereiste dat die schade werkelijk is geleden, dat verzoeker op zijn minst aantoonde, dat zijn aanvraag voldeed aan de materiële voorwaarden om in behandeling te worden genomen, zodat hem enkel door de onwettige weigering van de Commissie, voor zover deze gebaseerd was op onjuiste overwegingen betreffende zijn nationaliteit, de kans is ontnomen, zijn aanvraag in aanmerking genomen te zien met het oog op de toekenning van de aangevraagde beurs.'<sup>41</sup> Vertaald naar de *Schneider*-zaak zou dat hebben betekend dat Schneider moest aantonen dat zijn aanvraag voldeed aan de materiële voorwaarden om in behandeling te worden genomen, zodat hem enkel door de procedurele fout van de Commissie de kans is ontnomen zijn aanvraag in aanmerking genomen te zien met het oog op het verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar. Daaraan was in casu voldaan. De vervolgvraag zou dan zijn hoe groot de kans op het verkrijgen van een dergelijke verklaring was, mede in aanmerking genomen de mogelijke desinvesteringen door Schneider. Uit de casus lijkt te volgen dat deze kans lager dan 50% (0.5) was. Gezien de verkoop van *Legrand* schatte Schneider die kans vermoedelijk nog lager in. Het GvEA wil in deze zaak echter niets weten van het verlies van een kans, omdat het vaststellen daarvan te ingewikkeld is. Daarbij zal uiteraard ook een rol hebben gespeeld dat de rechter hiervoor in feite op de stoel van de Commissie moet gaan zitten en voorspellen wat zij zou hebben beslist, daarbij mede rekening houdend met allerhande beleidsmatige overwegingen. Dat laatste zou uiteraard op gespannen voet staan met de gescheiden verantwoordelijkheden van rechter en bestuur.

Het GvEA wees ten slotte de vordering van Schneider af tot vergoeding van de verloren gegane synergieën die zouden zijn verkregen als de overname zou zijn doorgegaan. Dat de overname zou worden goedgekeurd was onzeker, zelfs als de Commissie geen procedurele fout zou hebben gemaakt. Die fout impliceerde immers niet dat de economische analyse van de Commissie met betrekking tot de Franse sectoriële markten op zichzelf onjuist was. Alleen de schade die het gevolg was van deze procedurele schending kwam voor vergoeding in aanmerking en dat was het feit dat Schneider niet in de gelegenheid was geweest om een bevredigende oplossing voor te stellen teneinde aan de bezwaren van de Commissie tegemoet te komen.

## 9 Gevolgen voor andere zaken

*MyTravel* is tot nu toe de enige andere onderneming die een procedure tot schadevergoeding heeft ingesteld tegen de Commissie wegens een onrechtmatig concentratieverbod, namelijk de overname van *First Choice* door *Airtours*, de rechtsvoorganger van *MyTravel*.<sup>42</sup> Naar verluidt is de omvang van de gevorderde schadevergoeding van *MyTravel* iets bescheidener dan die van *Schneider*, namelijk zo'n € 750 miljoen.

In de bestuursrechtelijke *Airtours*-zaak overwoog het GvEA: 'Gelet op al het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de beschikking, die een niet op solide bewijzen gebaseerde prospectieve analyse bevat, een aantal beoordelingsfouten vertoont betreffende elementen die van belang zijn voor de beoordeling van het ontstaan van een collectieve machtspositie. Hieruit volgt dat de Commissie de concentratie heeft verboden zonder rechtens voldoende aan te tonen dat zij zou leiden tot het ontstaan van een collectieve machtspositie van de drie grote touroperators die een significante belemmering voor een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt kan vormen.'<sup>43</sup> Met andere woorden: ondanks dat het GvEA in deze zaak de aan de Commissie toekomende beoordelingsmarge in aanmerking nam, oordeelde het dat de beschikking berustte op een aantal beoordelingsfouten.

In de aansprakelijkheidszaak van *MyTravel* is het dan ook de vraag of deze fouten een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht zullen opleveren. In *Schneider III* gaf het GvEA aan (zie nr. 4), dat kennelijke en ernstige gebreken in de economische analyse van de Commissie een voldoende gekwalificeerde schending kunnen opleveren. Van dergelijke gebreken lijkt in de *Airtours*-zaak inderdaad sprake te zijn geweest. Vervolgens geeft het GvEA in *Schneider* echter een aantal caveats waarvan moeilijker te beoordelen is tot wat voor beslissing zij in *MyTravel* zullen leiden: verstrekten de door de Commissie geschonden normen rechten aan particulieren? Is de onvolkomenheid van de Commissie ernstig genoeg voor het aannemen van een voldoende gekwalificeerde schending? En hoe zal de beoordelingsmarge door de aansprakelijkheidsrechter (die het werk van de bestuursrechter hier nog eens over kan doen) worden beoordeeld? In dit verband is het nog vermeldenswaard dat de Commissie recentelijk twee fusies in dezelfde markt met deels dezelfde partijen goedkeurde.<sup>44</sup>

In *Schneider* was het aannemen van een voldoende gekwalificeerde schending eenvoudig, omdat het ging om een fundamentele procedurele fout. Deze stond volgens het GvEA bovendien in causaal verband met door *Schneider* geleden schade. In *MyTravel* zal de aandacht van het GvEA zich volledig dienen te richten op de toetsing van het inhoudelijke werk van de Commissie. Wijst het GvEA de claim van *MyTravel* af, dan lijkt het af te stevenen op een quasi-aan-

<sup>41</sup> GvEA 21 maart 1996, Zaak T-230/94, Jur. 1996, p. II-00195 (*Farrugia/Commissie*), r.o. 43; Van Dam, a.w., nr. 1110.

<sup>42</sup> Beschikking C (1999) 3022 def. van 22 september 1999, Zaak IV/M.1524 (*Airtours/First Choice*), vernietigd in GvEA 6 juni 2002, Zaak T-342/99, Jur. 2002, p. II-02585 (*Airtours/Commissie*).

<sup>43</sup> GvEA 6 juni 2002, Zaak T-342/99, Jur. 2002, p. II-02585 (*Airtours/Commissie*), r.o. 294.

<sup>44</sup> Beschikking SG-Grefte (2007) D/202716, 4 mei 2007, Zaak COMP/M.4601 (*KarstadtQuelle/MyTravel*); Beschikking SG-Grefte (2007) D/203384, 4 juni 2007, Zaak COMP/M.4600 (*TUI/First Choice*).

sprakelijkheidsimmunitet van de Commissie voor zover het gaat om de inhoudelijke beoordeling van een concentratiezaak.

## 10 Bestuursrechtelijke controle op concentratiebesluiten van de NMa

Hoe zou in een casus zoals Schneider worden beslist indien het niet gaat om een beschikking van de Europese Commissie maar om een besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit? Hoe zit het dan naar Nederlands recht met de bestuursrechtelijke controle en de potentiële aansprakelijkheid van de NMa?<sup>45</sup>

Net als op Europees niveau neemt de toezichthouder, in casu de NMa, een besluit of een aangemelde concentratie al dan niet vergunningplichtig is en indien dit het geval is, een besluit om voor deze concentratie al dan niet een vergunning te verlenen. Dit zijn steeds voor beroep vatbare besluiten. Het criterium voor de toetsing van een concentratie in artikel 41 lid 2 Mw komt nu overeen met dat in artikel 2 lid 2 van de uit 2004 stammende Europese Concentratieverordening (zie nr. 2), hetgeen betekent dat de belemmering van de mededinging en niet meer de dominante positie centraal staat.

Terwijl de Commissie zich in 2002 strenge terechthoudingen van het GvEA moest laten welgevalen, was er voor de NMa op bestuursrechtelijk gebied nog geen wolkje aan de lucht. Biesheuvel en Wesseling konden in 2003 nog schrijven dat Nederland een stapje achter leek te lopen. 'De bevinding in het "Syntheserapport Evaluatie Mededingingswet" van mei 2002 dat de bestuursrechter geen enkel besluit van de NMa had vernietigd, is illustratief. Dit gegeven kan immers maar twee dingen betekenen; óf de NMa is feilloos óf de rechterlijke controle laat te wensen over. Hoewel het eerste uiteraard niet valt uit te sluiten, kunnen wij in dit verslag niet om aanwijzingen heen die erop duiden dat het succes van de NMa wat dit betreft (ook) is gebaseerd op de relatief soepele toets waaraan de Nederlandse bestuursrechter de besluiten van de NMa onderwerpt.'<sup>46</sup>

Dit beeld behoeft inmiddels bijstelling. Om te beginnen formuleerde het CBB een bestuursrechtelijke toets die niet principieel afwijkt van de Europese toets.<sup>47</sup> Het komt erop neer dat de NMa een zekere beoordelingsvrijheid heeft bij haar waardering van economische feiten en omstandigheden maar dit neemt niet weg dat de rechterlijke toetsing de beoordeling omvat of de NMa heeft voldaan aan zijn verplichting aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 41 lid 2 Mw is voldaan. Hierbij dient derhalve niet alleen te worden beoordeeld of het besluit op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen en of het op een deugdelijke motivering berust, maar ook of NMa de wettelijke begrippen op juiste wijze heeft geïnterpreteerd en aannemelijk heeft gemaakt dat de feiten en omstandigheden aan de wettelijke voorwaarden voldoen. Met name dient de rechter niet alleen de materiële juistheid van de bewijselementen, de betrouwbaarheid en de samenhang te controleren maar ook moet hij beoordelen of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.<sup>48</sup>

Vanaf 2005 zijn er gevallen te noteren waarin een concentratiebeschikking van de NMa door de bestuursrechter werd vernietigd.<sup>49</sup> In dat jaar vernietigde de rechtbank een beschikking (goedkeuring onder voorwaarden) inzake de NUON-Reliant concentratie in de elektriciteitsmarkt. De rechtbank vond dat de NMa onvoldoende had onderzocht en gemotiveerd waarom de voorgenomen concentratie zou leiden tot het ontstaan of het versterken van een economische machtspositie waardoor de mededinging op significante wijze zou

worden beperkt. Zij vernietigde de beschikking wegens strijd met artikel 3:2 (zorgvuldige besluitvorming) en 3:46 Awb (motivering).<sup>50</sup> In 2006 verklaarde het CBB het hoger beroep van de NMa in deze zaak ongegrond, daarbij overwegend dat een prospectieve analyse uit zijn aard een andere zekerheid verschaft dan de beoordeling in retrospectief en daarom zeer zorgvuldig moet worden uitgevoerd. 'Een model waarop een dergelijke analyse van toekomstige ontwikkelingen is gebaseerd dient een realistische weergave te zijn van het gedrag van de deelnemers op de betreffende relevante markt en moet in hoge mate transparant zijn zowel wat betreft de consistentie van de uitkomst als van de aannames waarop zij is gebaseerd. Ook een in het kader van het concentratietoezicht verrichte prospectieve analyse dient te zijn gebaseerd op zich voor het voltrekken van de concentratie in werkelijkheid voordoende feiten en omstandigheden die aannemelijk moeten zijn. Niet kan worden volstaan met een algemene, abstracte of theoretische beschrijving van de marktsituatie die als basis voor deze analyse wordt gebruikt.' Het CBB concludeerde dat de analyse van de NMa deze toets niet kon doorstaan.<sup>51</sup>

In 2005 ging het om de fusie van de CZ groep Zorgverzekeringen Beheer van OZ Zorgverzekeringen.<sup>52</sup> Deze was alleen aan de concentratiecontrole onderworpen voor zover het niet ging om de ziekenfondsactiviteiten van beide organisaties, omdat ziekenfondsen geen ondernemingen in de zin van de Mededingingswet zijn (artikel 1 sub f Mw jo artikel 81 lid 1 EG).<sup>53</sup> In haar prospectieve analyse betrof de NMa niet alleen de gevolgen die meteen na de totstandkoming van de concentratie zouden ontstaan maar ook de gevolgen die zich later, na de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet, zouden voordoen. De rechtbank vond echter dat deze analyse via een achterdeur een toetsing van de machtspositie van twee ziekenfondsen

<sup>45</sup> Op nationale concentraties zijn de art. 26-49 Mw van toepassing. Zie ook Richtsnoeren Remedies, Richtsnoeren voor de inhoud, indiening en tenuitvoerlegging van remedies bij concentraties, van 21 september 2007, te vinden op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

<sup>46</sup> M.B.W. Biesheuvel en R. Wesseling, *NJB* 2003/30 met verwijzing naar het 'Synthese Rapport Evaluatie Mededingingswet' van onderzoeksbureau Berenschot van 30 mei 2002; te vinden op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl).

<sup>47</sup> Zoals in HvJ 15 februari 2005, Zaak C-12/03 P, Jur. 2005, p. I-00987 (Tetra Laval/Commissie).

<sup>48</sup> CBB 28 november 2006, LJN: AZ3274, AB 2007, 316, m.nt. G.J.M. Cartigny (rvb NMa/NUON-Essent), r.o. 8.3.3. Zie ook reeds CBB 27 september 2002, LJN: AE8688 (Essent/d-g NMa), r.o. 6.1. De eerstefasebeschikking wordt mogelijk minder intensief getoetst; zie Rb. Rotterdam 1 juni 2005, LJN: AT8794.

<sup>49</sup> In twee vonnissen uit 2007 bleven de NMa-beschikkingen intact: Rb. Rotterdam 19 april 2007, LJN: BA3538 (NVV-NBHV/rvb NMa); Rb. Rotterdam 11 juni 2007, LJN: BA7252 (Broadcast Newco Two e.a./rvb NMa).

<sup>50</sup> Rb. Rotterdam 31 mei 2005, LJN: AT6440 (A/d-g NMa).

<sup>51</sup> CBB 28 november 2006, LJN: AZ3274 (rvb NMa/NUON-Essent), r.o. 8.3.4. Deze uitspraak sluit nauw aan bij HvJ 15 februari 2005, Zaak C-12/03 P, Jur. 2005, p. I-01113 (Commissie/Tetra Laval).

<sup>52</sup> Rb. Rotterdam 7 december 2005, LJN: AU9053 (CZ en OZ/rvb NMa). Zie ook Rb. Rotterdam 11 december 2002, LJN: AF1811 (NOS-HMG/d-g NMa) en Rb. Rotterdam 18 juni 2003, LJN: AI0095 (Vereniging Vrije Vogel/d-g NMa).

<sup>53</sup> HvJ 16 maart 2004, Gevoegde Zaken 264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, Jur. 2004, p. I-02493 (AOK Bundesverband/Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co); zie ook GvEA 4 maart 2003, Zaak T-319/99, Jur. 2003, p. II-00357 (FENIN/Commissie).



(niet-ondernemingen) aan de orde stelde.<sup>54</sup> Omdat de NMa geen causaal verband had vastgesteld tussen de overname van OZ Particulier en Aanvullend (de ondernemingstakken) en het ontstaan van de machtspositie, vernietigde de rechtbank het besluit van de NMa. Deze stond de concentratie vervolgens zonder voorwaarden toe.<sup>55</sup>

Het lijkt weinig twijfel dat indien de NMa bij een concentratieprocedure een soortgelijke procedurele fout zou hebben gemaakt als de Commissie in *Schneider*, de Nederlandse rechter het desbetreffende besluit zou vernietigen wegens strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Net als in het Europese recht zou dit echter vermoedelijk alleen gebeuren indien deze schending gevolgen had kunnen hebben voor de inhoud van het besluit. Zo overwoog het CBB in de *Essent*-zaak: 'De rechtbank heeft het betoog van appellanten dat artikel 4:7 van de Awb is geschonden doordat zij niet zijn gehoord over de – door anderen dan henzelf verstrekte – gegevens met betrekking tot de vrije volumes die de d-g NMa aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd en hen niet de mogelijkheid is geboden hierop commentaar te leveren, terecht en op goede gronden verworpen door erop te wijzen dat deze gegevens op zichzelf niet dragend zijn voor het bestreden besluit. (...). Dit betoog kan dan ook niet leiden tot vernietiging van het bestreden besluit.'<sup>56</sup> Met andere woorden: de causaliteit tussen de inhoud van het besluit en de fout (schending van het recht op verdediging) ontbrak. Nu het besluit tevens andere gronden bevatte die het besluit konden dragen, kon het besluit in stand blijven.

## 11. Aansprakelijkheid van de NMa voor vernietigde concentratiebesluiten

### a Inleiding

Tot nu toe is de NMa nog niet aansprakelijk gehouden voor de schadelijke gevolgen van een onjuist concentratiebesluit.<sup>57</sup> Dat verbaast niet helemaal. Om te beginnen is het aantal vernietigde concentratiebesluiten nog betrekkelijk gering. Voorts zijn bedrijven in het algemeen terughoudend met het indienen van een claim teneinde de verhouding met de toezichthouder, die zij vroeger of later weer tegenkomen, niet te belasten. Wil een aansprakelijkheidsclaim in overweging worden genomen, dan zal het veelal moeten gaan om een omvangrijke schade en een redelijke kans op het winnen van een procedure.

Gezien de ontwikkelingen in de bestuursrechtspraak vallen civiele claims niettemin vroeg of laat te verwachten. Het is daarom interessant om te bezien hoe de aansprakelijkheid van de NMa zou zijn beoordeeld, indien de *Schneider*-casus zich in Nederland voor de NMa zou hebben afgespeeld. In een dergelijk geval dient de aansprakelijkheid van de NMa te worden gebaseerd op artikel 6:162 BW: er dient sprake te zijn van onrechtmatigheid, toerekening, schade, causaliteit en relativiteit.

### b Onrechtmatigheid en toerekening

Een belangrijke jurisprudentiële regel is, dat indien de bestuursrechter een besluit van een overheidsorgaan vernietigt, daarmee tevens vaststaat dat het orgaan een toerekenbare onrechtmatige daad heeft gepleegd.<sup>58</sup> De rechter die oordeelt over een aansprakelijkheidsclaim dient deze beslissing klakkeloos te volgen en kan de rechtmatigheid van het besluit zelf niet meer toetsen.<sup>59</sup>

Deze jurisprudentie vindt haar oorsprong in een economische orderingszaak: de minister had een prijzenbeschikking uitgevaardigd voor tranquillizers van een dochteronderneming van Hoffmann-

La Roche, omdat sprake was van een economische machtspositie. Het CBB vond echter dat de ministers dit in redelijkheid niet hadden kunnen beslissen en vernietigde de beschikking. Hoffmann-La Roche eiste daarop schadevergoeding van de Staat. De Hoge Raad overwoog: 'In geval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet, is daarmee de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven.'<sup>60</sup> In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad deze toerekening op grond van schuld vervangen door de toerekening op grond van de verkeersopvattingen (artikel 6:162 lid 3): 'Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft, moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel – in de terminologie van artikel 6:162 BW – voor rekening van het overheidslichaam komt.'<sup>61</sup>

Dit betekent dat de vernietiging van een besluit van de NMa automatisch een toerekenbare onrechtmatige daad van de NMa impliceert. Dit systeem wijkt dus af van het communautaire recht, waarin vernietiging van de beschikking van de Commissie niet automatisch tot een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht leidt. Dit is alleen het geval indien de Commissie het Gemeenschapsrecht op kennelijke en ernstige wijze heeft geschonden (zie nr. 4). De communautaire aansprakelijkheidsrechter kan het werk van de bestuursrechter als het gaat om de toetsing van het gedrag van de Commissie dus nog eens overdoen in het kader van de voldoende gekwalificeerde schending. De Nederlandse aansprakelijkheidsrechter kan dit niet.

Toch dient het onderscheid tussen het Nederlandse en het Europese systeem niet te worden overschat. Door middel van het causaliteitsvereiste, het schadevereiste en het eigen schuldvereiste (zie onder) kunnen ook in het Nederlandse rechtssysteem aansprakelijkheidsbeperkingen worden aangebracht. In feite gebeurt dat soms ook al in de bestuursrechtelijke fase, indien de rechter oordeelt dat de fout niet beslissend was voor de uitkomst van het besluit. Het besluit blijft dan in stand en de NMa wordt geacht niet onrechtmatig te hebben gehandeld (tenzij daarvoor een andere grond kan worden aangevoerd) (zie nr. 10).

<sup>54</sup> Met verwijzing naar GvEA 21 september 2005, Zaak T-87/05, Jur. 2005, p. II-03745 (EDP/Commissie).

<sup>55</sup> Besluit RvB NMa, 29 december 2005, kenmerk 5052-118.B488.

<sup>56</sup> CBB 27 september 2002, LJN: AE8688 (*Essent*/d-g NMa), r.o. 6.5.

<sup>57</sup> Kwetsbaarder bleek het publicatiebeleid van de NMa: Hof Den Haag 24 februari 2005, NJF 2005, 178, LJN: AS9694 (*Accell e.a./Staat*).

<sup>58</sup> Blijft een besluit van de NMa in stand, omdat er niet meer tegen kan worden geprocedeerd of omdat het door de bestuursrechter niet is vernietigd, dan verkrijgt het formele rechtskracht. Dit betekent dat een schadeclaim op die grond niet-ontvankelijk zal worden verklaard: HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, m.nt. MS, AB 1986, 573, m.nt. FHvdB (*Heesch/Van de Akker*).

<sup>59</sup> In principe heeft de benadeelde de keuze om zijn schadeclaim bij de bestuursrechter of bij de civiele rechter in te dienen. Bij de civiele rechter kan echter geen procedure meer aanhangig worden gemaakt indien een oordeel van de bestuursrechter over dezelfde claim al is uitgelokt: HR 17 december 1999, NJ 2000, 87, m.nt. ARB, AB 2000, 89, m.nt. PvB (*Groningen/Raatgever*).

<sup>60</sup> HR 26 september 1986, NJ 1987, 253, m.nt. MS (*Staat/Hoffmann-La Roche*).

<sup>61</sup> HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, m.nt. CJHB (*Van Gog/Nederweert*). Zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* (Den Haag: Boom, 2000), nr. 915.

### c Causaliteit

Indien de bestuursrechter een besluit van de NMa vernietigt, kan de rechter die zich over een vordering tot schadevergoeding buigt, niet anders oordelen dan dat de NMa toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Dit wil niet zeggen dat de NMa dan ook zonder meer aansprakelijk is. De rechter dient namelijk tevens vast te stellen of de onrechtmatige gedraging causaal was voor de schade. Dit causaliteitsvereiste is aanleiding tot een veelheid aan casuïstiek die het moeilijk maakt om de uitkomst van een rechterlijke beslissing te voorspellen. De enige zekerheid is dat rechters in het algemeen de neiging hebben bij overheidsaansprakelijkheid terughoudend te zijn bij het toekennen van schadevergoeding.<sup>62</sup>

Indien het gaat om een motiveringsgebrek of een procedureel gebrek, zoals in *Schneider*, is zeer wel denkbaar dat ook indien de motivering of de procedure wel in orde zou zijn geweest het besluit niet anders zou hebben geluid en *Schneider* de schade dus toch zou hebben geleden. De vordering zou dan zijn afgewezen. De Nederlandse rechter zou echter ook tot eenzelfde beslissing kunnen komen als het GvEA in de *Schneider*-zaak. De causaliteitsregel van artikel 6:98 BW biedt daarvoor ruimte, door te bepalen dat die schade voor vergoeding in aanmerking komt die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Het feit dat de kosten van de voortgezette procedure (zie nr. 6) niet volledig in *conditio sine qua non* verband met de onrechtmatige gedraging staan, is dan ook geen beletsel om ze toch als gevolg van de gebeurtenis aan de toezichthouder toe te rekenen.<sup>63</sup> Hetzelfde geldt voor de schade door de gedwongen reductie op de verkoopprijs van *Legrand* wegens uitstel van de uitvoering van het contract, al zou een minder ruime toerekening in verband met de aard van de schade (zui-ver economische schade) eveneens denkbaar zijn geweest.<sup>64</sup>

Het is onwaarschijnlijk dat in deze zaken de omkeringsregel een rol zal spelen. Deze regel komt erop neer dat wanneer door een onrechtmatige daad een risico in het leven is geroepen of is verhoogd, en dit risico zich verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen de gedraging en de schade in beginsel is gegeven, behoudens de mogelijkheid tot tegenbewijs voor de aansprakelijk gestelde persoon.<sup>65</sup> Deze jurisprudentie ontstond op het terrein van personen- en zaakschade waar zij nog steeds van betekenis is. In 1996 verklaarde de Hoge Raad de regel ook buiten dit terrein van toepassing<sup>66</sup> maar hij is daar in de afgelopen jaren stapsgewijs van teruggekeerd.<sup>67</sup> Het gaat hier in feite niet om een omkering van de bewijslast maar om een met de strekking van de norm samenhangende regel van bewijsvermoeden. Voor dat vermoeden dient vast komen te staan dat de gedraging van de NMa in strijd is met een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen. Hoe specifiek het gevaar dient te zijn is niet geheel duidelijk maar het is onaannemelijk dat de omkeringsregel hier van toepassing is. Dat laat uiteraard onverlet dat de rechter in een concreet geval op basis van het hem voorliggende bewijsmateriaal een bewijsvermoeden kan aannemen ten gunste van de eisende partij.

Net als het Europese recht biedt ook het Nederlandse recht de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen op basis van het verlies van een kans. De Hoge Raad aanvaardde dit voor het eerst in het *Baijings*-arrest, waarin het ging om de aansprakelijkheid van een advocaat voor de gevolgen van een beroepsfout, in casu het niet tijdig instellen van hoger beroep. In een dergelijk geval staat het de rechter volgens de Hoge Raad vrij om te beoordelen hoe de appel-

rechter had behoren te beslissen, hij kan althans de toewijsbare schadevergoeding schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad. In feite komt dit neer op het 'naspelen' van de appelprocedure in de aansprakelijkheidszaak.<sup>68</sup> De rechter zal de vordering dan afwijzen bij een zeer kleine kans, haar volledig toewijzen bij een zeer grote kans en haar gedeeltelijk toewijzen bij een kans daartussenin. Waar de onder- en bovengrens precies liggen is omstreden.<sup>69</sup> In de *Schneider*-zaak zou de Nederlandse rechter de toewijsbare schadevergoeding dus kunnen schatten aan de hand van goede en kwade kansen van *Schneider* op het verkrijgen van een verklaring van geen bezwaar in een hervatte concentratieprocedure na de vernietiging van de verbodsbeschikking. Of de rechter dat ook zal doen, is onzeker. De rechter is bevoegd, niet verplicht, om de schadevergoeding te berekenen op basis van het leerstuk van het verlies van een kans. Bovendien speelt hier, net als in het Europese kader (nr. 8) een rol dat een dergelijk besluit van de NMa mede een sterk beleidsmatig karakter heeft en de rechter zich dus in speculatieve overwegingen zou moeten begeven omtrent het beleid van de NMa.

### d Eigen schuld

De rechter kan de omvang van de vergoedingsplicht verminderen of tot nul reduceren indien de benadeelde zelf aan de schade heeft bijgedragen of niet aan zijn verplichting tot schadebeperking heeft voldaan (artikel 6:101 BW). Deze bepaling zou ook de Nederlandse rechter ruimte bieden om een deel van de schade voor rekening van *Schneider* te laten. Hoe groot dit deel zou zijn, is grotendeels overgelaten aan het intuïtieve oordeel van de feitenrechter.<sup>70</sup>

Een verwante kwestie hangt samen met de in de rechtspraak ontwikkelde regel dat wie op grond van een voorlopige bouwvergunning begint met bouwen dit op eigen risico doet.<sup>71</sup> Kan hier een

<sup>62</sup> Van Dam, a.w., nr. 1809-1810. Zie ook M.B. Koetsier, *Het recht op vergoeding van schade geleden ten gevolge van onrechtmatige besluiten*, AM 2004, p. 190.

<sup>63</sup> Asser-Hartkamp I (2004), nr. 424 e.v.

<sup>64</sup> Zie het klassieke artikel van C.J.H. Brunner, *Causaliteit en toerekening*, VR 1981, p. 210-217 en 233-236.

<sup>65</sup> Zie reeds HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453, m.nt. GJS (Windmill/Roelofsen) en HR 16 november 1990, NJ 1991, 55, VR 1991, 50 (Rebecca Visser).

<sup>66</sup> HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, m.nt. WMK (Dicky Trading II). Zie ook HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, m.nt. PAS (Nuts/Hofman); HR 27 februari 1998, NJ 1998, 417 (Seksueel misbruik).

<sup>67</sup> HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, VR 2003, 43 (TFS/NS) en HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, m.nt. DA, VR 2003, 42 (Kastelijns/Achtkarspelen).

<sup>68</sup> HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, m.nt. PAS (Baijings/H.); zie ook HR 23 februari 2001, NJ 2001, 431, m.nt. ThMdB en JBMV (X/Overes q.q.) en HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63 (Kranendonk/A). In het kader van de aansprakelijkheid voor asbestziekten baarde HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Karamus/Nefalit) veel opzien.

<sup>69</sup> Zie onder meer A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg (Deventer: Kluwer, 1997) en A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid* (Den Haag: Boom, 2000).

<sup>70</sup> HR 31 december 1993, NJ 1994, 275 (K/ABN AMRO).

<sup>71</sup> HR 29 april 1994, NJ 1997, 396, m.nt. MS (Gemeenschappelijk Eigendom/'s-Gravenhage).

parallel worden getrokken met een besluit van de NMa dat geen vergunning voor een concentratie is vereist of dat een verklaring van geen bezwaar wordt afgegeven? Stel dat een dergelijk besluit in rechte wordt vernietigd wegens een onjuiste marktanalyse en dat de fusie-entiteit uiteindelijk wordt verboden. Daarmee zou vaststaan dat de NMa toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld maar kan ook worden gezegd dat de fusie-entiteit 'op eigen risico' met de fusie is doorgedaan, haar verplichting tot schadebeperking niet is nagekomen, en daarom geen recht heeft op schadevergoeding? Of doet zich hier de situatie voor dat de fusie-entiteit mocht afgaan op het besluit van de NMa, namelijk dat van de zijde van de NMa bij de fusie-entiteit het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat een ingesteld of nog in te stellen beroep niet tot vernietiging zou leiden. Het is natuurlijk zeer de vraag of deze jurisprudentie uit de bouw-wereld een-op-een kan worden vertaald naar de wereld van fusies en overnames. Zo levert een wachttijd bij bouwen doorgaans minder problemen op dan bij fusies en overnames in een dynamische markt. Het is daarom aannemelijk dat de verplichting tot schadebeperking bij fusies en overnames anders zal luiden dan in de bouw-wereld. Wel is denkbaar dat er een gedeelte als algemeen bedrijfsrisico op grond van eigen schuld voor rekening van de fusie-entiteit komt.

#### e Relativiteit

Als vijfde vereiste voor aansprakelijkheid geldt, dat de norm moet strekken tot bescherming van de geschonden belangen (artikel 6:163). Dit zogenaamde relativiteitsvereiste heeft de afgelopen jaren nogal wat aandacht getrokken, met name door het Duwbak Linda-arrest. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de overtreden norm niet strekte tot bescherming van degene die schade had geleden als gevolg van gebrekkig toezicht op de veiligheid van schepen. Hij suggereerde daarmee dat dit vereiste een dam zou kunnen opwerpen tegen te omvangrijke aansprakelijkheid van de toezichthouder.<sup>72</sup>

Toezichthouders doen er echter goed aan om niet al te veel betekenis toe te kennen aan het Duwbak Linda-arrest. In veel gevallen zal een toezichthouder bedacht dienen te zijn op belangen van derden, alleen al omdat wettelijke regelingen dat zo bepalen.<sup>73</sup> Eén van de taken van de NMa is het toezicht op concentraties: zij kan bepalen dat een vergunning is vereist voor een concentratie waarvan zij reden heeft om aan te nemen dat die de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren (artikel 37 lid 2 Mw). Voorts wordt een vergunning geweigerd indien als gevolg van de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd, met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie (artikel 41 lid 2 Mw). Dit kan niet anders betekenen dan dat deze norm mede strekt tot bescherming (in de zin van artikel 6:163 BW) van marktpartijen die door een concentratiebesluit van de NMa worden geraakt, hetzij als direct betrokken partij, hetzij als derde-concurrent.<sup>74</sup>

Het Nederlandse relativiteitsvereiste lijkt veel op het communautaire vereiste dat de geschonden regel rechten moet verstrekken aan particulieren (zie nr. 4). De vereisten zijn echter niet identiek. Het vereiste van het verstrekken van rechten aan particulieren is slechts één aspect van het relativiteitsvereiste. Indien een wettelijke norm geen rechten verstrekt aan particulieren, wordt geen enkele particulier beschermd en wordt de wettelijke plicht uitsluitend in het algemeen belang vervuld. Indien een regel echter wel rechten aan particulieren verstrekt, komt bij het relativiteitsvereiste aan de orde

of de desbetreffende eiser behoort tot de groep beschermde personen en of zijn schade behoort tot de soort schade die de wettelijke regel beoogt te beschermen.<sup>75</sup>

#### f Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de Nederlandse rechter tot een soortgelijke uitspraak had kunnen komen als het GvEA in Schneider III. Zij had echter op onderdelen ook zeer wel anders kunnen beslissen. De reden hiervoor is dat wetgeving noch rechtspraak de rechter van erg concrete richtlijnen voorziet en hij met name op het weidse terrein van de causaliteit grotendeels zelfstandig zijn weg kan zoeken. Naarmate concrete richtlijnen ontbreken, zal de uitkomst van een geding bovendien (nog) meer worden bepaald door de rechtspolitieke voorkeur van de rechter.

Omdat een groot deel van het mededingingsrecht, inclusief het concentratietoezicht, inmiddels op Europese leest is geschoeid, zullen nationale rechters vanzelfsprekend met bijzondere aandacht hun collega's in Luxemburg volgen. Terwijl nationale toezichthouders steeds nauwer samenwerken ter coördinatie en uitvoering van het Europees beleid daarvan, is het denkbaar dat in het verlengde hiervan ook het bestuursrechtelijke toezicht van de lidstaten op het mededingingsrecht naar elkaar toe zal groeien.

Het is niet uitgesloten dat dit ook zal gebeuren op het terrein van de toezichthoudersaansprakelijkheid, al zijn de verschillen tussen de lidstaten in de praktijk vermoedelijk kleiner dan ze op papier lijken, met name door de manier waarop de regels door de rechter worden toegepast.<sup>76</sup> Voor harmonisatie op Europees niveau bestaan zover bekend op dit moment geen plannen.<sup>77</sup> Wel is het mogelijk dat de verschillen door spontane harmonisatie van onderaf verder worden verkleind. Zo zullen landen met een strenger dan gemiddeld aansprakelijkheidsregime voor toezichthouders geneigd kunnen zijn om hun normen naar beneden bij te stellen.

## 12 Concluderende opmerkingen

De uitspraak van het GvEA in Schneider levert de eerste indicaties voor het antwoord op de vraag of en in hoeverre de Commissie aansprakelijk kan worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van een onjuiste concentratiebeschikking. Voor de lakmoesproef zal echter moeten worden gewacht op de MyTravel-zaak. In Schneider

<sup>72</sup> HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m.nt. J. Hijma, AB 2005, 127, m.nt. FvO (Duwbak Linda).

<sup>73</sup> Aldus bijvoorbeeld zonder veel omhaal van woorden HR 13 oktober 2006, RvdW 2006, 941 (Staat/Vie d'Or).

<sup>74</sup> Ook naar vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie van het CBB zijn ondernemingen direct belanghebbenden bij besluiten die hun concurrenten betreffen: zie onder meer CBB 17 november 2004, AB 2005, 81, m.nt. GC (Glasgarage Rotterdam/d-g NMa).

<sup>75</sup> Van Dam, a.w., nr. 906-1.

<sup>76</sup> Cees van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders*. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid - Achtergrondstudies (Londen, 2006), p. 191-298, in het bijzonder p. 76-86.

<sup>77</sup> De kans voor open doel om een zeker level playing field te creëren op het gebied van de aansprakelijkheid voor financieel toezicht werd opzichtig gemist door HvJ 12 oktober 2004, Zaak C-222/02, Jur. 2004, p. I-09425 (Peter Paul/Duitsland), waarover Van Dam, a.w., nr. 905-2.

ging het om een betrekkelijk evidente schending van de regels van een zorgvuldige procedure, terwijl het in MyTravel uitsluitend om inhoudelijke beoordelingsfouten ging. Het GvEA zal er daarom in MyTravel niet aan kunnen ontkomen zijn kaarten op tafel te leggen en aan te geven of ook in dergelijke gevallen ruimte is voor aansprakelijkheid van de Commissie.

Na Schneider lijkt het nog niet erg waarschijnlijk dat de rechtspraak van het GvEA veel invloed zal hebben op het beleid van de Commissie, dan wel dat zij voorzichtiger zal worden met het verbieden van concentraties, al is het alleen maar omdat procedurele fouten eenvoudiger zijn te voorkomen dan inhoudelijke fouten. Meer in het algemeen zijn er geen aanwijzingen dat toezichthouders hun beleid laten bepalen door de vrees voor aansprakelijkheidsclaims. Wel verwerken zij een beslissing van de civiele rechter in hun beleid en interne richtlijnen.<sup>78</sup> Daarbij is de bestuursrechter uiteraard een veel directere toezichthouder op het door de Commissie en de NMa uitgeoefende toezicht. In die zin kan het aansprakelijkheidsrecht niet meer dan een secundaire bijdrage leveren aan de kwaliteit van het toezicht.

Indien het Hof van Justitie de beslissing van het GvEA in Schneider in stand laat, zou eenvoudig de gedachte kunnen postvatten dat de Europese belastingbetaler als gevolg van een procedurefout van de Commissie voor enkele honderden miljoenen euro's schadevergoeding aan Schneider moet opdraaien (mogelijk bijna een euro per EU-inwoner). Hierbij kan echter worden aangetekend dat de Commissie als mededingingstoezichthouder met haar succesvolle boetebeleid de afgelopen jaren een veelvoud daarvan voor de Europese belastingbetaler heeft 'binnengehaald'. Dat is tevens een belangrijk argument om niet overdreven terughoudend te zijn met de aansprakelijkheid van de Commissie, zeker niet in gevallen waarin zij een beoordelingsfout heeft gemaakt die tot de vernietiging van een beschikking heeft geleid. Het is daarom maar goed dat het GvEA de boetes van € 497 miljoen en € 280 miljoen die de Commissie aan Microsoft oplegde in stand heeft gelaten en dat Microsoft zijn verzet hiertegen heeft gestaakt.<sup>79</sup> Men zou het dus ook zo kunnen zien dat de ene multinational (Microsoft) de belangrijkste sponsor kan zijn van de schadevergoeding die de Commissie aan een andere multinational (Schneider) moet betalen.

<sup>78</sup> Cees van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders* (2006), p. 71-72.

<sup>79</sup> Persbericht Microsoft Corporation, 24 oktober 2007 waarin het meldde het beroep te hebben ingetrokken tegen zowel GvEA 17 september 2007, Zaak T-201/04, n.n.g. (Microsoft/Commissie), als Zaak T-271/06 tegen beschikking C (2006) 3143 def. van de Commissie van 12 juli 2006, houdende vaststelling van het definitieve bedrag van de dwangsom van € 280 miljoen die aan Microsoft Corporation werd opgelegd bij beschikking C (2005) 4420 def., waarbij laatstgenoemde beschikking werd gewijzigd wat het bedrag betreft.