

Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door middel van schadevergoedingsacties

door

Johann Nino Bruggers

ANR: 340603

Master scriptie ten behoeve van de Master:

Rechtsgeleerdheid accent privaatrecht

Scriptiebegeleider: mevr. mr. dr. M.W. de Hoon

Tweede lezer: mevr. mr. L.A.B.M. Wijntjens

VOORWOORD

Voor u ligt mijn master scriptie ter afsluiting van mijn master Rechtsgeleerdheid accent privaatrecht. Het onderwerp betreft een subcategorie binnen privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, namelijk schadevergoedingsacties op grond van het mededingingsrecht. Aan de hand van het Witboek en het onlangs gepubliceerde richtlijnvoorstel die de Europese Commissie heeft opgesteld ten aanzien van schadevergoedingsacties op grond van het mededingingsrecht onderzoek ik of het Nederlands (proces)recht voldoet aan dit Witboek en richtlijnvoorstel. In het Witboek worden namelijk een aantal obstakels gesignaleerd waardoor veel slachtoffers het nalaten om een schadevergoedingsactie in te stellen, terwijl het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (thans van de Europese Unie) in de arresten *Courage and Crehan* en *Manfredi* hebben geoordeeld dat slachtoffers de mogelijkheid moeten hebben om de geleden schade te verhalen op de inbreukmakers. Zijn de gesignaleerde obstakels ook obstakels naar Nederlands (proces)recht? Deze onderzoeksvraag is het centrale thema van deze master scriptie. Als een obstakel daadwerkelijk een obstakel is, tracht ik daarvoor aan de hand van literatuur en jurisprudentie een uitweg te bieden.

Naast het feit dat ik mijn werkgever, mr. drs. Kenneth Defares, wil bedanken voor de geboden mogelijkheid om gedurende het schrijven van deze master scriptie parttime te kunnen werken, wil ik ook mijn ouders voor al hun steun en bovenal mijn scriptiebegeleidster, mevrouw mr. dr. M.W. de Hoon, bedanken voor haar begeleidende rol.

Voorts wens ik u als lezer veel leesplezier toe.

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding	
1.1 Handhaving van het mededingingsrecht	p. 4
1.2 Probleemstelling	p. 5
1.3 Schadevergoedingsacties	p. 6
1.4 Onderzoeksopzet	p. 7
2. De obstakels	
2.1 Opzet van dit hoofdstuk	p. 8
2.2 Obstakel 1: bewijskracht van besluiten	p. 8
2.2.1 Bewijskracht van bescheiden	p. 8
2.2.2 Besluiten van de Commissie	p. 9
2.2.3 Besluiten van de ACM	p. 10
2.2.4 Tussenconclusie	p. 12
2.3 Obstakel 2: verjaring	p. 12
2.3.1 Verjaring naar Nederlands recht	p. 12
2.3.2 CEF/FEG	p. 13
2.3.3 Het Masterfoods verweer	p. 14
2.3.4 Uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake CDC/Shell e.a.	p. 14
2.3.5 Tussenconclusie	p. 15
2.4 Obstakel 3: kosten van schadevergoedingsacties	p. 16
2.4.1 Het collectief actierecht in Nederland	p. 16
2.4.2 De Wcam	p. 18
2.4.3 Tussenconclusie	p. 19
2.5 Obstakel 4: bewijs	p. 19
2.5.1 De gewenste Europese aanpak	p. 19
2.5.2 Toegang tot bewijsmateriaal van de inbreukmaker	p. 20
2.5.3 Toegang tot bewijsmateriaal van de Commissie of ACM	p. 23
2.5.4 Toegang tot clementiemateriaal	p. 25
2.5.5 Openbaarmaking door middel van de Amerikaanse discovery	p. 28
2.5.6 Tussenconclusie	p. 29

3. Specifieke probleemadressering

3.1 Inleiding	p. 31
3.2 Vergaren van bewijs	p. 32
3.2.1 Het voldoende bepaaldheid vereiste van de exhibitieplicht	p. 32
3.2.2 Wetsvoorstel 33 079	p. 33
3.3 Het Europese obstakel “clementiemateriaal”	p. 34
3.3.1 Belangenafweging bij een vordering tot openbaarmaking	p. 34
3.3.2 Bescherming van het clementieprogramma	p. 35
3.3.3 Het richtlijnvoorstel	p. 36
3.4 Tussenconclusie	p. 38
Conclusie	p. 39
Literatuurlijst	p. 41

HOOFDSTUK 1

§1 INLEIDING

§ 1.1 HANDHAVING VAN HET MEDEDINGINGSRECHT

Alexander Italianer, Directeur-Generaal van het Directoraat-Generaal Competition, heeft in een speech omtrent publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht gezegd dat:

“[I] think that public and private enforcement are complementary tools to enforce competition law and that we need both types of enforcement.”¹

In het Groen-² en Witboek³ betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels (**‘Groenboek’** en **‘Witboek’**) heeft de Commissie geconstateerd dat men vaak afziet van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, omdat het nationale recht vaak niet op deze vorm van handhaving is afgestemd.⁴ In dat verband heeft de Europese Commissie (**‘Commissie’**) recentelijk een richtlijnvoorstel gepubliceerd om het nationale recht van de lidstaten door middel van minimale harmonisatie zo aan te passen dat privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht binnen de lidstaten wordt bevorderd.⁵

Het mededingingsrecht binnen de Europese Unie wordt nog steeds voornamelijk publiekrechtelijk gehandhaafd door een publiekrechtelijke toezichthouder, namelijk de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit (**‘NMa’**), sinds 1 april 2013 de Autoriteit Consument & Markt⁶ (**‘ACM’**).⁷ In de Europese Unie wordt het

¹ Alexander Italianer, *Public and private enforcement of competition law*, 5th International Competition Conference, Brussel, 17 februari 2012.

² Groenboek van 19 december 2005 betreffende schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672 def.

³ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def.

⁴ Zie toelichting bij Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013) 404 final, Straatsburg, 11.6.2013, p. 4.

⁵ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013) 404 final, Straatsburg, 11.6.2013.

⁶ Zie daarvoor het nieuwsbericht van de Rijksoverheid van 26 februari 2013 op <<http://www.rijksoverheid.nl>>.

⁷ In het algemeen houd ik de ACM aan voor het lezersgemak. Wanneer het een specifieke situatie van vóór 1 april 2013 betreft, wordt gesproken over de NMa.

(Europese) mededingingsrecht verticaal (publiekrechtelijk) gehandhaafd jegens elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, i.e. ondernemingen.⁸

Het (Europese) mededingingsrecht in het algemeen bestaat grofweg uit karteltoezicht, toezicht op misbruik van machtspositie, concentratietoezicht en staatssteun. Het mededingingsrecht wordt *inter alia* gehandhaafd opdat binnen de Europese Unie vrije concurrentie kan bestaan zonder obstakels. Hierdoor wordt de totstandkoming en de (verdere) integratie van de interne markt gewaarborgd.⁹ Ondernemingen die zich schuldig maken aan een schending van het mededingingsrecht kunnen rekenen op forse boetes die uitgedeeld kunnen worden door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten. Verstoringen van de mededinging zijn namelijk schadelijk voor de economie en dienen bestraft te worden.

§ 1.2 PROBLEEMSTELLING

Het probleem van verticale (publiekrechtelijke) handhaving van het mededingingsrecht is dat de boetes en dwangsommen die de Commissie en de NMa kunnen opleggen aan de overtreders van het mededingingsrecht direct verdwijnen naar 'Brussel' of de Staat der Nederlanden, en niet ten goede komen aan de gedupeerde ondernemers en consumenten.¹⁰ Wil deze groep schadevergoeding verkrijgen zijn zij aangewezen op het privaatrecht. Zij kunnen als justitiabelen door middel van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een beroep doen op regels van het privaatrecht om het (Europese) mededingingsrecht jegens ondernemingen te handhaven die een onrechtmatige inbreuk hebben gemaakt op het Europese en/of nationale mededingingsrecht om zodoende schadevergoeding te vorderen voor de ontstane schade die deze justitiabelen hebben geleden.

Het mededingingsrecht kan privaatrechtelijk gehandhaafd worden in een Business-to-Consumers ('B2C') en Business-to-Business ('B2B') situatie. Justitiabelen kunnen hiervoor een beroep doen op de artikelen 101 e.v. van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') voor wat betreft de schending van het mededingingsrecht een grensoverschrijdend karakter heeft en voor wat betreft de schending zich slechts op nationaal niveau heeft gemanifesteerd op de desbetreffende bepalingen van de Mededingingswet ('Mw') zoals het

⁸ HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, par. 21 (*Höfner en Elser*).

⁹ E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 32-45.

¹⁰ E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1.

kartelverbod van artikel 6 Mw in combinatie met artikelen 3:40 jo. 6:162 en/of 6:203 van het Burgerlijk Wetboek ('**BW**').¹¹

De slachtoffers van een kartel zouden het mededingingsrecht privaatrechtelijk moeten kunnen handhaven opdat het mededingingsrecht door de complementaire werking van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een beter afschrikwekkend effect zal hebben. Deze doelstelling wordt onderstreept en gepropageerd door zowel de Commissie als het Hof van Justitie ('**Hof**') in respectievelijk het Groen- en Witboek en de arresten *Courage and Crehan*¹² en *Manfredi*¹³.

§ 1.3 SCHADEVERGOEDINGSACTIES

Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door middel van schadevergoedingsacties is een 'hot topic'. Van Lierop en Pijnacker Hordijk hebben in hun preadvies aangegeven dat – in tegenstelling tot het *Ashurst*¹⁴ of *Houthoff*¹⁵ rapport – de toepassing van het mededingingsrecht door de burgerlijke rechter in Nederland niet het predicaat '*total underdevelopment*' verdient omdat de civiele toepassingspraktijk bepaald levendig is te noemen.¹⁶

Op dit moment procederen stichtingen die de belangen van consumenten behartigen tegen overtreders van de mededingingsregels. In Nederland procedeert *Consumentenclaim* tegen de beeldbuisproducenten naar aanleiding van het boetebesluit van de Commissie inzake het *beeldbuiskartel*¹⁷; zo ook in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.¹⁸ Zelfs de Commissie voert op dit moment een privaatrechtelijke schadevergoedingsactie tegen de kartelleden van het *liftkartel* bij de rechtbank van koophandel te Brussel, waarbij de Belgische rechter prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof of de Commissie bevoegd is naar Europees recht om schadevergoeding te kunnen

¹¹ B. van der Wiel, 'Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht: is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?', *NJB* 2009/600.

¹² HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297 (*Courage and Crehan*).

¹³ HvJ EG 13 juli 2006, nrs. C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*).

¹⁴ 'Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules', Ashurst, comparative report, prepared by Denis Waelbroeck, Donald Slater and Gil Even-Shoshan, 31 augustus 2004.

¹⁵ 'De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', Houthoff Buruma, onder redactie van M.F.J. Haak en I.W. VerLoren van Themaat, een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, 3 november 2005.

¹⁶ W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2007, p. 99.

¹⁷ Zie daarvoor: <http://www.consumentenclaim.nl/home/beeldbuisclaim/algemeen/beeldbuisclaim>.

¹⁸ Zo voert *CDC Cartel Damages Claim SA inter alia* een rechtszaak tegen de kartelleden inzake het *cementkartel* in Duitsland, waarbij de schadevergoedingsvordering van CDC ontvankelijk is verklaard door de hoogste Duitse rechter; zie arrest van het Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf van 14 mei 2008, nr. VI U (Kart) 14/07, in stand gehouden; zie daarvoor BGH 7 april 2009, nr. KZR 42/08. In het Verenigd Koninkrijk heeft *Which?*, een Britse consumentenorganisatie, met succes schadevergoeding weten te verkrijgen door het voeren van een rechtszaak bij het gespecialiseerde *Competition Appeal Tribunal* doordat JJB Sports, die beboet was geworden door de Britse mededingingsautoriteit, besloten had om te schikken met *Which?*; zie CAT 14 januari 2008, no. 1078/7/9/07; zie ook het transcript van de comparitie van partijen van CAT 30 januari 2009 over de hoogte van de schadevergoeding, no. 1078/7/9/07.

vorderen. Het Hof heeft bij arrest van 6 november 2012 geoordeeld dat dat kan, en zij bevestigt dat de Commissie het mededingingsrecht niet alleen publiekrechtelijk kan handhaven maar ook privaatrechtelijk, omdat volgens het Hof *een ieder* schadevergoeding moet kunnen vorderen, zoals het Hof al eerder in *Courage and Crehan* en *Manfredi* heeft geoordeeld.¹⁹ Deze schadevergoedingsactie van de Commissie pleit voor een verdere ontwikkeling van het privaatrechtelijk handhaven van het mededingingsrecht.

Tegen deze achtergrond kan gesteld worden dat de deur naar schadevergoedingsacties vanwege schending van het mededingingsrecht nu toch echt 'open' lijkt te staan.

§ 1.4 ONDERZOEKSOPZET

Het is nog maar de vraag of de genoemde rechtszaken in Duitsland, Nederland en België zullen leiden tot het verkrijgen van schadevergoeding. Ook is het zo dat nog steeds een aanzienlijk aantal slachtoffers het nalaat om het mededingingsrecht privaatrechtelijk te handhaven.²⁰ Daar zijn meerdere redenen voor aan te voeren. In deze master scriptie worden deze redenen 'obstakels' genoemd. Aan de hand van de geïdentificeerde obstakels die in het Witboek genoemd worden en het richtlijnvoorstel wordt onderzocht of naar Nederlands (proces)recht deze obstakels wel obstakels zijn. Een onderzoek naar al deze opgesomde obstakels zal gelet op de toegestane omvang van een master scriptie teveel zijn om te behandelen. Derhalve zal ik mij beperken tot de meest belangrijkste obstakels, te weten de bewijskracht van besluiten van de nationale mededingingsautoriteit, verjaring, het vergaren van bewijs en de kosten van schadevergoedingsacties. Daar waar nodig zal buitenlands recht voor rechtsvergelijkende redenen gebruikt worden. Hoofdstuk 2 gaat in op deze obstakels waarbij per obstakel aan de hand van Nederlands recht bekeken wordt of het wel obstakels zijn. Hoofdstuk 3 gaat in op twee specifieke problemen, namelijk het vergaren van bewijs en bescherming van clementiemateriaal. Vervolgens sluit ik af met een conclusie.

¹⁹ HvJ EU 6 november 2012, nr. C-199/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Commissie/Otis NV e.a.*).

²⁰ Zie daarvoor het Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def.

HOOFDSTUK 2

§2 DE OBSTAKELS

§ 2.1 *OPZET VAN DIT HOOFDSTUK*

Dit hoofdstuk gaat over de obstakels die ik geselecteerd heb om te behandelen. Ik leid iedere obstakel in en vervolgens onderzoek ik of de door de Commissie gesignaleerde obstakel, wel een obstakel is aan de hand van het Nederlands (proces)recht. Ten slotte sluit ik ieder behandelde obstakel af met een tussenconclusie alwaar mijn bevindingen kort herhaald worden. Allereerst onderzoek ik in paragraaf 2 van dit hoofdstuk wat de bewijskracht is van besluiten van de Commissie en de ACM in een gerechtelijke procedure. De vraag in hoeverre deze besluiten bindend zijn in de zin dat een rechter hieraan gebonden is, staat centraal. Vervolgens analyseer ik in paragraaf 3 in hoeverre verjaring een obstakel vormt. In paragraaf 4 bekijk ik in hoeverre het Nederlands recht mogelijkheden biedt om gezamenlijk een schadevergoedingsactie te initiëren, aangezien het voeren van gerechtelijke procedures aanzienlijk in de papieren kan lopen voor een particulier. Daarna neem ik in paragraaf 5 het Nederlandse burgerlijk procesrecht onder de loep om te onderzoeken in hoeverre particulieren de mogelijkheid hebben om bewijs te vergaren en te vorderen van de gesanctioneerde ondernemingen.

§ 2.2 *OBSTAKEL 1: BEWIJSKRACHT VAN BESLUITEN*

In deze paragraaf staat de vraag centraal of een besluit van de Commissie dan wel de ACM bindende rechtsgevolgen heeft in een gerechtelijke procedure. Het antwoord hierop is belangrijk omdat dit de bewijspositie van de eiser(s) danig vergemakkelijkt. Eerst zal onderzocht worden of een besluit van de Commissie dwingende bewijskracht heeft en daarna hetzelfde voor een besluit van de ACM.

§ 2.2.1 *Bewijskracht van bescheiden*

Voordat ik inga op de bewijskracht van besluiten van de Commissie en de ACM, behandel ik eerst de waardering van bewijs naar Nederlands recht. De partij die het mededingingsrecht privaatrechtelijk in een gerechtelijke procedure wenst te handhaven, dient zich ervan te vergewissen dat naar Nederlands burgerlijk procesrecht de hoofdregel van artikel 152 van het Burgerlijk Wetboek van

Rechtsvordering ('Rv') geldt, tenzij een uitzonderingsregel van toepassing is. Dit artikel bepaalt dat bewijs geleverd kan worden door alle middelen (tenzij de wet anders bepaalt) en dat de waardering van het bewijs overgelaten is aan het oordeel van de rechter (tenzij de wet anders bepaalt). Het houdt in dat op het eerste oog besluiten van de Commissie en de ACM "vrije bewijskracht" hebben. Dit kan anders zijn als deze besluiten vallen onder artikel 151 van het Rv en in plaats van vrije bewijskracht, "dwingende bewijskracht" heeft. Zo levert een authentieke akte, bijvoorbeeld een proces-verbaal van een politieagent, dwingend bewijs op van hetgeen de ambtenaar binnen de kring van zijn bevoegdheid omtrent zijn waarnemingen en verrichtingen heeft verklaard, aldus artikel 157, eerste lid, van het Rv. Uit het Nederlandse burgerlijk procesrecht blijkt niet op voorhand wat de bewijskracht is van besluiten van de Commissie of de ACM.

§ 2.2.2 *Besluiten van de Commissie*

In hoeverre een besluit van de Commissie inhoudende de vaststelling dat (een) (groep van) onderneming(en) zich schuldig heeft gemaakt aan het overtreden van regels van communautair mededingingsrecht inclusief het opleggen van een boete dwingend bewijs oplevert, is een vraag van Unierecht. In de eerste plaats omdat besluiten van de Commissie onderdeel uitmaken van het Unierecht. Deze besluiten vormen namelijk secundair Unierecht krachtens artikel 288 VWEU (de rechtshandelingen van de Unie). Dit artikel bepaalt dat een besluit van de Commissie verbindend is ten aanzien van de adressaten, i.e. de beboete onderneming(en). Het houdt in dat hetgeen besloten is in het betreffende besluit dwingendrechtelijk van aard is en dat de adressaten zich hieraan dienen te houden en de boete dienen te voldoen aan de Commissie. In de tweede plaats omdat Verordening 1/2003²¹ van belang is omdat deze verordening bepaalt en uitlegt hoe de uitvoering van de mededingingsregels (door de Commissie) van thans artikel 101 ("het kartelverbod") en 102 ("het verbod op het misbruiken van machtspositie") van het VWEU geschiedt. Dat een besluit van de Commissie een andere positie inneemt dan die van een nationale mededingingsautoriteit, bijvoorbeeld de ACM, blijkt uit punt 22 en artikel 16 van Verordening 1/2003. Er mogen namelijk geen tegenstrijdige uitspraken gewezen worden door zowel de nationale mededingingsautoriteiten als de nationale rechters vanwege de eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels en rechtszekerheid. En ten slotte omdat de nationale rechter geen beslissingen mag nemen die indruisen tegen een eerder besluit van de Commissie.²² Hieruit blijkt dat besluiten van de Commissie dwingende bewijskracht hebben.

²¹ Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, (*PbEG* 2003, L 1/1).

²² HvJ EG 14 december 2000, nr. C-344/98, *Jur.* 2000, p. I-11369 (*Masterfoods*).

In een uitspraak van de rechtbank Arnhem van 16 januari 2013 heeft de Nederlandse rechter dit dan ook gerespecteerd en gesanctioneerd.²³ Deze zaak betreft een B2B situatie waarbij Tennet c.s. een privaatrechtelijke schadevergoedingsactie op basis van het communautaire mededingingsrecht hebben geïnitieerd tegen ABB c.s. Tennet c.s. hebben namelijk in 2003 een “Gas Insulated Switchgear”-installatie gekocht van ABB T&D ten behoeve van het schakelstation Eemshaven voor het bedrag van 87.100.000 gulden exclusief BTW. Bij Beschikking van de Commissie van 24 januari 2007 heeft de Commissie besloten dat een aantal ondernemingen, waaronder ABB Ltd., inbreuk hebben gemaakt op *inter alia* artikel 81 van het EG-verdrag (thans artikel 101 van het VWEU) door gedurende de in de Beschikking aangeduide periodes deel te nemen in een complex van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de gasgeïsoleerd schakelmateriaal sector in de Europese Economische Ruimte (‘EER’). De Commissie heeft besloten dat ABB Ltd. in aanmerking kwam voor een boete van 215.156.250 euro. op 24 juni 2010 hebben Tennet c.s. besloten om ABB c.s. bij schrijven aansprakelijk te stellen voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van het kartel, voorsnog begroot op 29.725.227 euro. In rechtsoverweging 4.2 heeft de rechter overwogen:

“Ten aanzien van ABB Ltd. staat met de voor haar onherroepelijk geworden beschikking onweerlegbaar vast dat zij ten tijde van de aanbesteding deel nam in een wereldwijd kartel, waarin tussen de deelnemers mededingingsbeperkende afspraken werden gemaakt en uitgevoerd (...) Op grond van het Europees recht kan de nationale rechter hier niet meer aan tornen.”

De conclusie luidt derhalve dat een besluit van de Commissie naar Nederlands recht dwingend bewijs oplevert waar de rechter vanuit dient te gaan behoudens tegenbewijs.

§ 2.2.3 *Besluiten van de ACM*

In het Witboek bepleit de Commissie voor de situatie waarbij in iedere lidstaat geldt dat besluiten van een nationale mededingingsautoriteit dwingend bewijs oplevert en derhalve geaccepteerd moet worden als onweerlegbaar bewijs van een inbreuk op het mededingingsrecht in een civiele procedure tot schadevergoeding.²⁴ Het geeft al aan dat in de Europese Unie de situatie bestaat waarbij in diverse lidstaten geldt dat besluiten van nationale mededingingsautoriteiten vrije

²³ Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, LJN BZ0403.

²⁴ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 7.

bewijskracht opleveren en dus vatbaar zijn voor een waardering van de nationale rechter. Naar het oordeel van de Commissie is dat een onwenselijke situatie. De situatie in Nederland is niet geheel duidelijk.

Wijers & Speyart menen dat de interne Nederlandse situatie al voldoet aan de wens van de Commissie. Onherroepelijk geworden besluiten van een bestuursrechter of bestuursorgaan, in dit geval de ACM, hebben volgens hen zogenaamde “formele rechtskracht in civilibus” waardoor de civiele rechtsbescherming uitgeput is.²⁵ Steun hiervoor zou te vinden zijn in twee arresten van de Hoge Raad.²⁶

Het Houthoff-rapport gaat uit van de vrije bewijskracht van besluiten van de ACM krachtens artikel 152, tweede lid, van het Rv.²⁷ Aangevoerd wordt dat het Nederlandse burgerlijk procesrecht een specifieke bepaling kent met betrekking tot vonnissen van de Nederlandse strafrechter, namelijk artikel 161 van het Rv waarin bepaald is dat een in kracht van gewijsde gegaan, op tegenspraak gewezen vonnis waarbij de Nederlandse strafrechter bewezen heeft verklaard dat iemand een feit heeft begaan, dwingend bewijs van dat feit oplevert. In dat verband betoogt het Houthoff-rapport dat het wel in de lijn der verwachting zou liggen dat de Nederlandse wetgever een artikel zou opnemen waarin staat dat besluiten van bestuursorganen dwingend bewijs hebben.

Al met al kan met een grote waarschijnlijkheid gesteld worden dat besluiten van de ACM vrije bewijskracht op grond van artikel 152, tweede lid, Rv hebben. Derhalve kan geconcludeerd worden dat het Nederlands recht op dit punt niet conform het Witboek is. De vrije bewijskracht van besluiten van de ACM levert mijns inziens een obstakel op voor slachtoffers die het mededingingsrecht privaatrechtelijk willen handhaven.

Als reactie hierop heeft de Nederlandse regering aangegeven het verbinden van dwingende bewijskracht aan onherroepelijke besluiten van nationale mededingingsautoriteiten, inhoudende de vaststelling dat een inbreuk op de mededingingsregels heeft plaatsgevonden, te steunen.²⁸ Met behulp van een wetwijziging kan dit makkelijk verholpen worden, en als het richtlijnvoorstel ten aanzien van dwingende bewijskracht van onherroepelijk geworden eindbesluiten van nationale mededingingsautoriteiten ongewijzigd in stand blijft, dan zal dit wel moeten blijken artikel 9 van het richtlijnvoorstel.

²⁵ W.P. Wijers & H.M.H. Speyart, *Intracommunautair collectief schadeverhaal bij inbreuken op regels van mededingingsrecht*, in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 87.

²⁶ HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 722 (*Super Doe*; m.nt. M. Scheltema) en HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 (*Van Rattingen / Loenen*; m.nt. M.R. Mok).

²⁷ ‘De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland’, Houthoff Buruma, onder redactie van M.F.J. Haak en I.W. VerLoren van Themaat, een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, 3 november 2005, p. 40-42.

²⁸ ‘Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels’, Rijksoverheid 30 juni 2008, p. 11.

§ 2.2.4 *Tussenconclusie*

Gesteld kan worden dat als de Commissie een besluit heeft genomen, dit geen obstakel zal zijn vanwege het uit het Unierecht voortvloeiende plicht voor de lidstaten en diens rechters om uit te gaan van de dwingendrechtelijke bewijskracht van deze besluiten. Hetzelfde kan niet gezegd worden voor besluiten van de ACM. De eisende partij dient derhalve naast het besluit van de ACM met meer bewijs aan te voeren dat de gesanctioneerde onderneming(en) jegens haar onrechtmatig heeft (hebben) gehandeld om zodoende succesvol een schadevergoedingsactie te starten. Op dit punt is het Nederlandse (proces)recht dus niet in overeenstemming met het Witboek en artikel 9 van het richtlijnvoorstel.

§ 2.3 *OBSTAKEL 2: VERJARING*

Volgens het Witboek vormt verjaring in de verschillende lidstaten een obstakel om een schadevergoedingsactie in te stellen. Dit kan verklaard worden door het feit dat het Hof in het arrest *Manfredi* heeft geoordeeld dat het bij gebrek aan communautaire regelgeving aan de lidstaten is om verjaringstermijnen vast te stellen voor schadevergoedingsacties wegens overtredingen van artikel 101, eerste lid, van het VWEU mits het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel daarbij gerespecteerd worden.²⁹ De Commissie stelt dan ook voor om de verjaringstermijn bij voortgezette of herhaalde schendingen niet te laten lopen vóór de dag waarop de schending is beëindigd en niet begint te lopen dan nadat het slachtoffer kennis heeft of redelijkerwijs behoort te hebben van de schending en de schade die hem daardoor is aangedaan. Volgens artikel 10, lid 4, van het richtlijnvoorstel moeten de lidstaten ervoor zorgen dat de verjaringstermijn ten minste vijf jaar bedraagt. De vraag is dan ook of verjaring naar Nederlands recht een obstakel voor slachtoffers vormt die het mededingingsrecht privaatrechtelijk willen handhaven.

§ 2.3.1 *Verjaring naar Nederlands recht*

Naar Nederlands recht verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade krachtens artikel 3:310, eerste lid, van het BW door verloop van vijf jaar na de aanvang van de dag nadat de gelaedeerde bekend is (geworden) met de schade en de aansprakelijke persoon daarvan, en in ieder

²⁹

HvJ EG 13 juli 2006, nrs. C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*), r.o. 87, 95 en 100; in het kader van de verjaringstermijn naar Italiaans recht overwoog het Hof in rechtsoverwegingen 78 en 79 dat een korte verjaringstermijn die, geleet op het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel, begint te lopen op de dag waarop de mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging tot stand is gekomen, een situatie in het leven riep waarbij de uitoefening van het recht om schadevergoeding te vorderen in de praktijk onmogelijk gemaakt wordt. Die situatie is onbillijk.

geval door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. De verjaringstermijn van vijf jaar wordt ook wel de korte, subjectieve verjaringstermijn genoemd, en de verjaringstermijn van twintig jaar de lange, objectieve verjaringstermijn.³⁰ Deze laatste verjaringstermijn zal in het geding komen in de situatie van een kartel of een onderneming die misbruik maakt van haar machtspositie waarbij twintig jaar zijn verstreken sedert de verboden mededingingsbeperkende gedraging van de laedens, terwijl de gelaedeerde gedurende die twintig jaar niet bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Artikel 3:321, eerste lid, sub f, van het BW biedt voor deze (ongewenste) situatie een verlenging van de verjaringstermijn mits de laedens opzettelijk het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid daarvan verborgen houdt. Gelet op de lange verjaringstermijn zal het obstakel van verjaring naar Nederlands recht weinig tot geen problemen opleveren.³¹ Met dit in het achterhoofd heeft de rechtbank Rotterdam in een zaak van 7 maart 2007 ('**CEF/FEG**') geadviseerd om niet te wachten totdat de Commissie (naar analogie ook de ACM) een definitief besluit heeft genomen.³² Dat laat zich als volgt illustreren.

§ 2.3.2 CEF/FEG

De zaak CEF/FEG gaat over hoofdelijke aansprakelijkheid van (ex-)bestuurders van FEG jegens CEF voor de geleden schade als gevolg van een overtreding van artikel 81 van het EG-verdrag (thans artikel 101 van het VWEU) door FEG. Het betreft de eerste kartelschadezaak waarbij verhaal wordt gezocht bij de bestuurders van de onderneming die de kartelinbreuk hebben gepleegd.³³ Op 26 oktober 1999 is de Commissie tot een definitief besluit tegen FEG gekomen op een door CEF ingediende klacht op 18 maart 1991, waarbij de Commissie aan FEG een boete heeft opgelegd van € 4,4 miljoen.³⁴ Bij brief van 19 mei 2000 heeft CEF de bestuurders, die in de periode 1989-2005 op enig moment bestuurder van FEG zijn geweest, aansprakelijk gesteld voor de schade van CEF. FEG verweert zich door te stellen dat de vordering tot schadevergoeding is verjaard. Dit verweer slaagt. De rechtbank heeft op 7 maart 2007 geoordeeld dat de bestuurders niet aansprakelijk gesteld kunnen worden, omdat de vordering verjaard is. De rechtbank heeft voor haar oordeel geoordeeld dat de lange, objectieve verjaringstermijn van artikel 3:310, eerste lid, van het BW niet van toepassing is omdat CEF op 18 maart 1991 bij de Commissie een klacht had ingediend, waardoor CEF

³⁰ E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden 2009, p. 472.

³¹ Zie W.P. Wijers & H.M.H. Speyart, *Intracommunautair collectief schadeverhaal bij inbreuken op regels van mededingingsrecht*, in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 89-90 en E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden 2009, p. 475.

³² Rb. Rotterdam 7 maart 2007, *LJN* BA0926 (*CEF City Electrical Factors B.V. / bestuurders van branchevereniging de Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch gebied*).

³³ K.J. Defares, J. Langer & R. Elkerbout, 'Kroniek – Rechtspraak mededingingszaken 2007', *M&M* 2008/5, p. 165.

³⁴ COMP/33.884 – FEG+TU, *OJ L* 39, 14.02.2000.

vanaf die datum bekend was met de schade. Derhalve heeft de rechtbank de korte, subjectieve verjaringstermijn van vijf jaar toegepast. Bij brief van 19 mei 2000 heeft CEF de bestuurders van FEG aansprakelijk gesteld waardoor vijf jaar teruggerekend moet worden, i.e. 19 mei 1995.

§ 2.3.3 *Het Masterfoods verweer*

In dit verband dient het arrest van het Hof inzake *Masterfoods* in herinnering te worden gebracht.³⁵ Met een beroep op het beginsel van Unieloyaliteit krachtens artikel 4, derde lid, van het VEU heeft het Hof geoordeeld dat wanneer de beslechting van het geschil afhangt van de geldigheid van het besluit van de Commissie, de nationale rechter, om geen beslissing te nemen die tegen het besluit van de Commissie indruist, de plicht heeft de behandeling van de zaak te schorsen tot een definitieve beslissing van de communautaire rechterlijke instanties op het beroep tot nietigverklaring. De nationale rechter mag namelijk geen beslissing nemen die indruist tegen een reeds genomen besluit van de Commissie met betrekking tot overeenkomsten of gedragingen.

Gelet op de uitspraak van de rechter inzake *CEF/FEG* is het dan ook wijs om al een procedure te starten wanneer het vermoeden bestaat dat een entiteit regels van het mededingingsrecht heeft overtreden. Het is meestal de gedaagde die een beroep doet op het arrest *Masterfoods* van het Hof in de verwachting dat de rechter de procedure zal schorsen in afwachting van het in kracht van gewijsde gegaan eindbesluit van de Commissie of in afwachting van het arrest in de hoofdzaak.³⁶

Een dergelijke beslissing is nadelig voor de eiser gelet op de verjaring.³⁷ Zoals Kuijper dat stelt zal ten aanzien van *follow-on* schadeacties de verjaring namelijk beginnen te lopen op het moment dat de Commissie een boetebesluit heeft genomen, aangezien op dat moment de eiser bekend zal zijn of geacht moet zijn met de schade en de entiteit die daarvoor aansprakelijk is.³⁸

§ 2.3.4 *Uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake CDC/Shell e.a.*

Blijkens een recente uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake een schadevergoedingsactie ingesteld door *Cartel Damage Claims* tegen de deelnemers van het paraffinewaskartelhet

³⁵ HvJ EG 14 december 2000, nr. C-344/98, *Jur.* 2000, p. I-11369 (*Masterfoods*).

³⁶ Rb. Amsterdam 7 maart 2012, *LJN* BV8444; waarin de gedaagden een succesvol beroep hebben gedaan op het arrest *Masterfoods*.

³⁷ Zie daarvoor het treffende voorbeeld: Beschikking van de President van het Gerecht EU 11 maart 2013, nr. T-462/12 R, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Pilkington Group/Commissie*), r.o. 35. Hier heeft de Commissie tevergeefs het argument opgevoerd dat als schorsing zal plaatsvinden, de schadevorderingen van een aantal slachtoffers zullen verjaren.

³⁸ A. Maton, S. Latham, M. Kuijper & T. Angerbauer, 'Survey: Update on the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, No. 6, p. 594.

Masterfoods, heeft de rechter dit verweer naast zich neergelegd.³⁹ In deze uitspraak heeft de rechtbank voortreffelijk aangegeven waarom het *Masterfoods* verweer niet opgaat.

De rechtbank oordeelt dat de rechter inderdaad de verplichting heeft om geen beslissing te nemen die indruist tegen het besluit van de Commissie. Dit geldt met name als de rechter twijfelt over de geldigheid van het besluit van de Commissie. Vervolgens overweegt de rechtbank dat in deze stand van de procedure de rechtbank geen twijfel heeft over de geldigheid van het besluit van de Commissie. De rechter oordeelt in rechtsoverweging 4.26 namelijk dat de geschilpunten en/of juridische vraagstukken, zoals de geldigheid van de cessies en de vordering uit onrechtmatige daad, bij een schadevergoedingsactie door middel van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht niet geheel afhangt van de geldigheid van het besluit van de Commissie.

Tegen deze achtergrond overweegt de rechtbank dan ook uiteindelijk dat gelet op het communautaire doeltreffendheidsbeginsel dat behandeld is in het arrest *Courage/Crehan* van het Hof en het beginsel van goede procesorde, de communautaire verplichting tot loyale samenwerking niet leidt tot aanhouding van de hoofdzaak. Aanhouding zou ertoe strekken dat procedures onnodig lang voortslepen en dat deze beginselen op onaanvaardbare wijze worden doorkruist. In dat verband geeft de rechtbank ook nog eens aan dat het in de redelijke lijn der verwachting ligt dat het nog een aanzienlijk aantal jaren zal duren voordat de (beslissing van de Europese rechter over het) besluit onherroepelijk zal zijn geworden, alsmede dat het daarna nogmaals een aanzienlijk aantal jaren zal kunnen duren voordat de beslissing in deze hoofdzaak onherroepelijk zal zijn.

Deze uitspraak schept een enorm precedent voor toekomstige eisers die een schadevergoedingsactie wegens een schending van de mededingingsregels willen instellen. Door het voeren van eenzelfde redenering kunnen potentiële eisers succesvol verweer voeren tegen een *Masterfoods* verweer.

§ 2.3.5 *Tussenconclusie*

Tegen deze achtergrond is de regeling met betrekking tot verjaring in overeenstemming met het Witboek en het richtlijnvoorstel. De korte, subjectieve verjaringstermijn bedraagt immers vijf jaar en de lange, objectieve verjaringstermijn zelfs 20 jaar. Gelet op de hierboven besproken uitspraak CDC/Shell e.a. komt de korte, subjectieve verjaringstermijn niet snel in gevaar door een *Masterfoods* verweer.

³⁹

Rb. Den Haag 1 mei 2013, C/09/414499 / HA ZA 12-293 (*CDC/Shell e.a.*); uitspraak te raadplegen op <<http://www.carteldamageclaims.com>>.

§ 2.4 OBSTAKEL 3: KOSTEN VAN SCHADEVERGOEDINGSACTIES

In het Witboek van de Commissie wordt geconstateerd dat de kosten die aan schadevergoedingsacties wegens schendingen van de mededingingsregels zijn verbonden alsmede de regels voor het toewijzen van de kosten bepaald ontradend kunnen werken voor slachtoffers om een schadevergoedingsactie in te stellen. Deze type schadevergoedingsacties kunnen namelijk volgens de Commissie bijzonder duur zijn en zijn over het algemeen complexer en vergen meer tijd dan andere soorten civiele zaken.⁴⁰ De Commissie bepleit dan ook dat de lidstaten hun regels inzake kosten reflecteren en rechtsvergelijking verrichten om ervoor te zorgen dat schadevergoedingsacties een goede kans van slagen krijgen die wegens de kosten ervan anders niet zouden worden ingesteld. De Commissie moedigt dan ook de lidstaten aan om onder meer procedureregels uit te werken die schikkingen aanmoedigen.⁴¹

Tegen deze achtergrond stelt de Commissie ook vast dat er behoefte is aan mechanismen waardoor individuele claims van slachtoffers van schendingen van mededingingsregels kunnen worden gebundeld. Met name de individuele consumenten, maar ook kleine ondernemingen die verbrokkelde en betrekkelijk geringe schade – zogenaamde *strooischade* – hebben geleden, worden vaak afgeschrikt door de kosten, de lange duur en de complexiteit van het instellen van een schadevergoedingsactie. De Commissie stelt dan ook twee complementaire mechanismen voor collectieve actie voor, namelijk schadevergoedingsacties door belangenbehartigers en zogenaamde *opt-in* schadevergoedingsacties.⁴²

Eerst ga ik in op het collectieve actierecht in Nederland en vervolgens op de mogelijkheid van schikkingen middels de Wet op de collectieve afwikkeling van massaschade ('**Wcam**'). Op de *opt-in* schadevergoedingsacties wordt niet ingegaan, aangezien het Nederlands recht niet voorziet in deze mogelijkheid.⁴³

§ 2.4.1 *Het collectief actierecht in Nederland*

Het Nederlandse collectieve actierecht is met name geconcentreerd in de artikelen 3:305a-d van het BW. Deze artikelen hebben betrekking op het voeren van gerechtelijke procedure tegen

⁴⁰ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 10.

⁴¹ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 11.

⁴² Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 4-5.

⁴³ Chr.F. Kroes, 'Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims?': een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels', *M&M* 2008/4, p. 107.

inbreukmakende partijen. Daarentegen heeft de in 2005 geïntroduceerde Wcam betrekking op de buitengerechtelijke procedure. Krachtens artikel 3:305a, eerste lid, van het BW kan een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Meteen wordt al duidelijk dat deze bepaling op drie punten niet voldoet aan hetgeen de Commissie blijkens haar Witboek voor ogen heeft in haar Witboek omtrent collectieve schadevergoedingsacties.⁴⁴

Ten eerste, en dit is meteen het belangrijkste nadeel van deze bepaling, kan een vordering middels artikel 3:305a van het BW niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld. Dit wordt bepaald in artikel 3:305a, derde lid, van het BW. Ten tweede vereist artikel 3:305a van het BW niet dat de belangenorganisatie erkend is. En ten derde vereist artikel 3:305a van het BW niet dat de slachtoffers in het kader van een collectieve schadevergoedingsactie worden geïdentificeerd. Slechts het eerste verschil verdient mijns inziens aandacht in het kader van privaatrechtelijke handhaving door middel van schadevergoedingsacties.

De kern van een collectieve schadevergoedingsactie wegens een schending van de mededingingsregels vormt voldoening in geld, aangezien het slachtoffer het recht heeft om volledig gecompenseerd te worden. Door het bundelen van rechtsvorderingen wordt bereikt dat de kosten van het voeren van een schadevergoedingsactie aanzienlijk worden beperkt. Blijkens de gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten is het ook nog eens verboden voor een advocaat om een *no cure no pay of quota pars litis* overeenkomst met zijn cliënt aan te gaan.⁴⁵ Volgens gedragsregel 25 houdt *no cure no pay* in dat 'de advocaat niet vrij is overeen te komen dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg salaris in rekening wordt gebracht' en *quota pars litis* houdt in dat 'de advocaat niet mag overeenkomen dat het salaris een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand te bereiken gevolg, behoudens wanneer dit geschiedt met inachtneming van een binnen de advocatuur gebruikelijk en aanvaard incassotarief'.

Op het eerste gezicht lijkt artikel 3:305a van het BW derhalve geen effectief middel om een collectieve schadevergoedingsactie in te stellen, omdat met deze bepaling slechts een verklaring voor recht kan worden verkregen dat de inbreukmakende partij onrechtmatig heeft gehandeld, terwijl de voldoening in geld slechts in een andere procedure gevorderd kan worden.⁴⁶ Alternatieven leiden er niet toe dat collectieve schadevergoedingsacties ingesteld kunnen worden. Gewezen kan

⁴⁴ Zie ook Chr.F. Kroes, 'Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims'?: een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels', *M&M* 2008/4, p. 107.

⁴⁵ *Vademecum Advocatuur* 2012, Gedragsregels 1992, gedragsregel 25; Nota van Toelichting behorende bij *Vademecum Advocatuur* 2012, p. 181; zie ook F. ten Have & J. Mulder, 'Het Nederlandse verbod op *no cure no pay* en *quota pars litis*: een mededingingsrechtelijk perspectief', *AA* 56 (2007) 5, p. 439.

⁴⁶ W.P. Wijers & H.M.H. Speyart, *Intracommunautair collectief schadeverhaal bij inbreuken op regels van mededingingsrecht*, in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 72.

bijvoorbeeld worden op het alternatief om de collectieve schadevergoedingsactie slechts te baseren op de onverschuldigde betaling ex artikel 6:203 van het BW door de nietigheidssanctie van artikel 101, tweede lid, van het VWEU of artikel 6, tweede lid, van de Mw in te roepen. Hiermee wordt bereikt dat het obstakel van het niet kunnen vorderen van schadevergoeding in geld wordt omzeild. Blijkens het arrest *Manfredi*⁴⁷ van het Hof heeft het slachtoffer naast de vergoeding van de meerprijs ook recht op gedeelde winst en rente, maar deze schade kan niet collectief worden gevorderd.

Het blijkt toch mogelijk om succesvol het obstakel van artikel 3:305a van het BW, te weten het niet kunnen vorderen van schadevergoeding in geld, te omzeilen. Een beproefde methode is namelijk het “verkopen” van individuele vorderingen aan een stichting of vereniging door middel van cessie ex artikel 3:94 van het BW. Ondernemingen zoals *Cartel Damage Claims*, *East-West Debt*, *Omni Bridgeway* en *Claims Funding International* maken hiervan met succes gebruik. *Cartel Damage Claims* bijvoorbeeld voert op dit moment een collectieve schadevergoedingsactie in Nederland tegen de karteldeelnemers van het paraffinewaskartel.⁴⁸ De conclusie van Wijers & Speyart dat het huidige collectieve actierecht geen effectieve rechtsgang voor het vorderen van schadevergoeding voor een grote groep personen biedt⁴⁹, is dan naar mijn smaak niet geheel juist.

§ 2.4.2 De Wcam

Zoals gezegd bepleit de Commissie ook een model waardoor schadevergoedingsacties wegens een schending van de mededingingsregels vroegtijdig beslecht kunnen worden door middel van een schikking. Naar Nederlands recht bestaat deze mogelijkheid. Op grond van de Wcam is het mogelijk om collectief schadevergoeding te verkrijgen in de vorm van een schikking. De Wcam is gecodificeerd in de artikelen 7:907-910 van het BW en in artikel 1013 Rv. Om gebruik te maken van deze mogelijkheid dienen krachtens artikel 7:907 BW en artikel 1013, derde lid, Rv zowel de belangenbehartiger in de vorm van de eiser en de gedaagde(n) overeen te komen om een collectieve schikking in te dienen bij het Gerechtshof Amsterdam.⁵⁰ Tot nu toe bestaat er geen voorbeeld waarbij er geschikt is ten aanzien van geleden schade door een schending van de mededingingsregels.⁵¹ Blijkens de parlementaire geschiedenis bestaat het plan om de mogelijkheid te

⁴⁷ HvJ EG 13 juli 2006, nrs. C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*).

⁴⁸ Rb. Den Haag 1 mei 2013, C/09/414499 / HA ZA 12-293 (*CDC/Shell e.a.*); uitspraak te raadplegen op <<http://www.carteldamageclaims.com>>.

⁴⁹ W.P. Wijers & H.M.H. Speyart, *Intracomunautair collectief schadeverhaal bij inbreuken op regels van mededingingsrecht*, in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 78.

⁵⁰ A. Maton, S. Latham, M. Kuijper & T. Angerbauer, ‘Survey: Update on the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation’, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, No. 6, p. 595.

⁵¹ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 126, nr. 3; hieruit blijkt dat met behulp van de Wcam vijf zaken zijn afgewikkeld, namelijk inzake DES, Dexia, Vie d’Or, Vedior en Shell; zie ook A. Maton, S. Latham, M. Kuijper & T. Angerbauer, ‘Survey: Update on

creëren dat representatieve belangenorganisaties ook schade collectief kunnen verhalen.⁵² Het is nog onduidelijk of dit plan gecodificeerd wordt.

§ 2.4.3 *Tussenconclusie*

Het Nederlandse collectieve actierecht komt niet geheel overeen met de wensen van de Commissie. Wel bestaat de mogelijkheid om vorderingen te bundelen door middel van cessie. De Wcam daarentegen komt wel overeen met hetgeen de Commissie voor ogen heeft, omdat het mogelijk is om te kunnen schikken. Er is nog geen geval bekend in Nederland waarbij gebruik is gemaakt van de Wcam bij schade wegens een schending van de mededingingsregels.⁵³ Wellicht wordt in de toekomst wel van deze mogelijkheid gebruikgemaakt.

§ 2.5 *OBSTAKEL 4: BEWIJS*

Alvorens de hoogte van de schadevergoeding vastgesteld kan worden, dient eerst de omvang van de schade met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht bepaald te worden door bewijs. Het bewijzen van een inbreuk op de mededingingsregels blijkt op basis van de jurisprudentie zeer moeilijk te zijn. Verwezen zij naar bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad inzake De Algemene Nederlandse Vereniging van Reisondernemingen c.s. tegen International Air Transport Association.⁵⁴

§ 2.5.1 *De gewenste Europese aanpak*

De Commissie erkent dit probleem en stelt in haar Witboek een minimale openbaarmaking tussen procespartijen voor. Blijkens artikel 5, leden 1 en 2, van het richtlijnvoorstel stelt de Commissie namelijk voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat, wanneer een eiser voldoende feiten en bewijs heeft aangedragen waaruit redelijkerwijs blijkt dat hij schade heeft geleden door een inbreuk

the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, No. 6, p. 595.

⁵² *Kamerstukken II 2011/12, 33 000 XIII, nr. 14.*

⁵³ Naar mijn weten is er wel een voorbeeld van een schikking in Engeland geweest, namelijk bij de zaak *The Consumers Association/JJB Sports* behandeld door het Engelse Competition Appeal Tribunal.

⁵⁴ HR 21 december 2012, *LJN BX0345, NJ 2013, 155 m. nt. M.R. Mok (De Algemene Nederlandse Vereniging van Reisondernemingen c.s. / International Air Transport Association)*. Vaak wordt verweten dat de partij die zich beroept op regels van mededingingsrecht nalaat te stellen en aannemelijk te maken met nadere voornamelijk economische gegevens onderbouwde motivering dat de gedaagde deze regels van mededingingsrecht heeft overtreden. Gelet op het feit dat de consument verder in de keten zal zijn, zal het bewijzen van een inbreuk voor deze groep nog moeilijker zijn. Professionele partijen hebben meer kennis van de markt en weten beter dan de consument welke informatie zij kunnen gebruiken om hun stellingen te onderbouwen. Ook zullen zij meer zicht hebben op welke relevante informatie de inbreukmaker of een derde onder zich houdt die zij met behulp van het burgerlijke procesrecht kunnen vorderen. Deze achtergehouden informatie zal doorgaans onvoldoende in detail bekend zijn aan de eiser.

van de gedaagde op regels van mededingingsrecht, rechtbanken de gedaagde of een derde kan verplichten om bewijsmateriaal openbaar te maken. De rechtbank zal verplichten om bewijs openbaar te maken als de eiser, die openbaarmaking vordert, aangetoond heeft dat het bewijs dat zich bevindt onder de gedaagde of een derde partij relevant is om zijn vordering te onderbouwen en de eiser het gevorderde bewijs zo nauwkeurig mogelijk preciseert op basis van de beschikbare feiten.

Weliswaar is het van belang om deze *informatieasymmetrie* te ondervangen en slachtoffers betere toegang te geven tot relevant bewijsmateriaal, toch wil de Commissie niet zo ver gaan dat de openbaarmaking negatieve effecten met zich mee gaat brengen door veel te brede en belastende openbaarmakingsverplichtingen.⁵⁵ De Commissie doelt op het risico op misbruiken, maar ook de bescherming van de clementieverzoeker en diens ingeleverde clementiebewijs. Dat blijkt uit artikel 5, leden 3, 4 en 5 en de artikelen 6 en 7 van het richtlijnvoorstel.

De Commissie is voor een groot deel van haar succes als publiekrechtelijke handhaver van het mededingingsrecht afhankelijk van aangeleverd bewijs van clementieverzoekers. Als een onderneming die lid is van een kartel geen boete wil riskeren, kan deze onderneming naar de Commissie stappen om clementie te verzoeken. Aan deze onderneming kan vervolgens immuniteit tegen een geldboete verleend worden als aan bepaalde voorwaarden voldaan wordt. Deze clementieverzoeker is slechts immuun voor een geldboete van de Commissie maar niet voor een privaatrechtelijke schadevergoedingsactie ingesteld door een private partij.

Tegen deze achtergrond heeft de Commissie aangegeven om een minimale openbaarmaking te bereiken met een adequate bescherming van bewijsmateriaal ingediend door clementieverzoekers. Hierna onderzoek ik of het vergaren van relevant bewijs om een inbreuk op regels van mededingingsrecht aan te tonen naar Nederlands recht een obstakel vormt.

§ 2.5.2 *Toegang tot bewijsmateriaal van de inbreukmaker*

Naar Europees en Nederlands recht is de partij die een beroep doet op regels van mededingingsrecht gehouden tot het bewijzen van een inbreuk op het mededingingsrecht. Dat volgt uit artikel 2 van Verordening (EG) 1/2003⁵⁶. Naar Nederlands recht geldt de algemene regel dat diegene die stelt, de bewijslast draagt. Ook in de jurisprudentie wordt dit erkend.⁵⁷ In tegenstelling tot het Amerikaanse

⁵⁵ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 5.

⁵⁶ Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, (PbEG 2003, L 1/1).

⁵⁷ Gerechtshof Arnhem 22 maart 2013, L/JN BZ5188 (*Batavus/Vriend's Tweewielercentrum*).

procesrecht kent het Nederlands burgerlijk procesrecht geen *pretrial discovery*.⁵⁸ Naar Amerikaans recht kan een eiser voordat de rechtszaak een aanvang neemt documenten van de gedaagde vorderen om zijn stellingen te onderbouwen dat gedaagde het mededingingsrecht heeft overtreden. Hoewel naar Nederlands recht deze mogelijkheid van bewijsvergaring niet bestaat, reikt het Nederlands burgerlijk procesrecht genoeg andere mogelijkheden aan om aan bewijsmateriaal te komen.⁵⁹ Het meest in het oog springende artikel met betrekking tot toegang tot bewijsmateriaal dat het meest verband houdt met de minimale openbaarmaking, hetgeen de Commissie voorstelt, betreft de exhibitieplicht.

De exhibitieplicht is geregeld in artikel 843a Rv. Kroes betoogt dat artikel 843a Rv al voldoet aan de minimale openbaarmaking die de Commissie voorstelt.⁶⁰ Krachtens deze bepaling kan hij die daarbij een rechtmatig belang heeft inzage of een kopie vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is. De exhibitieplicht van artikel 843a Rv omvat mede de onrechtmatige daad.⁶¹ Hierdoor kunnen slachtoffers die het mededingingsrecht privaatrechtelijk willen handhaven jegens de inbreukmaker ook gebruikmaken van deze bepaling, aangezien een schending van het mededingingsrecht binnen het bereik van de onrechtmatige daad valt.

Voor een succesvol beroep op de exhibitieplicht van artikel 843a Rv dient aan drie cumulatieve voorwaarden te worden voldaan⁶², namelijk (1) de eiser dient een rechtmatig belang te hebben bij de inzage of afgifte, (2) het moet bepaalde bescheiden betreffen en (3) het moet gaan om bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin eiser of zijn rechtsvoorganger partij zijn. Ter bescherming van de partij die de gevraagde bescheiden onder zich heeft, kan als aan bovenstaande drie cumulatieve voorwaarden is voldaan alsnog geen gehoudenheid bestaan tot overlegging op grond van het bepaalde in artikel 843a, vierde lid, Rv als⁶³ daarvoor gewichtige redenen zijn of kan

⁵⁸ W.P. Wijers & H.M.H. Speyart, *Intracommunautair collectief schadeverhaal bij inbreuken op regels van mededingingsrecht*, in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010, p. 84.

⁵⁹ Ingevolge artikel 21 Rv zijn procespartijen verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Blijkt dat een der partijen deze bepaling schendt dan kan de rechter daaraan sancties verbinden, bijvoorbeeld verzwarende of omkering van de bewijslast. Daarnaast voorziet artikel 22 Rv de rechter in de mogelijkheid om ambtshalve, maar ook op verzoek van een der partijen, een partij te bevelen bewijsmateriaal in het geding te brengen, tenzij er gewichtige redenen zijn om dit weigeren. Te denken valt aan bijvoorbeeld bedrijfsgeheimen. Op grond van artikel 162 Rv kan de rechter ook gedurende de procedure op verzoek van een der partijen of ambtshalve aan een (van de) partij(en) openlegging van boeken, bescheiden en geschriften bevelen. Voorts kan gewezen worden op artikel 730 Rv dat het conservatoir beslag op bescheiden inhoudt, artikel 186-193 Rv met betrekking tot het verkrijgen van bewijs door middel van een voorlopig getuigenverhoor, artikel 202-207 Rv met betrekking tot het voorlopig deskundigenbericht en de voorlopige decente en de rogatoire Commissie krachtens de artikelen 174 en 176 Rv.

⁶⁰ Chr.F. Kroes, 'Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims': een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels', *M&M* 2008/4, p. 107.

⁶¹ MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv., p. 554.

⁶² Gerechtshof 's-Gravenhage 29 maart 2011, *LJN BQ1725*, r.o. 33.

⁶³ Zie daarvoor ook bijvoorbeeld: Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, *LJN BX5675 (Turboned Group B.V./Wiandel Holding B.V.)*.

worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder gegevensverschaffing is gewaarborgd.

Volgens de wetgever zijn deze drie cumulatieve voorwaarden daar om zogenaamde *fishing expeditions* te voorkomen.⁶⁴ De Hoge Raad heeft in twee arresten, namelijk *Kilbarr/Holland & Teeuwen* en *News International c.s./ABN AMRO*, geoordeeld dat artikel 843a Rv niet zo ver gaat dat bescheiden gevorderd kunnen worden van derden.⁶⁵ Kanttekening hierbij moet wel worden gemaakt dat deze arresten gewezen zijn voor de wetwijziging van artikel 843a Rv. Op dit moment bestaat hierover nog steeds onduidelijkheid. Hieruit blijkt dat gelet op de drie cumulatieve voorwaarden het niet makkelijk is om met succes bepaalde bescheiden te vorderen.⁶⁶ Met name zal het voor consumenten zeer lastig zijn om van deze mogelijkheid van de exhibitieplicht gebruik te maken, aangezien uit het systeem van artikel 843a Rv volgt dat de gelaedeerde bekend moet zijn met het bestaan van bepaalde bewijsmiddelen maar er niet over beschikt. Geheime kartelafspraken zullen met de beschikbare processuele middelen veelal niet kunnen worden blootgelegd, omdat de potentiële eiser niet weet welke bescheiden dienen te worden opgevraagd, laat staan welke personen daarover als getuigen iets zouden kunnen verklaren.⁶⁷

In de jurisprudentie is wel een trend te bespeuren dat ingeval van bewijsnood aan de zijde van gelaedeerde het rechtmatig belang door de rechter wordt aangenomen.⁶⁸ Deze bewijsnood zal volgens van der Pool ook een omstandigheid zijn die de rechter zal meenemen in zijn beoordeling van de mate van nauwkeurigheid waarin de bescheiden zullen moeten worden omschreven.⁶⁹ Een vordering tot openbaarmaking van 'mogelijk bestaande bescheiden' zal steeds onvoldoende bepaaldheid opleveren.⁷⁰ Diegene die overweegt om een schadevergoeding op basis van het mededingingsrecht in te stellen, kan door middel van een 843a-vordering ook een kort geding procedure starten om hieromtrent meer duidelijkheid te krijgen.⁷¹

Op dit moment kan gesteld worden dat de exhibitieplicht 'net' voldoet aan het Witboek en artikel 5 van het richtlijnvoorstel. Tegen deze achtergrond heeft de wetgever dan ook de wens geuit

⁶⁴ *Kamerstukken II 1999/00*, 26 855, nr. 3, p. 188.

⁶⁵ HR 11 maart 1994, *LJN ZC1296 (Kilbarr/Holland & Teeuwen)*; m. nt. H.J. Snijders) en HR 18 februari 2000, *LJN AA4877 (News International c.s./ABN AMRO)*; m. nt. P. Vlas).

⁶⁶ A. Maton, S. Latham, M. Kuijper & T. Angerbauer, 'Survey: Update on the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, No. 6, p. 593.

⁶⁷ 'De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', Houthoff Buruma, onder redactie van M.F.J. Haak en I.W. VerLoren van Themaat, een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, 3 november 2005, p. 16.

⁶⁸ Zie daarvoor bijvoorbeeld: HR 20 januari 2006, *LJN AU4529* en Rb. 's-Gravenhage 19 april 2006, *LJN BA3050 (Gordijnhaak)*; zie ook onder meer E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden 2009, p. 556 en M.A. van der Pool, 'Exhibitieplicht in mededingingszaken', *M&M* 2010/1, p. 14.

⁶⁹ M.A. van der Pool, 'Exhibitieplicht in mededingingszaken', *M&M* 2010/1, p. 14.

⁷⁰ Rb. Arnhem 21 december 2005, *LJN AV1977* en Rb. Middelburg 5 april 2006, *LJN AZ0931*.

⁷¹ HR 8 februari 2013, *LJN BY6111 (DB Schenker Rail/Prorail)*.

om de exhibitieplicht van artikel 843a Rv te verruimen om bepaalde processuele problemen op te vangen.⁷² Hierop wordt later in hoofdstuk 3 nader ingegaan.

§ 2.5.3 Toegang tot bewijsmateriaal van de Commissie of ACM

Voor diegenen die het mededingingsrecht privaatrechtelijk willen handhaven in een schadevergoedingsactie zal het verkrijgen van toegang tot dossierstukken van de mededingingsautoriteiten van grote waarde zijn, aangezien de mededingingsautoriteiten vergaande bevoegdheden hebben om bewijsmateriaal te vergaren c.q. vorderen van de vermeende inbreukmaker.⁷³ Naast het feit dat potentiële eisers hun vordering kunnen baseren op het niet-vertrouwelijk gepubliceerde besluit van de Commissie, kunnen zij proberen toegang te krijgen tot het dossier van de Commissie. Toegang tot het dossier van de Commissie zal voor het verzamelen van bewijsmateriaal van cruciaal belang zijn. Toch blijkt deze toegang voor derden zeer beperkt te zijn. Slechts de zogenaamde klagers lijken te genieten van een beperkte vorm van toegang, namelijk tot die documenten waarop de mededingingsautoriteit zich gebaseerd heeft om een klacht te verwerpen.⁷⁴

Tijdens het onderzoek van de Commissie naar een vermeende inbreuk van het communautaire mededingingsrecht zou een potentiële eiser tot schadevergoeding kunnen trachten om te handelen als een klager en op deze wijze te proberen om de niet-vertrouwelijke versie van de Mededeling van Punten van Bezwaar te verkrijgen. Deze mogelijkheid biedt artikel 6, eerste lid, van Verordening 773/2004⁷⁵. Openbaarmaking van de mededeling van punten van bezwaar kan stuiten op een gelegitimeerd bezwaar, waardoor toegang geweigerd zal worden. Een voorbeeld van een gelegitimeerde bezwaar is het feit dat de rechten van de klager beperkt is tot het recht om deel te nemen aan de administratieve procedure voor de Commissie.⁷⁶

Tevens kan toepassing van artikel 15 van Verordening 1/2003 leiden tot openbaarmaking van bewijsmateriaal dat in handen is van de laedens. In 2011 bijvoorbeeld, heeft het Engelse *High Court* op verzoek van eiser *National Grid* een zogenaamde “artikel 15 verzoek” bij de Commissie ingediend

⁷² *Kamerstukken II* 2011/12, 33 079, nr. 3.

⁷³ E.-J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht*, diss. Leiden 2009, p. 643. Zie ook L. Haasbeek, ‘De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht’, *M&M* 2009/5, p. 145.

⁷⁴ F. Wijckmans & F. Tuytschaever, ‘Tot zover het Belgisch kartelparadijs’, *Rechtskundig Weekblad*, 2007-08, nr. 29, 15 maart 2008, p. 1196.

⁷⁵ Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2004, L 123/18); gewijzigd bij Verordening (EG) 1792 van de Commissie van 23 oktober 2006 (*PbEG* 2006, L 362/1) en Verordening (EG) 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 (*PbEG* 2008, L 171/3).

⁷⁶ GvEA EG 15 juli 1994, nr. T-17/93, *Jur.* 1994, p. II-595, r.o. 34 (*Matra-Hachette SA/Commissie*).

tot openbaarmaking van het bewijsmateriaal inzake het *Gas insulated switchgear* kartel.⁷⁷ De Commissie heeft vervolgens toegang verleend.⁷⁸

In het geval dat de Commissie bewijsmateriaal heeft vergaard, kan men ook trachten inzage te vorderen via een andere route door gebruik te maken van Verordening 1049/2001 ('**de Eurowob**'). Gaat het om bewijsmateriaal vergaard door de ACM dan dient met gebruik te maken van de Wet openbaarheid van bestuur ('**de Wob**'). Het beginsel dat ten grondslag ligt aan deze vorm van toegang tot dossierstukken is het beginsel van openbaarheid van bestuur dat gecodificeerd is in respectievelijk artikel 15 VWEU en artikel 110 van de Nederlandse Grondwet.⁷⁹

Krachtens de Wob en de Eurowob kan een ieder⁸⁰ respectievelijk iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat⁸¹ verzoeken om toegang tot documenten van deze instellingen. Het dient dan wel te gaan om informatie die neergelegd is in een document, zijnde iedere gegevensdrager, en dit document dient tevens een bestuurlijke aangelegenheid te betreffen.⁸² Dit recht tot toegang heeft derhalve betrekking op een zeer ruime selectie aan gegevens, maar het is niet onbeperkt, aangezien de Commissie of de ACM toegang kan weigeren als aan bepaalde, limitatief opgesomde uitzonderingsgronden is voldaan.⁸³

De Commissie heeft zich niet positief opgesteld ten opzichte van Eurowob verzoeken in gevallen waar het gaat om verzoekers die van plan zijn om een schadevergoedingsactie in te stellen op grond van het communautaire mededingingsrecht.⁸⁴ De Commissie geeft aan dat dergelijke Eurowob verzoeken niet wenselijk zijn omdat diegene die een Eurowob verzoek doet geen reden voor het verzoek hoeft op te geven en op het moment dat deze persoon de documenten heeft ontvangen, deze documenten vanaf dat moment onderdeel geworden zijn van het publiekelijke domein en derhalve vrij in de circulatie zullen zijn. Deze documenten bevatten vaak bedrijfsgevoelige informatie, waardoor de gelegitimeerde belangen van de entiteiten in kwestie geschaad zullen worden. De Europese rechter erkent dit probleem niet en heeft in meerdere zaken geoordeeld dat

⁷⁷ *National Grid Electricity Transmission v. ABB and Others* [2012] EWHC 869 (Ch).

⁷⁸ De gedaagde *Alstom* heeft met succes een kort geding procedure bij het Gerecht van de Europese Unie gevoerd waardoor de tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie ten aanzien van de vertrouwelijke versie van het antwoord van *Alstom* op de mededeling van punten van bezwaar wordt opgeschort, zie daarvoor Beschikking van de President van het Gerecht EU 29 november 2012, nr. T-164/12 R, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Alstom/Commissie*).

⁷⁹ G. De Stefano, 'Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario', *GCLR* 2012/3, p. 97 en L. Haasbeek, 'De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5, p. 137.

⁸⁰ Artikel 3, eerste lid, van de Wob.

⁸¹ Artikel 2, eerste lid, van de Eurowob.

⁸² Artikel 3, sub a, van de Eurowob; artikel 3, eerste lid, van de Wob.

⁸³ Artikel 4, eerste, tweede en derde lid, van de Eurowob; artikelen 10 en 11 van de Wob.

⁸⁴ Zie daarvoor Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404, paragrafen 90 en 104.

de Commissie (gedeeltelijke) toegang dient te verlenen tot de opgevraagde documenten.⁸⁵ Ook het Hof van Justitie van de Europese Vrijhandelsassociatie is tot dezelfde conclusie gekomen door treffend in rechtsoverweging 132 te stellen dat⁸⁶:

“ESA’s and the Commission’s view that follow-on damages claims in competition law cases only serve the purpose of defending the plaintiff’s private interests cannot be maintained. While pursuing his private interest, a plaintiff in such proceedings contributes at the same time to the protection of the public interest. This thereby also benefits consumers.”

Gelet op de jurisprudentie lijkt al met al de weg van de Eurowob en Wob meer succes op te leveren dan de weg van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv tevens gelet op diens wettelijke vereisten.⁸⁷

§ 2.5.4 Toegang tot clementiemateriaal

Gelet op het bovenstaande is ook meermaals getracht om toegang te krijgen tot het bewijsmateriaal van clementieverzoekers. Het bewijsmateriaal van clementieverzoekers is dan ook zeer gewild, omdat de clementieverzoeker pas volledige immuniteit tegen een geldboete krijgt indien hij aan strenge voorwaarden voldoet.⁸⁸ De aangeleverde informatie door de clementieverzoeker zal zeer omvangrijk en gedetailleerd zijn. Het clementiesysteem (van de Commissie) is zeer succesvol en vormt een belangrijke ‘tool’ voor de mededingingsautoriteit om het mededingingsrecht succesvol publiekrechtelijk te kunnen handhaven.⁸⁹ Hoewel clementie niet leidt tot uitsluiting van civielrechtelijke aansprakelijkheid⁹⁰, biedt het Unierecht specifieke bescherming in de zin dat de onderneming die een verklaring heeft afgelegd hiervan zelfs geen kopie heeft en andere partijen, zoals klagers, geen toegang hebben tot deze verklaring. Ook de *European Competition Network* (‘ECN’), waarin alle nationale mededingingautoriteiten zich hebben verenigd met onder meer als doel verbeterde samenwerking tussen deze autoriteiten, heeft aangegeven dat de bescherming van

⁸⁵ Zie GvEA EG 13 april 2005, nr. T-2/03, *Jur.* 2005, p. II-1121 (*Verein für Konsumenteninformation/Commissie*), Gerecht EU 15 december 2011, nr. T-437/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*CDC Hydrogene Peroxide/Commissie*) en Gerecht EU 22 mei 2012, nr. T-433/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*EnBW Energie Baden-Württemberg/Commissie*). N.b. bij het laatste arrest heeft de Commissie hoger beroep aangetekend en staat op met zaaknummer C-365/12 P.

⁸⁶ HvJ EVA 21 december 2012, nr. E-14/11 (*DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*).

⁸⁷ L. Haasbeek, ‘De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht’, *M&M* 2009/5, p. 146.

⁸⁸ Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (*PbEG* 2006, C 298/17), paragrafen 8-13.

⁸⁹ Zie daarvoor bijvoorbeeld paragraaf 12 van de amicus curiae van de Commissie van 3 november 2011 inzake de rechtszaak National Grid Electricity Transmission Plc tegen ABB Ltd e.a. bij de *English High Court*.

⁹⁰ Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (*PbEG* 2006, C 298/17), paragraaf 39.

het bewijsmateriaal van de clementieverzoeker ten aanzien van schadevergoedingsacties op grond van het mededingingsrecht gewaarborgd moet worden.⁹¹

Gelet op de meerwaarde van het clementieprogramma is het dan ook niet meer dan logisch dat het bewijsmateriaal van clementieverzoekers beschermd wordt tegen openbaarmaking. Ware dit niet zo dan zullen ondernemingen minder geneigd zijn om zich te melden bij de Commissie of een mededingingsautoriteit om een kartel aan het licht te brengen. Voor diegenen die het mededingingsrecht privaatrechtelijk willen handhaven is een goed werkend clementieprogramma van uitermate belang, omdat zij voor *follow-up* schadevergoedingsacties vaak afhankelijk zijn van een boetebesluit van de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit.⁹²

De recente arresten *Donau Chemie*⁹³, *Pfleiderer*⁹⁴, *CDC*⁹⁵ en *EnBW*⁹⁶, en de gewezen conclusie van A-G Jääskinen inzake *Donau Chemie*⁹⁷ hebben onzekerheid gestrooid ten aanzien van de reikwijdte van bescherming van clementiemateriaal tegen openbaarmaking in lidstaten. Het Hof heeft inzake *Pfleiderer* geoordeeld dat het Unierecht zich niet ertegen verzet dat een eiser toegang verkrijgt tot clementiemateriaal, maar dat het de nationale rechter evenwel vrijstaat om te bepalen onder welke voorwaarden deze toegang moet worden toegestaan of geweigerd. Het Hof heeft meer in het bijzonder bepaald dat de nationale rechter gehouden is tot een belangenafweging tussen enerzijds het belang van de eiser om niet onevenredig bemoeilijkt te worden in vorderen van schadevergoeding en anderzijds het belang van diegene die clementie heeft gekregen en de bescherming van het clementiemateriaal. Het Hof heeft hiermee de deur voor openbaarmaking van clementiemateriaal op een kier gezet.⁹⁸

A-G Jääskinen heeft inzake *Donau Chemie* geconcludeerd dat een nationale regeling die inhoudt dat alle partijen bij de mededingingsprocedure moeten instemmen in gevallen waarbij derden toegang verzoeken tot het dossier (ook het clementiemateriaal) van een nationale rechterlijke instantie, dat is samengesteld in het kader van een mededingingsprocedure, in strijd is met het beginsel van doeltreffendheid krachtens artikel 19, eerste lid, van het Verdrag van de Europese Unie ('**VEU**'). Deze conclusie zal volgens de A-G slechts anders luiden als het nationale recht alternatieve middelen aanreikt tot vaststelling van het bewijs van de schending van het

⁹¹ Resolutie van de hoofden van de European Competition Network van 23 mei 2012 betreffende bescherming van clementiemateriaal in de context van civiele schadevergoedingsacties.

⁹² Resolutie van de hoofden van de European Competition Network van 23 mei 2012 betreffende bescherming van clementiemateriaal in de context van civiele schadevergoedingsacties.

⁹³ HvJ EU 6 juni 2013, nr. C-536/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Donau Chemie*).

⁹⁴ HvJ EU 14 juni 2011, nr. C-360/09, *Jur.* 2011, p. I-5161 (*Pfleiderer*).

⁹⁵ Gerecht EU 15 december 2011, nr. T-437/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*CDC Hydrogene Peroxide/Commissie*).

⁹⁶ Gerecht EU 22 mei 2012, nr. T-433/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*EnBW Energie Baden-Württemberg/Commissie*).

⁹⁷ Conclusie van A-G Jääskinen van 7 februari 2013, nr. C-536/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Donau Chemie*).

⁹⁸ B.J. Drijber, 'Transparantie versus clementie', *M&M* 2012/3, p. 99.

communautaire mededingingsrecht en tot bepaling van de schade, die daadwerkelijke rechtsbescherming bieden voor het recht om civielrechtelijke schadevergoeding te vorderen wegens schending van die bepalingen en die voldoen aan artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie⁹⁹. Het Hof heeft de conclusie van A-G Jääskinen overgenomen. Gelet op het arrest *Pfleiderer* en als de conclusie van de A-G inzake *Donau Chemie* bewaarheid wordt, dan zal toegang krijgen tot clementiemateriaal makkelijker worden dan nu het geval is.

Thans kan onder de regeling van de Wob een persoonlijk belang in de zin van het kunnen voeren van een schadevergoedingsactie door openbaarmaking van clementiemateriaal geen rol spelen.¹⁰⁰ De ACM zou een Wob-verzoek tot openbaarmaking van clementiemateriaal kunnen weigeren op grond van artikel 10, tweede lid, sub d, van de Wob.¹⁰¹ Een beroep op de exhibitieplicht ex artikel 843a Rv zal ook onsuccesvol zijn, omdat dergelijke vorderingen afgewezen zullen worden vanwege het verbod op *fishing expeditions* dat besloten ligt in het vereiste van 'bepaaldheid' van het verzoek.¹⁰²

Zoals Kuijper het terecht stelt, is het maar de vraag of dit te verenigen is met het arrest *Pfleiderer*, omdat schadevergoedingsacties op kartels wellicht uiterst moeilijk of onmogelijk kunnen worden gemaakt¹⁰³, hetgeen in strijd is met het Unierecht vanwege *inter alia* het beginsel van doeltreffendheid en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Gelet op het feit dat het Nederlandse mededingingsrecht niet soepeler of strenger dan het communautaire mededingingsrecht wordt toegepast¹⁰⁴, zullen de implicaties hiervan niet beperkt blijven tot slechts inzage van clementiemateriaal in handen van de ACM.

De ACM en de rechter zullen mijns inziens ook gehouden zijn het persoonlijk belang mee te wegen van diegene die een verzoek tot inzage van het gehele dossier indient. Wellicht zal het Gerecht van de Europese Unie in een door Nederland aangespannen procedure tegen de Commissie meer helderheid scheppen ten aanzien van enerzijds het belang van bescherming van bepaald materiaal en anderzijds het belang van openbaarheid van bestuur.¹⁰⁵ Via deze procedure probeert Nederland namelijk alsnog inzage te verkrijgen in de vertrouwelijke versie van het boetebesluit inzake het bitumenkartel¹⁰⁶ om zodoende een schadevergoedingsactie op grond van het communautaire mededingingsrecht tegen de deelnemers van het Nederlandse bitumenkartel te kunnen voorbereiden.

⁹⁹ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEG* 2000, C 364/1).

¹⁰⁰ M. Kuijper, 'Pfleiderer AG/Bundeskartellamt', *M&M* 2011/5, p. 192.

¹⁰¹ Zie bijvoorbeeld NMa 25 juni 2007, zaak nr. 6112, 'Behandeling verzoek op grond van de Wob inzake Martens & Van oord Aannemeningsbedrijf'.

¹⁰² L. Haasbeek, 'De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5, p. 146.

¹⁰³ M. Kuijper, 'Pfleiderer AG/Bundeskartellamt', *M&M* 2011/5, p. 193.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

¹⁰⁵ Gerecht EU, nr. T-380/08 (*Nederland/Commissie*).

¹⁰⁶ COMP/38.456 – Bitumen (Netherlands).

De verwachting is dat openbaarheid van bestuur (van de Europese Unie) in beginsel zal prevaleren boven een succesvol clementieprogramma, gelet op het bovenstaande zaken en het recente arrest van het Hof inzake *MyTravel*¹⁰⁷. In rechtsoverweging 76 heeft het Hof namelijk geoordeeld dat indien de betrokken instelling weigert toegang te verlenen, de betrokken instelling in beginsel dient aan te geven op welke wijze de toegang tot dat document een concrete en daadwerkelijke ondermijning zou vormen van het belang dat wordt beschermd door een van de in de Eurowob neergelegde uitzonderingen waarop die instelling een beroep doet.

§ 2.5.5 *Openbaarmaking door middel van de Amerikaanse discovery*

Naast de mogelijkheden van toegang tot bewijsmateriaal die de exhibitieplicht ex artikel 843a Rv en de openbaarmaking via de Eurowob en de Wob bieden, behoort de Amerikaanse *discovery* ook tot de mogelijkheden voor partijen bij buitenlandse rechtszaken die bijvoorbeeld gevoerd worden in de Europese Unie.¹⁰⁸

Krachtens de *US Federal Rules of Civil Procedure (FCRP)* is *discovery* de voorgerechtelijke (*pre-trial*) fase van een rechtszaak gedurende waarin elke partij bewijs kan vorderen van de tegenpartij. Middels *discovery* kan een partij aan bewijs komen door bijvoorbeeld antwoorden op ondervragingen, door de productie van documenten en ander materiaal.¹⁰⁹ *Discovery* werkt ook jegens derden die relevant bewijsmateriaal onder zich hebben. Met behulp van *subpoenas* (dagvaardingen) dienen ook derden zich te houden aan de werking van *discovery*.¹¹⁰ *Discovery* naar Amerikaans recht is geregeld in *Title 28 of the United States Code (USC) Section 1782(a)*.

Blijkens deze bepaling kan iedere belanghebbende (*any interested person*) de District Court verzoeken de overlegging van documenten te bevelen. Op grond van artikel 34 van de FRCP kunnen ook elektronische documenten opgevraagd worden. Belanghebbenden zijn, maar dat is niet vereist, partijen bij buitenlandse rechtszaken, maar ook anderen die een redelijk belang hebben bij het verkrijgen van judiciële assistentie. De District Court kan haar bevel richten aan iedere persoon die in het district woont of zich aldaar bevindt. Krachtens sectie 1 van titel 1 van de USC omvat het begrip persoon zowel natuurlijke als rechtspersonen. Dit betekent dat een moeder of dochterbedrijf dat gevestigd is in de Verenigde Staten middels *discovery* gehouden kan zijn tot openbaarmaking. Ook is

¹⁰⁷ HvJ EU 21 juli 2011, nr. C-506/08 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*MyTravel*).

¹⁰⁸ Zie daarvoor K. Scholer, S. Jungermann & M. Terri, 'How to obtain and use US discovery in European private antitrust actions', *International Financial Law Review*, February 2013, p. 42-42 en A.J. van Hooft, 'Productie van documenten in arbitrage en assistentie van Nederlandse en Amerikaanse gerechten', *TvA* 2009/2.

¹⁰⁹ K. Scholer, S. Jungermann & M. Terri, 'How to obtain and use US discovery in European private antitrust actions', *International Financial Law Review*, February 2013, p. 42-42.

¹¹⁰ K. Scholer, S. Jungermann & M. Terri, 'How to obtain and use US discovery in European private antitrust actions', *International Financial Law Review*, February 2013, p. 42-42.

het mogelijk dat als een Unieburger zich in de Verenigde Staten bevindt, gehouden kan zijn mee te werken aan discovery op het moment dat hem aldaar een dagvaarding is uitgereikt.¹¹¹ Voor discovery is tevens niet nodig dat een procedure in het buitenland aanhangig is gemaakt. Het is voldoende als zij in redelijkheid wordt overwogen.¹¹²

Gelet op de uitspraken in de Verenigde Staten inzake *Intel Corp.*¹¹³, *Roz Trading*¹¹⁴, *Hallmark Capital*¹¹⁵, *Babcock Borsig*¹¹⁶ en *Brandi-Dohrn*¹¹⁷ zal het ook mogelijk zijn dat slachtoffers die het mededingingsrecht privaatrechtelijke willen handhaven door een schadevergoedingsactie in te stellen middels discovery bewijsmateriaal kunnen vergaren, zoals Scholer e.a.¹¹⁸ en Van Hooft¹¹⁹ het stellen, in het geval dat de inbreukmaker zich als natuurlijke persoon in de Verenigde Staten bevindt of dat een moeder of dochterbedrijf in de Verenigde Staten is gevestigd. Onlangs heeft de rechtbank te Rotterdam een ingestelde incidentele vordering tot staken van bewijsvergaring via discovery-procedure in de Verenigde Staten afgewezen, omdat *inter alia* de discovery-procedure niet onverenigbaar is met het Nederlandse procesrecht, ook al zijn de bevoegdheden van de Amerikaanse procedure ruimer.¹²⁰

Probeert men openbaarmaking te vorderen van het dossier van de Commissie via de discovery-procedure, dan zal dit afstuiten op het beginsel van internationale comitas¹²¹. Op 19 december 2011 heeft rechter Viktor Pohorelsky van de *Eastern District of New York* namelijk geweigerd de vordering tot openbaarmaking van de vertrouwelijke versie van het besluit van de Commissie inzake *Air Cargo* (het luchtvrachtkartel) te honoreren omdat hier het belang van comitas boven het belang van openbaarmaking prevaleert.¹²²

§ 2.5.6 Tussenconclusie

Tegen deze achtergrond bestaan in de Europese Unie en Nederland genoeg effectieve middelen om inzage te krijgen in het dossier van de Commissie of de ACM. In sommige gevallen is het zelfs

¹¹¹ *In re Edelman v. Claude Taittinger*, 295 F.3d 171 (2d Cir. 2002). In deze zaak werd een dagvaarding uitgereikt aan een Franse staatsburger terwijl hij reisde in de Verenigde Staten.

¹¹² *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.* 542 U.S. 241 (2004).

¹¹³ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.* 542 U.S. 241 (2004).

¹¹⁴ *In re Roz Trading Ltd*, 469 F.Supp.2d 1221 (N.D.Ga 2006).

¹¹⁵ *In re Hallmark Capital Corporation*, 534 F.Supp.2d 951, 953 (D.Minn. 2007).

¹¹⁶ *In re Application of Babcock Borsig AG*, Memorandum and Order of the United States District Court for the District of Massachusetts (October 30, 2008) (08-mc-10128-DPW).

¹¹⁷ *Brandi-Dohrn v. IKB Deutsche Industriebank*, 673 F.3d 76 (2d Cir. 2012).

¹¹⁸ K. Scholer, S. Jungermann & M. Terri, 'How to obtain and use US discovery in European private antitrust actions', *International Financial Law Review*, February 2013, p. 42-42.

¹¹⁹ A.J. van Hooft, 'Productie van documenten in arbitrage en assistentie van Nederlandse en Amerikaanse gerechten', *TvA* 2009/2.

¹²⁰ Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *LJN* BX4521.

¹²¹ Zie meer over het comitasbegrip: L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, negende druk, p. 17-18.

¹²² *In re Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation*, No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011).

mogelijk om van de uiterst effectieve discovery-procedure gebruik te maken. Het vergaren van bewijs zal zeer lastig zijn in het geval dat een persoon of onderneming een schadevergoedingsactie instelt in het geval dat de Commissie of ACM geen eind- of boetebesluit heeft genomen. Men is dan gewezen op de exhibitieplicht van artikel 843a Rv en dient dan in ieder geval te voldoen aan de zware eis van 'bepaaldheid' van de bescheiden. De verwachting is dan ook daar dat het mededingingsrecht voornamelijk privaatrechtelijk wordt gehandhaafd in zogenaamde *follow-up* schadevergoedingsacties. Zogenaamde *stand-alone* vergoedingsacties zullen zeldzaam zijn, omdat een potentiële eiser zich in een zeer nadelige bewijspositie bevindt aangezien er geen dossier met bewijsmateriaal is opgebouwd door een mededingingsautoriteit die verregaande bevoegdheden heeft om bewijsmateriaal te vergaren. Wanneer de Commissie of ACM een boetebesluit heeft genomen, hebben diegenen die een schadevergoedingsactie op grond van het (communautaire) mededingingsrecht voldoende munitie om inzage te vorderen in het dossier van de Commissie of ACM en zodoende bewijs te vergaren.

De Commissie wil in ieder geval de ondernemingsverklaringen en schikkingsvoorstellen uitsluiten van openbaarmaking blijkens artikel 6, lid 1, van het richtlijnvoorstel. Dit komt niet geheel als een verrassing, aangezien de Commissie in haar Witboek al heeft aangegeven de wens te hebben om het clementieprogramma van de Commissie en de nationale clementieprogramma's te beschermen tegen openbaarmaking.

Tegen deze achtergrond zal ik in hoofdstuk 3 nader inzoomen op de vergaring van bewijs en de door de Commissie voorgestelde mate van bescherming van het clementiemateriaal, aangezien het direct van invloed is op het door het Hof erkende recht op volledige compensatie. Blijkens het besproken arrest *Pfleiderer* moet het slachtoffers namelijk niet onmogelijk gemaakt worden om schadevergoeding te vorderen op grond van het communautaire mededingingsrecht, hetgeen in strijd is met het beginsel van doeltreffendheid en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

HOOFDSTUK 3

§3 SPECIFIEKE PROBLEEMADRESSERING

§ 3.1 INLEIDING

Blijkens het voorgaande dienen twee problemen geadresseerd te worden. Het eerste probleem ziet op het vergaren van bewijs en meer in het bijzonder de moeilijkheid voor een eiser om te weten welke informatie hij kan vorderen van de gedaagde gelet op het ‘voldoende bepaaldheid’ vereiste van artikel 843a Rv. Het tweede probleem betreft een specifiek probleem binnen het probleem van vergaren van bewijs. Dat probleem ziet op de bescherming van clementiemateriaal waarin het richtlijnvoorstel voorziet. Dit betreft geen obstakel naar nationaal recht, maar naar Europees recht. Gelet op het *Pfleiderer* arrest is het onwenselijk dat in iedere lidstaat de nationale rechter andere voorwaarden kan verbinden aan toegang tot clementiemateriaal. Een dergelijke situatie werkt *forum shopping* en rechtsonzekerheid in de hand. Zo heeft het Engelse *High Court* inzake *National Grid* in navolging van het *Pfleiderer* arrest gedeeltelijke toegang verleend tot het clementiemateriaal, terwijl het Duitse *Amtsgericht Bonn* toegang tot het clementiemateriaal heeft geweigerd.¹²³ De Commissie tracht door middel van het richtlijnvoorstel deze onzekerheid weg te nemen.¹²⁴

In de navolgende paragraaf wordt onderzocht of binnen de Nederlandse jurisprudentie of wellicht plannen van de overheid een lijn is te bespeuren die het vergaren van bewijs door middel van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv vergemakkelijkt. Hierbij dient vermeld te worden dat dit probleem ziet op de situatie waarbij door de eiser geen clementiemateriaal wordt gevorderd. Daarna zal het tweede probleem van het vorderen van bewijs van diegene die clementie heeft gekregen en de bescherming van zijn clementiemateriaal geadresseerd worden.

¹²³ Zie respectievelijk: *National Grid Electricity Transmission v. ABB and Others* [2012] EWHC 869 (Ch) en *Amtsgericht Bonn* 30 januari 2012, 51 Gs 53/09.

¹²⁴ Zie Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404, 11.6.2013, p. 3 en 4.

§ 3.2 VERGAREN VAN BEWIJS

§ 3.2.1 *Het voldoende bepaaldheid vereiste van de exhibitieplicht*

Zoals al in hoofdstuk 2.5.2 is uiteengezet, blijkt het lastig voor een gelaedeerde te zijn om succesvol met een beroep op de exhibitieplicht van artikel 843a Rv mogelijk bewijsmateriaal te vorderen van de laedens. Ook is uiteengezet dat de rechter op dit moment soepeler omgaat met het vereiste van rechtmatig belang wanneer sprake is van bewijsnood aan de zijde van de laedens. De artikel 843a Rv vorderingen worden vaak afgewezen doordat de gevorderde bescheiden niet voldoende bepaald is door de laedens. Dit zal nog evidentier zijn bij zaken waarbij de gelaedeerde schadevergoeding op basis van het (communautaire) mededingingsrecht wil vorderen van de laedens, omdat de leden van een kartel het bewijsmateriaal zeer goed zullen afschermen.

De Hoge Raad heeft recent het arrest *Theodoor Gillissen Bankiers* gewezen waarbij dit rechtscollege heeft bepaald dat de rechter niet te gemakkelijk de vordering tot afgifte van bescheiden mag afwijzen met het argument dat de gevorderde bescheiden onvoldoende bepaald zijn.¹²⁵ In de literatuur is al vaker betoogd dat het stellen van te hoge eisen aan het voldoende bepaaldheid vereiste onredelijk is, omdat de gevorderde bescheiden onbekend zijn bij diegene die inzage vordert.¹²⁶ Zolang er een redelijk grond bestaat dat de gevorderde bescheiden bestaan en de vordering tot afgifte betrekking heeft op een onderwerp dat nauwkeurig is afgebakend, zal voldaan worden aan het voldoende bepaaldheid vereiste, aldus de Hoge Raad. Dat de bescheiden niet individueel omschreven zijn, doet hieraan niet af. Ook heeft de Hoge Raad bepaald dat het niet vereist is dat diegene die afgifte van bescheiden vordert in een rechtsbetrekking met diegene bevindt waarvan hij de bescheiden vordert.

Toch kan in verband met openbaarmaking van bewijs in mededingingszaken getwijfeld worden of dit voldoende is om het de laedens mogelijk te maken om bewijs te vergaren om zodoende succesvol schadevergoeding te kunnen vorderen. De Hoge Raad heeft namelijk bepaald dat als de partij waarvan bepaalde bescheiden wordt gevorderd het bestaan van bepaalde bescheiden zou ontkennen, diegene die de artikel 843a Rv vordering heeft ingesteld de bewijslast voor het tegendeel draagt. Tegen deze achtergrond bespreek in de volgende paragraaf een wetsvoorstel van de Nederlandse overheid dat de effectiviteit van de exhibitieplicht zal verbeteren.

¹²⁵ HR 26 oktober 2012, *LJN* BW9244 (*X/Theodoor Gillissen Bankiers*).
¹²⁶ R.H. de Bock, 'Kroniek Bewijsrecht', *TCR* 2013/2, p. 62.

§ 3.2.2 Wetsvoorstel 33 079

De overheid heeft besloten om de exhibitieplicht van artikel 843a Rv aan te passen door middel van een wetsvoorstel dat 7 november 2011 is ingediend.¹²⁷ In de Memorie van Toelichting is te lezen dat het wetsvoorstel ertoe strekt om het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking te verbeteren. Met de aanpassing van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv wil de overheid bereiken dat zowel de wederpartij als derden gehouden zijn afschrift van bescheiden te verschaffen. Ook aan de *equality of arms* van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens wordt beter recht gedaan door te voorkomen dat een informatie asymmetrie ontstaat waarbij de ene partij wel en de andere partij ten onrechte niet beschikt over informatie die voor de beoordeling van het geschil relevant is.¹²⁸ De Raad voor de rechtspraak heeft in dat verband de verduidelijkingen die de wetgever in het wetsvoorstel heeft gegeven als erg gewenst en overwegend goed bruikbaar voor de praktijk bestempeld.¹²⁹

Als het wetsvoorstel wordt aangenomen door de Staten-Generaal dan wordt onder meer een nieuw artikel 162a Rv opgenomen. De exhibitieplicht wordt niet langer meer gezien als een soort van *ultimum remedium*, aangezien de exhibitieplicht bijdraagt aan een efficiëntere waarheidsvinding door een tijdige opheldering van de feiten. De redactie van artikel 162a Rv is gestroomlijnd ten opzichte van het geldende artikel 843a, lid 1, Rv, zonder dat daarmee een inhoudelijke wijziging is beoogd.¹³⁰ Zoals is te lezen in de toelichting bij het nieuw in te voeren artikel 162a Rv staat voorop dat de vermoedelijke inhoud en strekking van de bescheiden niet hoeft te worden gespecificeerd, waardoor duidelijk het vereiste van voldoende bepaaldheid afgezwakt wordt.

In navolging van het arrest *Theodoor Gillissen Bankiers* zal deze uitlegging van de exhibitieplicht een winst zijn voor diegenen die bewijs willen vorderen van de laedens. De winst van deze nieuwe exhibitieplicht zal ook gegeven zijn in het feit dat de verplichting kan bestaan om de gevorderde bescheiden op te vragen bij een derde in het geval dat de partij waarvan bepaalde bescheiden wordt gevorderd deze bescheiden niet tot zijn beschikking heeft maar zich onder deze derde bevinden.¹³¹ Hierdoor zal de exhibitieplicht 'beter' voldoen aan de minimale openbaarmaking die de Commissie blijkens het Witboek en artikel 5 van het richtlijnvoorstel voorstelt. De minimale openbaarmaking die de Commissie voorstelt, mag namelijk geen *ultimum remedium* zijn.

¹²⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nrs. 1 en 3.

¹²⁸ Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 1-2.

¹²⁹ Kamerstukken II 2011/12, bijlage bij 33 079 nr. 3.

¹³⁰ Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 3.

¹³¹ Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nr. 3, p. 10.

§ 3.3 HET EUROPESE OBSTAKEL “CLEMENTIEMATERIAAL”

§ 3.3.1 Belangenafweging bij een vordering tot openbaarmaking

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 2.4 en 3.1 weegt openbaarmaking in de regel zwaarder dan bescherming van clementiemateriaal blijkens de jurisprudentie van het Hof. Zo heeft het Hof onlangs in *Donau Chemie* geoordeeld dat het enkele inroepen van een risico dat een clementieprogramma, in het kader waarvan deze documenten aan de bevoegde mededingingsautoriteit zijn verstrekt, aan doeltreffendheid zou inboeten door inzage in bewijsmiddelen in het dossier van een mededingingsprocedure die nodig zijn om vorderingen te onderbouwen, niet volstaat om weigering van inzage in deze gegevens te rechtvaardigen.¹³²

Het Hof geeft geen antwoord op de vraag wanneer stukken van de clementieverzoeker openbaar gemaakt moeten worden. Dat is aan de nationale rechter om uit te maken door het toepassen van een belangenafweging tussen enerzijds het belang van de verzoeker die inzage vordert en anderzijds de concrete nadelige gevolgen voor de openbare belangen of de gerechtvaardigde belangen van anderen.¹³³ De uitspraak van Justice Roth inzake *National Grid* en het arrest van de Amerikaanse *Supreme Court* in *Société Nationale Industrielle Aérospatiale* bieden behulpzame elementen die een rechter bij deze belangenafweging kan gebruiken.

Zo heeft Justice Roth geoordeeld dat de verzoeker (gedeeltelijke) toegang moet krijgen tot het clementiemateriaal, omdat (i) de eiser geen inzage vordert in de volledige ondernemingsverklaringen maar hierin specifiek is door inzage te vorderen in bepaalde gedeeltes van deze verklaringen die opgenomen zijn in het vertrouwelijke (boete)besluit en antwoorden op de Mededeling van Punten van Bezwaar en verzoeken tot informatie c.q. uitleg, (ii) omdat openbaarmaking er niet toe zou leiden dat de clementieverzoeker meer blootgesteld wordt aan aansprakelijkheid in vergelijking met aansprakelijkheid van de leden van het kartel die niet hebben meegewerkt in het kader van het clementieprogramma, (iii) omdat het afschrikwekkende effect voor potentiële clementieverzoekers van een nog niet gedetecteerd kartel bij openbaarmaking van clementiemateriaal afgewogen moet worden tegen de ernst en de duur van de overtreding en de daaraan verbonden boete en (iv) vanwege de proportionaliteit inzage verleent moet worden op

¹³²

HvJ EU 6 juni 2013, nr. C-536/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Donau Chemie*), r.o. 46.

¹³³

HvJ EU 6 juni 2013, nr. C-536/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Donau Chemie*), r.o. 44 en 45.

grond van het feit dat de gezochte informatie niet beschikbaar is uit andere bronnen, zoals al bestaande documenten, en het clementiemateriaal zeer waarschijnlijk relevant is.¹³⁴

De test bestaande uit vijf voorwaarden die de Amerikaanse *Supreme Court* hanteert ten aanzien van openbaarmaking van bescheiden die zich buiten het territorium van de Verenigde Staten bevinden, bevat ook bruikbare elementen, zoals hoe relevant de gevorderde bescheiden zijn voor de rechtszaak, hoe specifiek het verzoek is en of er andere alternatieven beschikbaar zijn om aan de bescheiden te komen.¹³⁵

Met behulp van deze elementen kan op dit moment de nationale rechter makkelijker een oordeel vellen over een vordering tot openbaarmaking van clementiemateriaal. Een belangrijk toetsingselement is in hoeverre de openbaarmaking van de gevorderde stukken in het clementiemateriaal kunnen bijdragen aan de beslechting van het geschil. In die zin komt het enigszins overeen met het vereiste van “rechtmatig belang” van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv. Het is dus aan de eiser om in de dagvaarding aannemelijk te maken waarom de gevorderde stukken die onderdeel uitmaken van het clementiemateriaal bijdragen aan het kunnen aantonen van een inbreuk op het mededingingsrecht waardoor de eiser schadevergoeding kan vorderen.

§ 3.3.2 *Bescherming van het clementieprogramma*

Het clementiemateriaal wordt beschermd door de verplichte belangenafweging die de nationale rechter moet toepassen in het geval een eiser openbaarmaking vordert van clementiemateriaal. Gelet op de waarde van een ondernemingsverklaring dat onderdeel uitmaakt van het clementiemateriaal voor een eiser die een schadevergoedingsactie op grond van het (communautaire) mededingingsrecht overweegt, zal openbaarmaking ervan de bewijspositie van de eiser significant verbeteren.

De Commissie is van plan middels wetgeving het clementieprogramma beter te beschermen door alle ondernemingsverklaringen die worden ingediend door de clementieverzoekers te beschermen tegen openbaarmaking ten aanzien van een inbreuk op artikel 101 VWEU.¹³⁶ Mocht dit toch onvoldoende zijn, dan wordt overwogen om punt 39 van de *Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken* zo aan te

¹³⁴ *National Grid Electricity Transmission v. ABB and Others* [2012] EWHC 869 (Ch), r.o. 34, 37 en 39; zie ook P.J. Slot, ‘Does the Pfleiderer Judgment Make the Fight Against International Cartels More Difficult?’, *European Competition Law Review* 2013, p. 197-206.

¹³⁵ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 482 U.S. 522(1987); zie ook P.J. Slot, ‘Does the Pfleiderer Judgment Make the Fight Against International Cartels More Difficult?’, *European Competition Law Review* 2013, p. 197-206.

¹³⁶ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 11.

passen dat de civiele aansprakelijkheid van de partij aan wie immuniteit is verleend, te beperken tot eisen van de partijen met wie hij rechtstreeks of indirect contractuele betrekkingen heeft.¹³⁷ Blijkens artikel 6, lid 1 en artikel 11, lid 2, van het richtlijnvoorstel heeft de Commissie hier dan ook voor gekozen, met als toevoeging dat schikkingsvoorstellen ook uitgesloten moeten zijn van openbaarmaking. In de ogen van de Commissie dienen ondernemingsverklaringen tegen openbaarmaking te worden beschermd, omdat anders het risico bestaat dat de dreiging van openbaarmaking van de door een clementieverzoeker afgelegde bekentenis de kwaliteit van diens verklaringen ongunstig beïnvloeden, of een inbreukmaker er zelfs van weerhouden een clementieverzoek in te dienen.¹³⁸

De vraag is hoe bescherming van clementiemateriaal verenigd kan worden met het recht op volledige compensatie van het slachtoffer, hetgeen volgens vaste rechtspraak geschonden wordt als het slachtoffer in een dusdanig verslechterde bewijspositie mag worden gezet. In tegenstelling tot de behandelde obstakels naar nationaal recht, betreft de bescherming van clementiemateriaal een obstakel naar Europees recht. Dat kan als volgt worden toegelicht.

§ 3.3.3 *Het richtlijnvoorstel*

Blijkens artikel 6, lid 1, van het richtlijnvoorstel stelt de Commissie voor om in het kader van clementiemateriaal ondernemingsverklaringen en schikkingsvoorstellen uit te sluiten van openbaarmaking. Heeft een eiser toch inzage gekregen in deze stukken, dan zouden deze stukken in een rechtszaak niet gebruikt mogen worden, aldus artikel 7, lid 1, van het richtlijnvoorstel. Daarnaast stelt de Commissie voor dat op het moment dat het mededingingsonderzoek afgerond is, openbaarmaking gevorderd kan worden van informatie die specifiek voor het doel van een dit onderzoek door een mededingingsautoriteit vergaard is, aldus artikel 6, lid 2, van het richtlijnvoorstel. Heeft een eiser toch inzage gekregen in deze stukken, dan zouden deze stukken wederom niet in een rechtszaak gebruikt mogen worden, aldus artikel 7, lid 2, van het richtlijnvoorstel. Daarnaast stelt de Commissie tevens voor dat, blijkens artikel 11, lid 2, van het richtlijnvoorstel, de onderneming die immuniteit heeft gekregen tegen een boete in het kader van het clementieprogramma slechts gehouden kan zijn tot het vergoeden van de schade van andere partijen dan de directe of indirecte afnemers of leveranciers mits deze slachtoffers kunnen aantonen dat zij geen volledige compensatie kunnen verkrijgen van de andere ondernemingen die betrokken zijn bij dezelfde inbreuk op regels van (communautair) mededingingsrecht.

¹³⁷ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 12.

¹³⁸ Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def, p. 11.

Tegen deze achtergrond gaat de Commissie mijns inziens ervan uit dat het slachtoffer c.q. de eiser met de informatie die hij van een mededingingsautoriteit kan vorderen, voldoende bewijsmateriaal kan vergaren om het recht op volledige compensatie te kunnen uitoefenen. Hoe dan ook zal de Commissie bij deze optie ervoor moeten waken dat het recht op volledige compensatie van het slachtoffer niet ondermijnd wordt doordat het slachtoffer in een onevenredig moeilijke bewijspositie komt te verkeren. In het richtlijnvoorstel heeft de Commissie het recht op volledige compensatie en het doeltreffendheidsbeginsel ontwikkeld en gesanctioneerd door het Hof ook opgenomen, blijkens artikel 2 en 3 van het richtlijnvoorstel.

In dat verband ben ik van mening dat deze gekozen optie ertoe zou kunnen leiden dat het recht op volledige compensatie wordt ondermijnd, waardoor het doeltreffendheidsbeginsel en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt geschonden. Een beter alternatief is om het clementiemateriaal niet uit te sluiten van openbaarmaking en tegelijkertijd in de mogelijkheid te voorzien van uitsluiting van hoofdelijke aansprakelijkheid ter hoogte van de verleende korting tegen een geldboete.¹³⁹ Als bijvoorbeeld de Commissie of de ACM onderneming X 100% immuniteit heeft verleend tegen een geldboete, dan is deze onderneming X in een schadevergoedingsactie voor de geleden schade volledig uitgesloten van (privaatrechtelijke) hoofdelijke aansprakelijkheid.

Op deze wijze wordt geen afbreuk gedaan aan het clementieprogramma. Immers wordt het nog interessanter om met de Commissie of de nationale mededingingsautoriteit samen te werken, omdat een onderneming naast het hebben van immuniteit tegen een boete van een mededingingsautoriteit ook immuun zal zijn tegen civiele hoofdelijke aansprakelijkheid. Daarnaast zal deze optie ook recht doen aan het recht op volledige compensatie en het doeltreffendheidsbeginsel, aangezien het de slachtoffers vergemakkelijkt om de drempel van het benodigde bewijs te bereiken. Ook wordt hiermee de rechter ontzien in lastige belangenafwegingen. Deze optie zal mijns inziens ook geheel recht doen aan de uitspraak van Alexander Italianer¹⁴⁰, Directeur-Generaal van DG COMP, aangezien op deze manier privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht een nog betere aanvulling zal zijn op de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht. Op goede gronden kan betoogd worden dat deze aanvulling ten goede zal komen aan de afschrikwekkende functie van het (communautaire) mededingingsrecht.

Deze optie is niet geheel ondenkbaar en zeker niet uit de lucht gegrepen. In de Verenigde Staten geldt een wet die een clementieverzoeker aanmoedigt om samen te werken met een eiser, die schadevergoeding vordert op grond van het mededingingsrecht, in ruil voor uitsluiting van

¹³⁹ Zie ook de ingediende reactie van P. Buccirossi, directeur van Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione (LEAR), bij het Italiaanse Osservatorio Permanente sull'applicazione delle Regole di Concorrenza ten aanzien van het richtlijnvoorstel, te raadplegen op <<http://www.osservatorioantitrust.eu>> en laatst geraadpleegd op 14 juni 2013.

¹⁴⁰ Zie paragraaf 1.2.

hoofdelijke aansprakelijkheid.¹⁴¹ In de mededingingswet van Hongarije geldt in dat verband de regel dat de clementieverzoeker niet verplicht is de slachtoffers te vergoeden tenzij deze slachtoffers hun schade niet kunnen verhalen bij de andere leden van het kartel.¹⁴² Aan deze optie kleven wel nadelen, zoals het gevaar waarbij de ondernemingen die geen clementie hebben gevraagd, failliet gaan.¹⁴³ In die situatie wordt het recht op volledige compensatie van het slachtoffer ook ondermijnd. Toch ben ik van oordeel dat dit nadeel niet opweegt tegen de voordelen van deze bepleitte optie. Ik zou dan ook de Commissie willen bewegen om deze optie te overwegen.

§ 3.4 TUSSENCONCLUSIE

De exhibitieplicht van artikel 843a Rv voldoet 'net' aan de minimale openbaarmaking die de Commissie voorziet blijkens het Witboek en het richtlijnvoorstel. Op dit moment is wetsvoorstel 33 079 aanhangig dat de exhibitieplicht moet verbeteren. Speerpunt van het wetsvoorstel is dat de exhibitieplicht geen *ultimum remedium* meer moet zijn, maar een procesmiddel dat onderdeel zal worden van procederen. Zelfs de rechter zou de exhibitieplicht ambtshalve moeten kunnen toepassen. Informatieasymmetrie moet volgens het wetsvoorstel namelijk voorkomen worden, hetgeen meer recht zal doen aan het Witboek en het richtlijnvoorstel alsmede aan het vereiste van *equality of arms* van artikel 6 EVRM.

Naast de obstakels naar nationaal recht die centraal hebben gestaan in deze master scriptie blijkt er ook een obstakel naar Europees recht te zijn. Uit het richtlijnvoorstel blijkt namelijk dat de Commissie kiest voor een beperkte vorm van openbaarmaking van bewijsmateriaal vanwege de voorgestelde gedeeltelijke bescherming van clementiemateriaal. Ondernemingsverklaringen en schikkingsvoorstellen zouden van openbaarmaking uitgesloten moeten worden om het succes van de clementieprogramma's te waarborgen. De door de Commissie gekozen optie staat op gespannen voet met het recht op volledige compensatie en het communautaire doeltreffendheidsbeginsel.

Een beter alternatief is volledige openbaarmaking van bewijsmateriaal, waaronder clementiemateriaal als ondernemingsverklaringen en schikkingsvoorstellen, en uitsluiting van hoofdelijke aansprakelijkheid van de clementieverzoeker ter hoogte van de toegewezen korting.

¹⁴¹ Zie sections 213 en 214 van de 'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004', Pub. L. 108-237, gecodificeerd in 15 U.S.C. § 4301 et seq.

¹⁴² Zie A.P. Martinez & M.Tavares de Araujo Levy & Salomão Advogados, 'Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency', *Competition Policy International*, CPI Antitrust Chronicle April 2013(1), p. 4 en voetnoot 84 bij G. De Stefano, 'Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario', *GCLR* 2012/3, p. 97.

¹⁴³ Zie ook Commission Staff Working Paper accompanying the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, punt 278 op pagina 83.

CONCLUSIE

Gelet op de lopende procedures in Nederland kan gesteld worden dat privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door middel van *follow-on* schadevergoedingsacties in volle gang is. Ook geldt dit voor andere lidstaten, zoals het Verenigd Koninkrijk en Duitsland. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat deze rechtsstelsel voor het overgrote deel voldoen aan het Witboek en het richtlijnvoorstel. Het Nederlands recht kent namelijk niet veel obstakels aangezien het Nederlands recht vrij goed aansluit op het Witboek en het richtlijnvoorstel.

Wel blijkt uit mijn onderzoek dat het Nederlands (proces)recht aangepast moet worden met betrekking tot de dwingende bewijskracht van de besluiten van de nationale mededingingsautoriteit, hetgeen de Commissie voorstelt in het Witboek en artikel 9 van het richtlijnvoorstel. Volgens het Nederlands (proces)recht hebben besluiten van de ACM namelijk vrije bewijskracht. Door een wetwijziging kan dit verholpen worden. Daarnaast heb ik geconcludeerd dat de exhibitieplicht van artikel 843a Rv 'net' voldoet aan de minimale openbaarmaking die de Commissie voorziet blijkens het Witboek en het richtlijnvoorstel. Op dit moment is wetsvoorstel 33 079 aanhangig dat de exhibitieplicht moet verbeteren.

Met grote zekerheid kan gesteld worden dat de (processuele) regels van nationaal recht binnen de lidstaten gewijzigd moeten worden door de toekomstige inwerkingtreding van een richtlijn. De richtlijn zal door middel van minimale harmonisatie ervoor zorgen dat deze regels van nationaal recht zodanig veranderd wordt dat binnen de Europese Unie een gelijk 'level playing field' ontstaat, waardoor Uniewijd privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht door middel van *follow-on* schadevergoedingsacties gemeengoed zal worden.

Naast de obstakels naar nationaal recht die centraal hebben gestaan in deze master scriptie blijkt er ook een obstakel naar Europees recht te zijn, namelijk de uitsluiting van ondernemingsverklaringen en schikkingsvoorstellen van openbaarmaking. Ik heb in hoofdstuk 3 geconstateerd dat deze gekozen optie op gespannen voet staat met het recht op volledige compensatie en het communautaire doeltreffendheidsbeginsel. Het is aan te raden om hiervoor niet te kiezen, maar te kiezen voor uitsluiting van hoofdelijke aansprakelijkheid ter hoogte van de toegewezen korting in combinatie met de mogelijkheid tot volledige openbaarmaking van clementiemateriaal.

Literatuurlijst

Boeken

W.A.J. van Lierop & E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadvis voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2007

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, negende druk

W.P. Wijers & H.M.H. Speyart, *Intracommunautair collectief schadeverhaal bij inbreuken op regels van mededingingsrecht*, in M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Deventer: Kluwer 2010

E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2009

Kerndocumenten

Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013) 404 final, Straatsburg, 11.6.2013

Witboek van 2 april 2008 betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def

Rapporten

'De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', Houthoff Buruma, onder redactie van M.F.J. Haak en I.W. VerLoren van Themaat, een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, 3 november 2005

'Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC Competition Rules', Ashurst, comparative report, prepared by Denis Waelbroeck, Donald Slater and Gil Even-Shoshan, 31 augustus 2004

Artikelen

R.H. de Bock, 'Kroniek Bewijsrecht', *TCR* 2013/2

K.J. Defares, J. Langer & R. Elkerbout, 'Kroniek – Rechtspraak mededingingszaken 2007', *M&M* 2008/5

B.J. Drijber, 'Transparantie versus clementie', *M&M* 2012/3

L. Haasbeek, 'De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5

F. ten Have & J. Mulder, 'Het Nederlandse verbod op *no cure no pay* en *quota pars litis*: een mededingingsrechtelijk perspectief', *AA* 56 (2007) 5

A.J. van Hooft, 'Productie van documenten in arbitrage en assistentie van Nederlandse en Amerikaanse gerechten', *TvA* 2009/2

M. Kuijper, 'Pfleiderer AG/Bundeskartellamt', *M&M* 2011/5

Chr.F. Kroes, 'Bedolven onder een 'lawine van schadeclaims'?: een beschouwing over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels', *M&M* 2008/4

A.P. Martinez & M.Tavares de Araujo Levy & Salomão Advogados, 'Private Antitrust Enforcement in Brazil: New Perspectives and Interplay with Leniency', *Competition Policy International*, CPI Antitrust Chronicle April 2013(1)

A. Maton, S. Latham, M. Kuijper & T. Angerbauer, 'Survey: Update on the Effectiveness of National Fora in Europe for the Practice of Antitrust Litigation', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, Vol. 3, No. 6

S.R. Miller, K. Nordlander & J.C. Owens, 'U.S. Discovery of European Union and U.S. Leniency Applications and Other Confidential Investigatory Materials', *Competition Policy International*, The CPI Antitrust Journal March 2010(1)

M.A. van der Pool, 'Exhibitieright in mededingingszaken', *M&M* 2010/1

K. Scholer, S. Jungermann & M. Terri, 'How to obtain and use US discovery in European private antitrust actions', *International Financial Law Review*, February 2013

P.J. Slot, 'Does the Pfleiderer Judgment Make the Fight Against International Cartels More Difficult?', *European Competition Law Review* 2013, p. 197-206

G. De Stefano, 'Access of Damage Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario', *GCLR* 2012/3

B. van der Wiel, 'Schadevergoeding bij schending van mededingingsrecht: is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?', *NJB* 2009/600

F. Wijckmans & F. Tuytschaever, 'Tot zover het Belgisch kartelparadijs', *Rechtskundig Weekblad*, 2007-08, nr. 29, 15 maart 2008

Wetten

Verdrag betreffende de Europese Unie

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEG* 2000, C 364/1)

Mededingingswet

'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004', Pub. L. 108-237, gecodificeerd in 15 U.S.C. § 4301 et seq

Verordening (EG) 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 (*PbEG* 2008, L 171/3)

Verordening (EG) 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEG* 2004, L 123/18); gewijzigd bij Verordening (EG) 1792 van de Commissie van 23 oktober 2006 (*PbEG* 2006, L 362/1)

Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, (*PbEG* 2003, L 1/1)

Mededeling van de Commissie betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (*PbEG* 2006, C 298/17)

Vademecum Advocatuur 2012, Gedragsregels 1992

Kamerstukken

Kamerstukken II 2011/12, 33 126, nr. 3

Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nr. 1

Kamerstukken II 2011/12, 33 079, nr. 3

Kamerstukken II 2011/12, bijlage bij 33 079 nr. 3

Kamerstukken II 2011/12, 33 000 XIII, nr. 14

Kamerstukken II 1999/00, 26 855, nr. 3

Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3

Jurisprudentie

EU:

HvJ EU 6 juni 2013, nr. C-536/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Donau Chemie*)

HvJ EU 6 november 2012, nr. C-199/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Commissie/Otis NV e.a.*)

HvJ EU 21 juli 2011, nr. C-506/08 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*MyTravel*)

HvJ EU 14 juni 2011, nr. C-360/09, *Jur.* 2011, p. I-5161 (*Pfleiderer*)

HvJ EG 13 juli 2006, nrs. C-295/04 tot C-298/04, *Jur.* 2006, p. I-6619 (*Manfredi*)

HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297 (*Courage and Crehan*)

HvJ EG 14 december 2000, nr. C-344/98, *Jur.* 2000, p. I-11369 (*Masterfoods*)

HvJ EG 23 april 1991, nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, par. 21 (*Höfner en Elser*)

HvJ EVA 21 december 2012, nr. E-14/11 (*DB Schenker/EFTA Surveillance Authority*)

Gerecht EU 22 mei 2012, nr. T-433/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*EnBW Energie Baden-Württemberg/Commissie*)

Gerecht EU 15 december 2011, nr. T-437/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*CDC Hydrogene Peroxide/Commissie*)
GvEA EG 13 april 2005, nr. T-2/03, *Jur.* 2005, p. II-1121 (*Verein für Konsumenteninformation/Commissie*)
GvEA EG 15 juli 1994, nr. T-17/93, *Jur.* 1994, p. II-595, r.o. 34 (*Matra-Hachette SA/Commissie*)

Beschikking van de President van het Gerecht EU 11 maart 2013, nr. T-462/12 R, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Pilkington Group/Commissie*)
Beschikking van de President van het Gerecht EU 29 november 2012, nr. T-164/12 R, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Alstom/Commissie*)

Conclusie van A-G Jääskinen van 7 februari 2013, nr. C-536/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie (*Donau Chemie*)

Nederland:

HR 8 februari 2013, *LJN* BY6111 (*DB Schenker Rail/Prorail*)
HR 21 december 2012, *LJN* BX0345, *NJ* 2013, 155 m. nt. M.R. Mok (*De Algemene Nederlandse Vereniging van Reisondernemingen c.s. / International Air Transport Association*)
HR 26 oktober 2012, *LJN* BW9244 (*X/Theodoor Gillissen Bankiers*)
HR 22 december 2006, *NJ* 2007, 218 (*Van Rattingen / Loenen*; m.nt. M.R. Mok)
HR 20 januari 2006, *LJN* AU4529
HR 18 februari 2000, *LJN* AA4877 (*News International c.s./ABN AMRO*; m. nt. P. Vlas)
HR 11 maart 1994, *LJN* ZC1296 (*Kilbarr/Holland & Teeuwen*; m. nt. H.J. Snijders)
HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 722 (*Super Doe*; m.nt. M. Scheltema)

Gerechtshof Arnhem 22 maart 2013, *LJN* BZ5188 (*Batavus/Vriend's Tweewielercentrum*)
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 maart 2011, *LJN* BQ1725

Rb. Den Haag 1 mei 2013, C/09/414499 / HA ZA 12-293 (*CDC/Shell e.a.*)
Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, *LJN* BZ0403
Rb. Rotterdam 8 augustus 2012, *LJN* BX4521
Rb. 's-Gravenhage 1 augustus 2012, *LJN* BX5675 (*Turboned Group B.V./Wiandel Holding B.V.*)
Rb. Amsterdam 7 maart 2012, *LJN* BV8444
Rb. Rotterdam 7 maart 2007, *LJN* BA0926 (*CEF City Electrical Factors B.V. / bestuurders van branchevereniging de Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch gebied*)
Rb. 's-Gravenhage 19 april 2006, *LJN* BA3050 (*Gordijnhaak*)
Rb. Middelburg 5 april 2006, *LJN* AZ0931
Rb. Arnhem 21 december 2005, *LJN* AV1977

Verenigd Koninkrijk:

National Grid Electricity Transmission v. ABB and Others [2012] EWHC 869 (Ch)

CAT 30 januari 2009, no. 1078/7/9/07
CAT 14 januari 2008, no. 1078/7/9/07

Duitsland:

BGH 7 april 2009, nr. KZR 42/08

Amtsgericht Bonn 30 januari 2012, 51 Gs 53/09

Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf van 14 mei 2008, nr. VI U (Kart) 14/07

Verenigde Staten van Amerika:

Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States District Court for the Southern District of Iowa, 482 U.S. 522(1987)

Brandi-Dohrn v. IKB Deutsche Industriebank, 673 F.3d 76 (2d Cir. 2012)

In re Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation, No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011)

In re Application of Babcock Borsig AG, Memorandum and Order of the United States District Court for the District of Massachusetts (October 30, 2008) (08-mc-10128-DPW)

In re Hallmark Capital Corporation, 534 F.Supp.2d 951, 953 (D.Minn. 2007)

In re Roz Trading Ltd, 469 F.Supp.2d 1221 (N.D.Ga 2006)

Intel Corp. V. Advanced Micro Devices Inc. 542 U.S. 241 (2004)

In re Edelman v. Claude Taittinger, 295 F.3d 171 (2d Cir. 2002)

Diversen

Alexander Italianer, *Public and private enforcement of competition law*, 5th International Competition Conference, Brussel, 17 februari 2012

Amicus curiae van de Commissie van 3 november 2011 inzake de rechtszaak National Grid Electricity Transmission Plc tegen ABB Ltd e.a. bij de *English High Court*

‘Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels’, Rijksoverheid 30 juni 2008

Groenboek van 19 december 2005 betreffende schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672 def

Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2008) 404

Resolutie van de hoofden van de European Competition Network van 23 mei 2012 betreffende bescherming van clementiemateriaal in de context van civiele schadevergoedingsacties

COMP/38.456 – Bitumen (Netherlands)

COMP/33.884 – FEG+TU, OJ L 39, 14.02.2000

NMa 25 juni 2007, zaak nr. 6112, ‘Behandeling verzoek op grond van de Wob inzake Martens & Van oord Aannemingsbedrijf’

MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv.

Reactie van Paolo Buccirossi op het richtlijnvoorstel, te raadplegen op
<<http://www.osservatorioantitrust.eu>>