

Informatieverwerving voor schade- lijders in mededingingszaken: een kritisch overzicht van de *state of play*

169

S. Adam* en J. De Ceuster**

Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht blijft relatief ondermaats in België. Een belangrijke belemmering betreft het feit dat slachtoffers van mededingingsinbreuken vaak moeilijkheden hebben om toegang te krijgen tot informatie in het bezit van inbreukplegers of mededingingsautoriteiten. Deze bijdrage geeft een kritisch overzicht van de instrumenten die beschikbaar zijn in EU-recht om deze informatieasymmetrie te overbruggen, met speciale aandacht voor de publicatie van mededingingsbesluiten en de rol van nationale rechters wanneer zij Richtlijn 2014/104/EU over schadevorderingen wegens inbreuken van nationaal- en EU-mededingingsrecht en art. 15 Verordening (EG) 1/2003 toepassen. De bedoeling is alle belanghebbenden, in het bijzonder advocaten en nationale rechters, een beter inzicht te geven in de juridische parameters die op dit moment informatieverwerving met het oog op schadevergoedingsprocedures omkaderen.

Het Hof van Justitie (hierna: HvJ) van de Europese Unie erkende reeds in 2001 het recht van slachtoffers van mededingingsinbreuken op schadevergoeding.¹ Privaatrechtelijke handhaving zou immers bijdragen tot de effectiviteit van het mededingingsrecht. Schadevorderingen wegens schending van dat recht maken integraal deel uit van het stelsel voor de handhaving van mededingingsregels van de Unie, dat ertoe strekt mededingingsverstoringe gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden.² Desalniettemin oordeelde de Commissie in 2014 dat slachtoffers in

de EU zich nog te weinig beroepen op hun recht op schadevergoeding.³ Deze vaststelling heeft aanleiding gegeven tot Richtlijn 2014/104/EU⁴. Informatieverwerving is een van de pijlers van deze richtlijn, met de bedoeling slachtoffers beter in staat te stellen hun schadevorderingen voor te bereiden. Andere instrumenten van meer algemene strekking kregen in het verleden reeds een bijzondere interpretatie door het HvJ, rekening houdend met het toenemende belang van privaatrechtelijke handhaving. Het gevolg is een juridisch systeem waarbij verschillende informatieverwervingsinstrumenten naast elkaar bestaan. Hierbij vullen ze elkaar soms aan, hoewel hun potentiële interacties nog niet volledig onderzocht zijn geweest door de mededingingsautoriteiten en rechterlijke organen. Hieronder wordt zowel de inhoud van, als het verband tussen de verschillende instrumenten kritisch onderzocht, met als bedoeling een beter inzicht te geven aan alle belanghebbenden, in het bijzonder advocaten en nationale rechters, in de juridische parameters die de dag van vandaag informatieverwerving met het oog op schadevergoedingsprocedures omkaderen. Informatieverwerving wordt in het EU-recht hoofdzakelijk ondersteund door⁵ het effectiviteitsbeginsel, de publicatie van mededingingsbesluiten, de ‘Transparantieverordening’, Richtlijn 2014/104/EU en de samenwerkingsplicht. Aangezien het effectiviteitsbeginsel doorwerkt via de toepassing van andere instrumenten, wordt dit beginsel als eerste onderzocht (1). Vervolgens volgt deze bijdrage de logica van meeste mededingingszaken. Bijgevolg wordt de publicatie van mededingingsbesluiten besproken, die vaak potentiële eisers bewust maken van de mogelijkheid dat ze slachtoffer zijn van een inbreuk en hen in een betere positie plaatsen om hun slaagkansen in een eventuele schadevergoedingszaak te beoordelen (2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de Transparan-

* Stanislas Adam is Referendaris, HvJ van de EU, Professor EU-recht, Universiteit Gent (Ghent European law Institute, G.E.L.I.). Alle standpunten die in dit artikel aan bod komen zijn louter de persoonlijke opvatting van de auteur.

** Jeroen De Ceuster is Assistent aan de Universiteit Gent, Faculteit Economie en Bedrijfskunde, vakgroep accountancy, bedrijfsfinanciering en fiscaliteit.

1 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage/Crehan*).

2 HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, punt 45 (*Skanska Industrial Solutions e.a.*), zie voor annotatie bij deze zaak ook D. Wouters ‘Beginsel van economische continuïteit van toepassing op privaatrechtelijke handhaving EU-mededingingsrecht 14 maart 2019, zaak C-724/17, Skanska Industrial Solutions en anderen’, *SEW* 2019, afl. 11, 521-524.

3 Voor een overzicht van de verhouding tussen *public enforcement* en *privaatrechtelijke handhaving*, in het bijzonder in de rechtspraak van het HvJ, zie o.a. R. Gamble, ‘The European embrace of private enforcement: this time with feeling’, *E.C.L.R.* 2014, afl. 10, p. 469-479.

4 Richtlijn 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 349/1.

5 Opgemerkt moet worden dat al deze instrumenten een meer algemene strekking hebben dan informatieverwerving, in die zin dat ze niet daartoe beperkt zijn.

tieverordening,⁶ waarmee potentiële eisers op een relatief laagdrempelige manier en in eerste instantie zonder gerechtelijke procedure te beginnen informatie kunnen verkrijgen bij de Commissie (3). Tot slot worden de mogelijkheden van disclosure zoals omschreven in Richtlijn 2014/104/EU (4) en de samenwerkingsplicht, zoals geconcretiseerd in art. 15 Verordening (EG) 1/2003 (5),⁷ onderzocht. Deze twee laatste instrumenten kunnen slechts ingeroepen worden in een gerechtelijke procedure. Vervolgens onderzoekt deze bijdrage de rechtspraak betreffende deze instrumenten in België en Nederland, om een nauwkeurig beeld te krijgen van hun praktische werking in deze twee landen.

1. Het effectiviteitsbeginsel

Onder het effectiviteitsbeginsel mogen procedurele bepalingen de uitoefening van materieel EU-recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken. Dat beginsel beschermt in het bijzonder de effectiviteit van de mededingingsregels in art. 101 en 102 VWEU.⁸ Dit werd voor het eerst bevestigd in *Manfredi*, een zaak betreffende Italiaans procedureel recht inzake de verjaringstermijn en de bevoegde rechtbank.⁹

Het effectiviteitsbeginsel is bijzonder relevant voor informatieverwerving. Het HvJ verklaarde aldus in de belangrijke zaak *Pfleiderer* dat rechters steeds geval per geval en met inachtneming van alle relevante gegevens van de zaak een belangenafweging moeten kunnen maken wanneer ze oordelen over toegang tot een mededingingsdossier in een bepaalde zaak.¹⁰ Regels die de vrijgave van bepaalde informatie categorisch uitsluiten, beperken bijgevolg in een onaanvaardbare mate de effectiviteit van het mededingingsrecht. Dit betekent bijvoorbeeld dat enkel het risico dat een bepaald stuk *in concreto* het openbare belang van een doeltreffend nationaal clementieprogramma aantast, kan rechtvaardigen dat dit document niet wordt verspreid.¹¹ Hier moet weliswaar al worden opgemerkt dat het HvJ een andere positie heeft genomen wat betreft toegang tot stukken in een mededingingsdossier op basis van een aanvraag krachtens Verordening (EG) 1049/2001.¹²

Het effectiviteitsbeginsel fungeert als een *instrument van algemene aard*. Partijen kunnen het steeds inroepen als een argument op zich. Het rechtstreeks effect van het effectiviteitsbeginsel bestaat dan erin dat partijen elke nationale procedurele regel inzake informatieverwerving kunnen aanvechten, indien ze kunnen bewijzen dat de regel in kwestie de effectieve toepassing van art. 101 of 102 VWEU aantast. Bovendien kunnen partijen steeds argumenteren waarom een bepaalde *interpretatie* van een nationale procedurele regel een dergelijke aantasting met zich meebrengt.

Zowel de Belgische als de Nederlandse rechtspraak bevat voorbeelden van de werking van dit principe, dat eigenlijk niet beperkt is tot nationale procedurele bepalingen. Zo leidde het effectiviteitsbeginsel in België reeds vóór de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU tot de aanvaarding van een vermoeden van schade bij de toepassing van art. 877 Ger. W. in *follow-on-procedures*.¹³ In Nederland riep de Hoge Raad het beginsel in om de indirecte werking van Richtlijn 2014/104/EU te rechtvaardigen (in de vorm dus van een richtlijnconforme uitlegging van nationaal procedureel recht), ondanks het feit dat de zaak in kwestie buiten het temporeel toepassingsgebied van de richtlijn viel.¹⁴

In sommige gevallen ‘activeert’ het HvJ zelf het effectiviteitsbeginsel, in de context van een prejudiciële verwijzing. Een voorbeeld is het arrest *Kone e.a.*, betreffende een regel uit het Oostenrijkse recht waaronder het causale verband tussen een kartel en de geleden schade categorisch was uitgesloten bij gebrek aan een directe contractuele band tussen het slachtoffer en een lid van dat kartel. De effectiviteit van het EU-mededingingsrecht werd hier ondermijnd omdat deze regel ook van toepassing was ‘wanneer de betrokkene geen contractuele band met een lid van het kartel had, maar wel met een niet aan dat kartel deelnemende onderneming waarvan het prijsbeleid nochtans het resultaat van dit kartel is en dat (bijgevolg) tot de vervalsing van de voor concurrerende markten

- 6 Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (*PbEG* 2001, L 145/43).
- 7 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2003, L 1/1.
- 8 Voor auteurs die ervan uitgaan dat het effectiviteitsbeginsel stelt dat zowel nationale als EU-rechtsregels de effectiviteit van hogere EU-rechtsregels niet mogen beperken, zie o.m. S. Peyer, ‘Access to competition authorities’ files in private antitrust litigation’, *Journal of Antitrust Enforcement* 2015, 58-86; C. Fratea, ‘The interplay between Regulations 1049/2001, 1/2003 and Directive 2014/104: will public enforcement of EU competition law always come first?’, *E.C.L.R.*, 2018, afl. 2, 81-86. Voor de rechtsleer die stelt dat het effectiviteitsbeginsel enkel nationale rechtsregels verhindert de effectiviteit van EU-rechtsregels te beperken, zie o.m. L. Dunne, ‘Courage and compromise: the Directive on Antitrust Damages’, *E.L.Rev.* 2015, 581-597; A. Howard, ‘Too little, too late? The European Commission’s Legislative Proposals on Anti-Trust Damages Actions’, *Journal of European Competition Law & Practice* 2013, 455-464; I. Vandenborre & T. Goetz, ‘EU Competition Law Procedural Issues’, *Journal of Competition Law & Practice* 2014, 648-655; L.F. Pace, ‘The Court of Justice “antitrust enforcement negative harmonization network” and the CDC and *Pfleiderer* judgments “another brick in the wall”’, in: B. Cortese (red.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2014, 241-255.
- 9 HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04-C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, punten 62, 71 en 82 (*Manfredi*).
- 10 HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, punt 31 (*Pfleiderer*), zie voor annotatie bij deze zaak ook B.J. Drijber, ‘Zaak C-360/09, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*’, *SEW* 2011, afl. 10, p. 454-457.
- 11 HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, punt 48 (*Donau Chemie*).
- 12 Zie hoofdstuk 3.
- 13 Hof van Beroep van Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.
- 14 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.3.4.

geldende prijsvormingsmechanismen heeft bijgedragen' (*umbrella pricing*).¹⁵ De Commissie aanvaardde eveneens de werking van het effectiviteitsbeginsel bij de toepassing van de samenwerkingsplicht in art. 4 lid 3 VEU.¹⁶ Deze plicht, die een concrete uitdrukking vindt in art. 15 lid 1 Verordening (EG) 1/2003 (zie hieronder, hoofdstuk 5), houdt onder meer in dat nationale rechters en de Commissie loyaal dienen samen te werken. Bijgevolg is de Commissie in beginsel verplicht gehoor te geven aan een verzoek van een nationale rechtbank om informatie over te maken.

2. De publicatie van mededingingsbesluiten

De publicatie van mededingingsbesluiten is cruciaal vanuit het oogpunt van informatieverwerving. Het juridische kader voor de publicatie van besluiten van de Commissie en beslissingen van de Belgische en Nederlandse mededingingsautoriteiten wordt eerst besproken. Vervolgens wordt het gebrek aan een coherent en ambitieus beleid van de Commissie m.b.t. publicatie van haar besluiten kritisch onderzocht.

2.1. Juridisch kader

Kenmerkend voor dit instrument is de autonomie die mededingingsautoriteiten genieten. Het Europees recht legt een *minimum*- en een *maximumgrens* op aan de Commissie, wat betreft de bekendmaking van een mededingingsbesluit.¹⁷ Wat betreft de minimumgrens, verplicht art. 30 Verordening (EG) 1/2003 de Commissie om minstens de namen van de partijen en 'essentiële punten' van mededingingsbesluiten bekend te maken. Verordening (EG) 1/2003 bepaalt dat de opgelegde sancties in ieder geval deel uitmaken van deze essentiële punten, maar concretiseert dit begrip verder niet. Volgens de rechtspraak zou dergelijke publicatie typisch *meer informatie* moeten bevatten dan een perscommuniqué, ook wanneer 'in dat communiqué de vastgestelde inbreuk beknopt wordt beschreven, de ondernemingen worden genoemd die aansprakelijk worden gehouden voor die inbreuk en het bedrag van de aan elk van hen opgelegde geldboete wordt vermeld'.¹⁸ Een dergelijk perscommuniqué geeft inderdaad niet noodzakelijk 'de belangrijkste punten van de op grond van art. 7 van Verordening (EG) 1/2003 gegeven beschikkingen' weer. Precies hier komt

de functie van publicatie voor *privaatrechtelijke handhaving* aan bod: in *Evonik Degussa* heeft het HvJ aangegeven dat art. 30 op overwegingen berust in verband met de doeltreffendheid van het mededingingsrecht, aangezien een dergelijke bekendmaking de slachtoffers van inbreuken 'steun kan bieden bij hun vorderingen tot schadevergoeding'.¹⁹ Het staat een slachtoffer dus vrij om bijvoorbeeld een aanvraag bij de Commissie in te dienen waarin geargumenteed wordt dat gepubliceerde informatie dat minimum niet bereikt, of ten minste dat het bevorderen van privaatrechtelijke handhaving een nieuwe, meer uitgebreide publicatie rechtvaardigt.

Wat betreft de *maximumgrens* (namelijk wat *mag* worden gepubliceerd), moet deze functie niettemin afgewogen worden tegen de bescherming van de rechten die het Unierecht aan de betrokken ondernemingen verleent.²⁰ Art. 28 en 30 Verordening (EG) 1/2003 verbieden de vrijgave van respectievelijk 'inlichtingen die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen' (een typisch voorbeeld zijnde industriële geheimen) en 'zakengeheimen'. Dit zijn weliswaar ruime categorieën.²¹ Desondanks heeft het Gerecht in *Evonik Degussa* verduidelijkt dat *informatie zelf* niet geheim wordt omwille van het loutere feit dat deze vrijwillig door de betrokken onderneming aan de Commissie werd meegedeeld.²² Het belang dat een deelnemende onderneming heeft bij het vermijden van schadevorderingen verdient geen bescherming.²³ Het HvJ heeft deze vaststelling impliciet bevestigd in beroep. Dit geeft onbetwistbaar meer ruimte aan de Commissie om een publicatiebeleid te voeren dat haar mededingingsbeleid zelf ondersteunt. Wij komen terug op de concrete gevolgen van deze rechtspraak voor informatieverwerving in deel 2.2 hieronder.

Wat betreft de Belgische publicatiepraktijk, heeft de Belgische wetgever nergens de minimuminhoud van de publicatie van mededingingsbeslissingen vastgelegd, en dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Europese en Duitse wetgevers. De Belgische wetgever heeft in plaats daarvan de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) verplicht telkens de volledige beslissing in het *Belgisch Staatsblad* en op de website van de BMA te publiceren.²⁴ De enige uitzondering hierop betreffen 'zakengeheimen en andere vertrouwelijke gegevens'. De voorzitter van de BMA moet erover waken dat rekening wordt gehouden met het belang dat ondernemingen hebben bij niet-pu-

15 HvJ EU 5 juni 2014, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, punt 33 (*KONE e.a.*); zie voor annotatie bij deze zaak E.S. Lachnit & K. Nguyen, 'Zaak C-557/12, Kone AG e.a./ÖBB-Infrastruktur AG', *SEW* 2014, afl. 11, p. 533-537.

16 High Court of Justice (EN) 4 april 2012, *National Grid Electricity Transmission Plc v. ABB & ors.*

17 Opgemerkt moet worden dat art. 30 Verordening (EG) 1/2003 geen verwijzing maakt naar een specifieke vorm van publicatie. De Commissie kan dus haar verplichtingen onder deze bepaling aanvullen door een bekendmaking op haar website (DG Comp). In de praktijk worden enkel korte samenvattingen van besluiten inzake procedures op grond van art. 101 of 102 VWEU in het *Publicatieblad* van de EU gepubliceerd.

18 Gerecht EU 7 oktober 2014, T-534/11, ECLI:EU:T:2014:854, punten 115 en 116 (*Schenker/Commissie*).

19 HvJ EU 14 maart 2017, C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205, punt 78 (*Evonik Degussa/Commissie*).

20 *Ibid.*

21 Gerecht EG 30 mei 2006, T-198/03, ECLI:EU:T:2006:136, punten 78 en 79 (*Bank Austria Creditanstalt*).

22 Clementiedocumenten genieten daarentegen wel van een vermoeden van vertrouwelijkheid (zie 2.2 hieronder).

23 Gerecht EU 28 januari 2015, T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51, punt 110 (*Evonik Degussa/Commissie*).

24 Art. IV.66 lid 1 van de Wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging (WER).

blicatie van deze informatie.²⁵ Nergens wordt gedefinieerd welke informatie precies onder deze categorie valt. Dit geldt ook voor schikkingsbeslissingen, die in het Belgische recht ‘transacties’ worden genoemd. Het auditoraat beslist onafhankelijk van het mededingingscollege en de voorzitter over het verloop van deze procedure.²⁶ Desondanks blijft het de verantwoordelijkheid van de voorzitter om ook bij deze beslissingen rekening te houden met het belang van ondernemingen bij niet-publicatie van vertrouwelijke informatie.²⁷

Wat betreft het Nederlands publicatieregime, wordt de publicatie van alle beslissingen van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) in haar instellingswet geregeld.²⁸ De Nederlandse wetgever heeft de publicatieverplichting van de ACM inzake mededinging aan het nationaal transparantieregime verbonden. Alles wordt in de regel gepubliceerd, tenzij de Nederlandse Wet openbaarheid van bestuur²⁹ een uitzondering voorziet. Dit leidt tot een regime dat in theorie zeer stringent is. De enige uitzonderingen waarop de ACM zich kan beroepen om niet-publicatie te rechtvaardigen is de regel inzake bedrijfsgegevens,³⁰ de regel inzake namen van natuurlijke personen³¹ en indien publicatie in strijd zou kunnen zijn met het doel van het toezicht door de ACM.³² Deze laatste uitzondering biedt mogelijkheden om de publicatie van andere gegevens te weigeren, bijvoorbeeld clementieverklaringen of andere clementiemateriaal waarvan bekendmaking de clementieregeling zou kunnen ondermijnen. Veel hangt dus af van de manier waarop de ACM en de rechtspraak deze uitzondering toepassen.

2.2. Het belang van een ambitieus publicatiebeleid van de Commissie voor informatieverwerving

De huidige publicatiepraktijk van inbreukbesluiten door de Commissie, die een leidende rol speelt voor alle mededingingsautoriteiten in de EU wat betreft bestuurspraktijken, wordt nu meer specifiek onderzocht, in het bijzonder de belangenafweging tussen *privaatrechtelijke handhaving* en de bescherming van clementieprogramma's (2.2.1). Vervolgens biedt deze bijdrage een kritische analyse van deze praktijk (2.2.2).

2.2.1. Huidige publicatiepraktijk van de Commissie

Zoals eerder aangehaald is de mate waarin mededingingsautoriteiten informatie publiceren in de praktijk van groot belang voor potentiële schadevergoedingseisers.³³ Dit instrument vormt een laagdrempelige manier om nuttige informatie te verwerven, in het bijzonder wat de feitelijke context van een inbreuk betreft. Publicatie vereist immers geen vordering. Bovendien helpen publicaties om de slaagkansen van een schadevergoedingsvordering in te schatten, vooraleer eisers daadwerkelijk middelen opzij moeten zetten voor een gerechtelijke procedure. Verlaagde financiële risico's zijn belangrijk voor minder kapitaalkrachtige slachtoffers zoals kmo's, die dreigen benadeeld te worden indien ze alleen kunnen steunen op *disclosure* uit Richtlijn 2014/104/EU.

De meest relevante voorbeelden in deze context zijn zogenaamde ‘uitgebreide’ publicaties van besluiten van de Commissie in kartelzaken. Na verloop van geruime tijd,³⁴ publiceert de Commissie af en toe ‘uitgebreide’ versies van besluiten die een inbreuk van art. 101 VWEU vaststellen. Dergelijke ‘uitgebreide’ versies bevatten veel meer informatie dan samenvattingen of beknopte versies van besluiten over de feitelijke context van het kartel, in het bijzonder wat betreft de precieze aard en omvang van de inbreuk(en). Ze zijn niet alleen nuttig in de context van *publiekrechtelijke handhaving*, in die zin dat zij duidelijker inzicht geven aan ondernemingen (en advocatenkantoren die hen adviseren) over wat mag en wat niet mag volgens EU-*antitrust*-regels, maar ook een belangrijke bron van informatie voor potentiële slachtoffers die hun schade en het causaal verband tussen de inbreuk en deze schade moeten bewijzen.³⁵

Tegelijkertijd beschermt de Commissie zelfs in deze ‘uitgebreide’ versies haar clementieprogramma³⁶ door bronnen van clementiemateriaal systematisch als vertrouwelijk te behandelen.³⁷ Concreet betekent dit dat de informatie die uit clementiemateriaal kan worden afgeleid, gepubliceerd wordt in dergelijke versies (bijvoorbeeld de datum van een vergadering, de klanten, de producten en de afleveringen ter discussie, of de intensiteit van de deelname van een bepaalde onderneming tot de inbreuk), maar dat de Commissie de identiteit niet onthult van de clementieaanvrager die de informatie heeft verschaft, of

²⁵ Art. IV.66 lid 6 WER.

²⁶ Art. IV.51 e.v. WER.

²⁷ Art. IV.66 lid 6 WER.

²⁸ Wet nr. BWBR0033043 (NL) van 1 januari 2019, Instellingswet Autoriteit Consumenten en Markt (Iw).

²⁹ Wet nr. BWBR0005252 (NL) van 28 juli 2018, Openbaarheid van bestuur (WOB).

³⁰ Art. 12v lid 1 onderdeel a Iw juncto art. 10 lid 1 onderdeel c WOB.

³¹ Art. 12v lid 1 onderdeel b Iw juncto art. 10 lid 2 onderdeel e en g WOB.

³² Art. 12v lid 2 Iw juncto art. 12u lid 4 Iw.

³³ Overweging 26 Richtlijn 2014/104/EU illustreert dit.

³⁴ A. Kafetzopoulos, ‘European Commission policy on publication of cartel decisions: the latest victory of damage claimants against leniency applicants’, *E.C.L.R.* 2015, afl. 7, p. 295.

³⁵ Zie, voor een recent voorbeeld, Europese Commissie, Besluit van 5 maart 2019, Case AT.40481 – Occupant Safety Systems (II) supplied to the Volkswagen Group and the BMW Group.

³⁶ Mededeling van de Commissie betreffende immunititeit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, *PbEU* 2006, C 298/17 (hierna: de clementiemededeling).

³⁷ Dit sluit aan bij de aanpak onder Verordening (EG) 1049/2001, waar de Commissie in de regel oordeelt dat de openbaarmaking van dergelijk materiaal de bescherming van het doel van inspecties en onderzoeken ondermijnt (art. 4 lid 2 Verordening (EG) 1049/2001).

van de natuurlijke personen die betrokken waren bij de inbreuk (bijvoorbeeld leden van het management die aan bepaalde kartelvergaderingen hebben deelgenomen). De negatieve impact van enige vorm van bekendmaking van *clementiemateriaal* zelf op clementieprogramma's werd expliciet erkend in de rechtspraak:

'[D]e doeltreffendheid van de clementieprogramma's kan worden aangetast wanneer documenten betreffende een clementieprocedure worden meegedeeld aan personen die een beroep tot schadevergoeding wensen in te stellen, ook al verlenen de nationale mededingingsautoriteiten of de Commissie de clementieverzoeker volledige of gedeeltelijke vrijstelling van de geldboete die zij hadden kunnen opleggen (...). De mogelijkheid van een dergelijke mededeling kan immers een persoon die bij een schending van het mededingingsrecht is betrokken, ervan weerhouden gebruik te maken van de door dergelijke clementieprogramma's geboden mogelijkheid, met name gelet op het feit dat de uit dien hoofde aan de Commissie meegedeelde documenten of jegens deze laatste afgelegde verklaringen een zelfbeschuldigend karakter kunnen hebben.'³⁸

De Commissie heeft geen officiële verklaring gegeven waarom uitgebreide versies van inbreukbesluiten niet systematisch worden gepubliceerd. In haar *Guidance paper* omtrent de voorbereiding van openbare versies van besluiten onder Verordening (EG) 1/2003 kondigt ze enkel aan dat de niet-vertrouwelijke versies van inbreukbesluiten die openbaar worden gemaakt 'zoveel mogelijk informatie' bevatten.³⁹ De Commissie stelt ook vast dat, in essentie, haar *eigen* analyses in een besluit, met inbegrip van haar interpretatie van de feiten en het bewijsmateriaal, in principe niet als vertrouwelijk wordt beschouwd.⁴⁰

Met de publicatie van 'uitgebreide', niet-vertrouwelijke versies van inbreukbesluiten lijkt dus de Commissie een evenwicht te 'testen' tussen de effectiviteit van haar clementieprogramma en de handhaving van EU-mededingingsregels via *privaatrechtelijke handhaving*, door informatieasymmetrie tussen de betrokken ondernemingen en slachtoffers te verminderen.⁴¹ Van een echte 'aanpak'

kan echter nog geen sprake zijn: in vele zaken wordt nog steeds niet een dergelijke 'uitgebreide' versie van het besluit openbaar gemaakt.⁴²

Het voorgenoemde onderscheid tussen clementiemateriaal zelf en informatie die de Commissie (of nationale mededingingsautoriteiten) uit dat materiaal afleidt, werd bevestigd door het Gerecht en het HvJ in *Evonik Degussa*.⁴³ Terwijl clementiemateriaal – m.a.w. clementie-documenten zelf – niet openbaar of beschikbaar aan derden zou kunnen gemaakt worden zonder de legitieme verwachtingen van clementieverzoekers te schenden, is het de Commissie toegestaan om 'informatie betreffende de bestanddelen van de inbreuk op 101 VWEU (...) die haar in het kader van het clementieprogramma is verstrekt [bekend te maken] en [die] niet op een andere grond tegen bekendmaking is beschermd'.⁴⁴ Dezelfde redenering werd opnieuw toegepast in het arrest *AGC Glass Europe*.⁴⁵ De enige beperking hierop is de bescherming van zaken-geheimen, het beroepsgeheim of de andere vertrouwelijke informatie.⁴⁶

De discussie omtrent toegang tot clementiemateriaal illustreert overigens de afweging tussen de belangen van *publiekrechtelijke* en *privaatrechtelijke handhaving*. Enerzijds hebben schadevergoedingseisers belang bij een zo ruim mogelijke toegang tot (vaak cruciale) informatie die werd aangeleverd via de clementieregeling. De 'fout' staat weliswaar vast indien de clementie reeds geleid heeft tot een vaststelling van inbreuk door de bevoegde mededingingsautoriteit.⁴⁷ Informatie uit clementiemateriaal kan bovendien waardevol zijn bij het vaststellen van de 'schade' en zelfs het 'causale verband'. Anderzijds is *publiekrechtelijke handhaving* het meest gebaat, ten minste *prima facie*, bij een zo eng mogelijke toegang van schadevergoedingseisers tot informatie die werd aangeleverd via de clementieregeling. Vele inbreukprocedures in kartelzaken steunen op de bereidheid van ondernemingen om hun inbreuken te onthullen in ruil voor immuniteit of een vermindering van de boete. Die bereidheid dreigt te verminderen, indien schadevergoedingseisers later alsnog gebruik kunnen maken van de informatie die ondernemingen vrijwillig onthuld hebben.

38 Gerecht EU 28 januari 2015, T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51, punt 113 (*Evonik Degussa/Commissie*). Zie ook Gerecht EU 28 januari 2015, T-345/12, ECLI:EU:T:2015:50, punt 83 (*Akzo Nobel/Commissie*).

39 Guidance on the preparation of public versions of Commission Decisions adopted under Articles 7 to 10, 23 and 24 of Regulation 1/2003 (p. 1), beschikbaar op: ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance_on_preparation_of_public_versions_antitrust_04062015.pdf.

40 *Ibid.*, p. 4 (onderdeel a).

41 Zie in die zin A. Kafetzopoulos, 'European Commission policy on publication of cartel decisions: the latest victory of damage claimants against leniency applicants', *E.C.L.R.* 2015, afl. 7, p. 295.

42 Zie, voor een recent voorbeeld, de samenvatting van het besluit van de Commissie van 21 maart 2018 inzake een procedure op grond van art. 101 VWEU en art. 53 EER-overeenkomst (Zaak AT.40136 – Condensatoren), *PbEU* 2008, C 446/10.

43 Gerecht EU 28 januari 2015, T-341/12, ECLI:EU:T:2015:51 (*Evonik Degussa/Commissie*); HvJ EU 14 maart 2017, C-162/15, ECLI:EU:C:2017:205 (*Evonik Degussa/Commissie*).

44 HvJ EU 14 maart 2017, C-162/15, ECLI:EU:C:2017:205, punt 96 (*Evonik Degussa/Commissie*).

45 HvJ EU 26 juli 2017, C-517/15 P, ECLI:EU:C:2017:598, punt 80 (*AGC Glass/Commissie*).

46 HvJ EU 14 maart 2017, C-162/15, ECLI:EU:C:2017:205, punt 87 (*Evonik Degussa/Commissie*). Dit betekent dus, bijvoorbeeld, dat een zakengeheim beschermd blijft ongeacht het feit dat dit deel uitmaakt van informatie verstrekt aan de Commissie in het kader van haar clementieprogramma.

47 Althans wanneer het een schadevordering betreft in dezelfde lidstaat als de lidstaat van de mededingingsautoriteit die de onderneming veroordeeld heeft (zie art. 9 lid 1 Richtlijn 2014/104/EU). In België kan men zich de vraag stellen in welke mate art. 159 van de Belgische grondwet zich hier tegen verzet. Dit artikel gebiedt de Belgische rechter immers steeds de geldigheid van de handelingen van de uitvoerende macht (waaronder de Belgische Mededingingsautoriteit valt) te toetsen. Een besluit van de Commissie is echter bindend voor alle nationale gerechtshoven (zie in die zin HvJ EG 14 december 2000, C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689, punten 50 en 51 (*Masterfoods e.a.*)) en kan enkel door het HvJ ongeldig verklaard worden.

De verschillende informatieverwervingsinstrumenten geven aanvullende antwoorden op dit vraagstuk. Wat betreft de publicatie van informatie verkregen via de clementieregeling, laat de rechtspraak van het HvJ nu de Commissie toe om deze informatie te publiceren, hoewel de clementieverklaringen niet als dusdanig herkenbaar mogen zijn. Zo mag de Commissie bijvoorbeeld geen citaten en woordelijke aangehaalde passages uit clementieverklaringen publiceren indien hun auteur identificeerbaar is.⁴⁸ Hoewel het HvJ dit niet uitdrukkelijk motiveert, moet dit verbod niettemin begrepen worden in het licht van het gewettigd vertrouwen dat de clementiemededeling heeft gecreëerd bij clementieverzoekers. Dat evenwicht stemt onbetwistbaar overeen met Richtlijn 2014/104/EU.⁴⁹ Elke mededingingsautoriteit geniet dus van een zekere marge om het belang van het publiek en van de marktdeelnemers om kennis te nemen van de inhoud van haar besluit en hun rechten te doen gelden, af te wegen tegen het belang van de bescherming van clementieprogramma's.⁵⁰ De bescherming van de doeltreffendheid van het clementieprogramma van de Commissie is trouwens 'geen eigen en specifiek belang' van een onderneming die een inbreuk van EU-mededingingsregels heeft gepleegd en die zich tegen publicatie van een uitgebreide, niet-vertrouwelijke versie van het besluit verzet.⁵¹

Wij delen de mening van bepaalde auteurs die publicatie door de Commissie van uitgebreide, niet-vertrouwelijke versies van inbreukbesluiten niet als een *aanzienlijke* dreiging voor het clementieprogramma beschouwen.⁵² Er bestaat nog geen grondig onderzoek naar de precieze impact van de publicatie van uitgebreide versies van mededingingsbesluiten op de aantrekkelijkheid van clementieprogramma's. Nochtans zijn er drie redenen om aan te nemen dat clementie aantrekkelijk blijft niettegenstaande de publicatie van uitgebreide versies van besluiten. Ten eerste verstrekt een clementieverzoeker niet enkel informatie over zichzelf, maar over alle deelnemers aan het kartel. Indien een clementieverzoeker zich ervan bewust is dat informatie uit clementiemateriaal bekend zal worden gemaakt, heeft hij er weliswaar alle belang bij om minstens even veel informatie over andere inbreukplegers te geven als over zichzelf.⁵³ Ten tweede weten potentiële clementieverzoekers dat, indien ze geen ver-

zoek indienen, het risico reëel is dat andere inbreukplegers clementie verkrijgen en de Commissie alsnog informatie publiceert die voor hen 'schadelijk' is. Het feit dat een onderneming geen aanvraag tot clementie indient, beschermt haar immers niet in de context van latere schadevorderingen. Ten derde is het gemiddelde bedrag van de boetes sterk gestegen sinds de Commissie haar richtsnoeren van 2006 toepast.⁵⁴ Dit speelt ook een rol bij de afweging die een onderneming moet maken of een clementieaanvraag al dan niet opportuun is.

2.2.2. Kritische analyse

Zoals eerder vermeld staat de praktijk van de Commissie omtrent publicatie van mededingingsbesluiten onder art. 30 Verordening (EG) 1/2003 (nog) niet vast. Het resultaat is niet alleen een gebrek aan rechtszekerheid wat betreft een aspect dat van essentieel belang is voor de verhouding tussen *publiekrechtelijke* en *privaatrechtelijke handhaving*. Het betekent ook dat slachtoffers van verschillende inbreuken niet gelijk behandeld worden, afhankelijk van de publicatie van een uitgebreide versie van het besluit.

Deze *case-by-case*-aanpak van de Commissie lijkt niet wenselijk te zijn op langere termijn. *Disclosure* onder Richtlijn 2014/104/EU kan inderdaad de functie en het nut van publicaties voor potentiële schadevergoedingseisers niet volledig overschaduwen.⁵⁵ Bijgevolg is het wenselijk dat de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten aandacht besteden aan de rol van de belangen van schadevergoedingseisers in de context van de publicatie van mededingingsbesluiten. Vanuit inhoudelijk oogpunt betekent dit dan dat deze belangen een invloed moeten hebben op de beslissing om informatie al dan niet te publiceren. Potentiële schadevergoedingseisers krijgen in het Duitse systeem bijvoorbeeld reeds het recht om zich uit te spreken over de toekenning van vertrouwelijkheid bij de vrijgave van het besluit van de Duitse mededingingsautoriteit.⁵⁶ Dit is een interessante denkpiste voor een mogelijke evolutie van de procedure die aanlei-

48 HvJ EU 14 maart 2017, C-162/15 P, ECLI:EU:C:2017:205, punt 87 (*Evonik Degussa*).

49 Zie in die zin O.W. Brouwers, 'Welk vertrouwen mogen clementieverzoekers hebben omtrent vertrouwelijk blijven van aangeleverde informatie?', *NtEr* 2017, afl. 8, p. 203, en A. Kafetzopoulos, 'European Commission policy on publication of cartel decisions: the latest victory of damage claimants against leniency applicants', *E.C.L.R.* 2015, afl. 7, p. 297. Zie ook overweging 26 Richtlijn 2014/104 en delen 4.1 en 4.2 hieronder.

50 Zie in die zin Gerecht EU 28 januari 2015, T-345/12, ECLI:EU:T:2015:50, punt 119 (*Akzo Nobel/Commissie*).

51 Zie in die zin HvJ EU 14 maart 2017, C-162/15, ECLI:EU:C:2017:205, punt 101 (*Evonik Degussa/Commissie*). Dat punt bevestigt een vergelijkbare vaststelling in punt 119 van het bestreden arrest van het Gerecht in zaak T-345/12.

52 C. Kantza, 'La publication des décisions constatant une infraction aux règles de concurrence se fera-t-elle au péril du programme de clementie?', *R.A.E./L.E.A.* 2015, afl. 1, p. 165.

53 Het HvJ wees overigens reeds het argument af dat de clementieverzoeker in de praktijk toch vooral zichzelf zou benadelen, aangezien hij beter op de hoogte zou zijn van zijn eigen activiteiten dan van de activiteiten van de andere inbreukplegers. Zie HvJ EU 26 juli 2017, C-517/15 P, ECLI:EU:C:2017:598, punt 70 (*AGC Glass/Commissie*).

54 Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten, *PbEU* 2006, C 210/2-5, 1 september 2006.

55 Uitgebreide publicaties zijn daarnaast ook in andere opzichten belangrijk. Zo hebben ze een algemeen afschrikkend effect, aangezien ze andere ondernemingen duidelijk maken welke gedragingen verboden zijn. Bovendien zijn stakeholders meer geneigd het besluit van de Commissie als legitiem te ervaren, indien ze inzicht hebben in de redenering en feiten waarop de Commissie zich baseert.

56 Strikt genomen betreft het hier weliswaar geen publicatie, maar een algemene toegang voor slachtoffers tot het besluit van de mededingingsautoriteit, zie §§ 406e Strafprozessordnung, juncto § 89c lid 5 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

ding geeft tot de publicatie van mededingingsbesluiten van de Commissie.⁵⁷

Bovendien leggen recente uitspraken omtrent publicatie van informatie uit clementieverklaringen de nadruk op de *autonomie* van de Commissie.⁵⁸ Desalniettemin perkt secundaire wetgeving deze autonomie van de Commissie in.⁵⁹ Zoals eerder vermeld is de Commissie krachtens art. 30 Verordening (EG) 1/2003 immers verplicht de 'essentiële punten' van haar besluiten te publiceren. Een brede interpretatie van dit concept lijkt ons wenselijk te zijn rekening houdende met het belang van *privaatrechtelijke handhaving* voor de handhaving van EU-mededingingsrecht.⁶⁰ De EU-wetgever bakent het begrip 'essentiële punten' van het besluit immers niet af. Dergelijke ruime interpretatie zou echter geenszins alle problemen van *privaatrechtelijke handhaving* oplossen. Een interessante vraag in dit verband betreft besluiten n.a.v. een schikkingsprocedure, die wezenlijk minder informatie bevatten dan besluiten n.a.v. de klassieke procedure.⁶¹ Tot op heden heeft het Hof zich nog niet verder uitgesproken over de publicatieplicht in de context van schikkingen. Er bestaan echter indicaties dat een deel van de aantrekkelijkheid van het schikkingsregime erin bestaat dat de inbreuk minder uitgebreid toegelicht wordt in de publieke versie.⁶² Bovendien is het niet uitgesloten dat mededingingsautoriteiten een inbreuk minder uitgebreid onderzoeken indien ze weten dat de betrokken ondernemingen reeds schuld hebben bekend.⁶³ Naar onze mening is het belangrijk dat de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten beide terdege rekening houden met de belangen van slachtoffers wanneer zij voor een schikkingsprocedure opteren. Efficiëntie bij publiekrechtelijke handhaving moet immers afgewogen worden tegen mogelijke ondermijning van privaatrechtelijke handhaving, die essentieel is tot de doeltreffendheid van EU-mededingingsregels.

3. De Transparantieverordening

Verordening (EG) 1049/2001 betreft de openbaarheid van bestuur voor drie EU-instellingen en creëert een algemeen vermoeden dat toegang tot documenten in het bezit van deze instellingen gerechtvaardigd is.⁶⁴ De betrokken EU-instelling kan tegenbewijs leveren door te argumenteren dat het gevraagde document onder een van de uitzonderingen op het transparantieprincipe valt.⁶⁵ De verzoeker kan dan een hoger openbaar belang inroepen om het verzoek alsnog te rechtvaardigen.⁶⁶ De Commissie en vervolgens ook het HvJ hebben nochtans deze methodologie aangepast in de context van mededingingszaken. De Commissie kan meteen steunen op een algemeen vermoeden van vertrouwelijkheid voor aanvragen die tot doel hebben *toegang te krijgen tot het mededingingsdossier*.⁶⁷ Het algemeen vermoeden verleent de Commissie de mogelijkheid om verzoeken te weigeren op basis van algemene overwegingen, m.a.w. overwegingen die niet specifiek verband houden met de inhoud van de betrokken documenten. Dit betekent dat de Commissie niet verplicht is te beoordelen of de concrete informatie onder een uitzonderingscategorie valt, maar zich mag baseren op algemene overwegingen betreffende een gemeenschappelijke eigenschap van de gevraagde documenten. Als een eiser van schadevergoeding bijvoorbeeld het volledige mededingingsdossier opvraagt, kan de Commissie eenvoudigweg stellen dat openbaarmaking van dat dossier de doeltreffendheid van het onderzoek in het gedrang zou brengen. Zij is dan niet verplicht om na te gaan of vrijgave van bepaalde delen het onderzoek in het gedrang zou brengen.⁶⁸ Er blijft natuurlijk altijd de mogelijkheid voor eisers om een hoger openbaar be-

57 Een andere denkpiste, geïnspireerd door strafrechtelijke procedures, zou zijn om schadelijders (waaronder aanklagers) een autonoom statuut toe te kennen in de administratieve procedure zelf, en hen toegang te verlenen tot bepaalde stukken in het administratief dossier.

58 Gerecht EG 30 mei 2006, T-198/03, ECLI:EU:T:2006:136, punt 79 (*Bank Austria Creditanstalt/Commissie*); Gerecht EU 28 januari 2015, T-341/12 R, ECLI:EU:T:2015:51, punt 155 (*Evonik Degussa*); Gerecht EU 28 januari 2015, T-345/12, ECLI:EU:T:2015:50, punt 122 (*Akzo Nobel/Commissie*).

59 Eén auteur stelt zelfs de vraag of de Commissie haar publicatieplicht onder art. 30 Verordening (EG) 1/2003 eerbiedigt wanneer deze instelling de niet-vertrouwelijke versie van het besluit pas openbaar maakt nadat het Gerecht zijn arrest heeft uitgesproken (L. Idot, 'Publication des décisions d'interdiction et confidentialité', *Europe* 2015/3, p. 26-27).

60 Zie onderdeel 2.1 hierboven.

61 Bij wijze van voorbeeld kan men de besluiten van de Commissie in de zaak AT.39641 (Yen interest rate derivatives) vergelijken. Het schikkingsbesluit in deze zaak telt 43 pagina's, terwijl de veroordeling van de onderneming die weigerde te schikken 90 pagina's telt. Zie respectievelijk COM(2013)8602 en COM(2015)432. Hetzelfde geldt voor de zaak AT.39914 (euro interest rate derivatives), waar het schikkingsbesluit 30 pagina's telt terwijl het 'klassieke' besluit 200 pagina's telt. Zie respectievelijk COM(2013)8512 en COM(2016)8530.

62 Zie bijvoorbeeld R. Grafunder, 'Settlement-Verfahren in Kartellbusgeldverfahren – Merkblatt des Bundeskartellamts', blog.handelsblatt.com/rechtsboard/2014/02/14/settlement-verfahren-in-kartellbusgeldverfahren-merkblatt-des-bundeskartellamts/?fbclid=IwAR3wyocWpW5sCH-DmISiofe2-CDJTKGmuMojxGmk_gM2wRy_hNX3oZXU.

63 De Commissie kan immers schikken in elke stand van het onderzoek. Hetzelfde geldt overigens voor de BMA: zie art. IV.51 WER. De ACM stelt dat zij enkel overgaat tot een beslissing na vereenvoudigde afdoening, zie ACM, 'Richtsnoeren vereenvoudigde afdoening boetezaken ACM. Vragen en antwoorden', 21 december 2018, acm.nl/sites/default/files/documents/2018-12/vereenvoudigde-afdoening-q-en-a-380338.pdf.

64 Art. 2 Verordening (EG) 1049/2001.

65 Art. 4 Verordening (EG) 1049/2001.

66 Art. 4 lid 2 en 3 Verordening (EG) 1049/2001.

67 Voor een kritische analyse van de ontwikkeling van algemeen vermoedens in de context van Verordening (EG) 1049/2001, zie M. Costa & S. Peers, 'Beware of Courts Bearing Gifts: Transparency and the Court of Justice of the European Union', *E.P.L.* 2019/25, afl. 3, 403-420.

68 Volgens een recent arrest van het Gerecht is dit ook zo voor aanvragen die gericht zijn op de inhoudsopgave van het dossier van de Commissie betreffende een mededingingsprocedure. Zie Gerecht EU 5 februari 2018, T-611/15, ECLI:EU:T:2018:63, punt 90 (*Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring/Commissie*). De rechtspraak van het Gerecht is nochtans niet consistent op dat punt. Zie Gerecht EU 7 juli 2015, T-677/13, ECLI:EU:T:2015:473, punt 116 (*Axa Versicherung/Commissie*).

lang in te roepen om openbaarmaking te rechtvaardigen.⁶⁹

Deze bijzondere toepassing van Verordening (EG) 1049/2001 werd ontwikkeld in de *EnBW*-zaak, die de afweging van belangen van *privaatrechtelijke* en *publiekrechtelijke handhaving* perfect illustreert. Het Gerecht had aanvankelijk beslist om voorrang te geven aan de belangen van schadevergoedingseisers door niet af te wijken van de klassieke toepassing van Verordening (EG) 1049/2001. Het Gerecht legde m.a.w. de nadruk op het transparantiebeginsel met het oog op de bevordering van *privaatrechtelijke handhaving*. Volgens het Hof moet de toepassing van deze verordening echter rekening houden met de belangen die zijn gevrijwaard door Verordening (EG) 1/2003, in het bijzonder regels die toegang tot het mededingingsdossier beperken. Een aanvraag gebaseerd op Verordening (EG) 1049/2001 mag deze regels niet omzeilen.

Drie factoren lijken ons relevant te zijn om de slaagkans van een aanvraag van toegang tot documenten in het mededingingsdossier van de Commissie te evalueren. *Ten eerste* lijkt een meer specifiek verzoek de mogelijkheden van de Commissie te beperken om zich op een algemeen vermoeden te beroepen. Zo kan de Commissie zich weliswaar beroepen op het algemeen vermoeden inzake de bescherming van het mededingingsdossier wanneer de eiser openbaarmaking van het dossier in zijn geheel vordert,⁷⁰ maar kan ze dit niet wanneer de eiser bijvoorbeeld enkel de openbaarmaking van de inhoudsopgave van dat dossier vordert.⁷¹ Eisers kunnen op deze manier een vordering strategisch beperken, om hun kans van toegang te verhogen. *Ten tweede* verhoogt de noodzakelijkheid van een aanvraag gebaseerd op Verordening (EG) 1049/2001 in een schadevergoedingsprocedure de slaagkans van de vordering, want dergelijke noodzakelijkheid wordt door EU-gerechtshoven bestempeld als een mogelijke 'hoger openbaar belang' als bedoeld in art. 4 lid 2 en 3 van deze verordening.⁷² Omwille van het effectiviteitsbeginsel, dient de Commissie naar onze mening na te gaan of de gevraagde informatie ook kan worden verkregen via andere informatieverwervingsinstrumenten. Zo dient de Commissie bepaalde informatie makkelijker via Verordening (EG) 1049/2001 vrij te geven indien de informatie in kwestie moeilijk of niet verkrijgbaar is via bijvoorbeeld een beroep op Richtlijn 2014/104/EU. *Ten derde* spelen ook de aard van de gevraagde documenten en de informatie die zij bevatten een belangrijke rol. Documenten die zijn verkregen via de clementieregeling

genieten in principe bescherming tegen openbaarmaking, gezien het belang van clementieaanvragen voor de doeltreffendheid van mededingingsprocedures en het vooruitzicht dat toegang tot dergelijke documenten 'degenen die betrokken zijn bij een inbreuk op de mededingingsregels ervan weerhoudt om gebruik te maken van zulke programma's'.⁷³ Voor andere categorieën van documenten is het minder evident dat een uitzondering op het transparantieprincipe gerechtvaardigd is. Een voorbeeld dat al werd vermeld is de inhoudsopgave van het dossier van de Commissie. Vaak is dergelijke toegang ook noodzakelijk om te voldoen aan de vereisten van *disclosure* o.b.v. Richtlijn 2014/104/EU.⁷⁴ Eisers van een schadevergoeding kunnen immers hun verzoek om *disclosure* specifieker maken, indien ze weten op welke documenten de vertrouwelijke versie van een mededingingsbesluit gebaseerd is.⁷⁵

4. Richtlijn 2014/104/EU – *Disclosure*

We bespreken eerst de criteria die Richtlijn 2014/104/EU vooropstelt bij een vordering tot overlegging van informatie (*disclosure*) (4.1). Vervolgens bekijken we meer specifiek welk evenwicht de EU-wetgever heeft bereikt wat betreft aanvragen tot *disclosure* bij mededingingsautoriteiten (4.2) en de manier waarop Belgische en Nederlandse rechters dat informatieverwervingsinstrument tot op heden hebben toegepast (4.3).

4.1 Regelgevend kader

Richtlijn 2014/104/EU creëert onder meer de mogelijkheid om *disclosure* te vragen in schadevergoedingsprocedures voor nationale rechtbanken. *Disclosure* is enkel mogelijk indien het slachtoffer 'een met redenen omkleed verzoek heeft ingediend met daarin alle redelijkerwijs voor hem beschikbare feiten en relevant bewijsmateriaal, welke toereikend zijn om zijn schadeclaim aannemelijk te maken'.⁷⁶ Het leidt tot informatievrijgave door ofwel de verwerende partij of een derde partij (art. 5), ofwel de mededingingsautoriteiten (zij het de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit) (art. 6). Een belangenafweging door nationale rechters staat daarbij centraal.

69 HvJ EU 27 februari 2014, C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112, punt 100 (*Commissie/EnBW*).

70 HvJ EU 27 februari 2014, C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112 (*Commissie/EnBW*).

71 Gerecht EU 7 juli 2015, T-677/13, ECLI:EU:T:2015:473 (*Axa Versicherung*). De rechtspraak van het Gerecht is evenwel niet eenduidig wat betreft deze problematiek. Zie Gerecht EU 5 februari 2018, T-611/15, ECLI:EU:T:2018:63, punt 90 (*Edeka-Handelsgesellschaft Hessenring/Commissie*).

72 HvJ EU 27 februari 2014, C-365/12 P, ECLI:EU:C:2014:112, punt 132 (*Commissie/EnBW*); Gerecht EU 7 juli 2015, T-677/13, ECLI:EU:T:2015:473, punt 76 (*Axa Versicherung*).

73 HvJ EU 14 juni 2011, C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389, punt 26 (*Pfleiderer*) en HvJ EU C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, punt 42 (*Donau Chemie e.a.*).

74 Partijen kunnen de rechtbank ook steeds verzoeken een beroep te doen op art. 15 Verordening (EG) 1/2003, indien de informatie in het bezit is van de Commissie. Zie echter Hof van Beroep van Brussel 28 oktober 2015, *P&B2017*, 25-33 en de bespreking van dit arrest bij het stuk over de samenwerkingsplicht in hoofdstuk 5.

75 Dit werd impliciet erkend door het Gerecht. Zie Gerecht EU 7 juli 2015, T-677/13, ECLI:EU:T:2015:473, punt 116 (*Axa Versicherung*).

76 Art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/104/EU.

De richtlijn legt drie verschillende regimes op, afhankelijk van de aard van de gevraagde informatie. Het basisregime is de zogenaamde ‘witte lijst’.⁷⁷ Richtlijn 2014/104/EU doet hier aan minimumharmonisatie: lidstaten moeten drie criteria opnemen in de beoordeling van *disclosure* en zijn daarnaast vrij om nog andere elementen in aanmerking te nemen. Deze drie criteria betreffen de specificiteit van de vordering in het licht van de reeds beschikbare informatie, het vertrouwelijk karakter van de informatie en tot slot de omvang en kosten van de vrijgave.⁷⁸ Het tweede en derde regime zijn respectievelijk de zogenaamde ‘grijze’ en ‘zwarte’ lijsten. Hier voorziet de richtlijn wel in volledige harmonisatie. Het betreft steeds de vrijgave van bepaalde informatie uit het dossier van een mededingingsautoriteit. De grijze lijst omvat een aantal categorieën informatie – bijvoorbeeld informatie die door een natuurlijke persoon of rechtspersoon specifiek voor de procedure van een mededingingsautoriteit is voorbereid of verklaringen met het oog op een schikking die zijn ingetrokken – waarvan rechters slechts *disclosure* kunnen bevelen indien de mededingingsautoriteit de onderzoeksprocedure beëindigd heeft.⁷⁹ Nadien is deze informatie onderworpen aan het regime van de witte lijst. De zwarte lijst verbiedt op absolute wijze *disclosure* van clementieverklaringen en verklaringen met het oog op schikking die niet ingetrokken waren. Overweging 26 Richtlijn 2014/104/EU verduidelijkt wel dat ook woordelijk aangehaalde delen van deze documenten in andere documenten onder het verbod vallen.⁸⁰ Daarentegen valt informatie die reeds bestond los van de mededingingsprocedure in geen geval onder de zwarte lijst. De EU-wetgever heeft op deze manier misbruik van de clementieprocedure proberen te vermijden.⁸¹

4.2 Toegang tot besluiten of andere relevante documenten in dossiers van mededingingsautoriteiten

Aanvragen van nationale rechters aan mededingingsautoriteiten – de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit – vormen zowel een alternatief als een aanvulling op de publicatie van besluiten. Enerzijds duurt het gemiddeld twee jaar alvorens de Commissie een voorlopige, niet-vertrouwelijke versie van haar besluit publiceert.⁸² Daarnaast kunnen rechters ook bijkomende informatie opvragen, die niet vervat zit in de niet-vertrou-

welijke versie van een reeds gepubliceerd besluit. Strikt genomen verschilt art. 15 Verordening (EG) 1/2003 (onderzocht in hoofdstuk 5 hieronder) van *disclosure* in het kader van art. 6 Richtlijn 2014/104/EU door het feit dat de rechter in de context van deze verordening *ex officio* vrijgave kan vragen.⁸³ De praktijk wijst echter uit dat partijen meestal zelf vragen om art. 15 Verordening (EG) 1/2003 toe te passen.⁸⁴

Wat betreft de vrijgave van informatie verkregen via de clementieregeling o.b.v. Richtlijn 2014/104/EU, is de aanpak eveneens genuanceerd. De basisregel oogt eenvoudig: zoals eerder aangehaald, mogen nationale rechters nooit de vrijgave van clementieverklaringen bevelen (zwarte lijst). Niettemin mogen ze te allen tijde de vrijgave van ‘reeds bestaande informatie’ bevelen. Reeds bestaande informatie betreft informatie die reeds onafhankelijk van de clementieprocedure bestond en dus niet speciaal daarvoor is opgesteld. Dit betreft bijvoorbeeld handgeschreven notities genomen tijdens een vergadering van het kartel, zelfs wanneer zij later door een clementieverzoeker aan de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit meegedeeld werden.

Tegelijk bevat overweging 26 Richtlijn 2014/104/EU nog een belangrijke aanwijzing omtrent de interpretatie van het verbod op gedwongen vrijgave van clementieverklaringen. Deze overweging stelt namelijk dat het verbod beperkt moet blijven tot *clementieverklaringen zelf en woordelijke aanhalingen van clementieverklaringen* in andere documenten. Vervolgens benadrukt overweging 26 dat het verbod op vrijgave beperkt moet blijven tot deze gevallen, teneinde het recht op schadevergoeding niet te sterk te doorkruisen. Bijgevolg lijkt Richtlijn 2014/104/EU een onderscheid voor te schrijven dat vergelijkbaar is met dat wat het HvJ hanteert in de context van de publicatie van informatie uit clementieverklaringen (*Evonik Degussa*).

Een belangrijke vraag betreft de impact van de rechtspraak inzake publicatie van mededingingsbesluiten op de manier waarop nationale rechters de vrijgave van informatie beoordelen. Hier hecht het HvJ sterk belang aan de autonomie van mededingingsautoriteiten inzake publicatiebeleid. Indien we dit standpunt mogen veralgemenen naar de context van informatievrijgave, maakt dit een brede interpretatie van het vrijgaveverbod voor clementieverklaringen in de context van Richtlijn

⁷⁷ Art. 5 lid 1 Richtlijn 2014/104/EU.

⁷⁸ Art. 5 lid 3 Richtlijn 2014/104/EU.

⁷⁹ Art. 6 lid 5 Richtlijn 2014/104/EU.

⁸⁰ Art. 6 lid 6 Richtlijn 2014/104/EU. Een belangrijk voorbeeld van zulke andere documenten betreft de vertrouwelijke versie van het mededingingsbesluit (ten minste voor zover het citaten van clementieverklaringen betreft en de auteur van deze verklaringen identificeert). Tegelijk verduidelijkt overweging 26 dat deze beperkingen de mededingingsautoriteiten ‘niet beletten [om] hun besluiten overeenkomstig het toepasselijke Unierecht of nationale recht te bekend te maken’.

⁸¹ Clementieverzoekers zouden anders in de verleiding kunnen komen om zo veel mogelijk ‘oude’ informatie via de clementieprocedure proberen over te dragen, zodat potentiële schadevergoedingseisers hiervoor later geen vrijgave zouden kunnen vorderen, zie P. Van Nuffel, ‘Institutional report’, in: G. Bándi, P. Darák & K. Debisso (red.), *FIDE XXVII Congress Proceedings Vol. 2. Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law*, Boedapest: Wolters Kluwer 2016, 187-258.

⁸² A. Kafetzopoulos, ‘European Commission policy on publication of cartel decisions: the latest victory of damage claimants against leniency applicants’, *E.C.L.R.* 2015, afl. 7, p. 297.

⁸³ Bovendien is art. 15 Verordening (EG) 1/2003 enkel van toepassing op verzoeken voor informatie aan de Commissie (art. 15 lid 1 eerste subparagraaf).

⁸⁴ Voor enkele voorbeelden in de Belgische rechtspraak, zie Hof van Beroep Brussel 28 oktober 2015, *P&B2017*, 25-33; Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel (Nl.) 5 september 2014, *TBM* 2015, 86-93.

2014/104/EU waarschijnlijker. Dit verbod geldt immers t.a.v. bevelen van nationale rechters aan mededingingsautoriteiten. Hoe ruimer het verbod uit art. 6 lid 6 Richtlijn 2014/104/EU wordt geïnterpreteerd, des te meer autonomie mededingingsautoriteiten krijgen om een verzoek van een nationale rechter te weigeren.⁸⁵ Een bijkomende vraag is dan: is het de taak van rechters (zowel het HvJ als nationale rechters) om strikt toe te zien op de afweging van publieke en private belangen door mededingingsautoriteiten? We hebben hierboven argumenten voor beide visies aangehaald, maar het blijft vooralsnog wachten op een duidelijke uitspraak van het HvJ wat betreft de toepassing van Richtlijn 2014/104/EU en van art. 15 Verordening (EG) 1/2003.

Tot slot is er nog een belangrijke rol voor nationale rechters weggelegd in de context van zgn. schikkingsbesluiten. Deze besluiten beëindigen een onderzoek naar een kartelinbreuk sneller dan het geval zou zijn bij een klassieke procedure, aangezien de veroordeelde ondernemingen hun veroordeling aanvaarden in ruil voor een vermindering van hun boete met 10 percent. Tegelijk zijn deze besluiten, zoals eerder al opgemerkt, beknopter dan degene die niet het resultaat zijn van een schikkingsprocedure. Sommige auteurs gaan ervan uit dat dergelijke schikkingsbeslissingen ook in de toekomst minder informatie zullen bevatten.⁸⁶ In dat geval zijn schadevergoedingseisers genooddaakt een beroep te doen op de mechanismen uit Richtlijn 2014/104/EU en art. 15 Verordening (EG) 1/2003, hoewel ze voordeel halen uit het feit dat ze sneller op een besluit van de Commissie kunnen steunen.⁸⁷

4.3. Nationale praktijk inzake disclosure

Ook voor de inwerkingtreding van Richtlijn 2014/104/EU bood zowel het Nederlands als het Belgisch recht partijen bij een schadevergoedingsprocedure verscheidene mogelijkheden om informatie te verkrijgen. Het betreft vaak de mogelijkheid om een andere partij bepaalde informatie te doen overleggen of een gerechtelijk deskundigenonderzoek te vorderen.⁸⁸ In België was vooral art. 877 Ger. W. gebruikt. Volgens deze bepaling, die nu nog altijd in werking is, kan de rechter bevelen, '[w]anneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder

zich heeft dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, (...) dat het stuk of een eensluidend verklaard afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd'. De Belgische omzetting van Richtlijn 2014/104/EU voegde daar een aparte rechtsgrond aan toe in art. XVII.74 tot XVII.80 WER, die specifiek de overlegging van bewijsmateriaal in het bezit van een andere partij of een mededingingsautoriteit betreft. In Nederland behield de wetgever de gemeenrechtelijke rechtsgrond, nl. art. 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Luidens paragraaf 1 van deze bepaling kan '[degene] die daarbij rechtmatig belang heeft, (...) op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft'.⁸⁹ Onder bestaande rechtspraak kan een aantal parameters een rol spelen bij Belgische en Nederlandse rechters wanneer zij deze nationale bepalingen inzake overlegging van informatie toepassen. De belangrijkste parameters worden hieronder kort onderzocht. Hoewel veel van deze rechtspraak dateert van voor de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU in beide landen, geeft het relatief open karakter van de nationale bepalingen en de criteria in de richtlijn rechters de mogelijkheid om hun aanpak in de toekomst voort te zetten. Bovendien beroept de Nederlandse rechtspraak zich via het effectiviteitsbeginsel uitdrukkelijk op Richtlijn 2014/104/EU als interpretatieve leidraad bij de toepassing van het nationaal recht.⁹⁰

4.3.1. De positie van de schadevergoedingseisers
Richtlijn 2014/104/EU erkent dat de schadevergoedingseisers vaak in een benadeelde positie verkeren t.a.v. inbreukplegers. De nationale rechtspraak in België en Nederland neemt dit standpunt in, maar koppelt er soms afwijkende gevolgen aan.

Zo stelde de rechtbank in de zaak tussen Tennet en Alstom dat rekening gehouden moest worden met het feit dat het bijzonder moeilijk zou zijn voor de indirecte afnemers van Alstom om schadevergoeding te vorderen. Bijgevolg kon verweerder Alstom zich niet beroepen op het zgn. doorberekeningsverweer⁹¹ t.a.v. de eiser (en directe afnemer) Tennet. Op deze manier lijkt de rechtbank dus te aanvaarden dat het mogelijk is dat de directe afnemer tweemaal gecompenseerd wordt. Het uitgangspunt

85 Art. 6 lid 6 Richtlijn 2014/104 verbiedt rechters overigens strikt genomen enkel om de vrijgave van de genoemde informatie 'op te dragen'. De richtlijn bepaalt niet dat vrijgave op eigen initiatief van de mededingingsautoriteiten verboden is.

86 A. Kafetzopoulos, 'European Commission policy on publication of cartel decisions: the latest victory of damage claimants against leniency applicants', *E.C.L.R.* 2015, afl. 7, p. 297.

87 Het HvJ heeft in zijn ICAP-arrest nochtans geoordeeld dat de Commissie in zgn. 'hybride' zaken geen schikkingsbesluiten mag nemen die suggereren dat een niet-schikkende onderneming ook een inbreuk heeft begaan, zie HvJ EU 10 juli 2019, C-39/18, ECLI:EU:C:2019:584 (*Commissie/ICAP*).

88 In het laatste geval vindt de uitwisseling van documenten tussen partijen vaak indirect plaats. Partijen dienen immers in staat te zijn de conclusies van de deskundige te beoordelen en desnoods te bekritisieren.

89 Art. 843a Rv werd wel licht aangepast via art. 845 Rv. In het gemeenrechtelijk regime kan de rechtbank de overlegging weigeren omwille van gewichtige redenen of indien behoorlijke rechtspleging ook mogelijk is zonder de over te leggen stukken. Deze laatste weigeringsgrond geldt niet in de context van schadevergoedingen n.a.v. inbreuken op het mededingingsrecht.

90 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, r.o. 4.3.4.

91 Het doorberekeningsverweer verwijst naar het argument van een inbreukpleger t.a.v. de directe afnemer van het product waarop de inbreuk betrekking heeft. Indien deze directe afnemer zelf zijn prijzen verhoogd heeft t.a.v. zijn eigen afnemers (de indirecte afnemers van de inbreukpleger), berokkent de inbreukpleger de directe afnemer minder of geen schade. In deze hypothese rijst de vraag of de inbreukpleger zijn volledige voordeel alsnog moet afstaan aan de directe afnemer.

voor de rechtbank is dat enkel dient vermeden te worden dat de inbreukpleger tweemaal de schade moet vergoeden.⁹²

De Nederlandse rechtspraak lijkt geen algemeen principe te aanvaarden dat er soepelere bewijslast zou moeten gelden voor schadevergoedingseisers. Integendeel, ze benadrukt soms dat ook voor schadevergoedingseisers de normale regels blijven gelden.⁹³ Eerder dan naar een algemeen principe ten voordele van schadevergoedingseisers, lijken Nederlandse rechters voornamelijk te kijken naar het 'domein' waartoe de informatie behoort. Zo zullen cijfers inzake de kosten makkelijker overgelegd dienen te worden door de producent van het product in kwestie,⁹⁴ terwijl voor 'neutrale' informatie zoals de marktafbakening geen onderscheid wordt gemaakt naargelang de hoedanigheid van de schadevergoedingseiser dan wel potentiële inbreukpleger.⁹⁵ Tegelijk erkent een uitspraak van de rechtbank Rotterdam wel dat er een verzwaarde motivatieplicht kan bestaan voor ondernemingen bij de beoordeling van een eventueel misbruik, voor zover hun economische machtspositie reeds is vastgesteld.⁹⁶

De Belgische rechtspraak in eerste aanleg is verdeeld over de mate waarin rechtbanken rekening moeten houden met de zwakkere positie van schadevergoedingseisers.⁹⁷ Het Hof van Beroep in Brussel heeft in twee uitspraken echter duidelijk voor een eiservriendelijke houding gekozen.

Wat betreft de eerste zaak, heeft het daarbij een eerder, meer restrictief vonnis van de Rechtbank van Koophandel vernietigd.⁹⁸ Volgens het hof zullen eisers in *stand-alone*-zaken maar moeilijk slagen in de bewijsoverlevering bij 'ontstentenis van feitelijk onbetwiste gegevens'.⁹⁹ De klassieke test, waarbij fout en schade 'voldoende waarschijnlijk' gemaakt moeten worden om overlegging te rechtvaardigen, is volgens deze rechtspraak geslaagd wanneer de tegenpartij niet kan aantonen dat de bewering reeds op het eerste gezicht nergens op slaat.¹⁰⁰

Wat betreft de tweede zaak, gaat het om het arrest van het Hof van Beroep in Brussel n.a.v. het liftenkartel.¹⁰¹ Hierin stelde het hof dat de vordering tot overlegging van de vertrouwelijke versie van de beschikking toegekend moest worden. Rekening moet inderdaad gehouden

worden met de specificiteit van schadevergoedingsprocedures wegens kartelafspraken. Dit heeft in het bijzonder betrekking op het heimelijke karakter van kartelinbreuken en de beperkte middelen die partijen doorgaans hebben. In deze omstandigheden vereist het effectiviteitsbeginsel volgens het hof dat de toepassing van art. 877 Ger. W. effectieve rechterlijke bescherming niet in de weg staat.

4.3.2. Duur en kosten van de procedure

De Belgische rechtspraak heeft voorlopig nog geen gelegenheid gehad om de impact van kosten of de duur van een eventuele overleggingsprocedure te evalueren. De rechtbank Amsterdam heeft in twee uitspraken n.a.v. het luchtvaartkartel bevestigd dat de omvang van de over te leggen informatie een rol speelt bij de beoordeling van de vordering tot overlegging. Het betrof in dit geval een miljoen documenten. Het verzamelen van zo veel documenten zou een te grote vertraging van de procedure inhouden, terwijl niet is bewezen dat elk van deze documenten noodzakelijk is.¹⁰² De rechtbank Rotterdam heeft daarnaast aangegeven dat een potentieel slachtoffer zich niet kan beroepen op eventuele hoge kosten ten gevolge van de moeilijke verzameling en ontsluitbaarheid van deze informatie, indien hij had moeten weten dat de informatie relevant kon zijn in het kader van een eventuele schadevergoedingsprocedure. Het aanknopingspunt van de plicht om eventueel relevante informatie te beginnen bijhouden is de datum waarop de mededingingsautoriteit de inbreuk sanctioneert.¹⁰³

4.3.3. De waarschijnlijkheid van een recht op schadevergoeding

De Belgische rechtspraak houdt voor de beoordeling van een vordering tot overlegging steeds rekening met de mate waarin het waarschijnlijk is dat er daadwerkelijk een inbreuk is begaan. Zoals eerder aangehaald aanvaarden rechtbanken in *follow-on*-zaken steeds dat de fout reeds voldoende waarschijnlijk is.

In *stand-alone*-zaken is het voldoende waarschijnlijk maken van een mededingingsinbreuk een belangrijk – zo niet het belangrijkste – obstakel voor schadevergoedingseisers. Het bewijzen van een inbreuk vereist in Nederland dat men aan de stelplicht voldoet. De Hoge Raad legt de grens voor dit bewijs bijzonder hoog. Het *IATA*-arrest

92 Door voorrang te geven aan het principe dat de inbreukpleger moet betalen, lijkt de rechtbank ervan uit te gaan dat de afschrikking, naast compensatie, eveneens een doelstelling is van de schadevergoedingsregeling, zie Rb. Gelderland 10 juni 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:371, r.o. 2.29.

93 Rb. Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4623, r.o. 4.7.

94 Rb. Rotterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001, r.o. 7.44.

95 Rb. Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4623, r.o. 4.7.

96 Rb. Rotterdam 29 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4623, r.o. 4.7.

97 Voor een soepele houding, zie Rechtbank van Koophandel Mechelen 3 november 2011, A&M 2013, 237-242. Voor een meer restrictieve opvatting, zie Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel (NL) 20 september 2010, *onuitg.*

98 Hof van Beroep van Brussel 11 oktober 2011, *onuitg.*

99 *Stand-alone*-zaken zijn zaken waarbij er geen voorafgaande vaststelling is van een inbreuk. Bijgevolg kunnen schadevergoedingseisers dus ook niet steunen op een onderzoek van de mededingingsautoriteit om hun eigen vordering te schragen. Dit in tegenstelling tot zogenaamde *follow-on*-zaken, waarbij mededingingsautoriteiten wel reeds een inbreuk hebben vastgesteld.

100 Het is belangrijk op te merken dat in deze zaak, de eiser kon verwijzen naar rapporten van de Belgische energieregulator en de Duitse mededingingsautoriteit. Deze rapporten bevestigden dat het moeilijk was om de precieze impact van een inbreuk op de energiemarkt vast te stellen, zie Hof van Beroep van Brussel 11 oktober 2011, *onuitg.*

101 Hof van Beroep van Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.

102 Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780, r.o. 4.13; Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778, r.o. 4.12.

103 Rb. Rotterdam 26 september 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8001, r.o. 7.43.

vereiste bijvoorbeeld dat partijen ‘voldoende inzicht [dienen te geven] in de voor de beoordeling essentiële feiten en omstandigheden, zoals een zorgvuldige marktafbakening, de relevante marktstructuur en marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijke functioneren van de relevante markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken’.¹⁰⁴ Zodra de aansprakelijkheid is vastgesteld, lijkt de rechtspraak zich overigens eiser-vriendelijker op te stellen. Zo besliste het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat geen al te strenge eisen aan de eiser mogen opgelegd worden in de fase van de schadebegroting, aangezien de eiser door de inbreuk gedwongen werd een vergelijking te maken met een hypothetische situatie.¹⁰⁵ Deze hypothetische situatie betreft de toestand van de slachtoffers in het scenario waarbij de inbreuk nooit heeft plaatsgevonden. Aangezien zo’n hypothetische situatie zich per definitie nooit heeft voorgedaan, is het moeilijker om hierover gegevens aan te leveren.

Het is niet duidelijk hoe deze algemene regels inzake de stel- en bewijsplicht zich verhouden tot de stel- en bewijsplicht in de context van een vordering tot overlegging. De Nederlandse rechtspraak erkent het principe dat eisers niet volledig aan de stelplicht hoeven te voldoen bij het vorderen van de overlegging van informatie.¹⁰⁶ Ongetwijfeld spelen rapporten van mededingingsautoriteiten en regulatoren hier een belangrijke rol. Zo gelastte de rechtbank Amsterdam een onderzoek van gerechtelijke deskundigen naar de afbakening van de markt, de positie van de verweerder op die markt en de effecten van zijn gedrag.¹⁰⁷ Het volstond in deze zaak dat de eiser rapporten van de ACM en een onderzoeksbureau voorlegde. In essentie gebruikten deze rapporten de bezoekersaantallen van immowebistes om de relevante markt en de positie van de verweerder vast te leggen.¹⁰⁸ Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden aanvaardde het gebruik van een getuigenverhoor om het bewijs van schade te leveren, nadat het de inbreuk bewezen achtte.¹⁰⁹ Hiervoor volstond het schijnbaar dat de eiser dit aangeboden had. Het is aannemelijk dat rechtbanken makkelijker overlegging van informatie aanvaarden zodra de inbreuk vaststaat, aangezien dit de ruimte voor *fishing expeditions* reeds beperkt.

Wat betreft de Belgische rechtspraak, beoordelen sommige uitspraken enkel de waarschijnlijkheid van een fout om over te gaan tot een vordering tot overlegging.¹¹⁰ Hierbij legt de rechtbank niet uit waarom de waarschijn-

lijkheid van schade al dan niet relevant is. Andere Belgische rechtspraak vereist dat ook de waarschijnlijkheid van de schade wordt beoordeeld, naast de waarschijnlijkheid van een fout. Zo volstond het voor de rechtbank in de EU-liftenkartelzaak en de Belgische liftenkartelzaak niet dat de fout reeds vastgesteld was a.d.h.v. een Commissiebesluit. De rechtbank oordeelde dat de eisers niet voldoende aannemelijk maakten dat er een negatief effect was op de markt en ook niet dat dit effect hen schade had toegebracht.¹¹¹ Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde weliswaar dat deze beoordeling van de waarschijnlijkheid van schade te streng was, maar aanvaardde het principe dat de waarschijnlijkheid van schade beoordeeld moet worden.¹¹² De Rechtbank van Koophandel te Gent aanvaardde in de *Honda*-zaak ook dat een beoordeling van de waarschijnlijkheid van schade nodig was wanneer een deskundigenonderzoek werd gevorderd.¹¹³ Tot slot komt de waarschijnlijkheid van schade zijdelings ter sprake in de *CO₂*-zaak. De verweester had in eerste aanleg geargumenteed dat de eiseres hoe dan ook geen schade had geleden. Het Hof van Beroep wees er in beroep op dat dit niet zeker was.¹¹⁴ Dit kan opnieuw gezien worden als een impliciete bevestiging dat de waarschijnlijkheid van schade een rol speelt. Indien de verweester kan aantonen dat het redelijkerwijs niet mogelijk is dat er schade is, zou het Hof van Beroep geen deskundigenonderzoek bevelen.

4.3.4. Vertrouwelijkheid

De beoordeling van vertrouwelijkheid van overgelegde informatie vereist vaak een afweging tussen het belang van openbare rechtspraak en de bescherming van de commerciële waarde die dergelijke informatie vaak heeft. De bescherming van het vertrouwelijk karakter van bepaalde informatie wordt overigens ook uitdrukkelijk erkend door Richtlijn 2014/104/EU.¹¹⁵ De rechtspraak op dit vlak is in zowel België als Nederland zeer uiteenlopend.

De Nederlandse rechtspraak heeft zich in het kader van twee zaken tegen twee deelnemers aan het kartel voor gasgeïsoleerd schakelmateriaal hierover uitgesproken. Het betreft telkens de overlegging van eenzelfde rapport dat kartelist ABB opmaakte in het kader van zijn verweer. Zijn medekartelist Alstom had dit rapport verkregen op voorwaarde dat hij het rapport niet zou delen met derden. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in de zaak tussen Alstom en schadevergoedingseiser Tennet dat het de marges van ABB in het rapport enkel zou be-

104 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0345, r.o. 3.6.1.

105 Hof Arnhem-Leeuwarden 2 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:41, r.o. 2.12.

106 Rb. Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305, r.o. 3.8.

107 Rb. Amsterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:897, r.o. 5.22.

108 Rb. Amsterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:897, r.o. 5.16-5.20.

109 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3091, r.o. 5.12.

110 Rechtbank van Koophandel Brussel (Fr.) 29 mei 2007, *onuitg.*; Hof van Beroep Brussel 26 februari 2015, *onuitg.*

111 Rechtbank van Koophandel Brussel (NL) 24 november 2014, *TBM* 2015, 37-56, m.nt. T. Bontinck en P. Goffinet; Rechtbank van Koophandel Brussel (NL) 24 april 2015, *TBM* 2015, 212-227.

112 Hof van Beroep Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.

113 Deze uitspraak kan men echter als een *obiter dictum* beschouwen, vermits de rechtbank eveneens oordeelde dat een deskundigenonderzoek hoe dan ook niet aan de orde was omwille van de ouderdom van de feiten, zie Rechtbank van Koophandel Gent 23 maart 2017, *TBM* 2017, 162-181.

114 Hof van Beroep Brussel 11 oktober 2011, *onuitg.*

115 Art. 5 lid 3 onderdeel c Richtlijn 2014/104/EU.

spreken achter gesloten deuren, dat deze informatie enkel gedeeld mocht worden met de partijen en hun adviseurs, en dat het de gegevens niet zou opnemen in de publieke versie van het arrest.¹¹⁶ Opmerkelijk weigerde de rechtbank Gelderland in de tweede zaak een identiek verzoek tot geheimhouding van ABB zelf. De rechtbank achtte zich niet gebonden door de eerdere beschikking van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en beroept zich op het belang van openbare rechtspraak.¹¹⁷

Wat België betreft, stelde het Hof van Beroep van Brussel in 2011 dat de gerechtelijk deskundigen die het had aangesteld niet alle gebruikte informatie dienden te delen met de partijen.¹¹⁸ Deze deskundigen moesten immers commercieel gevoelige informatie gebruiken om vast te stellen of er sprake was van misbruik van een machtspositie. In plaats van alle informatie onverkort te delen met de partijen, werkte het hof een watervalstelsel uit waarbij stapsgewijs commercieel gevoelige informatie kon worden beschermd. Allereerst moesten de door het gerecht aangestelde deskundigen zich over de relevantie van elke bijlage uitspreken. De delen van die bijlagen die ze relevant achtten, moesten ze vervolgens generiek omschrijven aan de eiser. Bovendien moesten ze aangeven hoe deze gegevens het deskundigenverslag over de eventuele schade zouden staven. De eiseres kreeg de kans te motiveren waarom deze generieke omschrijving niet volstond. Als dat afdoende gebeurde, konden de raadslieden van de eiseres de vertrouwelijke gegevens inkijken in een *data room*. De eiseres kreeg deze kans tot motiveering en eventuele inzage ook voor elk gegeven dat in het eindverslag zou worden verwerkt of waarnaar in dat verslag werd verwezen. De deskundigen kregen in het algemeen ook de mogelijkheid minimale en maximale waarden of een niet-vertrouwelijke, meer uitgebreide versie van de gegevens beschikbaar te stellen voor de eiser.

Het Hof van Beroep in Brussel stelde in 2015 echter dat partijen en gerechtelijke deskundigen toegang dienden te hebben tot dezelfde gegevens. Bovendien waren alle gegevens in kwestie sowieso niet vertrouwelijk, aangezien ze ouder waren dan vijf jaar. De duur van de procedure (in deze zaak reeds meer dan tien jaar) zorgde er bovendien voor dat het belang van een snelle afhandeling primeerde boven het belang van vertrouwelijkheid.¹¹⁹ Het Hof van Beroep in Brussel ging in een zaak naar aanleiding van het liftenkartel nog een stap verder. Het betrof

in deze zaak de overlegging van de vertrouwelijke versie van de beschikking van de Commissie. Het hof stelde dat de vertrouwelijkheid van gegevens in publieke handhavingsprocedures een argument *ten voordele* van vrijgave is. Hun vertrouwelijk karakter zou immers impliceren dat zij betrekking hebben op de economische machtspositie van ondernemingen en dus relevant zijn in de context van het vaststellen van de effecten van een inbreuk. Het Hof van Beroep voegde daaraan toe dat overlegging van de vertrouwelijke versie ook wenselijk is aangezien Verordening (EG) 1/2003 nationale rechtbanken verbiedt in te gaan tegen Commissiebesluiten.^{120, 121} Wat betreft het verband tussen vertrouwelijkheid in de procedure voor een nationale mededingingsautoriteit en vertrouwelijkheid in burgerlijke zaken, oordeelde in dezelfde richting de Rechtbank van Koophandel van Mechelen dat het eerste niet noodzakelijk tot het tweede leidt.¹²²

Een constante in zowel België als Nederland lijkt te zijn dat partijen die hun verweer inzake vertrouwelijkheid voorbereiden, ook aandacht dienen te besteden aan de consistentie met andere punten uit hun verweer. Zo stelde het Hof van Beroep te Brussel dat het een vorm van deloyale procesvoering zou zijn om zich enerzijds te beroepen op het vertrouwelijk karakter van de kosten van de inbreuk plegende onderneming voor het betrokken product en anderzijds te stellen dat de eiseres zich dient te baseren op een vergelijking met een fictieve onderneming die net zo efficiënt is als de inbreuk plegende onderneming.¹²³ Voor deze laatste test (de zogenaamde 'equally-efficient-operator'-test) moet men immers de kosten van de inbreuk plegende onderneming kennen. Een soortgelijk argument vormde de aanleiding voor de rechtbank Gelderland om het gebruik van de kosten van een medekartelist van de verweerder te gebruiken teneinde de schade vast te stellen. De verweerder kon zich hier niet tegen verzetten, aangezien hij geweigerd had zelf inzage te geven in zijn kosten omwille van vertrouwelijkheidsredenen.¹²⁴

4.3.5. Overlegging van informatie die betrekking heeft op een clementieverklaring

Voor zover de auteurs weten, bestaat er tot op heden nog maar één uitspraak die specifiek betrekking heeft op de vrijgave van informatie in een clementieverklaring. In de liftenkartelzaak stelde het Hof van Beroep in Brussel vast dat een vraag tot overlegging van de vertrouwelijke versie van een Commissiebeschikking niet hetzelfde is

¹¹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5499.

¹¹⁷ Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

¹¹⁸ Hof van Beroep Brussel 6 november 2012, *onuitg.*

¹¹⁹ Hof van Beroep van Brussel 26 februari 2015, *TBM* 2016, 287-325.

¹²⁰ Hof van Beroep van Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.

¹²¹ Dit laatste argument is ons inziens hoe dan ook betwistbaar. Indien de rechtbank niet zeker is of zij een uitspraak dreigt te nemen die in strijd is met een Commissiebesluit, lijkt het gebruik van art. 15 Verordening (EG) 1/2003 een adequater instrument om zich van de inhoud van dergelijk besluit te vergewissen. De Commissie krijgt via deze vraag de kans zelf duiding te geven bij het oordeel dat zij geveld heeft. Richtlijn 2014/104/EU lijkt ook in te gaan tegen het standpunt dat vertrouwelijkheid een indicatie is van relevantie en daarom een reden is voor overlegging. Zoals gezegd creëert de richtlijn immers een meer restrictief regime voor documenten die deel uitmaken van het onderzoek van mededingingsautoriteiten (de grijze lijst) en in het bijzonder voor de uitdrukkelijke verwijzingen naar clementie- en schikkingsverklaringen (de zwarte lijst).

¹²² Rechtbank van Koophandel Mechelen 3 november 2011, *A&M* 2013, 237-242.

¹²³ Hof van Beroep Brussel 26 februari 2015, *TBM* 2016, 287-325.

¹²⁴ Rb. Gelderland 10 juni 2016, ECLI:NL:RBGEL:2015:3713, r.o. 2.12.

als een vraag tot overlegging van een clementieverklaring zelf. Dat geldt evenzeer indien die beschikking informatie bevat die gebaseerd is op een clementieverklaring. Vervolgens gaat het hof over tot het bevelen van de overlegging van de vertrouwelijke versie van de Commissiebeschikking.¹²⁵

Het Hof van Beroep maakt dus een onderscheid tussen enerzijds de clementieverklaring zelf en anderzijds de informatie die aangeleverd werd via een clementieverklaring, maar vervat zit in de beschikking van de Commissie. Het doet dit niet in het licht van Richtlijn 2014/104/EU, die weliswaar bestond, maar nog niet van toepassing was. In plaats daarvan verwijst het naar de clementiemededeling van de Commissie, waarin deze stelt dat ze geen toegang zal geven tot mededingingsverklaringen. Het Hof van Beroep oordeelt dat toegang tot een clementieverklaring niet hetzelfde is als toegang tot informatie die gebaseerd is op een clementieverklaring. Een soortgelijke restrictieve interpretatie kan niettemin toegepast worden op de zwarte lijst van Richtlijn 2014/104/EU. De rechtspraak van het HvJ in *Evonik Degussa* stelt alvast dat de Commissie dergelijke informatie in de publieke versie van haar besluit mag opnemen, op voorwaarde dat ze niet als dusdanig herkenbaar is. De vraag dringt zich op of het Hof van Beroep ervan uit mag gaan dat Richtlijn 2014/104/EU eenzelfde autonomie toekent aan nationale rechters: mogen zij beslissen dat delen uit een vertrouwelijke versie van een publicatie, die gebaseerd zijn op clementieverklaringen, overgelegd dienen te worden? Het HvJ zal ongetwijfeld deze knoop in de toekomst moeten doorhakken.¹²⁶ Hierbij zal de afweging tussen het belang van autonomie van mededingingsautoriteiten en het belang van autonomie van nationale rechtbanken ongetwijfeld doorslaggevend zijn.

4.3.6. Timing

Een belangrijk aspect van een vordering tot overlegging betreft het moment waarop een partij deze instelt. In België stelde de Brusselse Rechtbank van Koophandel dat de vordering tot overlegging diende afgewezen te worden, aangezien de partij die de overlegging vroeg geen voorlopige maatregel o.b.v. art. 19 lid 2 Ger. W. had gevorderd om de overlegging af te dwingen, toen bleek dat de tegenpartij hier niet uit eigen beweging toe zou overgaan.¹²⁷ Het Hof van Beroep van Brussel volgde dit standpunt echter niet.¹²⁸ Het argumenteert dat voldoende is aangetoond dat de documenten waarvan de EU de overlegging vordert, voldoende belangrijk en pertinent

zijn. De stand van het geding lijkt daarbij voor het Hof van Beroep geen doorslaggevende waarde te hebben.

In Nederland verweet de rechtbank Gelderland de verweerder eveneens geen kort geding te hebben aangespannen zodra bleek dat zijn medekartelist niet bereid was het gevraagde rapport over te leggen.¹²⁹ Een aantal verweerdens in het luchtvaartkartel vorderden de overlegging van een aantal documenten ter bepaling van het toepasselijk recht, de geografische reikwijdte van de vordering, de verjaring, de noodzaak aan oproeping van andere partijen ter vrijwaring, de identiteit van de cedenten en de eventuele doorberekening van toeslagen. De rechtbank wees dit alles af, stellende dat eisers eerst moesten duidelijk maken welk nadeel ze hadden geleden en hoe dit veroorzaakt werd door de inbreuk.¹³⁰ Ook in een latere fase van deze zaken, oordeelde de rechtbank dat gegevens inzake de schadebegroting pas relevant zijn zodra er afspraken zijn omtrent de manier waarop de schade wordt begroot.¹³¹ De overlegging van informatie inzake het doorberekeningsverweer is bovendien pas relevant indien de aannemelijkheid van de schade is vastgesteld.¹³²

4.3.7. Specificiteit van de vordering

Richtlijn 2014/104/EU maakt het mogelijk dat 'categorieën' van documenten overgelegd worden.¹³³ Tegelijk was het al duidelijk in België en Nederland voor de omzetting van Richtlijn 2014/104/EU dat rechtbanken zogenaamde *fishing expeditions* dienen te vermijden. Dergelijke vorderingen zijn een vorm van misbruik, aangezien ze niet bedoeld zijn om een schadevergoeding te verkrijgen, maar gevoelige informatie van andere ondernemingen.

Volgens het Hof van Beroep in Brussel dient een vordering tot disclosure een 'duidelijk omschreven gemeenschappelijk kenmerk' te bevatten, aan de hand waarvan het geheel van documenten kan worden geïdentificeerd. Het Hof van Beroep heeft deze voorwaarde nochtans soepel toegepast en aangegeven dat de overlegging van alle stukken uit het onderzoeksdossier waarnaar verwezen werd in de eveneens over te leggen passages van de vertrouwelijke versie van de Commissiebeschikking, voldoende specifiek was.¹³⁴

De rechtbank Arnhem oordeelde daarnaast dat het vorderen van bescheiden die 'de bekendheid met het onderzoek van de Europese Commissie bewijzen', niet specifiek genoeg is.¹³⁵ Hetzelfde geldt voor bescheiden die 'de schade bewijzen'.¹³⁶

125 Hof van Beroep Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.

126 Overigens vroeg een van de verweerdens dat het Hof van Beroep precies deze kwestie in een prejudiciële vraag zou voorleggen aan het HvJ. Het Hof van Beroep weigerde dit echter omdat het reeds gegeven antwoord duidelijk zou zijn.

127 Rechtbank van Koophandel Brussel (Nl.) 24 november 2014, *TBM* 2015, 37-56, m.nt. T. Bontinck en P. Goffinet.

128 Hof van Beroep van Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.

129 Rb. Gelderland 5 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2621, r.o. 2.16.

130 Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778, r.o. 4.13; Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780, r.o. 4.12.

131 Rb. Amsterdam 11 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9965, r.o. 4.13.

132 Rb. Amsterdam 11 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9965, r.o. 4.17.

133 Art. 5 lid 2 Richtlijn 2014/104/EU.

134 Hof van Beroep van Brussel 28 oktober 2015, *P&B* 2017, 25-33.

135 Rb. Arnhem 16 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7444, r.o. 3.8.

136 Rb. Arnhem 16 mei 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW7444, r.o. 3.9.

438. De bijzondere problematiek van cessies. Hoewel het vraagstuk van de informatieasymmetrie vooral slaat op het gebrek aan informatie bij schadevergoedingseisers t.a.v. inbreukplegers, geldt in de context van cessies van schuldvorderingen vaak het omgekeerde. Eventuele inbreukplegers hebben vaak informatie nodig omtrent de positie van de cedent. De cessionaris is dan weliswaar eiser in de schadevergoedingszaak, maar de rechtmatigheid van zijn vordering is gebaseerd op gegevens die zich bij de cedenten bevinden. Het bundelen van deze cessies door zogenaamde *litigation vehicles* is een praktijk waar in de Nederlandse rechtspraak reeds aandacht aan is besteed. Uit deze rechtspraak blijkt dat dergelijke *litigation vehicles* bijzonder zorgvuldig dienen op te treden wanneer zij schadevergoeding vorderen. Het uitgangspunt van de Nederlandse rechtbanken lijkt te zijn dat de verweerders niet benadeeld mogen worden door het feit dat de eisers niet zelf het slachtoffer zijn van een eventuele inbreuk. In de context van informatieverwerving betekent dit dat van de cessionaris verwacht wordt alle informatie te verschaffen die een rechtstreeks betrokken slachtoffer zou dienen te verschaffen. Bijgevolg is het raadzaam om reeds bij het sluiten van een cessie-overeenkomst in te gaan op de vraag hoe cedent bijkomende informatie zal bijhouden en verschaffen in het geval dat de rechtbank de cessionaris beveelt deze over te leggen.¹³⁷

Zo dienen cessionarissen de bedragen m.b.t. de omvang van de schade die zij aanhalen te onderbouwen door te specificeren op welke overeenkomsten tussen de cedent en de vermeende inbreukpleger deze bedragen betrekking hebben, wanneer deze gesloten werden en onder welke omstandigheden. Zij kunnen dus niet verwijzen naar het feit dat de vermeende inbreukpleger zelf over deze overeenkomsten beschikt. Dit geldt ook wanneer het om een groot aantal stukken gaat.¹³⁸

De overlegging van cessieovereenkomsten zelf kan overigens ook noodzakelijk zijn. Op die manier kunnen verweerders immers nagaan wat de cessionaris al dan niet kan vorderen.¹³⁹ Dit wil echter niet zeggen dat cessionarissen steeds verplicht zijn om de volledige overeenkomst over te leggen. Ze hoeven slechts die delen over te leggen die noodzakelijk zijn voor het beoordelen van de geldigheid van de cessie.¹⁴⁰

439. Conclusie inzake *disclosure*

Voorlopig lijkt het erop dat er reeds enige mate van gelijkheid bestaat tussen de manier waarop de Belgische en Nederlandse rechtspraak oordelen over *disclosure*. Zo

spelen zowel de positie van schadevergoedingseisers, de specificiteit van de vordering, de timing van de vordering en de vertrouwelijkheid van de gevraagde informatie in beide rechtsordes een rol. Richtlijn 2014/104/EU is een bevestiging van de nood aan een bijzondere aanpak bij schadevergoedingsvorderingen in mededingingszaken. Het valt dus te verwachten dat er meer convergentie zal zijn naar ‘bijzondere’ schadevergoedingsrechtspraak wanneer het mededingingsinbreuken betreft. Convergentie valt eveneens te verwachten wat betreft de erkenning van het belang van de vertrouwelijkheid van de gevraagde documenten, aangezien Richtlijn 2014/104/EU dit uitdrukkelijk erkent.

Andere factoren zoals de bewijslast of de timing van bepaalde handelingen worden *a contrario* niet geregeld door Richtlijn 2014/104/EU. Niettemin is het niet uitgesloten dat ook hier convergentie zal plaatsvinden. Het HvJ heeft hier via het effectiviteitsbeginsel een juridische grondslag voor. Mocht dit niet gebeuren, dan rijst de vraag of de harmonisatie onder Richtlijn 2014/104/EU zal volstaan om een voldoende gelijke behandeling van slachtoffers en mogelijk inbreuk plegende ondernemingen te bewerkstelligen.

5. De samenwerkingsplicht (art. 15 Verordening (EG) 1/2003)

Art. 4 lid 3 VEU verplicht lidstaten en EU-instellingen loyaal samen te werken. Art. 15 Verordening (EG) 1/2003 concretiseert deze plicht in de context van mededingingsrecht. Dit houdt onder meer in dat nationale rechters ‘inlichtingen’ en ‘advies’ kunnen verzoeken van de Commissie. Relevante informatie voor een schadevordering kan ook via dit kanaal worden verkregen. Hoewel de term ‘verzoek’ suggereert dat de Commissie niet verplicht is hieraan gehoor te geven, maken de rechtspraak¹⁴¹ en de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-lidstaten bij de toepassing van de art. 101 en 102 VWEU (hierna: de Samenwerkingsmededeling)¹⁴² duidelijk dat de Commissie dit in de praktijk wel moet doen. Er bestaat echter een belangrijke uitzondering op dit principe, o.b.v. de zgn. ‘Zwartveld’-criteria. De Commissie is volgens het HvJ niet verplicht informatie over te maken, indien dit de onafhankelijkheid of de werking van de EU-procedures

137 Dit kan bijzonder ver gaan. Zo diende in de follow-on-zaak n.a.v. het paraffinewaskartel de cessionaris te verzekeren dat hetzij hijzelf, hetzij de cedent alle informatie bijhield die relevant kon zijn voor het betwisten van het doorberekeningsverweer. De rechtbank oordeelde dat het voorzienbaar was dat zo’n verweer mogelijk was, ook al had het Duitse *Bundesgerichtshof* zich nog niet uitgesproken over de mogelijkheid van zo’n verweer in het Duits schadevergoedingsrecht, zie Rb. Den Haag 21 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305, r.o. 3.14.

138 Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.16-4.17.

139 Rb. Midden-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284, r.o. 4.13.

140 Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870, r.o. 4.41.

141 HvJ EG 13 juli 1990, C-2/88, ECLI:EU:C:1990:315, punt 22 (*Zwartveld*).

142 Punt 17 Mededeling van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-Lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEU* 2004, C 101/43, 27 april 2004.

zou belemmeren.¹⁴³ Dit is het geval als nationale rechtbanken de bescherming van vertrouwelijke stukken niet kunnen garanderen of de overmaking van clementieverklaringen of verklaringen met het oog op schikking zouden vragen.¹⁴⁴ Het is aannemelijk dat de Commissie haar beslissingspraktijk in deze context op dezelfde overwegingen baseert als degenen die Richtlijn 2014/104/EU ondersteunen. Ze heeft overigens ook haar Samenwerkingsmededeling aangepast naar aanleiding van Richtlijn 2014/104/EU.¹⁴⁵ Een onderling afwijkende toepassing van Richtlijn 2014/104/EU en art. 15 Verordening (EG) 1/2003 is inderdaad weinig wenselijk, gezien de gelijkaardige doelstelling van deze instrumenten., die bovendien beide in de context van schadevorderingen voor nationale rechtbanken toegepast worden.

De Belgische rechtspraak kent twee gevallen waarbij in de uitspraak overwogen werd een beroep te doen op art. 15 Verordening (EG) 1/2003. In het eerste geval, wees het Hof van Beroep in Brussel deze mogelijkheid af, onder meer op basis van de overweging dat het onredelijk was de Commissie te belasten met het behartigen van de belangen van een particulier door een beroep te doen op art. 15 Verordening 1/2003.¹⁴⁶ Onder Richtlijn 2014/104/EU zou dergelijke redenering niet (meer) geldig zijn, want art. 6 hiervan maakt duidelijk dat het legitiem is voor een schadevergoedingseiser om informatie te verwerven via een aanvraag tot *disclosure* door de nationale rechter aan de Commissie of een nationale mededingingsautoriteit. Het valt moeilijk in te zien waarom een inhoudelijk gelijkaardige taak niet het gevolg zou kunnen zijn van de toepassing van art. 15 Verordening (EG) 1/2003.

De Rechtbank van Eerste Aanleg in Brussel deed op vraag van de eiser echter wel een beroep op art. 15 Verordening (EG) 1/2003. Het betrof hier strikt genomen geen *disclosure*, maar een verzoek aan de Commissie om informatie te verschaffen over het bestaan (en de eventuele de stand van zaken) van haar mededingingsonderzoek naar een kartel van cementproducenten. Zoals de rechtbank terecht opmerkt, is dit belangrijk met het oog op de efficiëntie van nationale procedures en de verplichting om geen tegenstrijdige uitspraken te doen.¹⁴⁷

Deze twee voorbeelden maken overigens ook duidelijk waar de verschillen en gelijkenissen tussen Verordening

(EG) 1/2003 en Richtlijn 2014/104/EU zich situeren. Wat betreft de gelijkenissen, kunnen beide aangewend worden om mededingingsautoriteiten te verplichten informatie vrij te geven. In die zin is het ook logisch dat de EU als eiseres voor het Hof van Beroep in de liftenkartelzaak de vrijgave vorderde o.b.v. zowel art. 877 Ger. W. als art. 15 Verordening (EG) 1/2003. Het Hof van Beroep gaf er de voorkeur aan deze vordering te beoordelen (en goed te keuren) o.b.v. art. 877 Ger. W. Men kan zich de vraag stellen of het hof werkelijk afwijkende criteria gehanteerd zou hebben bij een toetsing o.b.v. art. 15 Verordening (EG) 1/2003.¹⁴⁸ Indien dit niet het geval is, rijst de vraag naar het nut van dit artikel in de context van informatieverwerving. Zoals de zaak voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel aantoont, kan art. 15 Verordening (EG) 1/2003 ook in de huidige context nog toegevoegde waarde bieden.¹⁴⁹ Dit artikel stelt de rechter in staat op een laagdrempelige manier informatie in te winnen over de eventuele handelingen en procedures van mededingingsautoriteiten.¹⁵⁰ Op deze manier leent de bepaling zich eerder voor het efficiënt organiseren van de schadevergoedingsprocedure, dan voor het verwerven van informatie ter schraging van de vordering van de partijen. Voor dit laatste zullen partijen eerder, blijkens de rechtspraak van het Hof van Beroep te Brussel, een beroep moeten doen op de traditionele vordering tot overlegging en op Richtlijn 2014/104/EU.

6. Slotbemerkingen

Ook na de inwerkingtreding van Richtlijn 2014/104/EU blijft informatieasymmetrie tussen inbreukplegers en slachtoffers een uitdaging. De versterking van *disclosure* door deze richtlijn zou een positieve impact moeten hebben op *publiekrechtelijke handhaving* van EU-antitrustregels in de toekomst. Veel hangt nochtans af van – in het bijzonder – de manier waarop nationale rechters gaan gebruikmaken van de toegangsmogelijkheden die uit art. 5 en 6 Richtlijn 2014/104/EU voortvloeien, alsook de manier waarop zij de beperkingen (de zogenaamde grijze en zwarte lijsten) toepassen. Bovendien toont de Belgische en Nederlandse rechtspraak aan dat de drie criteria die volgens deze richtlijn toegepast moeten worden bij de beoordeling van een aanvraag tot *disclosure* – namelijk

¹⁴³ HvJ EG 6 december 1990, C-2/88, ECLI:EU:C:1990:440, punt 11 (Zwartveld).

¹⁴⁴ Punt 26 Samenwerkingsmededeling.

¹⁴⁵ Mededeling van de Commissie inzake wijzigingen aan de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de EU-Lidstaten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PbEU 2015, C 256/04, 5 augustus 2015.

¹⁴⁶ De andere redenen betroffen het subsidiair karakter van de vordering o.b.v. art. 15 Verordening (EG) 1/2003 en het feit dat niet aangetoond was dat een procedure op basis van art. 15 Verordening (EG) 1/2003 goedkoper, eenvoudiger en sneller zou zijn, zie Hof van Beroep Brussel 28 oktober 2015, P&B 2017, 25-33.

¹⁴⁷ Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel (NL.) 5 september 2014, TBM 2015, 86-93.

¹⁴⁸ Het Hof van Beroep baseert zich in zijn uitspraak eerder op een principiële voorkeur voor art. 877 Ger. W. Tegelijk is art. 15 Verordening (EG) 1/2003 zo ruim geformuleerd dat rechters die deze bepaling toepassen, zich kunnen laten inspireren door de criteria die zij reeds toepasten in de context van art. 877 Ger. W. en de criteria vermeld in Richtlijn 2014/104/EU. Dit zou vanuit functioneel oogpunt logisch zijn, gezien het gelijkaardig doel van zowel art. 877 Ger. W. als art. 15 Verordening (EG) 1/2003 (namelijk de vrijgave van informatie van mededingingsautoriteiten ter afhandeling van een schadevergoedingszaak).

¹⁴⁹ Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel (NL.) 5 september 2014, TBM 2015, 86-93.

¹⁵⁰ Het laagdrempelig karakter houdt verband met het feit dat art. 15 Verordening (EG) 1/2003 rechtbanken volledig vrijlaat wat betreft de criteria die zij in aanmerking nemen wanneer zij de toepassing van deze bepaling overwegen.

de specificiteit van de vordering in het licht van de reeds beschikbare informatie, het vertrouwelijk karakter van de informatie en de omvang en kosten van de vrijgave – niet de enige zijn die door nationale rechters als relevant worden beschouwd. Aangezien de richtlijn in dat opzicht slechts in minimumharmonisatie voorziet, blijft er nog zeker marge voor gedifferentieerde praktijk tussen de lidstaten. Het HvJ gaat ongetwijfeld gelegenheden hebben in de toekomst om uitspraak te doen over de omvang van deze minimumharmonisatie rekening houdende met de doelstellingen van Richtlijn 2014/104/EU en met het effectiviteitsbeginsel.

Deze bijdrage heeft ook de diversiteit aan informatieverwervingsinstrumenten aan het licht gebracht. Deze diversiteit is niet noodzakelijk een hindernis hoewel ze steeds meer expertise vereist niet alleen bij advocatenkantoren die schadevergoedingsprocedures moeten voorbereiden, maar ook bij mededingingsautoriteiten en nationale rechters. De slaagkansen van dergelijke procedures hangen veel af van de informatie in het bezit van de eiser, niet alleen omtrent de inbreuk maar ook de schade en het causale verband. Uit voorgaande analyse blijkt duide-

lijk dat een gecombineerd gebruik van verschillende informatieverwervingsinstrumenten in principe deze slaagkansen verhoogt, bijvoorbeeld een aanvraag van toegang tot de inhoudstafel van het dossier van de Commissie gevolgd door een exploitatie van elementen vervat in de uitgebreide versie van het mededingingsbesluit (indien – en wanneer – beschikbaar) en, na het indienen van het schadevergoedingsberoep, een aanvraag tot *disclosure* aan de nationale rechter gericht tot de verweerder of een mededingingsautoriteit. Het is nochtans ook duidelijk dat effectieve *privaatrechtelijke handhaving* evenveel afhangt van de aanpak van mededingingsautoriteiten zelf en hun beleidsvisie omtrent informatieverwerving. Hier gaven we reeds het voorbeeld van een ambitieus, doordacht publicatiebeleid niet alleen door de Commissie, die een leidende rol speelt wat betreft bestuurspraktijken die de effectiviteit van art. 101 en 102 VWEU bevorderen, maar ook door nationale mededingingsautoriteiten. Dergelijk beleid moet oog hebben voor een balans tussen de belangen van schadevergoedingseisers en de beschermwaardige belangen van de betrokken ondernemingen, rekening houdende met de doeltreffendheid van de clementieregelingen.