

Vereniging voor Mededingingsrecht

Aangesloten bij de Ligue Internationale du Droit de la Concurrence

22 november 2015

Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Excellentie,

Betreft: reactie op consultatiedocument ‘Concept wetsvoorstel van de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht’

De Vereniging voor Mededingingsrecht (“VvM”) heeft kennis genomen van de oproep te reageren op het ‘Concept wetsvoorstel van de Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht’ van 8 oktober 2015 (“Concept Wetsvoorstel”).

De VvM heeft op 15 oktober een bijeenkomst voor haar leden gehouden met als onderwerp het Concept Wetsvoorstel. Gedurende die bijeenkomst heeft een panel van sprekers (Martijn van Maanen, Jeroen Kortmann en Marc Kuijper), onder leiding van ondergetekende in zijn hoedanigheid van voorzitter van het bestuur van de VvM, hun visie op het Concept Wetsvoorstel gegeven en daarmee een discussie tussen de leden op gang proberen te brengen over het Concept Wetsvoorstel.

Onderstaande reactie is de resultante van wat bij deze VvM-bijeenkomst besproken is en relevant wordt geacht voor de wetgever om in haar consultatie mee te nemen. De reactie is samengesteld door het panel van sprekers en ondergetekende.

Voor de goede orde merken wij op dat deze reactie niet noodzakelijkerwijs het standpunt van alle VvM leden weergeeft, noch van alle panelleden.

Hoogachtend,

Jolling de Pree
Voorzitter

Secretariaat: p/a Boekel N.V., Postbus 75510, 1070 AM Amsterdam

E-mail: VvM@boekel.com

**REACTIE VAN DE VERENIGING VOOR MEDEDINGINGSRECHT OP HET CONSULTATIEDOCUMENT
'CONCEPT WETSVORSTEL VAN DE IMPLEMENTATIEWET RICHTLIJN PRIVAATRECHTELIJKE
HANDHAVING MEDEDINGINGSRECHT'**

1. Keuze van de wetgever om schendingen van het kartelverbod zonder beïnvloeding tussenstaatse handel buiten het wetsvoorstel te houden.

In de concept-MvT bij het Concept Wetsvoorstel maakt de wetgever duidelijk dat in de voetsporen van de te implementeren richtlijn 2014/104/EU ("**de Richtlijn**") het wetsvoorstel niet van toepassing zal zijn op zuiver nationale overtredingen van het mededingingsrecht. Het kabinet zal echter nog een separaat wetsvoorstel voorbereiden waarin "*de bepalingen*" ook op nationale gevallen van toepassing worden verklaard.¹ De concept-MvT maakt niet duidelijk of dat separate wetsvoorstel uitsluitend op Nederlandse nationale gevallen van toepassing zal zijn of dat het separate wetsvoorstel mogelijk ook van toepassing zal zijn op een in Nederland ingestelde schadevergoedingsvordering op grond van een overtreding van bijvoorbeeld de Belgische mededingingswet (ook een nationaal geval, maar dan een Belgisch nationaal geval). Het vermoeden bestaat dat het uitsluitend van toepassing zal zijn op overtredingen van artikel 6 en 24 Mw zonder beïnvloeding van de interstatelijke handel. Wellicht dat hier in de verdere toelichting bij het Concept Wetsvoorstel meer duidelijkheid over kan worden geschapen.

Als de bepalingen van het Concept Wetsvoorstel toch één op één van toepassing zullen worden verklaard op nationale gevallen, dan had het voor de hand gelegen om die overeenkomstige toepassing ook in dit wetsvoorstel te regelen. De keuze om het separaat te doen, heeft in ieder geval de vraag opgeroepen of het volgende wetsvoorstel voor nationale gevallen mogelijk verder zal gaan dan het huidige wetsvoorstel, in de zin dat daarin aanvullende regels en procedures zullen worden opgenomen die mogelijk gunstiger kunnen zijn voor beweerdelijk benadeelde partijen. Als dat een streven of denken van het kabinet is, dan moet het kabinet wel rekening houden met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Het gelijkwaardigheidsbeginsel houdt in dat de nationale regels en procedures betreffende schadevorderingen op grond van inbreuken op artikel 101 of artikel 102 VWEU voor de beweerdelijk benadeelde partijen niet minder gunstig mogen zijn dan de regels en procedures voor soortgelijke vorderingen tot vergoeding van schade voortvloeiend uit inbreuken op het nationaal recht. Iedere regel of procedure die in het separate wetsvoorstel wordt opgenomen en (eventueel) gunstiger is voor een beweerdelijk benadeelde partij (dan de regel of procedure die zal gelden op grond van het Concept Wetsvoorstel) zal dan ook dienen te gelden voor alle schadevergoedingsvorderingen die vallen onder het Concept Wetsvoorstel.

Voorts merken wij hier op dat de wetgever ervoor gekozen heeft om het doeltreffendheidsbeginsel zoals opgenomen in artikel 4 van de Richtlijn niet (expliciet) te implementeren. De toelichting van de wetgever daarbij is dat reeds voldaan is aan deze beginselen in Nederland.² Artikel 4 van de Richtlijn bepaalt echter expliciet dat de lidstaten er zorg voor moeten dragen dat alle nationale regels en procedures zodanig ontworpen en toegepast moeten worden dat de uitoefening van het Unierecht op volledige vergoeding van schade als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht niet uiterst moeilijk of praktisch onmogelijk wordt gemaakt. Het is twijfelachtig of men op voorhand kan stellen dat Nederland voldoet en zal blijven voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel bij het ontwerpen en

¹ Concept memorie van toelichting Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededinging, p. 1.

² Concept memorie van toelichting Implementatiewet richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededinging, p. 7.

toepassen van al haar regels en procedures. Bovendien is het de vraag of – zonder implementatie – de rechtstreekse doorwerking van het doeltreffendheidsbeginsel zoals voortvloeit uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU dezelfde betekenis heeft (of zal hebben) voor een door een inbreuk op het mededingingsrecht benadeelde partij. Men kan (de formulering van) het doeltreffendheidsbeginsel in artikel 4 van de Richtlijn namelijk als meeromvattend beschouwen dan (de formulering van) het doeltreffendheidsbeginsel in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.³ Om iedere twijfel weg te nemen over reikwijdte en toepassingsbereik van het doeltreffendheidsbeginsel, verdient het wellicht nog overweging om artikel 4 van de Richtlijn wel (expliciet) te implementeren.

2. De gevolgen van een schikking door één hoofdelijk aansprakelijke debiteur

De Europese wetgever wenst inbreukplegers en benadeelde partijen te stimuleren om een civiele schadevergoedingsvorderingen op te lossen via "systemen voor buitengerechtelijke geschillenbeslechting zoals buitengerechtelijke schikkingen ...".⁴ Een complicerende factor in kartelkwesties is echter dat partijen veelal hoofdelijk aansprakelijk zijn, maar er geen eenduidig antwoord is op de vraag naar de verdeling van de onderlinge draagplicht tussen de hoofdelijke schuldenaren. Betaalt een schuldenaar een schikkingssom gebaseerd op bijvoorbeeld zijn individuele verkopen aan de eiser (of een groep eisers), dan is onzeker of hij daarmee zijn aandeel in de aansprakelijkheid heeft voldaan. Zijn mede-schuldenaren zullen zich, wanneer zij zich geconfronteerd zien met een vordering waarop de schikkingssom in mindering is gebracht, op het standpunt kunnen stellen dat de draagplicht van de "schikkende" schuldenaar hoger is dan de schikkingssom. Zo lang het risico op regresvorderingen niet effectief kan worden uitgesloten, is het voor deelnemers aan een mededingingsrechtelijke overtreding – en in meer algemene zin voor hoofdelijke schuldenaren – niet erg aantrekkelijk om individueel met de schuldeiser(s) tot een minnelijke regeling te komen.

Om een "voor-eens-en-altijd-schikking"⁵ mogelijk te maken voor een schuldenaar die bereid is op individuele basis tot een minnelijke oplossing te komen, is in artikel 19(1) van de Richtlijn bepaald dat een kwijting die is verleend aan een individuele schuldenaar de overige schuldenaren in die zin bevrijdt, dat de vordering jegens hen wordt verminderd met "het aandeel dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft gehad in de schade die de benadeelde partij door de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleden". Anders gezegd: de overige inbreukmakers die niet deelnemen aan de schikking, blijven (hoofdelijk) aansprakelijk voor het geheel, minus de draagplicht van de schikkende schuldenaar. Gevolg is dat die overgebleven inbreukmakers geen legitiem belang meer hebben bij het nastreven van regresvorderingen op de gekweten schuldenaar. Voor zijn aandeel worden zij immers niet langer aangesproken. Artikel 19(2) van de Richtlijn bepaalt dan ook uitdrukkelijk dat zij "geen bijdrage kunnen terugvorderen van de bij de schikking betrokken inbreukpleger". Aldus wordt recht gedaan aan het (doorgaans) beoogde doel van een schikking: de individueel gekweten schuldenaar wordt daadwerkelijk van aansprakelijkheid verlost. In het Voorontwerp Implementatiewet wordt voorgesteld om artikel 19 van de Richtlijn als volgt te implementeren:

³ De precieze en extensieve bewoordingen in artikel 4 van de Richtlijn zijn in ieder geval niet rechtstreeks te herleiden tot de bewoordingen in een arrest van het Hof van Justitie van de EU over het recht op vergoeding van schade als gevolg van een overtreding van artikel 101 of 102VWEU. Voorts heeft het Hof van Justitie zich nimmer uitgesproken over de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel in verband met het recht op vergoeding van schade in verband met een overtreding van artikel 6 en 24 Mw die de interstatelijke handel beïnvloed.

⁴ Zie nummer 48 van de considerans bij de Richtlijn.

⁵ Ibid.

Artikel 193p

1. Na een schikking wordt de vordering tot schadevergoeding van de bij de schikking betrokken benadeelde verminderd met het aandeel dat de bij de schikking betrokken inbreukpleger heeft gehad in de schade die de benadeelde door de inbreuk op het mededingingsrecht heeft geleden.
2. Een bij een schikking betrokken benadeelde kan alleen een niet bij de schikking betrokken inbreukpleger aanspreken voor de vergoeding van de na de schikking resterende schade. De niet bij de schikking betrokken inbreukpleger kan voor de vergoeding van deze schade geen bijdrage vorderen van de bij de schikking betrokken inbreukpleger.
3. Indien niet bij een schikking betrokken inbreukplegers niet bij machte zijn om de na een schikking resterende schade van een bij de schikking betrokken benadeelde te vergoeden, is de bij de schikking betrokken inbreukpleger ook aansprakelijk voor deze schade.
4. Lid 3 mist toepassing indien uitdrukkelijk anders is bepaald in de voorwaarden van de schikking.

In de concept-MvT bij artikel 6:193p BW wordt de suggestie gewekt, dat deze regeling vreemd is aan ons recht. De opstellers stellen dat de regeling "[af]wijkt ... van het Nederlandse burgerlijk recht" en geven ook overigens geen blijk van herkenning bij de door de Richtlijn voorgeschreven methodiek. Dat is enigszins ongelukkig, omdat deze methodiek nu juist is geïnspireerd op een methodiek die ontleend is aan het Franse recht, via de Code Civil in ons Oud Burgerlijk Wetboek is geïntroduceerd en in gewijzigde vorm nog steeds onderdeel uitmaakt van ons burgerlijke recht.⁶ Artikel 6:14 BW (laatste zin) geeft de hoofdelijke schuldenaar die individueel schikt expliciet de mogelijkheid om te bedingen dat de vordering op de resterende hoofdelijke schuldenaren wordt verminderd met zijn draagplicht, zodat hij niet langer in regres kan worden aangesproken. In geval van collectieve schikkingen op basis van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, wordt de overeenkomst zelfs wettelijk "geacht" een dergelijk beding in te houden (zie artikel 7:910 lid 1 BW).

Ook is de voorgestelde wijze van implementatie niet geheel juist. Het huidige concept lid 2 van artikel 6:193p BW stelt dat de overgebleven inbreukplegers kunnen worden aangesproken voor "de na de schikking resterende schade". Dat lijkt te suggereren dat de benadeelde de vordering op de resterende, niet aan de schikking deelnemende inbreukmakers slechts hoeft te verminderen met het bedrag dat hij uit de schikking heeft ontvangen. Dat is niet de strekking van artikel 19(2) van de Richtlijn. Beoogd is dat de vordering jegens de resterende inbreukmakers wordt verminderd met het aandeel van de schikkende partij, óók als dat aandeel blijkt hoger te zijn dan het bedrag dat de benadeelde uit de schikking ontving.⁷ Artikel 19(2) Richtlijn spreekt dan ook niet van de "resterende schade" maar van de (na aftrek van het aandeel van de schikkende partij) "resterende schadeclaim". Het zelfde probleem doet zich voor met betrekking tot het derde lid van het voorgestelde artikel 6:193p BW (dat ziet op de zogenoemde "faillissementsomslag").

Om misverstanden voorkomen, verdient het overweging om de tekst van artikel 6:193p BW (en de MvT) beter te laten aansluiten op de tekst en de strekking van artikel 19 van de Richtlijn, door niet te spreken van de "resterende schade", maar van de "resterende schadeclaim" (of woorden van gelijke strekking).

⁶ Zie voor een uitgebreidere beschouwing hierover J.S. Kortmann, 'Collective Settlements en Individuele Schikkingen door Hoofdelijk Aansprakelijke Debiteuren', Tijdschrift Voor Privaatrecht 2010, pp. 1167-1177.

⁷ Zie ook nr. 51 van de considerans bij de Richtlijn ("Het gevolg van deze niet-bijdrageregeling is dat de schadeclaim van de benadeelde partij wordt verminderd met het aandeel van de bij de schikking betrokken inbreukpleger in de veroorzaakte schade, ongeacht of de omvang van de schikking gelijk is aan dan wel verschilt van het relatieve aandeel in de schade dat door een andere bij de schikking betrokken inbreukpleger is toegebracht aan de bij de schikking betrokken benadeelde partij.")

3. *Bijzondere gronden voor stuiting van de verjaring*

Verder plaatsen wij enkele kanttekeningen bij de wijze waarop het Voorontwerp voorziet in de implementatie van artikel 10 van de Richtlijn. Lid 4 van dat artikel bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de civielrechtelijke verjaringstermijn voor het instellen van schadevergoedingsvorderingen – door lid 3 gesteld op minimaal vijf jaar – "wordt geschorst dan wel wordt gestuit wanneer een mededingingsautoriteit een handeling verricht tot onderzoek of vervolging van de inbreuk op het mededingingsrecht waarop de schadevordering betrekking heeft. De schorsing eindigt ten vroegste één jaar na de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing of nadat de procedure op andere wijze is beëindigd". De Europese wetgever beoogde met deze bepaling slachtoffers van een inbreuk op het mededingingsrecht een redelijke kans te bieden om schadevorderingen in te stellen.

In de rechtspraak is (bepaald) niet onverdeeld positief gereageerd op deze bepaling van de Richtlijn. Een aantal schrijvers heeft erop gewezen dat zo lang de civielrechtelijke verjaringstermijnen nog lopen, minnelijk overleg moeilijk op gang komt. Gedaagde partijen zijn terughoudend om minnelijk overleg aan te gaan, als een schikking ertoe kan leiden dat er nieuwe schadeclaims worden ingediend. Het zou dan ook vanuit het perspectief van zowel gedaagden als eisers – alsook vanwege het algemene belang bij buitengerechtelijke geschillenbeslechting – beter zijn geweest als de Richtlijn zou hebben voorzien in één uniforme civielrechtelijke verjaringstermijn voor heel Europa, van niet al te lange duur – zeg: twee jaar vanaf bekendwording van de inbreuk – die door middel van een eenvoudige sommatiebrief zou kunnen worden gestuit door een slachtoffer van een mededingingsrechtelijke inbreuk.⁸

Wij delen die vanuit de praktijk opgeworpen bezwaren. Hoewel dat er (uiteraard) niet aan kan afdoen dat artikel 10 Richtlijn moet worden geïmplementeerd, menen wij dat vermeden moet worden dat de implementatie op zodanig wijze plaatsvindt, dat de verjaringstermijnen naar Nederlands recht langer zullen zijn dan volgens de Richtlijn noodzakelijk is. Het ter implementatie voorgestelde artikel 6:193u BW lijkt daarin echter toch te resulteren. Het artikel luidt (voor zover hier relevant):

Artikel 193u

1. Onverminderd het bepaalde in de artikelen 316, 317 en 318 van Boek 3 wordt de verjaring van een rechtsvordering tot vergoeding van schade gestuit door:
 - a. [...];
 - b. een handeling van een mededingingsautoriteit ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de inbreuk op het mededingingsrecht waarop de rechtsvordering betrekking heeft.
[...]

Artikel 10(4) Richtlijn eist niet meer dan dat de verjaring van de rechtsvordering "wordt geschorst dan wel wordt gestuit" tot ten minste één jaar na de vaststelling van een definitieve inbreukbeslissing of nadat het de procedure van de mededingingsautoriteit op andere wijze is beëindigd. De opstellers van het Voorontwerp Implementatiewet merken in de concept MvT op dat het Nederlandse recht "een schorsing van een verjaringstermijn, dat wil zeggen, een onderbreking van een lopende verjaringstermijn die na afloop van de schorsing weer verder loopt", niet kent.⁹ Met het toekennen

⁸ Zie J.S. Kortmann and R.Wesseling, "Two Concerns Regarding the European Draft Directive on Antitrust Damages", CPI Antitrust Chronicle 2013(1), pp. 7-9 en E-J Zippro, "Het Richtlijnvoorstel betreffende schadevorderingen wegens mededingingsinbreuken", Mededingingsrecht in de Praktijk 2013(8), p. 282.

⁹ Concept MvT, p. 19.

van stuitende werking – dat ons recht wel kent – aan de handelingen van een mededingingsautoriteit, zou het doel van de Richtlijn ook worden bereikt.

Vooropgesteld zij, dat twijfelachtig is of ons recht schorsing van verjaringstermijnen inderdaad "niet kent". Weliswaar is in ons huidige BW gekozen voor verlenging van de verjaring in gevallen waarin onder Oud BW schorsing aan de orde was,¹⁰ maar schorsing lijkt niet geheel uit ons burgerlijke recht te zijn verdwenen (zie bijvoorbeeld artikel 611g lid 2 Rv en artikel 7:23 lid 3 BW). Dat gezegd hebbend, wordt in de concept-MvT terecht opgemerkt dat het doel van artikel 10(4) Richtlijn ook bereikt kan worden door het toekennen van stuitende werking aan de handelingen van de mededingingsautoriteit. Hoewel de voorgestelde tekst van artikel 6:193u lid 1 sub b BW niet helemaal eenduidig is, veronderstellen wij dat daarmee is beoogd dat de verjaringstermijn telkens wordt gestuit door een autoriteit ter verrichting van een onderzoek of procedure met betrekking tot de overtreding (vgl. artikel 64 lid 1 Mw).¹¹ Gevolg is dan ook dat na het uitbrengen van de inbreukbeslissing – doorgaans de laatste relevante handeling van de mededingingsautoriteit – ingevolge artikel 3:319 BW een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen, gelijk aan de oorspronkelijke (van vijf jaar). Daarmee voldoet het Voorontwerp ruimschoots aan de eis van de Richtlijn, dat slachtoffers van een inbreuk na de inbreukbeslissing nog ten minste één jaar de kans krijgen om hun vorderingen in te stellen. Tegelijk is echter duidelijk dat de keus van de wetgever voor stuitende werking ertoe zal leiden dat de verjaringstermijn naar Nederlands recht vier jaar langer zal voortduren dan de Richtlijn vergt. Wij betwijfelen om de reeds genoemde redenen of dat wenselijk is. Het lijkt in ieder geval niet in overeenstemming te zijn met het in de concept MvT uitgesproken uitgangspunt dat "het wetsvoorstel ... overeenkomstig Aanwijzing 331 van de Aanwijzingen voor de regelgeving geen bepalingen [bevat] die verder gaan dan voor de implementatie van de richtlijn noodzakelijk is".¹²

Het verdient dan ook overweging om aan handelingen van de mededingingsautoriteiten geen stuitende werking toe te kennen, maar in plaats daarvan te kiezen voor een *verlenging* van de verjaring. Ook dat past in de systematiek van ons BW. Artikel 3:321 BW geeft een aantal gronden voor verlenging van de verjaring. Artikel 3:320 BW bepaalt vervolgens dat een verjaringstermijn voortduurt totdat zes maanden na het verdwijnen van een verlengingsgrond zijn verstreken. Door de onderzoekshandelingen van de mededingingsautoriteit als een verlengingsgrond aan te merken en daarbij te bepalen dat de verjaringstermijn – in afwijking van de regel van 3:320 BW – voortduurt totdat één jaar na het verdwijnen van deze verlengingsgrond is verstreken, kan men ook artikel 10(4) Richtlijn implementeren. Om met Meijers te spreken, die over het vervangen van de schorsing door de verlenging opmerkte: "Met verlenging van de termijn kan de wetgever op eenvoudiger en billijker wijze hetzelfde doel bereiken".¹³

4. Toegang tot Bewijsmateriaal

Toegang tot bewijsmateriaal kan van groot belang zijn voor de effectieve uitoefening van het recht op schadevergoeding. Een gebrek aan informatie over een kartel kan een barrière voor benadeelden vormen om vergoeding van de geleden schade te verkrijgen aangezien de stelplicht en bewijslast ter zake van de geleden schade rust op de partij die vergoeding van de geleden schade vordert. Dit zou met name het geval kunnen zijn bij stand-alone kartelschadevergoedingsacties, omdat die procedures zich kenmerken door het feit dat er nog geen besluit van een mededingingsautoriteit is waarin de

¹⁰ Zie bijvoorbeeld Asser-Mijnssen 3-I, nr. 440 en uitgebreider Asser/Hartkamp 4-I 1992/681a (negende druk).

¹¹ Concept MvT, p. 20.

¹² Concept MvT, p. 1.

¹³ Parl. Gesch. Boek 3, p. 938.

kartelgedragingen, alsook de reikwijdte en duur daarvan zijn beschreven. In de considerans bij de Richtlijn wordt het belang van toegang tot bewijsmateriaal ook erkend:

“(14) Schadevorderingen wegens inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie of het nationale mededingingsrecht vereisen doorgaans een complexe feitelijke en economische analyse. Het bewijsmateriaal dat nodig is om een schadevordering te staven, is vaak enkel in het bezit van de tegenpartij of van derden, en is onvoldoende bekend bij of is onvoldoende toegankelijk voor de eiser. Onder die omstandigheden kunnen strikte wettelijke voorwaarden voor eisende partijen om reeds bij de aanvang van een vordering in detail alle feiten van hun zaak uiteen te zetten en nauwkeurig gespecificeerde bewijsstukken ter staving over te leggen, de effectieve uitoefening van het door het VWEU gegarandeerde recht op schadevergoeding onnodig belemmeren.

(15) Bewijsmateriaal is een belangrijk element om schadevorderingen wegens inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie of het nationale mededingingsrecht in te stellen. Aangezien mededingingsgeschillen gekenmerkt worden door informatieasymmetrie, is het passend ervoor te zorgen dat eisers het recht hebben toegang te krijgen tot voor hun schadeclaim relevant bewijsmateriaal, zonder dat zij individuele bewijsstukken moeten aanwijzen. Om gelijke middelen te garanderen, moeten ook verweerders in schadevergoedingszaken over die middelen beschikken, zodat ook zij eisers om de toegang tot bewijsmateriaal kunnen verzoeken. Nationale rechterlijke instanties moeten de mogelijkheid hebben om ook derden, met inbegrip van overheidsinstanties, te gelasten toegang te verlenen tot bewijsmateriaal. Wanneer de nationale rechterlijke instantie de Commissie wil gelasten toegang te verlenen tot bewijsmateriaal, zijn het beginsel van artikel 4, lid 3, VEU inzake loyale samenwerking tussen de Europese Unie en de lidstaten en artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1/2003 met betrekking tot verzoeken om inlichtingen van toepassing. Wanneer nationale rechterlijke instanties overheidsinstanties gelasten toegang te verlenen tot bewijsmateriaal, zijn de beginselen van juridische en administratieve samenwerking uit hoofde van het Unierecht of het nationale recht van toepassing.”

Tegen die achtergrond is in Hoofdstuk II van de Richtlijn (artikelen 5-8) het recht op toegang tot bewijsmateriaal geregeld. De kern van deze regeling is dat de nationale rechter in ruime mate toegang kan verschaffen tot bewijsmateriaal, waarbij de nationale wet de evenredigheid zal moeten waarborgen van de mogelijkheid tot het verkrijgen van toegang tot het bewijsmateriaal.

De wetgever stelt in de concept-MvT bij het Concept Wetsvoorstel onder artikel 845 Rv dat de regeling van artikel 843a Rv, op één punt na, ruimere toegang tot bewijsmateriaal biedt dan op grond van artikel 5 van de Richtlijn in ieder geval moet worden gerealiseerd. Artikel 5 van de Richtlijn staat slechts in de weg aan de beperking van artikel 843a lid 4 Rv, dat geen beroep kan worden gedaan op het recht op toegang als een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder toegang tot het bewijsmateriaal is gewaarborgd, aldus de wetgever.

Relevant om in dit kader op te merken is dat in de praktijk de Nederlandse rechter tot dusver terughoudend lijkt te zijn met het honoreren van artikel 843a Rv vorderingen in deze context.¹⁴ Enkele leden van de vereniging die veelal eisende partijen in procedures over kartelschadevergoeding bijstaan, zijn het oordeel toegedaan dat het Nederlandse instrument om inzage te verkrijgen tot nog toe onvoldoende effectief is gebleken bij het reduceren van de informatie-asymmetrie in kartelschadezaken, een van de centrale doelstellingen van de Richtlijn.

Daar staat echter de mening van andere leden van de vereniging tegenover dat Nederlandse rechters op dit vlak vooral terughoudend lijken te zijn geweest vanwege de stand van de procedure waarin partijen de rechter gevraagd hebben om inzage in stukken en bescheiden. Bovendien menen deze leden dat het instrument van artikel 843a Rv – zeker gezien de ruime uitleg die de Hoge Raad inmiddels aan het artikel geeft – de rechter veel ruimte geeft om, zodra de rechter daartoe aanleiding ziet, overlegging van allerhande relevante documentatie te gelasten. De vraag is dan ook of een

¹⁴ Zie onder meer Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1778; Rb. Amsterdam 25 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1780; Rb. Limburg 25 februari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:1791; Rb. Den Haag 1 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1870.

wetswijziging noodzakelijk is, in plaats van het aan de rechterlijke macht te laten om het bestaande (en op punten aan te passen) instrumentarium richtlijnconform te hanteren. In dat kader tekenen zij aan dat een eventuele ruimhartigere toepassing van dit instrument in de toekomst ook implicaties zal moeten hebben voor de wijze waarop wordt omgegaan met informatieverzoeken zijdens gedaagden, bijvoorbeeld ten behoeve van een *passing on*-verweer (zie ook artikel 13 Richtlijn).

Gewichtige redenen

In het voorgestelde artikel 845 Rv wordt afgeweken van artikel 843a Rv in die zin dat het recht op toegang tot bewijsmiddelen niet wordt beperkt in situaties waarin een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder toegang tot het bewijsmateriaal is gewaarborgd.

Het voorgestelde artikel 845 Rv bevat evenwel, conform artikel 843a lid 4 Rv, de bevoegdheid voor degene die bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, om inzage, afschrift of uittreksel daarvan te weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn.

Leden van de vereniging die eisers bij staan werpen de vraag op of deze bevoegdheid in lijn is met de Richtlijn in de zin dat het zou kunnen leiden tot een beperktere toegang tot bewijsmateriaal dan in de Richtlijn wordt beoogd. Zij menen dat de Richtlijn voorop stelt dat toegang tot bewijsmateriaal wordt verleend op verzoek van een eiser of verweerder die daartoe een met redenen omkleed verzoek doet waarin de beschikbare feiten en het beschikbare bewijsmateriaal wordt aangedragen om de schadeclaim of het verweer aannemelijk te maken (artikel 5 lid 1 Richtlijn). Dat verzoek kan zich vanuit eiser/verweerder richten tegen de verweerder/eiser of tegen derden (artikel 5 lid 1 Richtlijn) en kan zien op specifieke bewijsstukken of categorieën bewijsmateriaal die zo nauwkeurig en beperkt mogelijk worden omschreven (artikel 5 lid 2 Richtlijn). Ten aanzien van vertrouwelijk materiaal dat niet valt binnen het bereik van de artikelen 6 of 7 van de Richtlijn, zou in de visie van die leden gelden ingevolge artikel 5 lid 4 van de Richtlijn dat het aan de rechter is om te beslissen *op welke wijze* – dus niet: *of* – deze informatie zal worden gedeeld, in het licht van de betrokken belangen. De Richtlijn zou niet de ruimte laten om de informatieverstrekking vanwege gewichtige redenen te weigeren.

Leden van de vereniging die vooral gedaagden bijstaan wijzen erop dat artikel 5 lid 1 Richtlijn niet beoogt vast te leggen onder welke voorwaarden de nationale rechter toegang tot documentatie moet verlenen, maar er enkel toe strekt ervoor te zorgen dat de gerechtelijke instanties – daar waar zulks nog niet het geval is – *de mogelijkheid* krijgen om overlegging van bescheiden over te leggen. Dat volgt uit de tekst van artikel 5 lid 1 Richtlijn: "... de verweerder of een derde partij kunnen gelasten toegang te verlenen tot het relevante bewijsmateriaal ..." (vgl ook lid 2 "... de bevoegdheid heeft om toegang te gelasten ...). De Richtlijn bepaalt vervolgens dat de rechter in zijn afweging om informatie te laten verstrekken rekening houdt met de rechtmatige belangen van alle betrokken partijen en derden, waarbij diegenen die gelast worden toegang te verlenen uiteraard in de gelegenheid gesteld moet worden om die belangen naar voren te brengen (artikel 5 lid 3 en lid 7 Richtlijn). In de visie van deze leden blijkt uit niets dat een de nationale rechter niet zou mogen oordelen dat een "gewichtige reden" in de weg staat aan toewijzing van een verzoek om overlegging van bescheiden.

* * *