

Annotatie

Pfleiderer AG/Bundeskartellamt

Mr. M. Kuijper*

Hof EU 14 juni 2011, zaak C-360/09, Pfleiderer.

Kenmerk van de zaak in één zin: openbaarmaking van nationale clementiestukken; effectieve toepassing van artikelen 101 en 102 VWEU.

Feiten

Op 21 januari 2008 heeft het Bundeskartellamt aan drie fabrikanten van decorpapier, een product dat met name wordt gebruikt als de bovenste decorlaag van laminaat en keukenbladen, boetes opgelegd voor een overtreding van artikel 101 VWEU¹ wegens prijsafspraken en afspraken over gezamenlijke capaciteitsbeperking.² De betrokken ondernemingen hebben geen beroep ingesteld tegen dit besluit zodat het onherroepelijk is geworden.

Pfleiderer is een producent van houtwerk, oppervlakteveredelingsmaterialen en laminaatvloeren en heeft in de drie jaren voorafgaand aan het besluit van het Bundeskartellamt voor meer dan 60 miljoen euro aan decorpapier afgenomen van de beboete producenten. Ter voorbereiding op een civielrechtelijke schadevergoedingsactie heeft zij op 26 februari 2008 volledige toegang tot het dossier van het Bundeskartellamt verzocht. Het Bundeskartellamt heeft daarop de drie boetebeslissingen in ano-

nieme vorm en een lijst van bij de inspecties gevonden bewijsstukken aan Pfleiderer overgelegd.

In een tweede verzoek aan het Bundeskartellamt heeft Pfleiderer uitdrukkelijk gevraagd om inzage in alle dossierstukken, waaronder de stukken betreffende de clementieverzoeken, die vrijwillig door de clementieverzoekers waren meegegeeld, en het in bewaring genomen bewijsmateriaal. Dit verzoek is gedeeltelijk toegewezen. Het Bundeskartellamt heeft inzage geweigerd tot (onderdelen van) documenten met zakengeheimen, interne documenten van het Bundeskartellamt en documenten die in het kader van clementieverzoeken van de betrokken ondernemingen waren overgedragen.³ Tevens heeft het Bundeskartellamt geen inzage verleend in de in bewaring genomen bewijsstukken. Tegen deze beslissing heeft Pfleiderer beroep ingesteld bij het Amtsgericht Bonn.

Bij uitspraak van 3 februari 2009 heeft het Amtsgericht Bonn geoordeeld dat het Bundeskartellamt de advocaat van Pfleiderer inzage moet geven in de documenten die in het kader van clementieverzoeken van de betrokken ondernemingen waren overgedragen. Het Amtsgericht Bonn is van oordeel dat de bepalingen uit het Duitse wetboek van strafvordering betreffende inzage door de advocaat van slachtoffers in strafzaken van overeenkomstige toepassing zijn in dit geval. Volgens het Amtsgericht kwalificeert Pfleiderer als een slachtoffer in de zin van die bepalingen, omdat moet worden aangenomen dat zij als gevolg van de kartelafspraken een te hoge prijs heeft betaald voor het door haar afgenomen decorpapier. De inzage in zakengeheimen, de interne stukken en de correspondentie tussen de verschillende mededingingsautoriteiten blijft beperkt.

* Mr. M. Kuijper is advocaat bij Boekel De Nerée N.V. te Londen. De auteur is dank verschuldigd aan mr. J.M.M. van de Hel voor zijn nuttig commentaar op een eerder concept van deze bijdrage.

1. Ten tijde van het besluit van het Bundeskartellamt en de prejudiciële verwijzingsuitspraak was het Verdrag van Lissabon nog niet in werking getreden, zodat in het besluit en de verwijzingsuitspraak naar art. 81 EG-Verdrag verwezen wordt. In deze bijdrage verwijs ik uitsluitend naar het omgenummerde art. 81 EG-Verdrag, art. 101 VWEU.

2. Persbericht van 5 februari 2008 te vinden op: www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/2008/2008_02_05.php.

3. Art. 22 van de clementieregeling (Bonusregelung) van het Bundeskartellamt strekt ertoe clementieverzoekers te beschermen tegen openbaarmaking van de door hen ingediende stukken. Het Bundeskartellamt wijst verzoeken van derden tot inzage in clementiestukken op grond van dit artikel in principe af.

In reactie op een tegen de uitspraak van 3 februari 2009 opgeworpen rechtsmiddel, heeft het Amtsgericht bij uitspraak van 4 augustus 2009 besloten de uitvoering van haar eerdere uitspraak op te schorten en prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen.⁴ Hoewel de verwijzende rechter geen afstand neemt van zijn beslissing om inzage te verlenen in documenten die in het kader van clementieverzoeken van de betrokken ondernemingen waren overgedragen, twijfelt hij over de verenigbaarheid van zijn beslissing met het Unierecht. Inzage in de clementiestukken ten behoeve van civielrechtelijke schadevergoedingsacties zou mogelijk de doeltreffende toepassing van artikel 101 VWEU belemmeren. Ondernemingen kunnen immers worden afgeschrikt om clementie aan te vragen, zodat kartels mogelijk onopgemerkt blijven. Daarnaast zou de verplichting voor het Bundeskartellamt om inzage te geven in clementiestukken de door het Unierecht gewaarborgde nauwe samenwerking tussen de Commissie en de nationale mededingingautoriteiten in de procedures met betrekking tot de toepassing van artikel 101 VWEU kunnen belemmeren. De Commissie en/of andere mededingingsautoriteiten van de lidstaten zullen mogelijk minder geneigd zijn om clementiestukken uit te wisselen in de wetenschap dat deze via het Bundeskartellamt door derden ingezien kunnen worden. In het licht van deze overwegingen heeft het Amtsgericht Bonn de volgende vraag gesteld aan het Hof van Justitie:

‘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?’

In de beantwoording van de prejudiciële vraag, stelt het Hof van Justitie allereerst vast dat het Unierecht geen regeling kent die voorziet in gemeenschappelijke clementieregels. Ook bestaat er geen Unierechtelijke regeling betreffende de toegang tot clementiestukken die in het kader van een nationale clementieregeling door een nationale mededingingsautoriteit zijn verkregen. Bij gebreke daarvan, is het aan de lidstaten om een nationale regeling daartoe vast te stellen en toe te passen. De toepassing van die nationale regels mag er echter niet toe leiden dat de toepassing van het Unierecht onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt en zij moet in het bijzonder de doeltreffende toepassing van de artikelen

101 en 102 VWEU onverlet laten, aldus het Hof van Justitie.

De doeltreffendheid van de toepassing van artikel 101 en 102 VWEU door nationale mededingingsautoriteiten kan naar het oordeel van het Hof van Justitie worden aangetast indien aan derden (die een schadevergoedingsactie willen starten) inzage wordt gegeven in de door een clementieverzoeker vrijwillig verstrekte gegevens. Het lijkt volgens het Hof van Justitie namelijk redelijk om aan te nemen dat een onderneming die betrokken is bij een schending van het mededingingsrecht, in dat geval geen clementieverzoek zal indienen. Dit zal volgens het Hof van Justitie met name het geval zijn, vanwege de mogelijke uitwisseling tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten van die door de clementieverzoeker vrijwillig verstrekte gegevens.

Aan de andere kant wijst het Hof van Justitie er onder verwijzing naar vaste rechtspraak op dat er op grond van het Unierecht een recht op vergoeding van schade als gevolg van een schending van artikel 101 en 102 VWEU bestaat. Het bestaan van dit recht en de op grond daarvan bij de nationale rechter ingediende schadevorderingen dragen wezenlijk bij aan de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Europese Unie, doordat overtredingen van de mededingingsregels daardoor minder aantrekkelijk worden. De toepasselijke nationale regels voor toegang tot clementiestukken dienen daarom te voldoen aan het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel. Vorderingen tot inzage in clementiestukken moeten op dezelfde wijze worden beoordeeld als gelijkaardige nationale vorderingen tot inzage in stukken en mogen er niet toe leiden dat de verkrijging van een vergoeding van schade als gevolg van een schending van de artikelen 101 en 102 VWEU onmogelijk of uiterst moeilijk wordt.

De nationale rechter moet bij een beoordeling om inzage te verlenen in clementiestukken per geval en met inachtneming van alle relevante gegevens van de zaak de twee voorgaande door het Unierecht beschermde belangen afwegen. Het antwoord in het dictum van het Hof van Justitie luidt:

‘De bepalingen van het Unierecht inzake mededingingsregelingen, inzonderheid verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet ertegen verzetten dat personen die als gevolg van een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie schade hebben geleden en schadevergoeding willen verkrijgen, toegang tot documenten over een clementieprocedure betreffende de inbreukmaker verkrijgen. Het staat evenwel aan de rechters van de lidstaten vrij om op basis van hun nationaal recht te bepalen onder welke voorwaarden deze toegang moet worden toegestaan of geweigerd, waarbij zij de door het Unierecht beschermde belangen afwegen.’

4. Amtsgericht Bonn 4 augustus 2009, 51 Gs 53/09, par. 16.

Commentaar

Gezien de (Europese) ontwikkelingen op het gebied van de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht, en dan met name de civiele schadevergoedingsacties, was dit een arrest waar door mededingingsjuristen met veel belangstelling naar werd uitgekeken. De zaak laat tegenstellingen zien tussen clementiebeleid waarbij clementieverzoekers expliciet beschermd worden tegen openbaarmaking van de clementiestukken en het recht op vergoeding van schade veroorzaakt door overtreding van de Europese mededingingsregels.

Het arrest geeft naar mijn idee aan de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord op de gestelde vraag. De verwijzende rechter kan de zaak beoordelen naar Duits recht, maar dient daarbij (per geval) de uit het Unierecht voortvloeiende belangen af te wegen. Het arrest hakt echter geen knoop door over de reikwijdte van de bescherming van clementiestukken tegen inzage door derden.

In dit commentaar zal allereerst worden ingegaan op de vraag of het Hof van Justitie meer invulling had kunnen geven aan de reikwijdte van de bescherming van clementiestukken tegen inzage door derden. Vervolgens zal worden gekeken naar de door het Hof van Justitie voorgestane belangenafweging die de nationale rechter zou moeten maken. Ten slotte sta ik kort stil bij de mogelijke gevolgen van dit arrest voor de Nederlandse rechtspraktijk.⁵

Reikwijdte van het arrest

Het Hof van Justitie laat het antwoord op de vraag of – en in welke mate – clementiestukken tegen inzage door derden beschermd moeten worden vrijwel volledig aan de nationale rechter. Dit is naar mijn mening terecht en het logische gevolg van het gedecentraliseerde mededingingstoezicht in de EU. Er is geen verplichting op grond van het EU-recht voor de lidstaten om een clementieregeling in te stellen. Het staat de lidstaten dus vrij om een clementiebeleid naar eigen goeddunken in te richten, mits dat beleid een (meer) doeltreffende toepassing van artikel 101 VWEU niet verhindert. Het is derhalve ook mogelijk voor lidstaten om een clementiebeleid in te voeren dat ruimte laat voor de openbaarmaking van clementiestukken aan gelaedeerden van een kartel. Het Hof van Justitie kan derhalve geen generieke uitspraken doen over de vraag of – en in welke mate – nationale mededingingsautoriteiten stukken die in het kader van een nationaal clementieprogramma zijn ingediend moeten worden beschermd tegen inzage door derden.⁶

5. Ik zal in deze bijdrage niet uitgebreid ingaan op alle mogelijkheden die in Nederland bestaan voor inzage in clementiestukken en laat een analyse van de gevolgen van dit arrest voor inzage in Europese (clementie)dossiers achterwege. Zie hiervoor onder meer het recente artikel van L. Haasbeek, 'De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5, p. 137-147.

6. Dit laat overigens onverlet dat een (meer) uniform clementiebeleid (conform de door het ECN opgestelde model-clementieregeling) in de verschillende lidstaten met betrekking tot overtredingen van de Europese mededingingsregels naar mijn mening wenselijk kan zijn.

Daar komt bij dat het Amtsgericht de prejudiciële vraag ook zodanig had afgebakend dat het antwoord in beginsel uitsluitend betrekking kon hebben op inzage in clementiestukken die in het kader van het nationale clementieprogramma bij de nationale mededingingsautoriteit waren ingediend. Het was interessanter geweest als het Hof ook de vraag had kunnen onderzoeken onder welke voorwaarden het Bundeskartellamt inzage kan geven in clementiestukken die zijn ingediend bij de Commissie. Het is immers niet uitgesloten dat het Bundeskartellamt op basis van het (in de feiten omschreven) Duitse wettelijk kader ook verplicht is om inzage te verlenen in clementiestukken die zijn ingediend bij de Europese Commissie (mits het Bundeskartellamt die onder zich heeft).⁷ De overwegingen in het arrest met betrekking tot de door de nationale rechter af te wegen belangen (waar nog op ingegaan zal worden), heeft ook mogelijke consequenties voor de openbaarmaking van en inzage in bij de Commissie ingediende clementieverzoeken. Het ligt voor de hand dat dezelfde Unierechtelijke belangen moeten worden afgewogen als het om inzage in clementiestukken van de Commissie gaat. Het Hof van Justitie had in dat opzicht wellicht de vraag kunnen herformuleren om zich ook daadwerkelijk over de openbaarmaking van clementiestukken die zijn ingediend bij de Commissie uit te laten. Dat was naar mijn mening niet vreemd geweest, aangezien het Hof van Justitie bij de beantwoording van de vraag wel rekening lijkt te houden met de (hypothetische) situatie dat Pfeleiderer clementiestukken bij het Bundeskartellamt had opgevraagd die oorspronkelijk bij een andere nationale mededingingsautoriteit waren ingediend. Volgens het Hof van Justitie is het immers niet alleen de inzage in de clementiestukken op zichzelf, maar met name de uitwisseling daarvan tussen mededingingsautoriteiten (en inzage die daarop kan volgen) die een karteldeelner kan weerhouden een clementieverzoek in te dienen.⁸

De belangenafweging

Het Hof van Justitie acht het aannemelijk dat inzage in clementiestukken – ook zonder dat uitwisseling van die stukken daaraan vooraf ging – ondernemingen kan weerhouden clementieverzoeken in te dienen. De bescherming tegen inzage beoogt de effectiviteit van het clementiebeleid te waarborgen ten behoeve van een meer doeltreffende toepassing van de Europese mededingingsregels. Aan de andere kant kan inzage in clementiestukken bijdragen aan civiele schadevergoedingsacties, in de zin dat deze wellicht niet uiterst moeilijk of onmogelijk worden en deze acties op hun beurt bijdragen aan de handhaving van de Europese mededingingsregels. Beide redeneringen impliceren dat in clementie-

7. Overigens maakt het antwoord van het Hof van Justitie in het dictum van het arrest geen onderscheid tussen clementiestukken voortkomend uit een clementieprocedure bij een nationale mededingingsautoriteit en de Commissie. De vraag en de wijze van beantwoording laten echter geen twijfel bestaan dat het uitsluitend om de openbaarheid van clementiestukken gaat die zijn ingediend bij een nationale mededingingsautoriteit.

8. A-G Mazak heeft hier overigens ook op gewezen. Zie Conclusie A-G Mazak, 16 december 2010, zaak C-360/09, r.o. 29.

stukken vrijwel altijd relevante bewijsmiddelen te vinden zijn ter onderbouwing van een schadevergoedingsvordering. Daar kan naar mijn mening over getwist worden. Veelal spitst de (juridische) discussie zich bij dergelijke vorderingen toe op de berekening van de schade en blijken mededingingseconomen ten behoeve van een schadeberekening niet altijd behoefte te hebben aan informatie uit clementieverzoeken. Ook houden clementieverzoekers er rekening mee dat zij geen aanknopingspunten voor een schadeberekening in hun clementieverzoek of daarbij behorende stukken opnemen. De stukken die wel aanknopingspunten zouden kunnen geven voor een schadeberekening, zijn bovendien van weinig waarde voor een mededingingsautoriteit om een inbreuk te bewijzen. Vanuit dit perspectief kan het belang van dit arrest en de uitkomst van de vraag of – en in welke mate – inzage moet worden verleend in clementiestukken worden gerelativeerd. Toch zijn er specifieke situaties denkbaar waarbij inzage belangrijk kan zijn. Een afnemer van een kartel dat ad hoc aanbestedingsafspraken heeft gemaakt, heeft er bijvoorbeeld groot belang bij dat hij inzage heeft in de projecten waarbij aanbestedingsafspraken zijn gemaakt, indien dat niet uit het openbare besluit blijkt.⁹

Indachtig deze specifieke situaties mag in ieder geval worden aangenomen dat men minder geneigd zal zijn om een clementieverzoek in te dienen als de stukken die men in dat kader wenst in te dienen ter inzage voor derden kunnen komen. De effectiviteit van het clementiebeleid zal daarmee in zijn algemeenheid worden aangetast. Dit belang bij de bescherming tegen inzage zal derhalve altijd hetzelfde zijn. Dit lijkt niet te gelden voor een derde die een verzoek tot inzage indient. Uit de bewoordingen van het Hof van Justitie dat nationale rechters de belangenafweging slechts per geval kunnen verrichten met inachtneming van alle relevante gegevens van de zaak, lijkt te volgen dat het belang bij inzage een persoonlijk belang is. Voor iedere schadevergoedingsactie op zich geldt dat deze niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag worden gemaakt, doordat geen inzage in de clementiestukken kan worden gegeven. Daarmee lijkt het Hof van Justitie te zeggen dat naarmate inzage in de clementiestukken belangrijker of minder belangrijk wordt voor het slagen van de vordering tot schadevergoeding, het belang bij inzage ook zwaarder of lichter zal wegen in de belangenafweging. De eerder geschetste specifieke situatie met betrekking tot de afnemer van een kartel dat ad hoc aanbestedingsafspraken heeft gemaakt, zal dan bijvoorbeeld een groter belang bij inzage hebben dan een afnemer van een voortdurend prijskartel. Het zal naar mijn mening aan degene zijn die inzage wenst te verkrijgen om te verduidelijken waarom

9. Er zijn immers mededingingsautoriteiten die in hun openbare besluiten niet expliciteren bij welke projecten aanbestedingsafspraken hebben plaatsgevonden. De Commissie neemt bijv. veelal weinig specifieke informatie over concrete projecten op in haar besluiten (zie bijv. zaak COMP/E-1/38.823 – *PO/Liften en Roltrappen*). Het ontbreken van specifieke aanknopingspunten voor schadevergoedingsacties zou zelfs versterkt kunnen worden doordat Commissie en ondernemingen steeds vaker gebruik zullen maken van schikkingen.

inzage in zijn specifieke geval van belang is om te voorkomen dat zijn recht op het verkrijgen van schadevergoeding niet illusoir of uiterst moeilijk wordt. De nationale rechter zal die argumenten moeten beoordelen en afhankelijk van de merites daarvan vervolgens moeten meewegen in de belangenafweging.

De belangenafweging in Nederland

De door het Hof van Justitie voorgestane belangenafweging laat zich overigens moeilijk inpassen in het Nederlandse systeem, waarbij verzoeken van derden bij de NMa om inzage in clementiestukken in beginsel op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) worden beoordeeld.¹⁰ Binnen de Wob is er immers geen plaats voor de weging van een persoonlijk belang bij inzage. Voor afwijzing van een verzoek tot openbaarmaking van clementiestukken, omdat openbaarmaking karteldeelnemers zou weerhouden deel te nemen aan een clementieprogramma, bestaat een grondslag in de Wob. Dit is de relatieve afwijzingsgrond van artikel 10 lid 2 sub d: openbaarmaking blijft achterwege omdat het belang bij inspectie, controle en toezicht van een bestuursorgaan zwaarder weegt dan het (algemene) belang bij openbaarmaking.¹¹ Dit belang moet worden afgewogen tegen het belang bij openbaarmaking op grond van de Wob, zijnde het belang van een goede en democratische bestuursvoering. Dat maakt zelfs de ruimte om de stimulering van privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht als algemeen belang voor openbaarmaking mee te wegen moeilijk in te passen.¹² Gaat men toch uit van dit laatste, waarbij het belang op inzage uitsluitend als een algemeen belang wordt meegewogen, dan zal naar mijn mening de bescherming van clementiestukken altijd dienen te prevaleren. Het belang bij bescherming tegen inzage gaat uit van de veronderstelling dat er minder clementieverzoeken zullen plaatsvinden als inzage wordt gegeven. De praktijk heeft laten zien dat zonder clementieverzoeken veel kartels onontdekt zouden blijven. Er zullen in dat geval dus minder kartels ontdekt worden, maar mogelijk wel meer succesvolle schadevergoedingsacties jegens die kartels slagen. De handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de lidstaten zal meer baat hebben bij het opsporen van meer kartels dan bij het opsporen van

10. Het vorderen van inzage in clementiestukken bij de NMa op grond van een vordering ex art. 843a Rv ligt minder voor de hand. Zie ook L. Haasbeek, 'De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5, p. 137-147.

11. Zie ABRvS 16 oktober 1998, *TvGR* 1999, 49 voor een voorbeeld waarbij naar de effectiviteit van het toezicht in de toekomst werd gekeken ter rechtvaardiging van niet-openbaarmaking van de relevante stukken waarvan openbaarmaking was verzocht. Zie ook NMa 25 juni 2007, zaak nr. 6112, 'Behandeling verzoek op grond van de Wob inzake Martens & Van Oord Aanemingsbedrijf'. In dit laatste besluit is niet aangegeven dat het verzoek op grond van art. 10 lid 2 sub d is afgewezen, maar de motivering van de beslissing sluit feitelijk uitsluitend bij die afwijzingsgrond aan.

12. Zie voor een voorbeeld waarbij is betoogd dat het stimuleren van privaatrechtelijke handhaving een algemeen belang is in de zin van art. 4 lid 2 Verordening (EG) nr. 1049/2001 (EuroWob): Besluit van de Europese Ombudsman van 6 april 2010, *klacht van bedrijf [A] tegen Commissie*, klachtnummer 3699/2006/ELB. Ook te vinden op: www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/4752/html.bookmark.

minder kartels, ongeacht of deze laatste groep met meer succes ook civielrechtelijk aansprakelijk zijn gesteld. Deze redenering doet echter geen recht aan de duidelijk door het Hof van Justitie vermelde individuele afweging die moet worden gemaakt met inachtneming van alle relevante gegevens van de zaak. Een mogelijk gevolg van dit arrest voor de Nederlandse praktijk lijkt dan ook te zijn dat de NMa bij de beoordeling van een verzoek tot inzage in clementiestukken ook rekening zal moeten houden met het specifieke belang van de verzoeker bij inzage in die stukken ten behoeve van een schadevergoedingsactie. Binnen de kaders van de Wob lijkt dit momenteel in ieder geval niet mogelijk, zodat op grond van het bovenstaande geconcludeerd moet worden dat de NMa in dat geval verzoeken tot inzage in clementiestukken op grond van de Wob zal kunnen blijven afwijzen.

Het is de vraag of het dan wellicht mogelijk is om op grond van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv inzage in de clementiestukken bij de NMa te vorderen. Het is niet ondenkbaar dat dergelijke vorderingen tot inzage in clementiestukken afgewezen worden vanwege het verbod op *fishing expeditions*.¹³ In dat geval wordt ook niet toegekomen aan een belangenafweging die recht doet aan het arrest *Pfleiderer*. In dat geval leidt dat tot de conclusie dat het Nederlandse wettelijke stelsel weinig tot geen mogelijkheden biedt om inzage te verkrijgen in clementiestukken. Het is de vraag of dit te verenigen is met het *Pfleiderer*-arrest, omdat als gevolg daarvan schadevergoedingsvorderingen op kartels wellicht uiterst moeilijk of onmogelijk kunnen worden gemaakt. Van de wetgever kunnen we in dit opzicht weinig verwachten, omdat de regering uitdrukkelijk tegen enige vorm van openbaarmaking van clementiestukken is.¹⁴ De implicaties van dit arrest reiken mogelijk verder dan inzage in clementiestukken. Er is immers geen reden waarom het persoonlijk belang op inzage niet ook zou moeten meewegen bij een verzoek tot openbaarmaking van alle 'overige' stukken in het onderzoeksdossier van de NMa. Het lijkt mij dan ook interessant om te zien hoe de rechter indachtig dit arrest een verzoek tot inzage in alle stukken in het onderzoeksdossier van de NMa zal beoordelen.

Zoals eerder aangegeven heeft dit arrest mogelijk ook consequenties voor de openbaarmaking van en inzage in bij de Commissie ingediende clementieverzoeken. Commissaris Almunia heeft daarover onlangs het volgende gezegd:

'This ruling has been much debated because it has not eliminated the uncertainty as to whether – and to what extent – national competition authorities can protect information received under their leniency regimes. Although the ruling concerns national programmes, it may have an impact on the functioning

of the ECN and on the leniency programmes of all its members, including the Commission'.¹⁵

Kort na deze uitspraak heeft Almunia in een toespraak aan het Europees Parlement aangegeven dat hij voornemens is Europese regelgeving op te stellen om de verhouding tussen publieke handhaving en private schadevergoedingsacties (individueel of in collectief verband) beter op elkaar af te stemmen.¹⁶ Daarbij hoort wat hem betreft ontegenzeggelijk de bescherming van (nationale) clementieprogramma's. Dit impliceert dat hij in die regelgeving waarborgen zal opnemen dat clementiestukken volledig gevrijwaard zullen blijven van inzage of openbaarmaking. Tot die tijd zal dit vraagstuk de gemoederen van mededingingsjuristen nog wel even bezighouden.

13. Zie hierover meer uitgebreid: L. Haasbeek, 'De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht', *M&M* 2009/5, p. 137-147.

14. Zie ook: Conclusie A-G Mazak, 16 december 2010, zaak C-360/09, r.o. 16.

15. J. Almunia, 'New Challenges in mergers and antitrust', speech op het jaarlijkse IBA-congres voor mededinging in Florence, 16 september 2011, p. 2.

16. J. Almunia, 'Public enforcement and private damages actions in anti-trust', speech voor het ECON-Comité van het Europees Parlement, 22 september 2011, p. 2.