

## CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. MAZÁK

van 16 december 2010<sup>1</sup>**I — Inleiding**

1. In het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing wenst de verwijzende rechter te vernemen of en, zo ja, in hoeverre een nationale mededingingsautoriteit informatie die haar overeenkomstig de clementieregeling van die autoriteit vrijwillig is verstrekt door leden van een kartel, aan een gelaedeerde derde openbaar mag maken ter voorbereiding van een door deze derde in te stellen schadevordering ter zake van de vermeende, door het kartel veroorzaakte schade. Het Hof wordt in het bijzonder gevraagd te onderzoeken of de openbaarmaking van die informatie afbreuk kan doen aan de doeltreffende handhaving van het mededingingsrecht van de Europese Unie (EU) en het systeem van samenwerking en uitwisseling van informatie tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten overeenkomstig de artikelen 11 en 12 van 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 (hierna: „verordening nr. 1/2003”)<sup>2</sup>.

2. Volgens mij vereist het prejudiciële verzoek in het bijzonder dat het Hof de eventueel

uiteenlopende belangen tegen elkaar afweegt en met elkaar in evenwicht brengt van enerzijds, het waarborgen van de doeltreffendheid van clementieregelingen die zijn opgezet voor het opsporen, bestraffen en uiteindelijk afschrikken van onrechtmatige kartels overeenkomstig artikel 101 VWEU, en anderzijds, het recht van iedere burger om een schadevordering in te stellen ter zake van het door hem als gevolg van die kartels geleden nadeel.

3. De onderhavige zaak verlangt derhalve van het Hof dat het een oordeel geeft over de schijnbaar met elkaar tegenstrijdige belangen van enerzijds, het waarborgen van de doeltreffende handhaving van artikel 101 VWEU, en anderzijds, de mogelijkheid van een vermeend gelaedeerde om inzage in gegevens te verkrijgen<sup>3</sup>, die in een civielrechtelijke schadevordering tegen een lid van een kartel als bewijs zullen worden overgelegd en die daarom die gelaedeerde persoon kan ondersteunen bij het waarborgen van zijn recht op een doeltreffende voorziening in een civielrechtelijke procedure wegens schending van artikel 101 VWEU. Het fundamentele recht op een doeltreffende voorziening bij die rechter wordt mijns inziens verzekerd door artikel 47, in samenhang met artikel 51, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB L 1, blz. 1.

3 — In het bezit van een instantie van een lidstaat, in dit geval een nationale mededingingsautoriteit aangewezen overeenkomstig artikel 35 van verordening nr. 1/2003.

Europese Unie (hierna: „Handvest”)<sup>4</sup>, zoals uitgelegd in het licht van artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”)<sup>5</sup> inzake het recht op een eerlijk proces, en door de hierop betrekking hebbende rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

en aan vijf individueel aansprakelijk gestelde personen. Die beschikkingen waren mede gebaseerd op gegevens en bescheiden die het Bundeskartellamt in het kader van zijn clementieregeling had verkregen.

## II — Hoofdedging en prejudiciële vraag

4. Bij intussen definitief geworden beschikkingen van januari 2008 heeft het Bundeskartellamt van de Bondsrepubliek Duitsland (federale mededingingsautoriteit), onder meer op grond van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU), wgens afspraken met betrekking tot prijzen en het stilleggen van productiecapaciteit, boetes opgelegd van in totaal 62 000 000 EUR aan de drie grootste Europese producenten van decorpapier (speciaal papier voor de bekleding van houtwerk)

5. Pfleiderer AG (hierna: „Pfleiderer”) neemt decorpapier af en is een van de drie grootste producenten van houtwerk, oppervlaketeveredelingsmaterialen en laminaatvloeren ter wereld. Zij stelt dat zij in de laatste drie jaar goederen ter waarde van 60 000 000 EUR heeft gekocht bij de decorproducenten die het voorwerp van de procedure waren. Ter voorbereiding van een civielrechtelijke schadevordering verzocht zij het Bundeskartellamt bij brief van 26 februari 2008 om inzage in alle stukken die betrekking hadden op de kartelrechtelijke boeteprocedure met betrekking tot decorpapier.

4 — Krachtens artikel 6, lid 1, VEU, geldt: „De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.”

5 — Ondertekend te Rome op 4 november 1950. Overeenkomstig artikel 6, lid 3, VEU, geldt: „De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.” Zie ook artikel 52, lid 3, van het Handvest dat bepaalt: „Voor zover dit handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het [EVRM], zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.”

6. Nadat Pfleiderer de drie geanonimiseerde boetebeschikkingen en een lijst van het bij het onderzoek verzamelde bewijsmateriaal had ontvangen, verzocht zij uitdrukkelijk in een tweede brief om ook inzage te verkrijgen in de clementieverzoeken, de stukken die vrijwillig zijn overgelegd door degenen die immuniteit hebben verkregen, en het verzamelde bewijsmateriaal. Bij brief van 14 oktober 2008 deelde het Bundeskartellamt Pfleiderer mee dat het slechts ten dele zou ingaan op

dat verzoek en dat enkel inzage zou worden verleend in een versie van het dossier waaruit vertrouwelijke bedrijfsgegevens, interne stukken en stukken in de zin van punt 22 van de clementieregeling van het Bundeskartellamt<sup>6</sup> waren verwijderd.

7. Pfleiderer heeft tegen dit besluit beroep ingesteld bij het Amtsgericht te Bonn, ten-einde die rechter in dezen te laten beslissen.

8. Op 3 februari 2009 heeft het Amtsgericht in eerste instantie een beschikking gegeven waarin Pfleiderer op essentiële punten in het gelijk werd gesteld. Het Amtsgericht stelde dat overeenkomstig § 406e Strafprozessordnung (het Duitse wetboek van strafvordering; hierna: „StPO”)<sup>7</sup>, die het recht op inzage in stukken door het slachtoffer in strafzaken regelt en die volgens § 46, leden 1 en 3, vierde

zin, in fine, van het Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (de Duitse wet inzake administratieve overtredingen; hierna: „OWiG”), van overeenkomstige toepassing is in kartelrechtelijke administratieve inbreukprocedures, een advocaat die optreedt namens de gelaedeerde, de stukken en het door de autoriteiten bewaarde bewijsmateriaal kan inzien, indien hij aantoonbaar daarbij een rechtmatig belang te hebben. Volgens de verwijzende rechter moet Pfleiderer als gelaedeerde worden beschouwd, daar moet worden aangenomen dat zij als gevolg van het kartel te hoge prijzen heeft betaald voor de goederen die zij bij de leden van het kartel heeft betrokken. Er is ook sprake van een rechtmatig belang wanneer de betrokkene met zijn verzoek om inzage in de stukken een civielrechtelijke schadevordering wil voorbereiden. Inzage moet ook worden verleend in de stukken in het dossier die door de indieners van een clementieverzoek vrijwillig aan het Bundeskartellamt zijn overgelegd en derhalve informatie zijn in de zin van punt 22 van de clementieregeling van het Bundeskartellamt. Waar het gaat om vertrouwelijke bedrijfsgegevens en interne stukken [dat wil zeggen notities over beraadslagingen van het Bundeskartellamt of briefwisseling in het kader van het Europese netwerk van mededingingsautoriteiten (hierna: „ECN”) met het oog op de toewijzing van zaken], is het recht op inzage beperkt. De omvang van het recht op inzage moet worden bepaald aan de hand van een afweging van de met elkaar strijdige belangen en is beperkt tot die stukken in het dossier die nodig zijn voor de onderbouwing van de schadevordering.

6 — Punt 22 van mededeling nr. 9/2006 van het Bundeskartellamt betreffende immunititeit tegen en vermindering van geldboeten in kartelzaken — Clementieregeling — van 7 maart 2006 bepaalt: „Het Bundeskartellamt zal verzoeken van derden om inzage in het dossier of om informatie in het kader van zijn bij wet verleende beoordelingsbevoegdheid in beginsel afwijzen voor zover het gaat om verzoeken om kwijtschelding of vermindering van geldboeten en de in verband daarmee overgelegde bewijzen.” Mededeling te vinden op: [http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter\\_deutsch/06\\_Bonusregelung.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Merkblaetter/Merkblaetter_deutsch/06_Bonusregelung.pdf).

7 — § 406e StPO, getiteld „Inzage in dossiers”, bepaalt:  
 „1. Een advocaat mag namens de gelaedeerde dossiers inzien waarover de rechter de beschikking heeft of die in geval van een publiekrechtelijke aanklacht aan de rechter moeten worden overgelegd en hij mag tevens de door de administratie bewaarde bewijsstukken inzien indien hij aantoonbaar daarbij een rechtmatig belang te hebben. [...]  
 2. Inzage in de stukken moet worden geweigerd indien beschermingswaardige belangen van degene die in rechte vervolgd wordt of andere personen daaraan in de weg staan. Ook kan inzage worden geweigerd indien het doel van het onderzoek daardoor gevaar lijkt te lopen of de procedure daardoor aanzienlijke vertraging zou oplopen [...]”

9. Volgend op een tegen die beschikking ingesteld rechtsmiddel, heeft het Amtsgericht Bonn de stand van de procedure teruggedraaid tot die vóór de beschikking. Hoewel het zijn eerdere rechtsopvatting wil handhaven, meent het Amtsgericht dat door de beoogde beschikking de huidige versie van de clementieregeling van het Bundeskartellamt impliciet onverenigbaar wordt verklaard met § 406e StPO en § 46, lid 1, OWiG. Het verwijst daarbij in het bijzonder naar punt 22 van de clementieregeling van het Bundeskartellamt.

10. De verwijzende rechter meent echter dat de beoogde beschikking in strijd kan zijn met de artikelen 11 en 12 van verordening nr. 1/2003 en artikel 10, tweede alinea, EG (thans artikel 4, lid 3, VEU), juncto artikel 3, lid 1, sub g, EG. Volgens de verwijzende rechter verplichten de artikelen 11 and 12 van verordening nr. 1/2003 de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten tot nauwe samenwerking en voorzien deze artikelen in een onderlinge uitwisseling van informatie, met inbegrip van vertrouwelijke mededelingen, teneinde deze als bewijs te gebruiken in procedures over de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG (thans de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU). De doeltreffendheid en werking van deze bepalingen kunnen vereisen dat derden die schade hebben geleden, tijdens boeteprocedures krachtens het EU-mededingingsrecht, inzage wordt geweigerd in clementieverzoeken en stukken die vrijwillig zijn overgelegd door degenen die immuniteit hebben verkregen. Indien het Bundeskartellamt verplicht zou worden om deze bescherming te versoepelen teneinde derden in strijd

met punt 22 van zijn clementieregeling inzage te geven in clementieverzoeken, zou dit twee ernstige gevolgen hebben.

11. In de eerste plaats zou de Commissie het Bundeskartellamt niet langer gegevens verstrekken die voortkomen uit clementieverzoeken. Ook de andere ECN-leden zouden het Bundeskartellamt niet langer dergelijke gegevens doorgeven, voor zover de nationale mededingingsautoriteiten van de andere lidstaten in hun nationale clementieregelingen hebben voorzien in bescherming tegen openbaarmaking, als bedoeld in het ECN-clementieregelingsmodel.<sup>8</sup> Daardoor zou niet alleen de samenwerking binnen het ECN concurrentienetwerk ernstig worden gestoord, maar dit zou ook betekenen dat binnen het ECN geen efficiënte toewijzing van zaken meer mogelijk was. Hiermee zou de werking van het gehele ECN-netwerk op losse schroeven komen te staan.

12. In de tweede plaats zou het gevaar bestaan dat ondernemingen wellicht worden afgeschrikt om in het kader van de clementieregeling mee te werken en dat kartels als gevolg daarvan niet worden aangemeld en onopgespoord blijven, daar degene die om clementie

<sup>8</sup> — Vastgesteld op 29 september 2006; te vinden op [http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf).

verzoekt, moet vrezen dat de vrijwillig door hem overgelegde stukken en gegevens rechtstreeks tegen hem gebruikt kunnen worden in civielrechtelijke schadevorderingen. Als dan zou hij zelfs in een slechtere situatie komen te verkeren dan de andere karteldeelne­mers die niet met de mededingingsautoriteit meewerken.

13. In het licht van deze twijfel heeft het Amtsgericht de procedure geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moeten de kartelrechtelijke bepalingen van het gemeenschapsrecht — inzonderheid de artikelen 11 en 12 van verordening nr. 1/2003 en artikel 10, tweede alinea, EG juncto artikel 3, lid 1, sub g, EG — aldus worden uitgelegd dat personen die ten gevolge van een kartel schade hebben geleden, met het oog op burgerrechtelijke aanspraken geen inzage mogen krijgen in clementieverzoeken en in de door de indieners daarvan in dat verband vrijwillig verstrekte gegevens en documenten die een mededingingsautoriteit van een lidstaat overeenkomstig een nationaal clementieprogramma heeft verkregen in het kader van een (ook) tot toepassing van artikel 81 EG strekkende procedure waarbij een geldboete kan worden opgelegd?”

### III — Procesverloop voor het Hof

14. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Pfleiderer, Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG, Technocell Dekor GmbH & Co. KG, Arjo Wiggins Deutschland GmbH, de Belgische, de Tsjechische, de Duitse, de Nederlandse, de Cypriotische, de Spaanse en de Italiaanse regering, de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA. De terechtzitting vond plaats op 14 september 2010. De Belgische, de Cypriotische en de Nederlandse regering hebben geen mondelinge opmerkingen gemaakt, maar Munksjød Paper GmbH wel.

15. Pfleiderer meent dat de situatie in het hoofdgeding een zuiver nationaal geschil is, gebaseerd op het Duitse procesrecht. Volgens haar heeft het Amtsgericht terecht besloten dat de weigering om inzage te verlenen in de betrokken clementiegegevens op grond van punt 22 van de clementieregeling van het Bundeskartellamt, onverenigbaar was met § 406e StPO. Zij is van mening dat de door het Amtsgericht gestelde vraag ontkennend moet worden beantwoord, aangezien het Unierecht op dit punt niet voldoende specifiek is en de andere mogelijke uitleggingsinstrumenten, zoals het ECN-clementieregelingsmodel, niet alleen niet precies zijn, maar ook juridisch niet-bindend.

16. Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG, Technocell Dekor GmbH & Co. KG, Arjo Wiggins Deutschland GmbH, de Belgische, de Tsjechische, de Duitse, de Nederlandse, de Cypriotische, de Spaanse en de Italiaanse regering zijn in wezen van mening dat personen die ten gevolge van een kartel schade hebben geleden, met het oog op burgerrechtelijke aanspraken geen inzage behoren te krijgen in clementieverzoeken of in de gegevens en bescheiden die door clementieverzoekers vrijwillig zijn verstrekt aan een mededingingsautoriteit van een lidstaat overeenkomstig een nationale clementieregeling in het kader van een onder meer tot toepassing van artikel 101 VWEU strekkende boeteprocEDURE.

17. De Commissie meent in wezen dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de verklaringen die indieners van een clementieverzoek vrijwillig verstrekken over hetgeen zij weten over een kartel en de rol die zij daarin spelen en die speciaal zijn opgesteld om in het kader van een clementieregeling<sup>9</sup>, als een zogenoemde „ondernemersverklaring”, te worden overgelegd, en de andere reeds bestaande, door een indiener van een clementieverzoek overgelegde documenten. Volgens haar moet ten aanzien van ondernemersverklaringen, met het oog op burgerrechtelijke aanspraken geen inzage worden verleend aan personen die ten gevolge van een kartel schade hebben geleden, aangezien hierdoor degene die om clementie verzoekt, in een civiele procedure in een slechtere positie komt te verkeren dan

de andere kartelleden, en daarmee aan de doeltreffendheid van de clementieregeling zou worden afgedaan. Inzage in de andere, door de clementieverzoeker overgelegde stukken zou, zo stelt de Commissie, per geval moeten worden bekeken. De Commissie ziet een analogie met haar praktijk inzake het verstrekken van de in haar bezit zijnde gegevens aan de nationale rechterlijke instanties overeenkomstig artikel 15, lid 1, van verordening nr. 1/2003.<sup>10</sup>

18. De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA is van mening dat, gezien het feit dat de meeste in de Unie toegepaste clementieregelingen voorzien in een mondelinge procedure<sup>11</sup>, waarmee wordt voorkomen dat ondernemersverklaringen openbaar worden gemaakt ten behoeve van civielrechtelijke procedures, noch de effectiviteit van het mededingingsrecht van de Unie, noch een van zijn bepalingen in de weg staat aan een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een lidstaat inzage verleent in clementiestukken die zijn nationale mededingingsautoriteit onder zich heeft, aan een potentiële eiser in

9 — Zie naar analogie punt 31 van de mededeling van de Commissie van 2006 betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (hierna: „clementiemededeling”), PB C 298, blz. 17.

10 — Zie ook 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, PB 2004, C 101, blz. 54. Punt 26 luidt: „[D]e Commissie [kan] weigeren informatie toe te zenden aan de nationale rechterlijke instanties om dwingende redenen in verband met de noodzaak om de belangen van de Gemeenschap te beschermen of te voorkomen dat de Gemeenschap in haar functioneren en onafhankelijkheid wordt belemmerd, in het bijzonder doordat de vervulling van de haar opgedragen taken in gevaar wordt gebracht [...] Bijgevolg zal de Commissie de informatie die vrijwillig werd verstrekt door diegene die een beroep doet op de clementieregeling, niet aan de nationale rechterlijke instantie toezenden zonder toestemming van deze aanvrager.”

11 — Zie bijvoorbeeld punt 32 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9). Zie ook punt 28 van het ECN-clementieregelingsmodel (aangehaald in voetnoot 8).

een civielrechtelijke schadevordering gericht tegen deelnemers van een geheim, onrechtmatig kartel.

toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie<sup>12</sup> en de hierop betrekking hebbende rechtspraak van het Hof misplaatst, aangezien hiermee ten onrechte beperkingen zouden worden gesteld aan wat een ruimer recht op toegang tot bewijsmateriaal lijkt te zijn van een vermeend gelaedeerde als Pfleiderer met het oog op de instelling van een civiele rechtsvordering krachtens § 406e StPO.

#### IV — Inleidende opmerkingen

19. Mijns inziens is het nuttig om de aandacht te vestigen op een aantal belangrijke aspecten van het hoofdgeding die naar voren komen uit het verzoek om een prejudiciële beslissing. In de eerste plaats wordt de inzage in de specifieke informatie die in het hoofdgeding aan de orde is, niet verlangd door een burger op grond van nationale transparantievoorschriften. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt veeleer dat Pfleiderer in beginsel, naar Duits recht, specifieke procedurele rechten heeft met betrekking tot inzage in gegevens over het kartel die het Bundeskartellamt onder zich heeft, doordat zij als gelaedeerde persoon wordt beschouwd die geacht wordt schade te hebben geleden als gevolg van het kartel en bij die inzage een rechtmatig belang heeft met het oog op de voorbereiding van een civielrechtelijke schadevordering. In die omstandigheden wordt geen inzage door een rechterlijke instantie krachtens § 406e StPO verleend aan Pfleiderer zelf, maar aan haar raadsman. Daarom lijkt iedere analogie met de voorschriften over transparantie en publieke toegang tot documenten die bijvoorbeeld zijn vastgesteld bij verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de

20. In de tweede plaats is het onderzoek van de specifieke inbreuk op het mededingingsrecht die in het hoofdgeding aan de orde is, beëindigd met de vaststelling van een boetebeschikking overeenkomstig, onder meer, artikel 101 VWEU, waartegen geen beroep meer open staat. In die omstandigheden kan inzage in de litigieuze informatie geen afbreuk doen aan het onderzoek van die specifieke inbreuk of van invloed zijn op de uitkomst van dat onderzoek. De onderhavige zaak dient daarom te worden onderscheiden van die zaken waarbij een benadeelde derde inzage wil verkrijgen in informatie in het bezit van een nationale mededingingsautoriteit, voordat deze een beschikking overeenkomstig het EU-mededingingsrecht heeft genomen. De vraag is echter nog wel of inzage in het hier aan de orde zijnde soort informatie, dat wil zeggen in de gegevens en bescheiden die vrijwillig in het kader van een clementieregeling zijn verstrekt, in het algemeen afbreuk zou kunnen doen aan het onderzoek naar inbreuken op artikel 101 VWEU en daarmee aan de

12 — PB L 145, blz. 43. Ik wijs erop dat er ten aanzien van de analoge toepassing van die verordening in de onderhavige context, twijfels zijn geuit door Firma Felix Schoeller Holding GmbH & Co. KG en Firma Technocell Dekor GmbH & Co. KG, de Duitse en de Spaanse regering en de Commissie in hun pleidooien voor het Hof.

toepassing van die artikelen door het Bundeskartellamt en de andere nationale mededingingsautoriteiten overeenkomstig de hun krachtens verordening nr. 1/2003 toegekende taken en bevoegdheden.

inzage heeft in de informatie die door een indiener van een clementieverzoek aan een nationale mededingingsautoriteit is verstrekt.

21. In de derde plaats staat in de prejudiciële vraag van het Amtsgericht centraal de inzage in de gegevens en bescheiden die door een indiener van een clementieverzoek zijn verstrekt. Uit de verwijzingsbeslissing lijkt naar voren te komen dat het Amtsgericht van oordeel is dat het recht op inzage in bedrijfsgegevens en interne stukken<sup>13</sup> beperkt is. Er is geen aanwijzing dat het Amtsgericht zijn oordeel op dat punt zou willen wijzigen. Daarom zal ik in deze conclusie bij het onderzoek van het probleem van de inzage in de gegevens en bescheiden die door de indiener van een clementieverzoek zijn overgelegd, ervan uitgaan dat deze geen vertrouwelijke bedrijfsgegevens bevatten of interne stukken zijn.

23. Na de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 zijn zowel de Commissie als de mededingingsautoriteiten van de lidstaten<sup>15</sup> bevoegd om de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU toe te passen.<sup>16</sup> Doordat de respectieve bevoegdheden van de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten tot toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU niet geheel, maar wel in aanzienlijke mate met elkaar overeenstemmen, komt een gedecentraliseerd handavingsstelsel tot stand dat gebaseerd is op parallelle bevoegdheden. De Commissie krijgt krachtens verordening nr. 1/2003 specifieke en gedetailleerde bevoegdheden om de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU toe te passen. Daarentegen passen de mededingingsautoriteiten van de lidstaten en ook de nationale rechterlijke instanties<sup>17</sup> de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU grotendeels toe overeenkomstig hun nationale rechtsorde<sup>18</sup>, krachtens het beginsel van procedurele autonomie, waarbij zij de

## V — Beoordeling

22. Met zijn vraag verlangt het Amtsgericht onder meer aanwijzingen te verkrijgen over de eventuele impact op het stelsel van samenwerking en uitwisseling van informatie, neergelegd in de artikelen 11 en 12 van verordening nr. 1/2003, indien een gelaedeerde derde<sup>14</sup>

15 — Zie artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1/2003 dat de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten en de nationale rechterlijke instanties verplicht om de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU toe te passen.

16 — Zie in het bijzonder de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 1/2003.

17 — Krachtens artikel 6 van verordening nr. 1/2003 zijn nationale rechterlijke instanties bevoegd tot toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU.

18 — Zie echter artikel 5 van verordening nr. 1/2003 dat de eventuele door de nationale mededingingsautoriteiten bij de toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU te nemen besluiten specifiek aangeeft.

13 — Zie punt 8 hierboven.

14 — Teneinde een schadevordering in te stellen.



beginselen van gelijkwaardigheid<sup>19</sup> en effectiviteit<sup>20</sup> in acht moeten nemen. Ik ben van mening dat overeenkomstig onder meer artikel 4, lid 3, VEU en verordening nr. 1/2003<sup>21</sup> de lidstaten de daadwerkelijke toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU op hun grondgebied moeten verzekeren.<sup>22</sup>

24. Teneinde het gevaar van tegenstrijdige toepassing van de parallelle bevoegdheden te beperken en onverminderd de procedurele autonomie die de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties in beginsel hebben, voert hoofdstuk IV van verordening nr. 1/2003, getiteld „Samenwerking”, een reeks procedurele regels in om te waarborgen dat het stelsel van parallelle bevoegdheden op een gecoördineerde en effectieve wijze functioneert. De Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten vormen in wezen een netwerk van publiekrechtelijke instanties<sup>23</sup>, die de EU-mededingingsregels in nauwe samenwerking toepassen.<sup>24</sup> Dit hoofdstuk heeft met name geleid tot een stelsel<sup>25</sup> van ECN-leden dat onder meer zorgt voor de verdeling van werkzaamheden en toewijzing van zaken tussen een of meer nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie, en de coherente toepassing van de Unierechtelijke mededingingsregels. Volgens mij moeten de nationale mededingingsautoriteiten hun werkzaamheden zodanig verrichten dat

19 — Het gelijkwaardigheidsbeginsel verlangt dat de betrokken nationale bepaling gelijkkelijk van toepassing is op vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het gemeenschapsrecht, en op vorderingen die zijn gebaseerd op schending van het nationale recht [zie naar analogie arresten van 1 december 1998, Levez (C-326/96, Jurispr. blz. I-7835, punt 41); 16 mei 2000, Preston e.a. (C-78/98, Jurispr. blz. I-3201, punt 55), en 29 oktober 2009, Pontin (C-63/08, Jurispr. blz. I-10467, punt 45)]. Ik merk op dat het dossier voor het Hof geen aanwijzing bevat dat er enig verschil is bij het verlenen van inzage aan een derde in de gegevens die door een clementieverzoeker aan het Bundeskartellamt zijn verstrekt, naargelang het nationale mededingingsrecht dan wel artikel 101 VWEU van toepassing is.

20 — Zie onder meer arresten van 14 december 1995, Peterbroeck (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 12); 4 juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Jurispr. blz. I-6057, punt 95); 28 juni 2007, Bonn Fleisch (C-1/06, Jurispr. blz. I-5609, punt 41), en 7 september 2006, Marrosu en Sardino (C-53/04 Jurispr. blz. I-7213, punt 52). Volgens vaste rechtspraak moet een procedurereguleerend verval in het nationale rechtsstelsel van een lidstaat de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (zie onder meer arrest van 15 april 2010, Barth (C-542/08, Jurispr. blz. I-3189, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — Zie in het bijzonder de artikelen 5 en 6.

22 — Door de vaststelling en inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 moeten de nationale mededingingsautoriteiten derhalve actief de daadwerkelijke toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU ten aanzien van ondernemingen ter hand nemen teneinde de naleving van hun verplichtingen krachtens die artikelen te waarborgen. Bovendien heeft het Hof in het arrest CIF verklaard dat „hoewel de artikelen [101 VWEU en 102 VWEU] als zodanig slechts betrekking hebben op het gedrag van ondernemingen en niet op wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten, dit niet wegneemt dat deze artikelen in samenhang met artikel [4, lid 3, VEU], dat een verplichting tot samenwerking in het leven roept, voorschrijven dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken”; arrest van 9 september 2003 (C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 — Het ECN.

24 — Zie punt 15 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

25 — Zie bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten (PB 2004, C 101, blz. 43) (hierna: „mededeling inzake samenwerking”) en de gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie betreffende het netwerk van de mededingingsautoriteiten (hierna: „gezamenlijke verklaring”), te vinden op [http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint\\_statement\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_nl.pdf). De mededeling inzake samenwerking geeft meer „gewicht” aan in het bijzonder de praktische uitvoeringsbepalingen voor de toepassing van de artikelen 11 en 12 van verordening nr. 1/2003. Volgens punt 72 en de bijlage bij de mededeling inzake samenwerking moeten nationale mededingingsautoriteiten de beginselen van deze mededeling, met inbegrip van de beginselen betreffende de bescherming van degenen die een beroep doen op een clementieregeling, onderschrijven en verklaren dat zij zich hieraan zullen houden.

de effectieve naleving van hun samenwerkingsverplichtingen krachtens verordening nr. 1/2003 wordt gewaarborgd.

25. Terwijl noch verordening nr. 1/2003 noch ook de mededeling inzake samenwerking enige bepaling bevat betreffende het aan derden verlenen van inzage in de informatie die door een aanvrager van clementie vrijwillig is verstrekt<sup>26</sup>, bepaalt punt 30 van het ECN-clementieregelingsmodel dat „[m]ondelinge verklaringen die zijn afgelegd in het kader van deze regeling enkel overeenkomstig artikel 12 van verordening nr. 1/2003 tussen de [mededingingsautoriteiten] worden uitgewisseld, indien aan de voorwaarden neergelegd in de [mededeling inzake samenwerking] is voldaan en mits de bescherming tegen openbaarmaking die door de ontvangende [mededingingsautoriteit] wordt verleend gelijkwaardig is aan die welke de verstrekkende [mededingingsautoriteit] biedt”.<sup>27</sup>

26 — Punten 26-28 van de mededeling inzake samenwerking (aangehaald in voetnoot 25) betreffen de uitwisseling en gebruik door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van vertrouwelijke inlichtingen overeenkomstig artikel 12 van verordening nr. 1/2003, terwijl de punten 37-42 van deze mededeling in het bijzonder betrekking hebben op het doorgeven van informatie die voortvloeit uit een clementieaanvraag tussen de ECN-leden (de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten) en het gebruik van die informatie door die leden. Zie ook de punten 3 en 5 van de toelichting op het ECN-clementieregelingsmodel (aangehaald in voetnoot 8).

27 — Punt 28 van het ECN-clementieregelingsmodel voorziet in de mogelijkheid om clementie mondeling aan te vragen, terwijl punt 29 bepaalt dat er geen inzage wordt gegeven in de registratie van de door de aanvrager mondeling afgelegde verklaringen voordat de mededingingsautoriteit zijn mededeling van punten van bezwaar aan partijen heeft verzonden. Zie ook de punten 48 en 49 van de toelichting op het ECN-clementieregelingsmodel (aangehaald in voetnoot 8).

26. Het ECN-clementieregelingsmodel is een niet-bindend instrument waarmee wordt getracht een de facto of „zachte” harmonisatie van de clementieregelingen van de nationale mededingingsautoriteiten tot stand te brengen om ervoor te zorgen dat kandidaat-aanvragers niet ervan worden weerhouden om een clementieverzoek in te dienen, omdat de clementieregelingen binnen het ECN onderling verschillend zijn. In het ECN-clementieregelingsmodel wordt daarom uiteengezet welke behandeling de aanvrager in iedere ECN-jurisdictie kan verwachten, wanneer alle clementieregelingen eenmaal aan elkaar zouden zijn aangepast. Bovendien tracht het ECN-clementieregelingsmodel verlichting te brengen in de lasten die zijn verbonden aan het indienen van meerdere aanvragen. Ondanks dat dit instrument en ook de andere instrumenten, zoals de mededeling inzake samenwerking en de gezamenlijke verklaring, geen wetgeving zijn, kan niet worden voorbijgegaan aan de praktische werking ervan, in het bijzonder voor de werkzaamheden van de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie. Het is dan ook te betreuren dat stukken zoals het ECN-clementieregelingsmodel en de gezamenlijke verklaring niet met het oog op transparantie en de toekomst in het *Publicatieblad van de Europese Unie* zijn bekendgemaakt.

27. In het licht van met name punt 30 van het ECN-clementieregelingsmodel en gelet op het feit dat er binnen de Unie geen enkele wettelijke bepaling op dit punt bestaat, ben ik van mening dat het bestaan van verschillende maatstaven voor de openbaarmaking

van vrijwillig door clementieaanvragers meegedeelde informatie aan derden, derhalve in potentie van invloed zou kunnen zijn op de samenwerkingsverplichtingen vervat in verordening nr. 1/2003.

28. Uit de aan het Hof overgelegde stukken, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, lijkt naar voren te komen dat de Zweedse mededingingsautoriteit bij het onderzoek naar de betrokken inbreuk met het Bundeskartellamt heeft samengewerkt. Er is echter geen aanwijzing dat er, behalve het Bundeskartellamt, nog een andere mededingingsautoriteit bevoegd was om artikel 101 VWEU toe te passen met betrekking tot het betrokken kartel, hetgeen de inleiding van een veelvoud van procedures voor verschillende autoriteiten en de eventuele doorverwijzing van de zaak overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 1/2003 tot gevolg had kunnen hebben.<sup>28</sup> Hoewel meervoudige

procedures bij nationale mededingingsautoriteiten zich neigen voor te doen in zaken waarin kartelleden om clementie verzoeken, aangezien deze kartelleden het — bij gebreke van een „one-stop-shop” clementieregeling in het Unierecht dan wel een Uniewijd stelsel van volledig geharmoniseerde clementieregelingen<sup>29</sup> — noodzakelijk kunnen achten om een clementieverzoek in te dienen bij alle overheidsinstanties die bevoegd zijn om artikel 101 VWEU toe te passen, zijn er geen aanwijzingen dat dit zich in het hoofdgeding voordoet. Ook merk ik op dat de verwijzende rechter specifiek in zijn verwijzingsbeslissing heeft aangegeven dat Pfleiderer geen inzage wil verkrijgen in de gegevens of bescheiden die het Bundeskartellamt onder zich heeft omdat deze hem in het kader van artikel 12 van verordening nr. 1/2003 waren meegedeeld.<sup>30</sup>

28 — Zie in het bijzonder de punten 16-19 van de mededeling inzake samenwerking (aangehaald in voetnoot 25). Punt 16 luidt: „Teneinde na te gaan of er meerdere procedures zijn ingeleid en ervoor te zorgen dat zaken worden behandeld door een geschikte mededingingsautoriteit, dienen de leden van het netwerk in een vroeg stadium te worden ingelicht over de zaken die bij de verschillende mededingingsautoriteiten aanhangig zijn. [...]” Volgens punt 17 voorziet verordening nr. 1/2003 „in een regeling waarbij de mededingingsautoriteiten elkaar informeren teneinde ervoor te zorgen dat zaken efficiënt en snel worden doorverwezen. Op grond van artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad zijn de [nationale mededingingsautoriteiten] verplicht, wanneer zij op grond van artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU] optreden, de Commissie vóór of onverwijld na het begin van de eerste formele onderzoeksmaatregel hiervan in kennis te stellen. In lid 3 wordt voorts bepaald dat de inlichtingen tevens ter beschikking kunnen worden gesteld van de andere [nationale mededingingsautoriteiten]. De bedoeling van artikel 11, lid 3, van de verordening van de Raad is om het netwerk in staat te stellen gevallen op te sporen waarin meerdere procedures zijn ingeleid en de problemen in verband met een mogelijke doorverwijzing aan te pakken zodra een autoriteit het onderzoek naar een zaak start.”

29. Daarom lijkt het erop dat de artikelen 11 en 12 van verordening nr. 1/2003 voor het onderhavige geding niet van belang zijn en het gedeelte van de gestelde vraag dat op die bepalingen betrekking heeft, zoals de

29 — Zie punt 38 van de mededeling inzake samenwerking (aangehaald in voetnoot 25).

30 — Artikel 12 van verordening nr. 1/2003 bepaalt dat de Commissie en de mededingingsautoriteiten de bevoegdheid hebben om informatie uit te wisselen en te gebruiken voor de toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU.

Commissie in haar opmerkingen aangeeft<sup>31</sup>, hypothetisch is.<sup>32</sup> Aangezien de verwijzingsbeslissing geen enkel concreet feit bevat met betrekking tot het probleem van de samenwerking krachtens hoofdstuk IV van verordening nr. 1/2003, zou het voor het Hof speculatief zijn om in de onderhavige zaak op dat punt een oordeel te geven.

die autoriteit in de toekomst in gevaar zou kunnen brengen.

30. De verwijzende rechter vraagt ook of het voornemen van de nationale mededingingsautoriteit om aan een gelaedeerde die een schadevordering wil indienen, inzage te verlenen in de gegevens en bescheiden die een indiener van een clementieverzoek vrijwillig aan deze autoriteit heeft verstrekt, de effectieve toepassing van artikel 101 VWEU door

31. Zowel de Commissie als de mededingingsautoriteiten van de lidstaten spelen duidelijk een belangrijke rol bij de handhaving van artikel 101 VWEU met betrekking tot onrechtmatige kartels. Gelet op het geheime karakter van de door artikel 101 VWEU verboden kartels zijn de daadwerkelijke opsporing van, het onderzoek naar en derhalve uiteindelijk het verbieden en bestraffen van deze inbreuken, die vaak tot de zwaardere van het mededingingsrecht worden gerekend wegens hun schadelijke uitwerking op de mededingingsstructuur<sup>33</sup>, zowel voor de Commissie als de nationale mededingingsautoriteiten niet eenvoudig gebleken.<sup>34</sup> In wat ik zou willen beschouwen als een opportunistische

31 — Pfeiderer meent dat de artikelen 11 en 12 van verordening nr. 1/2003 niet van belang zijn voor de onderhavige zaak. Het Toezichthoudend Orgaan van de EVA wijst in zijn opmerkingen, wanneer het de mededeling inzake samenwerking aanhaalt, op het puur nationaal karakter van de zaak voor het Amtsgericht.

32 — De krachtens artikel 267 VWEU ingestelde procedure is een instrument voor de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, dat het Hof in staat stelt de nationale rechter de elementen voor uitlegging van het Unierecht te verschaffen die laatsbedoelde nodig heeft om uitspraak te kunnen doen in het bij hem aanhangig geding. De geest van samenwerking die het verloop van de prejudiciële procedure moet beheersen, impliceert immers dat de verwijzende rechter oog heeft voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lidstaten, doch niet om adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren. Zie arrest van 5 februari 2004, Schneider (C-380/01, Jurispr. blz. I-1389, punten 20-23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — En die, wanneer zij zijn opgespoord en bewezen, tot het opleggen van niet alleen zware boetes kunnen leiden, maar in bepaalde lidstaten ook tot gevangenisstraffen.

34 — Zie naar analogie arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punten 55-57), waarin het Hof van oordeel was dat, aangezien het verbod op deelneming aan mededingingsversturende gedragingen en overeenkomsten en de sancties die overtreders riskeren, algemeen bekend zijn, de activiteiten die met die gedragingen en overeenkomsten verband houden, doorgaans clandestien worden verricht, de overeenkomsten in het geheim worden gehouden, meestal in een derde land, en de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt. Zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals de notulen van een vergadering, zijn die doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsversturende gedraging of overeenkomst worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherent verklaring het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden.

maatregel<sup>35</sup>, heeft de Commissie sinds 1996, met de vaststelling van haar mededeling betreffende het niet opleggen of het verminderen van geldboeten in kartelzaken<sup>36</sup>, een clementieregeling ingevoerd waarbij de medewerking van kartelleden die leidt tot het ontdekken en het bestraffen van kartels wordt beloofd in de vorm van immuniteit tegen en vermindering van geldboeten. Uit de clementiemededeling van 2006<sup>37</sup> blijkt duidelijk dat de Commissie van mening is dat „[h]et ontdekken en bestraffen van geheime kartels [...] voor consumenten en burgers immers van groter belang [is] dan het beboeten van die ondernemingen die de Commissie in staat hebben gesteld deze praktijken op te sporen en te verbieden. [...] De Commissie is van mening dat de medewerking van een onderneming bij het opsporen van een kartel een intrinsieke waarde heeft.”<sup>38</sup> Mijns inziens gaat het voordeel van een dergelijke regeling verder dan het ontdekken en het bestraffen van individuele inbreuken, maar leidt zij tot een algemeen klimaat van onzekerheid onder

potentiële kartelleden waardoor juist het vormen van kartels kan worden voorkomen.

32. De clementiemededeling zet dan ook op transparante wijze de voorschriften en procedures uiteen waardoor de aanvragers van clementie van tevoren kunnen weten hoe zij door de Commissie zullen worden behandeld. Die transparantie en voorzienbaarheid zijn mijns inziens noodzakelijk, wil de clementieregeling van de Commissie effectief werken, aangezien onzekerheid over de behandeling door de Commissie kandidaat-aanvragers kan afschrikken. Bovendien heeft het Hof verklaard dat de door een onderneming aan de Commissie verleende medewerking een verlaging van de geldboete volgens de clementiemededeling kan rechtvaardigen, indien de Commissie hierdoor inderdaad in staat is gesteld om haar taak te vervullen van het vaststellen van een inbreuk en deze te beëindigen.<sup>39</sup> Bij een onderneming die met de Commissie meewerkt overeenkomstig de bepalingen van de clementiemededeling, wordt het gewettigd vertrouwen gewekt dat haar geldboete met een bepaald percentage zal worden verminderd.<sup>40</sup> Bovendien verleent

35 — Met deze term wil ik geen onjuist gedrag in welke vorm dan ook van de Commissie suggereren. Veeleer wordt hiermee aangegeven dat de Commissie een gedragslijn heeft aangenomen die zij uiterst nuttig acht voor de mededinging.

36 — Ik merk op dat verordening nr. 1/2003 en verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 123, blz. 18) niet voorzien in de invoering van een clementieregeling door de Commissie.

37 — Zie voetnoot 9 hierboven.

38 — Zie de punten 3 en 4 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9).

39 — Zie arresten van 16 november 2000, SCA Holding/Commissie (C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 36), en van 28 juni 2005, Dansk Rorindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 399).

40 — Zie arrest Dansk Rorindustri e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 39, punt 188; zie ook punt 38 van de clementiemededeling dat luidt: „De Commissie is zich ervan bewust dat deze mededeling rechtmatige verwachtingen wekt waarop ondernemingen mogen vertrouwen wanneer zij het bestaan van een kartel aan de Commissie bekendmaken.”

de Commissie overeenkomstig de clementiemededeling in beginsel geen inzage in de ondernemersverklaring van de aanvrager van clementie.<sup>41</sup> Daarbij aanvaardt de Commissie

dat dergelijke ondernemersverklaringen<sup>42</sup> mondeling kunnen worden afgelegd.<sup>43</sup> De clementiemededeling bepaalt echter niet dat derden inzage wordt geweigerd in de reeds bestaande documenten<sup>44</sup> die door de aanvrager van de clementie krachtens die mededeling zijn verstrekt.

33. Het Unierecht bevat geen uitdrukkelijke verplichting voor de nationale mededingingsautoriteiten tot invoering van een clementieregeling met betrekking tot kartels die inbreuk maken op artikel 101 VWEU en het

41 — Zie de punten 6, 7 en 33 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9). Zie ook punt 29 van het ECN-clementieregelingsmodel (aangehaald in voetnoot 8). Volgens punt 6 van de clementiemededeling zijn deze vrijwillig verstrekte inlichtingen, die bekend staan als ondernemersverklaringen, „nuttig gebleken om kartelinbreuken op effectieve wijze te onderzoeken en te beëindigen, en mogen niet ontmoedigd worden door „discovery”-bevelen die in burgerlijke zaken worden afgegeven. Kandidaat-clementieverzoekers zouden van medewerking met de Commissie in het kader van deze regeling kunnen worden afgeschrikt indien daardoor hun positie in burgerlijke zaken in het gedrang komt ten opzichte van ondernemingen die niet meewerken. Zo'n ongewenst effect zou aanzienlijke schade toebrengen aan het publieke belang bij de effectieve publieke handhaving van artikel [101 VWEU] in kartelzaken — en dus aan het publieke belang bij de daaropvolgende of parallel verloopende particuliere handhaving.” Zie ook punt 47 van de toelichting op het ECN-clementieregelingsmodel dat luidt: „[D]e ECN-leden zijn sterke voorstanders van efficiënte civielrechtelijke schadeacties tegen karteldeelnemers. Zij achten het echter niet passend dat ondernemingen die met hen meewerken bij de opsporing van kartels in een slechtere positie komen te verkeren ten aanzien van civielrechtelijke schadevorderingen dan karteldeelnemers die die medewerking weigeren. De openbaarmaking van verklaringen die speciaal aan een [mededingingsautoriteit, „MA”] in het kader van een clementieregeling zijn verstrekt, dreigt juist hertoe te leiden en zou, door de medewerking aan clementieregelingen van de MA's te ontraden, aan de doeltreffendheid van de bestrijding door de MA's van kartels afbreuk kunnen doen. Dat zou ook negatief kunnen uitwerken op de bestrijding van kartels in andere jurisdicties. Het risico dat een aanvrager doelwit van een „discovery”-bevel wordt, hangt tot op zekere hoogte af van de gebieden die bij het kartel betrokken zijn en de aard van het kartel waaraan de aanvrager heeft deelgenomen [...]”

42 — Volgens punt 9, sub a, van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9) moet een ondernemersverklaring, voor zover de clementieverzoeker bekend is, op het moment van de indiening van de verklaring bevatten: — een gedetailleerde beschrijving van de vermeende kartelregeling. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om doelstellingen, activiteiten en functioneren; het betrokken product of de betrokken dienst, de geografische omvang, de duur van het vermeende kartel en de geraamde marktvolumes die van het vermeende kartel te lijden hadden; de specifieke data, locaties, inhoud van en deelnemers aan vermeende kartelcontacten, en alle relevante toelichting in verband met het bewijsmateriaal dat ter staving van het clementieverzoek werd verschaft; — naam en adres van de rechtspersoon die het immunitetsverzoek indient, alsmede naam en adres van de overige ondernemingen die aan het vermeende kartel deelnemen of deelnamen; — de namen, posities, kantoorlocaties en, waar nodig, thuisadressen van alle natuurlijke personen die, voor zover de clementieverzoeker bekend, betrokken zijn of waren bij het vermeende kartel, met inbegrip van de natuurlijke personen die namens de clementieverzoeker betrokken waren; — informatie aangaande de vraag welke andere mededingingsautoriteiten, al dan niet binnen de EU, zijn benaderd of mogelijk zullen worden [benaderd] in verband met het vermeende kartel.

43 — Zie punt 32 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9). Zie ook punt 28 van het ECN-clementieregelingsmodel (aangehaald in voetnoot 8).

44 — De term „reeds bestaande” documenten wordt in de clementiemededeling niet specifiek omschreven, maar volgens mij gaat het hierbij om „overig bewijsmateriaal in verband met het vermeende kartel dat de clementieverzoeker in bezit heeft of die voor hem beschikbaar is op het tijdstip van de indiening en met name bewijsmateriaal dat dateert van de periode van de inbreuk”. Zie punt 9, sub b, van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9).

probleem van de inzage in het clementiedossier van die autoriteiten wordt in het recht van de Unie niet geregeld. Ondanks het feit dat de mededingingsautoriteiten van de lidstaten krachtens het Unierecht niet uitdrukkelijk verplicht zijn om een clementieregeling in te voeren voor onrechtmatige kartels en de lidstaten derhalve dienaangaande een procedurele autonomie toekomt, lijkt uit het dossier voor het Hof echter naar voren te komen dat een overgrote meerderheid van de nationale mededingingsautoriteiten in de 27 lidstaten, waaronder het Bundeskartellamt, thans een clementieregeling in enigerlei vorm toepassen. De verwijzingsbeslissing vermeldt dat de clementieregeling van het Bundeskartellamt gebaseerd is op het ECN-clementieregelingsmodel. In aanmerking genomen dat het Bundeskartellamt bewust heeft gekozen voor de invoering van een clementieregeling lijkt mijns inziens, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, dat die nationale mededingingsautoriteit die regeling nodig achtte voor de effectieve handhaving van onder meer artikel 101 VWEU.<sup>45</sup> In de verwijzingsbeslissing heeft het Amtsgericht immers aangegeven: „Dat dit een uiterst doeltreffend instrument in de strijd tegen kartels is, blijkt uit het in 2000 ingevoerde clementieprogramma van het Bundeskartellamt. Van 2001 tot 2008 werden in totaal 210 clementieverzoeken ingediend,

die betrekking hadden op 69 verschillende procedures.”<sup>46</sup>

34. Wanneer een lidstaat via zijn mededingingsautoriteit(en) een clementieregeling toepast om de effectieve handhaving van artikel 101 VWEU te waarborgen, dient deze lidstaat mijns inziens, niettegenstaande de aan hem toekomende procedurele autonomie bij de toepassing van dit artikel, te waarborgen dat de regeling op een doeltreffende wijze is ingericht en wordt uitgevoerd.

35. Waar het gaat om de samenloop van clementieregelingen en civielrechtelijke schadevorderingen, geeft de clementieregeling weliswaar van tevoren aan hoe de Commissie haar discretionaire bevoegdheid zal gebruiken om aan kartelleden die meewerken een boete op te leggen, maar deze regeling vermeldt ook dat medewerking overeenkomstig de regeling kartelleden geen immuniteit verleent tegen de civielrechtelijke gevolgen van hun deelname aan een inbreuk op artikel 101 VWEU.<sup>47</sup> Bovendien bepaalt punt 24 van de clementieregeling van het Bundeskartellamt: „[D]eze regeling laat de civielrechtelijke

45 — De verwijzingsbeslissing vermeldt op dit punt dat het Oberlandesgericht (Düsseldorf) in een arrest de premisse waarop het Bundeskartellamt zijn clementieregeling baseerde gerechtvaardigd achtte, namelijk dat het bestrijden van hardcorekartels van groter belang is dan de bestraffing van individuele leden van dat kartel. Het Oberlandesgericht (Düsseldorf) was van oordeel dat de clementieregeling van het Bundeskartellamt (aangehaald in voetnoot 6) geen aanleiding geeft tot zorgen over de rechtmatigheid ervan en dat deze binnen de discretionaire bevoegdheid van die instantie valt om overeenkomstig § 81, lid 7, OWiG boetes op te leggen.

46 — In de verwijzingsbeslissing wordt niet aangegeven of en zo ja, welke van deze kartels binnen de werkingsfeer van artikel 101 VWEU vallen.

47 — Zie punt 39 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9).

gevolgen van een deelname aan een kartel onverlet.”<sup>48</sup>

36. Dat gelaedeerden het recht hebben om een schadevordering in te dienen wegens inbreuken op de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU heeft het Hof immers duidelijk benadrukt. Het is dan ook vaste rechtspraak dat de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU rechtstreekse gevolgen teweegbrengen in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren, en rechten<sup>49</sup> voor de justitiabelen doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven.<sup>50</sup> Zolang de voorschriften met betrekking tot de schadevorderingen wegens inbreuken op

de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU op het niveau van de Unie niet zijn geharmoniseerd, zou, zo heeft het Hof verklaard, aan de volle werking van artikel 101 VWEU, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 neergelegde verbod, worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen.<sup>51</sup> Bijgevolg kan eenieder vergoeding van de geleden schade vorderen indien er een causaal verband bestaat tussen die schade en een door artikel 101 VWEU verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging.<sup>52</sup> Het Hof heeft in het arrest *Courage en Crehan* ook de afschrikwekkende werking van schadevorderingen benadrukt. Op dit punt heeft het Hof verklaard dat een dergelijk recht de mededingingsregels van het Unierecht immers gemakkelijker toepasbaar maakt, waardoor — vaak verborgen — overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen, minder aantrekkelijk worden. In zoverre kunnen bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen wezenlijk bijdragen tot de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Unie.<sup>53</sup>

48 — Het Amtsgericht overwoog in de verwijzingsbeslissing: „[D]e indiening van een clementieverzoek [bevrijdt] naar Duits recht [niet] van civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens derden die door een kartel schade hebben geleden.”

49 — De artikelen 101 VWEU en 102 VWEU leggen ook particulieren verplichtingen op die de rechterlijke instanties moeten afdwingen.

50 — Zie arresten van 30 januari 1974, *BRT en SABAM („BRT I”)* (127/73, Jurispr. blz. 51, punt 16); 18 maart 1997, *Guérin automobiles/Commissie (C-282/95 P)*, Jurispr. blz. I-1503, punt 39); 20 september 2001, *Courage en Crehan (C-453/99)*, Jurispr. blz. I-6297, punt 23), en 13 juli 2006, *Manfredi e.a. (C-295/04-C-298/04)*, Jurispr. blz. I-6619, punt 39).

51 — Zie arrest *Courage en Crehan*, aangehaald in voetnoot 50, punt 26.

52 — Zie arrest *Manfredi e.a.*, aangehaald in voetnoot 50, punt 61. Het Hof heeft verklaard dat het bij gebreke van een Unierechtelijke regelgeving ter zake echter een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het Unierecht ontnemen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door het Unierecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) [zie arrest van 10 juli 1997, *Palmisani (C-261/95)*, Jurispr. blz. I-4025, punt 27), en arrest *Courage en Crehan*, aangehaald in voetnoot 50, punt 29].

53 — Zie arrest *Courage en Crehan*, aangehaald in voetnoot 50, punt 27. Zie ook punt 1.2 van het Witboek van de Commissie betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels, COM(2008) 165 def. (hierna: „Witboek”).



37. Ik ben van mening dat de openbaarmaking door een nationale mededingingsautoriteit van de vrijwillig aan haar door kartelleden overeenkomstig de clementieregeling van deze mededingingsautoriteit verstrekte informatie aan een gelaedeerde derde, in beginsel deze derde kan ondersteunen bij de voorbereiding van een schadevordering wegens inbreuk op artikel 101 VWEU bij de nationale rechter ter zake van de vermeende door het kartel veroorzaakte schade.<sup>54</sup> Een vordering die niet alleen leidt tot de vaststelling van het recht op schadevergoeding voor een gelaedeerde, maar ook tot de toepassing van artikel 101 VWEU.<sup>55</sup> Ook als zij geen partij is bij een schadevordering, zou de nationale mededingingsautoriteit volgens mij, bij gebreke van een dwingende gewettigde reden, ontleend aan een publiekrechtelijke of privaatrechtelijke noodzaak, aan een vermeende gelaedeerde persoon geen inzage mogen onthouden in documenten die zij onder zich heeft en die als bewijs kunnen worden overgelegd om de gelaedeerde te helpen bij de onderbouwing van een civielrechtelijke vordering tegen een kartellid wegens inbreuk op artikel 101 VWEU.<sup>56</sup> Dit zou immers de facto in de weg staan en afdoen aan het fundamentele recht van een partij op een doeltreffende voorziening zoals gewaarborgd wordt door

artikel 101 VWEU en artikel 47<sup>57</sup> juncto artikel 51 van het Handvest en artikel 6, lid 1, van het EVRM. Bijgevolg dient te worden onderzocht of en zo ja, in welke omstandigheden een nationale mededingingsautoriteit rechtmatig kan weigeren om de door een clementieverzoeker overgelegde gegevens en bescheiden openbaar te maken.

38. Volgens mij kan in deze omstandigheden de openbaarmaking door een nationale mededingingsautoriteit van alle door de clementieverzoeker overgelegde gegevens en bescheiden, de aantrekkelijkheid en daarmee de doeltreffendheid van de clementieregeling van die mededingingsautoriteit aanzienlijk doen afnemen. Bij kandidaat-clementieverzoekers zou immers de opvatting kunnen postvatten dat zij als gevolg van de hen incriminerende verklaringen en het bewijsmateriaal dat zij aan de mededingingsautoriteit

54 — In punt 2.2 van het Witboek (aangehaald in voetnoot 53) heeft de Commissie opgemerkt: „Veel van het cruciale bewijsmateriaal dat voor de bewijsvoering in een zaak van schadevergoedingsacties wegens schending van de mededingingsregels nodig is, wordt vaak achtergehouden en is, omdat het in handen van de gedaagde of derden is, doorgaans onvoldoende in detail bekend aan de eiser”

55 — Zie arrest *Courage and Crehan*, aangehaald in voetnoot 50, punten 26 en 27.

56 — Anders zouden de nationale mededingingsautoriteiten door belemmeringen op te werpen voor de inzage in informatie die in hun bezit is en als bewijs kan worden overgelegd, schadevorderingen kunnen verhinderen.

57 — „Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. [...]”

moeten overleggen<sup>58</sup>, bij civiele schadevorderingen in een nog slechtere situatie komen te verkeren dan de andere kartelleden die geen clementieverzoek indienen. Terwijl een kandidaat-clementieverzoeker derhalve voordeel kan hebben van de immuniteit tegen of de vermindering van de geldboete, kan dat voordeel door hen worden geacht teniet te zijn gedaan door een verhoogd aansprakelijkheidsrisico voor schade wanneer inzage in het clementiedossier wordt verleend, met name in zaken waar kartelleden krachtens het nationale burgerlijk procesrecht gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn. Een kartellid kan daarom geheel afzien van een clementieaanvraag of anders zich minder tegemoetkomend betonen jegens een mededingingsautoriteit gedurende de clementieprocedure.<sup>59</sup>

39. Daarom bestaat er een duidelijke spanning tussen enerzijds de effectieve toepassing van een clementieregeling door een nationale mededingingsautoriteit en derhalve de publiekrechtelijke handhaving van het

mededingingsrecht, en anderzijds het aan een derde verlenen van inzage in de door de clementieverzoeker<sup>60</sup> verstrekte informatie om deze te ondersteunen bij de instelling van een schadevordering krachtens artikel 101 VWEU.

40. Ik meen dat verordening nr. 1/2003 en de rechtspraak van het Hof niet de jure enige hiërarchie of rangorde<sup>61</sup> hebben vastgesteld tussen publiekrechtelijke handhaving van het EU-mededingingsrecht en privaatrechtelijke schadevorderingen. Omdat er de jure geen hiërarchie is vastgesteld, is, mijns inziens, thans de rol van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten veel belangrijker dan privaatrechtelijke schadevorderingen ter waarborging van de naleving van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU. De huidige rol van de privaatrechtelijke schadevorderingen is op dit punt zelfs zo miniem dat ik aarzel

58 — Voor het verkrijgen van clementie. Er is uiteraard geen sprake van dwang, aangezien clementieverzoekers veeleer vrijwillig ervoor kiezen om ondernemersverklaringen en reeds bestaand bewijsmateriaal te verstrekken in ruil voor clementie dan dat zij hiertoe wettelijk worden gedwongen. Zie, a contrario, over het recht om zich niet te incrimineren en het recht op een eerlijk proces, arrest EHRM van 17 december 1996, *Saunders v United Kingdom*, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, blz. 2044, §§ 69, 71 en 76.

59 — Aan het „afschrikkend” effect dat de openbaarmaking van de door een clementieverzoeker verstrekte informatie door een mededingingsautoriteit aan een potentiële civiele eiser kan hebben op de mate van samenwerking van die verzoeker, kan niet worden voorbijgegaan, ondanks het feit dat de clementiemededeling vereist dat de clementieverzoeker onder meer oprecht, volledig, onafgebroken en snel medewerking verleent vanaf het tijdstip van de indiening van haar verzoek en dit gedurende de hele administratieve procedure voor de Commissie. Zie punt 12, sub a, van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9). Nationale regelingen leggen zeer waarschijnlijk dezelfde voorwaarden op. Zie punt 13 van het ECN-clementieregelingsmodel (aangehaald in voetnoot 8).

60 — Aan een nationale mededingingsautoriteit.

61 — Punt 7 van de considerans van verordening nr. 1/2003 verklaart: „De nationale rechterlijke instanties vervullen bij de toepassing van de [Unierechtelijke] mededingingsregels een wezenlijke taak. Zij beschermen de uit het [Unierecht] voortvloeiende subjectieve rechten door geschillen tussen particulieren te beslechten, met name door aan de slachtoffers van inbreuken schadevergoeding toe te kennen. De rol van de nationale rechterlijke instanties is dienaangaande complementair aan die van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Het is bijgevolg noodzakelijk hun de bevoegdheid toe te kennen de artikelen [101 VWEU en 102 VWEU] ten volle toe te passen.” Het gebruik van de term complementair duidt volgens mij niet noodzakelijkerwijs op enige rangorde. In elk geval hebben de punten van de considerans van een Uniehandeling geen bindende rechtskracht. Zie arrest van 2 april 2009, *Tyson Parketthandel* (C-134/08, Jurispr. blz. I-2875, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

om de term „privaatrechtelijke handhaving” te veel te gebruiken.<sup>62</sup>

41. Bovendien denk ik dat het hier meer om een schijnbare dan een werkelijke spanning gaat. Naast het publieke belang bij de effectiviteit ervan ter opsporing en bestraffing van geheime kartels, zijn dergelijke regelingen namelijk ook nuttig voor particulieren die hierdoor schade hebben geleden.<sup>63</sup> In de eerste plaats zullen, zonder effectieve clementieregelingen, vele kartels wellicht nooit worden

ontdekt en kunnen de negatieve effecten ervan op de mededinging in het algemeen en voor bepaalde particulieren onbelemmerd blijven bestaan. In de tweede plaats kunnen de opsporing en het onderzoek van die kartels door nationale mededingingsautoriteiten op basis van een clementieregeling, leiden tot het nemen van besluiten waarin wordt bevolen de inbreuk te beëindigen en overeenkomstig het nationale recht boetes worden opgelegd.<sup>64</sup> Die besluiten kunnen derden die als gevolg van de kartels schade hebben geleden op hun beurt ondersteunen bij de instelling van hun civiele schadevordering. Op dat punt ben ik van mening dat zolang er geen bepaling is in verordening nr. 1/2003 aangaande welk gewicht moet worden toegekend aan de besluiten van nationale mededingingsautoriteiten<sup>65</sup> in nationale rechterlijke uitspraken, analoog aan artikel 16, lid 1, van die verordening<sup>66</sup>, deze besluiten door de nationale rechterlijke instanties ten minste als ondersteunend bewijs moeten worden opgevat.<sup>67</sup> Ik meen echter dat zelfs in die jurisdicties waar een civiele eiser zich bij de bewijsvoering voor de nationale rechterlijke instanties in het geheel niet mag beroepen op een definitief geworden besluit van een nationale mededingingsautoriteit en ten volle onder

62 — In haar Witboek van 2008 heeft de Commissie opgemerkt: „Ondanks het vereiste dat een doeltreffend rechtskader moet worden uitgewerkt om van de uitoefening van dit recht op schadevergoeding een realistische mogelijkheid te maken, en ondanks dat onlangs in bepaalde lidstaten tekenen van verbetering waar te nemen vielen, krijgen slachtoffers van schendingen van de [Unierechtelijke] mededingingsregels tot dusver in de praktijk slechts zelden herstel voor de geleden schade.” Zie punt 1.1 van het Witboek (aangehaald in voetnoot 53).

63 — Zie punt 6 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9) dat luidt: „[...] Kandidaat-clementieverzoekers zouden van medewerking met de Commissie in het kader van deze regeling kunnen worden afgeschrikt indien daardoor hun positie in burgerlijke zaken in het gedrang komt ten opzichte van ondernemingen die niet meewerken. Zo'n ongewenst effect zou aanzienlijke schade toebrengen aan het publieke belang bij de effectieve publieke handhaving van artikel [101 VWEU] van het Verdrag in kartelzaken — en dus aan het publieke belang bij de daaropvolgende of parallel verlopende particuliere handhaving.” (cursivering van mij) (aangehaald in voetnoot 41 hierboven).

64 — Zie artikel 5 van verordening nr. 1/2003.

65 — Zie punt 2.3 van het Witboek (aangehaald in voetnoot 53).

66 — Artikel 16, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt: „Wanneer nationale rechterlijke instanties artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU] toepassen op overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds het voorwerp uitmaken van een beschikking van de Commissie, kunnen zij geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. [...]” De Commissie heeft in het Witboek voorgesteld dat een nationale rechter die zich moet uitspreken over schadevergoedingsacties wegens op de artikelen 101 VWEU of 102 VWEU inbreukmakende praktijken ten aanzien waarvan een bij het ECN aangesloten nationale mededingingsautoriteit al een eindbesluit heeft gegeven waarin een inbreuk op die artikelen is vastgesteld, of ten aanzien waarvan een beroepsrechter een einduitspraak heeft gedaan waarin de beschikking van de nationale mededingingsautoriteit wordt bevestigd of waarin die rechter zelf een inbreuk vaststelt, geen besluiten kan nemen die in strijd zijn met een dergelijk besluit of uitspraak.

67 — De verwijzende rechter heeft aangegeven dat naar Duits recht de feitelijke beoordelingen in definitief geworden beschikkingen die boetes opleggen bindend zijn in civiele procedures en de inbreuk derhalve niet behoeft te worden bewezen.

meer de inbreuk op artikel 101 VWEU moet bewijzen, dat besluit een goed uitgangspunt is voor de instelling van een vordering, niet in de laatste plaats omdat in het besluit in detail de werking van het betrokken kartel en de aard van de inbreuk op artikel 101 VWEU zal zijn uitgelegd.

vrijwillig afgelegde zelfincriminerende verklaringen of ondernemersverklaringen<sup>68</sup>, en in de door hen overgelegde, reeds bestaande documenten.

42. Daarom denk ik dat, ter bescherming van zowel de publieke alsook de private belangen bij het opsporen en beboeten van kartels, de clementieregeling van een nationale mededingingsautoriteit zo aantrekkelijk mogelijk moet blijven zonder dat hierin het recht van een civiele eiser op inzage in gegevens en uiteindelijk het recht op een doeltreffende voorziening te zeer wordt beperkt.

44. Mijns inziens zou de openbaarmaking aan een civiele eiser van de inhoud van de zelfincriminerende verklaringen<sup>69</sup> die tijdens en in het kader van een clementieprocedure vrijwillig door clementieverzoekers zijn afgelegd<sup>70</sup>, en waarbij de verzoekers in feite jegens een mededingingsautoriteit hun deelname aan een inbreuk op artikel 101 VWEU erkennen en beschrijven, een clementieregeling van een nationale autoriteit aanmerkelijk minder aantrekkelijk kunnen maken en dus minder effectief.<sup>71</sup> Dit zou vervolgens een ondermijning kunnen opleveren van de

43. In de zaak die in het hoofdgeding aan de orde is, heeft de verwijzende rechter de aard van de door de clementieverzoekers verstreekte gegevens en bescheiden niet precies aangegeven in de verwijzingsbeslissing. Gelet evenwel op het feit dat de verwijzende rechter heeft gesteld dat de clementieregeling van het Bundeskartellamt gebaseerd is op het ECN-clementieregelingsmodel, stel ik voor om in dit kader te onderzoeken of inzage kan worden gegeven in de door clementieverzoekers

68 — Uit het dossier voor het Hof blijkt niet duidelijk of de clementieaanvragers mondelinge ondernemersverklaringen hebben afgelegd. Aangezien die verklaringen mijns inziens niet bekendgemaakt behoren te worden, is het niet van belang of deze mondeling dan wel schriftelijk zijn afgelegd.

69 — Ook bekend als ondernemersverklaringen.

70 — Die in feite neerkomen op een schuldbekentenis of -erkenning.

71 — Aangezien de betrokken verklaringen in het bijzonder betrekking hebben op de individuele deelname aan het inbreukmakende kartel, kan die aanvrager bij een schadevordering in een slechtere positie komen te verkeren dan de leden van het kartel die geen medewerking hebben verleend. In punt 2.9 van het Witboek, getiteld „Interactie tussen clementieregelingen en schadevergoedingsacties”, achtte de Commissie het zowel voor publieke als voor private handhaving van belang om ervoor te zorgen dat clementieregelingen aantrekkelijk zijn. Daarom moet er volgens de Commissie, om te vermijden dat de clementieverzoeker in een nog slechtere positie komt dan de overige inbreukmakers, bij de particuliere schadevergoedingsacties afdoende bescherming tegen openbaarmaking kunnen worden geboden voor ondernemingsverklaringen van een clementieverzoeker. Deze bescherming zou gelden wanneer openbaarmaking wordt bevolen door een rechter, ongeacht of dit vóór of na een besluit door de mededingingsautoriteit is (aangehaald in voetnoot 53).

doeltreffende handhaving van artikel 101 VWEU door de nationale mededingingsautoriteit en uiteindelijk van de mogelijkheid van civiele eisers om een doeltreffende voorziening te verkrijgen. Terwijl het niet verlenen van die inzage voor de vermeend gelaedeerde een belemmering of tot op zekere hoogte een beletsel zou kunnen zijn voor zijn fundamentele recht op een doeltreffende voorziening, ben ik van mening dat de aantasting van dat recht gerechtvaardigd is door het legitieme doel van het waarborgen van de effectieve handhaving van artikel 101 VWEU door nationale mededingingsautoriteiten, en ook door de particuliere belangen bij het opsporen en beboeten van kartels.

45. In aanvulling daarop lijken, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, clementieaanvragers<sup>72</sup> er gewettigd op te kunnen vertrouwen dat overeenkomstig de discretionaire bevoegdheid van het Bundeskartellamt op dit punt, de vrijwillig afgelegde zelfincriminerende verklaringen niet openbaar gemaakt zullen worden. Ik meen dat, al moet het fundamentele recht op een doeltreffende voorziening zo veel mogelijk worden gerespecteerd, de clementieaanvrager er dwingend en gewettigd op mag vertrouwen dat dergelijke zelfincriminerende verklaringen niet openbaar gemaakt zullen worden.

72 — Overeenkomstig in het bijzonder punt 22 van de clementieregeling van het Bundeskartellamt (aangehaald in voetnoot 6).

46. Daarom ben ik van mening dat in beginsel<sup>73</sup> geen inzage zou moeten worden verleend in de vrijwillig door de clementieaanvrager afgelegde zelfincriminerende verklaringen.

47. Afgezien van deze zelfincriminerende verklaringen zouden vermeend gelaedeerden, zoals Pfeiderer, echter inzage moeten hebben in alle andere reeds bestaande documenten die door een clementieverzoeker tijdens de clementieprocedure zijn overgelegd<sup>74</sup> en die deze personen, met het oog op een privaatrechtelijke schadevordering zouden helpen om het bestaan aan te tonen van een onrechtmatige gedraging in strijd met artikel 101 VWEU<sup>75</sup>, de door die personen geleden schade en het oorzakelijke verband tussen de schade en de inbreuk.<sup>76</sup> De desbetreffende documenten komen immers niet voort uit de clementieprocedure, daar

73 — Het kan noodzakelijk zijn om in specifieke omstandigheden uitzonderingen op die regel te maken, bijvoorbeeld wanneer de clementieverzoeker zelf de inhoud van zijn ondernemersverklaring ter kennis van derden heeft gebracht. Zie bijvoorbeeld punt 33 van de clementiemededeling (aangehaald in voetnoot 9).

74 — Zijnde geen bedrijfsgeheimen en andere vertrouwelijke gegevens zoals interne documenten.

75 — Bij die jurisdicties, zoals de Bondsrepubliek Duitsland, waar civiele eisers zich bij schadevorderingen mogen beroepen op de eindbeslissing van de nationale mededingingsautoriteit of in geval van hoger beroep op die van een appelrechter om een inbreuk op artikel 101 VWEU vast te stellen, ben ik van mening dat in die context geen inzage mag worden verleend in het bewijsmateriaal of de documenten die door de clementieverzoeker bekend zijn gemaakt tijdens de clementieprocedure, aangezien zij voor de naleving van het recht op een doeltreffende voorziening en een eerlijk proces niet nodig zijn.

76 — Mijns inziens zou de nationale mededingingsautoriteit juridisch bindende waarborgen moeten trachten te verkrijgen ter verzekering dat de informatie alleen met het oog op het betrokken geding zal worden gebruikt.

zij, anders dan de zelfincriminerende ondernemersverklaringen, onafhankelijk van die procedure bestaan en, althans theoretisch, elders kunnen worden aangetroffen. Ik zie daarom geen dwingende reden waarom inzage in die documenten die specifiek bedoeld en geschikt zijn om een schadevordering

te ondersteunen, zou moeten worden geweigerd. Het zou in strijd komen met het fundamentele recht op een doeltreffende voorziening indien een nationale mededingingsautoriteit in omstandigheden als die in het hoofdgeding geen inzage in die documenten zou verlenen.

## VI — Conclusie

48. Gelet op bovenstaande overwegingen stel ik het Hof voor de door het Amtsgericht Bonn (Duitsland) gestelde vraag als volgt te beantwoorden:

„Wanneer een nationale mededingingsautoriteit een clementieregeling gebruikt ter waarborging van de effectieve toepassing van artikel 101 VWEU, mogen personen die ten gevolge van een kartel schade hebben geleden, met het oog op het instellen van burgerrechtelijke vorderingen, geen inzage verkrijgen in de zelfincriminerende verklaringen die tijdens en in het kader van een clementieprocedure vrijwillig door clementieverzoekers zijn afgelegd, en waarbij de verzoekers in feite jegens de mededingingsautoriteit hun deelname aan een inbreuk op artikel 101 VWEU erkennen en beschrijven, aangezien dit een clementieregeling van een nationale autoriteit aanmerkelijk minder aantrekkelijk zou kunnen maken en dus minder effectief, en op haar beurt zou kunnen afdoen aan de doeltreffende handhaving van artikel 101 VWEU door de autoriteit. Terwijl het niet verlenen van die inzage voor de vermeend gelaeerde een belemmering of tot op zekere hoogte een beletsel zou kunnen zijn voor

zijn fundamentele recht op een doeltreffende voorziening en het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door artikel 47, in samenhang met artikel 51, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, wordt de aantasting van dat recht gerechtvaardigd door het legitieme doel, te zorgen voor de effectieve handhaving van artikel 101 VWEU door nationale mededingingsautoriteiten, en door de particuliere belangen bij het opsporen en beboeten van kartels.

Het zou in strijd komen met het fundamentele recht op een doeltreffende voorziening en een eerlijk proces zoals gewaarborgd door artikel 47, in samenhang met artikel 51, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, indien een nationale mededingingsautoriteit geen inzage zou verlenen in andere reeds bestaande documenten die door een clementieverzoeker tijdens de clementieprocedure zijn overgelegd en die de ten gevolge van een kartel vermeend gelaedeerden, met het oog op een privaatrechtelijke schadevordering, zouden helpen om het bestaan aan te tonen van een onrechtmatige gedraging in strijd met artikel 101 VWEU, de door die personen geleden schade en het oorzakelijke verband tussen de schade en de inbreuk.”