

Lang verwacht, stil gezwegen, nooit gedacht, toch gekregen: de definitieve richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken

*Mr. dr. E.-J. Zippro en mr. dr. R. Meijer**

1 Inleiding

Op 26 november 2014 is de Europese richtlijn betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken (hierna: de Richtlijn) aangenomen.¹ Met de Richtlijn vindt er een harmonisatie plaats van de mogelijkheid om schadevergoeding te kunnen vorderen in het geval van schending van het Europese mededingingsrecht. Het gaat overigens niet om een maximumharmonisatie, zodat er nog wel verschillen kunnen blijven bestaan tussen de lidstaten.² De Richtlijn dient uiterlijk op 27 december 2016 te zijn geïmplementeerd in de nationale rechtsstelsels van de lidstaten.

In deze bijdrage geven wij een overzicht van de Richtlijn en vergelijken wij enkele onderdelen van de Richtlijn met het Nederlandse recht en de Nederlandse jurisprudentie om te bezien of het Nederlandse recht binnen de implementatierichtlijn dient te worden aangepast.

2 Achtergrond en doelstellingen van de Richtlijn

2.1 De weg naar de Richtlijn

De Richtlijn is het voorlopige eindresultaat in de vervulling van de doelstelling van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) om de privaatrechtelijke handhaving van het

mededingingsrecht te bevorderen. De weg naar de Richtlijn is lang en vol hindernissen geweest. De aandacht bij de Commissie voor de stimulering van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht begon in 2001 met het *Courage/Crehan*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJ).³ Uit dat arrest bleek dat aan de volle werking van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.

De Commissie heeft vervolgens een studie laten verrichten naar de mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen wegens schending van het mededingingsrecht (het 'Ashurst-rapport'). Uit deze studie kwam naar voren dat bij schadevergoedingsacties wegens een schending van het Europese mededingingsrecht sprake was van een 'total underdevelopment' en dat in de benadering van schadevergoedingsacties door de diverse lidstaten sprake was van een 'astonishing diversity'.⁴ Mede naar aanleiding van de conclusies uit het Ashurst-rapport verscheen in 2005 een Groenboek en in 2008 een Witboek.⁵ Vervolgens circuleerde in het informele circuit nog een

* Mr. dr. E.-J. Zippro is advocaat bij ZIPPRO & MEIJER Advocaten te Amsterdam en tevens als universitair docent verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Leiden. Mr. dr. R. Meijer is advocaat bij ZIPPRO & MEIJER Advocaten te Amsterdam en tevens als universitair docent verbonden aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht.

1. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PbEU 2014, L 349/19).
2. Ook de aard van de richtlijn, die de lidstaten ruimte laat in de manier waarop het door de richtlijn voorgeschreven resultaat dient te worden bereikt, maakt dat er verschillen kunnen blijven bestaan.

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

4. Vanuit de praktijk is destijds kritiek geuit op de conclusies van het Ashurst-rapport omdat er in veel lidstaten reeds een levendige praktijk zou bestaan op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving van de mededingingsregels. Feit blijft dat er zeker in die tijd nog maar weinig schadeclaims wegens vermeende schendingen van het mededingingsrecht voor de civiele rechter werden gebracht. Een en ander sluit uiteraard niet uit dat er ook in die tijd vertrouwelijke schikkingen werden gesloten tussen de betrokken partijen. Het destijds bestaan van een levendige praktijk lijkt ons echter onwaarschijnlijk.

5. Groenboek Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, COM(2005)672 def.; Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008)165 def.

ontwerprichtlijn, die uiteindelijk nooit officieel is gepubliceerd. Na een betrekkelijk lange pauze van meerdere jaren heeft de Commissie de draad weer opgepakt en op 11 juni 2013 is het nieuwe voorstel voor een richtlijn gepubliceerd. Naast de Richtlijn en het bij het oorspronkelijke richtlijnvoorstel behorende Impact Assessment Report heeft de Commissie een niet-bindende aanbeveling gepubliceerd betreffende collectieve vorderingen.⁶ Tevens is vorig jaar een praktische gids met aanbevelingen voor het berekenen van schade verschenen.⁷

Op 17 april 2014 heeft het Europees Parlement een gemeendeerde compromisversie van het richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken aangenomen die een jaar eerder door de Europese Commissie was gepubliceerd.⁸ Na de nodige correcties van taalkundige aard heeft de Raad op 10 november 2014 de tekst geadopteerd. De Richtlijn is op 26 november 2014 formeel aangenomen. Dit nieuwe voorstel heeft uiteindelijk geresulteerd in de definitieve Richtlijn, die binnen twee jaar dient te worden geïmplementeerd in de verschillende rechtsstelsels van de lidstaten.

2.2 Doelstellingen

De Richtlijn heeft als doel de effectieve handhaving van de mededingingsregels te garanderen door in de eerste plaats de wisselwerking tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te optimaliseren en in de tweede plaats ervoor te zorgen dat slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht de schade die zij hebben geleden volledig vergoed kunnen krijgen. De harmonisatie van die regels via een richtlijn zou dienen te resulteren in een gelijk spelveld op de interne markt voor zowel de ondernemingen die inbreuk maken op de mededingingsregels als de slachtoffers van dit onwettige gedrag.

De optimalisering van de wisselwerking tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (het eerste doel) wordt in de Richtlijn voornamelijk verwezenlijkt door de bescherming van het succesvolle clementieprogramma.⁹ Als gevolg van het ontbreken van een dwingende Unierechtelijke regeling heeft het HvJ in het Pfeiderer-arrest geoordeeld dat de nationale rechter op basis van nationaal recht en per situatie moet oordelen onder welke voorwaarden toegang tot documenten (waaronder clementiestukken) moet worden toegestaan of geweigerd. De nationale rechter dient daarbij een afweging te maken tussen enerzijds de belangen die de mededeling van de inlichtingen rechtvaardigen (het belang om te garanderen dat het recht op volledige vergoeding effectief kan worden uitgeoefend), en anderzijds de bescherming van de door de clementieverzoeker vrijwillig verstrekte inlichtingen (het belang om te zorgen voor een doeltreffende publiekrechtelijke handhaving).¹⁰ Dit kan leiden tot grote verschillen tussen de lidstaten op het gebied van de openbaarmaking van bewijsmateriaal uit de dossiers van de mededingingsautoriteiten. Deze onzekerheid kan ook het succes van de clementieregeling onder druk zetten. De Richtlijn voorziet daarom in regels over de mate waarin informatie die door mededingingsinstanties is verkregen in het kader van een clementieverzoek openbaar kan dan wel moet worden gemaakt, indien daarom wordt verzocht in het kader van een civiele schadevergoedingsprocedure.¹¹

Door een gelijk spelveld te creëren in de Europese Unie (hierna: EU) voor zowel de ondernemingen die inbreuk maken op de mededingingsregels als de slachtoffers van inbreuken op het mededingingsrecht tracht de Richtlijn het tweede doel te

6. 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, L 201/60. In de aanbeveling wordt niet gekozen voor een themagerichte aanpak (zoals bij de Richtlijn), maar voor een horizontale aanpak voor wat betreft collectieve vorderingen tot staking of schadevergoeding. Dit betekent dat de reikwijdte van de aanbeveling zeer ruim is en alle rechten omvat die op grond van het rechtstreeks werkende EU-recht zijn toegekend. Te denken valt aan consumentenbescherming, mededinging, milieubescherming, bescherming van persoonsgegevens, wetgeving in financiële dienstverlening en bescherming van beleggers.
7. Werkdocument van de diensten van de Commissie: Praktische gids betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bij de Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 11 juni 2013, SWD(2013)205. Zie ook Mededeling van de Commissie betreffende de begroting van schade bij schadeacties wegens inbreuken op artikel 101 of 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, 13 juni 2013, C-167/19. Zie voorts S. The & E.-J. Zippo, *Brusselse niet-bindende richtsnoeren bij de begroting van schade wegens schendingen van het mededingingsrecht. Een praktisch hulpmiddel voor de rechter en procespartijen?*, *MvV* 2011, p. 277-282.
8. COM(2013)404 def.

9. De meeste kartelinbreuken worden opgespoord doordat één of meer karteldeelneemers besluiten clementie aan te vragen teneinde boete-immuniteit of, in ieder geval, een boetevermindering te krijgen. Daarvoor is nodig dat de onderneming informatie aanlevert op grond waarvan het kartel kan worden aangetoond. De immuniteit of boetevermindering heeft echter geen betrekking op civiele schadevorderingen van benadeelden. Indien een onderneming die met succes clementie heeft aangevraagd vervolgens op basis van de informatie die is gebruikt voor de clementieaanvraag in een civiele procedure wordt veroordeeld tot betaling van een hoge schadevergoeding, dan zal dat voor ondernemingen mogelijk een reden kunnen zijn af te zien van een clementieverzoek.
10. HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, Jur. 2011, p. I-5161 (Pfeiderer AG/Bundeskartellamt): besproken door o.a. R.J. Smits, Pfeiderer en andere zaken: op weg naar duidelijkheid over bescherming clementiemateriaal, *MP* 2012, p. 53. Zie ook HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11 (Donau Chemie AG). In *Donau Chemie* oordeelt het HvJ dat het Unierecht (in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel) zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht op grond waarvan inzage in de stukken van het dossier van een nationale procedure over de toepassing van art. 101 VWEU (waaronder de stukken die zijn overgelegd in het kader van een clementieprogramma) door derden die geen partij zijn bij deze procedure en voornemens zijn een schadevordering in te stellen tegen karteldeelneemers, enkel afhankelijk is gesteld van de toestemming van alle partijen bij deze procedure, zonder dat de nationale rechter de mogelijkheid is gelaten om de betrokken belangen te wegen.
11. Het spanningsveld tussen enerzijds openbaarheid van de gegevens omtrent de mededingingsinbreuk en anderzijds het belang van vertrouwelijkheid ten behoeve van een succesvol clementiebeleid was ook aan de orde in het recente *Akzo Nobel*-arrest van het Gerecht van de Europese Unie. Zie Gerecht EU 28 januari 2015, T-345/12 (*Akzo Nobel/Commissie*).

bereiken. Deze slachtoffers dienen de schade die zij hebben geleden volledig vergoed te krijgen. Tot nu toe zijn met name in het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Nederland zaken aanhangig gemaakt waarbij (collectief) schadevergoeding wordt gevorderd wegens schending van het mededingingsrecht. Een oorzaak zou kunnen zijn dat in deze drie landen het bundelen van claims tot verkrijging van schadevergoeding wordt gefaciliteerd.¹² Opvallend is dat de Richtlijn ook in geamendeerde vorm nu juist dit onderdeel verder buiten beschouwing laat en collectieve vorderingen alleen behandelt in de niet-bindende aanbeveling. Dit terwijl de Commissie het niet wenselijk acht dat slechts in een beperkt aantal lidstaten de privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht een grote vlucht neemt en in de andere EU-lidstaten achterblijft. Wel is in de definitie van het begrip 'schadevordering' iets meer ruimte gelaten voor het bundelen van claims. Daarnaast wil de Commissie dat schadevergoedingsacties niet alleen ten goede komen aan de grote ondernemingen, maar ook aan de kleinere afnemers.

3 Opbouw en toepassingsbereik van de Richtlijn

De Richtlijn is onderverdeeld in zeven hoofdstukken, waarin de thema's worden behandeld die volgens de Commissie belemmerend werken voor het verkrijgen van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. Het eerste hoofdstuk behandelt het onderwerp en toepassingsgebied van de Richtlijn (inclusief definities). Hoofdstuk 2 betreft de toegang tot bewijsmateriaal. Het derde hoofdstuk behandelt de doorwerking van nationale beslissingen, verjaringstermijnen en gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid. De doorberekening van meerkosten (en de toelaatbaarheid van het daarbij behorende *passing on*-verweer of doorberekeningsverweer) wordt behandeld in hoofdstuk 4. Hoofdstuk 5 betreft de begroting van schade.¹³ Hoofdstuk 6 behandelt de buitengerechtelijke geschillenbeslechting en hoofdstuk 7 bevat enkele slotbepalingen betreffende de evaluatie van de Richtlijn, de omzetting van de Richtlijn, de toepassing in de tijd en de inwerkingtreding.

In de Richtlijn wordt in art. 2 sub 4 het begrip 'schadevordering' gedefinieerd als een 'uit hoofde van het nationale recht ingestelde vordering waarbij een schadeclaim voor een nationale rechterlijke instantie wordt gebracht door een partij die beweert benadeeld te zijn of door iemand die optreedt namens een of meer partijen die beweren benadeeld te zijn, indien het Unierecht of het nationale recht in deze mogelijkheid voorziet, of door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon op wie de rechten zijn overgegaan van de partij die beweert benadeeld te zijn, daaronder begrepen de persoon die de schadeclaim heeft verworven'. Naar aanleiding van het recente oordeel van het Landgericht Düsseldorf, dat de cessies tussen benadeelden van een cementkartel en een commercieel opere-

rende derde genaamd Cartel Damage Claims (CDC) in strijd zijn met de goede zeden, is het interessant om te zien dat in de Richtlijn expliciet duidelijk wordt gemaakt dat een cessie van de vorderingen aan een aparte 'claimentiteit' binnen de definitie van het begrip schadevordering valt.¹⁴ De Duitse rechter oordeelde de cessies onder meer nietig omdat het proceskostenrisico hierdoor op een ongerechtvaardigde wijze werd verschoven van de individuele benadeelden naar een derde die dit risico niet of onvoldoende kon dragen.¹⁵ Voor de Nederlandse rechter zijn ook enkele zaken aanhangig gemaakt waarin derden in eigen naam schadevergoeding vorderen. Naar Nederlands recht zien wij geen obstakel voor het door de gelaedeerden cederen van vorderingen op grond van schendingen van het mededingingsrecht aan een aparte claimentiteit.

Onder 'schadeclaim' wordt in de Richtlijn bedoeld een vordering tot vergoeding van de door een inbreuk op het mededingingsrecht ontstane schade. Met 'inbreuk op het mededingingsrecht' wordt bedoeld een inbreuk op art. 101 of 102 VWEU of op nationaal mededingingsrecht, waarbij het nationale mededingingsrecht eng wordt geformuleerd. Dit betekent dat het dient te gaan om bepalingen van nationaal recht die overwegend dezelfde doelstelling nastreven als art. 101 en 102 VWEU en die in dezelfde zaak en parallel met het EU-mededingingsrecht worden toegepast overeenkomstig art. 3 lid 1 Verordening 1/2003.¹⁶ Deze regeling is gekozen om te voorkomen dat er verschillende materiële en procedurele regels van toepassing zijn op acties tot verkrijging van schadevergoeding wegens een schending van het mededingingsrecht.

De Richtlijn is van toepassing op zowel *follow-on* procedures (procedures die volgen nadat de Commissie, de Autoriteit Consument & Markt (ACM) of een buitenlandse mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld) als *stand-alone* procedures (zelfstandige procedures zonder dat de Commissie, de ACM of een buitenlandse mededingingsautoriteit een inbreuk heeft vastgesteld).

4 Intermezzo: eisen aan implementatie van de Richtlijn

Voordat hierna nader wordt ingegaan op de Richtlijn en de vraag in hoeverre de Richtlijn noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht, maken wij eerst een enkele opmerking over

14. LG Düsseldorf 17 december 2013, 37 O 200/09 (Kart) U.

15. Daarbij dient wel de kanttekening te worden gemaakt dat in Duitsland de in het ongelijk gestelde partij de volledige proceskosten van de in het gelijk gestelde partij dient te vergoeden (incl. de advocaatkosten die voortvloeiend uit de procedure worden vastgesteld). In Nederland blijft het grootste gedeelte van de advocaatkosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt voor rekening van de in het gelijk gestelde partij vanwege de vaststelling van de advocaatkosten aan de hand van het Liquidatietarief. Zie over dit arrest I. Tillema, Cessie als instrument ter afwikkeling van massaschadezaken: in strijd met de openbare orde en goede zeden?, *MvV* 2014, p. 333-338.

16. Uitgezonderd bepalingen van nationaal recht waarbij natuurlijke personen strafrechtelijke sancties worden opgelegd (behalve voor zover zulke strafrechtelijke sancties het middel zijn op grond waarvan de op ondernemingen toepasselijke mededingingsregels worden gehandhaafd).

12. J. Kortmann & R. Wesseling, Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damage Actions, *Competition Policy International (CPI) Antitrust Chronicle* 2013, afl. 1, p. 3.

13. Opvallend detail is dat dit hoofdstuk slechts één artikel beslaat.

de vereisten die in algemene zin aan implementatie van een richtlijn worden gesteld. Dit is immers van belang voor het antwoord op de vraag op welke manier de Richtlijn zal moeten worden omgezet in het Nederlandse recht.

Krachtens art. 288 VWEU is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Het is aan de lidstaten de vorm en middelen te kiezen waarmee dit resultaat wordt bereikt. In beginsel heeft een lidstaat dus ruimte bij het bepalen van de manier waarop een richtlijn wordt geïmplementeerd. Deze ruimte wordt echter begrensd door de voorwaarden die in de jurisprudentie van het HvJ tot ontwikkeling zijn gekomen ten aanzien van een correcte implementatie. Zo zal de omzetting van een richtlijn moeten gebeuren op een manier die nauwkeurig, duidelijk en doorzichtig is, zodanig dat de betrokkenen hun rechten en plichten kennen.¹⁷ Dit betekent niet dat de omzetting van een richtlijn noodzakelijkerwijs door de wetgever moet gebeuren.¹⁸ Het kan ook voldoende zijn dit te regelen door middel van lagere regelgeving. Daarbij is voor de omzetting van een richtlijn niet altijd vereist dat de bepalingen ervan formeel en letterlijk in een uitdrukkelijke, specifieke bepaling worden overgenomen, maar kan een algemene juridische context voldoende zijn, mits deze daadwerkelijk de volledige toepassing van de richtlijn op voldoende bepaalde en duidelijke wijze verzekert.¹⁹ De lidstaten moeten zorgen voor een duidelijk wettelijk kader op het betrokken gebied en de nationale omzettingsregeling moet dwingende rechtskracht hebben.²⁰ Met name wanneer een richtlijn rechten toekent of plichten oplegt aan ondernemingen of burgers worden er in verband met het beginsel van rechtszekerheid hoge eisen gesteld aan de duidelijkheid en kenbaarheid van de nationale bepalingen die dienen ter omzetting van de richtlijn.

In het licht van het voorgaande is van belang dat de Richtlijn rechten toekent aan benadeelden van mededingingsinbreuken en (als keerzijde van de medaille) bepalingen bevat die kunnen worden ingeroepen tegen ondernemingen die in strijd hebben gehandeld met het mededingingsrecht. Dit betekent dat er dus extra hoge eisen worden gesteld aan de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de nationale omzettingsmaatregelen. In dit verband is van belang dat een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht door de rechter geen volwaardig alternatief vormt voor een correcte implementatie in het Nederlandse recht. Richtlijnconforme interpretatie is een Unierechtelijk doorwerkingsinstrument dat moet worden ingezet indien het nationale recht en de richtlijn uiteenlopen. Uitgangspunt is echter dat er geen ruimte zit tussen de richtlijn en de nationale regelgeving die dient ter omzetting van deze richtlijn.

17. HvJ EG 30 mei 1991, C-361/88, Jur. 1991, p. I-2567.

18. HvJ EG 23 mei 1985, C-29/84, Jur. 1985, p. 1661.

19. HvJ EG 27 april 1988, C-252/85, Jur. 1988, p. 2243.

20. HvJ EG 25 mei 1982, C-97/81, Jur. 1982, p. 1819.

5 Belangrijkste wijzigingen die de Commissie met de Richtlijn wil bereiken

De Commissie beoogt met de Richtlijn enkele belangrijke wijzigingen door te voeren die de belemmeringen voor het verkrijgen van schadevergoeding door gedupeerden van mededingingsinbreuken in de praktijk trachten weg te nemen. Daarnaast is de Richtlijn van toepassing op zowel individuele als collectieve schadevergoedingsacties.

Hierna geven wij een overzicht van de belangrijkste deelthema's die volgens de Commissie dienen te worden geregeld in de nationale rechtsstelsels van de EU-lidstaten om de verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht binnen de EU te vereenvoudigen. Daarbij geven wij tevens aan of de omzetting van de Richtlijn in Nederlands recht naar onze mening noopt tot een wijziging van het bestaande recht.

5.1 Toegang tot bewijsmateriaal

Algemeen

In de eerste plaats is het volgens de Commissie noodzakelijk om gemakkelijker toegang te verkrijgen tot bewijsmateriaal dat nodig is bij de instelling van een vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. Met name indien een partij documenten nodig heeft die in handen zijn van de wederpartij of van derden wil de Richtlijn het mogelijk maken om via een rechterlijk bevel deze documenten te verkrijgen. De nationale rechter dient daarbij te waarborgen dat de openbaarmakingsverplichting proportioneel is en dat vertrouwelijke gegevens voldoende beschermd worden.

De art. 5 t/m 8 van de Richtlijn behandelen de toegang tot bewijsmateriaal. De Commissie heeft met de openbaarmakingsregeling willen aansluiten bij Richtlijn 2004/48/EG betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten. De Richtlijn laat de toepasselijkheid van Verordening 1049/2001 (de Eurowob) en de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) onverlet.²¹

De Richtlijn gaat uit van een belangrijke rol voor de nationale rechter bij wie een vordering tot verkrijging van schadevergoeding is ingesteld. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat de nationale rechter op verzoek van een eiser – die daartoe een met redenen omkleed verzoek heeft ingediend met daarin alle redelijkerwijs voor hem beschikbare feiten en relevant bewijsmateriaal, die toereikend zijn om zijn schadeclaim aannemelijk te maken – de verweerder of een derde partij kan gelasten toegang te verlenen tot het relevante bewijsmateriaal waarover hij zeggenschap heeft. Daarbij zal de nationale rechter, op verzoek van de verweerder, ook de eiser of een derde moeten kunnen gelasten toegang te verlenen tot relevant bewijsmateriaal. De

21. Zie over de verhouding tussen de clementieregeling en de Eurowob ook HvJ EU 27 februari 2014, C-365/12 P (EnBW Energie Baden-Württemberg).

nationale rechter moet tevens bevoegd zijn om toegang te gelasten tot specifieke bewijsstukken of relevante categorieën bewijsmateriaal, die in het met redenen onderbouwde verzoek zo nauwkeurig en zo eng mogelijk dienen te worden omschreven als redelijkerwijs mogelijk is op basis van de beschikbare feiten.

De Richtlijn schrijft voor dat de nationale rechter de toegang tot bewijsmateriaal beperkt tot wat evenredig is, waarbij rekening moet worden gehouden met de rechtmatige belangen van alle betrokken partijen en derden. Met name dient de rechter rekening te houden met:

- a. de mate waarin de claim of het verweer waarmee het verzoek om toegang tot bewijsmateriaal wordt gerechtvaardigd, wordt ondersteund door beschikbare feiten en beschikbaar bewijsmateriaal;
- b. de omvang en de kosten van toegang, in het bijzonder voor betrokken derden, om te voorkomen dat gezocht moet worden naar niet-specifieke informatie waarvan het niet waarschijnlijk is dat zij relevant is voor de partijen in de procedure; en
- c. of het bewijsmateriaal waartoe toegang wordt gevraagd al dan niet vertrouwelijke informatie bevat, in het bijzonder over derden, en welke regelingen tot bescherming van dergelijke vertrouwelijke informatie van toepassing zijn.

De lidstaten dienen er tevens voor te zorgen dat de nationale rechters bevoegd zijn om in het kader van schadevorderingen toegang te gelasten tot bewijsmateriaal dat vertrouwelijke gegevens bevat, indien zij dat bewijsmateriaal relevant achten voor de schadevordering. Wanneer de toegang tot deze informatie wordt gelast, dient de rechter bovendien over doeltreffende maatregelen te beschikken om deze informatie te beschermen. De Richtlijn vermeldt expliciet dat het belang van ondernemingen om schadevorderingen na een inbreuk op het mededingingsrecht te voorkomen geen belang is waarvan de bescherming gewettigd is. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat de nationale rechterlijke instanties, wanneer zij toegang tot bewijsmateriaal gelasten, volledige toepassing verlenen aan krachtens het Unierecht of krachtens het nationale recht toepasselijke verschoningsrechten. De Richtlijn belet de lidstaten niet regels te handhaven of in te voeren die tot een ruimere toegang tot bewijsmateriaal zouden leiden.

Beperkingen op de openbaarmaking van bewijsmateriaal in het dossier van een mededingingsautoriteit

Een belangrijk doel van de Richtlijn is de bescherming van het functioneren van de clementieregeling. In de Richtlijn worden dan ook de nodige beperkingen vastgesteld voor de openbaarmaking van bewijsmateriaal dat zich bevindt in het dossier van een mededingingsautoriteit.

In de eerste plaats wordt in art. 6 lid 6 van de Richtlijn voorzien in de absolute bescherming van twee typen documenten die van belang zijn voor het functioneren van de clementieregeling (de 'zwarte lijst'). Het betreft de ondernemingsverkla-

ringen met betrekking tot clementie en de verklaringen met het oog op een schikking. De nationale rechter kan met het oog op een procedure tot verkrijging van schadevorderingen nooit de mogelijkheid hebben om de openbaarmaking te gelasten van ondernemingsverklaringen met betrekking tot clementie en verklaringen met het oog op een schikking. Openbaarmaking van deze documenten zou ernstige gevolgen hebben voor de doeltreffendheid van de clementieregeling en eventuele schikkingsprocedures.

Daarnaast wordt in art. 6 lid 5 van de Richtlijn voorzien in de tijdelijke bescherming van informatie die de partijen hebben voorbereid met het oog op een procedure bij de mededingingsautoriteit (de 'grijze lijst'). Het betreft informatie uit nog lopende publiekrechtelijke handavingsprocedures die valt onder een van de volgende categorieën bewijsmateriaal:

- a. informatie die door een natuurlijke persoon of rechtspersoon specifiek voor de procedure van een mededingingsautoriteit is voorbereid;
- b. informatie die een mededingingsautoriteit in de loop van haar procedure heeft opgesteld en aan de partijen heeft toegezonden; en
- c. verklaringen met het oog op een schikking die zijn ingetrokken.

Toegang tot deze informatie is pas toelaatbaar wanneer de mededingingsautoriteit haar procedure heeft beëindigd. De achtergrond van deze regeling is dat het onderzoeksbelang niet mag worden geschaad en dat de lopende publiekrechtelijke handavingsprocedure niet moet worden doorkruist.

Beperkingen op het gebruik van bewijsmateriaal dat enkel via toegang tot het dossier van een mededingingsautoriteit werd verkregen

Ondernemingsverklaringen met betrekking tot clementie en de verklaring met het oog op een schikking zijn op grond van art. 7 van de Richtlijn niet toelaatbaar als bewijs in een schadevergoedingszaak indien een bij de vordering tot verkrijging van schadevergoeding betrokken natuurlijke persoon of rechtspersoon voornoemde documenten enkel heeft verkregen via toegang tot het dossier van een mededingingsautoriteit.

Van documenten die niet tot een van de voornoemde categorieën bewijsmateriaal behoren, mag de rechter te allen tijde openbaarmaking gelasten. Dat neemt uiteraard niet weg dat zeer algemene verzoeken om openbaarmaking van documenten door de rechter dienen te worden aangemerkt als onevenredig en niet in overeenstemming met de plicht van de verzokende partij om de categorieën bewijsmateriaal zo nauwkeurig en eng mogelijk te specificeren.

Art. 7 lid 3 van de Richtlijn voorziet in een regeling op grond waarvan enkel diegene die toegang tot het dossier van een mededingingsautoriteit heeft verkregen, deze documenten als bewijsmateriaal in een procedure tot verkrijging van schade-

vergoeding kan gebruiken. Hiermee zou worden voorkomen dat documenten verhandeld worden.²²

Betekenis voor Nederland

De toegang tot documenten krijgt in (de aanloop naar) een civiele procedure meestal vorm door middel van een art. 843a Rv-verzoek.²³ De vereisten zoals deze zijn neergelegd in art. 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en nader zijn uitgewerkt in de jurisprudentie lijken grotendeels aan te sluiten bij de manier waarop de toegang tot documenten in de Richtlijn wordt geregeld. Voor toewijzing van een art. 843a Rv-verzoek moet de verzoeker een ‘rechtmatig belang’ bij de gevraagde documenten hebben, dient het te gaan om ‘bepaalde bescheiden’ (de gevraagde bescheiden dienen voldoende bepaald te zijn) en dient de verzoeker partij te zijn bij een rechtsbetrekking waarop de gevraagde bescheiden betrekking hebben. Het Nederlandse recht kent dus – net zoals de Richtlijn – geen algemene exhibitieplicht, maar een bijzondere exhibitieplicht. Daarbij maakt de rechter een belangenafweging tussen het belang van de aanvrager bij inzage in de gevraagde bescheiden en het belang van de aangezochte persoon om niet onnodig lastig te worden gevallen met een verzoek om informatie. *Fishing expeditions* moeten daarbij worden voorkomen.

Of de manier waarop in concrete gevallen door rechters wordt omgegaan met een verzoek om informatie daadwerkelijk volledig in lijn is met de Richtlijn, zal uiteraard ook afhangen van de manier waarop de Richtlijn zal worden uitgelegd door het HvJ. Het kan goed zijn dat het HvJ EU een meer ruimhartige benadering voorstaat dan die welke de Nederlandse rechters op dit moment hanteren in de context van art. 843a Rv. In dat geval zal een richtlijnconforme interpretatie van art. 843a Rv in eerste instantie oplossing kunnen bieden.

Recent heeft de Rechtbank Amsterdam in twee zaken betreffende schadeclaims in verband met het luchtvrachtkartel geoordeeld over een art. 843a Rv-verzoek, waarbij ook werd verwezen naar de komende regeling op grond van de Richtlijn.²⁴ Zowel door gedaagde partijen (de aangesproken luchtvaartmaatschappijen) als in een van de procedures door de eisende partij werd een art. 843a Rv-verzoek gedaan. De karteldeelneemers beoogden met hun verzoek informatie te verkrijgen die behulpzaam zou zijn voor het verweer tegen de claim van eisers, onder meer in de vorm van een *passing on*-verweer. Eisende partij wilde echter juist informatie afkomstig van de luchtvaartmaatschappijen ter onderbouwing van,

onder meer, het bestaan van causaliteit en schade. In antwoord op deze verzoeken overweegt de rechtbank in verband met de belangenafweging die moet plaatsvinden in het kader van art. 843a Rv onder meer:

‘Verder is in geval van kartelschade de Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 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) relevant, en met name artikel 5 lid 3 dat over de toegang tot bewijsmateriaal gaat. De Richtlijn wordt nog geïmplementeerd, maar biedt in dit stadium (overeenkomstig het geldende recht) inzichten, beginselen en aanknopingspunten voor de beoordeling.

In het kader van voornoemde bepaling dient het verlenen van toegang tot bewijsmateriaal beperkt te worden tot wat evenredig is, waarbij rekening dient te worden gehouden met de rechtmatige belangen van alle betrokken partijen en derden. Met name moet rekening worden gehouden met de volgende elementen: (a) de mate waarin de claim of het verweer waarmee het verzoek om toegang tot bewijsmateriaal wordt gerechtvaardigd, wordt ondersteund door beschikbare feiten en beschikbaar bewijsmateriaal, (b) de omvang en de kosten van toegang, in het bijzonder voor betrokken derden, om te voorkomen dat gezocht moet worden naar niet-specifieke informatie waarvan het niet waarschijnlijk is dat zij relevant is voor de partijen in de procedure en (c) of het bewijsmateriaal waartoe toegang wordt gevraagd, al dan niet vertrouwelijke informatie bevat, in het bijzonder over derden, en welke regelingen ter bescherming van dergelijke vertrouwelijke informatie van toepassing zijn.’

Op basis van voornoemd toetsingskader wijst de rechtbank vervolgens de verzoeken van zowel eiser als gedaagden af. De rechtbank is, kortweg, van oordeel dat het in het stadium waarin de procedure zich bevindt prematuur is de verzoeken toe te wijzen, omdat de luchtvaartmaatschappijen (de karteldeelneemers) de stellingen van eisers gemotiveerd hebben weersproken en het nu eerst op de weg van eisers ligt om de stellingen met betrekking tot causaliteit en schade nader te concretiseren. Ten aanzien van het verzoek van eisers om informatie van de luchtvaartmaatschappijen overweegt de rechtbank dat eisers nog niet concreet hebben toegelicht in hoeverre de gevraagde documentatie nodig is ter onderbouwing van de vordering. Daar staat tegenover dat in het geval van toewijzing van het art. 843a Rv-verzoek het verzamelen van de gevraagde documenten veel tijd in beslag zou nemen en hoge kosten zou meebrengen, terwijl bovendien is betwist dat alle gevraagde gegevens voorhanden zijn. In dit stadium van de procedure weegt het belang van de luchtvaartmaatschappijen bij afwijzing van de vordering volgens de rechtbank daarom zwaarder dan het belang van eisers bij afgifte van de gevraagde bescheiden.

22. Zie voor een verdere beschouwing n.a.v. het richtlijnvoorstel over de stelplicht en bewijslast en een vergelijking met de exhibitieplicht ex art. 843a Rv en het conservatoir bewijsbeslag nader E.-J. Zippo, Het Richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken, MP 2013, afl. 8, p. 275-285.

23. Daarnaast zijn art. 21 en 22 Rv van belang. Zie in dit verband Zippo 2013, p. 280.

24. Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778 (Equilib/KLM c.s.) en Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780 (Stichting Cartel Compensation/KLM c.s.).

De Richtlijn kent ook specifieke beperkingen ten aanzien van de (onmogelijkheid van) openbaarmaking van bepaalde documenten die zijn verstrekt in het kader van een clementieverzoek. Deze beperkingen kunnen niet worden afgeleid uit art. 843a Rv en dienen daarom in ieder geval te worden opgenomen in de wet. In het licht van de eisen die vanuit het Unierecht worden gesteld aan een adequate implementatie lijkt het ons niet mogelijk deze specifieke vereisten over te laten aan de rechtspraak.

5.2 *Beslissing nationale mededingingsautoriteit als onweerlegbaar bewijs of prima facie-bewijs*

Art. 16 Verordening 1/2003 regelt de uniforme toepassing van het EU-mededingingsrecht en vormt een codificatie van het arrest Masterfoods.²⁵ De nationale rechter kan bij de toepassing van art. 101 en 102 VWEU op grond van art. 16 Verordening 1/2003 en het arrest Masterfoods geen beslissing nemen die in strijd is met een door de Commissie gegeven beschikking.²⁶ Ook moet de nationale rechter vermijden beslissingen te nemen die in strijd zouden zijn met een beschikking die de Commissie overweegt te geven in een door haar begonnen procedure.²⁷

Er bestond nog geen uniforme regeling over de bewijskracht van de beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten. De Richtlijn bepaalt daarover in art. 9 lid 1 dat de definitieve inbreukbeschikking van de nationale mededingingsautoriteit of nationale beroepsinstantie onweerlegbaar bewijs vormt voor de nationale burgerlijke rechter uit *dezelfde* lidstaat die oordeelt over een aanhangig gemaakte vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht. Aan deze eis uit de Richtlijn wordt in Nederland in de praktijk reeds voldaan. Dit betreft de discussie over de formele rechtskracht van een besluit van de ACM. Over de vraag of dit onderdeel uit de Richtlijn dient te worden omgezet, is discussie mogelijk. Desondanks zou het voor een correcte omzetting van de Richtlijn de voorkeur verdienen deze regel te codificeren in het Nederlandse recht.

Beslissingen van een nationale mededingingsautoriteit of nationale beroepsinstantie uit een *andere* lidstaat gelden krachtens art. 9 lid 2 van de Richtlijn in ieder geval als *prima facie*-bewijs van de inbreuk op het mededingingsrecht. Deze

regel uit de Richtlijn dient te worden geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Hoewel een uitspraak van de buitenlandse mededingingsautoriteit in de huidige praktijk door de nationale rechter ook als belangrijk gegeven zal worden beschouwd, is voor een juiste implementatie van de Richtlijn toch vereist dat dit wordt gecodificeerd in het Nederlandse recht. In de huidige situatie zal de eiser (de gelaedeerde) moeten bewijzen dat er sprake is van een schending van het mededingingsrecht. Na inwerkingtreding van de Richtlijn ligt het op de weg van de gedaagde (de laedens) om aannemelijk te maken dat de mededingingsautoriteit uit een andere lidstaat de plank mislaat en er in dit specifieke geval toch geen sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht.

Art. 9 van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel bepaalde overigens dat de rechter die oordeelt over een vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht geen beslissing mag nemen die in strijd is met een eerder, onherroepelijk besluit van een nationale mededingingsautoriteit of beroepsinstantie. Deze regeling was onnodig en ook niet wenselijk.²⁸ Zo werd de onafhankelijkheid van de nationale burgerlijke rechter miskend (de nationale rechter dient niet gebonden te zijn aan beslissingen van bestuursorganen van andere EU-lidstaten) en kan de nationale rechter een beslissing van een buitenlandse mededingingsautoriteit uitstekend op waarde schatten zonder dat aan die beslissing bindende bewijskracht wordt toegekend.²⁹ Het is dan ook een vooruitgang dat beslissingen van een nationale mededingingsautoriteit uit een andere lidstaat slechts gelden als *prima facie*-bewijs van de inbreuk op het mededingingsrecht en niet als onweerlegbaar bewijs.

5.3 *Duidelijke verjaringstermijnen*

De Richtlijn stelt in art. 10 ook eisen aan verjaringstermijnen. Nationale regels over de verjaringstermijnen mogen geen belemmering vormen voor het instellen van de vordering tot verkrijging van schadevergoeding. Slachtoffers dienen in ieder geval vijf jaar de tijd te hebben om hun vordering in te stellen, beginnend vanaf het moment dat zij konden weten dat ze schade leden als gevolg van een mededingingsinbreuk. Deze periode kan worden uitgesteld of geschorst indien een mededingingsautoriteit een inbreukprocedure begint, zodat slachtoffers ervoor kunnen kiezen om te wachten totdat de publiekrechtelijke handhavingprocedure voorbij is. De verjaringstermijn zal niet beginnen te lopen voordat de betreffende voortgezette of herhaalde inbreuk op het mededingingsrecht is

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

26. Zie voor een in eerste instantie geslaagd beroep op het Masterfoods-verweer Rb. Amsterdam 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8444 (Equilib/KLM e.a.). In hoger beroep werd door het Hof Amsterdam echter anders geoordeeld. Zie Hof Amsterdam 24 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (Equilib/KLM e.a.). Zie voor een afwijzing van het Masterfoods-verweer ook Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870 (CDC/Shell e.a.).

27. Te dien einde kan de nationale rechterlijke instantie de afweging maken of het nodig is haar procedure op te schorten. Deze verplichting laat de rechten en verplichtingen op grond van art. 234 VWEU onverlet. Zie voor een recent voorbeeld van zjuist genoemde afweging Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3013 (Equilib/KLM e.a.).

28. Zie voor een nadere uiteenzetting E.-J. Zippro, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 632 e.v.

29. Zo is de nationale rechter als decentrale Unierechter ook niet gebonden aan beslissingen van de Commissie als mededingingsautoriteit, maar aan beslissingen van de Commissie als supranationale Unie-instelling die getoetst kunnen worden door de centrale Unierechters. Zie ook A.P. Komninos, *EC Private Antitrust Enforcement. Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 16; Zippro 2009, p. 632.

stopgezet en een benadeelde partij weet of redelijkerwijs geacht kan worden weet te hebben van:

- a. de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt;
- b. het feit dat hij door de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft geleden; en
- c. de identiteit van de inbreukmaker die deze schade heeft veroorzaakt.

De verjaringstermijn dient volgens de Richtlijn te worden geschorst wanneer een mededingingsautoriteit een handeling verricht tot onderzoek of vervolging van een inbreuk waarop de schadevordering betrekking heeft. De schorsing eindigt volgens de Richtlijn op zijn vroegst een jaar na de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing of nadat de procedure op andere wijze is beëindigd. Vanaf het moment dat de beslissing van de mededingingsautoriteit finaal is geworden, hebben slachtoffers dus ten minste een jaar de tijd voor het instellen van een vordering tot verkrijging van schadevergoeding wegens schending van het mededingingsrecht.

In Nederland zijn er een paar rechtszaken geweest waar de problematiek van verjaring bij mededingingsinbreuken aan de orde was. Ook vóórdat de Commissie een beslissing heeft genomen, kan de verjaringstermijn naar huidig recht al gaan lopen. Zo maakt de uitspraak in CEF/FEG duidelijk dat het voor de gelaedeerde van een schending van het mededingingsrecht van belang is tijdig een schadevergoedingsactie in te stellen en niet te wachten tot de Commissie een definitieve beslissing heeft genomen over de mededingingsinbreuk.³⁰ In de TenneT/ABB-zaak oordeelde zowel de rechtbank als in hoger beroep het hof echter dat de verjaringstermijn in die zaak pas was aangevangen met het publiceren van de boetebeschikking en niet reeds met de publicatie van een persbericht van de Europese Commissie over het door haar ingestelde onderzoek naar het kartel.³¹ Ook in de zaak VVE 'Het Schip' e.a./Otis oordeelt de rechtbank dat de verjaringstermijn een aanvang had genomen op het moment dat het boetebesluit van de Commissie werd gepubliceerd.³²

De regeling van de verjaring in de Richtlijn sluit voor een deel aan bij de verjaringstermijn van art. 3:310 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Op grond van art. 3:310 BW gaat de verjaring lopen nadat de benadeelde partij zowel met haar schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Het gaat daarbij om een daadwerkelijke mogelijkheid voor de benadeelde een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. Hiervan is sprake als de benadeelde voldoende zekerheid heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken

persoon.³³ Dit lijkt heel aardig aan te sluiten bij art. 10 van de Richtlijn. Kanttekening hierbij is dat de Richtlijn ook vereist dat de verjaringstermijn niet begint te lopen voordat de benadeelde bekend is met 'de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt' (naast het feit dat hij weet heeft, of redelijkerwijs geacht kan worden weet te hebben, van de schade en de identiteit van de inbreukmaker). Deze voorwaarde kent het Nederlandse recht niet, althans niet expliciet. Vanuit Nederlands recht bezien zou het argument van een benadeelde dat hij niet eerder op de hoogte was van het feit dat het schadeveroorzakende handelen in strijd was met het recht, in beginsel geen argument vormen. Rechtsdwaling wordt naar Nederlands recht immers in principe niet gehonoreerd.³⁴ Op dit punt zal de Richtlijn dus tot een wijziging van het Nederlandse recht moeten leiden. Dit geldt ook voor de eis uit de Richtlijn dat een onderzoek van een mededingingsautoriteit naar een inbreuk leidt tot schorsing dan wel stuiting van de verjaringstermijn. Een aanpassing is tevens noodzakelijk om art. 18 van de Richtlijn te respecteren. Dat artikel bepaalt namelijk dat een verjaringstermijn wordt geschorst voor de duur van elke buitengerechtelijke geschillenbeslechtingsprocedure.³⁵ Deze schorsing geldt alleen voor de bij de buitengerechtelijke geschillenbeslechting betrokken partijen.

5.4 Het doorberekeningsverweer (*passing on*)

In de aanloop naar de totstandkoming van de Richtlijn zijn er weinig onderwerpen die meer aandacht hebben genoten dan het zogeheten *passing on*-verweer of doorberekeningsverweer. Het *passing on*-verweer betreft, kortweg, het verweer van de onderneming die het mededingingsrecht heeft geschonden, dat de benadeelde partij het nadeel dat zij (in eerste instantie) heeft geleden als gevolg van de mededingingsinbreuk, al dan niet gedeeltelijk heeft doorberekend aan haar afnemers. Er was discussie over de vraag of dit vanuit Unierechtelijk perspectief toegestaan zou (moeten) zijn in het licht van het doeltreffendheidsbeginsel.³⁶ Het *passing on*-verweer zou de mogelijkheid van succesvolle schadeclaims namelijk kunnen belemmeren.³⁷

Met de Richtlijn is het pleit definitief beslecht: *passing on* is toegestaan en het nationale recht moet ook voorzien in de

30. Rb. Rotterdam 7 maart 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA0926 (CEF/FEG).

31. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (TenneT/ABB). Zie voor het hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6653 (ABB/TenneT).

32. Rb. Midden-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA1922 (VVE 'Het Schip' e.a./Otis).

33. HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850.

34. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115 (Bosman/Golstein)

35. Buitengerechtelijke geschillenbeslechting is in de Richtlijn (breed) gedefinieerd als: 'ieder mechanisme dat de partijen in staat stelt een geschil over een schadeclaim buitengerechtelijk te beslechten'.

36. Krachtens het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel mag het nationale recht de uitoefening van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

37. In de TenneT/ABB-zaak was de *passing on*-vraag ook aan de orde. Het betrof daar een procedure tot verkrijging van schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht op de markt voor gasgeïsoleerd schakelmateriaal, waarbij door ABB een beroep werd gedaan op het *passing on*-verweer. In eerste aanleg verwierp de Rechtbank Oost-Nederland dit beroep op het doorberekeningsverweer, maar in hoger beroep staat het hof het *passing on*-verweer toe. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 en Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (TenneT/ABB).

mogelijkheid dat de verweerder in een schadevergoedingsprocedure het *passing on*-verweer kan voeren. Daarbij rust de bewijslast van de doorberekening op de verweerder die het *passing on*-verweer inroept. Ter onderbouwing van dit verweer moet de verweerder wel redelijkerwijs toegang tot bewijsmateriaal kunnen vorderen van de eiser of derden (art. 13 Richtlijn).

Voor indirecte afnemers is van belang dat de Richtlijn in art. 14 een weerlegbaar vermoeden aanneemt dat er een doorberekening heeft plaatsgevonden van het te veel betaalde bedrag aan de indirecte afnemers indien wordt aangetoond dat (1) de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt, (2) deze inbreuk heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer en (3) de indirecte afnemer goederen of diensten heeft afgenomen waarop de mededingingsinbreuk betrekking had.

De definitieve regeling in de Richtlijn wijkt af van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel. In het oorspronkelijke richtlijnvoorstel werd nog bepaald dat het verweer niet mag worden gevoerd als de schade is doorberekend aan een volgend niveau in de keten, waarvoor het juridisch onmogelijk is om schade te vorderen. Een en ander leek verband te houden met die lidstaten waar indirecte afnemers geen aanspraak konden maken op schadevergoeding vanwege causaliteitsproblemen. De inbreukmaker die zich dan op het *passing on*-verweer zou kunnen beroepen, zou in ieder geval deels niet aansprakelijk zijn voor de veroorzaakte schade. In het richtlijnvoorstel werd dit probleem nog opgelost door middel van een concentratie van de vordering bij de directe afnemer. In de definitieve Richtlijn wordt dit probleem opgelost doordat expliciet is neergelegd dat ook indirecte afnemers hun recht op schadevergoeding moeten kunnen effectueren.

In de Richtlijn wordt tevens getracht te vermijden dat er overcompensatie dan wel ondercompensatie (of zelfs het ontbreken van aansprakelijkheid) ontstaat als gevolg van gelijktijdige vorderingen van zowel directe als indirecte afnemers. Art. 15 van de Richtlijn bepaalt dat de nationale rechter met gebruikmaking van de in het Unie- dan wel nationale recht beschikbare rechtsmiddelen rekening moet houden met (1) schadevorderingen die verband houden met dezelfde inbreuk, maar die worden ingesteld door eisers op een ander niveau van de toeleverketen, (2) uitspraken op voornoemde schadevorderingen en (3) relevante, tot het publiek domein behorende informatie uit zaken betreffende de publieke handhaving van het mededingingsrecht. In de Richtlijn wordt er nog expliciet op gewezen dat dit de rechten en plichten uit art. 30 EEX-Verordening (samenhangende vorderingen voor gerechten van verschillende lidstaten) onverlet laat. Dit is tegelijk ook het meest duidelijke voorbeeld van een middel dat een rechter ter beschikking staat om te voorkomen dat hij een uitspraak doet die leidt tot over- dan wel ondercompensatie. Ook in zuiver nationale situaties zal dit soms een oplossing kunnen vormen. Zo zal de Nederlandse rechter op grond van art. 220 Rv, op

verzoek van een van de partijen, een zaak kunnen verwijzen naar een andere rechter indien sprake is van verknochtheid (connexiteit). Wat de Richtlijn op het oog heeft met andere rechtsmiddelen uit het Unie- dan wel nationale recht is voornog enigszins onduidelijk.³⁸

Naar Nederlands recht moet het *passing on*-verweer primair worden gezien als een schadeverweer. De aangesproken partij – de onderneming die een inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht – verweert zich jegens de benadeelde partij met de stelling dat deze geen (of minder) schade heeft geleden omdat de benadeelde de nadelige effecten van de mededingingsinbreuk heeft afgewenteld op zijn afnemer. Dit verweer blijft met de Richtlijn gewoon mogelijk en het Nederlandse recht behoeft op dit punt geen aanpassing.³⁹ Dat geldt wel voor het vermoeden dat wordt gehanteerd ten aanzien van de doorberekening van het te veel betaalde bedrag aan indirecte afnemers. Op zichzelf biedt het Nederlandse recht genoeg flexibiliteit voor de rechter om een zodanig vermoeden, al dan niet met een beroep op richtlijnconforme interpretatie, te hantieren. Indachtig hetgeen hiervoor is vermeld in paragraaf 4 menen wij echter dat een correcte implementatie meebrengt dat dit vermoeden wettelijk wordt verankerd. Een rechterlijk vermoeden (in plaats van een wettelijk vermoeden) voldoet waarschijnlijk niet aan de voor een adequate implementatie vereiste rechtszekerheid.

5.5 Volledige compensatie

In de Richtlijn is in art. 3 tevens nog eens het acquis van de Unie tot uitdrukking gebracht betreffende het uit het EU-recht voortvloeiende recht op volledige vergoeding voor eenieder die schade heeft geleden. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht de mogelijkheid heeft om volledige vergoeding van die schade te vorderen en te verkrijgen. Daarbij maakt het niet uit of het gaat om directe of indirecte afnemers van een inbreukpleger (art. 12 lid 1 Richtlijn).

Een volledige vergoeding brengt een persoon die schade heeft geleden in de hypothetische positie waarin die zich zou hebben bevonden indien er geen inbreuk op het mededingingsrecht was gemaakt. Een volledige vergoeding omvat volgens de Richtlijn, conform de jurisprudentie van het HvJ EU, dan ook het recht op vergoeding van het daadwerkelijk verlies en de gederfde winst, vermeerderd met de betaling van rente. De Richtlijn meldt nog wel expliciet dat volledige vergoeding niet mag leiden tot overcompensatie, ongeacht of het punitieve schadevergoeding, meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding betreft. Dit betreft een aanvulling op het eerdere richtlijnvoorstel. De kanttekening dat er

38. Zie ook C.A.N.M.Y. Cauffman, De Richtlijn betreffende schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht, SEW 2015, p. 135.

39. Anders: E. Oude Elferink & B. Braat, De richtlijn betreffende schadevergoedingsacties wegens inbreuken op de mededingingsregels, NTER 2014, p. 229.

bij schadeverhaal geen overcompensatie mag plaatsvinden wordt ook in art. 12 van de Richtlijn gemaakt. Het uitgangspunt van volledige compensatie uit de Richtlijn is ook het uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht en noopt derhalve niet tot een andere benadering.

5.6 Weerlegbaar bewijsvermoeden van schade door de kartelinbreuk

In de Richtlijn is opgenomen dat kartelinbreuken worden geacht schade te berokkenen (het vermoeden heeft geen betrekking op misbruik van machtspositie). De inbreukpleger heeft het recht dit vermoeden te weerleggen. Met behulp van dit bewijsvermoeden wordt de verkrijging van schadevergoeding voor de gelaedeerden eenvoudiger gemaakt. Het bewijsvermoeden in de Richtlijn is gebaseerd op het gegeven (althans volgens de Commissie zou dat uit onderzoek blijken) dat 90% van de kartels een prijsverhoging veroorzaakt. In het (volgens de Commissie zeldzame) geval dat een kartel niet leidt tot een prijsverhoging kunnen de schenders van het mededingingsrecht alsnog bewijzen dat het kartel geen schade heeft berokkend.

Het vermoeden dat een kartel tot schade heeft geleid, is ook terug te vinden in het vonnis van de rechtbank in de TenneT/ABB-zaak:

‘De aard en de strekking van de gewraakte kartelafspraken is nu juist, bijkans per definitie, afnemers zoals Sep meer te kunnen laten betalen voor het product dan het geval zou zijn geweest bij vrije mededinging op de desbetreffende markt. ABB c.s. betwisten wel dat de prijs die Sep heeft betaald is beïnvloed door de kartelafspraken, maar deze betwisting hebben zij niet met feiten onderbouwd en zij hebben in het bijzonder geen enkel inzicht gegeven in de samenstelling van die prijs, hetgeen in de omstandigheden van dit geval wel van hen gevergd kan worden.’⁴⁰

Ook naar huidig Nederlands recht kan het door de Richtlijn voorgeschreven vermoeden dus al worden toegepast. Desondanks verdient het voor een goede implementatie aanbeveling dit bewijsvermoeden in de wet op te nemen (zie ook de opmerkingen hierover in par. 5.4).

5.7 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade. Iedere deelnemer van het kartel is verplicht de schade volledig te vergoeden en de gelaedeerde heeft het recht van hen volledige schadevergoeding te eisen totdat de schade volledig is vergoed.

Ter bescherming van de effectiviteit van het clementieprogramma bepaalt de Richtlijn bovendien in afwijking van de zojuist genoemde hoofdregel dat de lidstaten ervoor zorg moeten dragen dat de ontvanger van immuniteit slechts hoofdelijk aansprakelijk is jegens zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers. De ontvanger van immuniteit is slechts hoofdelijk aansprakelijk jegens andere benadeelde partijen indien geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van de andere bij dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht betrokken ondernemingen. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat de verjaringstermijn voor dergelijke overblijvende vorderingen redelijk en toereikend is om de benadeelde partijen de mogelijkheid te bieden te dien einde een vordering in te stellen. Wat betreft het onderling verhaal tussen de inbreukplegers dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat een inbreukpleger van iedere andere inbreukpleger een bijdrage kan terugvorderen waarvan het bedrag wordt bepaald op basis van zijn relatieve verantwoordelijkheid voor de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade. Ook bij het onderling verhaal mag de bijdrage van een inbreukpleger die in het kader van een clementieregeling immuniteit tegen geldboeten heeft gekregen, niet groter zijn dan de omvang van de schade die hij zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers heeft berokkend. Hierop bestaat een uitzondering indien de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft veroorzaakt voor andere benadeelde partijen dan de directe of indirecte afnemers of leveranciers van de inbreukplegers. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat, voor zover de inbreuk op het mededingingsrecht schade heeft veroorzaakt voor andere benadeelde partijen dan de directe of indirecte afnemers of leveranciers van de inbreukplegers, de grootte van de bijdrage van de partij waaraan immuniteit is verleend ten behoeve van andere inbreukplegers wordt bepaald op basis van de relatieve verantwoordelijkheid van die inbreukpleger voor die schade.⁴¹ Deze bepaling zou kunnen zien op schade veroorzaakt door *umbrella pricing*, waarover het HvJ onlangs heeft geoordeeld in de zaak Kone e.a./ÖBB-Infrastruktur.⁴²

Het gaat in Kone e.a./ÖBB-Infrastruktur om schade die werd geleden door afnemers van producenten die weliswaar niet deelnamen aan het kartel, maar die hun prijzen als gevolg van dit kartel wel op een hoger niveau hebben vastgesteld dan zonder dit kartel het geval zou zijn geweest. Vergoeding van dit soort schade mag volgens het HvJ niet categorisch worden uitgesloten.⁴³ In Kone e.a./ÖBB-Infrastruktur ging het HvJ verder in op het Oostenrijkse recht dat de vergoeding van schade door *umbrella*-effecten categorisch uitsluit, omdat het causale verband tussen de geleden schade en het kartel wordt geacht te zijn verbroken door de autonome (prijs)beslissing van de

40. Rb. Oost-Nederland 16 januari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0403 (TenneT/ABB). Zie voor het hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6766 (TenneT/ABB).

41. Art. 11 lid 6 van de Nederlandse tekst van de Richtlijn is ongelukkig geformuleerd. De bepaling is dan ook moeilijk te begrijpen indien alleen wordt gekeken naar de Nederlandstalige versie.

42. HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12 (Kone e.a./ÖBB-Infrastruktur).

43. Zie voor een uitgebreidere bespreking van de zaak Kone e.a./ÖBB-Infrastruktur R. Meijer, Prijsvorming onder de paraplu van het kartel: aansprakelijkheid van karteldeelneemers voor schade door ‘umbrella pricing’?, M&M 2014, p. 181-185.

onderneming die niet aan het kartel deelneemt. Het HvJ stelt voorop dat het in beginsel aan de lidstaten is om de regels betreffende het causaal verband te stellen, maar voegt daaraan toe dat deze nationale regels wel de volle werking van het mededingingsrecht van de Unie moeten verzekeren. Aan deze volle werking wordt volgens het HvJ afbreuk gedaan als het recht van eenieder om schade te vorderen op categorische wijze en los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval afhankelijk wordt gesteld van het bestaan van een rechtstreeks causaal verband dat dit recht volledig uitsluit wanneer de betrokkene geen contractuele band met een lid van het kartel had, maar met een kartelbuitenstaander waarvan het prijsbeleid het resultaat van het kartel is. Het HvJ oordeelde daarom dat de benadeelde van *umbrella pricing* schadevergoeding van de leden van het kartel kan vorderen. Wel is daarvoor vereist dat het kartel in de concrete omstandigheden van de zaak en gelet op de specifieke kenmerken van de betrokken markten ertoe kon leiden dat autonoom optredende derden *umbrella pricing* toepasten en de kartelleden niet onwetend konden zijn van deze omstandigheden en kenmerken.

De voordelige positie van de partij waaraan immuniteit is verleend, wordt in de preambule (par. 38) van de Richtlijn op twee gronden verdedigd. In de eerste plaats heeft de clementieverkrijger bijgedragen aan de beperking van de schade die zou zijn veroorzaakt indien de inbreuk op het mededingingsrecht was voortgezet. De clementieverkrijger heeft immers het kartel verklikt aan de mededingingsautoriteit en heeft meegeholpen aan de veroordeling van de andere karteldeelneemers. In de tweede plaats kan het besluit van de mededingingsautoriteit waarbij de inbreuk wordt vastgesteld, eerder in kracht van gewijsde gaan voor de partij waaraan immuniteit is verleend dan voor de andere ondernemingen die geen immuniteit hebben gekregen, nu ondernemingen die geen immuniteit hebben gekregen sneller in beroep gaan tegen de inbreukbeschikking. Nu de inbreukbeschikking eerder in kracht van gewijsde zal gaan voor de clementieverkrijger die berust in de beschikking van de mededingingsautoriteit, loopt de clementieverkrijger een aanzienlijk risico om als eerste partij aangesproken te worden door de gelaedeerden.

Daarnaast is wat betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid een uitzondering opgenomen voor kleine of middelgrote ondernemingen (*small and medium-sized enterprises* (SME's)), zoals gedefinieerd in EU-aanbeveling 2003/361). De uitzondering komt erop neer dat de inbreukpleger alleen jegens zijn eigen directe of indirecte afnemers aansprakelijk is indien de toepassing van de normale regels van hoofdelijke aansprakelijkheid de economische levensvatbaarheid van de inbreukpleger onherstelbaar in gevaar zou brengen en bovendien alle waarde van zijn vermogensbestanddelen zou doen verliezen.⁴⁴ Deze uitzondering gaat niet op indien de kleine of middelgrote onderneming een leidinggevende rol heeft gespeeld bij de

inbreuk of andere ondernemingen heeft aangezet deel te nemen aan de inbreuk. Tevens mag de kleine of middelgrote onderneming niet voordien schuldig zijn bevonden aan eerdere inbreuken op het mededingingsrecht.

Bovenstaande uitzonderingen op de hoofdregel dienen te worden gecodificeerd in het Nederlandse recht. Naar Nederlands recht zijn namelijk alle ondernemingen die door een gemeenschappelijk optreden inbreuk hebben gemaakt op het mededingingsrecht hoofdelijk aansprakelijk voor de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade. Indien op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust, dan zijn zij namelijk op grond van art. 6:102 BW hoofdelijk verbonden. Op deze manier rust het risico van insolventie niet op de gelaedeerde en hoeft de gelaedeerde niet elk van de aansprakelijke partijen in een procedure te betrekken. Naar Nederlands recht kunnen de partijen die het mededingingsrecht hebben geschonden regres nemen op elkaar wanneer zij meer dan het gedeelte dat hen aangaat aan de gelaedeerde hebben vergoed. Voor de bepaling van hetgeen zij krachtens art. 6:10 BW in hun onderlinge verhouding jegens elkaar moeten bijdragen, wordt de schade over hen verdeeld met overeenkomstige toepassing van art. 6:101 BW, tenzij uit de wet of rechtshandeling een andere verdeling voortvloeit. Uitgangspunt in art. 6:101 BW is dat de schade over de benadeelde en de aansprakelijke partijen wordt verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een wetswijziging is dan ook noodzakelijk nu volgens de Richtlijn:

- a. de ontvanger van immuniteit slechts hoofdelijk aansprakelijk is jegens zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers;
- b. de ontvanger van immuniteit slechts hoofdelijk aansprakelijk jegens andere benadeelde partijen is indien geen volledige schadevergoeding kan worden verkregen van de andere bij dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht betrokken ondernemingen; en
- c. ook bij het onderling verhaal de bijdrage van een inbreukpleger die in het kader van een clementieregeling immuniteit tegen geldboeten heeft gekregen, niet groter mag zijn dan de omvang van de schade die hij zijn directe of indirecte afnemers of leveranciers heeft berokkend.

Ook de 'levensvatbaarheidregel' voor kleine of middelgrote ondernemingen dient te worden gecodificeerd in het Nederlandse recht.

In de praktijk wordt tegenwoordig in civiele procedures tot verkrijging van schadevergoeding voor de zekerheid ook een beroep gedaan op aansprakelijkheid in groepsverband (art. 6:166 BW). Indien een van tot een groep behorende (rechts)personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedragingen in groepsverband, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk indien deze gedragingen hun

⁴⁴. Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, PbEG 2003, L 124, p. 36-41.

kunnen worden toegerekend. Deze bepaling stelt buiten twi-
fel dat een deelnemer zich niet aan medeaansprakelijkheid kan
onttrekken met een beroep op het ontbreken van causaal ver-
band tussen zijn onrechtmatige gedraging en de door de gelaede-
erde geleden schade. Hoewel een beroep op deze bepaling
veelal niet nodig is (alle karteldeelnemers begaan immers zelf-
standig een onrechtmatige daad jegens de gelaedeerden en er
bestaat voldoende causaal verband tussen de onrechtmatige
daad van de karteldeelnemers en de door de gelaedeerden gele-
den kartelschade), is het wel een manier om de hoofdelijke
aansprakelijkheid vorm te geven. Onder het regime van de
nieuwe Richtlijn zou het niet meer mogelijk moeten zijn om
zonder beperking op grond van art. 6:166 BW hoofdelijke
aansprakelijkheid aan te nemen van alle inbreukplegers. Deze
beperking zou ook moeten worden gecodificeerd in het
Nederlandse recht.

5.8 Buitengerechtelijke geschillenbeslechting

Schorsende werking en andere gevolgen

De Richtlijn bepaalt dat een verjaringstermijn wordt geschorst
voor de duur van elke buitengerechtelijke geschillenbeslech-
tingsprocedure (art. 18 lid 1). Deze schorsing geldt alleen voor
de bij de buitengerechtelijke geschillenbeslechting betrokken
partijen. Buitengerechtelijke geschillenbeslechting is in de
Richtlijn (breed) gedefinieerd als: 'ieder mechanisme dat de
partijen in staat stelt een geschil over een schadeclaim buiten-
gerechtelijk te beslechten'. Tevens bepaalt de Richtlijn dat de
lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de nationale rechter bij
wie een schadevordering aanhangig is, de procedure voor
maximaal twee jaar kan schorsen indien de procespartijen
betrokken zijn bij buitengerechtelijke geschillenbeslechting in
verband met de schadeclaim waarop die schadevergoeding
betrekking heeft (art. 18 lid 2). Deze regel laat de nationaal-
rechtelijke bepalingen inzake arbitrage onverlet. Dit is niet zo
vreemd, nu de keuze voor arbitrage een veelal definitieve
beslissing is om de zaak niet te laten beslechten door de over-
heidsrechter maar door arbiters. In de Richtlijn is tevens neer-
gelegd dat een mededingingsautoriteit kan oordelen dat de
schadevergoeding, die ingevolge een schikkingsovereenkomst
en voorafgaand aan een beslissing een boete op te leggen is
betaald, een verzachtende factor is (art. 18 lid 3). Deze bepa-
ling in de Richtlijn maakt het voor de mededingingsautoriteit
mogelijk om daar rekening mee te houden. Het is echter geen
harde verplichting die moet worden omgezet in nationaal
recht.

Gevolgen van schikkingsovereenkomsten voor daaropvolgende schadevorderingen

Bijzonder ingewikkeld is de regeling betreffende de gevolgen
van schikkingsovereenkomsten voor daaropvolgende schade-
vorderingen. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat na een
schikkingsovereenkomst de schadeclaim van de bij de schik-
king betrokken benadeelde partij wordt verminderd met het
aandeel dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft
gehad in de schade die de benadeelde partij door de inbreuk op

het mededingingsrecht heeft geleden (art. 19 lid 1 Richtlijn).
De resterende schadeclaim van de bij de schikking betrokken
benadeelde partij kan alleen worden uitgeoefend tegen niet bij
de schikking betrokken inbreukplegers, die daarvoor geen bij-
drage kunnen terugvorderen van de bij de schikking betrok-
ken inbreukpleger (art. 19 lid 2 Richtlijn). Wel dienen de lid-
staten, in afwijking van voorgaande zin, ervoor te zorgen dat
de bij de schikking betrokken benadeelde partij de resterende
schadeclaim tegen de bij de schikking betrokken inbreukpleger
kan uitoefenen wanneer de niet bij de schikking betrokken
inbreukplegers niet bij machte zijn de met de resterende scha-
declaim overeenstemmende schade te vergoeden (art. 19 lid 3,
eerste alinea, Richtlijn). Deze *fall-back* mogelijkheid kan wel
in de voorwaarden van de buitengerechtelijke schikking wor-
den uitgesloten. Dit dient dan wel 'uitdrukkelijk' te gebeuren
(art. 19 lid 3, tweede alinea, Richtlijn).

De Richtlijn bepaalt verder dat de nationale rechter bij het
bepalen van het bedrag van de bijdrage dat door een inbreuk-
pleger van een andere inbreukpleger kan worden teruggevor-
derd naar rato van hun relatieve aansprakelijkheid voor de
door de inbreuk op het mededingingsrecht berokkende scha-
de, naar behoren rekening houdt met schade die reeds vergoed
is in het kader van vroegere schikkingsovereenkomsten waarbij
de inbreukpleger in kwestie betrokken was (art. 19 lid 4).
Indachtig hetgeen hiervoor is vermeld in paragraaf 4 menen
wij dat een correcte implementatie meebrengt dat deze inge-
wikkelde regeling dient te worden gecodificeerd in het Neder-
landse recht.

6 Conclusie

Na een lange aanloop is er met de Richtlijn een Unierechtelij-
ke regeling gekomen voor schadevergoeding wegens mededin-
gingsinbreuken. Hiermee ging een lang gekoesterde wens van
de Commissie in vervulling. De achtergrond hiervan is dat de
Commissie graag ziet dat er meer wordt overgegaan tot pri-
vaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht ten faveure
van de effectieve werking van het Europese mededingings-
recht. In het kader van de effectieve handhaving van het Euro-
pese mededingingsrecht is ook begrijpelijk dat de bescherming
van het succesvolle clementieprogramma de aanneming van de
Richtlijn onverwachts in een stroomversnelling heeft
gebracht.

Vanuit Nederlands perspectief kan inmiddels de vraag worden
gesteld of de Richtlijn nog wel nodig is om de privaatrechtelij-
ke handhaving aan te jagen, of dat dit doel eigenlijk al was
bereikt door alle aandacht die de Commissie met de voorstel-
len op dit gebied, geflankeerd door Groen- en Witboeken,
consultatierondes en impactstudies, heeft gegenereerd. Hoe
dan ook bevat de Richtlijn voor benadeelde partijen enkele
bepalingen die schadeverhaal eenvoudiger zullen maken. De
Richtlijn noopt voorts tot verschillende aanpassingen in het
Nederlandse recht die, om de implementatietermijn te respec-
teren, vóór 27 december 2016 hun beslag zullen moeten krij-
gen. Of de Richtlijn in Nederland een echte 'game changer' zal

zijn op het gebied van schadeverhaal bij mededingingsinbreuken, wagen wij echter te betwijfelen.