

# Discovery, Treble Damages en Class Actions: wil de EG wetshandhaving door bounty hunters?

Daniel S. Bitton<sup>1</sup>

## Inleiding

Afgelopen december publiceerde de Europese Commissie ('Commissie') het Groenboek Schadevorderingen wegens schending van de communautaire anti-trustregels ('het Groenboek').<sup>2</sup> Daarin inventariseert de Commissie welke maatregelen kunnen worden getroffen om een doeltreffender systeem voor civiele schadevorderingen op grond van het mededingingsrecht te creëren. De publieke consultatie naar aanleiding van het Groenboek eindigde op 21 april jl. Het is vooralsnog onduidelijk of de Commissie de in het Groenboek voorgestelde maatregelen via communautaire regelgeving wil bewerkstelligen of aan de lidstaten wil overlaten. Private handhaving van het mededingingsrecht is inmiddels al lang zeer prevalent in de Verenigde Staten ('V.S.'). Alleen al in de periode van september 2000 tot en met september 2005 werden in de Amerikaanse federale rechtbanken in totaal 3881 civiele mededingingsrechtzaken ingediend<sup>3</sup> waarvan meer dan 90% door private partijen.<sup>4</sup> Het verbaast dan ook niet dat diverse maatregelen die de Commissie aan de hand doet in haar Groenboek doen denken aan rechtsfiguren uit het Amerikaanse systeem. De Commissie, de lidstaten en private stakeholders doen er derhalve goed aan om zich te vergewissen van de ervaringen in de Amerikaanse civiele antitrust praktijk. Een goed begrip van de Amerikaanse praktijk zal bijdragen aan een vruchtbare discussie over de voorstellen uit het Groenboek.

In dat kader bespreekt deze bijdrage welke lessen kunnen worden getrokken uit de Amerikaanse federale rechtspraak inzake toegang tot bewijsmateriaal, vermenigvuldiging van schadevergoeding en collectieve schadevergoedingsacties in mededingingszaken.

## Toegang tot bewijsmateriaal

De Commissie observeert dat het in de meeste lidstaten voor eisers moeilijk of onmogelijk is om toegang te krijgen tot bewijs dat zich bij gedaagde(n) bevindt.<sup>5</sup> Zij stelt daarom voor additionele openbaarmakingsvoor-

schriften in de civiele systemen van de lidstaten op te nemen, sommige ogenschijnlijk volgens het model van de Amerikaanse *discovery*.<sup>6</sup> Er is dan ook aanleiding voor een nadere beschouwing van de openbaarmakingsverplichtingen onder de Amerikaanse *discovery*.

## Discovery onder de Federal Rules of Civil Procedure

In de V.S. wordt de vordering tot inzage van stukken ('*discovery*') in federale civiele procedures geregeld in de *Federal Rules of Civil Procedure* ('FRCP'). Een eiser in een antitrust zaak heeft recht op *discovery* indien zijn dagvaarding voldoet aan de *pleading requirements* neergelegd in regel 8(a) FRCP, met name het vereiste dat de dagvaarding in het kort een claim beschrijft die, indien bewijsbaar, recht geeft op het gevorderde.<sup>7</sup> De kern van *discovery* is neergelegd in artikel 26(b)(1) FRCP:

*Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.*

Ingevolge deze regel<sup>8</sup> heeft de eisende partij recht op productie van alle voor de zaak relevante stukken (in welke vorm dan ook, inclusief elektronische bestanden) waarover de gedaagde beschikt (en vice versa).<sup>9</sup> Een productieverzoek beschrijft de gezochte stukken per stuk of per categorie, zo nauwkeurig als redelijkerwijs mogelijk is.<sup>10</sup> In de praktijk worden zeer algemeen omschreven productieverzoeken toegelaten.<sup>11</sup> De verzochte productie kan zonodig met tussenkomst van de rechter worden afgedwongen.<sup>12</sup> Behoudens conflicten is *discovery* in principe echter partijgestuurd.

1 Daan Bitton is advocaat bij Axinn, Veltrop & Harkrider, LLP in New York. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel. Met dank aan John McMath voor zijn assistentie bij het opstellen van de voetnoten.

2 Green Paper, *Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, COM(2005) 672 final, beschikbaar op [http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/gp.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp.html) ('Groenboek').

3 Zie Administrative Office of the United States Courts, *Judicial Business of the U.S. Courts* 162 (2005), beschikbaar op <http://www.uscourts.gov/judbus2005/appendices/c2a.pdf>.

4 Zie Administrative Office of the United States Courts, *supra* noot 3, p. 159, beschikbaar op <http://www.uscourts.gov/judbus2005/appendices/c2.pdf>, en dezelfde tafels voor de jaren 2001-2004 allen beschikbaar op <http://www.uscourts.gov/judbususc/judbus.html>.

5 Zie Commission Staff Working Paper, *Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, p. 34-35, SEC (2005) 1732, beschikbaar op

[http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions\\_for\\_damages/sp.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/sp.html).

6 Zie Groenboek, *supra* noot 2, p. 5 (Optie 2).

7 Zie FRCP 8(a)(2).

8 In combinatie met artikel 34 FRCP.

9 FRCP 34(a).

10 FRCP 34(b).

11 Zo kan een eiser verzoeken dat gedaagde alle vastgelegde communicatie tussen haar en andere gedaagden produceert. Zie, bijvoorbeeld, *Plaintiff's First Request For Production of Documents 14, United States v. Dentsply Int'l, Inc.*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005) (No. 03 Civ. 4097), beschikbaar op <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f7300/7328.pdf> ("All documents relating to any communication between your company and the following persons or dental laboratories . . .").

12 Zie FRCP 37(a)(2)(B).

### Discovery leidt vaak tot kostbare en belastende fishing expeditions

Discovery ex artikelen 26(b)(1) jo. 34 FRCP faciliteert onafhankelijke private vervolging van kartels aangezien het eisers praktisch *carte blanche* geeft om bij de gedaagde alles te halen wat ook maar enigszins relevant kan zijn. Bijgevolg leiden de artikelen 26(b)(1) jo. 34 FRCP van oudsher echter ook regelmatig tot *fishing expeditions*: legers van advocaten<sup>13</sup> op zoek naar sappige documenten (*hot documents*) die grote indruk maken op een jury (of een beïnvloedbare rechter) maar die onder moderne antitrust leer geringe betekenis hebben.<sup>14</sup> Iedere grote onderneming heeft immers wel documenten van lagere werknemers in de archieven waarin ongelukkige uitspraken worden gedaan. In het huidige digitale tijdperk, en zeker in grote antitrust zaken, zijn dergelijke *fishing expeditions* bijzonder omvangrijk,<sup>15</sup> tijdrovend en kostbaar.<sup>16</sup> Omdat de meeste discovery verzoeken, zeker in kartelzaken, vanuit eisers richting gedaagden gaan, worden de discovery lasten in antitrust zaken vaak grotendeels gedragen door gedaagden. De partij die om discovery verzoekt is namelijk in beginsel niet verantwoordelijk voor de kosten die het discovery verzoek veroorzaakt.<sup>17</sup> Discovery creëert overigens tevens het risico dat bedrijfsgeheimen of concurrentiegevoelige informatie worden blootgelegd.

### Proactief gerechtelijk management ter voorkoming van fishing expeditions

De Amerikaanse federale rechter beschikt over een aantal instrumenten om uitwassen in discovery te beperken. Zo stelt hij na een bijeenkomst met partijen vantevoren een *scheduling order* vast waarin de timing en omvang van discovery voor de onderhavige zaak wordt geregeld.<sup>18</sup> Voorts is de rechter ingevolge regels 26(b)(2) en 26(c) FRCP bevoegd om beperkingen te stellen aan discovery indien de productieverzoeken van partijen naar zijn oordeel onnodig bezwarend of duplicatief zijn. Uit hoofde van deze bevoegdheid kan de rechter bijvoorbeeld een *Confidentiality and Protective Order* vaststellen, waarin bescherming van de vertrouwelijkheid van gegevens wordt geregeld.<sup>19</sup> Tevens kan de rechter deze bevoegdheid aanwenden om de partij die discovery verzoekt de kosten daarvan te laten dra-

gen.<sup>20</sup> De rechter maakt echter alleen in uitzonderlijke gevallen van de laatste bevoegdheid gebruik,<sup>21</sup> en zelfs dan is de verzoekende partij slechts voor een relatief klein deel van de discovery kosten verantwoordelijk.<sup>22</sup> Het is mede deze terughoudende opstelling van de rechter die er voor zorgt dat *fishing expeditions* ook nu nog plaatsvinden.<sup>23</sup>

Een Europese discovery equivalent, zo men die al overweegt, zou dan ook gebaat zijn bij proactiever gerechtelijk management dan thans in de V.S. bestaat. Het nadeel daarvan is wel dat het de rechter verder belast.

### Laagdrempelige toegang tot discovery nodigt uit tot afpersingsclaims

Eisers in Amerikaanse kartelzaken worden er dikwijls van beschuldigd de dreiging van een *fishing expedition* te gebruiken om in zwakke zaken gunstige schikkingen los te peuten.<sup>24</sup> Het probleem is dat Amerikaanse antitrust eisers behalve maatregelen tegen frivole claims<sup>25</sup> weinig in de weg wordt gelegd om toegang te verkrijgen tot discovery. De dagvaardingseisen (*pleading requirements*) voor een Amerikaanse antitrust eiser zijn namelijk minimaal.<sup>26</sup> Zo kan een eiser-afnemer in een prijskartelzaak zijn recht op discovery doen gelden louter door te stellen dat parallelle prijsbewegingen door gedaagden voor bepaalde producten/diensten het gevolg zijn van illegale prijsafspraken (tenzij dat duidelijk volstrekt onplausibel is). De dagvaarding behoeft niet op specifieke communicaties tussen gedaagden te wijzen, noch behoeft de dagvaarding uit te leggen waarom de parallelle prijsbewegingen zonder prijsafspraken irrationeel zouden zijn.<sup>27</sup> Aldus, wordt het de eiser te gemakkelijk en aantrekkelijk gemaakt om met discovery te dreigen, hetgeen uitnodigt tot misbruik.<sup>28</sup> De ervaring in de V.S. adviseert dan ook dat invoering van discovery-achtige openbaarmakingsverplichten op

20 Zie, bijvoorbeeld, Rowe, 205 F.R.D. at 433.

21 Zie, bijvoorbeeld, Zubulake, 217 F.R.D. at 324 ("A court should consider cost-shifting only when electronic data is relatively inaccessible, such as in backup tapes.")

22 Zie, bijvoorbeeld, Zubulake v. UBS Warburg LLC, 216 F.R.D. 280, 290 (S.D.N.Y. 2003) ("As a general rule, where cost-shifting is appropriate, only the costs of restoration and searching should be shifted. . . . the responding party should always bear the cost of reviewing and producing electronic data.")

23 In december 2006 worden enkele regels van de Federal Rules of Civil Procedure aangepast onder meer teneinde elektronische discovery direct na aanvang van de procedure beter te coördineren en discovery van slecht toegankelijke elektronische data marginaal hoogdrempeliger te maken. Zie Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure, Summary of the Report of the Judicial Conference Committee on Rules of Civil Practice and Procedure, pp. App. C-25-53 (2005), beschikbaar op <http://www.uscourts.gov/rules/Reports/ST09-2005.pdf>.

24 Zie, bijvoorbeeld, Twombly v. Bell Atl. Corp., 425 F.3d 99, 116 (2d Cir. 2005), petition for cert. filed, 74 U.S.L.W. 3517 (U.S. Mar. 6, 2006) (No. 05-1126) ("[T]he defendants predict, antitrust cases [will] clog the courts for years, cost defendants millions of dollars to defend, and . . . threaten to reward plaintiffs' attorneys for bringing meritless claims.")

25 FRCP 11(b) & (c).

26 Zie, bijvoorbeeld, Mark D. Alexander, Second Circuit Puts Antitrust Conspiracy's Skeletal Pleading Rules on a Diet, Antitrust Source (Mar. 2006), beschikbaar op <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/06/03/Mar06-Alexander3=22f.pdf>.

27 Zie, bijvoorbeeld, N. Jackson Pharmacy, Inc. v. Express Scripts, Inc., 345 F. Supp. 2d 1279, 1286-88 (N.D. Ala. 2004). Vgl. Twombly, 425 F.3d at 114; Lum v. Bank of Am., 361 F.3d 217, 230 (3d Cir. 2004).

28 Twombly, 425 F.3d at 117 ("[T]he sometimes colossal expense of undergoing discovery . . . likely lead defendants to pay plaintiffs to settle what would ultimately be shown to be meritless claims . . . the success of such meritless claims encourages others to be brought, and . . . the overall result may well be a burden on the courts and a deleterious effect on the manner in which and efficiency with which business is conducted").

13 Zie, bijvoorbeeld, Leigh Jones, Faced With Data Explosion, Law Firms Tap Temp Attorneys, Nat. L.J. (Oct. 14, 2005), beschikbaar op <http://www.law.com/jsp/ihc/PubArticleIHC.jsp?id=1128947761813> ("Pittsburgh's Eckert Seamans Cherin & Mellott last year hired 125 contract attorneys for document work").

14 Vgl. A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1402 (7th Cir. 1989) ("Lawyers rummage through business records seeking to discover tidbits that will sound impressive (or aggressive) when read to a jury. Traipsing through the warehouses of business in search of misleading evidence both increases the costs of litigation and reduces the accuracy of decisions.")

15 Vgl. In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig., Nos. 94-C-897 and MDL 997, 1995 U.S. Dist. LEXIS 8281 at \*1-3 (N.D. Ill. June 15, 1995) (rechter beval de gedaagde om op eigen kosten een geschatte 30 miljoen e-mail pagina's opgeslagen op back-up tapes te doorzoeken om de relevante documenten daaruit te produceren).

16 Zie, bijvoorbeeld, Rowe Entm't, Inc. v. The William Morris Agency, Inc., 205 F.R.D. 421, 425 (S.D.N.Y. 2002) (kosten elektronische discovery van e-mails op back-up tapes geschat op \$9.75 miljoen).

17 Zie, bijvoorbeeld, Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309, 316 (S.D.N.Y. 2003) ("[U]nder [the discovery] rules, the presumption is that the responding party must bear the expense of complying with discovery requests").

18 FRCP 16(b).

19 FRCP 26(c)(7).

zijn minst gepaard dient te gaan met verhoogde dagvaardingseisen. Zo zou men in een kartelzaak op straffe van niet-ontvankelijkheid kunnen eisen dat een dagvaarding een concreter verband legt tussen parallelle prijsstijgingen en bijeenkomsten van of communicaties tussen concurrenten. Tevens zou men kunnen eisen dat in een dagvaarding wordt gedemonstreerd dat bepaalde parallelle prijsbewegingen irrationeel zouden zijn zonder prijsafspraken.

Tegenstanders zullen aanvoeren dat dergelijke argumenten juist moeilijk zijn te maken zonder toegang tot bewijs. Dat probleem kan worden opgelost door middel van voorlopig getuigenverhoor of door eisers voorafgaande aan de dagvaarding zeer beperkte *discovery* toe te staan (bijvoorbeeld op grond van artikel 843a Rv).

### Proceskostenveroordeling ter voorkoming van afpersingsclaims

Afpersingsclaims zijn in de V.S. extra aantrekkelijk omdat een eiser (lees: meestal zijn advocaat) niet riskeert bij verlies te worden veroordeeld in de proceskosten van de gedaagde. Een proceskostenveroordeling – zoals die in Nederland wordt toegepast –<sup>29</sup> zou het risico van afpersingsclaims mitigeren. De proceskostenveroordeling wordt echter beschouwd als een van de obstakels die in de weg staat aan een effectief systeem van onafhankelijke schadevorderingen op grond van het mededingingsrecht. Zeker volledige proceskostenveroordeling maakt complexe antitrust zaken voor bepaalde eisers mogelijk te hoogdrempelig.<sup>30</sup> Proceskostenveroordeling zal in de EG om die reden mogelijk voor bepaalde kartelzaken worden gematigd of afgeschaft. De opening die daarmee wordt gecreëerd voor afpersingsclaims zou wat betreft *discovery* kunnen worden gedicht door middel van een frequenter gebruik van kostenverschuiving naar de eiser in geval van verstrekkende *discovery* verzoeken.

### Vermenigvuldiging van de schadevergoeding

In het Groenboek legt de Commissie de vraag voor of schadevergoeding voor horizontale kartelinbreuken dient te worden verdubbeld.<sup>31</sup> Dit voorstel is duidelijk ontleend aan het Amerikaanse *treble damages* systeem, hetgeen een nadere beschouwing van dit begrip rechtvaardigt.

### Treble Damages in de V.S.

Sectie 4 van de Clayton Act<sup>32</sup> bepaalt voor zover van belang:

“any person who shall be injured . . . by reason of anything forbidden in the antitrust laws . . . shall recover threefold the damages by him sustained . . .”

Toen de Sherman Act<sup>33</sup> in 1890 werd aangenomen en *treble damages* werden geïnstitutionaliseerd bestond geen budget voor overheidshandhaving.<sup>34</sup> Hieruit kan

worden afgeleid dat de mededingingsrechtelijke schadevergoedingsactie in de V.S. van oorsprong niet alleen ter compensatie van de benadeelde dient, maar vooral ook een publiekrechtelijke functie vervult.<sup>35</sup> De *treble damages* waren bedoeld om wetshandhaving te realiseren waar die van overheidswege ontbrak. Verdrievoudiging van de schade was volgens Senator Sherman nodig in verband met de hoogdrempeligheid van antitrust acties.<sup>36</sup> Aldus werd de ‘private attorney general’ voor de antitrustwetten gecreëerd.<sup>37</sup>

De *private attorney general* heeft in wezen meer sanctiemogelijkheden dan de federale overheid. De *Department of Justice* (‘DOJ’) kan in zaken gebracht vanuit publieke functie uitsluitend punitieve sancties vorderen in strafrechtelijke procedures.<sup>38</sup> De *treble damages* figuur biedt private partijen punitieve sanctiemogelijkheden in civiele procedures. Bovendien worden thans in de regel uitsluitend bid-rigging, marktverdeling en prijskartels strafrechtelijk vervolgd.<sup>39</sup> Anders dan in de EG, worden ondernemingen in de V.S. derhalve bijvoorbeeld niet beboet voor monopolisering of illegale verticale overeenkomsten. Zij riskeren echter wel *treble damages*.

### Treble damages en private attorneys general: zijn ze welkom of mogen ze thuis in de VS blijven?

Invoering van concepten als *private attorney general* en *treble damages* betekent voor de lidstaten mogelijk een potentiële vloedgolf aan zaken (zie de cijfers in de inleiding) en een substantiële *litigation tax*<sup>40</sup> op de maatschappij.<sup>41</sup> Maar misschien nog belangrijker is, dat de introductie van de *private attorney general* en *treble damages* ook een paradigmatische verschuiving zou veroorzaken in de van oorsprong compensatoire civiele stelsels in Europa en in de taakverdeling tussen markt en overheid. Bestrafing van overtredingen is in lidstaten als Nederland traditioneel een overheidstaak. Indien daarin met invoering van *treble damages* verandering wordt gebracht voor het mededingingsrecht, kan dit ook in andere rechtsgebieden gebeuren. Als kartels in aanmerking komen voor *treble damages*, waarom dan fraude niet? De voor- en nadelen van een dergelijke staatsrechtelijke en rechtsculturele verandering moeten goed worden afgewogen. Privatisering heeft weliswaar op andere gebieden een vlucht geno-

35 Vgl. Kent Raach and Michael J. Trebilcock, *Private Enforcement of Competition Laws*, 34 *Osgoode Hall L. J.* 461, 465 (1996).

36 Zie Cavanagh, *supra* noot 34, p. 782.

37 De term *private attorney general* werd pas later voor het eerst gebruikt. Zie Matthew C. Stephenson, *Public Regulation of Private Enforcement: the Case for Expanding the Role of Administrative Agencies*, 91 *Va. L. Rev.* 93, 95 n.2 (2005), beschikbaar op <http://www.virginialawreview.org/content/pdfs/91/93.pdf>.

38 De *Federal Trade Commission* kan helemaal geen boetes opleggen voor antitrust overtredingen. Wel kan zij winstontneming vorderen ex sectie 13(b) van de *FTC Act* (15 U.S.C. § 53(b) (2005)) en civiele boetes vorderen wegens schending van door de rechter geratificeerde schikkingen (consent decrees) ex sectie 5(1) van de *FTC Act* (15 U.S.C. § 45(1) (2005)).

39 Zie, bijvoorbeeld, U.S. Dep’t of Justice, *Antitrust Div., Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For, An Antitrust Primer 2* (2005), beschikbaar op <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>.

40 Vgl. Glenn Hubbard, *Let’s Put the “Litigation Tax” on Trial: Tort Costs Should be Counted as a Tax that Hits More than Companies*, 3895 *Bus. Week* 18 (August 9, 2004).

41 Sommigen schatten alleen al de *discovery* kosten in de V.S. voor 2007 op \$2.7 miljard. Zie, bijvoorbeeld, Jones, *supra* noot 13.

29 Artikel 237 Rv.

30 Zie, bijvoorbeeld, *Commission Staff Working Paper*, *supra* noot 5, p. 216-17, 220.

31 Groenboek, *supra* noot 2, p. 7.

32 15 U.S.C. § 15(a) (2005).

33 De *treble damages* bepaling was oorspronkelijk in de *Sherman Act* opgenomen. In 1914 werd die naar sectie 4 van de *Clayton Act* verhuisd.

34 Zie Edward D. Cavanagh, *Detrebling Antitrust Damages: An Idea Whose Time Has Come?*, 61 *Tul. L. Rev.* 777, 782-83 (1987).

men, maar staat het in de EG inmiddels ook zo hoog in het vaandel dat we private partijen vergelijkbare sanctie-instrumenten willen geven als de overheid?<sup>42</sup> En vergeet niet dat er, anders dan in de V.S. in 1890, thans in de EG krachtige overheidshandhaving bestaat.

### Er bestaat in de V.S. meer reden voor treble damages dan in de EG

Voorstanders van *treble damages* merken op dat in de V.S. ondanks de dreiging van *treble damages* en hoge strafrechtelijke boetes nog steeds regelmatig kartels worden ontdekt,<sup>43</sup> en zelfs nog kartelrecidivisme plaatsvindt.<sup>44</sup> Dit bewijst volgens hen dat zelfs de financiële sancties in de V.S. te weinig afschrikwekkend zouden zijn. Om te beginnen zou dat te maken hebben met onderschatting van de winstgevendheid van kartels.<sup>45</sup> Voorts betogen de voorstanders dat slechts een beperkt percentage van de kartels wordt ontdekt en succesvol wordt vervolgd.<sup>46</sup>

Een kritische beschouwing van de validiteit van deze argumenten gaat deze bijdrage te buiten.<sup>47</sup> Wel kan het volgende worden geobserveerd. Ten eerste is het praktisch onmogelijk om met enige zekerheid te bepalen hoeveel kartels niet worden ontdekt.<sup>48</sup> Wat dat betreft is de stelling dat er een detectietekort bestaat enigszins speculatief. Ten tweede geldt dat een kleine minderheid van de private antitrust zaken in de V.S. wordt uitgeprocedeerd<sup>49</sup> en dat van die kleine minderheid slechts een klein deel in een schadevergoeding eindigt.<sup>50</sup> Derhalve resulteert zelfs een kartelzaak slechts zelden in *treble damages*. Dit heeft voor een belangrijk deel te maken met de *contingency fee* financiering van rechtzaken, met name *class actions*. Bij een *contingency fee* wordt de (voor)financier van de rechtszaak een vooraf vastgesteld percentage in het vooruitzicht gesteld van de eventueel uit te keren schadevergoeding. Zoals hierna nader wordt uitgelegd, hebben Amerikaanse eiser's advocaten er belang bij om com-

plexe antitrust zaken vroegtijdig (en dus voor een veel lager bedrag dan *treble damages*)<sup>51</sup> te schikken.<sup>52</sup> Aldus kunnen zij grote investeringen en risico's immers voorkomen. *Contingency fee* financiering is in de EG en zeker in Nederland niet zo prevalent als in de V.S. Ondernijning van het afschrikkingseffect van schadevergoedingsacties door lage schikkingsbedragen lijkt in de EG daarom een minder grote zorg. Ten slotte kunnen eisers in diverse EG lidstaten, waaronder Nederland, aanspraak maken op vergoeding van de wettelijke rente vanaf het moment dat de schade wordt geleden,<sup>53</sup> terwijl een Amerikaanse eiser daar geen recht op heeft. Aldus kan enkelvoudige schadevergoeding in landen als Nederland zeer wel tot relatief gelijke of hogere bedragen leiden dan Amerikaanse *treble damages*, en zeker dan de schikkingsbedragen waar de meeste civiele antitrust acties in de V.S. toe leiden.<sup>54</sup>

### Indien vermenigvuldiging van schadevergoeding wordt ingevoerd voor horizontale kartels dienen in ieder geval acties door concurrenten daarvan te worden uitgezonderd

Gezien het thema afschrikking in het Groenboek<sup>55</sup> lijkt invoering van *double damages* voor horizontale kartelzaken echter niet uit te sluiten. Indien dit inderdaad geschiedt is het raadzaam om in ieder geval acties door concurrenten uit te zonderen van de *double damages* regel.<sup>56</sup>

Studies laten zien dat ongeveer 30-40% van de private antitrust acties door concurrenten aanhangig wordt gemaakt.<sup>57</sup> Deze acties zijn vaak gericht tegen gedrag van concurrenten dat zich begeeft in het schemergebied tussen agressieve concurrentie of innovatie en ongeoorloofde concurrentiebeperking.<sup>58</sup> Het past daarom niet om voor dat soort claims vermenigvuldiging van schadevergoeding in het vooruitzicht te stellen. Dat zou efficiënte ondernemingen er immers toe kun-

42 Dit zou overigens wel leiden tot een met meer juridische waarborgen omklede sanctiëring van het mededingingsrecht. *Treble damages* kunnen immers alleen door de rechter worden toegewezen, terwijl een administratieve boete zonder voorafgaande rechterlijke toetsing door het bestuursorgaan wordt opgelegd waarna de bestuursrechter het boetebesluit slechts marginaal toetst.

43 Zie, bijvoorbeeld, Robert H. Lande, *Why Antitrust Damage Levels Should Be Raised*, 16 *Loy. Consumer L. Rev.* 329, 335-36 n.23 (2004), beschikbaar op <http://home.ubalt.edu/ntlaland/AntitrustDamageLevelsConsumerLRev2004.pdf>.

44 Zie, bijvoorbeeld, John M. Connor, *Private International Cartels: Effectiveness, Welfare, and Anticartel Enforcement* 124-25 (Purdue University, Purdue Agricultural Economics Working Paper No. 03-12 2003).

45 Zie, bijvoorbeeld, *The Four Myths About Antitrust Damages* 15, Prepared Statement of Robert H. Lande, Before the Antitrust Modernization Commission Hearing on Civil Remedies: Damages Multiplier, Attorneys' Fees, and Prejudgment Interest (July 28, 2005), beschikbaar op [http://www.amc.gov/commission\\_hearings/pdf/Lande.pdf](http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Lande.pdf).

46 Zie Connor, supra noot 44, p. 63.

47 Voor een uitvoerige bespreking van de argumenten tegen *treble damages*, zie, bijvoorbeeld, Cavanagh, supra noot 34, pp. 791-820.

48 Zie Lande, supra noot 45, p. 7 ("No one knows the percentage of antitrust violations that are detected and proven"). Vgl. Jonathan B. Baker, *New Horizons in Cartel Detection*, 69 *Geo. Wash. L. Rev.* 824, 825 (2001).

49 In 2005, bijvoorbeeld, bereikte slechts 4.8% van de antitrust zaken het trial stadium. Administrative Office of the United States Courts, supra noot 3, p. 182, beschikbaar op <http://www.uscourts.gov/judbus2005/appendices/c4.pdf>.

50 Zie, bijvoorbeeld, Steven C. Salop & Lawrence J. White, *Private Antitrust Litigation: An Introduction and Framework*, in *Private Antitrust Litigation: New Evidence*, *New Learning* 1, 11 (Lawrence J. White ed. 1988) (slechts 11.3-28.1% van de uitgeprocedeerde zaken wordt gewonnen door eisers).

51 Zie, bijvoorbeeld, *Comments of the American Antitrust Institute Working Group on Remedies* 3 (June 17, 2005) ("Settlement negotiations in [civil antitrust cases that survive summary judgment] usually end up with plaintiffs asking for roughly single real damages and often settling for roughly nominal damages which are in reality one-third of true damages."). Vgl. *In re New Mexico Natural Gas Antitrust Litig.*, 607 F. Supp. 1491, 1506 (D. Colo. 1984) ("[T]he appropriate range of settlement should be based on the potential single damages incurred by plaintiffs. Treble damages under the antitrust laws are much like punitive damages in other civil litigation. Each is a penalty for grossly improper conduct. Therefore, as a general matter, settlement discussions should not begin with a figure that includes the penalty, as settlement represents an attempt to resolve the litigation without determining fault.").

52 Zie, bijvoorbeeld, George J. Benston, *Indirect Purchasers' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Actions: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule*, 55 *Antitrust L.J.* 213, 241-42 (1986) ("Attorneys . . . can find it desirable to threaten actions and then be willing to settle early in the game"). Vgl. Salop & White, supra noot 50, p. 11 (70.8-88.2% van de antitrust zaken wordt geschikt).

53 Zie artikel 6:83 sub b jo. artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek.

54 Vgl. Lande, supra noot 45, p. 3 (stelt dat afwezigheid van wettelijke rente over schadeperiode belangrijke reden is waarom *treble damages* normaal gesproken op single damages neerkomen).

55 Zie Groenboek, supra noot 2, p. 4.

56 Zie, bijvoorbeeld, Frank H. Easterbrook, *Detrebbling Antitrust Damages*, 28 *J. L. & Econ.* 445, 458-61, 467 (1985); Abbott B. Lipsky, Jr., *Private Damage Remedies: Treble Damages, Fee Shifting, Prejudgment Interest* 14, Before the Antitrust Modernization Commission (not dated), beschikbaar op [http://www.amc.gov/commission\\_hearings/pdf/Lipsky.pdf](http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Lipsky.pdf).

57 Zie Salop & White, supra noot 50, p. 8.

58 Zie, bijvoorbeeld, id. p. 9 (noemt onder meer predatory pricing, refusals to deal, exclusive dealing).

nen brengen minder aggressief te innoveren of concurreren,<sup>59</sup> en inefficiënte ondernemingen extra stimuleren om te procederen in plaats van te concurreren.<sup>60</sup> Het voorstel van de Commissie om *double damages* te beperken tot horizontale kartels is daarom een goed begin, maar laat echter nog steeds een grote opening voor mededingingsbeperkende schadeclaims door inefficiënte ondernemingen. Zo zouden zij door *double damages* bijvoorbeeld extra worden aangemoedigd om ongefundeerde *predatory pricing* of *boycott* kartelclaims in te dienen.<sup>61</sup> Zeker rechters met weinig ervaring in het mededingingsrecht kunnen zich makkelijk laten meeslepen in dergelijke claims. De maatschappelijke kosten van zulke claims zijn groot: zij leggen onnodig beslag op de rechtelijke macht, verhogen de kosten van de eiser(s) en gedaagden, en, nog erger, belemmeren marktwerking en innovatie ten nadele van de consument. Het is derhalve raadzaam om dit soort claims niet aan te moedigen door *double damages* beschikbaar te stellen.

### Enkelvoudige schadevergoeding voor leniency kandidaten

Ten behoeve van de effectiviteit van het leniency programma van de DOJ, heeft de Amerikaanse wetgever de civiele rechter de bevoegdheid gegeven om in een kartelzaak enkelvoudige schadevergoeding in plaats van *treble damages* op te leggen.<sup>62</sup> Deze *detrebling* vindt plaats waar gedaagde voor leniency in aanmerking is gekomen en naar het oordeel van de civiele rechter voldoende medewerking aan de eiser in de civiele zaak heeft verleend.<sup>63</sup> Om ondermijning van de leniency programma's van de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten te voorkomen, is een vergelijkbare regeling raadzaam waar *double damages* zouden worden ingevoerd.

### Alleen vergoeding van schade als gevolg van illegale mededingingsbeperkingen

Om te waarborgen dat private schadevergoedingsacties daadwerkelijk dienen ter handhaving van de mededingingswetten is in sectie 4 van de Clayton Act de clausule "by reason of anything forbidden in the antitrust laws" opgenomen. Deze beperking wordt aangeduid als het *antitrust injury* vereiste. Dit vereiste maakt duidelijk dat een private antitrust eiser uitsluitend schade kan verhalen indien en voorzover die rechtstreeks is veroorzaakt door die elementen van het gedrag van gedaagde(n) die de mededinging ongeoorloofd beperken.<sup>64</sup>

59 Zie, bijvoorbeeld, Lipsky, *supra* noot 56, pp. 8, 10 en 12-13.

60 Zie, bijvoorbeeld, Lipsky, *supra* noot 56, p. 5; Easterbrook, *supra* noot 56, pp. 460-61; William J. Baumol & Janusz A. Ordover, *Use of Antitrust to Subvert Competition*, 28 J. L. & Econ. 247 (1985).

61 Vgl., bijvoorbeeld, *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 577, 588-97 (1986) (de U.S. Supreme Court concludeerde dat claim van Amerikaanse televisiefabrikanten dat Japanse concurrenten een *predatory pricing* kartel in stand hielden onplausibel en stelde gedaagden na een 12-jaar lange procedure in het gelijk).

62 Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004, Pub. L. No. 108-237, § 213, 118 Stat. 661, 666-67 (2004).

63 *Id.*

64 Zie *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477, 488 (1977) ("[W]hile respondents' loss occurred 'by reason of' the unlawful acquisitions, it did not occur 'by reason of' that which made the acquisitions unlawful.").

Dit vereiste ligt voor de hand en is in wezen reeds onderdeel van de onrechtmatigheidsvraag, de causaliteitsvraag en de schadevraag. De toegevoegde waarde van het *antitrust injury* vereiste is dan ook vooral praktisch. Het stelt de rechter in staat een eiser niet-ontvankelijk te verklaren (*lack of standing*) indien zijn dagvaarding geen overtuigende link legt tussen beperking van de mededinging in de markt (en schade voor consumenten) en de door hem geleden schade.<sup>65</sup> Daarvoor is geen uitvoerige evaluatie van de onrechtmatigheid van de gedragingen of de omvang van de schade nodig.<sup>66</sup> *Antitrust injury* wordt in de V.S. streng getoetst en vele schadevorderingen stranden daar vroegtijdig op.<sup>67</sup> Een vergelijkbaar vereiste zou dan ook eveneens toegevoegde waarde kunnen hebben in de EG om mededingingsbeperkende schadeclaims snel te kunnen identificeren en elimineren.

### Collectieve vorderingen

De Commissie stelt in het Groenboek de vraag of en zo ja, welke bijzondere procedures nodig zijn om in het mededingingsrecht collectieve schadevergoedingsacties te stimuleren en consumentenbelangen te beschermen.<sup>68</sup> Het Amerikaanse antwoord op deze vraag is de *class action*.

### Class actions volgens regel 23 van de Federal Rules of Civil Procedure

De Amerikaanse *class action* is een actie in rechte namens een definieerbare groep gelaedeerden (de *class*) die zijn geschaad door dezelfde gedraging(en) van gedaagde(n). De *class* dient dusdanig groot of onhandelbaar te zijn dat voeging van vorderingen onpraktisch is (FRCP 23(a)(1)). Tevens dienen alle claims een gemene deler te hebben (FRCP 23(a)(2) & (b)(3)). De *class action* wordt ingesteld door een of enkele eisers met representatieve vorderingen (FRCP 23(a)(3)) en wordt in de regel gefinancierd door een of meer advocaten op basis van *contingent fees*. De eisers-vertegenwoordigers en advocaten dienen de belangen van de andere gelaedeerden (de leden van de *class*) eerlijk en adequaat te behartigen (FRCP 23(a)(4)). Ten slotte dient de *class action* de meeste

65 Zie, bijvoorbeeld, *Doron Precision Systems, Inc. v. FAAC, Inc.*, No. 05 Civ. 7663, 2006 U.S. Dist. LEXIS 12795, at \*16, \*20 (S.D.N.Y. Mar. 23, 2006) ("A private plaintiff . . . must establish, as a threshold matter, that it has suffered [antitrust injury] . . . \* \* \* Because Doron's amended complaint fails to allege facts demonstrating that its loss stems from an anticompetitive aspect of defendants' conduct, Defendants' motions to dismiss must be granted.").

66 Denk bijvoorbeeld aan twee ondernemingen die via een R&D joint venture effectiever kunnen concurreren tegen andere ondernemingen in de markt dan door onafhankelijke R&D efforts. Een concurrent stelt een vordering in op de grond dat de joint venture de mededinging beperkt. Zijn schadeclaim is echter gebaseerd op geleden verlies tengevolge van een toename in concurrentie dankzij de joint venture. Zonder de joint venture integraal te evalueren kan de rechter vaststellen dat de schade van concurrent C het gevolg is van toegenomen concurrentie, niet van een concurrentiebeperking. Concurrent C heeft derhalve geen antitrust injury en is daarom niet-ontvankelijk. Vgl. Baumol & Ordover, *supra* noot 60, pp. 256-57 (bespreekt vergelijkbare joint venture zaak in automotive industrie uit jaren '80).

67 Vgl. William E. Kovacic, *Private Participation in the Enforcement of Public Competition Laws* (May 15, 2003), beschikbaar op <http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biicl.htm> ("[T]he U.S. courts have established relatively demanding standards that private plaintiffs must satisfy to demonstrate that they have standing to press antitrust claims and have suffered antitrust injury.").

68 Zie Groenboek, *supra* noot 2, p. 9.

geschikte geschilbeslechtingvorm te zijn (FRCP 23(b)(3)). Onder deze voorwaarden zal de rechter de class in een kartelzaak goedkeuren (*class certification*) (FRCP 23(c)(1)(A)). Daarbij wijst de rechter tevens de advocaat voor de class aan (FRCP 23(g)).

Opt-in door de leden van de class is niet nodig. Zij behoeven slechts in kennis te worden gesteld van de class action (FRCP 23(c)(2)). In de meeste antitrust class actions dienen de leden van de class voorzover redelijkerwijs mogelijk individueel in kennis worden gesteld (FRCP 23(c)(2)(B)). Desgewenst kunnen zij zich dan vervolgens uitdrukkelijk uitsluiten van de class action (*Id.*).<sup>69</sup> Doen zij dat niet binnen de daarvoor in de kennisgeving gestelde periode, dan is de uitspraak door de rechter in de class action bindend voor hen en hebben zij in principe geen individueel vorderingsrecht meer (FRCP 23(c)(3)). De rechter kan bepalen dat de leden van de class nadat een schikking is voorgesteld alsnog mogen beslissen tot een opt-out (FRCP 23(e)(3)). Schikking in een class action, zelfs als die nog niet is gecertificeerd, vereist goedkeuring door de rechter (FRCP 23(e)). In gecertificeerde class schikkingen bepaalt de rechter daarbij doorgaans tevens de vergoeding van de advocaat (FRCP 23(h)).

### De contingency fee financiering is onontbeerlijk voor het bestaan van een effectieve class action maar is tevens haar grootste zwakte

De class action komt regelmatig voor in antitrust zaken,<sup>70</sup> zeker in kartelzaken omdat daarin vaak vele slachtoffers door dezelfde gedraging zijn geschaad. Een class action consolideert soms wel miljoenen vorderingen<sup>71</sup> en vergt daarvoor relatief weinig collectieve actie en organisatie: in principe slechts één eiser met een representatieve vordering en een advocaat die bereid is de vordering te financieren.

In theorie biedt het slachtoffers van een kartel tegelijkertijd een manier om hun schade vergoed te krijgen, ook waar hun claims op individuele basis niet opwegen tegen de proceskosten (zgn. strooischade zaken). In de praktijk zorgt de class action in strooischade zaken echter vaak voor overdadige beloning van advocaten voor vervulling van hun taak als *private attorney general*.

Hetgeen de class action haar bestaansrecht geeft is tevens haar grootste nadeel: de *contingent fee* financiering. De *contingent fee* financiering zorgt ervoor dat één partij gedreven is om op eigen kosten namens de class op te treden. Maar het is ook de *contingent fee* die verleidt tot afpersing van gedaagden of exploitatie van gelaedeerden.

### Class actions kunnen leiden tot afpersingsclaims van ongekende schaal

Indien een *plaintiff's lawyer* een grote groep vermeende

slachtoffers kan vinden, is hij al gauw in staat om via een class action een enorme claim op te bouwen, zeker in een antitrust actie. De vooruitzichten onder een *contingent fee* regeling zijn dan bijzonder aantrekkelijk, zelfs als de claim zeer speculatief is. Neem bijvoorbeeld een class van 5 miljoen afnemers, gemiddeld met ieder een claim van \$1,000. De class action antitrust claim is dan 3 x \$5 miljard = \$15 miljard. Zelfs als de kans op succes voor eisers slechts 5% is betekent dit voor de gedaagden een *exposure* van .05 x 15 miljard = \$750 miljoen. Bij een *contingent fee* regeling van slechts 10% betekent het voor de class advocaat een waarde van .05 x 15 miljard x .1 = \$75 miljoen. Dit versimpelde voorbeeld demonstreert hoe de wisselwerking tussen de class action en *treble damages* enerzijds en de *contingent fee* anderzijds kan leiden tot enorme afpersingsclaims. Hierover hebben rechters in de loop der jaren vaak hun zorg geuit.<sup>72</sup> Sommigen betogen dat het risico van afpersingsclaims in class actions niet groter is dan in andere rechtzaken. Zij wijzen daartoe onder meer op studies die laten zien dat class actions even vaak schikken als andere zaken.<sup>73</sup> Maar het punt is de schaal die afpersingsclaims door class actions kunnen bereiken.<sup>74</sup>

### Class actions kunnen aan de andere kant leiden tot exploitatie van gelaedeerden

Tegelijkertijd komen de gelaedeerden er in een class action in de praktijk vaak bekaaid vanaf, met name in strooischade zaken. De onvermijdelijke *contingent fee* financiering is wederom de boosdoener. Omdat de financier al het risico draagt divergeren zijn belangen van de belangen van de class en zal hij geneigd zijn om te handelen ter bevordering van zijn eigen belangen.<sup>75</sup> Naarmate een class action voortduurt, nemen de proceskosten exponentieel toe, zeker nadat *discovery* opent. Net als gedaagden hebben de *contingent fee* financiers daarom belang bij een vroegtijdige schikking om grote investeringen en risico van verlies te voorkomen.<sup>76</sup> Juist omdat ze risico en investering voorkomen zijn de uitbetaalde schadevergoedingen bij vroegtijdige schikkingen doorgaans relatief laag. De financier houdt er door de *contingent fee* echter nog steeds een zeer aantrekkelijke vergoeding aan over, terwijl er voor de class leden, zeker in strooischade zaken, niets of een symbolisch bedrag (*coupon* vergoeding) overblijft.<sup>77</sup> De class leden zijn vaak machteloos in dit soort situaties omdat zij niet of onvoldoende betrokken zijn bij de

69 Antitrust class actions kwalificeren doorgaans als FRCP 26(b)(3) classes waarin een opt-out mogelijk is ingevolge FRCP 26(c)(2)(B).

70 Vgl. Margaret M. Zwisler, *State Indirect Purchaser Litigation and U.S. Antitrust Enforcement 18, Testimony before the Antitrust Modernization Commission* (June 27, 2005), beschikbaar op [http://www.amc.gov/commission\\_hearings/pdf/Zwisler.pdf](http://www.amc.gov/commission_hearings/pdf/Zwisler.pdf) ("There were 122 antitrust class action filings in the United States in the year ended September 30, 2000 and 249 in the year ended September 30, 2003.")

71 Zie, bijvoorbeeld, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A. Inc.*, 396 F.3d 96, 100 (2d Cir. 2005) (class action namens ongeveer 5 miljoen detail handelaren).

72 Zie bijvoorbeeld, *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1297-98 (7th Cir. 1995) (Posner, J.); *West v. Prudential Sec., Inc.* 282 F.3d 935, 937 (7th Cir. 2002) (Easterbrook, J.).

73 Zie, bijvoorbeeld, Charles Silver, *We're Scared to Death: Class Certification and Blackmail*, 78 N.Y.U. L. Rev. 1357, 1401-02 (2003).

74 Vgl. Richard A. Epstein, *Class Actions: The Need for a Hard Second Look*, Civ. Justice Report, Mar. 2002, p. 16, beschikbaar op [http://www.manhattan-institute.org/pdf/cjr\\_04.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/cjr_04.pdf) ("[I]n the end the class action serves as a giant megaphone that amplifies both the strengths and the weaknesses of the underlying system of substance and procedure.")

75 Zie, bijvoorbeeld, John C. Coffee, *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370, 390-94 (2000).

76 Zie, bijvoorbeeld, *id.*, pp. 390-91.

77 Zie, bijvoorbeeld, *Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA)*, Publ. L. No. 109-2, § 2(a)(3), 119 Stat. 4 (2005). Zie ook *Mirfasih v. Fleet Mortg. Corp.*, 356 F.3d 781, 783 (7th Cir. 2004) ("The district judge has approved a handsome fee for the class lawyers, \$ 750,000, despite the meagerness of the relief agreed to in the settlement.")

zaak.<sup>78</sup> Bovendien is de rechter vanwege zijn *targets* vaak gedreven om dergelijke schikkingen goed te keuren ondanks bezwaren van *class* leden.<sup>79</sup> Een en ander geldt *a fortiori* waar er concurrerende *class actions* in de dezelfde zaak (en dus namens dezelfde gelaedeerden) lopen. De financier die de zaak het eerste schikt gaat er met het geld vandoor terwijl de financier van de concurrerende *class action* volledig achter het net vist. De eerste schikking veroorzaakt namelijk *res judicata* in de zaak. Gedaagden maken hiervan regelmatig gebruik door een zogenoemde *reverse auction* te voeren tussen de financiers van de verschillende concurrerende *class actions*: de financier die het laagste schikkingsbod van gedaagde(n) accepteert, 'wint'.<sup>80</sup>

### De exploitatie van gelaedeerden in class actions is te mitigeren maar niet te elimineren

De Amerikaanse wetgever heeft onlangs maatregelen getroffen om deze misstanden te adresseren. Zo worden de Amerikaanse mededingingsautoriteiten sinds kort meer betrokken bij de beoordeling van de eerlijkheid en redelijkheid van *class action* schikkingen (door middel van *amicus briefs*).<sup>81</sup> Daarnaast wordt de vergoeding van advocaten en compensatie van *class* leden in strooischade schikkingen sinds kort strenger gereguleerd.<sup>82</sup> Verder geldt meer algemeen dat rechters worden geacht de potentiële belangenconflicten tussen de financier en de *class* alsmede tussen de leden van de *class* onderling streng te toetsen. Het probleem is evenwel dat een perfecte harmonie tussen die belangen vrijwel ondenkbaar is. Een dergelijk vereiste zou de *class action* dan ook effectief onmogelijk maken.<sup>83</sup> Bovendien heeft de rechter er zoals gezegd niet altijd belang bij om een *class* schikking te hoogdrempelig te maken. Nog een andere maatregel tegen exploitatie van gelaedeerden is een *last-minute opt-out*.<sup>84</sup> Dit biedt de *class* leden de mogelijkheid om zich terug te trekken uit de *class action* nadat de financier en gedaagde(n) tot een schikking zijn gekomen en de details daarvan adequaat hebben bekendgemaakt. Een *last-minute opt-out* creëert namelijk mogelijk hernieuwde concurrentie tussen financiers. Kapers op de kust (financiers) die

denken een voor de *class* leden betere schikking te kunnen treffen met gedaagden dan de *incumbent* financier, zullen proberen een zo groot mogelijke *class* van *opt-outs* af te splitsen.<sup>85</sup> Echter, deze maatregel ondermijnt tevens het efficiëntiepotentieel van de *class action*.<sup>86</sup> Bovendien biedt het geen oplossing waar de claims van alle *opt-outs* tezamen geen levensvatbare nieuwe *class* vormen.<sup>87</sup>

Men lijkt in het Amerikaanse *class action* model simpelweg niet geheel te ontkomen aan zelf-bevoordeling door de financier ten koste van gelaedeerden.

### Compensatie van strooischade lijkt daarom bij uitstek een overheidstaak

Gelet op de deze hardnekkige en onvermijdelijke kwalen van de Amerikaanse *class action* kan men zich serieus afvragen of compensatie van strooischade tengevolge van kartelactiviteiten niet juist van overheidswege moet worden geregeld. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de NMa, zoals de *Federal Trade Commission*, de bevoegdheid wordt gegeven om winstontneming te vorderen. Een andere optie is van overheidswege gefinancierde collectieve acties door consumentenorganisaties.

### Conclusie

Invoering van *discovery*, *treble damages* en *class actions* naar het Amerikaanse model zou ongetwijfeld zorgen voor een actievere private handhaving van het mededingingsrecht. Maar willen wij wetshandhaving door *bounty hunters*? Niet alleen leidt een Amerikaans model tot een mogelijk significante *litigation tax* op de maatschappij. Tevens zou het een fundamentele verandering brengen in de rechtscultuur en staatsinrichting van de lidstaten: van overheidstoezicht en sanctionering naar toezicht en sanctionering door *private attorneys general*. Daarbij is een van de belangrijke lessen uit de Amerikaanse praktijk dat *private attorneys general* net als *bounty hunters*<sup>88</sup> louter worden gedreven door een winstoogmerk, hetgeen vaak leidt tot met het publieke belang strijdige resultaten zoals afpersingsclaims, juridische procedures in plaats van concurrentie en exploitatie van kartelslachtoffers.

<sup>78</sup> Zie, bijvoorbeeld, *Coffee*, supra noot 75, pp. 406-07.

<sup>79</sup> Zie, bijvoorbeeld, *id.* pp. 407-11, 413.

<sup>80</sup> Vgl., bijvoorbeeld, *Charles Toutant, Milberg Weiss Called on Reverse Auction Bid*, N.J.L.J. (August 12, 2005) ("Firm accused by another of colluding with defendants in tax shelter class action against KPMG and Sidley Austin"), beschikbaar op <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1123751114050>.

<sup>81</sup> 28 U.S.C. § 1715 (2005).

<sup>82</sup> *Id.* §§ 1712-1713.

<sup>83</sup> Zie *Coffee*, supra noot 75, pp. 374-75.

<sup>84</sup> *Id.* pp. 419-25.

<sup>85</sup> *Id.* pp. 422-25.

<sup>86</sup> *Id.* p. 426.

<sup>87</sup> *Id.* p. 433.

<sup>88</sup> Vgl. *Raoch and Trebilcock*, supra noot 35, p. 475.