

zulke objectieve voordelen, maar efficiëntiewinsten kunnen wel degelijk (mede) aan de kant van de betrokken onderneming liggen zoals in casu het behoud van innovatievermogen door GSK.<sup>25</sup>

Ten slotte is het arrest van belang voor wat betreft de bewijslast bij artikel 81 lid 3 EG. Voornoemde Commissie-richtsnoeren leggen, in navolging van Verordening 1/2003, aan ondernemingen die zich beroepen op artikel 81 lid 3 EG een zware bewijslast op.<sup>26</sup> De waarde van de efficiëntiewinsten moet worden aangegeven, waarbij in detail moet worden beschreven hoe de waarde is berekend. De Commissie-richtsnoeren en Verordening 1/2003 zwijgen echter over hoe de Commissie het door ondernemingen aangedragen bewijs moet beoordelen. Het onderhavige arrest geeft invulling aan deze leemte. Het arrest bepaalt uitdrukkelijk dat het aangedragen bewijs de Commissie verplicht tot een 'grondig onderzoek [...] van feitelijke argumenten en bewijsstukken'. De wijze waarop de Commissie in casu bewijsstukken over innovatie in de geneesmiddelensector had weerlegd, doet het Gerecht af als 'op zijn minst onsamenhangend'.<sup>27</sup>

### Conclusie

Het arrest is van groot belang voor de geneesmiddelensector maar is wellicht van minder belang voor andere sectoren, gezien de bijzondere omstandigheden in de geneesmiddelensector. Het arrest biedt steun voor maatregelen van de geneesmiddelenproducenten om parallelhandel tegen te gaan. Uit het feit dat er nog drie zaken aanhangig zijn over GSK's beleid in Spanje en Griekenland (een hogere voorziening bij het Hof tegen het onderhavige arrest, een prejudiciële zaak bij het Hof en een beroep bij het Gerecht), blijkt echter dat de strijd van de geneesmiddelenproducenten nog niet gestreden is.

### Verein für Konsumentinformation / Commissie

Verein für Konsumentinformation / Commissie, zaak T-2/03, Gerecht van Eerste Aanleg, 13 april 2005, Jur. II – 01121, verzoekschrift tot nietigverklaring van de Beschikking van de Europese Commissie van 18 december 2002 op grond van verordening nr. 1049/2001 ('Eurowob') tot afwijzing van een verzoek van de Verein für Konsumentinformation tot toegang tot het dossier in zaak COMP/36.511/D-1, Oostenrijkse banken – Lombardclub. VO 1049/2001 – (Eurowob) – verzoeken om toegang tot het dossier – afwijzing – motivering. (m.nt. mr. M.F.A.M. Smeets)

### Feiten

Bij beschikking heeft de Europese Commissie op 11 juni 2002 een groot aantal Oostenrijkse banken beboet voor een kartelafpraak over onder meer de rentevoet voor een aantal beleggingen en kredieten ('Lombardclub – kartel'). Deze beschikking en de administratieve procedure die daaraan vooraf ging heeft tot verschillende procedures bij het Gerecht van Eerste Aanleg geleid.

Het onderhavige arrest betreft de afwijzing door de Commissie van een verzoek op basis van de zogenoemde 'Eurowob'<sup>2</sup> van de Verein für Konsumentinformation (VKI) om toegang tot het dossier inzake het 'Lombardclub- kartel' te verlenen. De Eurowob voorziet in het recht van eenieder op toegang tot alle documenten van de instellingen van de EG, met uitzondering van interne stukken of stukken waarop één van de vier uitzonderingsgronden van de Eurowob van toepassing is ('bescherming van het doel van inspecties', de 'bescherming van commerciële belangen', de 'bescherming van de gerechtelijke procedures' en de 'bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu'). Die uitzonderingsgronden kunnen echter op hun beurt opzij worden gezet als een hoger openbaar belang gediend wordt met openbaarmaking.

De Commissie heeft het verzoek van de VKI afgewezen. In de afwijzende beschikking heeft de Commissie de dossierstukken in elf categorieën ingedeeld en voor elk van die categorieën aangegeven welke van de vier uitzonderingsgronden van de Eurowob van toepassing was. De door de VKI tijdens besprekingen met de Commissie geopperde en in de Eurowob voorziene mogelijkheid om ten minste gedeeltelijk toegang tot het dossier te verlenen was volgens de Commissie geen oplossing omdat dit de Commissie ertoe zou dwingen alle individuele documenten in het dossier te beoordelen, hetgeen volgens de Commissie voor een onaanvaardbare werklast zou leiden (zonder interne stukken telde het dossier ongeveer 47.000 pagina's).

<sup>25</sup> Zie arrest, a.w., par. 247.

<sup>26</sup> Richtsnoeren, a.w., par 55-57, Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, 16 december 2002, *PB L* 1, blz. 1, artikel 2.

<sup>27</sup> Zie arrest, a.w., par. 275.

<sup>1</sup> Beschikking van 11 juni 2002 in zaak COMP/36.571/D-1 – Oostenrijkse banken ('Lombardclub'), *PbEU* 2004, L56, blz. 1.

<sup>2</sup> Verordening 1049/2001, *Pb EU* 2001, L145, blz. 43.

## Beoordeling Gerecht

Het Gerecht stelt onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie over de voorloper van de Eurowob dat het principiële uitgangspunt van de Eurowob een concreet en individueel onderzoek van alle documenten in het dossier is. Dit betekent dat de Commissie op basis van de concrete inhoud van de opgevraagde documenten dient na te gaan, of toegang tot die individuele documenten kan worden verleend. Een gedetailleerd onderzoek is alleen dan niet vereist indien het 'overduidelijk' is dat 'gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval' toegang moet worden verleend of geweigerd. Daarvan is volgens het Gerecht sprake als documenten overduidelijk volledig onder een uitzonderingsgrond van de Eurowob vallen of als de Europese Commissie soortgelijke documenten in soortgelijke gevallen al concreet en individueel heeft onderzocht.

Het Gerecht komt tot de conclusie, dat er in dit geval van bijzondere omstandigheden geen sprake was. Ten aanzien van elke door de Commissie aangevoerde uitzonderingsgrond van de Eurowob geldt dat de Commissie volgens het Gerecht niet zonder concreet onderzoek naar de aard en strekking van de individuele documenten in het dossier had kunnen vaststellen of een uitzonderingsgrond van toepassing was. Het Gerecht stelt voorts dat de Commissie zich er niet toe had mogen beperken tot onder verwijzing naar de uitzonderingsgronden het verzoek van de VKI zonder meer af te wijzen, maar zich concreet had moeten buigen over de mogelijkheid van ten minste een gedeeltelijke toegang tot die documenten.

Het Gerecht onderzoekt vervolgens, of de Commissie wellicht op grond van het evenredigheidsbeginsel het verzoek van de VKI had mogen afwijzen vanwege de uit dat verzoek resulterende werklast. Deze vraag is volgens het Gerecht opportuun omdat de Eurowob de Commissie in artikel 6 een formele mogelijkheid biedt om een 'billijke oplossing' te zoeken voor praktische problemen, en daarmee een zekere afweging van de belangen van de verzoekers en de Commissie toelaat.

Het Gerecht is van mening dat er alleen ruimte is voor een beperking van de onderzoeksplicht op grond van het evenredigheidsbeginsel als de daaruit voortvloeiende administratieve last bijzonder groot is en de grenzen overschrijdt van wat redelijkerwijs kan worden verlangd. Het Gerecht wijst daarbij op enkele principiële uitgangspunten van de Eurowob (zoals het feit dat uitzonderingen op de toegang tot het dossier restrictief dienen te worden uitgelegd en het feit dat verzoekers hun verzoek niet hoeven te onderbouwen) en de algemene rechtsbeginselen (zoals het zorgvuldigheidsbeginsel). Deze principiële uitgangspunten vertalen zich volgens het Gerecht in de concrete eisen dat de Commissie dient aan te tonen hoe groot de werklast is die uit het verzoek op grond van de Eurowob voortvloeit en dat de Commissie naar minder belastende alternatieven dient te zoeken. Die alternatieven dient de Commissie met verzoekers te bespreken en in voorkomende gevallen dient zij in haar besluit 'omstandig'

uit te leggen waarom zij eventuele alternatieven naast zich neer wil leggen.

Hoewel het Gerecht onderkent dat het dossier over het 'Lombardclub-kartel' zeer omvangrijk is, komt het tot de conclusie dat de beschikking geen stand kan houden. De Commissie heeft volgens het Gerecht namelijk ten onrechte nagelaten uit te leggen waarom ook eventuele alternatieven voor een toegang tot het volledige dossier tot een onredelijke werklast zouden leiden. In dat verband wijst het Gerecht in het bijzonder op het feit dat de Commissie in haar beschikking niet heeft toegelicht waarom het maken van een inhoudsopgave van het gehele dossier onredelijk bezwarend was. Uiteindelijk is er volgens het Gerecht dan ook sprake geweest van één enkele algehele afwijzing om toegang tot het dossier te verlenen, hetgeen onder alle omstandigheden in strijd is met de Eurowob.

## Commentaar

In het arrest heeft de principiële vraag of derden op grond van de Eurowob toegang tot karteldossiers kunnen krijgen als zodanig geen enkele rol gespeeld. Op zich hoeft dat niet te verbazen, omdat de Eurowob een rechtstreeks uitvloeisel is van het transparantiebeginsel van artikel 255 EG, dat voorziet in het principiële recht op toegang tot alle documenten van de instellingen. Noch Verordening 1/2003 noch de procedureverordening<sup>3</sup> doen afbreuk aan dat principiële recht en de Eurowob en de procedureverordeningen zijn dus naast elkaar van toepassing<sup>4</sup>.

Hoewel vragen omtrent de toegang van benadeelde derden tot dossierstukken in kartelzaken niet van recente datum zijn, is het onderhavige arrest in de bredere context van schadevergoedingsacties van door kartels benadeelde derden en het Groenboek van de Commissie over die 'civiele handhaving' van groot belang. De verschillende procedures in de 'Lombardclub'-zaak geven namelijk een duidelijk beeld van de problemen die opdoemen als de 'civielrechtelijke handhaving' van het kartelverbod onderdeel uit gaat maken van de 'publiekrechtelijke' handhaving van het kartelverbod door de Commissie en de eisen die het Gerecht in dergelijke gevallen aan de Commissie stelt. In de 'Lombardclub'-zaak waren namelijk in de Verenigde Staten schadevergoedingsacties tegen de betrokken banken aanhangig gemaakt door groepen afnemers. Deze afnemers deden in Brussel een beroep op elke regeling die hen ter beschikking stond om de beschikking te krijgen over dossierstukken, terwijl de betrokken banken dit met alle middelen probeerden te voorkomen.

Dit heeft in 2006 in twee andere zaken tot een uitspraak van het Gerecht geleid over de toegang tot het 'Lombardclub'-dossier. In door de Oostenrijkse Postsparkasse en de Bank für Arbeit und Wirtschaft<sup>5</sup> aanhangig gemaakte

3 Verordening 2842/98, *PbEU* 1998, L354, blz. 18.

4 Zie in die zin ook de mededeling van de Commissie inzake de toegang tot het dossier, *PbEU* 2005, C 325/07.

5 Gerecht van eerste aanleg, 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01, Oostenrijkse Postsparkasse AG en de Bank für Arbeit und Wirtschaft AG tegen Commissie, n.n.g.

beroepen tegen een daartoe strekkende beschikking van de 'hearing officer' bevestigde het Gerecht dat eindafnemers (in dit geval de politieke partij 'FPÖ') als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt in de zin van Verordening 1/2003 en procedureverordening 2842/98 en dat de Commissie afnemers een afschrift kan verstrekken van een niet-vertrouwelijke versie van de Punten van Bezwaar. In een door Bank Austria Creditanstalt aangehangig gemaakte zaak<sup>6</sup> wees het Gerecht de argumenten van de hand waarmee Bank Austria zich verzette tegen openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke tekst van de boetebeschikking en stelde het Gerecht vast dat

*'het belang van een onderneming waaraan de Commissie een boete heeft opgelegd wegens schending van het gemeenschapsrecht, dat de details van het aan deze onderneming verweten inbreukmakend gedrag niet aan het publiek worden bekendgemaakt, geen bijzondere bescherming (verdient), gelet op het belang van het publiek om zo ruim mogelijk kennis te kunnen nemen van de gronden van elk optreden van de Commissie (...) en op het belang van de door de inbreuk gelaedeerde personen om kennis te nemen van de details van de inbreuk teneinde in voorkomend geval hun rechten jegens de bestrafte ondernemingen te kunnen doen gelden (...)' :*

In hun onderlinge samenhang bezien lijken de verschillende arresten een belangrijke basis te bieden voor schadevorderingen op basis van (documenten uit) de Commissiedossiers. De Commissie dient namelijk op grond van de Eurowob verzoeken van *elke* derde om toegang tot het dossier in behandeling te nemen en tot openbaarmaking over te gaan als geen uitzonderingsgronden van toepassing zijn. (De NMa heeft in 'Nederlandse' kartelzaken overigens eenzelfde verplichting, sinds de Raad van State in een uitspraak van 7 februari jl. vaststelde dat artikel 90 Mw geen aan de Nederlandse Wob derogerende openbaarmakingsregeling bevat, hetgeen de NMa vanaf inwerkingtreding van de Mededingingswet steeds heeft verdedigd.<sup>7</sup>) Bovendien lijkt de Commissie binnen haar eigen procedurele administratieve kader de mogelijkheden van *belanghebbende* derden te willen verruimen om in de procedure te participeren.

Het voert volgens mij echter te ver te stellen dat met de 'Lombardclub'-zaak door het Gerecht de spreekwoordelijke 'sluizen' voor schadevergoedingsacties zijn opengezet, waarbij het voor de analyse van belang is in het oog te houden dat de Eurowob (anders dan de procedureverordeningen) geen beperkingen aanbrengt ten aanzien van de hoedanigheid van de verzoeker en het moment waarop het verzoek wordt gedaan. In de praktijk betekent dit waarschijnlijk dat in ieder geval gedurende de administratieve fase en tot aan een eventuele boetebeschikking de uitzonderingsgrond 'bescherming van het doel van inspecties, onderzoeken en audits' van de Eurowob op de meeste belastende dossierstukken van toepassing zal zijn. Zo concludeerde het Gerecht in het eveneens

uit 2006 daterende arrest *Byk en Franchet* tegen Commissie<sup>8</sup> dat rapporten van de interne fraudedienst Olaf niet toegankelijk waren zolang geen besluit was genomen over de uitkomst die aan die rapporten zou worden verbonden. Nadat de Commissie een boete heeft opgelegd kan de uitzonderingsgrond 'belang van het onderzoek' echter 'verstrijken'. In dat verband kan gewezen worden op het arrest van het Gerecht in Technische Glaswerke Ilmenau tegen Commissie<sup>9</sup>, waarin in een staatssteunzaak een verzoek op de Eurowob was gedaan en het Gerecht in rechtsoverweging 93 vaststelde dat '(...)De Commissie naar documenten (verwijst) betreffende 'lopende onderzoeken', een algemene formulering op grond waarvan niet met voldoende zekerheid kan worden geconcludeerd dat alle in het verzoek om toegang bedoelde documenten op de dag van de vaststelling van het besluit nog onder de voornoemde uitzondering konden vallen, waarbij eraan zij herinnerd dat op 28 mei 2002 steunprocedure C 19/2000 was afgesloten'.

Voor de Commissie maakt dit de zaken er beslist niet gemakkelijker op. Uit het arrest VKI volgt namelijk eerst en vooral, dat de Commissie naar aanleiding van elk verzoek op grond van de Eurowob en dus op elk moment een zeer gedetailleerd onderzoek dient te verrichten naar de mogelijkheid van openbaarmaking van alle dossierstukken. De betrokken ondernemingen zullen bij de door de Commissie te maken afweging een belangrijke rol spelen omdat de Commissie op grond van de Eurowob gehouden is de van de betrokken ondernemingen afkomstige documenten ter beoordeling aan hen voor te leggen. In de fase van de procedure waarin de Commissie zich niet enkel kan beroepen op het belang van het onderzoek zal zij de betrokken ondernemingen dus in haar afweging moeten betrekken. De Commissie zal zich naar alle waarschijnlijkheid moeten instellen op discussies waarbij de betrokken karteldeelneemers zich op het standpunt stellen dat de uitzonderingsgronden van de Eurowob op van hen afkomstige documenten van toepassing zijn (bijvoorbeeld met het argument dat bewijzen van kartelgedrag kwalificeren als gegevens waarvan openbaarmaking de commerciële belangen van de betrokken ondernemingen kan schaden), terwijl de betrokken afnemers er op zullen aandringen dat schadevorderingen een 'hoger openbaar belang' zijn dat als nog tot openbaarmaking zou moeten leiden. Het hiervoor reeds aangehaalde arrest *Technische Glaswerke Ilmenau* doet vermoeden dat het Gerecht ook in dergelijke gevallen strenge eisen zal stellen aan de onderzoeksplicht van de Commissie, waardoor deze een centrale rol krijgt in het (onderliggende) geschil tussen de karteldeelneemers en benadeelde derden (zie in dat verband rechtsoverweging 92 van het arrest *Technische*

6 Gerecht van eerste aanleg, 30 mei 2006, zaak T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt AG tegen Commissie*, n.n.g.

7 Raad van State, 7 februari 2007, *Koninklijke Gazelle B.V. tegen Raad van Bestuur NMa*, LJN AZ7951.

8 Gerecht van eerste aanleg, 6 juli 2006, gevoegde zaken T-391/03 en T-70/04, *Yves Franches en Daniel Byk tegen Commissie*, n.n.g.

9 Gerecht van eerste aanleg 14 december 2006, zaak T-237/02, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH tegen Commissie*, n.n.g.

*Glaswerke Ilmenau*: 'In dit verband lijkt het op zijn minst paradoxaal, de noodzaak van een open en rechtstreekse dialoog tussen de Commissie, de lidstaat en de 'betrokken ondernemingen' in een sfeer van loyale samenwerking en wederzijds vertrouwen te vermelden, om juist een van de betrokken 'partijen' geen kennis te laten nemen van elke informatie die rechtstreeks verband houdt met het voorwerp zelf van de discussie').

Degenen die ervaring hebben met Brusselse karteldossiers zullen beslist enige sympathie op kunnen brengen voor de argumenten van de Commissie over de 'werklast' die uit het verzoek van VKI voortvloeide en het feit dat de Commissie zo zwaar op het argument 'werklast' heeft ingezet om het verzoek van VKI af te wijzen. De op het eerste gezicht wellicht wat tegenstrijdige conclusie lijkt dan ook te zijn dat juist de Commissie in kartelzaken veel beweegruimte dreigt te verliezen als gevolg van de verschillende recente arresten in de 'Lombardclub'-zaak. Toch lijkt mij de uitkomst van deze procedure in die zin gerechtvaardigd, dat het recht doet aan de toenemende complexiteit van kartelzaken. De wel erg simpele afwijzing van het verzoek van VKI doet geen recht aan die complexiteit en de grote belangen die voor alle betrokken partijen, karteldeelnemers én benadeelde afnemers, op het spel staan. De Commissie zou er volgens mij dan ook verstandig aan doen zichzelf de vraag te stellen of de 'werklast' die uit de vervlechting van 'civielrechtelijke' en 'publiekrechtelijke' handhaving voortvloeit niet een uitvloeisel is van haar eigen beleid om meer en grotere kartels op te sporen en hogere boetes op te leggen. Het zou mij namelijk niet verbazen als de 'Lombardclub'-zaak er een bewijs van is dat van die hoge boetes een 'aanzuigende' werking uitgaat doordat benadeelde derden de hoge transactiekosten die met 'civielrechtelijke' handhaving gepaard gaan zullen afzetten tegen de enorme boetes die worden opgelegd en – nog daargelaten of dit gerechtvaardigd is – de verwachting die daar van uitgaat over de hoogte van eventuele schadevergoedingen.

Zoals bekend is Eurocommissaris Kroes een verklaard voorstander van 'plea bargaining', schikkingen tussen de betrokken ondernemingen en de Commissie waarmee een administratieve procedure wordt voorkomen<sup>10</sup>. 'Plea bargaining' zou een belangrijke structurele bijdrage kunnen leveren aan het beheersbaar houden van het karteltoezicht, ook voor wat betreft eventuele vragen omtrent de toegang tot het dossier. De wijze waarop met bewijsmiddelen wordt omgegaan en de consequenties van mogelijke civielrechtelijke schikkingen zouden namelijk onderdeel uit kunnen maken van 'plea bargaining'. Naar verluidt zal op niet al te lange termijn en in ieder geval al dit jaar duidelijk worden hoe dergelijke 'plea bargaining' er concreet uit zou kunnen zien. Één ding lijkt mij zeker: als de Commissie geen structurele oplossingen vindt zal ook het Gerecht de woorden 'Eurowob' en 'werklast' in kartelzaken al snel als synoniemen gaan beschouwen.

---

10 Speech 05/205, 7 april 2005, International Forum on European Competition Law, te raadplegen via de website van de Europese Commissie.