

Artikel

De WOB en de Eurowob in het mededingingsrecht

Mr. L. Haasbeek*

Inleiding

Openbaarheid van bestuur, zowel op nationaal als op Europees niveau, staat de laatste jaren volop in de belangstelling. Voldoende transparantie zou de democratische legitimatie van de besluitvorming en het vertrouwen dat de burger heeft in deze besluitvorming vergroten. Daarom is het beginsel van openbaarheid van bestuur neergelegd in zowel de Nederlandse Grondwet (artikel 110) als het EG-Verdrag (artikel 255). De Wet openbaarheid van bestuur (de Wob) en Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (de Eurowob)¹ geven uitwerking aan dit beginsel, uitgaande van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.² Op basis van de Wob en de Eurowob kan een ieder³ respectievelijk iedere burger van de Unie en iedere natuurlijke of rechtspersoon met verblijfplaats of statutaire zetel in een lidstaat⁴ verzoeken om toegang tot documenten van bestuursorganen en Europese instellingen. Deze informatie dient dan wel neergelegd te zijn in een

document,⁵ zijnde iedere gegevensdrager, en dit document dient een bestuurlijke aangelegenheid te betreffen.⁶ Het recht van toegang tot documenten heeft derhalve betrekking op een zeer ruime kring van personen, alsmede een zeer ruime selectie aan gegevens. Toch is het recht op toegang niet onbeperkt: het bestuursorgaan of de instelling kan toegang weigeren indien aan bepaalde, limitatief opgesomde uitzonderingsgronden is voldaan.⁷

De Wob en de Eurowob zijn onder meer van toepassing op verzoeken om toegang tot documenten betreffende een mededingingsrechtelijke procedure bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de NMa) en de Europese Commissie (de Commissie).⁸ Voor wat betreft de Mededingingswet heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) dit op 7 februari 2007 onomstotelijk vastgesteld. In tegenstelling tot wat de NMa tot dan toe aannam, bepaalde de Afdeling dat artikel 90 van de Mededingingswet (de Mw) geen uitputtend en aan de Wob derogierend openbaarmakingsregime bevat. De NMa is op deze manier verplicht om verzoeken onder de Wob in behandeling te nemen, wat geleid heeft tot een forse toename van het aantal Wob-verzoeken. Bij de Commissie is de toepasselijkheid van de Eurowob op het mededingingsrecht nooit in twijfel getrokken. Het mededin-

137

* Mr. L. Haasbeek is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Op 30 april 2008 heeft de Commissie een wijzigingsvoorstel met betrekking tot Verordening (EG) nr. 1049/2001 gepresenteerd (COM(2008) 229 FINAL). De wijzigingen betreffen onder meer het vervallen van het residentiecriteria voor het doen van een Eurowob-verzoek, een nieuw artikel 2 lid 5 dat een speciaal regime bevat met betrekking tot documenten berustend bij het Hof van Justitie, de uitbreiding van de term 'gerechtelijke procedures' uit artikel 4 lid 2, tweede streepje, naar arbitrage en *dispute settlement* procedures, een verduidelijking van de procedure met betrekking tot documenten afkomstig van de lidstaten en een verlenging van de periode voor de behandeling van confirmatieve verzoeken met 15 dagen. Dit wijzigingsvoorstel zal verder niet aan de orde komen in dit artikel.
2. Artikel 2 lid 1 Wob; artikel 1 Eurowob.
3. Artikel 3 lid 1 Wob.
4. Artikel 2 lid 1 Eurowob.

5. Artikel 3 onder a Eurowob; artikel 3 lid 1 Wob.
6. Artikel 3 lid 1 Wob; artikel 3, onder a, Eurowob.
7. Artikelen 10 en 11 Wob; artikel 4, leden 1, 2 en 3 Eurowob.
8. Dit artikel zal zich beperken tot het bespreken van de Wob en de Eurowob in de context van het mededingingsrecht. Uiteraard zijn de Wob en de Eurowob ook buiten die context van toepassing, waarbij verwezen wordt naar de volgende literatuur: J. Heliskoski & P. Leino, 'Darkness at the break of noon: the case law on Regulation 1049/2001 on access to documents', *CMLR* 2006, volume 43, issue 3, p. 735-781; I. Harden, 'The revision of Regulation 1049/2001 on public access to documents', *EPL* 2009, volume 15, issue 2, p. 239-256; N. Diamandouros, 'Openness and access to documents', *ESTAL* 2008, volume 7, issue 4, p. 654-658; and R. Hankin, 'Access to documents – some thoughts from a state aid perspective', *ESTAL* 2008, volume 7, issue 3, p. 507-518.

gingsrecht is zelfs een van de belangrijkste sectoren binnen het toepassingsbereik van de Eurowob.⁹

De Wob en de Eurowob kunnen potentieel een belangrijke rol spelen in mededingingsprocedures. De openbaarheidsregimes zouden bijvoorbeeld gebruikt kunnen worden als middel van bewijsvergaring door eisers in civiele schadevergoedingsacties tegen karteldeelnemers of ondernemingen die misbruik hebben gemaakt van een economische machtspositie, dan wel in schadevergoedingsacties tegen de NMa of de Commissie wegens onrechtmatige besluitvorming. Ook in het kader van gelijksoortige zaken die later aan de orde komen, kan het via de Wob of de Eurowob opvragen van een dossier in een eerdere zaak nuttig zijn. Of de openbaarheidsregimes van de Wob en de Eurowob echter ook daadwerkelijk een belangrijke plaats zullen gaan innemen in relatie tot het mededingingsrecht, zal grotendeels afhangen van de manier waarop de uitzonderingen op het uitgangspunt van openbaarheid van informatie, de uitzonderingsgronden van artikel 10 en 11 van de Wob en artikel 4 van de Eurowob, worden geïnterpreteerd.

Dit artikel zal daarom beginnen met het geven van een beschrijving van de belangrijkste kenmerken van toepassing van de uitzonderingsgronden uit de Wob en de Eurowob. Vervolgens zal worden ingegaan op een aantal voor het mededingingsrecht belangrijke toepassingen van de verschillende uitzonderingsgronden. Het gaat hierbij om (1) de rol van de Wob en de Eurowob naast de mededingingsrechtelijke toegang tot het dossier, (2) de toepassing in schadevergoedingsacties tegen de NMa en de Commissie wegens onrechtmatige besluitvorming, (3) het effect van de Wob en de Eurowob op clementievragers en concentratiemelders, (4) de Wob en de Eurowob in relatie tot individuele aansprakelijkheid en (5) de rol van de Wob en de Eurowob in civiele schadevergoedingsacties. Tot slot volgt een korte conclusie met betrekking tot het belang en de rol van de Wob en de Eurowob in mededingingsrechtelijke procedures.

Toepassing van de uitzonderingsgronden uit de Wob en de Eurowob

Het uitgangspunt van zowel de Wob als de Eurowob is – zoals gezegd – het beginsel van openbaarheid van informatie. Hierbij geldt onder de Wob dat als informatie eenmaal openbaar is, deze openbaarheid altijd en op iedereen van toepassing is. Beide openbaarheidsregimes kennen twee typen uitzonderingsgronden: absolute uitzonderingsgronden en relatieve uitzonderingsgronden. In geval een absolute uitzonderingsgrond¹⁰ zich voordoet, wordt toegang tot het desbetreffende (gedeelte van het) docu-

ment geweigerd. Indien een relatieve uitzonderingsgrond¹¹ van toepassing is, wordt toegang slechts geweigerd indien er geen hoger openbaar belang is dat openbaarmaking gebiedt. In dit laatste geval dient er een belangenafweging plaats te vinden tussen het algemene belang van openbaarmaking en het door de betreffende uitzonderingsgrond beschermde belang.¹² De uitzonderingsgronden die voor het mededingingsrecht van bijzonder belang zijn, en later in dit artikel nog aan de orde zullen komen zijn: weigering ‘in het belang van het onderzoek’,¹³ weigering van toegang tot interne voorbereidende documenten en juridisch advies;¹⁴ weigering van toegang tot bedrijfsvertrouwelijke informatie;¹⁵ weigering van toegang wegens schending van de persoonlijke levenssfeer;¹⁶ en weigering van toegang wegens onevenredige benadeling.¹⁷ Hieronder zullen ten eerste de belangrijkste kenmerken van toepassing van de uitzonderingsgronden aan de orde komen.

Het persoonlijk belang van de verzoeker

Aangezien de Wob en de Eurowob slechts het publieke belang van een goede en democratische bestuursvorming dienen, speelt in de bovengenoemde belangenafweging het (bijzondere) persoonlijke belang van de verzoeker in beginsel geen rol. Ditzelfde geldt voor persoonlijke belangen van anderen dan de verzoeker, die niet onder een van de uitzonderingsgronden vallen.¹⁸

Onder het persoonlijke belang van de verzoeker valt ook diens procesbelang. De jurisprudentie met betrekking tot de Eurowob heeft bepaald dat het procesbelang van de verzoeker niet wordt meegenomen bij de weigering van toegang,¹⁹ noch bij de bepaling van de omvang van de rechterlijke controle.²⁰ In geval de Commissie wil afzien van het normaal gesproken vereiste onderzoek in het kader van een Eurowob-verzoek op grond van een onevenredig grote werkbelasting, kan het persoonlijke belang dat de verzoeker heeft bij openbaarmaking van de documenten echter wel een rol spelen.²¹ Daarnaast zijn er gevallen denkbaar waarin het recht op een adequate verdediging op grond van artikel 6 EVRM in de weg zou staan aan

9. Commissie 2 juli 2009, Verslag van de Commissie over de toepassing van Verordening (EG) nr. 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie in 2008, COM(2009) 331 definitief, Bijlage punt 10.
10. Artikel 4 lid 1 Eurowob; artikel 10 lid 1 en 11 lid 1 Wob.

11. Artikel 4 lid 2 en 4 lid 3 Eurowob; artikel 10 lid 2 Wob.
12. Zie ABRvS 4 december 2002, LJN AF1476 m.b.t. de Wob en GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*, m.b.t. Eurowob. Deze laatste uitspraak is te vinden op <curia.europa.eu>
13. Artikelen 10 lid 2 onder c, d en g Wob; artikelen 4 lid 2, derde streepje, 4 lid 2, tweede streepje, en 4 lid 3, eerste alinea, Eurowob.
14. Artikel 11 lid 1 Wob; artikelen 4 lid 3, 1e en tweede alinea en 4 lid 2, tweede streepje, Eurowob.
15. Artikel 10 lid 1 onder c Wob; artikel 4 lid 2, eerste streepje, Eurowob.
16. Artikel 10 lid 1 onder d en 10 lid 2 onder e Wob; artikel 4 lid 1 onder b Eurowob.
17. Artikel 10 lid 2 onder g Wob; deze uitzonderingsgrond kent geen equivalent in de Eurowob.
18. In GvEA 30 mei 2006, zaak T-198/03, *Bank Austria tegen Commissie*, Jur. 2006, p. II-1429, werd bijvoorbeeld bepaald dat het belang dat een onderneming die beboet is wegens schending van het gemeenschapsrecht heeft bij het geheimhouden van dit gedrag ten opzichte van het publiek, geen bijzondere bescherming verdient.
19. GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*, randnummer 65.
20. HvJ EG 1 februari 2007, zaak C-266/05P, *Sison tegen Raad*, Jur. 2007, p. I-1233, randnummer 40, 43.
21. GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, Jur. 2005, p. II-1121, randnummer 114.

toepassing van (de uitzonderingsgronden van) de Wob en de Eurowob. Echter, dit geldt slechts voor zover het dossier waarin inzage wordt gevorderd een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM betreft en voor zover degene die inzage vordert de overtreder is die zich tegen deze *criminal charge* moet verdedigen.²² Hoewel het opleggen van een bestuurlijke boete in het kader van overtredingen van het mededingingsrecht zijn aan te merken als *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM, zal de vermeende overtreder – gelet op de bijzondere inzagerechten uit de Mw en Verordening (EG) nr. 1/2003²³ – in de regel geen beroep hoeven doen op de Wob of de Eurowob om inzage te krijgen in het dossier. Echter, wanneer inzage wordt gevorderd in documenten afkomstig van de vermeende overtreder, zou deze artikel 6 EVRM wel kunnen gebruiken om te onderbouwen dat de documenten onder een uitzonderingsgrond moeten vallen en niet openbaar gemaakt mogen worden. Met betrekking tot de Wob zou plaats zijn voor dit argument onder artikel 10 lid 2 onder g (onevenredige benadeling), maar ook onder de Eurowob is – gezien de status van het EVRM binnen het EG-recht – een dergelijk argument zeer wel denkbaar.

Onderzoek en motivering

De verzoeker hoeft zijn verzoek om toegang tot documenten niet te motiveren en hoeft daarbij geen belang te stellen; hij dient alleen aan te geven tot welke documenten hij inzage vordert. Deze (zeer) beperkte motiveringsplicht kent slechts één uitzondering: indien de mededingingsautoriteiten toegang weigeren omdat het document niet of niet langer onder het bestuursorgaan berust en dit niet ongeloofwaardig voorkomt, moet de verzoeker aannemelijk maken dat het document toch onder het bestuursorgaan rust.²⁴

In tegenstelling tot deze zeer beperkte motiveringsplicht voor de verzoeker, rust er een zware motiveringsplicht op de mededingingsautoriteiten. Het uitgangspunt is dat zij op basis van concreet en individueel onderzoek per document moeten bepalen of de toegang wordt verleend.²⁵ Categoriëring van documenten²⁶ of een vage algemene beschrijving dat een document uitgezonderd zou zijn²⁷ is noch onder de Wob noch onder de Eurowob voldoende om toegang te weigeren. Dit principe kent onder de Eurowob een aantal uitzonderingen, waarvan de *acte clair* (het is overduidelijk dat de documenten onder een uitzonderingsgrond vallen) en de *acte éclairé* (soortgelijke documenten zijn in een soortgelijke situatie al eens concreet en individueel onderzocht) de belangrijkste zijn. Daarnaast kan afgezien worden van individuele motivering van de

weigering als daardoor de belangen die artikel 4 Eurowob beschermt, worden geschaad.²⁸ In uitzonderlijke omstandigheden kan tevens rekening gehouden worden met de werklast van de Commissie of de NMa die verbonden is aan het individuele onderzoek van alle documenten. Op grond van het evenredigheidsbeginsel mag slechts dan de onderzoeksplicht van de Commissie beperkt worden als de daaruit voortvloeiende administratieve last bijzonder groot is en de grenzen overschrijdt van wat redelijkerwijs van het orgaan kan worden verlangd. Dit wordt niet snel aangenomen.²⁹ De mededingingsautoriteit dient daarbij wel aan te tonen hoe groot de werklast is en zij dient naar minder beperkende alternatieve methoden van openbaarmaking te zoeken.³⁰

Beoordelingsruimte en rechterlijke toetsing

Zowel onder de Wob als de Eurowob hebben de mededingingsautoriteiten een ruime beoordelingsmarge met betrekking tot de vraag of toegang tot documenten wordt verleend of geweigerd. Indien toegang wordt verzocht tot documenten van derden, moet de Commissie³¹ respectievelijk de NMa³² deze derde raadplegen voordat de documenten openbaar worden gemaakt. Daarnaast moet de NMa een derde die naar alle waarschijnlijkheid bezwaar heeft tegen openbaarmaking twee weken gunnen om in bezwaar te komen tegen de openbaarmakingsbeschikking.³³ Onder de Eurowob hebben daarnaast de lidstaten een bijzondere positie met betrekking tot van hen afkomstige documenten. Tot voor kort hadden de lidstaten zelfs een discretionair vetorecht met betrekking tot de toegang tot alle documenten die door hen waren overgelegd aan de Commissie, ongeacht de auteur van deze documenten (de 'auteursregel').³⁴ Sinds de auteursregel in het arrest *Zweden/Commissie*³⁵ door het Hof werd afgeschaft, geldt dat de lidstaat een verzoek tot weigering van inzage, gemotiveerd op de gronden uit artikel 4 Eurowob, kan indienen bij de Commissie.³⁶ Het blijft hierbij onduidelijk of de

22. Rechtbank Rotterdam 26 november 2002, *NEA tegen/Norsk Hydro*, LJN AR4219, randnummer 2.3.2.
 23. Hierop zal later in dit artikel, onder 'Recht op inzage in het dossier op grond van het Mededingingsrecht' nader worden ingegaan.
 24. ABRvS 11 april 2007, *AB 2007*, 184; vergelijk NMa 29 maart 2007, zaak 3795/64, *Wob-verzoek Gazelle*.
 25. GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-1121, randnummer 74 e.v.; NMa 13 december 2007, zaak 6074/35, *Wob verzoek Broadcast Partners*, *bezwaar*, randnummer 26, 27.
 26. *Ibid.*
 27. GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*, randnummer 76-78.

28. HvJ EG 1 februari 2007, zaak C-266/05P, *Sison tegen Raad*, *Jur.* 2007, p. I-1233, randnummer 66 m.b.t. aan terrorismebestrijding gerelateerde documenten.
 29. Rechtbank Zutphen 2 september 2008, LJN BE9980; GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-1121.
 30. In NMa 21 juni 2007, zaak 5077/18, *Wob-verzoek informele zienswijzen*, werd het individueel vertrouwelijkheidsonderzoek per informele zienswijze gezien de omvang van het aantal informele zienswijzen en de bewerkelijkheid achterwege gelaten, en werden in plaats daarvan alle zienswijzen geanonimiseerd (zie randnummer 24). Zie met betrekking tot de Eurowob: GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-1121, randnummer 114-115.
 31. Artikel 4 lid 4 Eurowob.
 32. NMa 25 juni 2008, zaak 6386, *Wob-verzoek inzake Topherstel en Focwa* (zaken 469 en 378).
 33. Artikel 6 lid 3 Wob.
 34. Zie bijvoorbeeld GvEA 17 september 2003, zaak T-76/02, *Messina tegen Commissie*, *Jur.* 2003, p. II-3203 en GvEA 30 november 2004, zaak T-168/02, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds tegen Commissie*, *Jur.* 2004, p. II-4135.
 35. HvJ EG 18 december 2007, zaak C-64/05P, *Zweden tegen Commissie*, *Jur.* 2007, p. I-11389, randnummer 58 e.v.
 36. Artikel 4 lid 5 Eurowob en HvJ EG 18 december 2007, zaak C-64/05P, *Zweden tegen Commissie*, *Jur.* 2007, p. I-11389, randnummer 58 e.v.

Commissie gebonden is aan de motivering van de lidstaat, of dat zij gerechtigd is deze te toetsen en af te wijzen. Onder de Eurowob is de toetsing door de Europese rechter marginaal.³⁷ Het Gerecht is overigens wel bevoegd kennis te nemen van de documenten waartoe geen toegang is verleend aan de verzoeker, maar dit heeft geen invloed op de omvang van de rechterlijke toetsing.³⁸ Onder de Wob is de rechterlijke toetsing volledig met betrekking tot de toepasselijkheid van de uitzonderingsgronden, maar met betrekking tot de belangenafweging in het kader van de relatieve uitzonderingsgronden bestaat slechts een marginale toetsing.³⁹ Deze marginale toetsing houdt in dat wordt gekeken of het bestuursorgaan in redelijkheid tot het genomen besluit had kunnen komen.

Conclusie

De manier van toepassing van de uitzonderingsgronden van de Wob en de Eurowob maakt enerzijds dat de mededingingsautoriteiten ruime mogelijkheden hebben om een verzoek tot inzage af te wijzen en dat ook de derde of lidstaat van wie het document afkomstig is, in staat wordt gesteld zijn bezwaren tegen openbaarmaking gemotiveerd naar voren te brengen. Anderzijds geldt dat een weigering documenten openbaar te maken aan strenge motiverings-eisen onderworpen is, aangezien deze een uitzondering betreft op het algemene beginsel van openbaarheid.

De rol van de Wob en de Eurowob naast de specifieke inzagerechten uit het mededingingsrecht

Zowel de nationale als de Europese mededingingsregels kennen voor de verschillende mededingingsprocedures specifieke regels met betrekking tot inzage in het dossier. Daarnaast bevat zowel de Wob als de Eurowob uitzonderingen die het mogelijk maken om toegang tot het dossier te weigeren 'in het belang van het onderzoek'. De vraag is of en, zo ja, in welke situaties de openbaarheidsregimes van de Wob en de Eurowob, ondanks het bestaan van deze uitzonderingsgronden, een aanvullende rol kunnen spelen naast de specifieke inzagerechten die krachtens het mededingingsrecht reeds gelden.

Recht op inzage in het dossier op grond van het Mededingingsrecht

In het Europese recht kent artikel 27 lid 2 van Verordening (EG) nr. 1/2003 het recht tot inzage in het dossier in kartel- en misbruikmachtspositieprocedures toe aan 'de partijen'. Dit recht is onder voorbehoud van 'het rechtmatige

belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs worden gegeven'. Ook met betrekking tot vertrouwelijke inlichtingen en interne documenten van de Commissie of nationale mededingingsautoriteiten is een uitzondering gemaakt. Ook bij de NMa bestaat in kartel- en misbruikmachtspositieprocedures het recht op inzage in het dossier. Op grond van artikel 60 lid 2 Mw moeten 'het rapport en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken (...) gedurende een periode van ten minste vier weken voor belanghebbenden ter inzage (worden) gelegd'. Het begrip 'belanghebbende' moet hierbij worden geïnterpreteerd overeenkomstig artikel 1:2 lid 1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Binnen deze categorie vallen in ieder geval de geadresseerden van het rapport, maar eventueel ook derdenbelanghebbenden zoals concurrenten die een klacht hebben ingediend bij de NMa. De Wob is hierbij van overeenkomstige toepassing op de informatieverstrekking en dan met name van belang met betrekking tot de gronden waarop inzage geweigerd kan worden. Ook bij concentratiemeldingen bij de Commissie wordt inzage verstrekt in het dossier. Artikel 18 lid 3 van de CoVo bepaalt daartoe dat: 'het dossier (...) ten minste toegankelijk (is) voor de rechtstreeks betrokken partijen, met inachtneming van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs worden gegeven'. Uit de Implementatieverordening⁴⁰ volgt echter dat de toegang pas verleend wordt nadat de Commissie een mededeling van punten van bezwaar tot de partijen heeft gericht. Het recht op toegang bestaat zowel voor de partijen tot wie de punten van bezwaar zich richten als tot de andere betrokkenen, maar voor die laatste categorie slechts voor zover nodig is om hun opmerkingen te kunnen voorbereiden. Het NMa-regime met betrekking tot concentratiemeldingen kent geen dergelijk recht op toegang tot het dossier. De Spelregels Concentratiezaken van de NMa bepalen, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van de Mw, dat het 'uitdrukkelijk de bedoeling van de wetgever is dat onderliggende dossiers van concentratieprocedures gedurende de voorbereidingsprocedure van het te nemen besluit niet openbaar zijn'.⁴¹ Slechts de beschikking in de vergunningsfase moet, op grond van artikel 44 lid 3 Mw, ter inzage te worden gelegd. Hierop zijn de uitzonderingsgronden van de Wob van overeenkomstige toepassing. Op grond van de Spelregels Concentratiezaken⁴² geldt hetzelfde voor de mededeling of een vergunning is vereist.

Uit het vorengaande kan worden afgeleid dat het recht van toegang tot het dossier op grond van het mededingingsrecht met betrekking tot inbreukprocedures op ongeveer dezelfde gronden wordt verleend en geweigerd als openbaarmaking onder de Wob en de Eurowob. Echter, zowel wat betreft de kring van personen die toegang kunnen verzoeken als wat betreft de documenten die openbaar

37. HvJ EG 1 februari 2007, zaak C-266/05P, *Sison tegen Raad*, Jur. 2007, p. I-1233, randnummer 34.

38. HvJ EG 1 februari 2007, zaak C-266/05P, *Sison tegen Raad*, Jur. 2007, p. I-1233, randnummer 39.

39. ABRvS 4 juni 2006, zaaknummer 200706367/1; ABRvS 7 februari 2008, zaaknummer 2007082691 en ABRvS 28 januari 2009, zaaknummer 200805565/1.

40. Verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, artikel 17 e.v.

41. Spelregels Concentratiezaken van de NMa, randnummer 51, *Kamerstukken II 1996/97*, 24 707, nr. 12 p. 13-14.

42. Spelregels Concentratiezaken van de NMa, randnummer 52.

moeten worden gemaakt, zijn de openbaarheidsregimes van de Wob en de Eurowob aanzienlijk ruimer. Met betrekking tot concentratiecontrole is het specifieke, mededingingsrechtelijke toegangsregime zeer beperkt. De Wob en de Eurowob zijn op alle fronten aanzienlijk ruimer.

Uitzonderingsgrond ‘in het belang van het onderzoek’

Zowel de Wob⁴³ als de Eurowob⁴⁴ bevat echter bepalingen op basis waarvan toegang tot documenten kan worden geweigerd ‘in het belang van het onderzoek’. Tijdens een lopende procedure bij de mededingingsautoriteiten zal het door toepassing van deze uitzonderingsgrond vaak lastig – zo niet (nagenoeg) onmogelijk – zijn om toegang te krijgen tot het dossier op grond van de Wob of de Eurowob.

In relatie tot Wob-verzoeken in concentratiezaken laat de NMa er geen twijfel over bestaan dat toegang tot het dossier gedurende de looptijd van de zaak geweigerd zal worden. De uitzonderingsgrond die zij hiervoor aanwendt is het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden (artikel 10 lid 2 onder g Wob). Zij stelt in de Spelregels Concentratie zaken het volgende:

‘De Raad wijst Wob-verzoeken die gedurende de meldings- of vergunningsfase worden ingediend in ieder geval geheel af op grond van artikel 10, tweede lid, onder g, Wob. Het is namelijk van groot belang dat de Raad in alle beslotenheid, in een relatief kort tijdsbestek, tot een evenwichtige en zorgvuldige besluitvorming kan komen, waarbij de belangen van de betrokkenen in de procedure goed kunnen blijven gewaarborgd.’⁴⁵

De beschikkingenpraktijk van de NMa volgt dit uitgangspunt. Zo wees de NMa twee Wob-verzoeken, die betrekking hadden op de melding en de stukken inzake de concentratie *Nuon/Essent*, af op grond van artikel 10 lid 2 onder g Wob.⁴⁶ De NMa baseert deze beschikkingen, in lijn met de Spelregels Concentratie zaken, op de nadelige invloed die openbaarmaking zou hebben op de adequate en zorgvuldige behandeling van de aanvraag, waarmee de voorbereiding in onevenredige mate geschaad kan worden, alsmede op de schadelijke invloed op de belangen van de meldende partijen door voortijdige openbaarmaking van informatie.

Echter, ook buiten het concentratietoezicht weigert de NMa in de regel Wob-verzoeken die gedaan worden terwijl het onderzoek nog gaande is. Ten eerste geldt dit ten aanzien van Wob-verzoeken betreffende lopende

inbreukprocedures.⁴⁷ De NMa baseert hierbij haar weigering op artikel 10 lid 2 onder c ten aanzien van de opsporing en vervolging van strafbare feiten en het hierboven genoemde artikel 10 lid 2 onder g. De NMa motiveert haar weigering door te stellen dat gefragmenteerde en onvolledige informatie kan leiden tot een onjuist beeld met betrekking tot ondernemingen die mogelijk de Mededingingswet hebben overtreden. Uitgangspunt is dan ook dat gedurende de onderzoeksfase en de sanctieprocedure geen informatie wordt verstrekt. Dit wordt volgens de NMa geïllustreerd door de afwezigheid van een openbare voorbereidingsprocedure als doelbewuste keuze van de wetgever. Daarnaast zal toegang worden geweigerd indien met betrekking tot het dossier waarin inzage wordt gevraagd nog een procedure voor de rechtbank aanhangig is.⁴⁸ De NMa weigerde, op basis van artikel 10 lid 2 onder c, d en g openbaarmaking van documenten die (mede) betrekking hebben op handhavingszaken die nog niet onherroepelijk zijn, in het belang van de aan de NMa opgedragen taken, specifiek het opsporen en vervolgen van overtredingen van de Mededingingswet. Ook in bezwaar bevestigde de NMa dit standpunt.⁴⁹ Hoewel de NMa erkent dat, gezien het feit dat de onderzoeksfase al geruime tijd is afgerond, de gronden uit artikel 10 lid 2 onder c en d Wob niet meer aan openbaarmaking in de weg kunnen staan,⁵⁰ handhaaft de NMa haar principale besluit. Artikel 10 lid 2 onder g Wob vormt hiervoor de grondslag: de NMa stelt dat de opgevraagde documenten geen objectieve gegevens toevoegen aan de reeds bij verzoekers bekende informatie, maar dat openbaarheid wel afbreuk kan doen aan de verdediging van het NMa-besluit in rechte.⁵¹ Deze redenering wordt onderschreven door het feit dat interne juridische adviezen niet in een procesdossier behoeven te worden opgenomen, waarop krachtens artikel 60 lid 2 Mw ook de uitzonderingsgronden van de Wob van toepassing zijn.⁵²

Ook de Commissie zal in lopende zaken niet snel toegang verlenen tot het dossier. De uitzonderingsgronden die zij in dit kader zal toepassen zijn die uit artikel 4 lid 2, derde streepje, artikel 4 lid 2, tweede streepje en artikel 4 lid 3, eerste alinea Eurowob. Artikel 4 lid 3, eerste alinea bevat de relatieve uitzonderingsgrond die bepaalt dat zolang de Commissie nog geen besluit heeft genomen, geen inzage hoeft te worden verleend in interne documenten van de Commissie indien dit de besluitvorming ernstig zou ondermijnen. Dit is het geval wanneer openbaarmaking van de documenten, in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval, een substantieel effect heeft op het besluitvormingsproces.⁵³ In een wetgevingsprocedure zal dit niet snel worden aangenomen.⁵⁴ Daarnaast

43. Artikelen 10 lid 2 onder c, d en g Wob.

44. Artikelen 4 lid 2, derde streepje, 4 lid 2, tweede streepje en 4 lid 3, eerste alinea Eurowob.

45. Spelregels Concentratie zaken van de NMa, randnummer 63.

46. NMa 25 juni 2007, zaak 6117, *Wob-verzoek inzake 6015(Nuon/Essent)*.

47. NMa 20 december 2007, zaak 6259, *Wob-verzoek rapport 5697_1/102*.

48. NMa 9 juli 2008, zaak 6407, *Wob-verzoek inzake Heijmans & IBC*.

49. Besluit van 9 januari 200, zaak 6407, *Wob-verzoek Heijmans & IBC*, bezwaar.

50. *Ibid*, randnummer 43.

51. *Ibid*, randnummer 36.

52. *Ibid*, randnummers 39-41.

53. GvEA 18 december 2008, zaak T-144/05, *Pablo Muniz tegen Commissie*, randnummer 75.

54. *Ibid*, randnummers 77 e.v.

beschermt artikel 4 lid 2, tweede streepje het verloop van gerechtelijke procedures en juridisch advies.⁵⁵ De bescherming van gerechtelijke procedures strekt zich in ieder geval uit hangende rechtstreekse beroepen, wanneer de desbetreffende interne stukken nog door de rechter behandeld moeten worden.⁵⁶ Dit voorkomt dat openbaarheid ervoor zorgt dat de gemachtigden van de Commissie pressie van buiten ondervinden tijdens de behandeling van de zaak. Nadat de documenten ter zitting behandeld zijn, zal elk document concreet moeten worden beoordeeld om uit te maken of openbaarmaking van de specifieke inhoud van dat document zou leiden tot ondermijning van de gerechtelijke procedure.⁵⁷ Tot slot ziet artikel 4 lid 2, derde streepje Eurowob op de bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en *audits*. Deze uitzondering is van toepassing waar openbaarmaking van de documenten de voltooiing van het onderzoek in gevaar brengt.⁵⁸ Dit gevaar dient redelijkerwijze voorzienbaar en niet louter hypothetisch te zijn en de bewijslast rust hierbij op de Commissie. Daarnaast heeft het Hof bepaald dat het enkele feit dat een link bestaat met de procedure en dat het document dus betrekking heeft op het onderzoek onvoldoende is.⁵⁹ Weigering dient te zien op bescherming van het doel van het onderzoek, niet op bescherming van het onderzoek als zodanig.⁶⁰ Dit doet zich in ieder geval voor gedurende, en zelfs enige tijd na, een niet-nakomingsprocedure van de Commissie tegen een lidstaat, aangezien openbaarmaking inbreuk maakt op het doel van het onderzoek, namelijk de lidstaat in staat te stellen de inbreuk vrijwillig te remediëren.⁶¹

Daarmee lijkt het lastiger voor de Commissie om toegang te weigeren dan voor de NMa. Toch is niet te verwachten dat er in de praktijk een groot verschil zal bestaan tussen de Commissie en de NMa. Door de combinatie van de drie bovengenoemde bepalingen, lijkt het ook voor de Commissie in het overgrote gedeelte van de gevallen mogelijk om tijdens een lopende mededingingsprocedure inzage te weigeren.

Conclusie

Hoewel de openbaarheidsregimes van de Wob en de Eurowob significant ruimer zijn in hun toepassingsbereik dan de specifieke mededingingsrechtelijke regimes met betrekking tot toegang tot het dossier, maakt de uitzonderingsgrond 'in het belang van het onderzoek' dat de rol

van de Wob en de Eurowob voornamelijk beperkt zal blijven tot verzoeken die na de mededingingsprocedure bij de NMa respectievelijk de Commissie worden ingediend. Er zijn hierbij verschillende situaties denkbaar, zoals gebruik van de Wob en de Eurowob in de bewijsvergaring in schadevergoedingsprocedures tegen de NMa of de Commissie wegens onrechtmatige besluitvorming⁶² of civiele schadevergoedingsprocedures,⁶³ als aanknopingspunt in procedures over hetzelfde dan wel een gelijksoortig onderwerp, of om commerciële redenen.

De rol van de Wob en de Eurowob in schadevergoedingsprocedures op grond van onrechtmatige besluitvorming

In een schadevergoedingsprocedure op grond van onrechtmatige besluitvorming tegen de NMa of de Commissie zal de eiser in ieder geval moeten aantonen dat de mededingingsautoriteit onrechtmatig heeft gehandeld en dat daardoor schade is geleden. Interne documenten uit het dossier, waarin de juridische dienst of andere afdelingen van de mededingingsautoriteit advies geven met betrekking tot de zaak, kunnen daarbij interessant zijn voor de bewijspositie van de eiser.⁶⁴ Deze interne voorbereidende stukken worden echter zowel door de Wob als door de Eurowob beschermd.⁶⁵ Onder de Eurowob bestaat daarbij een speciaal regime voor *legal opinions* van de juridische dienst van de Commissie.⁶⁶

Artikel 11 lid 1 Wob stelt dat geen informatie zal worden verstrekt over persoonlijke beleidsopvattingen uit documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad. Grondslag van deze bepaling is het doel van een ongestoorde uitwisseling van opvattingen⁶⁷ binnen het bestuursorgaan, in dit geval de NMa. 'Documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad' zijn – naast de documenten opgesteld door de NMa zelf – eveneens documenten afkomstig van derden, opgemaakt ten behoeve van intern beraad. Echter, slechts de 'persoonlijke beleidsopvattingen', i.e. opvattingen, voorstellen, aanbevelingen of conclusies van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid,⁶⁸ uit deze documenten worden beschermd. De Afdeling heeft geoordeeld dat voor een kwalificatie als 'persoonlijke beleidsopvatting' de algemene redenering dat een weergave altijd enigermate gekleurd

55. De bescherming van juridisch advies zal later in dit artikel, onder 'De rol van de Wob en de Eurowob in schadevergoedingsprocedures op grond van onrechtmatige besluitvorming' nog aan de orde komen.

56. GvEA 12 september 2007, zaak T-36/04, *Association de la presse internationale ASBL (API) tegen Commissie*, Jur. 2007, p. 3201, randnummer 73-82.

57. *Ibid*, randnummer 82.

58. GvEA 6 juli 2006, gevoegde zaken T-391/03 en T-70/04, *Franchet & Byk tegen Commissie*, Jur. 2006, p. II-2023, randnummer 109 e.v.

59. GvEA 8 november 2007, zaak T-194/04, *Bavarian Lager tegen Commissie*, Jur. 2007, p. II-4523, randnummer 145.

60. *Ibid*, randnummer 149.

61. GvEA 12 september 2007, zaak T-36/04, *Association de la presse internationale ASBL (API) tegen Commissie*, Jur. 2007, p. 3201, randnummer 120-121. Dit geldt niet meer indien de Commissie een nieuwe niet-nakomingsprocedure start onder artikel 228 lid 2 EG-Verdrag (randnummer 137-139).

62. Zie bijvoorbeeld GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*.

63. Zie bijvoorbeeld GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, Jur. 2005, p. II-1121.

64. Zie bijvoorbeeld GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*.

65. Artikel 11 lid 1 Wob; artikel 4 lid 3, eerste en tweede alinea Eurowob.

66. Artikel 4 lid 2, tweede streepje Eurowob.

67. ABRvS 8 oktober 2003, Gst. 2004, 22 (m.nt. Kooper).

68. Artikel 1 onder f Wob.

wordt door persoonlijk beleidsopvattingen, niet volstaat.⁶⁹ Het stuk moet derhalve specifiek een persoonlijke beleidsopvatting weergeven, waarbij het niet uitmaakt of deze inmiddels deel is gaan uitmaken van het (vaste) beleid van de NMa. Daarnaast geldt dat, indien een document zowel persoonlijke beleidsopvattingen bevat als (objectieve) feiten, de norm gedeeltelijke openbaarmaking van de (objectieve) feiten is, tenzij deze niet te onderscheiden zijn van de persoonlijke beleidsopvattingen.⁷⁰ Dit regime is ook van toepassing op *legal opinions* van de juridische dienst van de NMa, die volgens de jurisprudentie in de regel kunnen worden aangemerkt als persoonlijke beleidsopvattingen.⁷¹

Ook de Eurowob zondert interne voorbereidende documenten uit van het beginsel van openbaarheid van informatie. Artikel 4 lid 3, eerste alinea betreft de periode voordat de Commissie een besluit heeft genomen, terwijl artikel 4 lid 3, tweede alinea op de periode daarna ziet. Voor wat betreft schadevergoedingsacties tegen de Commissie wegens onrechtmatige besluitvorming is de tweede alinea van belang.⁷² In dit kader acht het Gerecht de vrije interne advisering en kritiek binnen de Commissie, zonder de druk van openbaarmaking, van zeer groot belang in het mededingingsrecht.⁷³ Openbaarheid zou de mogelijkheid om een vrij en volledig standpunt van de eigen diensten te krijgen,⁷⁴ alsmede de beslissingsvrijheid die, volgens het collegialiteitsbeginsel, op onafhankelijke wijze en in het algemeen belang van de Gemeenschap wordt uitgeoefend,⁷⁵ ernstig ondermijnen. Wel moet de Commissie aantonen dat het redelijk voorzienbaar en niet zuiver hypothetisch is dat het besluitvormingsproces daadwerkelijk ondermijnd wordt in geval van openbaarmaking.⁷⁶ In geval van interne advisering over een beslissing zoals het instellen van hoger beroep tegen een arrest van het Gerecht, zal hiervan snel sprake zijn. Immers, bij dergelijke beslissingen is onafhankelijk en kritisch intern advies essentieel, terwijl het logisch en waarschijnlijk is dat dergelijk advies niet meer gegeven wordt als openbaarmaking dreigt. De doeltreffendheid van de interne besluitvorming, met name met betrekking tot ingewikkelde juridische, feitelijke en economische beoordelingen, zou daaronder ernstig lijden.

De Eurowob kent daarnaast een apart regime dat betrekking heeft op de bescherming van 'juridisch advies'.⁷⁷ 'Juridisch advies' omvat in dit kader de openbaarmaking van de inhoud van de documenten die door de juridische

dienst van de Commissie in het kader van gerechtelijke procedures of voor andere doeleinden, zijn opgesteld. Uit de jurisprudentie kan de hoofdregel worden afgeleid dat advies van de juridische dienst in wetgevingsprocedures openbaar moet worden gemaakt,⁷⁸ terwijl in administratieve procedures, zoals een mededingingsrechtelijke procedure voor de Commissie, deze documenten in beginsel onder de uitzonderingen van artikel 4 lid 2, tweede streepje zal vallen.⁷⁹ In wetgevingsprocedures wordt het belang van de vergrote openheid, transparantie en democratie die openbaarmaking zou meebrengen essentieel geacht. In administratieve (mededingings)procedures blijkt dit belang veel minder essentieel. Zo oordeelde het Gerecht in *MyTravel* dat bepaalde nota's van de juridische dienst van de Commissie met advies over de rechtmatigheid van het oordeel van de Commissie over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van de concentratie Airtours/FirstChoice niet openbaar hoeven worden gemaakt. Hierbij zijn de mogelijke gevolgen van openbaarmaking, namelijk dat de juridische dienst in de toekomst terughoudend en voorzichtig zal zijn in haar advisering om geen afbreuk te doen aan het vermogen van de Commissie om beslissingen te nemen op gebieden waar zij als bestuur handelt, alsmede de impact die openbaarmaking kan hebben op andere zaken in dezelfde sector, van doorslaggevend belang.

Al met al lijken interne voorbereidende documenten van de Commissie in mededingingsprocedures beter beschermd te worden dan die van de NMa. In het laatste geval komen immers slechts persoonlijke beleidsopvattingen voor geheimhouding in aanmerking, terwijl in het eerste geval de documenten als zodanig van openbaarmaking zijn vrijgesteld. Echter, het begrip 'persoonlijke beleidsopvattingen' wordt ruim geïnterpreteerd, waardoor het in procedures voor schadevergoeding wegens onrechtmatige besluitvorming tegen de NMa en tegen de Commissie lastig zal zijn inzage te krijgen in interne voorbereidende documenten uit het dossier van een (administratieve) mededingingsprocedure.

De effecten van de Wob en de Eurowob op clementieaanvragers en concentratiemelders

Naast bovengenoemde interne documenten, bevat het dossier van de NMa en de Commissie grote hoeveelheden documenten die door de betrokken ondernemingen in het kader van een specifieke procedure zijn verstrekt. In geval van een concentratiemelding gaat het hierbij om de in het kader van de melding en/of vergunningsaanvraag ingediende stukken, terwijl het in geval van inbreukprocedu-

69. ABRvS 21 maart 2007, nr. 200606369/1.

70. NMa 13 december 2007, zaak 6074/35, *Wob verzoek Broadcast Partners, bezwaar*, randnummer 27. Categorijsche weigering van toegang tot documenten die persoonlijke beleidsopvattingen bevatten, is derhalve niet toegestaan.

71. Besluit van 9 januari 2009, zaak 6407, *Wob-verzoek Heijmans & IBC*, bezwaar, randnummer 27, waarin verwezen wordt naar ABRvS 17 juli 2002, AB 2002, 375, ABRvS 22 december 2004, AB 2005, 116 en ABRvS 5 juli 2006, AB 2006, 306.

72. GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*.

73. *Ibid*, randnummer 52.

74. *Ibid*, randnummer 50.

75. *Ibid*, randnummer 52.

76. *Ibid*, randnummer 54.

77. Artikel 4 lid 2, tweede streepje Eurowob.

78. HvJ EG 1 juli 2008, gevoegde zaken C-39/05P en C-52/05P, *Zweden en Turco tegen Raad*, *Jur.* 2008, p. I-4723.

79. GvEA 9 september 2008, zaak T-403/05, *MyTravel Group plc tegen Commissie*.

res kan gaan om documenten die verstrekt zijn in het kader van een clementieaanvraag of documenten die door de autoriteiten zijn meegenomen bij een *dawn raid*. In beide gevallen zijn de door de ondernemingen verstrekte stukken van essentieel belang in de besluitvorming van de mededingingsautoriteiten. Zonder deze informatie zou het nagenoeg onmogelijk zijn voldoende informatie te vergaren om een kartel te beboeten of een concentratie goed of af te keuren.

De onderneming die de documenten aan de mededingingsautoriteit ter beschikking heeft gesteld, is natuurlijk gebaat bij de vertrouwelijkheid van de gegevens, omdat er vaak veel bedrijfsvertrouwelijke informatie in staat. Dit geldt tevens voor de mededingingsautoriteiten: in geval deze documenten onder de Wob of Eurowob openbaar zouden (moeten) worden gemaakt, zouden ondernemingen naar alle waarschijnlijkheid een stuk terughoudender worden met clementieaanvragen en met het verstrekken van informatie in het kader van concentratiemeldingen. Gedurende het onderzoek is deze vertrouwelijkheid voldoende gewaarborgd door de uitzonderingsgrond 'in het belang van het onderzoek', zoals hierboven toegelicht. Echter, het belang van vertrouwelijkheid duurt tevens voort tot na het onderzoek.

In dat kader is van belang dat de specifieke geheimhoudingsplichten van artikel 90 en 91 van de Mw⁸⁰ en van artikel 28 Vo. (EG) nr. 1/2003⁸¹ en artikel 17 CoVo⁸², die bepalen dat de ingewonnen gegevens slechts voor het doel mogen worden gebruikt, waarvoor zij zijn verstrekt, niet derogeren aan de openbaarheidsregimes van de Wob en de Eurowob. Vertrouwelijkheid van het gehele dossier lijkt dan ook niet te garanderen op het moment dat het onderzoek eenmaal is afgelopen. Wel zullen bepaalde documenten die onder een van de andere uitzonderingsgronden vallen, buiten de openbaarheid kunnen worden gehouden. Een belangrijke categorie in dat kader zijn documenten die bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten.⁸³ Opvallend is dat de Wob bedrijfsvertrouwelijke gegevens categoriseert als absolute uitzonderingsgrond, terwijl deze onder de Eurowob 'slechts' onder een relatieve uitzonderingsgrond vallen (een hoger belang zou dan toch openbaarmaking kunnen gebieden).

Ook in de praktijk lijkt dit verschil in bescherming zich op het eerste gezicht te uiten. Het Gerecht is terughoudend om tot bescherming te concluderen: zelfs in geval het gaat om een contract dat naar alle waarschijnlijkheid vertrouwelijke informatie bevat over de contractspartijen en hun onderlinge verhouding en over specifieke kostencomponenten van het contract, moet met betrekking tot alle afzonderlijke informatie uit het contract onderzocht worden of openbaarmaking de partijen en hun commer-

ciële belangen echt schaadt.⁸⁴ Die gedeelten waarvoor dit niet kan worden aangetoond, moeten openbaar worden gemaakt. De NMa, daarentegen, benadrukt in haar besluitvorming het karakter van absolute uitzonderingsgrond: er hoeft geen rekening mee gehouden te worden dat er geen zwaarwegend belang bestaat dat zich tegen openbaarmaking verzet en bovendien hoeft bij een weigering niet gemotiveerd te worden dat openbaarmaking bepaalde personen onevenredig zou kunnen benadelen.⁸⁵ Echter, ook onder de Wob lijkt – in tegenstelling tot wat het bovenstaande suggereert – de bescherming van bedrijfsvertrouwelijke gegevens in de praktijk relatief beperkt. Dit heeft te maken met de definitie van bedrijfsvertrouwelijke informatie, die slechts van toepassing is 'indien en voor zover uit de gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers of leveranciers'.⁸⁶ Hoewel ook gegevens met betrekking tot de financiële bedrijfsvoering hieronder begrepen zijn, zal bepaalde aan de mededingingsautoriteiten verstrekte informatie buiten het toepassingsbereik van deze definitie vallen.

De vraag is of deze bescherming voldoende is om te voorkomen dat bijvoorbeeld clementieaanvragers zich – met het oog op het risico van openbaarheid en dus civiele aansprakelijkheid – niet meer zullen melden. De Wob biedt in artikel 10 lid 2 onder g een ontsnapingsmogelijkheid om dit risico af te dekken. Immers, het kan zeer wel gesteld worden dat de clementieaanvrager een bij de aangelegenheid betrokken rechtspersoon dan wel derde is, die onevenredig benadeeld zou worden door openbaarmaking van (in ieder geval een deel van) de documenten. De NMa lijkt deze mening te delen; zij weigerde al eens openbaarmaking van documenten met een beroep op het belang dat de NMa heeft bij de bereidheid tot indiening van clementieverzoeken.⁸⁷ De Eurowob kent een dergelijke *escape* echter niet, waardoor het openbaarmakingsregime ontmoedigend zou kunnen werken voor ondernemingen die clementie willen aanvragen bij de Commissie.

De Wob en de Eurowob en de individuele aansprakelijkheid onder het mededingingsrecht

Sinds 1 oktober 2007 kunnen feitelijk leidinggevers en opdrachtgevers van overtredingen van het kartelverbod of het verbod op misbruik van een economische machtspositie uit de Mw ook persoonlijk aansprakelijk worden

80. ABRvS 7 februari 2007, AB 2007, 175, *Gazelle*.

81. 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 EG-Verdrag, Pb. EG L1, van 4 januari 2003, p. 1 (Vo. (EG) nr. 1/2003).

82. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004, Pb. EU L 24 van 29 januari 2004, p. 1 (de CoVo).

83. Artikel 10 lid 1 onder c Wob en artikel 4 lid 2, eerste streepje Eurowob.

84. GvEA 30 januari 2008, zaak T-380/04, *Ioannis Terezakis tegen Commissie*, Jur. 2008, p. II-0011, randnummer 97-105.

85. NMa 16 december 2008, zaak 6386, *Wob-verzoek Automark II*, randnummer 10.

86. ABRvS 11 juli 2007, AB 2007, 273, zie ook NMa in *Wob-verzoek Broadcast Partners m.b.t. verkoop torens KPN aan TDF*.

87. NMa 25 juni 2007, zaak 6112, *Behandeling verzoek op grond van de Wob inzake Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf*.

gesteld voor deze overtreding.⁸⁸ De maximale boete voor deze individuele aansprakelijkheid is €450.000.⁸⁹ Indien een individu onder deze bepalingen individueel beboet wordt, bestaat de mogelijkheid van een *follow on* civiele claim, tevens gericht tegen hem persoonlijk. In die context spreekt het voor zich dat personen die kunnen worden blootgesteld aan individuele aansprakelijkheid onder het mededingingsrecht, erbij gebaat zijn dat indien hun naam voorkomt in documenten in het karteldossier van de NMa, deze geheim wordt gehouden. Het Europese mededingingsrecht kent geen persoonlijke aansprakelijkheid. Ook daar bestaat, in verband met *naming and shaming*, echter wel een belang voor bij een kartel betrokken personen om hun identiteit buiten de openbaarheid te houden.

De Wob en de Eurowob bieden deze mogelijkheid door de persoonlijke levenssfeer als absolute uitzonderingsgrond en onder de Wob aanvullend als relatieve uitzonderingsgrond, te beschermen.⁹⁰ Onder de Eurowob geldt dat hoewel sommige persoonlijke data onder het ruime begrip 'privéleven' uit artikel 8 EVRM vallen, artikel 4 lid 1 onder b Eurowob slechts van toepassing is indien de bescherming van de privacy en integriteit van de betrokken personen daadwerkelijk ondermijnd wordt door openbaarmaking.⁹¹ Onder de Wob wordt in ieder geval verstrekking van namen, adressen en woonplaatsen van procederende partijen in strijd geacht met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.⁹² Niet elke vermelding van persoonlijke gegevens levert echter een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer op; dit moet van geval tot geval beoordeeld worden. Zowel de Wob als de Eurowob maakt een onderscheid tussen persoonlijke informatie die tot de persoonlijke levenssfeer behoort en persoonlijke informatie die bekend wordt uit hoofde van de functionele betrokkenheid van een persoon. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer strekt zich in de regel niet uit tot deze laatste situatie. De jurisprudentie in het kader van de Eurowob met betrekking tot bekendmaking van een lijst met deelnemers (initiaal, achternaam, functie en werkgever) van een bijeenkomst tussen de Commissie, een ministerie en een brancheorganisatie, zegt hierover dat:

'de enkele bekendmaking van de deelname aan een vergadering met een gemeenschapsinstelling van een natuurlijke persoon, die handelt in de uitoefening van zijn functie, als vertegenwoordiger van een collectieve entiteit, waarbij het persoonlijke standpunt dat hij bij die gelegenheid heeft verkondigd niet kan worden geïdentificeerd, niet (kan) worden aangemerkt als een inmenging in zijn persoonlijke levenssfeer'.⁹³

88. Artikel 56 lid 4 Mw.

89. Artikel 57 lid 1 Mw.

90. Artikel 10 lid 1 onder d en 10 lid 2 onder e Wob; artikel 4 lid 1 onder b Eurowob.

91. GvEA 8 november 2007, zaak T-194/04, *Bavarian Lager tegen Commissie*, Jur. 2007, p. II-4523, randnummer 116-120.

92. ABRvS 19 september 2007, AB 2007, 374.

93. GvEA 8 november 2007, zaak T-194/04, *Bavarian Lager tegen Commissie*, Jur. 2007, p. II-4523, randnummer 128.

Ook in relatie tot de identiteit van de leden van een comité van experts dat de Commissie adviseerde met betrekking tot de classificatie van giftige stoffen was de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, ondanks het feit dat de Commissie vreesde dat de experts onder grote druk van het publiek zouden komen staan, niet van toepassing.⁹⁴ De vraag is hoe deze jurisprudentie moet worden toegepast op het bovengenoemde voorbeeld met betrekking tot de identiteit van individuele kartelparticipanten, die al dan niet individueel aansprakelijk kunnen worden gesteld. Immers, aan kartelbijeenkomsten wordt meestal 'uit hoofde van de functionele betrokkenheid van een persoon' deelgenomen, waardoor geen beroep zou kunnen worden gedaan op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. In lijn met hetgeen hierboven reeds werd overwogen met betrekking tot clementieaanvragers, lijkt de Wob met artikel 10 lid 2 onder g een oplossing te bieden. Op basis van deze bepaling weigerde de NMa bijvoorbeeld openbaarmaking van bepaalde zienswijzen ter bescherming van de identiteit van de indieners van deze zienswijzen⁹⁵ en ter bescherming van het belang dat de NMa heeft bij de bereidheid tot indiening van clementieverzoeken.⁹⁶ Wederom geldt echter dat de Eurowob deze ontsnappingsmogelijkheid niet biedt.

De Wob en de Eurowob in civiele schadevergoedingsprocedures tegen karteldeelne­mers

145

Een laatste potentieel belangrijke toepassing van de Wob en de Eurowob in het mededingingsrecht betreft de bewijsvergaring in civiele schadevergoedingsacties op grond van onrechtmatige daad tegen karteldeelne­mers. Het is voor de eisers in dergelijke procedures – de bena­deelden van het kartel – vaak lastig om aan te tonen dat er daadwerkelijk onrechtmatig is gehandeld of dat er door dat handelen schade is geleden. Toegang tot het dossier van de mededingingsautoriteiten zou voor dit bewijspro­bleem een oplossing kunnen bieden. De eiser kan dit dos­sier opvragen bij de civiele rechter via artikel 843a Rv, maar kan ook via de Wob of de Eurowob inzage proberen te krijgen in het dossier. De vraag is of de Wob en de Eurowob een toevoeging vormen op de civielrechtelijke mogelijkheid van artikel 843a Rv en of – gelet op de hier­boven geschetste uitzonderingsgronden – toepassing van de Wob en de Eurowob iets kan opleveren voor de eiser in civiele procedures.

Op grond van artikel 843a Rv kan

'hij die daarbij rechtmatig belang heeft, (...) op zijn kos­ten, inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaal­

94. GvEA 11 maart 2009, zaak T-121/05, *Borax Europe tegen Commissie*, randnummer 31-52. Deze uitspraak is te vinden op <curia.europa.eu>.

95. NMa 21 mei 2008, zaak 6364, *Wob-verzoek NRC inzake fusie Evean Groep, Philadelphia en Woonzorg Nederland*.

96. NMa 25 juni 2007, zaak 6112, *Behandeling verzoek op grond van de Wob inzake Martens & Van Oord Aannemingsbedrijf*.

de bescheiden, aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft'. Op basis van dit artikel zou voor de civiele rechter inzage gevorderd kunnen worden in het mededingingsrechtelijke dossier. Het grootste probleem bij de toepassing van artikel 843a Rv door eisers in civiele schadevergoedingsprocedures is het vereiste dat de documenten moeten zien op een 'rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn'.

De eiser in een civiele schadevergoedingsprocedure wegens schending van het mededingingsrecht is geen partij bij de rechtsbetrekking waarop het dossier van de NMa dan wel Commissie ziet, anders dan uit onrechtmatige daad. De jurisprudentie is verdeeld over de vraag of onrechtmatige daad wel kwalificeert als een rechtsbetrekking in de zin van artikel 843a Rv.⁹⁷ Daarnaast maken de andere voorwaarden van artikel 843a Rv, zoals het vereiste van bepaaldheid van het verzoek en het daarmee verbonden verbod op *fishing expeditions*, dat het in mededingingszaken in de praktijk waarschijnlijk lastig zal zijn effectief gebruik te maken van artikel 843a Rv.

Door deze moeilijkheden bij de toepassing van artikel 843a Rv in het mededingingsrecht kan het in het belang van eisers in civiele schadevergoedingsprocedures zijn om bewijs te vergaren via een Wob- of een Eurowob-verzoek. Dit gebeurt ook in de praktijk. Het bekendste voorbeeld van een dergelijke procedure is het arrest van het Gerecht inzake *VKI*,⁹⁸ maar er bestaan ook recentere voorbeelden waarin de openbaarheidsregimes worden gebruikt in het kader van civiele schadevergoedingsacties.⁹⁹ Uitgangspunt lijkt dus te zijn dat de eiser in een civiele schadevergoedingsprocedure niet per definitie is uitgesloten van een beroep op de Wob en de Eurowob.

Echter, zoals ook de Commissie al aanvoerde in *VKI*¹⁰⁰, bestaat de vrees dat 'wanneer derden de mogelijkheid krijgen, deze documenten in te zien, (...) dat de ondernemingen ervan (zal) weerhouden met de Commissie samen te werken en dus schadelijk zijn voor haar inspecties en onderzoeken in toekomstige zaken'. Hoewel het Gerecht hierop in *VKI* niet verder is ingegaan (inzage mocht om procedurele redenen geweigerd worden),¹⁰¹ is het niet uitgesloten dat toepassing van de Wob en de Eurowob in het kader van civiele schadevergoedingsprocedures – in ieder geval ten aanzien van bepaalde categorieën documenten – om deze reden in belangrijke mate wordt beperkt. Zo bepaalt het Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire

mededingingsregels¹⁰² dat ondernemingsverklaringen van clementieaanvragers en het onderzoek van mededingingsautoriteiten afdoende moet worden beschermd in de regels omtrent bewijsvergaring in civiele schadevergoedingsprocedures. Ook het ten tijde van het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerde richtlijnvoorstel van de Europese Commissie bepaalt in artikel 8 lid 1 dat de lidstaten moeten verzekeren dat *at no point in time* de openbaarmaking van ondernemingsverklaringen of in het kader van een schikking ingediende verklaringen wordt vereist.¹⁰³ Het lijkt dus niet de bedoeling van de communautaire wetgever dat de mogelijkheden tot bewijsvergaring in het kader van civiele schadevergoedingsacties in enige mate afbreuk (kunnen) doen aan het onderzoek door de mededingingsautoriteiten. De genoemde beschermingsbepalingen hebben echter niet specifiek betrekking op de Wob of Eurowob, maar op de voorgestelde specifieke bewijsrechtelijke regels voor civiele schadevergoedingsprocedures op grond van het mededingingsrecht, die toepasbaar dienen te zijn voor de civiele rechter.¹⁰⁴ Het is nog maar de vraag of het toepassingsbereik van deze beschermingsbepalingen zich uitstrekt tot toegang op grond van de Wob of de Eurowob.

Ook op grond van de Wob en de Eurowob zal het door toepassing van de uitzonderingsgronden, zoals hierboven beschreven, vaak uiterst moeilijk zijn voor eisers in civiele schadevergoedingsprocedures om toegang te krijgen tot het mededingingsrechtelijke dossier. Hoewel geen absolute bescherming wordt geboden, wordt bijvoorbeeld in *VKI* geoordeeld dat de Commissie – gelet op de omvang van het betreffende karteldossier – niet verplicht kan worden tot het doen van een individueel onderzoek van alle documenten. Hoewel het beroep van *VKI* op de onrechtmatigheid van de beschikking van de Commissie slaagt en het Gerecht zelfs toegeeft dat gedeeltelijke verstrekking van de documenten in de rede had gelegen, wordt geen overlegging van de betreffende documenten gelast.¹⁰⁵

Al met al lijken de Wob en de Eurowob meer kans op succes te bieden dan artikel 843a Rv of het specifieke regime voorgesteld door de Commissie. Toch bieden naar alle waarschijnlijkheid de Wob en de Eurowob slechts in theorie een oplossing voor de moeilijke bewijspositie van eisers in civiele schadevergoedingsprocedures. In dit kader is het interessant op te merken dat ook de Commissie civiele schadevergoedingsacties tegen karteldeelneemmers kan instellen.¹⁰⁶ Doordat zij uiteraard wel over het volledige dossier beschikt, bevindt zij zich – als dit dossier gebruikt mag worden – in een aanzienlijk betere bewijspositie dan 'normale' eisers in civiele schadevergoedings-

97. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, 322279 HA ZA 09-131, *Tele2 c.s. v. KPN*, par. 3.8.

98. GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-1121.

99. GvEA, zaak T-380/08, *Nederland tegen Commissie* (lopende zaak betreffende Eurowob-verzoek Nederland met het oog op civiele schadevergoedingsprocedures inzake het Bitumen-kartel, beroep ingesteld op 9 september 2008), Pb.EU 8 november 2008, C285/51, p. 51.

100. GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-1121, randnummer 81.

101. *Ibid*, randnummer 133.

102. Europese Commissie 2 april 2008, COM (2008) 165 definitief, randnummer 2.2.

103. Europese Commissie, XX.X.2009, Ref institutionnelle, Proposal for a Council Directive on rules governing damages actions for infringements of Articles 82 and 82 of the Treaty.

104. *Ibid*, artikelen 7 en 8.

105. GvEA 13 april 2005, zaak T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation tegen Commissie*, *Jur.* 2005, p. II-1121, randnummer 133.

106. In een persbericht van juni 2008 kondigde de Commissie aan dat zij een civiele schadevergoedingsprocedure is begonnen voor het Tribunal de Commerce in Brussel tegen vier ondernemingen die zij beboet heeft in het kader van het liftenkartel.

procedures. Zelfs als de informatie uit het dossier formeel niet mag worden gebruikt, zullen waarborgen – bijvoorbeeld in de vorm van *Chinese Walls* – moeten garanderen dat de Commissie niet met een kennisvoorsprong de procedure ingaat. In geval de Commissie het dossier wel mag gebruiken, kan ook dit een aanzienlijke ontmoediging betekenen voor karteldeelnemers om clementie aan te vragen of mee te werken met het onderzoek.

Conclusie

De Wob en de Eurowob hebben een belangrijke rol in het mededingingsrecht, met name in de bewijsvergaring in schadevergoedingsacties, alsmede voor gebruik van de stukken in soortgelijke procedures en voor gebruik om commerciële redenen. De beschikkingenpraktijk van de NMa en de Commissie wijst uit dat in veel gevallen ook toegang tot het dossier wordt verleend. Toch zal het in schadevergoedingsprocedures vaak moeilijk zijn om toegang te krijgen tot de voor de bewijspositie van de eiser essentiële stukken in het dossier, waardoor het nog maar de vraag is hoe belangrijk de rol van de Wob en de Eurowob in dergelijke procedures uiteindelijk zal worden. Andersom kan openbaarheid op grond van de Wob en de Eurowob ook nadelige gevolgen meebrengen voor de derde waarvan de documenten afkomstig zijn – zoals concentratiemelders of clementievragers – en de mededingingsautoriteiten – in het belang van hun onderzoek. De uitzonderingsgronden lijken hiertegen redelijk vergaande bescherming te bieden, maar toch zullen clementievragers en concentratiemelders het risico van openbaarmaking van documenten in overweging moeten nemen bij de bepaling welke documenten overgelegd worden. De interne advisering van de mededingingsautoriteiten lijkt – zowel onder de Wob als onder de Eurowob – wel vrijwel volledig ‘veilig’ te zijn. ■