

De Richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels

Mr. E. Oude Elferink en mr. B. Braat*

Op 17 april 2014 heeft het Europees Parlement de Richtlijn betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie aangenomen (Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 april 2014 over het 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, A7-0089/2014). Deze richtlijn brengt met zich dat de lidstaten dienen te waarborgen dat het verhaal van schade in verband met schending van het kartelverbod en het verbod van misbruik van economische machtspositie wordt gefaciliteerd. In dit artikel wordt enerzijds een toelichting gegeven op de totstandkoming van de richtlijn en anderzijds besproken welke wetwijzigingen, *if any*, de Nederlandse wetgever dient door te voeren teneinde aan de verplichtingen uit hoofde van de richtlijn te voldoen.

Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 17 april 2014 over het 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, A7-0089/2014.

Inleiding

De richtlijn betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (hierna: de Richtlijn) bevat

regels die dienen te waarborgen dat eenieder schade kan verhalen die een gevolg is van een schending van mededingingsregels.¹ De Richtlijn beoogt tevens de publiek-rechtelijke handhaving van de mededingingsregels door mededingingsautoriteiten en de handhaving van diezelfde regels door nationale rechters in het kader van privaatrechtelijke verhaalsacties met elkaar te verenigen en te coördineren.²

De Richtlijn biedt een aantal concrete instrumenten om haar doelstelling te bereiken. Die instrumenten zien op de openbaarmaking van bewijsmateriaal door partijen in een civiel geding, de openbaarmaking van bewijs dat zich bij mededingingsautoriteiten bevindt, de bewijskracht die in een civiel geding aan besluiten van mededingingsautoriteiten moet worden toegekend, de verjaring van vorderingen tot verhaal van schade, de hoofdelijke aansprakelijkheid van overtreders van de mededingingsregels, de betekenis van het zogenoemde *passing on* verweer, de kwantificering van schade en de betekenis van alternatieve geschilbeslechting. Deze instrumenten worden onder de kop *Inhoud richtlijn en betekenis voor Nederland* nader belicht.

De Richtlijn is op 17 april 2014 aangenomen door het Europees Parlement (hierna: het Parlement) op basis van de gewone wetgevingsprocedure. Het voorstel van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) dateerde van 11 juni 2013. Mede gelet op het aanmerkelijke economische belang van het dossier, is het verbluffend dat de instellingen van de Europese Unie er uiteindelijk in zijn geslaagd om de Richtlijn binnen een periode van minder dan elf maanden tot stand te brengen. Onder de kop *Achtergrond* wordt nader ingegaan op enkele factoren die aan deze recordtijd hebben bijgedragen.

Het voorstel van de Commissie heeft in dit relatief korte tijdbestek in de Nederlandse literatuur de nodige aan-

* Mr. E. (Edmon) Oude Elferink is advocaat bij CMS. Mr. B. (Bram) Braat is advocaat bij CMS en tevens promovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Art. 1 lid 1 Richtlijn.

2. Art. 1 lid 2 Richtlijn.

dacht gekregen.³ In het commentaar klonk vaak door dat het voorstel voor de Richtlijn niet van grote betekenis was voor Nederland. Nederland heeft, met Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, op het terrein van civiel schadeverhaal een voorsprong op de andere lidstaten van de Unie en het voorstel zou daarom vooral door de Commissie zijn gedaan om in andere lidstaten enige vooruitgang te realiseren.⁴ Verder zou de Nederlandse wetgeving nu reeds de mogelijkheden en bevoegdheden aan eisers en rechters toekennen die het voorstel beoogde te introduceren.⁵

In het onderstaande wordt onderzocht of deze tamelijk zelfgenoegzame analyse van Nederlandse bodem op basis van de uiteindelijk geadopteerde tekst van de Richtlijn onverkort opgaat of dat, al dan niet in verband met wijzigingen van het voorstel door het Parlement en de Raad van de Europese Unie (hierna: de Raad), toch aanmerkelijke aanpassingen in de Nederlandse wetgeving in het verschiet liggen.

Achtergrond

Consultatiefase

De kiem voor de Richtlijn is gelegd in 2001 door het Hof van Justitie in het arrest in de zaak *Courage*.⁶ Daarin is voor het eerst overwogen dat aan het nuttig effect van het verbod in artikel 101 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kan vorderen van schade die is berokkend door een mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging.⁷ Het Hof van Justitie overwoog in dit verband dat het – bij gebrek aan regels op het niveau van de Unie – een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om rechterlijke instanties aan te wijzen en procedurele regels vast te stellen voor vorderingen tot verhaal van schade.⁸

Deze overwegingen deden aan de zijde van de Commissie opnieuw⁹ de vraag rijzen in welke staat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zich in de verschillende lidstaten van de Unie bevond. In een volstrekt deplorabele, zo oordeelden door haar aangewezen onderzoekers in 2004.¹⁰ Indien en voor zover in lidstaten al voldoende juridische waarborgen voor verhaal van schade bestonden, werd daar in de praktijk weinig gebruik van gemaakt. Nederland onderscheidde zich in dit opzicht niet in positieve zin, hetgeen in 2005 nog eens werd bevestigd in een rapport voor het ministerie van Economische Zaken.¹¹ Het aantal vorderingen tot betaling van schadevergoeding dat in de voorafgaande periode van dertig jaar wegens inbreuken op de mededingingsregels in Nederland was toegekend, kon volgens het betreffende rapport op de vingers van één hand worden geteld.

De Commissie schoot in actie met de publicatie van een Groenboek Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels in december 2005.¹² In het Groenboek is een aantal kwesties geïdentificeerd dat voor de privaatrechtelijke handhaving van de mededingingsregels een aanmerkelijk belang vertegenwoordigde. Naast de elementen die uiteindelijk in de Richtlijn zijn geadresseerd, noemde het Groenboek de bescherming van consumentenbelangen, de (vergoeding van) proceskosten en het materiële recht dat op schadevorderingen van toepassing is.

Het Parlement reageerde op het Groenboek met een resolutie van 25 april 2007.¹³ Daarin sprak het Parlement zonder terughoudendheid steun uit voor het behoud en de bevordering van effectieve clementieprogramma's in de lidstaten van de Unie¹⁴ en werd gesteld dat aan het Parlement op het gebied van het mededingingsrecht een medebeslissende rol toekwam.¹⁵

In het arrest *Manfredi*¹⁶ had het Hof van Justitie inmiddels het bestaan van een causaal verband tussen de mededingingsbeperkende overeenkomst of gedraging en de geleden schade als een belangrijke voorwaarde voor het slagen van een vordering tot schadevergoeding aangemerkt. Het heeft het aan de lidstaten gelaten om

3. L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasaribu, 'EU-harmonisering verhaal kartel- en misbruikschade en collectief verhaal (I)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 61; L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasaribu, 'EU-harmonisering verhaal kartel- en misbruikschade en collectief verhaal (II)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 65; L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasaribu, 'Aanbeveling Europese Commissie: gemeenschappelijke beginselen voor collectief verhaal bij schending Unierechten (III)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 67; B.J. Drijber, 'Het Richtlijnvoorstel over schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Ondernemingsrecht* 2013, 98; J.W. Fanoy en T. Raats, 'Private handhaving binnen Europa: veel honden vechten om een been, maar wie gaat er nu mee heen?', *Tijdschrift Mededinging in de Praktijk* 2013, nr. 8, p. 266; E.-J. Zippro, 'Het Richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Tijdschrift Mededinging in de Praktijk* 2013, nr. 8, p. 275; A. Ortega Gonzalez, 'De moeilijke balans tussen het clementieprogramma en schadevergoedingsvorderingen: where do we come from, where do we go?', *SEW* 2014, nr. 3, p. 117.
4. J.W. Fanoy en T. Raats, 'Private handhaving binnen Europa: veel honden vechten om een been, maar wie gaat er nu mee heen?', *Tijdschrift Mededinging in de Praktijk* 2013, nr. 8, p. 274.
5. B.J. Drijber, 'Het Richtlijnvoorstel over schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Ondernemingsrecht* 2013, 98, punt 3.6.
6. HvJ EU 20 september 2001, zaak C-453/99, *Courage*, EU:C:2001:465.
7. *Courage*, punt 26.
8. *Courage*, punt 29.

9. In 1966 is een rapport van de Commissie verschenen met de titel 'Herstel van schade ten gevolge van schending van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag'. Daarop is in 1985 een vervolg gekomen.
10. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 31 August 2004.
11. M.F.J. Haak en I.W. Verloren van Themaat, 'De Mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', Een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam, 3 november 2005.
12. Groenboek Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672 definitief.
13. Resolutie van het Europees Parlement van 25 april 2007 over het groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, (2006/2207(INI)), P6_TA(2007)0152.
14. Resolutie van het Europees Parlement van 25 april 2007 over het groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, punten 16 en 17.
15. Resolutie van het Europees Parlement van 25 april 2007 over het groenboek inzake schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, punt 32.
16. HvJ EU 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot C-298/04, *Manfredi*, EU:C:2006:461.

invulling aan het vereiste van causaal verband te geven.¹⁷ Ten aanzien van verjaring van de vorderingen bepaalde het Hof van Justitie dat onvoldoende doeltreffend is een wettelijke regeling op grond waarvan de verjaring bij aanvang van de inbreuk op de mededingingsregels begint te lopen.¹⁸ Het Hof van Justitie maakte voorts duidelijk dat onder te verhalen schade niet alleen reële schade moet worden verstaan, maar ook gederfde winst en rente.¹⁹

Op 2 april 2008 publiceerde de Commissie een Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels.²⁰ De Commissie benadrukte dat het Witboek zag op alle categorieën van slachtoffers, alle soorten inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU en alle economische sectoren.²¹ Thematisch sloot het Witboek nauw aan bij het Groenboek, zij het dat niet langer aandacht werd besteed aan de vraag welk materieel recht toepassing dient te vinden indien in een lidstaat een vordering tot schadevergoeding wordt ingesteld. De bescherming van consumentenbelangen kreeg daarentegen een grotere rol toebedeeld.²² De Commissie stelde voor om collectieve schadeacties te bevorderen door schadeacties door belangenbehartigers mogelijk te maken die door daartoe bevoegde autoriteiten werden ingesteld namens geïdentificeerde of identificeerbare benadeelden. Daarnaast werd voorgesteld opt-in collectieve schadeacties te introduceren, waarbij benadeelden de mogelijkheid hebben om individuele schadeacties te bundelen tot één actie.

Het Parlement reageerde op het Witboek in een resolutie van 26 maart 2009.²³ Het riep onder andere op om te waken voor ‘Amerikaanse toestanden’²⁴ en drong er bij de Commissie op aan duidelijk te maken welke rechtsgrondslag voor eventuele secundaire wetgeving zou worden gehanteerd. Aangezien de invoering van een mechanisme van collectieve actie werd overwogen, meende het Parlement dat codecisie was aangewezen.²⁵ De behoefte aan duidelijkheid over de rechtsgrondslag bestond niet alleen aan de zijde van het Parlement. Ook Nederland merkte in een reactie de rechtsbasis als

essentieel aan.²⁶ Hoewel Nederland de inhoud van het Witboek verder in grote lijnen ondersteunde, maakte het wel fundamenteel bezwaar tegen het feit dat de aanpak van de Commissie beperkt bleef tot overtredingen van de mededingingsregels. Een versnipperde aanpak per rechtsgebied, in plaats van een horizontale aanpak voor alle desbetreffende rechtsgebieden in het burgerlijke recht, zou ten koste gaan van de interne samenhang van de nationale systemen van burgerlijk procesrecht die zijn ingebed in de nationale rechtscultuur.²⁷

Het oordeel van het Hof van Justitie in de zaak *Pfleiderer*²⁸ in 2011 vormde een volgende belangrijke ontwikkeling in het proces dat leidde tot de Richtlijn. In die zaak ging het om een voornemen van een Duitse rechter om het Bundeskartellamt inzage te gelasten in dossierstukken die een clementieverzoeker had ingediend. Een benadeelde van het kartel in de Duitse sector voor decorpapier had daarom verzocht. Het Hof van Justitie besliste dat het bij gebrek aan Unieregels aan de nationale rechter was om *per geval* en met inachtneming van alle relevante gegevens van de zaak, te beoordelen of het belang van een benadeelde bij verstrekking van clementiemateriaal opwoog tegen het belang van de bescherming van door de clementieverzoeker verstrekte inlichtingen.²⁹ Het Parlement³⁰ en de mededingingsautoriteiten in de Unie meenden dat die *case by case* benadering de effectiviteit van clementieprogramma’s kon ondermijnen gezien de onzekerheid aan de zijde van potentiële spijtoptanten over het al dan niet in de openbaarheid geraken van een clementieaanvraag (en daarbij behorende stukken) in het kader van civiele procedures.³¹

Het Hof van Justitie bevestigde in de zaak *Otis*³² in november 2012 dat iedere gelaedeerde schade als gevolg van een inbreuk op de mededingingsregels moet kunnen vorderen. Dat gold ook voor de Commissie, die in de betreffende zaak voor een Brusselse rechtbank namens de Unie schade terugvorderde geleden in verband met het liftenkartel.³³

Voorstel voor de Richtlijn

Op de dag van de uitspraak in *Otis* had de Commissie al aangekondigd daadwerkelijk een voorstel te gaan doen voor wetgeving op het terrein van schade door inbreu-

17. *Manfredi*, punten 63 en 64.

18. *Manfredi*, punten 78 en 79.

19. *Manfredi*, punt 100.

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

21. Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, punt 1.2.d

22. Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, punt 2.1.

23. Resolutie van het Europees Parlement van 26 maart 2009 over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, (2008/2154(INI)), P6_TA(2009)0187.

24. Resolutie van het Europees Parlement van 26 maart 2009 over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, punt I.

25. Resolutie van het Europees Parlement van 26 maart 2009 over het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, punt 5.

26. Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, p. 3 en 13.

27. Nederlandse reactie op het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, p. 2 en 8.

28. HvJ EU 14 juni 2011, zaak C-360/09, *Pfleiderer*, EU:C:2011:389.

29. *Pfleiderer*, punten 30 en 31.

30. Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 over het Jaarverslag inzake het mededingingsbeleid van de EU (2011/2094 (INI)), P7_TA(2012)0031, punt 23.

31. Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012: Protection of leniency material in the context of civil damages actions.

32. HvJ EU 6 november 2012, zaak C-199/11, *Otis*, EU:C:2012:684, punten 40 tot en met 44. Zie over dit arrest R. Meijer, ‘Verhaal van kartelschade door de Europese Commissie’, *M&M* 2013/1.

33. Beschikking Commissie 21 februari 2007, zaak COMP/E-1/38.823, *Elevators and escalators*, Pb. EU 2008, C 75, p. 19.

ken op de mededingingsregels.³⁴ Op 11 juni 2013 werd met de publicatie van het voorstel voor de Richtlijn³⁵ en een aantal begeleidende documenten de daad bij het woord gevoegd.

Enerzijds heeft de Commissie een *Impact Assessment Report Damages Actions for breach of the EU antitrust rules*³⁶ uitgebracht.³⁷ In de *Impact Assessment* zijn de kosten van een ondoeltreffende civiele handhaving van het mededingingsrecht in de Unie geraamd op 23 miljard euro per jaar, ofwel 0,18 procent van het bbp van de Unie in 2012.³⁸ Daarnaast is door middel van de waardering van vier hypothetische scenario's, variërend van het afzien van iedere maatregel tot de afkondiging van wetgeving ten aanzien van een groot aantal thema's, vastgesteld dat actie op het niveau van de Unie in ieder geval een grotere bijdrage aan de welvaart levert dan wanneer de Unie een passieve houding aanneemt.³⁹ Anderzijds heeft de Commissie richtsnoeren uitgevaardigd voor de begroting van schade als gevolg van inbreuken op artikel 101 en 102 VWEU.⁴⁰

Tegen de achtergrond van het consultatieproces dat tot op dat moment had gelopen, viel een aantal zaken op aan het voorstel voor de Richtlijn.

In de eerste plaats is geopteerd voor een dubbele rechtsbasis voor de Richtlijn: artikel 103 VWEU, dat voorziet in de mogelijkheid een richtlijn aan te nemen ter bevor-

dering van de naleving van artikel 101 en 102 VWEU, en artikel 114 VWEU, dat dient als basis voor regels die de instelling en de werking van de interne markt betreffen. Het beroep op artikel 114 VWEU bracht mee dat de gewone wetgevingsprocedure bedoeld in artikel 294 VWEU van toepassing was en het Parlement het voorstel diende goed te keuren. De Commissie is dan ook tegemoet gekomen aan de vurige wens van het Parlement om nauw bij dit onderwerp betrokken te worden en heeft daarmee een complex verloop van het wetgevingstraject aanvaard.

In de tweede plaats is het materiële toepassingsbereik van de Richtlijn in het voorstel opvallend verruimd. De vergoeding van schade wegens inbreuken van artikel 101 en 102 VWEU was eerder altijd het uitgangspunt, maar volgens het voorstel diende de Richtlijn onder omstandigheden ook te zien op vorderingen tot vergoeding van schade wegens inbreuken op nationaal mededingingsrecht. Niet valt uit te sluiten dat het toepassingsgebied onder andere is uitgebreid ter rechtvaardiging van artikel 114 VWEU als tweede rechtsgrondslag.

In de derde plaats springt in het oog dat als doelstelling van de Richtlijn is geïntroduceerd de optimalisatie van de complementariteit en wisselwerking van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht. Over de nood aan, of het belang van, een dergelijke optimalisatie was in het consultatietraject niet eerder gerept. In de kern betrof het echter een nieuwe verpakking van een doelstelling die wel al in het Witboek was genoemd, namelijk de bescherming van bewijs dat in het kader van clementie informatie aan een mededingingsautoriteit was verstrekt. Dat het zwaartepunt in het voorstel voor de Richtlijn in die richting is verschoven, hield verband met het oordeel van het Hof van Justitie in *Pfleiderer* en de zorgen die bepaalde *stakeholders* over dat gerechtelijk oordeel hadden geuit.

In de vierde plaats zijn in het voorstel geen bepalingen opgenomen betreffende collectieve acties tot verhaal van schade. De beginselen die de Commissie in het Witboek had geformuleerd voor collectieve schadeacties tot verhaal van schade van inbreuken op de mededingingsregels, zijn opgenomen in een Aanbeveling van de Commissie die op 11 juni 2013 – tegelijk met het voorstel voor de Richtlijn – is gepubliceerd.⁴¹ De Aanbeveling ziet op gemeenschappelijke beginselen voor collectief verhaal van (massa)schade wegens inbreuken op aan het Unierecht ontleende rechten, en dus niet alleen wegens inbreuken op de mededingingsregels. De Commissie heeft onder andere voor deze strategie geopteerd in het licht van de zorg van het Parlement dat ongecoördineerde initiatieven op het gebied van collectief verhaal zou-

34. Work programme Commission 2012, COM(2011)777final, annex I.

35. 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, 11 juni 2006, COM(2013)404final.

36. Werkdocument van de diensten van de Commissie, Samenvatting van de effectbeoordeling Schadevorderingen wegens inbreuken op de mededingingsregels van de Unie bij het 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, SWD(2013)203final.

37. Werkdocument van de diensten van de Commissie, Samenvatting van de effectbeoordeling Schadevorderingen wegens inbreuken op de mededingingsregels van de Unie bij het 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.

38. Werkdocument van de diensten van de Commissie, Samenvatting van de effectbeoordeling Schadevorderingen wegens inbreuken op de mededingingsregels van de Unie bij het 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, punt 8.

39. Werkdocument van de diensten van de Commissie, Samenvatting van de effectbeoordeling Schadevorderingen wegens inbreuken op de mededingingsregels van de Unie bij het 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, punt 20.

40. Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, Pb. EU 2013, C 167, p. 19 en Werkdocument van de diensten van de Commissie, Praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2013), XXX draft.

41. Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten, Pb. EU 2013, L 201, p. 60.

den leiden tot een versnippering van het nationale proces- en aansprakelijkheidsrecht.⁴²

Net voordat de Commissie het voorstel voor de Richtlijn had ingediend, had het Hof van Justitie een arrest gewezen in de zaak *Donau Chemie*.⁴³ In die zaak had een Oostenrijkse rechter prejudiciële vragen gesteld over het regime in Oostenrijk met betrekking tot de verlening van toegang tot een dossier door de nationale mededingingsautoriteit. Dat regime kwam erop neer dat die toegang aan verzoekende partijen moest worden onthouden indien de partijen bij de procedure daarvoor geen toestemming gaven. Voor die weigering behoefde geen enkele rechtvaardiging te worden aangevoerd.⁴⁴ Het Hof van Justitie knoopte aan bij *Pfleiderer* en overwoog dat elke strikte regel over toegang tot een dossier, of die regel nu een absolute weigering of een algemene inzage behelst, zich niet goed verdraagt met de *per geval* beoordeling.⁴⁵ Het Hof van Justitie preciseerde dat ten aanzien van stukken ingediend in het kader van een clementieprogramma eveneens per geval, en met inachtneming van de relevante gegevens van de zaak, moet worden beoordeeld of toegang daartoe kan worden verleend of moet worden geweigerd. Die regel ondermijnt een nationaal clementieprogramma op zichzelf niet, aldus het Hof van Justitie. Deze benadering van het Hof van Justitie stond haaks op de insteek van het voorstel voor de Richtlijn. Dat voorstel voorzag namelijk in een *zwarte lijst* van documenten die onder geen beding verstrekt konden worden aan derden.⁴⁶ Het ging om ondernemingsverklaringen van clementieverzoekers en schikingsvoorstellen.

Het Hof van Justitie heeft in het arrest van 27 februari 2014 in de zaak *Commissie/EnBW Energie Baden-Württemberg* aangehaakt bij de overwegingen uit *Donau Chemie*.⁴⁷ Daarin is evenwel in algemene zin toegevoegd dat een benadeelde die schade pretendeert te hebben geleden en om toegang tot een dossier van een mededingingsautoriteit verzoekt moet aantonen dat hij een of ander document uit het dossier nodig heeft.⁴⁸ Op die manier wordt de mededingingsautoriteit in de gelegen-

heid gesteld om per geval een afweging van belangen te maken. Het arrest van 27 februari 2014 is overigens in een ander opzicht van belang, omdat daarin door het Hof van Justitie is bepaald in welke verhouding Verordening 2001/1049/EG,⁴⁹ de zogenoemde Eurowob, staat tot de beginselen die zijn ontwikkeld in de hiervoor besproken rechtspraak over de toegang tot documenten ten behoeve van vorderingen van schade wegens inbreuken van de mededingingsregels. Kort gezegd, had het Gerecht in eerste aanleg het *per geval* concept uit *Pfleiderer* toegepast in het kader van een beoordeling onder Verordening 2001/1049/EG.⁵⁰ Dat is door het Hof van Justitie als een rechtsdwaling aangemerkt.⁵¹

Aanname van de Richtlijn

De gewone wetgevingsprocedure ten aanzien van de Richtlijn is op 18 juni 2013 in gang gezet met de benoeming van de Duitser Andreas Schwab tot rapporteur. Met zijn EVP-fractie richtte de rapporteur zich aanvankelijk op één aspect van de vergoeding van schade voor overtredingen van inbreuken op mededingingsregels in het bijzonder: het voorkomen van overcompensatie voor benadeelden.⁵² De fractie van ALDE zette onder aanvoering van schaduwrapporteur In 't Veld vooral in op transparantie,⁵³ terwijl de ASDP de meeste aandacht had voor de positie van het midden- en kleinbedrijf.⁵⁴ In dat kader is een poging gedaan om verplichtingen ten aanzien van het faciliteren van collectieve acties in de Richtlijn te krijgen.⁵⁵ De terugkeer van dat onderwerp, dat nu juist op instigatie van het Parlement in een meer horizontaal verband was getrokken, werd ook door

42. Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 over Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaalsmechanismen, *Pb. EU* 2013, C 289, p. 32 en het werkdokument van de diensten van de Commissie, Samenvatting van de effectbeoordeling Schadevorderingen wegens inbreuken op de mededingingsregels van de Unie bij het 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, punt 22.

43. HvJ EU 6 juni 2013, zaak C-536/11, *Donau Chemie*, EU:C:2013:366. Zie over dit arrest A.E. Beumer, 'De toegang tot het mededingingsdossier - Met Donau Chemie is het einde van de sage nog niet in zicht', *NTER* 2013/9, p. 310.

44. *Donau Chemie*, punt 38.

45. *Donau Chemie*, punt 31.

46. 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, 11 juni 2006, COM(2013)404 final, art. 6 lid 6.

47. HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-365/12P, *Commissie/EnBW Energie Baden-Württemberg*, EU:C:2014:112.

48. *Commissie/EnBW Energie Baden-Württemberg*, punt 107.

49. Verordening (EG) nr. 49/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, *Pb. EG* 2001, L 145, p.43.

50. GvEA 22 mei 2012, zaak T-344/08, *EnBW Energie Baden-Württemberg*, EU:T:2012:242.

51. HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-365/12P, *Commissie/EnBW Energie Baden-Württemberg*, punt 9.

52. Ter illustratie wordt verwezen naar amendementen 62, 105 en 212 in ontwerpverslag over het 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, 3 oktober 2013 en 8 november 2013, 2013/0185(COD).

53. Amendement 160 in ontwerpverslag over het 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, 3 oktober 2013 en 8 november 2013, 2013/0185(COD).

54. Amendement 195 in ontwerpverslag over het 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, 3 oktober 2013 en 8 november 2013, 2013/0185(COD).

55. Amendementen 108, 140, 141 en 142 in ontwerpverslag over het 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, 3 oktober 2013 en 8 november 2013, 2013/0185(COD).

ALDE gesteund.⁵⁶ Kennelijk zat de keuze door de Commissie voor een enkele Aanbeveling het Parlement toch niet helemaal lekker.

Na de eerste stemming op commissieniveau (ECON) binnen het Parlement bleek, zoals wel vaker het geval is, dat veel van de politieke ambities niet waargemaakt konden worden. In het definitieve rapport van de rapporteur van 4 februari 2014, waarin de amendementen die door de leden van de commissie zijn aanvaard zijn weergegeven, komen de hiervoor genoemde thema's niet prominent meer voor. Enkel transparantie vormt hierop een positieve uitzondering.⁵⁷

Op dat moment was het voorstel voor de Richtlijn ook al in de Raad besproken. Op 2 december 2013 was het voorzitterschap uitgenodigd om onderhandelingen met het Parlement te initiëren.⁵⁸ Dit op grond van een compromis ten aanzien van wijzigingen van de tekst van het voorstel voor de Richtlijn. Dat compromis zag op de bepalingen in het voorstel over de bindende kracht van besluiten van nationale mededingingsautoriteiten. Verder meende de Raad dat de verplichting tot betaling van schadevergoeding van een karteldeelnemer die immuniteit heeft gekregen, moest worden beperkt tot schade die zijn eigen directe en indirecte afnemers hebben geleden. Tijdens de daarop volgende trialogen vormde de toegang tot clementiemateriaal dat in het bezit is van mededingingsautoriteiten het hete hangijzer. De discussie over de keuze voor een *zwarte lijst* (documenten waaronder nooit toegang wordt verschaft), een *grijze lijst* (documenten waar onder omstandigheden toegang toe wordt verschaft) of geen enkele bescherming op voorhand, is hoog opgelopen.

Het voorstel voor de Richtlijn is op diverse onderdelen aangepast en na informele instemming van de Raad, tijdens de plenaire zitting op 17 april 2014 aangenomen met 541 stemmen vóór, 25 stemmen tegen en 12 onthoudingen. Die cijfers maken het traject, zeker gezien het korte tijdsbestek waarbinnen het is afgerond, tot een enorm succes voor de betrokken partijen. Dat geldt temeer daar het verzet van Duitsland, en Duitse leden van het Parlement, tegen het voorstel groot was. Overigens dient het nieuwe Parlement formeel opnieuw te stemmen in september of oktober van dit jaar. Om de Richtlijn er voor het einde van het mandaat 'doorheen te krijgen' heeft het Parlement gebruikgemaakt van de

mogelijkheid om te stemmen zonder dat alle vertalingen van de Richtlijn beschikbaar waren. Het nieuwe Parlement kan alleen onder hoogst uitzonderlijke omstandigheden ander stemgedrag vertonen dan het vorige Parlement.

Het wetgevingstraject heeft zich in positieve zin van andere procedures onderscheiden door de buitengewoon actieve rol die de Commissie heeft gespeeld. Er was haar veel aan gelegen om de Richtlijn voor het einde van het lopende mandaat van het Parlement aangenomen te krijgen. Een andere reden voor dat succes was het nakende einde van het mandaat van het Parlement en de Commissie zelf. In ieder geval heeft aan de zijde van het Parlement het besef bestaan dat de mogelijkheid om mee te beslissen in de volgende termijn mogelijk niet meer zou bestaan.

De totstandkoming van de Richtlijn is door enkele betrokkenen beschouwd als een generale repetitie voor de herziening van Verordening 2003/1/EG,⁵⁹ die ook op stapel staat. In dat verband wordt namelijk ook overwogen om eveneens de gewone wetgevingsprocedure te hanteren.

Kort nadat de Richtlijn door het Parlement was aangenomen, heeft het Hof van Justitie een arrest gewezen dat, in combinatie met de transpositie van de betreffende Richtlijn, een aanmerkelijke weerslag op de handhaving van het mededingingsrecht in de Unie en de lidstaten kan hebben. De zaak *Kone*⁶⁰ ging over het fenomeen *umbrella pricing*. Een benadeelde van een Oostenrijks kartel van producenten van liften en roltrappen vorderde van de gedaagde karteldeelnemers de schade die het gevolg was van het feit dat zij van derde concurrenten die niet aan het kartel hadden deelgenomen, liften en roltrappen voor een hogere prijs heeft gekocht dan het geval zou zijn geweest indien geen kartel had bestaan. De derden zouden hun prijzen hebben aangepast aan het hogere prijsniveau als gevolg van het kartel.⁶¹ Het Hof van Justitie heeft beslist dat artikel 101 VWEU in de weg staat aan een wettelijke regeling die categorisch uitsloot dat karteldeelnemers voor dergelijke schade aansprakelijk werden gesteld. Dat brengt met zich het risico dat een karteldeelnemer niet alleen hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor alle schade direct veroorzaakt door de karteldeelnemers, maar ook voor schade verband houdend met (alle) verkopen door derden op de betrokken markt. De voorspelling van de mededingingsautoriteiten is dat de bepalingen in de Richtlijn die in de absolute bescherming van clementiemateriaal voorzien, in combinatie met de beperkte aansprakelijkheid voor karteldeelnemers die immuniteit verwerven, tot een *boost* van de nationale clementieprogramma's gaat leiden.

Interessant aan het arrest *Kone* is verder dat het Hof van Justitie eenvoudig aanneemt dat een karteldeelnemer op de hoogte kan worden geacht dat *umbrella pricing* een

56. Amendement 118 in ontwerpverslag over het 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, 3 oktober 2013 en 8 november 2013, 2013/0185(COD).

57. Verslag over het 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, 4 februari 2014, A7-0089/2014.

58. Council of the European Union, 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 – Adoption of the general approach, 2 december 2013, 2013/0185(COD).

59. Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb. EU* 2003, L 1, p. 1.

60. HvJ EU 5 juni 2014, zaak C-557/12, *Kone*, EU:C:2014:1317.

61. *Kone*, punten 10 en 11.

mogelijk gevolg van de kartelovertreiding is⁶² en dat het zich feitelijk mengt in de vraag of de Oostenrijkse wettelijke regeling met betrekking tot het bestaan van een rechtstreeks causaal verband tussen de kartelvorming en de schade. Aan de volle werking van artikel 101 VWEU wordt afgedaan indien, zoals in Oostenrijk, causaliteit categorisch wordt uitgesloten als geen contractuele band tussen benadeelde en de karteldeelnemer heeft bestaan.⁶³ Daarmee heeft het Hof van Justitie zich minder terughoudend opgesteld dan in *Manfredi* nog het geval was.

Inhoud richtlijn en betekenis voor Nederland

De Richtlijn bestaat uit vierentwintig artikelen die zijn ondergebracht in zeven hoofdstukken. Die hoofdstukken zien op het toepassingsgebied van de Richtlijn en definities (hoofdstuk I), op de toegang tot bewijsmateriaal (hoofdstuk II), op de doorwerkingen van nationale beslissingen, verjaringstermijnen en hoofdelijke aansprakelijkheid (hoofdstuk III), doorberekening van prijsverhogingen (hoofdstuk IV), op schadebegroting (hoofdstuk V), op consensuele geschillenbeslechting (hoofdstuk VI)⁶⁴ en in hoofdstuk VII zijn enkele slotbepalingen van algemene aard opgenomen. De structuur van de Richtlijn wijkt daarmee niet af van het voorstel van de Commissie.

Hieronder worden de belangrijkste bepalingen van ieder hoofdstuk besproken. Daarbij wordt enerzijds toegelicht wat de Richtlijn de lidstaten nu uiteindelijk voorschrijft. Anderzijds wordt beoordeeld of en in hoeverre de betreffende bepalingen in de Richtlijn gevolgen hebben voor het bestaande wettelijke kader in Nederland.

Wat dat wettelijke kader betreft, moet vooraf worden opgemerkt dat er in Nederland geen enkele bijzondere regel bestaat die ziet op de vordering van schadevergoeding wegens inbreuken op het mededingingsrecht. Een dergelijke vordering wordt momenteel beheerst door het reguliere aansprakelijkheidsrecht. Dat wil bijvoorbeeld zeggen dat de onrechtmatige daad bedoeld in artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) doorgaans als rechtsgrondslag dient, terwijl hoofdelijkheid van de aansprakelijkheid van verschillende deelnemers aan een kartel op artikel 6:102 BW wordt gebaseerd. Vanuit bewijsrechtelijk oogpunt gaat de basisregel ‘*wie stelt, die bewijst*’ uit artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) gewoon op, terwijl bewijsgaring wordt beheerst door artikelen 21 en 22 Rv en artikel 843a Rv.

Niet onbelangrijk is dat in Nederland voor de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten als gevolg van Richtlijn 2004/48/EG⁶⁵ wel al een apart regime geldt. Dat regime doet zich met name gelden op het terrein van bewijsgaring. Met de omzetting van de betreffende richtlijn⁶⁶ is de door Nederland als onwenselijk aangemerkte versnippering van het aansprakelijkheidsrecht in gang gezet. De Richtlijn, die in een aantal opzichten is geïnspireerd op Richtlijn 2004/48/EG, brengt mogelijk de verplichting met zich om daaraan bijzondere regels voor schadevergoeding in verband met inbreuken op de mededingingsregels toe te voegen.

Hoofdstuk 1: reikwijdte en definities (art. 1 tot en met 4)

• Richtlijn

De doelstellingen van de Richtlijn worden in artikel 1 Richtlijn geformuleerd. De Richtlijn beoogt regels vast te stellen die noodzakelijk zijn om ervoor te zorgen dat iedereen die schade heeft geleden als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht volledige vergoeding van die schade kan vorderen. Daarnaast ziet de Richtlijn op het vaststellen van regels voor de coördinatie tussen de handhaving van de mededingingsregels door mededingingsautoriteiten en de handhaving van schadevorderingen door de nationale rechter.

De Richtlijn neemt volledige vergoeding van schade als uitgangspunt. De uitleg van het begrip schade gaat niet verder dan hetgeen al bekend was uit de uitspraken van het Hof van Justitie. De schade bestaat uit de volledige compensatie van het geleden verlies, de gederfde winst en de wettelijke rente.⁶⁷ Reputatieschade lijkt hieronder ook te vallen.⁶⁸

Een vergoeding mag uitdrukkelijk niet leiden tot overcompensatie,⁶⁹ of dat nu door punitieve, een meervoudige of een andere vorm van schadevergoeding gebeurt. Deze nuancering is een schaars wapenfeit van de rapporteur in het Parlement.⁷⁰ Diens ambitie om ‘Ameri-

62. Kone, punt 30.

63. Kone, punt 33.

64. Hier wordt verder de terminologie gebruikt die in de Nederlandse vertaling van de Richtlijn is gehanteerd welke op het moment van schrijven op de website van het Parlement vermeld stond.

65. Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *Pb. EG* 2004, L 157, p. 45.

66. Wet van 8 maart 2007 tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Auteurswet 1912, de Wet op de naburige rechten, de Databankenwet, de Handelsnaamwet, de Wet van 28 oktober 1987 houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten (Stb. 484), de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 en de Landbouwkwaliteitswet ter uitvoering van Richtlijn nr. 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten (PbEG L 195), *Stb.* 2007, 108.

67. Art. 2 lid 2 Richtlijn. Zie ook considerans onder 12.

68. *Commission Staff Working Document – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union* SWD(2013) 205, 11.6.2013, punt 183.

69. Art. 2 Richtlijn.

70. Amendement 105 in ontwerpverslag over het 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, 3 oktober 2013 en 8 november 2013, 2013/0185(COD).

kaanse toestanden' binnen de Unie te voorkomen is hiermee maar ten dele verwezenlijkt. Enkele bepalingen uit het voorstel die volgens enkele auteurs zelfs voor Amerikaanse begrippen buitengewoon faciliterend van aard waren,⁷¹ zijn in de Richtlijn gewoon gehandhaafd. Het gaat dan bijvoorbeeld om de regels over verjaring.

Ten aanzien van de definities is het volgende van belang. De Richtlijn richt zich op vergoeding van schade uit inbreuken op het mededingingsrecht. Daaronder wordt verstaan een inbreuk op artikel 101 of 102 VWEU of op nationaal mededingingsrecht.⁷² Inbreuken op de (procedure)regels op het gebied van concentratiecontrole⁷³ vallen hier bijvoorbeeld niet onder.

Het begrip nationaal mededingingsrecht is eng gedefinieerd. Het gaat om bepalingen van nationaal recht die overwegend dezelfde doelstelling nastreven als artikel 101 en 102 VWEU en die daarmee overeenkomstig artikel 3 lid 1 van Verordening 2003/1/EG in dezelfde zaak parallel worden toegepast.⁷⁴ Met deze uitbreiding van de reikwijdte van de Richtlijn, die dus enkel ziet op schadeverhaal wegens inbreuken op nationaal recht in het geval een verband met een overtreding van de Unieregels bestaat, is beoogd te voorkomen dat nationale rechters op één specifieke mededingingsbeperkende gedraging divergerende regels inzake civiele aansprakelijkheid zouden moeten toepassen. Dat zou volgens de Commissie tot conflicterende uitspraken kunnen leiden.⁷⁵

- *Nederland*

Het ligt in de rede dat de Nederlandse wetgever een eventueel apart wettelijk regime dat op grond van de Richtlijn in het leven wordt geroepen van toepassing verklaart op vorderingen van schade wegens inbreuken op artikel 6 en 24 Mededingingswet (Mw), ongeacht of sprake is van parallelle toepassing met de equivalente bepalingen in het Unierecht. De door Nederland als onwenselijk aangemerkte versplintering op het gebied van het schadevergoedingsrecht als gevolg van de Richtlijn, zou anders nog groter worden dan ingevolge de Richtlijn al het geval is. Bovendien kan wetgeving die voorziet in de toepassing van verschillende materiële en procedurele normen naar gelang het mededingingsrecht van de Unie of het nationale recht dat van relevant is, tot onredelijke uitkomsten leiden. Neem bijvoorbeeld het recente besluit van de Autoriteit Consument &

Markt (ACM) in de zaak *Leesmappen*.⁷⁶ In die zaak heeft ACM ervoor geopteerd om enkel artikel 6 Mw toe te passen, terwijl het kartel in die zaak het gehele Nederlandse grondgebied bestreek en er voldoende aanknopingspunten bestonden voor de aanwending van artikel 101 VWEU. De twijfelachtige beslissing van ACM brengt in de praktijk mee dat het voor benadeelden praktisch onmogelijk zal zijn om een Nederlandse rechter, die een besluit van ACM in beginsel als leidend aanmerkt, ervan te overtuigen dat tevens een overtreding van artikel 101 VWEU aan de orde was. Benadeelden kunnen dan waarschijnlijk geen rechten aan de Richtlijn ontleen.

Daar komt in het geval van *stand alone* vorderingen bij dat partijen, en uiteindelijk de nationale rechter, in een ander geval moeten beoordelen of een gestelde mededingingsbeperking een effect op de handel tussen lidstaten heeft om te bepalen welke civielrechtelijk kader van toepassing is. Dat blijkt vaak een complexere vraag dan gedacht en kan een rem op het verhaal van schade betekenen.⁷⁷

Hoofdstuk II: openbaarmaking van bewijsmateriaal (art. 5 tot en met 8)

- *Richtlijn*

Bewijsmateriaal waarmee een eisende partij haar gelijk kan aantonen, is vaak niet voldoende bekend of toegankelijk. De betreffende informatie is vaak in het bezit van de verweerder of van derde partijen. Het mitigeren van de nadelige effecten van deze informatieasymmetrie staat centraal in hoofdstuk II van de Richtlijn. Zoals hierboven aangegeven, heeft dit hoofdstuk de bij het wetgevingstraject betrokken partijen het meeste beziggehouden.

Artikel 5 van de Richtlijn behelst algemene regels over toegang tot bewijsmateriaal. Het is van belang dat de eisende partij bij de overtreder of bij derden om informatie kan verzoeken zonder dat specifiek behoeft te worden aangegeven naar welk document zij precies op zoek is. De nationale rechter, waaronder wordt verstaan iedere instantie die op grond van artikel 267 VWEU bevoegd is prejudiciële vragen te stellen,⁷⁸ moet een bevel tot openbaarmaking kunnen opleggen. De verweerders moeten *vice versa* ook de mogelijkheid hebben informatie op te vragen bij de eisende partijen.⁷⁹

Van belang is dat het verzoek tot openbaarmaking evenredig is. Rechters dienen daarbij acht te slaan op de belangen van alle partijen, dus ook van derden. In het bijzonder dient een rechter na te gaan of (1) het verzoek om informatie op basis van de feiten en het al geleverde bewijs gerechtvaardigd is, of en in hoeverre (2) het

71. I. Vandenborre, K. Hoffman Lent, T.C. Goetz en M.J. Frese, 'Actions for antitrust damages in the European Union: evaluating the Commission's Directive Proposal', *Global Competition Law Review* 2014, 35(2), p. 56.

72. Art. 4 onder 1 Richtlijn.

73. Verordening (EG) nr. 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb. EU* 2004, L 24, p. 1.

74. Art. 4 onder 2 Richtlijn.

75. 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 COM2013/0404/final0185(COD), punt 4.1.

76. Besluit ACM 7 november 2013, zaak 7244 (*Leesmappen*).

77. CbB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118 (*Boomkwekerijsector*), punt 4.5.3. Zie ook bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 15 mei 2012, ECLI:NL:GHL:2012:BW6167 (*Montagne/Winsum*).

78. Art. 4 onder 9 Richtlijn.

79. Considerans 14 Richtlijn.

informatieverzoek gezien de omvang en de kosten van de openbaarmaking gerechtvaardigd is en of (3) het de openbaarmaking van vertrouwelijke informatie, met name van derden, betreft. Het belang van de onderneming om te voorkomen dat zij wordt gedaagd in een civiele procedure is vanzelfsprekend niet als een belang aangemerkt als bedoeld in dit artikel.⁸⁰ De partij waarvan informatie wordt verlangd, heeft het recht eerst door de rechter te worden gehoord.⁸¹

Indien en voor zover dat noodzakelijk is voor de schadevergoedingsactie, moet de nationale rechter de mogelijkheid hebben om te bevelen dat ook bewijsmateriaal met vertrouwelijke gegevens openbaar wordt gemaakt. Daarbij dient de vertrouwelijke⁸² of geprivilegieerde inhoud van dat materiaal te worden beschermd.⁸³ De rechter dient te beschikken over middelen om te voorkomen dat de betreffende informatie wordt geopenbaard. De Richtlijn noemt bijvoorbeeld het onleesbaar maken van delen van tekst en het organiseren van verhoren met een camera.

Artikel 6 is een aanvullende bepaling die ziet op de openbaarmaking van informatie die zich bevindt in het dossier van een mededingingsautoriteit. Daaronder verstaat de Richtlijn nationale mededingingsautoriteiten, maar ook de Commissie.⁸⁴ De Richtlijn legt aan de lidstaten de verplichting op om de toegang tot het dossier van de Commissie en ook buitenlandse mededingingsautoriteiten te waarborgen. Dat ligt vanuit het oogpunt van bevoegdheden op het eerste gezicht toch lastig.

De voorschriften en praktijken op het gebied van toegang van het publiek tot documenten op grond van Verordening 2001/1049/EG worden door artikel 6 Richtlijn onverlet gelaten.⁸⁵ Hetzelfde geldt voor krachtens nationaal recht geldende voorschriften en praktijken over de bescherming van interne stukken van mededingingsautoriteiten.⁸⁶

De nationale rechter moet volgens artikel 6 Richtlijn kunnen bepalen of het evenredig is om een mededingingsautoriteit te bevelen informatie te verschaffen. De rechter beoordeelt of (1) het een specifiek verzoek om bepaalde informatie betreft (om *fishing expeditions* te voorkomen), (2) of het verzoek om informatie daadwerkelijk in het kader van een schadevergoedingsactie geschiedt en of (3) hiermee geen afbreuk wordt gedaan aan de effectiviteit van de publieke handhaving.⁸⁷

De Richtlijn noemt twee categorieën documenten waarvan onder geen enkele omstandigheid de openbaarmaking kan worden gelast: het betreft ondernemingsverklaringen afgelegd in het kader van een clementieverzoek

en schikkingsvoorstellen.⁸⁸ Dit is de zogenoemde *zwarte lijst*. De lidstaten moeten een regeling in het leven roepen waarbij een rechter met behulp van mededingingsautoriteiten kan verifiëren of bepaalde documenten daadwerkelijk binnen het kader van deze lijst vallen.⁸⁹

Er is tevens een *grijze lijst* met documenten waarvan een nationale rechter alleen openbaarmaking kan gelasten nadat de mededingingsautoriteit het onderzoek, al dan niet door middel van een besluit, heeft beëindigd. Het gaat om informatie (1) die is opgesteld door een natuurlijk of rechtspersoon speciaal voor het onderzoek van de mededingingsautoriteit, (2) die de mededingingsautoriteit heeft opgesteld tijdens het onderzoek en (3) die ziet op schikkingsvoorstellen die zijn ingetrokken.⁹⁰ Het laatste punt kan een drempel voor ondernemingen vormen om schikkingsvoorstellen in te dienen in lidstaten waar dat mogelijk is.

Informatie die niet binnen de kaders van de *zwarte* of *grijze lijst* valt, dient openbaar te worden gemaakt.⁹¹ Een nationale rechter moet de mededingingsautoriteit kunnen dwingen de informatie openbaar te maken, indien en voor zover de informatie redelijkerwijs niet op een andere wijze kan worden verkregen.⁹² Een mededingingsautoriteit kan bij een nationale rechter ongeraagd een zienswijze indienen aangaande de evenredigheid van een bepaald informatieverzoek.⁹³

Artikel 7 Richtlijn roept verplichtingen in het leven om de vertrouwelijkheid van documenten te waarborgen die zijn genoemd op de *zwarte* en de *grijze lijst*.⁹⁴ Indien een partij dergelijke informatie in het geding brengt, moet de informatie ontoelaatbaar worden geacht. Bewijsmateriaal dat afkomstig is uit een dossier van een mededingingsautoriteit mag alleen in een procedure worden gebruikt door de partij waaraan die toegang is verleend dan wel diens rechtsopvolger.⁹⁵ Dit om te voorkomen dat de betreffende informatie handelswaar wordt.

Ingevolge artikel 8 Richtlijn moeten nationale rechters effectieve sancties kunnen opleggen aan partijen die in strijd handelen met een bevel tot het verstrekken van informatie door de rechter, relevant bewijs hebben vernietigd, een bevel om vertrouwelijke informatie te beschermen hebben genegeerd of meer in het algemeen de beperkingen op het gebruik van bewijsmateriaal in de Richtlijn niet hebben gerespecteerd.⁹⁶ De sanctie moet effectief, proportioneel en afschrikwekkend zijn. In ieder geval moet de nationale rechter uit een overtreding van de bepalingen de conclusies kunnen trekken die hij geraden acht.⁹⁷

80. Art. 5 lid 4 Richtlijn.

81. Art. 5 lid 7 Richtlijn.

82. Aart. 5 lid 5 Richtlijn.

83. Art. 5 lid 6 Richtlijn.

84. Art. 4 sub 8 Richtlijn.

85. Art. 6 lid 2 Richtlijn.

86. Art. 6 lid 3 Richtlijn.

87. Art. 6 lid 4 Richtlijn.

88. Art. 6 lid 6 Richtlijn.

89. Art. 6 lid 7 Richtlijn.

90. Art. 6 lid 5 Richtlijn.

91. Art. 6 lid 9 Richtlijn.

92. Art. 6 lid 10 Richtlijn.

93. Art. 6 lid 11 Richtlijn.

94. Art. 7 lid 1 en 2 Richtlijn.

95. Art. 7 lid 3 Richtlijn.

96. Art. 8 lid 1 Richtlijn.

97. Art. 8 lid 2 Richtlijn.

- *Nederland*

Op de keper beschouwd brengt de Richtlijn met zich mee dat Nederland moet waarborgen dat partijen die gerechtvaardigd en gemotiveerd stellen schade te hebben geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht via een rechter toegang moeten kunnen krijgen tot bewijsmateriaal ter staving van hun vordering, indien en voor zover dat zich bij de vermeende inbreukmakers of derden bevindt. Tegelijkertijd moet voor de documenten die zijn vermeld op de *zwarte* en *grijze lijst* van artikel 6 Richtlijn een duidelijke uitzondering gelden.

De huidige stand van het Nederlandse recht verhoudt zich op het eerste gezicht niet goed met de verplichtingen die uit de Richtlijn voortvloeien.

Indien een partij in het kader van haar vordering informatie wil vergaren, kan zij zich in de eerste plaats beroepen op artikel 21 en 22 Rv. Deze bepalingen brengen de verplichting mee om alle voor de beslissing van belang zijnde feiten en omstandigheden volledig en naar waarheid aan te voeren. Dat kan onder omstandigheden ook betekenen dat een gedaagde partij mogelijk belastende informatie moet verstrekken.⁹⁸

Daarnaast kan een partij die een vordering instelt, of dat beoogt te doen, een beroep doen op artikel 843a Rv. Op basis van deze bepaling kan inzage of een afschrift van bescheiden worden gevorderd van degene die de betreffende bescheiden onder zich heeft. Wil een dergelijke vordering slagen, dan moet de eiser partij zijn bij een *rechtsbetrekking* waarop de op te vragen bescheiden betrekking hebben, een *rechtmatig belang* bij de vordering hebben en moet het verzoek zien op *bepaalde* bescheiden. Deze laatste voorwaarde dient met name om *fishing expeditions* te voorkomen.

Uit de rechtspraak volgt dat niet evident is dat deze voorwaarden uit artikel 843a Rv worden vervuld. Nederlandse rechters plegen in elk geval op dat punt terughoudend te zijn. Dat geldt in algemene zin, maar ook meer bepaald in het kader van vorderingen van schade wegens een inbreuk op de mededingingsregels. De Rechtbank Arnhem wees in 2012 in een mededingingszaak een vordering gestoeld op artikel 843a Rv af.⁹⁹ In die zaak deed Alstom, in haar hoedanigheid van deelnemer aan het door de Commissie beboete kartel in de zaak gasgeïsoleerd schakelmateriaal,¹⁰⁰ een vlucht naar voren door van eiser Tennet een groot aantal welbepaalde documenten met betrekking tot de aanschaf van gasgeïsoleerd schakelmateriaal te vorderen. De rechtbank overwoog dat in Nederland geen algemene exhibitieplicht bestaat en Tennet voldoende aannemelijk had gemaakt dat er niet meer stukken bestonden dan zij zelf in het geding had gebracht. In de zaak *CDC/Shell*, waarin vergoeding van schade als gevolg van het door de

Commissie beboete paraffinewaskartel¹⁰¹ wordt gevorderd, verging het gedaagde Esso niet veel beter. Ook haar ontbrak het volgens de Rechtbank Den Haag aan een rechtmatig belang.¹⁰² In geen van beide zaken lijkt door de bevoegde rechtbank als uitgangspunt te zijn gehanteerd dat toegang tot informatie in beginsel mogelijk moet zijn, tenzij daaraan een gerechtvaardigd belang in de weg staat.

In dit licht, en gezien de kritiek die op de beperkingen van artikel 843a Rv in het verleden is geleverd,¹⁰³ lijkt een aanpassing van de Nederlandse wetgeving noodzakelijk om in lijn met de Richtlijn te geraken. In dit verband bestaan op het eerste gezicht in elk geval twee opties.

In de eerste plaats kan de Nederlandse wetgever ervoor kiezen om het regime van artikel 843a Rv in stand te laten, maar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wel op punten te moderniseren om conformiteit met de Richtlijn te waarborgen.¹⁰⁴ In feite wordt dan gekozen voor dezelfde aanpak als bij de richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten. Dat betekent in ieder geval dat het bestaan van een rechtsbetrekking in de zin van artikel 843a Rv in het geval van 'een verbintenis uit onrechtmatige daad wegens een inbreuk op het mededingingsrecht' in de wet wordt verankerd, zoals dat in artikel 1019a Rv is gebeurd voor inbreuken op het intellectuele-eigendomsrecht. In het licht van de verplichtingen met betrekking tot het behoud van bewijsmateriaal ligt voorts voor de hand om de mogelijkheid van conservatoir bewijsbeslag in de wet te verankeren.¹⁰⁵ Dat zou betekenen dat bepalingen in de geest van artikel 1019c tot en met 1019f Rv worden ingevoerd.

De Richtlijn onderscheidt zich onder andere van de richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten door de bepalingen omtrent het bewijsmateriaal dat zich onder mededingingsautoriteiten bevindt. De *zwarte* en de *grijze lijst* zullen in de Nederlandse wet moeten worden opgenomen. Dat kan in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden gedaan, maar het is ook denkbaar dat die uitzonde-

98. Rechtspraak

99. Rb. Arnhem 16 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7444 (*Tennet/Alstom*).

100. Beschikking Commissie 24 januari 2007, zaak COMP/F/38.899, *Gas Insulated Switchgear*, Pb. EU 2008, C 5, p. 7.

101. Beschikking Commissie 1 oktober 2008, zaak C/39181, *Paraffine wax*, Pb. EU 2009, C 295, p. 17.

102. Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:RBDHA:2013:CA1870 (*CDC/Shell e.a.*).

103. M.F.J. Haak en I.W. Verloren van Themaat, 'De mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', een inventarisatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam, 3 november 2005, punt 54 en Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, 'Advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken', Den Haag, juli 1998, punt 12. Voor een ander geluid: W.A.J. Van Lierop en E.H. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht* (Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2007, p. 92.

104. E.-J. Zippro, 'Het Richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Tijdschrift Mededinging in de Praktijk* 2013, nr. 8, p. 280. Hij meende op basis van het voorstel dat een herziening van art. 843a Rv mogelijk valt te overwegen.

105. Conservatoir bewijsbeslag is nu al mogelijk op grond van art. 843a Rv. HR 13 september 2013, ECLI:HR:2013:BZ9958.

ringen worden opgenomen in de Mededingingswet, Instellingswet of de binnen afzienbare tijd aan te nemen Stroomlijningswet.¹⁰⁶ Dat de bescherming van de documenten genoemd op die lijsten gewaarborgd moet zijn, ongeacht welke rechter zich over een verzoek om openbaarmaking buigt, lijkt daarvoor een goede grond.

In de tweede plaats kan Nederland overwegen om in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een regeling op te nemen die – wellicht meer in de geest van de Richtlijn – als uitgangspunt hanteert dat eenieder die over gegevens beschikt die van belang zijn voor de beoordeling van het wel of niet bestaan van een vordering wegens een inbreuk op het mededingingsrecht verplicht is om die gegevens te verstrekken. Dezelfde regeling kan erin voorzien dat het verzoek evenredig moet zijn en diegene die om verstrekking vraagt een redelijk belang moet hebben. Daarbij dient in een uitzondering te worden voorzien voor bedrijfsvertrouwelijke gegevens, gegevens van geprivilegieerde aard en documenten die op de zwarte en grijze lijst voorkomen.

De wetgever kan zich bij de uitwerking van een dergelijke regeling baseren op het advies over gegevensverstrekking in burgerrechtelijke zaken van de Adviescommissie voor het Burgerlijk Recht uit 2008.¹⁰⁷ In dat advies is een schets voor een wettelijke regeling, artikelen 155a tot en met 155c Rv, opgenomen ter vervanging van artikel 843a Rv. Die wettelijke regeling, waarvan het toepassingsbereik in de visie van de Adviescommissie niet behoefde te worden beperkt, vertoonde vergelijkbare kenmerken en had ook een duidelijk ‘openbaarmaking, tenzij’-karakter.

Ongeacht de aanpak waarvoor de wetgever opteert, dient te worden beoordeeld of de huidige publiekrechtelijke regeling ten aanzien van geheimhouding van gegevens door de ACM in tact kan blijven. Die regeling komt erop neer dat artikelen 7, 12u t/m 12w Instellingswet en het regime van de Wet Openbaarheid bestuur (Wob) co-existeren.¹⁰⁸ Artikel 10 Wob, dat gronden voor weigering van openbaarmaking door bestuursorganen opsomt, biedt mogelijk voldoende ruimte om documenten behorend tot de zwarte en grijze lijst te beschermen.¹⁰⁹ Niettemin valt in overweging te nemen om die lijsten met zoveel woorden in de wet over te nemen in aanvulling op de vermelding in andere uitzonderingen.

Een andere vraag is of de bescherming van gegevens ingevolge artikel 10 Wob vanuit het oogpunt van de Richtlijn onder omstandigheden niet te ver gaat. Mocht dat zo zijn, dan komt het erop aan of de betreffende wet geraakt door die Richtlijn onverlet wordt gelaten of niet.

106. Voorstel voor de Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 622, nr. 2.

107. Adviescommissie voor het Burgerlijk Procesrecht, ‘Advies over gegevensverstrekking in burgerlijke zaken’, Den Haag, juli 1998.

108. Rb. Arnhem 3 juli 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AY3536 (*Koninklijke Gazelle/NMa*).

109. Met name art. 10 lid 2 onder d en g Wob.

Volgens artikel 6 lid 3 Richtlijn vallen alleen ‘interne stukken’ buiten de werkingssfeer van de Richtlijn. Het is de vraag welke documenten die zich onder de ACM bevinden onder die noemer vallen.

Hoofdstuk III: verbindendheid van nationale besluiten, verjaringstermijnen en hoofdelijke aansprakelijkheid (artikelen 9 tot en met 11)

• Richtlijn

De Richtlijn bepaalt in artikel 9 dat een definitief besluit van een nationale mededingingsautoriteit betreffende de inbreuk op het mededingingsrecht geacht wordt onweerlegbaar vast te staan in een civiele *follow-on* procedure procedures voor een rechter in diezelfde lidstaat.¹¹⁰ Hiermee ontstaat duidelijkheid over de aard, periode en het geografische gebied van de overtreding alsmede over de daarbij betrokken personen.¹¹¹ Indien in het kader van een schadevergoedingsactie een beroep wordt gedaan op een definitief besluit van een mededingingsautoriteit, dan heeft dat oordeel in ieder geval als een *begin van bewijs* te gelden.¹¹²

De Commissie had in haar voorstel in lijn met artikel 16 Verordening 2003/1/EG doorwerking van besluiten van mededingingsautoriteiten als norm had gehanteerd. De zorgen bij lidstaten over de onafhankelijkheid van nationale rechters en het waarborgen van een goede procesorde zijn evenwel onoverkomelijk gebleken en de Commissie heeft op dit punt bakzeil gehaald.

Artikel 10 Richtlijn voorziet in regels voor verjaring van schadevergoedingsacties wegens inbreuken op het mededingingsrecht. Een verjaringstermijn moet ten minste vijf jaar bedragen¹¹³ en mag niet beginnen te lopen voordat de inbreuk is stopgezet en een eiser weet, of redelijkerwijs geacht kan worden weet te hebben, van de inbreuk en het feit dat hij daardoor schade heeft geleden.¹¹⁴ Niet duidelijk is of in dit verband nodig is dat een boetebesluit door een mededingingsautoriteit is gepubliceerd, of dat een persbericht onder omstandigheden voldoende informatie bevat om verjaring te doen lopen.

De Richtlijn bepaalt voorts dat de verjaringstermijn wordt geschorst of gestuit wanneer de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit een onderzoek verricht naar de inbreuk op het mededingingsrecht die ten grondslag ligt aan een vordering.¹¹⁵ De schorsing eindigt ten vroegste één jaar na het definitieve inbreukbesluit of nadat de procedure op andere wijze is geëindigd. Deze bepaling lijkt de veronderstelling te rechtvaardigen dat een benadeelde in ieder geval tot een jaar na het einde van een beroepsprocedure tegen een boetebesluit een vordering moet kunnen instellen.

110. Art. 9 lid 1 Richtlijn.

111. Overweging 31 Richtlijn.

112. Art. 9 lid 2 Richtlijn.

113. Art. 10 lid 3 Richtlijn.

114. Art. 10 lid 2 Richtlijn.

115. Art. 10 lid 4 Richtlijn.

In artikel 11 Richtlijn is bepaald dat lidstaten moeten waarborgen dat ondernemingen die gemeenschappelijk een inbreuk op de mededingingsregels hebben gepleegd, bijvoorbeeld door de vorming van een kartel, gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor die inbreuk.¹¹⁶ Er moet tevens worden verzekerd dat iedere inbreukmaker van de andere inbreukmaker een bijdrage kan verdienen, waarvan het bedrag wordt bepaald op basis van hun relatieve verantwoordelijkheid voor de inbreuk.¹¹⁷

De richtlijn voorziet in twee uitzonderingen op de regel van hoofdelijke aansprakelijkheid. In de eerste plaats is een uitzondering voor het MKB¹¹⁸ opgenomen voor het geval de economische levensvatbaarheid van een onderneming in gevaar zou komen.¹¹⁹ In de tweede plaats is een uitzondering gemaakt voor de onderneming die immuniteit heeft verkregen. De hoofdelijke aansprakelijkheid voor een dergelijke partij is beperkt tot schade van zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers en van de andere benadeelde partijen in het geval geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van andere inbreukmakers. De achtergrond van deze uitzondering is dat partijen die in het kader van een boeteprocédure immuniteit hebben gekregen doorgaans geen beroep tegen het betreffende besluit van de mededingingsautoriteit instellen. Dat maakt hen dan de meest voor de hand liggende *target* van partijen die door een kartelinbreuk schade hebben geleden.

• *Nederland*

De Richtlijn lijkt voor Nederland de verplichting met zich te brengen om de doorwerking van een definitief besluit van ACM in de wet op te nemen. Dat rechters zonder meer een natuurlijke neiging vertonen om, waar mogelijk, te leunen op een besluit van ACM, doet daaraan niet af. Praktisch gezien ligt het voor de hand om aan paragraaf 2 van de negende afdeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling toe te voegen over de dwingende bewijskracht van een onherroepelijk besluit van ACM in een mededingingszaak. Gelet op de gelijkenis met artikel 161 Rv over de dwingende bewijskracht van strafvonnissen, zou een artikel 161bis Rv een goede mogelijkheid zijn.

Een harde verplichting met betrekking tot het in aanmerking nemen van definitieve besluiten van andere nationale mededingingsautoriteiten is er niet. Nederland zou daarom kunnen afzien van de invoering van een wettelijke bepaling in de veronderstelling dat rechters in de praktijk aan artikel 11 lid 2 Richtlijn gevolg geven. Denkbaar is ook dat, ondanks de afwezigheid van een dergelijke Unieverplichting daartoe, besluiten van buitenlandse mededingingsautoriteiten verbindend worden geacht. In Duitsland is dat bijvoorbeeld al het geval.¹²⁰

In de Richtlijn is geen regeling opgenomen over de aanhouding van civiele rechtszaken in het geval van lopende beroepsprocedures tegen besluiten van mededingingsautoriteiten. Niettemin kan de Nederlandse wetgever in het kader van de – toch al onvermijdelijke – wetgevingsoperatie regels invoeren over omstandigheden waaronder beroepsprocedures tegen besluiten van de Commissie en buitenlandse mededingingsautoriteiten, voor zover een rechter daarop acht zou willen slaan, tot aanhouding van schadevergoedingsprocedures in Nederland kunnen leiden. De recente uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam in de zaken over vermeende schade in verband met het luchtvaartkartel illustreren dat de interpretatie van artikel 16 lid 1 Verordening 2003/1/EG en het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Masterfoods*¹²¹ een uitdaging voor Nederlandse rechters vormt.¹²² Over de gevolgen die moeten worden verbonden aan lopende procedures tegen besluiten van buitenlandse mededingingsautoriteiten, is niets geregeld.

Dat aanpassing van de Nederlandse wet op het terrein van verjaring nodig is, mag gevoeglijk worden aangenomen. Op dit moment verjaren vorderingen tot vergoeding van schade wegens inbreuken op het mededingingsrecht op grond van artikel 3:310 BW na vijf jaren. Op basis van die bepaling begint de verjaring te lopen op het moment dat een partij bekend wordt met de schade en met de daarvoor verantwoordelijke persoon. De inhoud van die wetsbepaling staat dan ook niet op gespannen voet met hetgeen de Richtlijn bepaalt, maar dat ligt anders voor de daarop gebaseerde rechtspraktijk.

In de zaak *CEF* is door de rechtbank aangenomen dat de verjaringstermijn was gaan lopen met de indiening van de klacht bij de Commissie over de inbreuk van het kartelverbod waarvoor de gedaagde later daadwerkelijk is beboet en waarop de vordering was gebaseerd.¹²³ De Rechtbank Oost-Nederland was in de zaak *Tennet/ABB* ruimhartiger.¹²⁴ Zij heeft geweigerd aan te nemen dat de verjaring was gaan lopen door kennisneming van krantenartikelen over het onderzoek naar kartelvorming op de markt voor gasgeïsoleerd schakelmateriaal waarop TenneT als inkoper actief was. Niettemin is ook in die zaak niet als uitgangspunt gehanteerd dat de verjaring niet eerder kon zijn gaan lopen dan op de dag waarop de

116. Art. 11 lid 1 Richtlijn.

117. Art. 11 lid 4 Richtlijn.

118. In de Aanbeveling zijn de criteria voor MKB-ondernemingen geformuleerd.

119. Art. 11 lid 2 Richtlijn.

120. Art. 33 lid 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

121. HvJ EU 14 december 2000, zaak C-344/99, *Masterfoods*, EU:C:2000:689.

122. Gerechtshof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (*Equilib Netherlands/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij e.a.*) en Gerechtshof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:244 (*Koninklijke Luchtvaartmaatschappij e.a./Lufthansa e.a.*).

123. Rb. Rotterdam 7 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0926 (*CEF/X e.a.*), punt 3.12.

124. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*Tennet/ABB e.a.*), punt 4.24. Zie over deze uitspraak R.V.E. van Leuken, 'De (on)toelaatbaarheid van het passing on-verweer: TenneT c.s./ABB c.s.', *M&M* 2013/4; B.J. Drijber, 'Nederlandse rechter geeft voor het eerst inhoudelijk oordeel over kartelschadeclaim', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 55; A. Rosielle en M. Kuijper, 'Tennet/ABB – een richtinggevende uitspraak in Nederlandse follow-on procedures?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk* 2013, nr. 5; en B. Braat, 'Kartelschade in Nederland, een eerste aanzet', *NTer* 2013/9.

betreffende inbreuk was gestaakt. De Richtlijn hanteert dat uitgangspunt wel.

Er lijkt daarom aanleiding te bestaan om in titel 11 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen die nauw aansluit bij artikel 10 Richtlijn. De invoering van een artikel 3:310d BW ligt voor de hand. Een nauwe aansluiting waarborgt eveneens dat de essentiële verplichting ten aanzien van de schorsing of stuiting van de verjaring tot op het moment van een onherroepelijk besluit van de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit (niet alleen ACM!) kan worden opgenomen in de wet.

Ook ten aanzien van de hoofdelijkheid van aansprakelijkheid voor deelnemers aan een kartelinbreuk zal de Nederlandse wet aanpassing behoeven, hoewel die hoofdelijkheid van aansprakelijkheid op grond van artikel 6:6 e.v en 6:102 BW nu al de norm is. De uitzondering voor het MKB dient in de wet te worden verankerd, waarbij voor wat betreft de definitie van een MKB-onderneming de Aanbeveling leidend moet zijn. Voorts zal een wettelijke uitzondering op het beginsel van hoofdelijkheid moeten worden ingevoerd voor ondernemingen die ten aanzien van de inbreuk die aan de vordering ten grondslag ligt bij een mededingingsautoriteit immuniteit hebben verkregen. Het ligt voor de hand om die bepalingen op te nemen in dezelfde titel als artikel 6:102 BW.

228

Een veelgehoorde klacht over het voorstel voor de Richtlijn was dat de interne aansprakelijkheid bestaande tussen rechtspersonen behorend tot dezelfde onderneming daarin niet was geadresseerd.¹²⁵ De uitspraak van het Hof van Justitie van 10 april 2014 in de zaak *Commissie/Siemens*¹²⁶ bevestigt dat die keuze van de Commissie begrijpelijk is geweest. In dat arrest is bepaald dat de interne verdeling van de schuld tussen vennootschappen die door de Commissie hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld voor de betaling van een boete omdat zij tot dezelfde onderneming behoorden, een aangelegenheid is van nationaal recht. Wellicht beschouwt de Nederlandse wetgever deze rechtsontwikkeling desondanks als een aansporing om over dit heikele thema regels te in het leven te roepen.

Hoofdstuk IV: doorberekening van prijsverhogingen (artikelen 12 tot en met 15)

• Richtlijn

Artikel 12 Richtlijn is een bepaling die in het voorstel voor de Richtlijn niet voorkwam. Het betreft een paraplubepaling die, op voorstel van het Parlement ingevoegd, enkele uitgangspunten noemt die lidstaten op het terrein van schadevergoeding voor inbreuken op het

mededingingsrecht moeten hanteren. Het belangrijkste punt: alle geleden schade moet kunnen worden vergoed en overcompensatie moet worden vermeden.¹²⁷

Artikel 13 Richtlijn waarborgt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat gedaagden, de inbreukmakers, in rechte een zogenoemd *passing on* verweer kunnen inroepen. Dat wil zeggen dat zij als verweer tegen een schadevordering kunnen aanvoeren dat de eiser de door de inbreuk veroorzaakte prijsverhogingen volledig of ten dele heeft doorberekend. De bewijslast ten aanzien van die doorberekening rust op de gedaagde, maar die moet toegang tot bewijsmateriaal kunnen vragen van eiser en derden.¹²⁸ Een rechter moet de mogelijkheid hebben om te schatten welk deel van de schade is afgewenteld.¹²⁹

Artikel 14 Richtlijn ziet op de situatie van een indirecte afnemer van een inbreukmaker. Indien deze van de inbreukmaker schadevergoeding vordert, kan het aankomen op bewijs dat een prijsverhoging door de directe afnemer op de indirecte afnemer is afgewenteld. Die bewijslast rust in beginsel bij de indirecte afnemer.¹³⁰ Het bewijs wordt echter geacht door de indirecte afnemer te zijn geleverd indien (1) is aangetoond dat de gedaagde een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt, (2) de inbreuk heeft geleid tot een prijsverhoging voor de directe afnemer en (3) de indirecte afnemer daadwerkelijk de goederen of diensten die voorwerp waren van de mededingingsovertreding heeft afgenomen.¹³¹ Het gaat hier nadrukkelijk om een weerlegbaar vermoeden.¹³²

In artikel 15 Richtlijn is een verplichting voor de lidstaten opgenomen om te voorkomen dat meervoudige aansprakelijkheid of ontstentenis van aansprakelijkheid van een inbreukmaker ontstaat in verband met schadevorderingen op verschillende niveaus van de toeleveringsketen. Een rechter moet in de gelegenheid zijn om rekening te kunnen houden met andere schadevorderingen op andere niveaus en de rechterlijke uitspraken die in dat verband worden gedaan.¹³³

Omdat de berekening van afgewentelde prijsverhogingen complex is, rust op de Commissie op basis van artikel 16 Richtlijn de verplichting om richtsnoeren op te stellen waarmee nationale rechters kunnen schatten welk deel van de schade is afgewenteld op de indirecte afnemer.

• Nederland

De Richtlijn bepaalt dat vanaf haar inwerkingtreding een *passing on* verweer voor een Nederlandse rechter moet kunnen worden gehonoreerd. Dat is belangrijk omdat op dit punt in Nederland enige onduidelijkheid bestond. De Rechtbank Oost-Nederland heeft recente-

125. L.E.J. Korsten en F.G.D. Pasaribu, 'EU-harmonisering verhaal kartel- en misbruikschade en collectief verhaal (II)', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013, 65 en E.-J. Zippro, 'Het Richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken', *Tijdschrift Mededinging in de Praktijk* 2013, nr. 8, p. 275.

126. HvJ EU 10 april 2014, gevoegde zaken C-231/11P t/m C-233/11P, *Commissie/Siemens*, EU:C:2014:256, punt 62.

127. Art. 12 lid 1 Richtlijn.

128. Art. 13 Richtlijn.

129. Art. 12 lid 5 Richtlijn.

130. Art. 14 lid 1 Richtlijn.

131. Art. 14 lid 2 Richtlijn.

132. Art. 14 lid 2 Richtlijn (laatste zinsnede).

133. Art. 15 lid 1 Richtlijn.

lijk in de zaak *Tennet/ABB* als eerste geoordeeld dat het *passing on* verweer van gedaagde ABB niet kon slagen, hoewel zij de mogelijkheid van een beroep op *passing on* daarbij niet categorisch heeft afgewezen.¹³⁴ Voor zover met die beslissing al enige duidelijkheid was gecreëerd, de kritiek op de uitspraak was namelijk niet van de lucht, heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden die in hoger beroep weggenomen.¹³⁵ In het kader van de beoordeling van een incidentele vordering tot schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis van de rechtbank, heeft het gerechtshof de beslissing betreffende de afwijzing van het *passing on* verweer op formele gronden als onjuist aangemerkt en de vordering toegewezen.

De aanvaarding van het *passing on* verweer door de Unie lijkt in Nederland de invoering van een bijzondere wetbepaling noodzakelijk te maken. Geen van de Nederlandse bepalingen kan namelijk als een deugdelijke grondslag voor de aanvaarding van de doorberekening van prijsverhogingen worden aangemerkt.

Artikel 6:100 BW ziet op zogenoemde voordeelsverrekening en kent de tekortkoming dat voordeel eerst voor verrekening in aanmerking komt als 'eenzelfde gebeurtenis' niet alleen tot dat voordeel maar ook tot de schade heeft geleid. Het voordeel dat de directe afnemer bij het afwentelen van een hoge inkoopprijs op zijn eigen afnemer heeft, vloeit echter niet automatisch voort uit het nadeel. Het gebruik van de notie van eigen schuld van artikel 6:101 lid 1 BW is evenmin opportuun, onder andere omdat de prijsverhoging mogelijk niet aan de directe afnemer is toe te rekenen.

Een bijzondere bepaling met betrekking tot *passing on*, die in titel 10 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek het meest op haar plaats lijkt, dient eveneens het weerlegbare vermoeden van *passing on* door een directe afnemer te verankeren. Het ligt in de rede dat diezelfde bepaling verzekert dat een schadevergoedingsactie van een indirecte afnemer jegens een inbreukmaker wordt doorkruist door de relativiteitseis in artikel 6:163 BW. De discussie over de mogelijkheid voor een tussenhandelaar om op grond van artikel 6:162 BW schade te claimen wegens een inbreuk op de mededingingsregels,¹³⁶ is namelijk nooit in hogere instantie beslecht.

Hoofdstuk V: schadebegroting (art. 16 en 17)

• Richtlijn

De Nederlandse vertaling van de titel van dit hoofdstuk dekt daarvan de lading niet, omdat het in werkelijkheid de kwantificering van schade behelst. Artikel 17 Richtlijn legt aan de lidstaten de verplichting op om te voor-

komen dat het bewijzen van schade niet praktisch onmogelijk is. De regels omtrent bewijslevering moeten daadwerkelijk de mogelijkheid bieden om het recht op schadevergoeding uit te oefenen. Daarnaast moeten rechters in de Unie de mogelijkheid hebben om schade te begroten, in het geval dat het bewijs voor schade moeilijk valt te leveren.¹³⁷

De Richtlijn bepaalt voorts dat lidstaten moeten waarborgen dat in rechte het vermoeden geldt dat kartelinbreuken schade berokkenen. De inbreukmaker moet het recht hebben dat vermoeden, dat geen toepassing vindt bij andere inbreuken op de mededingingsregels dan het kartelverbod, te weerleggen.¹³⁸ De achtergrond daarvan is dat onderzoek in opdracht van de Commissie heeft uitgewezen dat meer dan negen op de tien kartels daadwerkelijk prijsverhogingen veroorzaken.¹³⁹

In artikel 17 Richtlijn is tevens voorzien in de mogelijkheid voor nationale mededingingsautoriteiten om te interveniëren in rechtszaken om bijstand te verlenen bij het bepalen van schade.¹⁴⁰

• Nederland

Het is de vraag of de verplichtingen uit hoofde van artikel 17 Richtlijn tot enorme aanpassing van Nederlandse wetgeving leiden. Op het eerste gezicht bestaan geen grote processuele belemmeringen voor het bewijs van schade in zaken over de vergoeding van schade wegens inbreuken op het mededingingsrecht. Bovendien voorziet artikel 6:97 BW reeds in de mogelijkheid om schade te begroten.

De wetgever dient niettemin te overwegen of hij een expliciete bepaling opneemt waarin is opgenomen dat er bij kartels het weerlegbare vermoeden bestaat dat het kartel schade veroorzaakt. Bovendien ligt voor de hand dat artikel 44a Rv, dat de grondslag voor interventie van ACM op basis van artikel 15 Verordening 2003/1/EG vormt, een wijziging ondergaat teneinde het voor ACM en andere nationale mededingingsautoriteiten mogelijk te maken zich in concrete en lopende rechtszaken over de berekening van schade uit te laten. ACM zal haar richtsnoeren voor interventie als *amicus curiae* dienen-gevolge ook (laten) aanpassen, zo mag worden verondersteld.¹⁴¹

Nationale rechters kunnen bij de beslechting van geschillen in ieder geval een beroep doen op de eerder

134. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (*Tennet/ABB e.a.*), punt 4.24.

135. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653 (*ABB/TenneT*).

136. M.F.J. Haak en I.W. Verloren van Themaat, 'De Mogelijkheden voor civielrechtelijke handhaving van de mededingingsregels in Nederland', Een inventarisatie in opdracht van het ministerie van Economische Zaken, Amsterdam, 3 november 2005, punten 268 tot en met 270.

137. Art. 17 lid 1 Richtlijn.

138. Art. 17 lid 2 Richtlijn.

139. 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 COM2013/0404/final0185(COD), punt 4.5.

140. Art. 17 lid 3 Richtlijn.

141. Richtsnoeren Amicus Curiae van 13 augustus 2004, *Stcrt.* 2004, 159, gewijzigd bij de Regeling van 27 juni 1995, *Stcrt.* 1995, 122.

genoemde richtsnoeren voor de begroting van schade die de Commissie heeft uitgevaardigd.¹⁴²

Hoofdstuk VI: consensuele geschillenbeslechting (artikelen 18 en 19)

• Richtlijn

De Richtlijn beoogt een optimalisatie van de wisselwerking tussen minnelijke schikkingen en schadevorderingen om partijen ertoe aan te zetten hun geschillen ‘consensueel’ te beslechten.¹⁴³ Onder consensuele geschillenbeslechting wordt verstaan ieder mechanisme dat partijen in staat stelt een geschil over schadevergoeding buitengerechtelijk te beslechten.¹⁴⁴

Artikel 18 Richtlijn voorziet in de verplichting voor lidstaten om ervoor te zorgen dat de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering wordt geschorst voor de duur van de consensuele geschillenbeslechtsprocedure.¹⁴⁵ Indien de partijen proberen om op een alternatieve wijze het geschil te beslechten nadat een vordering al aanhangig is gemaakt, dient een nationale rechter deze procedure in beginsel te schorsen.¹⁴⁶ Die schorsing duurt maximaal twee jaar.¹⁴⁷

Verder bepaalt de Richtlijn dat een mededingingsautoriteit een door de inbreukmaker getroffen schikking bij beboeting van de betreffende inbreuk als verzachtende omstandigheid moet kunnen betrekken.¹⁴⁸

Artikel 19 lid 1 Richtlijn, dat niet in helderheid uitblijkt, voorziet erin dat de vordering van een benadeelde wordt verminderd met het aandeel in de schade van de bij de schikking betrokken inbreukmaker. Een schikking leidt ertoe dat de benadeelde een eventuele resterende vordering enkel nog kan vorderen bij niet bij de schikking betrokken inbreukmakers. Die andere inbreukmakers mogen na betaling van de resterende vordering daarvoor geen verhaal halen bij de bij de schikking betrokken inbreukmaker. Indien de niet bij de schikking betrokken inbreukmakers geen verhaal bieden, dan moet alsnog de mogelijkheid voor de benadeelde bestaan om zich tot de bij de schikking betrokken inbreukmaker te wenden, tenzij de voorwaarden van de consensuele schikking dit verbieden.¹⁴⁹

142. Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *Pb. EU* 2013, C 167, p. 19 en Werkdocument van de diensten van de Commissie, Praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2013) XXX.

143. 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 COM2013/0404/final0185(COD), punt 4.5.

144. Art. 4 sub 21 Richtlijn.

145. Art. 18 lid 1 Richtlijn.

146. Art. 18 lid 2 Richtlijn.

147. Art. 18 lid 3 Richtlijn.

148. Art. 18 lid 4 Richtlijn.

149. Art. 19 lid 1 Richtlijn.

Artikel 19 lid 2 Richtlijn bepaalt dat bij het bepalen van de onderlinge draagplicht van verschillende deelnemers aan een inbreuk door nationale rechters rekening moet worden gehouden met de schade die door inbreukmakers is vergoed in het kader van consensuele schikkingen. Hoe deze bepaling zich verhoudt tot het verbod op verhaal in artikel 19 lid 1 Richtlijn, is niet duidelijk.

• Nederland

De verplichtingen omtrent verjaring omwille van lopende schikkingsonderhandelingen zullen in Nederland nopen tot een wetswijziging. Het ligt voor de hand om, net als in het kader van de omzetting van artikel 10 Richtlijn, in titel 11 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen.

De schorsing in geval van een poging van partijen om te schikken kan worden geregeld in de elfde afdeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Een wijziging van artikel 225 Rv en/of artikel 227 Rv zou op dit punt tot conformiteit met de Richtlijn moeten kunnen leiden. Ten aanzien van het betrekken van een eventuele schikking bij de bepaling van de hoogte van een boete door ACM zou de wetgever zich op het standpunt kunnen stellen dat artikel 2.14 lid 3 van de huidige boeterichtsnoeren van de minister van Economische Zaken volstaat. Die bepaling wordt door de op handen zijnde wijziging van de richtsnoeren vermoedelijk onverlet gelaten.¹⁵⁰

Een grotere uitdaging voor de wetgever is om artikel 19 Richtlijn op goede wijze om te zetten. De beperking op de hoofdelijkheid van aansprakelijkheid als gevolg van een schikking alsmede van het regres op een bij die schikking betrokken inbreukmaker kan mogelijk in of nabij artikel 6:102 BW worden opgenomen.

Hoofdstuk VII: Slotbepalingen (art. 20 tot en met 23)

• Richtlijn

Artikel 20 Richtlijn voorziet in een evaluatie van de Richtlijn die vier jaar na het einde van de omzettingstermijn moet plaatsvinden. Enkele aandachtspunten voor die evaluatie zijn al geformuleerd. De impact van door mededingingsautoriteiten opgelegde boetes op de mogelijkheid van verhaal van schade door benadeelde partijen, is er één van.

De omzettingstermijn is op twee jaar na inwerkingtreding van de Richtlijn bepaald. Uitdrukkelijk is bepaald dat de bepalingen van nationaal recht die voortvloeien uit de Richtlijn niet van toepassing zijn op vorderingen tot schadevorderingen die vóór de inwerkingtreding al aanhangig zijn gemaakt bij een nationale rechter.

• Nederland

De termijn van twee jaar voor omzetting is gebruikelijk. Dat Nederland zich, anders dan Duitsland, niet hals-

150. Zie www.internetconsultatie.nl/boetebeleidsregels_ACM_/2014, concept beleidsregels, art. 2.10.

starrig tegen de Richtlijn heeft verzet, betekent waarschijnlijk dat deze termijn zal worden gerespecteerd.

Conclusie

De voorgaande analyse rechtvaardigt de conclusie dat de Richtlijn in Nederland aan de zijde van de wetgever zonder meer tot actie moet leiden. De omzetting van de Richtlijn lijkt meer inspanningen te gaan vergen dan die met betrekking tot de richtlijn betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten. Voor zelfgevoegzaamheid is in Nederland geen plaats (meer).

De Richtlijn betekent dat de rechtsstelsels in andere lidstaten op betrekkelijk korte termijn op papier een beter alternatief voor Nederland, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk voor het instellen van vorderingen tot schadevergoeding zullen vormen dan thans het geval is. Nederland zal niettemin voor veel benadeelde partijen een voorkeursforum blijven in verband met het efficiënte en betrouwbare rechtssysteem.

Een laatste observatie is dat de Unie Nederland – door middel van de Richtlijn en in verband met het grote belang dat aan de handhaving van het mededingingsrecht wordt gehecht – verplicht om aparte materiële en procedurele regels in te voeren voor vergoeding van schade in verband met inbreuken op het mededingingsrecht, terwijl de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht zich in een tegenovergestelde richting beweegt. De Nederlandse wetgever beoogt met de invoering van de Stroomlijningswet namelijk veel ‘privileges’ op te heffen, die in het kader van de invoering van de Mededingingswet in 1998 ten behoeve van de handhaving van het mededingingsrecht in het leven waren geroepen. De gedachte is dat het ‘gewone’ bestuursprocesrecht voor de handhaving van het mededingingsrecht volstaat. Wellicht dat de Richtlijn tot voortschrijdend inzicht aan de zijde van de wetgever leidt.