



Toegang tot het dossier van de Europese Commissie in EG-kartelzaken

mr O.W. Brouwer

De toegang tot het dossier van de Commissie in kartelzaken is van cruciaal belang voor de verdediging. Indien een onderneming beschuldigd wordt van een prijsafspraken, marktverdeling of parallel gedrag terzake, soms over een periode van vele jaren, en de Commissie vele duizenden documenten in handen heeft (die zij heeft gekregen van allerlei actoren in de markt, waaronder begrepen toeleveranciers, brancheverenigingen, concurrenten en klanten, alsook van overheidsorganen, consumentenorganisaties en wellicht een klager), is de onderneming in zeer verregaande mate aangewezen op de toegang tot dit dossier voor de disculperende bewijzen en zijn verdediging. In de eerste plaats omdat geen enkele verwerende partij zelf over al deze informatie zal beschikken. In de tweede plaats omdat het zelden voorkomt dat binnen een bedrijf nog personen aanwezig zijn die de gehele periode van de vermeende inbreuk hebben meegemaakt in de betrokken sector. Voorts omdat de Commissie vaak jaren aan de zaak heeft gewerkt, veelal sterk afgaand op hetgeen is ingebracht door eventuele klagers, en de verwerende partijen binnen een termijn van twee tot drie maanden hun verdediging moeten voeren. Ten slotte zal de verdediging welhaast altijd gevoerd moeten worden op basis van een verzameling van stukken die zich in het dossier bevinden en welke aantonen dat de vermeende afspraak of het vermeende parallel-

gedrag er niet is en berust op een verkeerde uitleg van documenten (die, geplaatst in de juiste context, een geheel andere inhoud kunnen hebben dan aan deze documenten werd toegedicht).

Inleiding

Over de toegang tot het dossier in kartelzaken is al veel geschreven en ook het nodige geprocedeerd.¹ Het gaat om een fundamenteel recht van de verdediging in mededingingszaken, waarvan het belang moeilijk kan worden over-

mr O.W. Brouwer is partner bij Freshfields Bruckhaus Deringer. Deze bijdrage is tot stand gekomen met medewerking van Cees Schillemans en Miriam Koomen, beiden advocaat in de mededingingsrechtsectie van Freshfields Bruckhaus Deringer te Amsterdam.

¹ Zie o.a. C.D. Ehlermann en B.J. Drijber, 'Legal protection of enterprises: administrative procedure, in particular access to files and confidentiality', 1996, 7 *ECLR*; M. Levitt, 'Commission notice on internal rules of procedure for access to the file', 1997, 3 *ECLR*; M. Levitt, 'Access to the file: the Commission's administrative procedures in cases under Articles 85 and 86', *Common Market Law Review* 34: 1413-1444, 1997; F.P. Louis, 'La communication de la Commission sur l'accès au dossier dans les procédures de concurrence: point final ou premier pas dans la bonne direction?', *Cahiers de Droit européen*, 1998 No. 1-2; H.G. Schermers and Ch.R.A. Swaak, 'Public access to Commission documents: what about Commission letters to national courts?', in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant 1999; Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 20 februari 2001 in zaak T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG t. Commissie; arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 15 maart 2000 in gevoegde zaken T-25-26, 30-32, 42-46, 50-65, 68-71, 87-88, 103-104/95, Cimenteries CBR NV et al. t. Commissie; beschikking van het Gerecht van Eerste Aanleg van 19 juni 1996 in gevoegde zaken T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 en T-157/94, NMH Stahlwerke GmbH; arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1995 in zaak T-30/91, Solvay SA t. Commissie; arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1995 in zaak T-36/91, Imperial Chemical Industries plc t. Commissie; arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 18 december 1992 in gevoegde zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Cimenteries CBR SA; arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 17 december 1991 in zaak T-7/89, S.A. Hercules Chemicals NV t. Commissie.

A r t i k e l e n

schat. Dit belang wordt misschien niet altijd onderkend. Dat komt zeker mede door het feit dat de zaken waarin de Commissie besloot de door haar uitgevaardigde punten van bezwaar in te trekken of de door haar geëntameerde mededingingsprocedure niet verder te vervolgen, vanwege de op basis van een bevochten toegang tot het dossier verkregen (disculperende) stukken en de daarop gebaseerde verdediging, niet gemakkelijk bekend worden.

Het behoeft geen toelichting dat in een tijdperk waarin het mededingingsrecht steeds sterker ingrijpt en de sancties toenemen, de rechten van de verdediging aan belang winnen. Dat is een logische ontwikkeling en zij is ook in het belang van de mededingingsautoriteiten, omdat alleen een volle waarborging van de rechten van de verdediging de in een rechtstaat gewilde legitimiteit van de besluitvorming en sanctieoplegging kan verschaffen. In het Nederlandse mededingingsrecht geldt dit vanzelfsprekend evenzeer.² Dit wil overigens niet zeggen dat de volle toegang tot het dossier de volledige 'equality of arms' verschafft die noodzakelijk is. Een schrijnend gebrek aan equality blijft bestaan zolang de mededingingsautoriteit zowel opspoort als beslist, en vervolgens als verwerende partij uit de bus komt bij de rechter.³

Het is niet de bedoeling in deze bijdrage deze meer fundamentele aspecten van de rechten van de verdediging en de toegang tot het dossier te bespreken. Het doel van de bijdrage is de aandacht te vestigen op een aantal concrete en praktische punten (en onvolkomenheden) betreffende de toegang tot het dossier in EG-mededingingszaken, mede in het licht van recente discussies daaromtrent in Brusselse procedures. Daartoe wordt allereerst kort het juridisch kader geschetst van de procedure tot toegang en wordt vervolgens ingegaan op de vraag op welke documenten het recht van toegang tot het dossier betrekking heeft en op de wijze waarop de Commissie toegang tot het dossier dient te verschaffen. In dat verband wordt ook de vraag gesteld in hoeverre de Mededeling van de Commissie omtrent toegang tot het dossier⁴ voldoet aan de in de rechtspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG gestelde eisen. Vervolgens wordt ingegaan op de gevolgen van het toegang verschaffen door middel van het ter beschikking stellen van een cd-rom en de rol van de raadadviseur-auditeur.

De grondslag van het recht op toegang tot het dossier

Tot aan de jaren tachtig was het recht en het belang van toegang tot het dossier nog maar in geringe mate onderkend.⁵ De praktijk van de Commissie was overwegend dat alleen de documenten waarop het bewijs van een vermeende inbreuk op het mededingingsrecht was gebaseerd, voor de partijen toegankelijk werden gemaakt. Met andere woorden, de documenten à charge werden toegankelijk gemaakt, niet de documenten à décharge (en indien sommige van deze laatste wel werden verstrekt, vond de selectie plaats door de Commissie). Het verbaast dan ook

niet dat op deze praktijk de nodige kritiek werd geuit. Daarop besloot de Commissie in haar XIe, XIIe en XVIIIe Mededingingsrapporten een procedure op te nemen omtrent de toegang tot het dossier. Het in deze mededingingsrapporten neergelegde uitgangspunt is dat de Commissie verplicht is ondernemingen toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft verzameld, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie.

In het Hercules-arrest⁶ verleende het Gerecht aan de door de Commissie neergelegde procedureregels een afdwingbaar karakter door te overwegen dat het de Commissie niet is toegestaan om af te wijken van de procedureregels die zij zichzelf heeft opgelegd. De door de Commissie met deze procedureregels gewekte gerechtvaardigde verwachting van partijen diende daarbij als basis voor het recht op toegang tot het dossier en bepaalde tevens de wijze waarop toegang tot het dossier werd verschafft.

Een jaar later werd in het Cement-arrest⁷ het recht op toegang tot het dossier voor het eerst zeer duidelijk gebaseerd op de rechten van de verdediging. Het recht op toegang tot het dossier dient ertoe van een inbreuk verdachte ondernemingen in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie. De toegang tot het dossier is, aldus het Gerecht, één van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging, in het bijzonder ter verzekering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht te worden gehoord, bedoeld in artikel 19 lid 1 en 2 van Verordening nr. 17 en artikel 2 van Verordening nr. 99/63. Het recht op toegang tot het door de Commissie opgebouwde dossier vindt derhalve zijn rechtvaardiging in de noodzaak, de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te bieden zich naar behoren te verweren tegen de in punten van bezwaar jegens hen geformuleerde grieven. Het Gerecht vervolgt met de overweging dat in iedere procedure die tot de oplegging van sancties kan leiden, de eerbiediging van de rechten van de verdediging is te beschouwen als een

2 Zie in dit verband C.L.G.F.H. Albers, "Etiketenschwindel" in het administratieve sanctierecht?, *NJB* 2001, nr. 25.

3 Zie ook G. Amato, 'A European Cartel Office?', lezing gegeven voor de Academy of European Law, European University Institute, Florence op 26 juni 1997 en O.W. Brouwer, 'De rechtspositie van de klager in het mededingingsrecht' in *Handhaving van de Mededingingswet*, Mededingingsmonografieën 4, Deventer, Kluwer, 2001.

4 Mededeling inzake de interne procedureregels voor de behandeling van verzoeken om toegang tot de dossiers bij toepassing van de Artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag, van de Artikelen 65 en 66 EGKS-Verdrag en van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad, 23 januari 1997, Pb. EG 1997, nr. C 23, p. 3.

5 Zie voetnoot 1, artikel van C.D. Ehlermann en B.J. Drijber.

6 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 17 december 1991 in zaak T-7/89, S.A. Hercules Chemicals N.V. t. Commissie, Jur. 1991, p. II-1711.

7 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 18 december 1992 in gevoegde zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Cimenteries CBR SA, Jur. 1992, p. II-2667.

A r t i k e l e n

grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat onder alle omstandigheden, ook in een administratieve procedure, in acht moet worden genomen. De daadwerkelijke eerbiediging van dit algemene beginsel verlangt, dat de belanghebbende ondernemingen en ondernemersverenigingen reeds in de fase van de administratieve procedure in staat moeten worden gesteld hun standpunt met betrekking tot de juistheid en relevantie van de door de Commissie gestelde feiten, punten van bezwaar en omstandigheden behoorlijk kenbaar te maken.

Wat de rechtsgrondslag aangaat kan volledigheidshalve worden vermeld dat het Gerecht van Eerste Aanleg in het arrest van 20 februari 2001 in de zaak Mannesmannröhren-Werke AG⁸ nader is ingegaan op de verhouding tussen de in de communautaire rechtspraak beschermde rechten van de verdediging en het EVRM en er thans in Straatsburg een zaak aanhangig is gemaakt tegen alle lidstaten van de Europese Unie, wegens een vermeende schending van het EVRM door het Gerecht en het Hof van Justitie in een mededingingszaak.⁹

De omvang van het recht op toegang tot het dossier

Voor de omvang van de toegang tot het dossier, zijn de Soda-arresten van 1995 van buitengewoon groot belang.¹⁰ De meest cruciale overwegingen uit deze arresten betreffen de volgende punten. In de eerste plaats maakt het Gerecht korte metten met de gedachte dat het de Commissie zou kunnen zijn die nagaat of zich in het dossier van de Commissie disculperende documenten bevinden waartoe de verwerende partijen toegang zouden moeten krijgen. De partijen moeten zelf in staat worden gesteld na te gaan of er in het dossier van de Commissie documenten zijn die van belang zijn voor de verdediging. Het Gerecht onderstreept in dit verband dat het bij de toepassing van het mededingingsrecht veelal gaat om moeilijke en ingewikkelde economische beoordelingen en het algemene beginsel van procedurele gelijkheid betekent dat in een mededingingszaak de betrokken ondernemingen gelijke kennis moeten hebben van het in de procedure gebruikte dossier als de Commissie.¹¹ Gelet op dit vereiste van procedurele gelijkheid kan ons inziens bijvoorbeeld bezwaar worden gemaakt tegen de door de Commissie wel gehanteerde en ook in de Mededeling genoemde praktijk van het terugsturen van documenten die de Commissie in eerste instantie bij verificaties heeft meegenomen of anderszins heeft ontvangen. Deze praktijk kan er immers op neerkomen dat de Commissie disculperende stukken terugstuurt aan een onderneming (die misschien niet eens een adressaat wordt van punten van bezwaar), onder het motto dat ze niet van belang zijn voor de zaak, zonder dat verwerende partijen die stukken ooit hebben kunnen zien. De Commissie is dan opnieuw aan het selecteren.

In de tweede plaats is in de Soda-arresten onomwonden vastgesteld dat verwerende partijen voldoende op de hoogte moeten worden gesteld van de stukken (vertrouwe-

lijke en andere) die zich in het dossier bevinden. De daartoe te maken enumeratieve lijst van stukken moet daarom voldoende duidelijk zijn. Het Gerecht overweegt in dit verband dat gezien de bedoeling van een dergelijke lijst, hetgeen daarop vermeld staat voldoende nauwkeurig bepaalde informatie moet verschaffen om de verwerende partij in staat te stellen met kennis van zaken te kunnen beoordelen of de beschreven documenten voor haar verdediging relevant kunnen zijn. Het Gerecht voegt hieraan toe dat het beseft dat de opstelling van lijsten en de eventuele bescherming van zakengeheimen voorafgaande aan de 'inzage in het dossier', een aanzienlijke administratieve belasting kunnen meebrengen voor de diensten van de Commissie, maar dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging niet kan stuklopen op technische of juridische moeilijkheden die een doelmatige administratie te boven kan en moet komen. Op het belang van deze lijst wordt in het onderstaande nog nader ingegaan. Op welke documenten heeft de toegang betrekking? Uit het voorgaande volgt al dat in het belang van de verdediging in beginsel ook toegang moet kunnen worden verkregen tot documenten die, vanwege zakengeheimen of om andere redenen, als geheel of volledig niet toegankelijk zijn geclassificeerd. De genoemde enumeratieve lijst van documenten moet de ver-

8 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 20 februari 2001, zaak T-112/98, Mannesmannröhren-Werke AG. Eerbiediging van de rechten van de verdediging, waaronder het recht te worden gehoord, behoort tot de fundamentele rechten van de mens. Het Gerecht overweegt in dit arrest dat het niet bevoegd is om de regelmatigheid van een onderzoek op het gebied van het mededingingsrecht te toetsen aan de bepalingen van het EVRM, nu deze niet als zodanig deel uitmaken van het Gemeenschapsrecht (zie tevens arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 14 mei 1998, zaak T-347/94, Mayr-Melnhof, Jur. 1998, p. II-1751). Vervolgens herhaalde het Gerecht de gevestigde jurisprudentie dat de fundamentele rechten van de mens tot de algemene rechtsbeginselen behoren welke eerbiediging de gemeenschapsrechter verzekert. Daarbij laten het Hof en het Gerecht zich leiden door de constitutionele tradities welke de lidstaten gemeen hebben, alsmede door aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens, waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten (zie arrest van het Hof van Justitie van 14 mei 1974 in zaak C-4/73, Jur. 1974, p. 491). Aan het EVRM komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe. Tevens verwees het Gerecht naar artikel 6 lid 2 EU waarin deze gevestigde jurisprudentie is neergelegd. Ook het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Pb. EG 2000, C 364/01) bevat een bepaling inzake de eerbiediging van de rechten van de verdediging (artikel 48 Handvest).

9 De zaak welke thans aanhangig is voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en waarbij getracht wordt de EU-lidstaten aansprakelijk te stellen voor handelingen van EG-instanties in het kader van een EG-mededingingsprocedure wegens schending van het EVRM en het recht op een eerlijk proces in het bijzonder, betreft DRS-Senator Lines GmbH t. lidstaten van de EU, zaak No. 56672/00. Directe aansprakelijkheidsstelling van de EG-instanties is niet mogelijk, aangezien de EG zelf geen partij is bij het EVRM.

10 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1995 in zaak T-36/91 Imperial Chemical Industries plc, Jur. 1995, p. II-1847 en arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1995 in zaak T-30/91, Solvay, Jur. 1995, p. II-1775.

11 Zie in het bijzonder r.o. 81, 82 en 83 van het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1995 in zaak T-36/91 Imperial Chemical Industries plc, Jur. 1995, p. II-1847.

A r t i k e l e n

werende partijen in staat stellen te beoordelen of toegang tot een in eerste instantie als niet toegankelijk geclassificeerd document gerechtvaardigd is in het belang van de verdediging.

In de Mededeling vermeldt de Commissie dat ten aanzien van documenten welke zakengeheimen bevatten of anderszins vertrouwelijk zijn, een afweging moet worden gemaakt om het belang van de bescherming van gevoelige informatie, het openbaar belang dat mededingingsinbreuken worden beëindigd en de rechten van de verdediging met elkaar te verenigen. Deze afweging veronderstelt volgens de Mededeling een beoordeling van diverse aspecten, waaronder beoordeling van de bewijskracht van de gegevens, de onontbeerlijke aard van de gegevens voor het bewijs en de graad van gevoeligheid van de gegevens. Deze criteria bieden in de praktijk echter weinig of geen houvast. De praktijk wijst uit dat het voor een onderneming een zeer moeilijke zaak kan zijn toegang te verkrijgen tot documenten die, op verzoek van de onderneming van wie de documenten zijn verkregen, als niet toegankelijk zijn geclassificeerd vanwege het bevatten van zakengeheimen. Zo weigerde de Commissie in een zaak waarin ondernemingen beticht werden van prijsafspraken, toegang te geven tot bedrijfsinterne verslagen van besprekingen waarin zeer waarschijnlijk de te hanteren prijzen werden besproken. Indien in een dergelijk geval ook de raadadviseur-auditeur zou beslissen (in de zaak werd een oplossing gevonden, voordat deze daarover een beslissing moest nemen) dat geen toegang wordt verschaft, zal het de rechter moeten zijn, die de handelwijze van de Commissie moet toetsen.

Interne documenten komen, aldus de Mededeling, in geen geval voor toegang in aanmerking. De mededeling bevat een niet-limitatieve opsomming van documenten die tot deze categorie behoren: interne instructies, consultatie met andere afdelingen van de Commissie, correspondentie met andere autoriteiten, ontwerpen en andere werkdocumenten. Het zijn, aldus de Mededeling, documenten die naar hun aard niet gebruikt worden als bewijs. De classificatie van interne documenten geschiedt volgens de Mededeling onder toezicht van de raadadviseur-auditeur die zonnodig kan garanderen dat daarin opgenomen stukken inderdaad interne documenten zijn. Interne documenten zijn volgens de Commissie, in tegenstelling tot de voorgaande twee uitgezonderde categorieën van documenten, geen onderdeel van het onderzoeksdossier en worden ondergebracht in een apart bestand. Dit bestand van interne documenten is principieel niet toegankelijk.

De uitsluiting door de Commissie van interne documenten van het onderzoeksdossier en daarmee van de enumeratieve lijst van het dossier en toegang, is ons inziens niet in overeenstemming met de rechtspraak en ook niet te rechtvaardigen.

De jurisprudentie bevat geen grondslag voor een dergelijke algehele uitsluiting van de interne documenten van het beginsel van procedurele gelijkheid. De overwegingen

van het Gerecht van Eerste Aanleg in het Cement-arrest van 15 maart 2000¹² geven aan dat de Commissie weliswaar in beginsel niet verplicht is toegang te verschaffen tot haar interne documenten, maar dat zij wel een betrokken onderneming in staat dient te stellen om te kunnen beoordelen of zij de Commissie uitdrukkelijk om toegang tot deze documenten wil verzoeken op basis van serieuze aanwijzingen dat bijzondere omstandigheden dat vereisen. Om een dergelijke beoordeling te kunnen maken dient een betrokken onderneming te beschikken over een lijst van interne documenten met een beknopte aanduiding per document, vergelijkbaar met de eisen ten aanzien van geheel niet-toegankelijke vertrouwelijke documenten. Volgens de Mededeling stelt de Commissie deze lijst echter slechts op ten aanzien van documenten die zich in het onderzoeksdossier bevinden. Ook volgens het NMH Stahlwerke-arrest¹³ dient bij de beslissing omtrent de toegankelijkheid van interne documenten een belangenafweging plaats te vinden en zijn interne documenten niet *per se* niet-toegankelijk. Ook dit arrest is een aanwijzing dat interne documenten niet per definitie van het recht op toegang tot het dossier kunnen worden uitgesloten. Dat dit laatste arrest het EGKS-Verdrag betreft, doet ons inziens daaraan niet af.

De Commissie noemt in haar Mededeling een aantal redenen waarom de toegang tot interne documenten moet worden uitgesloten: het zou veelal gaan om ontwerpen, adviezen of analyses van de betrokken diensten over de lopende onderzoeksprocedure, de geheimhouding van de interne beraadslagingen van de Commissie zou een rechtvaardiging zijn en internationale akkoorden of andere regelgeving zouden in de weg kunnen staan aan de toegang tot met andere mededingingsautoriteiten uitgewisselde informatie of gevoerde correspondentie. Louis heeft destijds in de Cahiers de Droit Européen al overtuigend uiteengezet waarom geen van deze redenen steekhoudt of een *per se* weigering tot toegang rechtvaardigt.¹⁴ Het is van belang in het oog te houden dat het niet gaat om een afweging zoals vervat in de (Europese en nationale) regelgeving betreffende openbaarheid van bestuur, maar om een afweging ten opzichte van de (als fundamenteel recht erkende) waarborging van de rechten van de verdediging.

Ten aanzien van een aantal in de Mededeling genoemde categorieën van interne documenten is het ook evident dat een categorische niet-openbaarmaking niet is te rechtvaardigen. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de in de Mededeling opgenomen categorie 'briefwisseling betreffende een zaak met andere openbare

12 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 15 maart 2000 in gevoegde zaken T-25-26, 30-32/95, 34-39/95, 42-46/95, 48/95, 50-65/95, 68-71/95, 87-88/95 en 103-104/95, Cimenteries CBR SA et al., Jur. 2000, p. II-491.

13 Arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 19 juni 1996 in gevoegde zaken T-134/94, 136-138/94, 141/94, 145/94, 148/94, 151/94, 156/94, 157/94, NMH Stahlwerke GmbH, Jur. 1996, p. II-537.

14 Zie in voetnoot 1, artikel van F.P. Louis.

A r t i k e l e n

instanties'. Zeer wel denkbaar is dat een brief van een andere openbare instantie dan de Commissie zowel informatie à charge als informatie à décharge kan bevatten. In ieder geval kan moeilijk gesteld worden dat dergelijke brieven naar hun aard geen bewijs kunnen opleveren waarop de Commissie zich zou kunnen baseren, zoals het geval is bij een zuiver interne briefwisseling tussen twee ambtenaren van de Commissie. Met andere woorden, een brief van een andere openbare instantie is geen intern document en kan belangrijke informatie à décharge bevatten (bijvoorbeeld ten aanzien van de rol van de nationale overheid bij een mededingingsbepalende afspraak).

Zo heeft een van het maken van kartelafspraken beschuldigde partij de Commissie onlangs verzocht aan te geven of de Commissie in het kader van de kartelprocedure correspondentie heeft gevoerd met enkele Nederlandse ministeries. De Commissie weigerde die vraag te beantwoorden en gaf uitsluitend aan dat in zoverre die correspondentie bestond, zij gerangschikt is onder de categorie 'interne documenten'. Deze gang van zaken is onaanvaardbaar.

Een ander punt betreft overige documenten die buiten het onderzoeksdossier worden gehouden. Het komt regelmatig voor dat documenten die zich in het dossier bevinden van (verwante) andere mededingingszaken relevant kunnen zijn. Bekende voorbeelden zijn de situatie waarin de Commissie terzake van een identieke of soortgelijke inbreuk ervoor kiest (bijvoorbeeld naast overkoepelende transnationale bezwaren) meerdere formele procedures te openen per lidstaat (onder verschillend zaaknummer)¹⁵ of documenten buiten het dossier houdt onder de mededeling dat de Commissie nog overweegt terzake later een separate mededingingsprocedure te openen. Een sailant voorbeeld deed zich onlangs voor in de door de Commissie, per lidstaat, tegen banken uitgebrachte punten van bezwaar terzake van de tarifiering van de omwisseling van chartale eurozonevaluta. Een document dat een zeer disculperende analyse bevatte van de klachten die zouden zijn ingediend en voor alle verwerende partijen van belang was, werd eerst alleen in de Belgische zaak toegankelijk gemaakt. Pas na protesten werd het document ook aan verwerende partijen in andere zaken (landen) ter beschikking gesteld. In deze zaken deden zich ook andere voorvallen voor waaruit bleek dat documenten in de ene zaak van groot belang waren voor de verdediging in andere zaken.

Het is ons inziens in deze gevallen niet in overeenstemming met de rechtspraak van het Gerecht en het Hof en de door het EVRM vereiste waarborgen dat de toegang tot het dossier, zoals de Mededeling veronderstelt, strikt beperkt is tot documenten die zich bevinden in het dossier dat werd geopend onder het betreffende zaaknummer van de zaak in kwestie. Er zijn goede gronden te menen dat toegang tot het dossier alle relevante documenten in het bezit van de Commissie dient te omvatten.¹⁶ Een minimum dat men mag eisen is dat de Commissie de verwerende partijen op de hoogte brengt van andere zaken/zaaknummers

waarin zich documenten bevinden die dezelfde productmarkt en periode betreffen, zodat verwerende partijen in ieder geval de gelegenheid krijgen een discussie te voeren, bijvoorbeeld met de raadadviseur-auditeur, over de vraag of toegang tot bepaalde van de hier bedoelde documenten gerechtvaardigd is.

Wijze van toegang tot het dossier

Ten aanzien van de wijze waarop toegang tot het dossier dient te worden verschaft, overwoog het Gerecht van Eerste Aanleg in de aan de Mededeling van de Commissie voorafgaande Soda-arresten¹⁷ dat de Commissie twee mogelijkheden heeft. De Commissie kan, hetzij alle documenten die zij ten bewijs van de opgeworpen grieven wil gebruiken, bij de mededeling van de punten van bezwaar voegen, ook de stukken die duidelijk als disculperend voor de betrokken ondernemingen zijn te beschouwen, of de onderneming een lijst zenden van de relevante stukken en haar toegang tot het dossier verlenen ten kantore van de Commissie.

In het Cement-arrest van 2000, dat van latere datum is dan de Mededeling, bepaalt het Gerecht dat indien de Commissie van mening is dat haar onderzoeksdossier documenten bevat die zakengeheimen of andere vertrouwelijke informatie bevatten, de Commissie niet-vertrouwelijke versies dient te vervaardigen of te laten vervaardigen door de ondernemingen. Slechts indien dit moeilijkheden oplevert, kan zij de betrokken ondernemingen een voldoende nauwkeurige lijst toezenden van documenten die moeilijkheden opleveren, zodat de betrokken ondernemingen in staat gesteld kunnen worden, met kennis van zaken te beoordelen of de beschreven documenten voor hun verdediging relevant kunnen zijn en te beoordelen of het opportuun is, toch toegang te eisen tot als niet-toegankelijk aangemerkte documenten. Dit laatste is volgens het Gerecht het doel van de enumeratieve lijst van documenten. Ons inziens dient ook om andere hierna nog te noemen redenen altijd een enumeratieve lijst (dit wil zeggen inventaris) van het dossier te worden verschaft, als eerder gezegd met inbegrip van een overzicht van de interne documenten welke verband houden met de zaak.

De Mededeling van de Commissie gaat er inderdaad van uit dat een enumeratieve lijst van de documenten wordt opgesteld (zij het ten onrechte minus de interne documenten), met vermelding van de aan elk document toegekende classificatie (toegankelijk, niet toegankelijk of gedeeltelijk toegankelijk). De lijst dient voorts een doorlopende nummering van alle pagina's van het onderzoeksdossier te bevatten. Een belangrijk uit de hiervoor genoemde rechtspraak voortvloeiend vereiste is dat de enumeratieve

15 Dit was bijvoorbeeld het geval in de cementkartelzaken en de recente zaken betreffende de vermeende prijsafspraken voor de omwisseling van Eurozonevaluta.

16 Zie voetnoot 1, artikel van M. Levitt.

17 Zie voetnoot 9.

A r t i k e l e n

ve lijst van documenten, voor elk van de geheel of gedeeltelijk niet-toegankelijke documenten, een beknopte maar voldoende nauwkeurige omschrijving bevat van de inhoud en het voorwerp van het document bevat om verwerende partijen in staat te stellen met kennis van zaken vast te stellen of deze documenten voor hun verdediging relevant kunnen zijn (en om die reden toegang te eisen, ondanks deze classificatie).

Vertrouwelijkheid

Het is niet de bedoeling in deze korte bijdrage verder in te gaan op de vraag welke gegevens terecht als zakengeheim of vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt en de hiervoor genoemde afweging tussen vertrouwelijkheid en toegang in het belang van de verdediging. Wat zakengeheimen zijn of anderszins als vertrouwelijk aan te merken informatie zal van geval tot geval en in context moeten worden beoordeeld. Het is misschien wel goed er op te wijzen dat de toegang tot het dossier vanwege de onvermijdelijk daarmee gepaard gaande vertrouwelijkheidsdiscussies een tijdrovende en intensieve aangelegenheid kan zijn. Dat mag men echter de verwerende partijen of hun raadslieden niet aanrekenen. Er is ook veel tijd te winnen indien de Commissie vanaf het begin van haar opsporing en instructie van het dossier nauwlettend in het oog houdt of partijen terecht een beroep doen op vertrouwelijkheid en al onmiddellijk niet-confidentiële versies van vertrouwelijke stukken laat vervaardigen en direct een aanvang maakt met het opstellen (en bijhouden) van de enumeratieve lijst.

Een bijzonder aspect van de vertrouwelijkheidsdiscussie kan zich voordoen wanneer een en hetzelfde document (bijvoorbeeld een besprekingsverslag of contract) door meerdere bronnen aan de Commissie is verstrekt en deze bronnen verschillende onderdelen van het document als vertrouwelijk aanmerken. De bronnen zullen zich op het standpunt stellen dat de Commissie de vertrouwelijkheid moet waarborgen van de informatie waarvan zij uitdrukkelijk hebben aangegeven dat deze vertrouwelijk is en er daarom voor moet zorgen dat deze informatie ook wordt weggelakt uit het document dat de andere bron verstrekte en waarin deze informatie (door die andere bron) niet als vertrouwelijk werd aangemerkt. De Commissie (en ook de raadadviseur-auditeur) heeft zich in een recente zaak op het standpunt gesteld dat de Commissie hier niet aan kan beginnen vanwege de administratieve belasting en zij uitsluitend gehouden is erop toe te zien dat in het specifieke document dat een bron haar toestuurt de betreffende informatie wordt weggelakt alvorens de verwerende partijen inzage krijgen in het dossier. Met andere woorden, de Commissie aanvaardt dat de door een partij als zakengeheim of anderszins vertrouwelijk aangemerkte informatie via hetzelfde door een andere bron aangeleverd document alsnog toegankelijk wordt gemaakt. Deze handelwijze van de Commissie kan ons inziens niet aanvaard worden en zal wellicht op een gegeven moment door de rechter gecorrigeerd worden.

Een ander aspect betreft vervolgens de vraag of het de vlotte behandeling van de zaak ten goede komt en het aanvaardbaar is indien de Commissie, wanneer een partij in het belang van de verdediging toegang vraagt tot een document dat van belang lijkt voor de verdediging maar als vertrouwelijk is aangemerkt, in eerste instantie uitsluitend inzage verschaft aan de advocaat van de betrokken partij (in bijzijn van de partij die het document heeft aangeleverd), zodat deze kan nagaan en met de Commissie kan bespreken of dit document inderdaad van belang is. Sommigen menen dat dit de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt te veel onder druk zet.¹⁸ Het kan evenwel een praktische oplossing bieden en vermijden dat veel tijd wordt gependeed voor het verkrijgen van toegang tot een document dat uiteindelijk van minder belang blijkt te zijn.

Een bijzonder aspect van de vertrouwelijkheidsdiscussie kan zich ten slotte voordoen in de context van het doorsturen van punten van bezwaar en relevante documenten aan de autoriteiten van de lidstaten op grond van artikel 10 van Verordening 17/62.¹⁹ Deze autoriteiten zijn op zich gehouden tot geheimhouding, maar dat helpt niet indien de betreffende autoriteit een ministerie is of daar onderdeel van uitmaakt en bijvoorbeeld in een gas-zaak via ontvangst van de punten van bezwaar en relevante documenten in de zaak (bijvoorbeeld gasleverantiecontracten) buitengewoon gevoelige informatie ontvangt en dat ministerie ook belangen heeft of behartigt in de gassector. Het leek erop dat deze problematiek die zich destijds ook al voordeed in de SEP-zaak²⁰ inmiddels zou zijn opgelost. Een zeer recente (gas-)zaak in Brussel heeft evenwel aangetoond dat dit geenszins het geval was. Het Directoraat Generaal Mededinging kon zelfs geen lijst verschaffen van de artikel 10-autoriteiten die de punten van bezwaar en relevante stukken ontvangen (de verzending zou zijn geautomatiseerd op basis van door de lidstaten opgegeven adressen, zonder dat iemand er blijkbaar nog zicht op heeft waar de stukken dan naar toegaan) en verzocht een partij aan te geven welke dan die autoriteiten waren en welke banden er mogelijk waren tussen die (mededingings)autoriteiten en ministeries. Uitvoerig onderzoek door de partij leverde toen het resultaat op dat er tenminste in een aantal lidstaten een serieus risico was dat de informatie ook buiten de (nationale) mededingingsautoriteit terecht zou komen (een van de lidstaten antwoordde dat het ministerie ook op de lijst van verzending stond maar de stukken natuurlijk zou doorsturen naar de mededingingsautoriteit, indien de stukken haar niet aangingen). Ook dit is derhalve een probleem waar men op bedacht dient te blijven.

18 Zie voetnoot 1, artikel van F.P. Louis.

19 Verordening nr. 17 Eerste Verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Verordening van 6 februari 1962, Pb. 1962, nr. 13, p. 204, laatstelijk gewijzigd bij het Toetredingsverdrag 1994, Pb. EG 1994, C 241, aangepast bij Besluit van de Raad EU, Pb. EG 1995, L1.

20 Arrest van het Hof van Justitie van 19 mei 1994 in zaak C-36/92, Sep t. Commissie, Jur. 1994, p. I-1911.

A r t i k e l e n

Enumeratieve lijst van documenten in het cd-romtijdperk

Tegenwoordig pleegt de Commissie in steeds meer zaken toegang te verschaffen tot het dossier door het toesturen van een cd-rom, waarop de documenten zijn gescand, met weglating (weglakking) van alle gegevens en passages die door een bij de zaak betrokken partij of overige toeleveranciers van informatie (bijvoorbeeld informatie en/of documenten van toeleveranciers of afnemers in antwoord op verzoeken van inlichtingen) als vertrouwelijk werden aangemerkt. De Commissie verschaft dan de cd-rom, in een aantal zaken zonder en zelfs onder uitdrukkelijke weigering van het toesturen (of op de cd-rom zetten) van de enumeratieve lijst van documenten. Gevraagd om die lijst, antwoordde de Commissie recentelijk dat het niet vereist is een enumeratieve lijst te verschaffen wanneer toegang tot het dossier wordt verleend via cd-rom in plaats van fysieke toegang in de kantoren van de Commissie. De Commissie stelde daartoe onder meer het volgende.

Zij stelde allereerst dat betrokken ondernemingen aan de hand van de cd-rom zelf een lijst kunnen opstellen van de documenten die zich in het dossier bevinden. Bovendien achtte de Commissie het niet meer nodig een niet-vertrouwelijke samenvatting te maken van de niet-toegankelijke documenten aangezien de titel van de geheel vertrouwelijke documenten en de toegankelijke gedeelten van gedeeltelijk vertrouwelijke documenten, als samenvatting gelden en een indicatie geven van de inhoud van het document.

Deze redenering van de Commissie kan om meerdere redenen geen stand houden. In de eerste plaats is een door de Commissie opgestelde inventarislijst een objectieve vaststelling van hetgeen de Commissie aanmerkt als het dossier en verschaft de door de Commissie gegeven omschrijving van niet toegankelijke documenten (waar het document over gaat) een objectieve (in de zin van voor alle partijen gelijke) indicatie aan de hand waarvan partijen moeten kunnen uitmaken of toegang van belang is voor hun verdediging. De door de Commissie aangevoerde rechtvaardiging voor het achterwege laten van een niet-vertrouwelijke samenvatting van niet- en gedeeltelijk toegankelijke documenten kan ook overigens geen stand houden. De praktijk wijst uit dat de titels van geheel niet-toegankelijke documenten alsmede de weergegeven gedeelten van gedeeltelijk toegankelijke documenten vaak geen enkele of onvoldoende indicatie geven van de inhoud van de als vertrouwelijk en niet-toegankelijk aangemerkte documenten. Zo kan het voorkomen dat de Commissie een document als geheel niet-toegankelijk aanmerkt, waarvan de titel luidt 'meeting Schiphol 17 mei'. Zonder een niet-vertrouwelijke samenvatting kunnen de betrokken ondernemingen niet vaststellen of het zin heeft toegang tot een dergelijk document te verlangen.

Er zijn voorts redenen van meer praktische aard waarom een enumeratieve lijst noodzakelijk blijft. Het is niet ongebruikelijk dat het dossier van de Commissie vele

tienduizenden pagina's beslaat, met vele documenten met bijlagen. De lijst stelt de verwerende partijen in staat na te gaan en te begrijpen waar documenten en bijlagen beginnen en eindigen. Met name wanneer het niet- of gedeeltelijk toegankelijke documenten betreft is het voor de betrokken ondernemingen niet altijd mogelijk zelf vast te stellen wat het aantal pagina's is dat een concreet document uit het dossier beslaat.

De conclusie kan naar onze mening dan ook geen andere zijn dan dat een enumeratieve lijst ook in het cd-romtijdperk verschaft dient te worden, om een adequate uitoefening van de rechten van de verdediging mogelijk te maken. Ook de tekst van de Mededeling geeft geen aanleiding te veronderstellen dat het wel of niet vervaardigen van een enumeratieve lijst afhankelijk zou zijn van de wijze waarop toegang tot het dossier wordt verleend.

Tijdstip van toegang

Het is voorts van belang te benadrukken dat toegang tot het dossier niet beperkt kan zijn tot het moment waarop partijen punten van bezwaar ontvangen. Indien de Commissie ook na het versturen van de punten van bezwaar, hetgeen zeer vaak het geval is, nog informatie of documenten ontvangt die betrekking hebben op de procedure, zullen ook deze documenten (tot aan het moment van besluitvorming door het college van commissarissen) overeenkomstig de procedure van toegang (dit wil zeggen bijgewerkte enumeratieve lijst, classificatie en moeilijkheid van toegang), toegankelijk moeten worden gemaakt. Deze informatie en documenten kunnen immers belangrijke disculperende bewijzen bevatten.

De rol van de raadadviseur-auditeur

De raadadviseur-auditeur speelt een belangrijke rol bij het verkrijgen van toegang tot het dossier en bij het vinden van een balans tussen het waarborgen van de rechten van de verdediging enerzijds en de handhavingstaak van de Commissie als mededingingsautoriteit anderzijds. De vraag is natuurlijk of deze rol afdoende is. De raadadviseur-auditeur is met het recente besluit van 23 mei 2001 onafhankelijker geworden, maar dit voornamelijk (of uitsluitend) ten opzichte van de zaakbehandelaars. De raadadviseur-auditeur blijft een positie innemen binnen de Commissie en wordt nog immer door haar benoemd, hetgeen een vergaande vorm van onafhankelijkheid welhaast per definitie uitsluit.

Het is voorts een gegeven dat vaak een verregaande dossierkennis nodig is om een standpunt te kunnen innemen ten aanzien van vraagstukken betreffende de toegang tot het dossier (waaronder met name begrepen de vraag of gegevens vertrouwelijk dienen te blijven). In dat geval zal het vaak onvermijdelijk zijn dat de raadadviseur toch weer in belangrijke mate moet terugvallen op de informatie en de oordelen van de zaakbehandelaars, tenzij de raadadviseur wordt voorzien van voldoende ondersteuning. Echter, ook dan blijft het moeilijk intern collega's af te vallen. Met

A r t i k e l e n

name in de ogen van de bij de mededingingsprocedures betrokken ondernemingen zal de raadadviseur-auditeur derhalve niet snel als voldoende onafhankelijk, of nog belangrijker, als werkelijk onpartijdig gezien kunnen worden.

Een volledige onafhankelijkheid lijkt alleen bewerkstelligd te kunnen worden door de raadadviseur-auditeur als een aparte bemiddelende en oordeel vormende instantie, met voldoende ondersteuning en bevoegdheden, geheel buiten de Commissie te plaatsen. De vraag is echter of het

dan niet de voorkeur verdient een betere toegang tot de rechter te krijgen.

Afsluitende opmerking

Het recht van toegang tot het dossier is een van de belangrijkste rechten van de verdediging in kartelzaken. Dit belang is inmiddels door velen onderkend, ook door de Commissie. Uit deze bijdrage moge blijken dat er desalniettemin nog principiële en praktische vraagstukken zijn die een oplossing en verduidelijking behoeven.

**Integraal Mededingingsrecht****Hét complete nationale en Europese mededingingsrecht in één bundel****Integraal Mededingingsrecht**

Redactie:

Mevrouw mr. P.B. Gaasbeek,

mw. A.W.M. van de Wouw,

mr. drs. B.M.J. van der Meulen.

ISBN 90 5749 681 x.

Prijs f 119,- (€ 54,09), incl. btw,

excl. verzendkosten.

Prijswijzigingen voorbehouden.

Ook verkrijgbaar via de boekhandel.

Het mededingingsrecht is in opmars. De geldende wetgeving in Nederland is niet alleen van nationale instanties afkomstig, maar wordt tevens bepaald door de Europese regelgeving. Wetgeving is dus verspreid over meerdere informatiebronnen. Heeft u nog enig idee waar u uw informatie moet zoeken?

Volledige weergave van wetten

Integraal Mededingingsrecht heeft het complete mededingingsrecht voor u gebundeld: zowel nationaal als Europees.

Het boek beslaat ruim 900 pagina's met formele wetten, AMvB's, besluiten van de d-g NMa, EG-Verdrag, Verordeningen, Groepsvrijstellingen en Bekendmakingen. Bovendien worden verwijzingen naar andere wet- en regelgeving **integraal** in de tekst weergegeven.

Opgezet voor uw gebruiksgemak

Om een transparant overzicht te bieden en u efficiënt door het mededingingsrecht te loodsen, hebben wij gekozen voor een praktische opzet van de bundel. Er is gebruikgemaakt van handige margekopjes, een uitgebreid trefwoordenregister en een gedetailleerde inhoudsopgave. Een ideale manier om snel de gewenste informatie te vinden.



Snel en eenvoudig bestellen: bel (0314) 358 358, fax (0314) 349 048
of e-mail klantenservice@ebi.nl



Elsevier juridisch
Benoordenhoutseweg 46
Postbus 16500
2500 BM 's-Gravenhage

JUR 005