

**Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in verband met de omzetting van 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 (Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht)**

**MEMORIE VAN TOELICHTING**

**ALGEMEEN**

**1. Aanleiding en inhoud wetsvoorstel**

Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van 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 L 349/1; hierna: de richtlijn).

De richtlijn bevat regels over schadevergoedingsvorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht van de Europese Unie. De richtlijn heeft een tweeledig doel. Enerzijds bevat de richtlijn maatregelen om te garanderen dat benadeelden van mededingingsinbreuken daadwerkelijk schadevergoeding kunnen vorderen. Daarnaast bevat de richtlijn maatregelen om te voorkomen dat de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht de publiekrechtelijke handhaving door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten doorkruist.

De richtlijn dient uiterlijk 26 december 2016 te zijn omgezet in nationaal recht. De richtlijn zal worden geïmplementeerd in een aparte afdeling in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv). Hieronder wordt ingegaan op de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht (§2), de hoofdlijnen van de maatregelen die in de richtlijn worden voorgesteld (§3) en de wijze van implementatie (§4).

Dit wetsvoorstel bevat overeenkomstig Aanwijzing 331 van de Aanwijzingen voor de regelgeving geen bepalingen die verder gaan dan voor de implementatie van de richtlijn noodzakelijk is. Het wetsvoorstel heeft in het voetspoor van de richtlijn alleen betrekking op grensoverschrijdende overtredingen van het mededingingsrecht en op overtredingen van het nationale mededingingsrecht voor zover de overtreding tevens effect heeft op de handel tussen lidstaten (parallele toepassing). Het wetsvoorstel is dus niet van toepassing op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht. Het kabinet zal nog een separaat wetsvoorstel voorbereiden waarin de bepalingen ook op die nationale gevallen van toepassing worden verklaard.

Bij dit wetsvoorstel is een transponeringstabel opgenomen waarin per richtlijnartikel wordt aangegeven of implementatie noodzakelijk is en, zo ja, op welke wijze dit wordt voorgesteld.

**2. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht**

Het mededingingsrecht beoogt beperkingen van de mededinging te voorkomen, opdat markten goed functioneren. Goed functionerende markten dragen in belangrijke mate bij aan economische groei en

innovatie. In een goed functionerende markt reageren vraag en aanbod effectief op elkaar. Bedrijven worden geprikkeld om te innoveren, geen schaarse middelen te verspillen bij de productie van goederen en diensten en datgene aan te bieden waar consumenten behoefte aan hebben. Op goed functionerende markten ontstaat een goede prijs-kwaliteitverhouding voor producten en diensten en kunnen consumenten, bedrijven en overheden kiezen tussen verschillende aangeboden producten en diensten. Bij een gebrek aan concurrentie kan er een inefficiënte markt ontstaan, waardoor gebruikers schade kunnen lijden. De gedachte is dat een gebrek aan concurrentie leidt tot minder prikkels om een product of dienst tegen een lagere prijs aan te bieden. Het aanbod sluit daardoor niet goed aan op de vraag. Van schade is bijvoorbeeld sprake wanneer afspraken die een inbreuk vormen op het mededingingsrecht leiden tot hogere prijzen en een vermindering van de afzet van afnemers van inbreukplegers. Ook kunnen partijen die geen afnemer zijn van een inbreukpleger, maar van een andere leverancier, schade lijden doordat de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleid tot een hogere marktprijs.

De kaders waarbinnen bedrijven met elkaar concurreren worden gevormd door het Europese en nationale mededingingsrecht. De artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) vormen de kern van het Europese mededingingsrecht. De nationale equivalenten van deze bepalingen zijn de artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw).

Artikel 101 VWEU bevat het verbod op – kort gezegd – concurrentiebeperkende coördinatie tussen twee of meer ondernemingen. De vorm van een inbreuk op dit verbod kan bestaan uit afspraken en/of uit onderling afgestemde feitelijke gedragingen en/of uit besluiten van ondernemingsverenigingen. Hieronder vallen bijvoorbeeld afspraken over prijs, verdeling van de markt of een boycot van bepaalde afnemers of leveranciers. De inhoudelijke reikwijdte van het verbod is breed en omvat zowel gedragingen die een concurrentiebeperkend doel hebben (doelinbreuken), als gedragingen die geen concurrentiebeperkend doel, maar een concurrentiebeperkend effect hebben (effectinbreuken). Ook omvat het verbod zowel gedragingen tussen concurrenten (horizontale gedragingen) als gedragingen tussen leveranciers en afnemers (verticale gedragingen).

Het begrip kartel zoals de richtlijn dit definieert, vormt een deelverzameling van mogelijke inbreuken op het verbod. Het beperkt zich tot doelinbreuken die horizontaal zijn. Effectinbreuken en zuiver verticale inbreuken worden daarvan uitgesloten.

Artikel 102 VWEU bevat het verbod op het maken van misbruik van een economische machtspositie. Van een economische machtspositie is sprake wanneer een onderneming geen concurrenten heeft, de concurrenten heel klein zijn of de onderneming bij zijn handelingen geen rekening hoeft te houden met zijn afnemers of leveranciers. Als een onderneming een economische machtspositie heeft, is het haar verboden deze positie te misbruiken. Van misbruik kan sprake zijn als de betreffende onderneming, anders dan door middel van normale concurrentie, een strategie toepast die het concurrentieproces op de markt schade toebrengt, bijvoorbeeld door het uitsluiten van concurrenten, of het uitbuiten van afnemers.

De Europese en nationale regels kunnen parallel of afzonderlijk van elkaar worden toegepast. De handhaving van de mededingingsregels kan zowel publiek als privaat plaatsvinden. De Europese Commissie (hierna ook: de Commissie) is verantwoordelijk voor de publieke handhaving van de Europese mededingingsregels in samenwerking met de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten. In Nederland is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) aangewezen als nationale mededingingsautoriteit. De ACM is eveneens verantwoordelijk voor de publiekrechtelijke handhaving van het nationale mededingingsrecht. Nationaal en Europees mededingingsrecht moeten in bepaalde gevallen door de ACM parallel worden toegepast. Dit is het geval wanneer het nationale mededingingsrecht wordt toegepast op een gedraging van een onderneming of ondernemingen die eveneens een effect heeft op de handel tussen lidstaten. Consumenten en bedrijven of overheden die menen dat een onderneming de mededingingsregels schendt, kunnen hierover klagen bij de ACM en de Commissie. De ACM en de Commissie hebben onder meer de mogelijkheid om ondernemingen die betrokken zijn bij mededingingsinbreuken geldboetes op te leggen, gebaseerd op een percentage van de (betrokken) omzet. Daarnaast hebben de Commissie en de ACM de mogelijkheid gecreëerd voor ondernemingen om hun deelname aan een kartel te melden in ruil voor immuniteit voor boetes dan wel boeteverlaging.

Bijzonder aan de artikelen 101 en 102 VWEU is dat zij rechtstreekse werking hebben. Dit betekent dat benadeelde particulieren en bedrijven zich in een civiele procedure tegen een onderneming rechtstreeks op de werking van deze bepalingen kunnen beroepen. Daarmee hebben zij de mogelijkheid om voor de burgerlijke rechter de naleving van de mededingingsregels af te dwingen. Wanneer in civiele geschillen geen beroep op het Europese mededingingsrecht wordt gedaan, zal de rechter het ambtshalve moeten toepassen. Het nationale mededingingsrecht hoeft niet ambtshalve te worden toegepast door de rechter, omdat het niet van openbare orde is. Wel kan het door benadeelden eveneens voor de nationale rechter worden ingeroepen. De nationale rechter heeft, net als de ACM, de verplichting om het Europese mededingingsrecht parallel aan de nationale regels toe te passen, wanneer het nationale mededingingsrecht wordt toegepast op gedragingen van een onderneming of ondernemingen die eveneens een effect hebben op de handel tussen lidstaten.

Rond het begin van deze eeuw heeft het (toenmalige) Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de arresten *Manfredi* en *Courage Crehan* (resp. HvJ EG 13 juli 2006, gev. zaken nrs. C-295/04 tot en met C-298/04 en HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99) bepaald dat iedere benadeelde van een inbreuk op het Europese kartelverbod schadevergoeding moet kunnen vorderen van de onderneming die een inbreuk op het verbod pleegt. In het arrest *Kone* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie bepaald dat ook partijen die geen (indirecte) afnemer zijn van een van de karteldeelnemers, maar van andere leveranciers, en die schade lijden doordat het kartel heeft geleid tot een hogere marktprijs, hun schade kunnen verhalen op de karteldeelnemers (HvJ EU 5 juni 2014, nr. 557/12; zogenoemde *umbrella pricing*). Ook wanneer alleen het nationale mededingingsrecht wordt toegepast, is het in Nederland mogelijk om schade te vorderen als gevolg van inbreuken op het mededingingsrecht.

De Commissie heeft zich tot doel gesteld om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. Wanneer inbreukplegers aangesproken worden tot vergoeding van door een kartel veroorzaakte schade, zal een kartel minder snel tot economisch voordeel leiden. Dit kan een afschrikwekkend effect hebben voor de betrokken ondernemingen. Privaatrechtelijke handhaving kan daarom, naast publiekrechtelijke handhaving, een handhavend effect hebben en preventief werken.

De Commissie heeft de afgelopen jaren verschillende initiatieven genomen om de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht te stimuleren. In 2005 werd een Groenboek gepresenteerd waarin de belangrijkste belemmeringen zijn geïdentificeerd voor een effectieve privaatrechtelijke handhaving (zie Schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels, Brussel, 19 december 2005, COM (2005) 672). In 2008 heeft de Commissie een Witboek uitgebracht met daarin specifieke beleidsvoorstellen om benadeelden van mededingingsinbreuken toegang te geven tot effectieve mogelijkheden om hun schade in rechte te verhalen (zie Schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, Brussel, 2 april 2008, COM (2008) 165). De richtlijn bevat een aantal van de reeds in het Witboek voorgestelde maatregelen en is een vervolg daarop.

In de periode tussen het Witboek en de totstandkoming van de richtlijn is gebleken dat de doelstellingen van privaatrechtelijke handhaving soms kunnen botsen met die van publiekrechtelijke handhaving. Dit is het geval wanneer een benadeelde van een kartelinbreuk om toegang verzoekt tot de informatie die de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit heeft verkregen in het kader van een clementieregeling. Ondernemingen die een kartel melden bij de Commissie dienen schriftelijk dan wel mondeling gedetailleerde verklaringen aan te dragen, vergezeld van documenten uit de tijd van de gedragingen (zoals e-mails en aantekeningen) die als bewijs kunnen dienen voor het bestaan van het beweerde kartel. Vanwege de potentiële bewijskracht van met name clementieverklaringen zijn benadeelden van een kartel bij uitstek in deze stukken geïnteresseerd. Hoewel openbaarmaking van clementieverklaringen kan bijdragen aan de effectiviteit van de privaatrechtelijke handhaving, ondermijnt dit ook de publieke handhaving. Ondernemingen die in een kartel deelnemen, zouden namelijk minder snel kunnen opteren voor het indienen van een clementieverzoek als zij de indruk zouden hebben dat zij hierdoor later bijzonder nadeel ondervinden in een schadevergoedingsprocedure, mogelijk meer dan andere karteldeelnemers die geen clementieverzoeken indienen. Dit is denkbaar als een clementieverzoeker als eerste of zelfs enige van de karteldeelnemers wordt aangesproken voor alle schade die de karteldeelnemers gezamenlijk hebben berokkend, of als de schade die hij heeft berokkend eenvoudiger zou blijken te kunnen worden vastgesteld door middel van het gebruik van zijn clementieverklaring in een civiele procedure.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in het arrest *Pfleiderer* bepaald dat de rechter per geval een afweging dient te maken tussen het belang van de clementieverzoeker en de benadeelde van een kartelinbreuk (HvJ EU 14 juni 2011, nr. C-360/09). Na dit arrest ontstond onzekerheid over welke documenten uit de clementieprocedure openbaar mochten worden gemaakt. Een soortgelijk probleem speelt bij schikkingen tussen de Commissie en ondernemingen. In deze procedures geven karteldeelnemers hun deelname aan het kartel toe, in ruil voor een vereenvoudigde procedure en een vermindering van de geldboete. Daarom heeft de richtlijn eveneens tot doel de wisselwerking tussen

privaatrechtelijke en publiekrechtelijke handhaving te regelen, zodat de onzekerheid over de mate van openbaarheid van de documenten uit de clementieprocedure kan worden weggenomen.

### **3. De richtlijn op hoofdlijnen**

In deze paragraaf wordt kort stilgestaan bij een aantal onderwerpen uit de richtlijn. De inhoud van de richtlijn komt meer gedetailleerd aan de orde in het artikelsgewijze deel van deze memorie van toelichting.

De richtlijn vertoont overeenkomsten met het Nederlandse recht waar het betreft het uitgangspunt dat inbreukplegers hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die benadeelden lijden door de inbreuk op het mededingingsrecht. Dat houdt in dat elke directe en indirecte afnemer of leverancier elke inbreukpleger kan aanspreken voor de volledige door hem geleden schade. De richtlijn bevat hierop een tweetal uitzonderingen. De eerste uitzondering betreft een kleine of middelgrote onderneming als bedoeld in Aanbeveling 2003/361/EG van de Europese Commissie die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd. Deze inbreukpleger is slechts jegens zijn directe en indirecte afnemers aansprakelijk indien zijn marktaandeel op de relevante markt tijdens de inbreuk voortdurend minder dan vijf procent bedroeg, en de toepassing van het uitgangspunt van hoofdelijkheid zijn economische levensvatbaarheid onherstelbaar in gevaar zou brengen en zijn vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen. Op deze uitzondering bestaat een uitzondering wanneer bedoelde inbreukpleger een leidinggevende rol heeft gespeeld bij de inbreuk of andere ondernemingen heeft aangezet hieraan deel te nemen, of eerder schuldig is bevonden aan een inbreuk op het mededingingsrecht. De tweede uitzondering betreft de inbreukpleger die immuniteit heeft gekregen. Deze ontvanger van immuniteit is niet hoofdelijk aansprakelijk jegens elke benadeelde, maar slechts jegens zijn eigen afnemers en leveranciers hoofdelijk verbonden. Een afwijking van deze uitzondering doet zich voor wanneer de afnemers en leveranciers van de andere inbreukplegers geen volledige schadevergoeding kunnen krijgen van die andere inbreukplegers.

De richtlijn laat de interne verdeling van de draagplicht van inbreukplegers aan het nationale recht over. Kort gezegd komt het er naar Nederlands recht op neer dat de inbreukpleger die de schade voldoet elke inbreukpleger kan aanspreken tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de laatste aangaat. De richtlijn bevat een uitzondering hierop. De bijdrageplicht van een ontvanger van immuniteit is beperkt tot de schade van zijn eigen directe en indirecte afnemers en leveranciers, in de mate waarin hij tot hun schade heeft bijgedragen. De ontvanger van immuniteit dient ook bij te dragen aan de aan anderen dan de directe en indirecte afnemers en leveranciers van de inbreukplegers te vergoeden schade die voortvloeit uit de inbreuk. Te denken valt aan een geval van *umbrella pricing*.

Om te voorkomen dat de schadevergoeding wordt toegekend aan partijen die de schade niet daadwerkelijk hebben geleden is in de richtlijn het doorberekeningsverweer opgenomen. Het doorberekeningsverweer maakt het voor een inbreukpleger mogelijk om aan te tonen dat de benadeelde de door de hem aan de inbreukpleger betaalde meerkosten heeft doorberekend aan zijn afnemers. In dat geval heeft de benadeelde geen schade geleden voor zover hij de meerkosten heeft

doorberekend. Voor het doorberekende bedrag kan hij geen aanspraak maken op schadevergoeding. De afnemers van de benadeelde (de indirecte afnemers van de inbreukpleger), aan wie de meerkosten zijn doorberekend, kunnen op hun beurt schadevergoeding vorderen van de inbreukpleger.

Bij schade door een inbreuk op het mededingingsrecht is in veel gevallen bewijsmateriaal nodig dat enkel in het bezit is van de tegenpartij, van een mededingingsautoriteit of van een derde. Om een goede toegang voor alle partijen van alle beschikbare en benodigde informatie te waarborgen stelt de richtlijn daarom regels ten aanzien van de toegang tot bewijsmateriaal, waaronder toegang tot bepaalde bewijsstukken en categorieën van bewijsmateriaal die nodig zijn om de aansprakelijkheid van een inbreuk op het mededingingsrecht aan te kunnen tonen. De toegang tot het materiaal staat te allen tijde onder controle van de rechter, die onder meer toeziet op de noodzaak tot en evenredigheid van de voorwaarden waaronder toegang wordt gegeven.

Het belang voor benadeelden van mededingingsinbreuken van goede toegang tot bewijsmateriaal mag geen afbreuk doen aan de doeltreffendheid van de handhaving door een mededingingsautoriteit. Daarom bevat de richtlijn, en in de voetsporen daarvan het onderhavige wetsvoorstel, concrete regels waarmee bepaalde categorieën informatie in het kader van het clementie-instrument worden beschermd. Zo kunnen de clementieverklaring en verklaringen met het oog op een schikking nooit worden gebruikt in een civielrechtelijke procedure. De mededingingsautoriteiten hoeven dan ook nimmer toegang te verlenen tot deze documenten. Daarnaast kunnen ingetrokken verklaringen, informatie specifiek opgesteld voor de procedure van de mededingingsautoriteit en informatie die de mededingingsautoriteit tijdens de procedure heeft opgesteld slechts gebruikt worden indien de mededingingsautoriteit haar procedure heeft afgerond door een beslissing of anderszins. De rechter kan toegang tot alle overige informatie te allen tijde gelasten. Het verzoek om toegang dient echter, om de mededingingsautoriteit te ontlasten, in eerste instantie gericht te zijn aan andere partijen dan de mededingingsautoriteit. De rechter kan slechts toegang gelasten tot het bewijsmateriaal in het dossier van de mededingingsautoriteit indien geen enkele partij of derde de gevraagde gegevens redelijkerwijs kan verstrekken.

De richtlijn beoogt geen materiële wijzigingen aan te brengen in het communautaire of nationale mededingingsrecht, noch in de taakuitoefening van de toezichthouders.

#### **4. Wijze van implementatie**

##### *4.1. Methode van implementatie*

Uitgangspunt bij de implementatie is de omzetting van de richtlijn binnen de systematiek van het BW en Rv. Een groot aantal bepalingen uit de richtlijn vertoont overeenkomsten met bepalingen in het BW en Rv, bijvoorbeeld bepalingen betreffende verjaring van rechtsvorderingen, hoofdelijke aansprakelijkheid en de exhibitieplicht.

Omwille van de rechtszekerheid is zoveel mogelijk aangesloten bij de in de richtlijn gehanteerde terminologie.

De aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrechtelijke richtlijnbevestigingen worden geïmplementeerd in een nieuw in te voegen afdeling 6.3.3B BW, getiteld Schending van mededingingsrecht. Voor een aparte afdeling is gekozen omdat de aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrechtelijke richtlijnbevestigingen deels aansluiten bij een aantal uitgangspunten in het Nederlandse burgerlijk recht, maar ook een aantal bijzondere uitzonderingen daarop bevatten. Het betreft onder meer uitzonderingen op het verjaringsregime zoals dat is geregeld in titel 3.11 BW en op het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van meerdere schuldenaren in de afdelingen 6.1.2 en 6.1.10 BW. Ten behoeve van de overzichtelijkheid vindt implementatie plaats in één nieuwe afdeling. Nu de meest voor de hand liggende grondslag voor een schadevergoedingsacties in geval van schending van mededingingsrecht onrechtmatige daad is, wordt de nieuwe afdeling ingevoegd in titel 3 van Boek 6 BW, Onrechtmatige daad.

De richtlijnbevestigingen betreffende toegang tot bewijsmateriaal worden geïmplementeerd in een nieuw in te voegen afdeling in Rv, na artikel 843b Rv. De afdeling is getiteld "Toegang tot bescheiden in zaken betreffende schending van mededingingsrecht".

#### *4.2. De richtlijnbevestigingen die geen wettelijke implementatie behoeven*

In de bijgevoegde transponeringstabel wordt aangegeven welke richtlijnbevestigingen geen implementatie behoeven, omdat zij reeds elders in de onderscheidenlijke wetboeken zijn verankerd of niet aan de lidstaten zijn gericht. Hieronder wordt een toelichting gegeven op de keuze om een aantal richtlijnbevestigingen niet om te zetten.

Artikel 1 bevat het onderwerp, doel en toepassingsgebied van de richtlijn en behoeft daarom naar zijn aard geen implementatie.

In artikel 3, eerste lid, is het recht opgenomen van eenieder die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht op vergoeding van zijn volledige schade. Ingevolge het tweede lid omvat deze volledige vergoeding daadwerkelijk verlies en gederfde winst, vermeerderd met wettelijke rente, en dient deze vergoeding de benadeelde te brengen in de positie waarin hij zou hebben verkeerdt indien de inbreuk niet had plaatsgevonden. Het derde lid schrijft voor dat het recht op volledige vergoeding niet mag leiden tot overcompensatie. Deze beginselen maken alle reeds deel uit van het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Zie artikel 6:96 BW voor het recht op vergoeding van geleden verlies en gederfde winst, en artikel 6:119 BW inzake wettelijke rente. Artikel 3 behoeft derhalve geen implementatie.

Artikel 4 behelst een vastlegging van de aan het Unierecht ten grondslag liggende beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Hieraan wordt reeds voldaan nu de uitoefening van het Unierecht op volledige vergoeding van de door een inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte schade niet buitensporig moeilijk of praktisch onmogelijk wordt gemaakt, en de regels en procedures voor schadevorderingen op grond van inbreuken op het communautaire mededingingsrecht niet minder gunstig zijn dan die voor inbreuken op het nationale mededingingsrecht.

Artikel 8, eerste lid, van de richtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat nationale rechterlijke instanties aan partijen, derden en hun wettelijke vertegenwoordigers doeltreffende sancties kunnen opleggen in elk van de volgende gevallen: a) niet-nakoming van een door een nationale rechterlijke instantie uitgevaardigd bevel tot het verlenen van toegang, of weigering een dergelijk bevel na te leven; b) de vernietiging van relevant bewijsmateriaal; c) niet-nakoming van de door het nationaal rechterlijk bevel opgelegde verplichtingen ter bescherming van vertrouwelijke informatie, of weigering dergelijke verplichtingen na te leven; d) inbreuk op de beperkingen op het gebruik van bewijsmateriaal waarin dit hoofdstuk voorziet. Het tweede lid van dezelfde bepaling schrijft voor dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de sancties die door nationale rechterlijke instanties kunnen worden opgelegd doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De sancties die de nationale rechterlijke instanties ter beschikking staan, omvatten de mogelijkheid om uit de gedragingen van een partij in een schadevorderingsprocedure nadelige conclusies te trekken, bijvoorbeeld dat een punt van discussie bewezen is of dat vorderingen en verweermiddelen geheel of ten dele worden afgewezen, alsmede de mogelijkheid om de betaling van kosten te gelasten.

Artikel 8 van de richtlijn behoeft geen omzetting. Het Nederlandse burgerlijke procesrecht voorziet reeds in de mogelijkheid doeltreffende sancties op te leggen. Wanneer een rechter een op artikel 843a Rv gebaseerde vordering strekkende tot inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden toewijst, kan hij daaraan een dwangsom verbinden. Artikel 843a, tweede lid, Rv geeft de rechter de mogelijkheid de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel wordt verschaft te bepalen. Zo kan de rechter een tot geheimhouding verplichte derde aanwijzen die van de inhoud van de bescheiden kennis kan nemen. Daarmee wordt voorkomen dat de eiser meer te weten komt dan nodig is. Verder kan de rechter partijen een geheimhoudingsverplichting opleggen ex artikel 29 Rv. Ook daarmee kan de rechter de kans op verdere verspreiding van de inhoud van bescheiden voorkomen. Aan de uitspraak strekkende tot het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel met de daaraan eventueel verbonden voorwaarden kan een dwangsom worden gekoppeld die ingeval van niet-naleving wordt verbeurd.

Aan de vernietiging van bewijsmateriaal kan de rechter de gevolgen verbinden die hij geraden acht. Voorstelbaar is dat de mogelijkheden die het bewijsrecht biedt, worden aangewend om de bewijslast om te draaien of de stelplicht te verzwaren.

Op grond van artikel 9, tweede lid, van de richtlijn zijn de lidstaten gehouden ervoor te zorgen dat indien in een andere lidstaat door een nationale mededingingsautoriteit of door een beroepsinstantie een definitieve beslissing op een inbreuk op het mededingingsrecht wordt gegeven, deze definitieve beslissing door de rechtsprekende macht overeenkomstig het nationale procesrecht ten minste kan worden gebruikt als een *prima facie* bewijs van het feit dat zich een inbreuk op het mededingingsrecht heeft voorgedaan, en naar gelang het geval, naast eventueel ander door de partijen aangevoerd bewijsmateriaal kan worden beoordeeld. Die “(ten minste) kan-bepaling” behoeft geen omzetting. Het Nederlandse bewijsrecht kent een vrije bewijsleer. Op grond van artikel 152, eerste lid, Rv kan bewijs, tenzij de wet anders bepaalt, door alle middelen, dus ook een uit het buitenland afkomstige definitieve inbreukbeslissing, worden geleverd. Uit het tweede lid volgt dat (tenzij de wet anders bepaalt) de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten. Het staat de rechter dus reeds vrij een uit het buitenland afkomstige definitieve inbreukbeslissing (eventueel naast ander door partijen



aangevoerd bewijsmateriaal) als *prima facie* bewijs voor een inbreuk op het mededingingsrecht te beschouwen.

Ten aanzien van de interne draagplicht bij de vergoeding van de schade van benadeelden anders dan de directe en indirecte afnemers en leveranciers van de inbreukplegers, bepaalt artikel 11, zesde lid, van de richtlijn dat alle inbreukplegers, waaronder ook de inbreukpleger die immuniteit heeft ontvangen van een mededingingsautoriteit, dienen bij te dragen in evenredigheid met de mate waarin de aan hen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Deze bepaling behoeft geen implementatie omdat dit reeds op basis van artikel 6:102 juncto artikel 6:101 juncto 6:10 BW geldend recht is.

Het eerste lid van artikel 12 van de richtlijn bepaalt in de eerste plaats dat eenieder vergoeding van schade, veroorzaakt door een inbreuk op het mededingingsrecht, moet kunnen vorderen (vgl. overwegingen 12 en 13 van de preambule), ongeacht of het directe of indirecte afnemers van een inbreukpleger betreft. Het Nederlandse burgerlijk recht staat hieraan niet in de weg. Daarnaast verbiedt het eerste lid overcompensatie, waaraan het tweede lid toevoegt dat lidstaten in dit verband procedurevoorschriften dienen vast te stellen (vgl. overweging 13 van de preambule). Het uitgangspunt van het Nederlandse schadevergoedingsrecht is volledige vergoeding, maar ook niet meer. Het kent geen *punitive damages*. Het eerste en tweede lid van artikel 12 behoeven zodoende geen implementatie.

Het derde lid bepaalt dat het recht van een benadeelde om in geval van winstderving door een volledige of gedeeltelijke doorberekening van de meerkosten schadevergoeding te vorderen en verkrijgen, onverlet wordt gelaten door het hoofdstuk over de doorberekening van meerkosten, waar dit artikel deel van uitmaakt. Het vierde lid schrijft voor dat de lidstaten de in bedoeld hoofdstuk vastgestelde regels *mutatis mutandis* laten gelden wanneer de inbreukpleger zijn directe of indirecte leverancier schade heeft berokkend. Dit is reeds mogelijk op grond van het Nederlandse burgerlijk recht, nu eenieder die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht een schadevergoedingsvordering kan instellen tegen de veroorzaker van die schade.

Het vijfde lid van artikel 12 houdt de lidstaten voor dat zij er voor moeten zorgdragen dat de rechter de bevoegdheid heeft om te ramen welk deel van de door een inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten is doorberekend. Dit lid behoeft geen implementatie, nu artikel 6:97 BW reeds voorziet in de bevoegdheid van de rechter om de schade te schatten.

De situatie kan zich voordoen dat op verschillende niveaus in de keten waarvan een inbreukpleger deel uitmaakt, schadevergoedingsvorderingen worden ingesteld tegen de inbreukpleger. Om in die gevallen “meervoudige aansprakelijkheid of het ontbreken van aansprakelijkheid van de inbreukpleger te voorkomen”, bepaalt artikel 15 van de richtlijn dat de rechter bij de beoordeling van de vraag of is voldaan aan de uit de artikelen 13 (art. 6:193q) en 14 (art. 6:193r) voortvloeiende bewijslast, rekening dient te kunnen houden met een aantal factoren. Het gaat om schadevergoedingsvorderingen die verband houden met dezelfde inbreuk op het mededingingsrecht, maar die worden ingesteld door eisers op een ander niveau van de toeleveringsketen (onderdeel a), uitspraken die het gevolg zijn van schadevergoedingsvorderingen als hiervoor bedoeld (onderdeel b), en relevante, tot het publieke

domein behorende informatie uit zaken betreffende de publieke handhaving van het mededingingsrecht (onderdeel c). Op grond van het geldende proces- en bewijsrecht staat het partijen vrij dergelijke informatie in een procedure te brengen. Bovendien hebben partijen op grond van artikel 220, eerste lid, Rv het recht om verwijzing te vorderen indien een zaak reeds eerder aanhangig is gemaakt bij een andere gewone rechter van gelijke rang tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp, of indien een zaak verknocht is aan een reeds aanhangige zaak. Daarnaast kunnen partijen voeging van voor dezelfde rechter tussen dezelfde partijen over hetzelfde onderwerp tegelijk aanhangige zaken vorderen op grond van artikel 222, eerste lid, Rv. Via deze wegen wordt bereikt wat artikel 15 van de richtlijn voorschrijft. Zodoende behoeft dit artikel geen implementatie.

Artikel 16 van de richtlijn behoeft geen implementatie omdat het een opdracht aan de Europese Commissie behelst.

Het eerste lid van artikel 17 van de richtlijn verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat de bewijslast die geldt voor de schadebegroting het niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt om het recht op schadevergoeding uit te oefenen. Het uitgangspunt van artikel 150 Rv bij de bewijslastverdeling, en de bevoegdheid die de rechter heeft hiervan af te wijken, zijn hiermee in overeenstemming. Het eerste lid van artikel 17 bepaalt daarnaast dat gerechten overeenkomstig het nationale recht bevoegd dienen te zijn om de schade te ramen, indien vaststaat dat een eiser schade heeft geleden maar het praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk is de geleden schade op basis van het beschikbare bewijsmateriaal nauwkeurig te begroten. Deze bepaling behoeft evenmin implementatie, omdat de rechter reeds op grond van artikel 6:97 BW de bevoegdheid heeft om de schade te schatten.

Het vierde lid van artikel 19 bepaalt dat de rechter bij het bepalen van de bijdrage van een inbreukpleger in de vergoeding van schade door een andere inbreukpleger, naar behoren rekening houdt met schade die reeds is vergoed in het kader van vroegere schikkingsovereenkomsten waarbij de inbreukpleger in kwestie betrokken was. Dit lid behoeft geen implementatie. In het nationale procesrecht heeft de rechter in de omschreven situatie reeds de ruimte om rekening te houden met schade die reeds is vergoed in het kader van eerdere schikkingsovereenkomsten waarbij de betreffende inbreukpleger is betrokken. Het ligt vooral op de weg van deze inbreukpleger, indien door hem gewenst, stukken in te brengen die hierop wijzen.

Artikel 20 betreffende de evaluatie van de richtlijn is aan de Europese Commissie gericht en behoeft daarom geen implementatie.

Artikel 23 stelt de datum van inwerkingtreding van de richtlijn vast en behoeft derhalve geen implementatie.

### **3. Consultatie**

#### **4. Gevolgen voor het bedrijfsleven en burgers**

Dit wetsvoorstel heeft geen regeldruk-gevolgen voor burgers. Het brengt verder geen nalevingskosten voor het bedrijfsleven met zich. Ten slotte brengt dit voorstel geen administratieve lasten met zich, omdat niet wordt voorzien in wettelijke informatieverplichtingen jegens de overheid.

#### **5. Financiële gevolgen voor de Rijksbegroting**

Er zijn geen gevolgen voor de Rijksbegroting.

## ARTIKELSGEWIJS

### Artikel I (wijzigingen in Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek)

#### **Artikel 6:193k**

De richtlijn kent een groot aantal begripsomschrijvingen (art. 2, leden 1-24). Ten behoeve van de duidelijkheid en leesbaarheid zijn negen begrippen met omschrijving opgenomen in het eerste artikel van de voorgestelde in te voegen afdeling 6.3.3B.

#### *Onderdeel a*

In de eerste plaats is in onderdeel a het begrip “inbreuk op het mededingingsrecht” opgenomen in artikel 6:193k (vgl. art. 2, eerste lid, van de richtlijn). Deze begripsomschrijving bepaalt het toepassingsbereik van de implementatiebepalingen. De geïmplementeerde richtlijnbevestigingen zijn toepasselijk in twee situaties: (1) in geval van schending van artikel 101 of 102 VWEU; (2) in geval van schending van het nationale mededingingsrecht van een der lidstaten indien dat parallel wordt toegepast aan artikel 101 of 102 VWEU. Van een parallelle toepassing is sprake wanneer het nationale mededingingsrecht wordt toegepast op een gedraging van een onderneming of ondernemingen die eveneens een effect heeft op de handel tussen lidstaten.

#### *Onderdeel b*

Het begrip “inbreukpleger” is opgenomen in onderdeel b. Hieronder wordt ingevolge artikel 2, tweede lid, van de richtlijn verstaan de onderneming of ondernemersvereniging die een inbreuk op het mededingingsrecht heeft begaan. Voor een omschrijving van de begrippen onderneming en ondernemersvereniging zij verwezen naar de op dit gebied relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

#### *Onderdeel c*

Ten derde is in onderdeel c opgenomen wat in afdeling 6.3.3B onder “mededingingsautoriteit” kan worden verstaan. Dit onderdeel vormt de omzetting van artikel 2, zevende en achtste lid, van de richtlijn. Hieruit volgt dat in de richtlijn onder “mededingingsautoriteit” wordt verstaan de Europese Commissie of een nationale mededingingsautoriteit, of beide, indien de omstandigheden dit vereisen. Vanuit nationaal perspectief bezien, moet onder “nationale mededingingsautoriteit” niet alleen worden verstaan de Nederlandse mededingingsautoriteit, te weten de ACM, maar ook de nationale mededingingsautoriteit van elke andere lidstaat.

#### *Onderdeel d*

Artikel 6:193k bevat daarnaast in onderdeel d een omschrijving van het begrip “kartel” (vgl. art. 2, veertiende lid, van de richtlijn). Het betreft een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen twee of meer concurrenten met als doel hun concurrentiegedrag op de markt te coördineren of de relevante parameters van mededinging te beïnvloeden. Volgens het veertiende lid van artikel 2 van de richtlijn kan een kartel vorm krijgen via praktijken zoals onder meer, doch niet uitsluitend, het bepalen of coördineren van aan- of verkoopprijzen of andere contractuele voorwaarden,

onder meer met betrekking tot intellectuele-eigendomsrechten, de toewijzing van productie- of verkoopquota, de verdeling van markten en klanten, met inbegrip van offertevervalsing, het beperken van importen of exporten of mededingingsversturende maatregelen tegen andere concurrenten.

#### *Onderdeel e*

In onderdeel e is vervat wat wordt verstaan onder “ontvanger van immuniteit”. Dit onderdeel vormt de omzetting van artikel 2, negentiende lid, van de richtlijn. Een ontvanger van immuniteit is een onderneming waaraan of een natuurlijk persoon aan wie door een mededingingsautoriteit in het kader van een clementieregeling vrijwaring van geldboetes is verleend.

#### *Onderdeel f*

In onderdeel f is opgenomen wat onder “clementieregeling” wordt verstaan (vgl. art. 2, vijftiende lid, van de richtlijn), nu dit begrip voorkomt in de omschrijving van het begrip “ontvanger van immuniteit”. Het betreft een regeling met betrekking tot de toepassing van artikel 101 VWEU of een overeenkomstige bepaling in het nationale recht van een der lidstaten van de Europese Unie, op basis waarvan een deelnemer aan een geheim kartel onafhankelijk van de andere bij het kartel betrokken ondernemingen meewerkt aan een onderzoek van een mededingingsautoriteit door vrijwillig informatie te verschaffen over de kennis die deze deelnemer heeft van het kartel en de rol die hij daarin speelt. In ruil daarvoor wordt de karteldeelneemer, op grond van een besluit of door de procedure stop te zetten, immuniteit tegen geldboetes of een vermindering van deze boetes verschaft.

#### *Onderdeel g*

Het begrip “meerkosten” uit artikel 2, twintigste lid, van de richtlijn is opgenomen in onderdeel g. Meerkosten bestaan uit het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde prijs en de prijs die zonder de inbreuk op het mededingingsrecht van toepassing was geweest.

#### *Onderdeel h*

Het begrip “directe afnemer” is opgenomen in onderdeel h. Op grond van artikel 2, drieëntwintigste lid, van de richtlijn moet hieronder worden verstaan een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die rechtstreeks van een inbreukpleger producten of diensten heeft verworven die het voorwerp waren van een inbreuk op het mededingingsrecht.

#### *Onderdeel i*

Tot slot is in onderdeel h van artikel 6:193k opgenomen wat onder “indirecte afnemer” dient te worden verstaan. Het is volgens artikel 2, vierentwintigste lid, van de richtlijn een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die niet van de inbreukpleger maar van een directe afnemer of van een volgende afnemer producten of diensten heeft verworven die het voorwerp waren van een inbreuk op het mededingingsrecht, of producten of diensten waarin deze zijn verwerkt of die daarvan zijn afgeleid.

#### **Artikel 6:193l**

Het voorgestelde artikel 6:193l implementeert artikel 17, tweede lid, van de richtlijn. Op grond van de voorgestelde bepaling worden kartels vermoed schade te berokkenen, met name via een prijseffect. Er

mag van worden uitgegaan dat het kartel heeft geleid tot een prijsstijging dan wel heeft verhinderd dat de prijzen werden verlaagd, wat zonder het kartel wel het geval zou zijn geweest. Voor een vermoeden is gekozen omdat de geheime aard van een kartel de informatieasymmetrie tussen partijen vergroot. Voor door prijsafspraken c.q. onderling afgestemd gedrag benadeelde partijen zou het anders moeilijker zijn het nodige bewijsmateriaal te verkrijgen om schade aan te tonen (vgl. overweging 47 van de preambule van de richtlijn). Het gaat om een weerlegbaar bewijsvermoeden. De inbreukpleger kan dus tegenbewijs leveren.

### **Artikel 6:193m**

Artikel 6:193m bepaalt dat een inbreukpleger onrechtmatig handelt jegens degene die door die inbreuk schade lijdt en vormt als zodanig een uitwerking van artikel 6:162 inzake onrechtmatige daad.

Uit rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie o.m. HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99 (*Courage/Crehan*)) en de richtlijn (vgl. overweging 13 van de preambule) volgt dat zowel directe als indirecte afnemers schadevergoeding moeten kunnen vorderen van een inbreukpleger. Naar Nederlands recht kan elke benadeelde van een inbreuk op het mededingingsrecht een vordering tot schadevergoeding instellen bij de inbreukpleger. Dat geldt ook voor anderen dan de directe of indirecte afnemers van inbreukplegers, die schade lijden doordat het kartel tot een hogere marktprijs heeft geleid (zogenoemde *umbrella pricing*, zie hierover HvJ EU 5 juni 2014, nr. C-557/12 (*Kone*)).

### **Artikel 193n**

Artikel 193n implementeert de eerste vier leden van artikel 11 van de richtlijn.

#### *Eerste lid*

Het eerste lid van artikel 6:193n implementeert het eerste lid van artikel 11 van de richtlijn. Ingevolge dit lid zijn inbreukplegers hoofdelijk aansprakelijk jegens elke benadeelde. Een benadeelde partij kan van elk van de inbreukplegers volledige vergoeding van zijn schade vorderen. Dit lid behoeft strikt genomen geen implementatie, omdat het daarin bepaalde reeds volgt uit artikel 6:102, eerste lid, eerste volzin. Met het oog op de leesbaarheid van artikel 6:193n, waarin uitzonderingen op de hoofdelijke aansprakelijkheid zijn opgenomen, is het eerste lid van artikel 11 wel geïmplementeerd.

#### *Tweede lid*

Een uitzondering op het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid zoals het Nederlandse burgerlijk recht en de richtlijn dat kennen (het voorgestelde art. 6:193n, eerste lid, jo. 6:102, eerste lid, eerste volzin, jo. 6:6, resp. art. 11, eerste lid, van de richtlijn), vormt het tweede lid van artikel 11 van de richtlijn. Het tweede lid van artikel 6:193n implementeert deze uitzondering.

Ingevolge dit lid kunnen kleine en middelgrote ondernemingen als bedoeld in Aanbeveling 2003/361/EG van de Europese Commissie (hierna: de aanbeveling) alleen tot vergoeding van volledige schade worden aangesproken door hun eigen directe en indirecte afnemers, indien hun marktaandeel op de relevante markt te allen tijde tijdens de inbreuk minder dan vijf procent bedroeg en de toepassing van de regels van hoofdelijkheid hun economische levensvatbaarheid onherstelbaar in gevaar zou brengen, en hun vermogensbestanddelen al hun waarde zou doen verliezen. Directe en indirecte afnemers van andere inbreukplegers kunnen bedoelde ondernemingen in dit geval dus niet aanspreken.

Voorvoemde aanbeveling ziet naast kleine en middelgrote ondernemingen ook op micro-ondernemingen. Een micro-onderneming, zoals omschreven in artikel 2 van de aanbeveling, valt onder het begrip kleine onderneming. Micro-ondernemingen als bedoeld in de aanbeveling vallen daardoor onder de reikwijdte van artikel 6:193n, tweede lid.

#### *Derde lid*

Het derde lid van artikel 6:193n implementeert het derde lid van artikel 11 van de richtlijn. Hierin wordt een uitzondering op de uitzondering uit het tweede lid gemaakt. Indien een kleine of middelgrote onderneming als bedoeld in het tweede lid een leidinggevende rol heeft gespeeld of andere ondernemingen heeft aangezet hieraan deel te nemen (*onderdeel a*), of wanneer deze onderneming voordien al eens schuldig is bevonden aan een inbreuk op het mededingingsrecht (*onderdeel b*), is zij jegens elke benadeelde hoofdelijk aansprakelijk, dus ook jegens de directe en indirecte afnemers en leveranciers van andere inbreukplegers.

#### *Vierde lid*

Een tweede uitzondering op het uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid in het eerste lid volgt uit het vierde lid van artikel 11 van de richtlijn. Het vierde lid van het voorgestelde artikel 6:193n implementeert deze uitzondering. Hierin wordt bewerkstelligd dat een inbreukpleger, die immuniteit heeft gekregen van een mededingingsautoriteit, alleen door zijn eigen directe en indirecte afnemers en leveranciers kan worden aangesproken tot volledige vergoeding van hun schade (*onderdeel a* in de richtlijn). Andere benadeelden van de betreffende inbreuk kunnen zich niet tot deze inbreukpleger wenden. Op deze uitzondering wordt een uitzondering gemaakt indien de andere inbreukplegers geen (volledig) verhaal kunnen bieden (*onderdeel b* in de richtlijn).

In de laatste volzin van artikel 11, vierde lid, van de richtlijn, wordt bepaald dat de verjaringstermijn voor onder dit lid vallende zaken redelijk en toereikend moet zijn om benadeelden de mogelijkheid te bieden een vordering in te stellen. Hierin wordt voorzien in artikel 6:193t.

#### **Artikel 6:193o**

Artikel 6:193o implementeert het vijfde lid van artikel 11 van de richtlijn, dat ziet op de interne verdeling van de draagplicht van de inbreukplegers. De richtlijn laat deze interne verdeling aan het nationale recht over (zie overweging 37 van de preambule). Hierop zijn naar Nederlands recht de artikelen 6:102, 6:101 en 6:10 van toepassing. In deze artikelen wordt kort gezegd het volgende bepaald.

Artikel 6:102, eerste lid, tweede volzin, bepaalt dat de schade overeenkomstig artikel 6:101 over de hoofdelijke schuldenaren wordt verdeeld om te bepalen wat zij krachtens artikel 6:10 in hun onderlinge verhouding jegens elkaar dienen bij te dragen. Ingevolge artikel 6:10, tweede lid, komt de verplichting tot het bijdragen in de schuld die ten laste van een van de hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, op iedere schuldenaar te rusten voor het bedrag van het meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat. Welk deel de schuldenaar aangaat wordt bepaald aan de hand van artikel 6:102 juncto artikel 6:101. Het eerste lid van artikel 6:101 bepaalt dat de schade wordt verdeeld over de benadeelde en de schuldenaar in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een andere verdeling dan die aan de hand van de causaliteit van de aan ieder toe

te rekenen omstandigheden vindt plaats indien de billijkheid dat vereist. Grond voor een andere verdeling bij een inbreuk op het mededingingsrecht kan zijn de mate waarin een inbreukpleger heeft bijgedragen aan de totstandkoming van een kartel.

Welk deel van de schade die voortvloeit uit de inbreuk op het mededingingsrecht voor rekening van de inbreukplegers komt, wordt vastgesteld aan de hand van voornoemde artikelen.

De eerste volzin van het vijfde lid van artikel 11 van de richtlijn sluit bij deze regeling aan. De tweede volzin bevat een uitzondering hierop, die artikel 6:193o implementeert. Hieruit volgt dat de inbreukpleger die immuniteit heeft ontvangen van een mededingingsautoriteit, een bijzondere positie inneemt bij de verdeling van de draagplicht. Artikel 6:193o beperkt de bijdrageplicht van een ontvanger van immuniteit tot de schade van zijn eigen directe en indirecte afnemers en leveranciers, in de mate waarin hij tot hun schade heeft bijgedragen. Dit geldt echter alleen voor zover het betreft de schadelast van de directe en indirecte afnemers en leveranciers van de inbreukplegers. Artikel 6:193o laat, zoals artikel 11, zesde lid, van de richtlijn voorschrijft, onverlet dat de ontvanger van immuniteit wel naar de maatstaven van artikel 6:102 juncto artikel 6:101 juncto artikel 6:10 zal moeten bijdragen aan de aan anderen dan de directe en indirecte afnemers en leveranciers van de inbreukplegers te vergoeden schade die voortvloeit uit de inbreuk. Te denken valt aan een geval van *umbrella pricing* (zie het algemeen deel van deze memorie van toelichting en de toelichting bij art. 6:193m).

#### **Artikel 6:193p**

Artikel 6:193p implementeert artikel 19, eerste tot en met derde lid, van de richtlijn, betreffende de invloed van een schikking die is gesloten tussen een inbreukpleger en een benadeelde. Om inbreukplegers en benadeelden minder in het ongewisse te laten, wordt in de richtlijn bevorderd dat zij tot een 'voor-eens-en-altijd'-schikking komen (zie overweging 48 van de preambule).

Het eerste lid implementeert artikel 19, eerste lid, van de richtlijn. Het bepaalt dat de vordering tot schadevergoeding wordt verminderd met het aandeel van de bij de schikking betrokken inbreukpleger in de schade die een benadeelde heeft geleden. Dit aandeel vormt het bedrag dat de niet bij de schikking betrokken inbreukplegers als bijdrage van de bij de schikking betrokken inbreukpleger zouden kunnen vorderen wanneer zij de schade voldoen. De benadeelde kan ingevolge het eerste lid voor het niet ingevolge de schikking voldane deel van dit aandeel geen verhaal halen op de niet bij de schikking betrokken inbreukplegers. De niet bij de schikking betrokken inbreukplegers hoeven aan de benadeelde voor dit aandeel dus geen schadevergoeding te betalen.

Deze regeling wijkt af van het Nederlandse burgerlijk recht, waarin het daadwerkelijk bij de schikking betaalde bedrag bepalend is voor de vraag welk deel van de vordering van de benadeelde nog niet is voldaan. Niet van belang is welk aandeel dit bedrag vormt op de totale vordering (Y) die de benadeelde op de inbreukplegers heeft. Schikt een inbreukpleger voor een bedrag dat kleiner (X minus 20) is dan het aandeel (X) dat hij in de totale schade van de benadeelde heeft, dan kunnen de niet bij de schikking betrokken inbreukplegers voor het verschil (20) – en voor het aandeel dat zij hebben in de veroorzaakte schade – nog worden aangesproken door de benadeelde en vervolgens voor dit verschil (20) verhaal nemen op de bij schikking betrokken inbreukpleger. Het eerste lid van artikel 6:193p maakt dit onmogelijk. De bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft zo de zekerheid dat hij na de schikking noch door de benadeelde met wie hij schikt, noch door de niet bij de schikking betrokken inbreukplegers wordt aangesproken.



Deze zekerheid is in zoverre betrekkelijk dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger door de benadeelde nog wel kan worden aangesproken voor de door de niet bij de schikking betrokken inbreukplegers veroorzaakte schade (Y minus X), wanneer deze inbreukplegers niet bij machte zijn de resterende schade te vergoeden, bijvoorbeeld in het geval van faillissement. Dit volgt uit het derde lid van artikel 6:193p, dat de omzetting vormt van de eerste volzin van het derde lid van artikel 19 van de richtlijn. De bij de schikking betrokken inbreukpleger kan dit ingevolge het vierde lid van artikel 6:193p, dat de omzetting vormt van de tweede volzin van het derde lid van artikel 19 van de richtlijn, voorkomen door deze mogelijkheid uit te sluiten in zijn schikking met de benadeelde.

Het tweede lid van artikel 6:193p implementeert het tweede lid van artikel 19. Hieruit volgt dat een niet bij de schikking betrokken inbreukpleger geen bijdrage in de door hem betaalde schadevergoeding kan vorderen van de bij de schikking betrokken inbreukpleger.

### **Artikel 6:193q**

Artikel 6:193q implementeert de eerste volzin van artikel 13 van de richtlijn betreffende het zogenoemde doorberekeningsverweer. Kort gezegd kan dit worden ingeroepen door een inbreukpleger wanneer de eiser zijn door de inbreuk op het mededingingsrecht – in eerste instantie – geleden schade al dan niet gedeeltelijk heeft doorberekend aan zijn afnemer(s). De schade bestaat uit het verschil tussen de daadwerkelijk betaalde prijs en de prijs zonder de inbreuk op het mededingingsrecht; dit verschil wordt geduid als “meerkosten” (zie art. 2, twintigste lid, van de richtlijn en art. 6:193k, onderdeel g).

Artikel 6:193q, eerste lid, expliciteert het recht van een inbreukpleger zich te beroepen op het doorberekeningsverweer.

De tweede volzin van artikel 13 van de richtlijn, die de bewijslast van de doorberekening van de door de inbreuk op het mededingingsrecht veroorzaakte meerkosten bij de inbreukpleger legt, behoeft geen implementatie. Deze bewijslastverdeling volgt uit artikel 150 Rv.

In dit verband kan de inbreukpleger ingevolge de tweede volzin van artikel 13 van de richtlijn bovendien van de eiser en derden redelijkerwijs toegang tot het bewijsmateriaal vorderen. Artikel 843a Rv biedt deze mogelijkheid reeds.

### **Artikel 6:193r**

Het kan voor indirecte afnemers moeilijk zijn om te bewijzen dat zij schade hebben geleden doordat een directe afnemer de door hem aan de inbreukpleger betaalde meerkosten aan hen heeft doorberekend (zie overweging 41 van de preambule). Artikel 14 van de richtlijn zorgt er in dit verband voor dat met de positie van de indirecte afnemer rekening wordt gehouden bij het verdelen van de bewijslast.

Op grond van het eerste lid van artikel 14 van de richtlijn draagt de indirecte afnemer die zich beroept op doorberekening van meerkosten, de bewijslast van het bestaan en de omvang van deze doorberekening. Deze bewijslastverdeling volgt uit artikel 150 Rv. Het eerste lid van artikel 14 behoeft daarom geen implementatie.

Artikel 6:193r implementeert het tweede lid van artikel 14. Indirecte afnemers kunnen moeite ondervinden bij het bewijzen van de doorberekening van meerkosten. De richtlijn verlicht de bewijslast van de indirecte afnemer daarom met een bewijsvermoeden. Indien het bestaan van een schadevergoedingsvordering of het te vergoeden bedrag afhangt van de vraag of en in welke mate door

de directe afnemer van de inbreukpleger betaalde meerkosten aan de indirecte afnemer zijn doorberekend, wordt deze laatste geacht het bewijs te hebben geleverd wanneer hij “met een begin van bewijs deze doorberekening aannemelijk kan maken” (zie overweging 41 van de preambule van de richtlijn). In dit verband bepaalt artikel 14, tweede lid, aanhef en onderdelen a-c, van de richtlijn dat de indirecte afnemer wordt geacht het bewijs van doorberekening te hebben geleverd wanneer hij aantoont dat (a) de verweerder een inbreuk op het mededingingsrecht heeft gepleegd, (b) de inbreuk heeft geleid tot meerkosten voor de directe afnemer van de verweerder, en (c) de indirecte afnemer de goederen of diensten heeft afgenomen waarop de inbreuk betrekking had, dan wel goederen of diensten heeft afgenomen die daarvan zijn afgeleid of waarin deze zijn verwerkt. Artikel 193r, tweede lid, implementeert artikel 14, tweede lid, aanhef en onderdelen a-c.

In artikel 14 is de formulering “geacht” gehanteerd. Bedoeld wordt een bewijsvermoeden te creëren. Dat volgt uit de laatste volzin van het tweede lid, dat bepaalt dat de indirecte afnemer niet wordt geacht te hebben aangetoond dat doorberekening heeft plaatsgevonden indien de verweerder ten genoegen van de rechter aannemelijk kan maken dat de meerkosten niet of niet volledig aan de indirecte afnemer zijn doorberekend. Nu het een vermoeden betreft, is in het tweede lid van artikel 6:193r de formulering “wordt vermoed” gehanteerd. De laatste volzin van het tweede lid van artikel 14 behoeft geen implementatie, omdat uit vornoemde formulering van het tweede lid van artikel 6:193r reeds volgt dat het een weerlegbaar vermoeden betreft.

#### **Artikel 6:193s**

Artikel 6:193s strekt tot omzetting van artikel 18, tweede lid, van de richtlijn. Partijen kunnen besluiten te trachten het tussen hen gerezen geschil over de door een inbreuk op het mededingingsrecht beweerdelijk veroorzaakte schade (geheel of gedeeltelijk) buiten rechte op te lossen, bijvoorbeeld door middel van arbitrage of *mediation*. Zij kunnen daartoe ook besluiten wanneer de zaak al onder de rechter is. Artikel 6:193s geeft de rechter de mogelijkheid de zaak met het oog op de buitengerechtelijke geschilbeslechting voor een periode van ten hoogste twee jaar aan te houden. Bij het beoordelen van de vraag of de procedure moet worden aangehouden, laat de rechter zich leiden door de beginselen van een behoorlijke procesorde. Als het geschil in een buitengerechtelijke procedure naar het zich laat aanzien snel kan worden beslecht, ligt het voor de hand dat de rechter partijen hiertoe in staat stelt door de zaak aan te houden.

#### **Artikel 6:193t**

Artikel 10 van de richtlijn bevat een verjaringsregime voor rechtsvorderingen naar aanleiding van inbreuken op het mededingingsrecht (eerste tot en met derde lid) en een bepaling met betrekking tot stuiting van die verjaring (vierde lid). Artikel 6:193t implementeert de bepalingen met betrekking tot verjaring (zie art. 6:193u voor stuiting). Het bevat een relatieve termijn, ook wel subjectieve termijn genoemd, en een absolute termijn, ook wel objectieve termijn genoemd.

De voorwaarden voor de aanvang van de relatieve termijn zijn ingevolge het eerste lid van artikel 10 van de richtlijn dat (1) de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet, en de eiser weet heeft, of redelijkerwijs geacht kan worden weet te hebben van (2) de gedraging en het feit dat deze gedraging een inbreuk op het mededingingsrecht vormt, (3) het feit dat hij door de inbreuk op het

mededingingsrecht schade heeft geleden, en (4) de identiteit van de inbreukmaker. Artikel 6:193t neemt deze voorwaarden over.

De duur van de relatieve termijn dient ingevolge het derde lid van artikel 10 van de richtlijn ten minste vijf jaar te bedragen. In artikel 6:193t wordt aangesloten bij de termijn voor schadevergoedingsvorderingen uit artikel 3:310, eerste lid, die vijf jaar bedraagt. Er is geen aanleiding om van deze termijn af te wijken in gevallen van een vordering tot schadevergoeding in het geval van schending van het mededingingsrecht.

In het belang van de rechtszekerheid bevat artikel 3:310, eerste lid, naast de relatieve verjaringstermijn van vijf jaar ook een absolute verjaringstermijn van twintig jaar. Omwille van de rechtszekerheid wordt deze absolute termijn ook opgenomen in artikel 6:193t. Als startpunt voor deze verjaringstermijn geldt de eerste hierboven genoemde voorwaarde, te weten die dat de inbreuk op het mededingingsrecht is stopgezet. De richtlijn staat lidstaten toe absolute verjaringstermijnen te hanteren. De laatste volzin van overweging 36 van de preambule van de richtlijn luidt: “De lidstaten moeten algemeen toepasselijke absolute verjaringstermijnen kunnen handhaven of invoeren, mits de duur van die verjaringstermijnen de uitoefening van het recht op volledige vergoeding niet praktisch onmogelijk of buitensporig moeilijk maakt.” De termijn van twintig jaar na stopzetting van de inbreuk op het mededingingsrecht voldoet daar aan.

#### **Artikel 6:193u**

Artikel 6:193u implementeert de artikelen 10, vierde lid, en 18, eerste lid van de richtlijn en bevat daartoe twee gronden voor stuiting van de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot schadevergoeding.

#### *Eerste lid, onderdeel a, en tweede lid*

Onderdeel a van het eerste lid van artikel 6:193u implementeert het eerste lid van artikel 18 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat een rechtsvordering tot schadevergoeding niet kan verjaren tijdens een buitengerechtelijke geschillenbeslechting over de schadevergoedingsvordering.

De formulering in de richtlijn is dat de verjaringstermijn wordt *geschorst* voor de duur van elke buitengerechtelijke geschillenbeslechtingsprocedure. Naar Nederlandse burgerlijk recht kan de verjaring van een rechtsvordering worden *gestuit*. Dit houdt in dat door de stuiting de rechtsvordering niet verjaart, maar dat er een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen. *Schorsing* van een verjaringstermijn, dat wil zeggen, een onderbreking van een lopende verjaringstermijn die na afloop van de schorsing weer verder loopt, kent het Nederlandse recht niet. Het doel van artikel 18, eerste lid, van de richtlijn is te voorkomen dat partijen die kiezen voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting bij het mislukken ervan erachter komen dat hun rechtsvordering is verjaard. Of dit wordt voorkomen door een schorsing van de verjaringstermijn of door een stuiting ervan, maakt voor het bereiken van dit doel niet uit. Er is daarom gekozen om aan te sluiten bij de bestaande Nederlandse systematiek van stuiting van de verjaring. Zo bepaalt artikel 3:316 dat de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door rechtsvervolgning. Artikel 3:317 bepaalt dat de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling. Artikel 3:318 betreft stuiting door erkenning.

Naast voornoemde mogelijkheden tot stuiting wordt met de implementatie van artikel 18, eerste lid, van de richtlijn in artikel 6:193, eerste lid, onderdeel a, een mogelijkheid toegevoegd voor gevallen van schending van het mededingingsrecht waarin een buitengerechtelijke geschillenbeslechtsprocedure wordt gestart. Als voorbeeld voor de formulering van deze bepaling diende artikel 11, eerste lid, van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten (Stb. 2015, 160).

Uit artikel 18, eerste lid, van de richtlijn volgt dat de schorsing c.q. stuiting duurt zolang de buitengerechtelijke geschillenbeslechtsprocedure loopt. Om het moment te bepalen waarop de nieuwe verjaringstermijn na stuiting op grond van onderdeel a begint te lopen, is het tweede lid van artikel 6:193u toegevoegd. Hieruit volgt dat een nieuwe verjaringstermijn aanvangt de dag volgend op de dag dat de procedure tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting is geëindigd. Uit het tweede lid volgt eveneens dat de nieuwe verjaringstermijn gelijk is aan de oorspronkelijke termijn, maar niet langer dan drie jaar. De verjaring treedt echter in geen geval op een eerder tijdstip in dan het tijdstip waarop de oorspronkelijke termijn zonder stuiting zou zijn verstreken. Het tweede lid van artikel 11 van de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten diende als voorbeeld voor de formulering van deze bepaling.

#### *Eerste lid, onderdeel b*

Het vierde lid van artikel 10 van de richtlijn regelt de schorsing c.q. stuiting van de verjaringstermijn van de rechtsvordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht door een handeling van een mededingingsautoriteit ter verrichting van onderzoek of vervolging van de inbreuk op het mededingingsrecht waarop de vordering betrekking heeft. Artikel 6:193u, eerste lid, onderdeel b, implementeert deze grond voor stuiting. Aangesloten is bij de formulering van artikel 64, eerste lid, Mw.

Op grond van artikel 3:319, eerste lid, gaat ook in geval van stuiting op grond van artikel 6:193u, eerste lid, onderdeel b, een nieuwe verjaringstermijn lopen met de aanvang van de dag na de dag waarop de stuiting plaatsvindt. Ingevolge het tweede lid van artikel 3:319 is deze termijn gelijk aan de oorspronkelijke.

## **Artikel II (wijzigingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering)**

### **Onderdeel A**

In artikel 44a Rv wordt onder meer geregeld dat de ACM, niet optredende als partij, opmerkingen kan maken ingevolge artikel 15, derde lid, eerste alinea, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1), indien de wens daartoe te kennen is gegeven. Artikel 44a, eerste lid, wordt gewijzigd teneinde artikel 17, derde lid, van de richtlijn te implementeren. De ACM kan op grond van het wijzigingsvoorstel, eventueel op verzoek van de rechter, ook bijstand verlenen bij het bepalen van de omvang van de schade wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Voor de uitleg van de betekenis van de woorden “een inbreuk op het mededingingsrecht” zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op artikel 6:193k, onderdeel a, BW. Bij de begroting van de schade

moet veelal worden beoordeeld hoe de markt in kwestie zonder de inbreuk zou zijn geëvolueerd. Die beoordeling houdt een vergelijking in met een hypothetische situatie die daarom nooit precies kan worden vastgesteld. De mogelijkheid wordt geboden bij het maken van een vergelijking en daarmee het beramen van de veroorzaakte schade gebruik te maken van de bij de ACM ter zake voorhanden zijnde kennis en expertise. De Europese Commissie zal voorzien in algemene richtsnoeren inzake het ramen van de omvang van de schade op Unieniveau (vgl. overweging 46 van de preambule van de richtlijn) waarop kan worden voortgebouwd.

## **Onderdeel B**

Het voorgestelde artikel 161a implementeert artikel 9, eerste lid, van de richtlijn. Geregeld wordt dat wanneer een inbreuk op het mededingingsrecht onherroepelijk wordt vastgesteld door de ACM (al dan niet nadat de bestuursrechter daarover een oordeel heeft geveld) dit onweerlegbaar bewijs oplevert in een procedure bij de civiele rechter waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Met “het vorderen van schadevergoeding” wordt slechts beoogd tot uitdrukking te brengen dan dat getracht wordt de geleden schade in rechte te verhalen; los van de manier waarop zulks juridisch wordt ingekleed. De formulering van de wettekst is op de richtlijn gebaseerd. Deze formulering staat dus niet aan een beroep op verrekening in de weg. De schade moet het gevolg zijn van “een inbreuk op het mededingingsrecht” als bedoeld in artikel 6:193k, onderdeel a, BW. Artikel 161a wordt geplaatst in Boek 1, titel 2, afdeling 9, paragraaf 2, waar de bewijsmiddelen akten en vonnissen worden geregeld.

## **Onderdeel C**

Onderdeel C introduceert een nieuwe afdeling 1A over toegang tot bescheiden in zaken betreffende schending van mededingingsrecht, waarin deels wordt voortgebouwd op en deels wordt afgeweken van de exhibitieplicht c.q. het inzagerecht zoals geregeld in artikel 843a. De afdeling bevat zeven artikelen die hieronder nader worden toegelicht.

### ***Artikel 844***

In artikel 844, eerste lid, wordt de reikwijdte bepaald van de afdeling. Deze wordt van toepassing verklaard op zaken waarin inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden als bedoeld in artikel 843a wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in artikel 193k, onderdeel a, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. In het tweede lid wordt bepaald dat voor de toepassing van deze afdeling onder een mededingingsautoriteit wordt verstaan een mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 6:193k, onderdeel c, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Voor de uitleg van de betekenis van het begrip “mededingingsautoriteit” zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op artikel 6:193k, onderdeel c, BW.

### ***Artikel 845***

Artikel 843a regelt het inzagerecht c.q. de exhibitieplicht. Op een punt na biedt die bestaande algemene regeling ruimere toegang tot bewijsmateriaal dan op grond van artikel 5 van de richtlijn in ieder geval

moet worden gerealiseerd omtrent procedures waarin schadevergoeding wordt gevorderd wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Op grond van het bestaande artikel 843a, vierde lid, kan echter geen beroep op het recht worden gedaan als redelijkerwijs kan worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van inzage, afschrift of uittreksel van de bescheiden is gewaarborgd. Artikel 5 van de richtlijn staat aan die specifieke voorwaarde in de weg. Voorgesteld wordt dan ook die voorwaarde te schrappen ingeval inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden omtrent een vordering strekkende tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht als bedoeld in artikel 6:193k, onderdeel a, BW wordt verlangd. Dit wordt in het voorgestelde artikel 845 geregeld. Alleen gewichtige redenen kunnen nog aan het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden in de weg staan.

### **Artikel 846**

Artikel 846, eerste lid, bevat een op artikel 6, zesde lid, van de richtlijn gebaseerde uitzondering op het inzagerecht c.q. de exhibitieplicht omtrent een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Er wordt geen inzage, afschrift of uittreksel verschaft van clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking die zich enkel in het dossier van een mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 6:193k, onderdeel c, BW bevinden. De woorden “enkel in het dossier van een mededingingsautoriteit” strekken ertoe de bescheiden nader te kwalificeren. De woorden beogen nadrukkelijk niet tot uitdrukking te brengen dat de bescheiden alleen niet door een mededingingsautoriteit mogen worden verstrekt. Degene die de verklaring heeft afgelegd en er daarom (ook) over beschikt, is daartoe evenmin gehouden. Het gaat om zogenoemde zwarte lijst bescheiden die, waar zij zich ook bevinden, nimmer mogen worden verstrekt.

Onder “clementieverklaringen” worden verstaan: vrijwillige door of namens een onderneming of een natuurlijke persoon ten overstaan van een mededingingsautoriteit afgelegde mondelinge of schriftelijke verklaringen of opnamen daarvan, waarin de onderneming of een natuurlijke persoon mededeelt wat zij of hij weet over een kartel en wat haar of zijn rol daarin was, en die speciaal ten behoeve van die autoriteit is opgesteld met het oog op het krijgen van vrijwaring of vermindering van de geldboete in het kader van een clementieregeling. Het betreft niet reeds bestaande informatie oftewel bewijsmateriaal dat los van de procedure van een mededingingsautoriteit bestaat, ongeacht of deze informatie zich al dan niet in het dossier van een mededingingsautoriteit bevindt.

Onder “verklaringen met het oog op een schikking” worden verstaan: vrijwillige verklaringen ten overstaan van een mededingingsautoriteit, afgelegd door of namens een onderneming, waarin de onderneming haar deelname aan een inbreuk op het mededingingsrecht en haar aansprakelijkheid voor die inbreuk op het mededingingsrecht erkent of ervan afziet deze te betwisten, en die speciaal is opgesteld om de mededingingsautoriteit in staat te stellen een vereenvoudigde of spoedprocedure toe te passen.

Artikel 843a juncto artikel 845 juncto artikel 846, eerste lid, staan er niet aan in de weg dat de rechter toetst c.q. laat toetsen of er daadwerkelijk sprake is van clementieverklaringen of verklaringen met het oog op een schikking. Artikel 843a, tweede lid, geeft de rechter de mogelijkheid om daarbij bijstand van de ACM te vragen (vgl. art. 6, zevende lid, van de richtlijn). Indien slechts delen van het bewijsmateriaal ten aanzien waarvan toegang wordt verzocht kwalificeren als clementieverklaringen of verklaringen met het oog op een schikking, kan inzage, afschrift of uittreksel van de resterende delen

worden verschaft (uiteraard met inachtneming van de geldende en voorgestelde wettelijke regeling ter zake). Het achtste en negende lid van artikel 6 van de richtlijn behoeven (dus) geen implementatie.

Artikel 846, tweede lid, bepaalt in het voetspoor van artikel 7, eerste lid, van de richtlijn dat de clementieverklaringen en verklaringen met het oog op een schikking geen bewijs opleveren voor een vordering strekkende tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. Het “bewijs” dient door de rechter buiten beschouwing te worden gelaten. Zijn uitspraak kan daarop dus niet worden gebaseerd.

#### **Artikel 847**

Artikel 6, vijfde lid, van de richtlijn wordt omgezet in artikel 847, eerste lid. De bepaling bevat een in de tijd beperkte uitzondering op het inzagerecht c.q. de exhibitieplicht. Hangende een procedure bij een mededingingsautoriteit wordt geen inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden verschaft met informatie die door een natuurlijke persoon of rechtspersoon specifiek voor de procedure van een mededingingsautoriteit is voorbereid, informatie die een mededingingsautoriteit in de loop van haar procedure heeft opgesteld en aan de partijen heeft toegezonden, en verklaringen met het oog op een schikking die zijn ingetrokken. Blijkens overweging 25 zou een lopend onderzoek van een mededingingsautoriteit betreffende een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie of het nationale mededingingsrecht daardoor te zeer worden doorkruist. Net als bij artikel 845 maakt het niet uit waar de (grijze lijst) bescheiden zich bevinden. De bepaling doet dus ook opgeld wanneer die bescheiden zich niet bij de mededingingsautoriteit bevinden. Eerst wanneer de mededingingsautoriteit een besluit heeft genomen bijvoorbeeld krachtens artikel 5 of hoofdstuk III van Verordening (EG) nr. 1/2003, met uitzondering van besluiten inzake voorlopige maatregelen, of anderszins haar procedure heeft beëindigd, doet de uitzondering niet langer opgeld. De woorden “onverminderd het in artikel 843a en deze afdeling bepaalde” beogen voor dat geval tot uitdrukking te brengen dat de voorwaarden die aan het inzagerecht c.q. de exhibitieplicht worden gesteld onverkort van toepassing zijn. Gewichtige redenen kunnen dus aan de verstrekking in de weg staan.

Artikel 847, tweede lid, bepaalt dat de bescheiden waarop het eerste lid ziet geen bewijs opleveren voor een vordering strekkende tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht voordat de mededingingsautoriteit een besluit heeft genomen of de procedure anderszins heeft beëindigd. De bescheiden moeten door de rechter buiten beschouwing worden gelaten. De rechter kan zijn uitspraak niet op de bescheiden baseren.

#### **Artikel 848**

Artikel 848 is een vrijwel letterlijke implementatie van artikel 7, derde lid, van de richtlijn. De bepaling beoogt te voorkomen dat bescheiden uitsluitend verkregen via toegang tot het dossier van een mededingingsautoriteit die niet wordt gedekt door artikel 846, tweede lid, en artikel 847, tweede lid, worden verkocht c.q. doorgegeven aan een partij die daartoe geen toegang heeft en vervolgens door die partij worden gebruikt in een procedure tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht. De mogelijkheid om bewijsmateriaal te gebruiken dat uitsluitend via toegang tot het dossier van een mededingingsautoriteit werd verkregen, is beperkt tot de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die oorspronkelijk toegang had verkregen. Ook de natuurlijke persoon of rechtspersoon die als rechtsopvolger in de rechten en verplichtingen is getreden, onder meer via verwerving van de

vordering, kan dit bewijsmateriaal gebruiken. Indien het bewijsmateriaal werd verkregen door een rechtspersoon die deel uitmaakt van een concern dat voor de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU één onderneming vormt, kunnen andere rechtspersonen die tot dezelfde onderneming behoren, dit bewijsmateriaal ook gebruiken (vgl. overweging 31 van de preambule van de richtlijn). Deze beperking sluit echter niet uit dat een derde een beroep op de artikelen 843a juncto afdeling 1A doet teneinde de beschikking over de bescheiden te verkrijgen (vgl. overweging 32 van de preambule van de richtlijn).

#### **Artikel 849**

Het voorgestelde artikel 849 regelt overeenkomstig artikel 6, tiende lid, van de richtlijn dat een mededingingsautoriteit slechts inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden behoeft te verschaffen als een andere partij daartoe niet redelijkerwijs in staat is. Verstrekking door een mededingingsautoriteit is dus een laatste redmiddel. In lijn met de richtlijn wordt beoogd dat de mededingingsautoriteiten hun werk zo onbelemmerd mogelijk kunnen verrichten. De woorden “onverminderd het in artikel 843a en deze afdeling bepaalde” stellen buiten twijfel dat de voorwaarden die aan de inroepbaarheid van het inzagerecht c.q. de exhibitieplicht worden gesteld onverminderd opgeld doen en moeten worden vervuld voordat inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden moet worden verschaft.

#### **Artikel 850**

Het voorgestelde artikel 850 is gebaseerd op artikel 6, vierde lid, onderdeel c, van de richtlijn en schrijft voor dat bij het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel van enkel uit een dossier van een mededingingsautoriteit afkomstige bescheiden omtrent een vordering tot schadevergoeding wegens een inbreuk op het mededingingsrecht steeds de doeltreffendheid van de publieke handhaving van het mededingingsrecht dient te worden gewaarborgd. Artikel 6, vierde lid, onderdelen a en b, van de richtlijn behoeven geen implementatie omdat de inhoud daarvan gelet op het bepaalde in artikel 843a al standaard wordt betrokken bij het al dan niet verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel (vgl. de voorwaarden inzake rechtmatig belang en bepaalde bescheiden omtrent een rechtsbetrekking waarbij hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn). Gewichtige redenen kunnen aan het verschaffen van inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden in de weg staan (vgl. art. 845). Artikel 850 maakt duidelijk dat de waarborging van de doeltreffendheid van de *publieke* handhaving van het mededingingsrecht zo’n dwingende reden kan opleveren die in het kader van de door de richtlijn voorgeschreven evenredigheidstoets zwaarder kan wegen dan het belang dat wordt gediend met de *disclosure*. Het is aan de rechter te beoordelen of dit, gegeven de omstandigheden van het geval, ook zo is. Het geven van een authentieke interpretatie van de woorden “waarborging van de doeltreffendheid van de publieke handhaving” is uiteindelijk aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorbehouden.

#### **Artikel III**

Artikel IV regelt overeenkomstig artikel 22, tweede lid, van de richtlijn dat de implementatiebepalingen van niet-materiële aard niet van toepassing zijn op zaken die vóór 26 december 2014 bij de rechter



aanhangig zijn gemaakt. De vraag of een zaak aanhangig is, moet worden beantwoord aan de hand van het nationale recht.

#### **Artikelen IV en V**

Deze artikelen regelen respectievelijk de inwerkingtreding en citeertitel. Artikel 21, eerste lid, schrijft dwingend voor dat de wettelijke maatregelen op 26 december 2016 moeten zijn getroffen. Omdat de richtlijn dwingend de inwerkingtreding voorschrijft, wordt afgeweken van de vaste verandermomenten (Aanwijzing 174, vierde lid, uitzonderingsgrond d).

Deze wet vormt zuiver implementatie van de richtlijn. Daarom is de Referendumwet hierop niet van toepassing.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

De Minister van Economische Zaken,

## Bijlage: Transponeringstabel

Artikel richtlijn	Artikel wetsvoorstel
1, eerste en tweede lid	Behoeven naar hun aard geen implementatie (zie §4.2).
2, eerste lid	6:193k, onderdeel a, BW
2, tweede lid	6:193k, onderdeel b, BW
2, derde tot en met zesde lid	Behoeven geen implementatie (zie artikelsgewijze toelichting bij 6:193k).
2, zevende en achtste lid	6:193k, onderdeel c, BW
2, negende tot en met dertiende lid	Behoeven geen implementatie (zie artikelsgewijze toelichting bij 6:193k BW).
2, veertiende lid	6:193k, onderdeel d, BW
2, vijftiende lid	6:193k, onderdeel f, BW
2, zestiende tot en met achttiende lid	Behoeven geen implementatie (zie artikelsgewijze toelichting bij 6:193k BW).
2, negentiende lid	6:193k, onderdeel e, BW
2, twintigste tot en met tweeëntwintigste lid	Behoeven geen implementatie (zie artikelsgewijze toelichting bij 6:193k BW).
2, drieëntwintigste lid	6:193k, onderdeel g, BW
2, vierentwintigste lid	6:193k, onderdeel h, BW
3, eerste tot en met derde lid	Behoeven geen implementatie (zie §4.2).
4	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).
5, eerste tot en met achtste lid	Behoeft geen implementatie, behoudens het bepaalde in 844 Rv.
6, eerste lid	Boek 3 Rv, titel 7, afdeling 1A Toegang tot bescheiden in zaken betreffende schending van mededingingsrecht
6, tweede en derde lid	Behoeven naar hun aard geen implementatie (bepaalde bestaande regelingen worden onverlet gelaten).
6, vierde lid	850 Rv
6, vijfde lid	847, eerste lid, Rv
6, zesde lid	846, eerste lid, Rv
6, zevende tot en met negende lid	Behoeven geen implementatie (zie artikelsgewijze toelichting bij 845 Rv).
6, tiende lid	849 Rv
6, elfde lid	Behoeft geen implementatie (reeds geregeld in 217 Rv).
7, eerste lid	846, tweede lid, Rv
7, tweede lid	847, tweede lid, Rv
7, derde lid	848 Rv
8, eerste lid	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).

8, tweede lid	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).
9, eerste lid	161a Rv
9, tweede lid	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).
9, derde lid	Behoeft naar zijn aard geen implementatie.
10, eerste tot en met derde lid	6:193t BW
10, vierde lid	6:193u, eerste lid, onderdeel b, BW
11, eerste lid	6:193n, eerste lid, BW
11, tweede lid	6:193n, tweede lid, BW
11, derde lid	6:193n, derde lid, BW
11, vierde lid	6:193n, vierde lid, BW
11, vijfde lid	6:193o BW
11, zesde lid	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).
12, eerste tot en met vijfde lid	Behoeven geen implementatie (zie §4.2).
13	6:193q BW
14, eerste lid	Behoeft geen implementatie (zie artikelsgewijze toelichting bij 6:193r BW).
14, tweede lid	6:193r BW
15, eerste en tweede lid	Behoeven geen implementatie (zie §4.2).
16	Behoeft geen implementatie (opdracht aan de Europese Commissie).
17, eerste lid	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).
17, tweede lid	6:193l BW
17, derde lid	44a Rv
18, eerste lid	Artikel 6:193u, eerste lid, onderdeel a, en tweede lid, BW
18, tweede lid	6:193s BW
18, derde lid	Boetebeleidsregels ACM 2014.
19, eerste tot en met derde lid	6:193p BW
19, vierde lid	Behoeft geen implementatie (zie §4.2).
20, eerste tot en met derde lid	Behoeven naar hun aard geen implementatie (zie §4.2).
21, eerste en tweede lid	Behoeven naar hun aard geen implementatie (zie §4.2).
22, eerste lid	Behoeft naar zijn aard geen implementatie.
22, tweede lid	Artikel IV
23	Behoeft naar zijn aard geen implementatie (zie §4.2).