

Redactioneel

Transparantie versus clementie

Mr. B.J. Drijber*

Transparantie is een van de lastigste begrippen uit het Unierecht. Maar liefst drie richtlijnen worden in het spraakgebruik wel als ‘Transparantierichtlijn’ aangeduid.¹ Dat alleen al draagt niet bij aan de doorzichtigheid. In het aanbestedingsrecht heeft het transparantiebeginsel zich ontwikkeld van een toetsingscriterium om vast te stellen of is voldaan aan het non-discriminatiebeginsel tot iets wat op een zelfstandige bron van rechten en verplichtingen lijkt. Daarnaast staat transparantie in dienst van weer een ander rechtsbeginsel, de rechtszekerheid. Tot slot geeft transparantie een procedurele inkleuring van de *rule of reason*-toets: is een nationale goedkeuringsprocedure niet transparant, dan is zij als maatregel niet geschikt of niet proportioneel om een belemmering van het vrije verkeer te kunnen rechtvaardigen.

Transparantie staat echter bovenal voor openbaarheid van bestuur. Zonder enig belang te hoeven aantonen kan eenieder toegang vragen tot documenten die onder de overheid berusten. Dat fundamentele burgerrecht wordt regelmatig instrumenteel, of noem het strategisch, ingezet. Bijvoorbeeld door bedrijven die een schadeclaim willen optuigen, vaak tegen de overheid waar zij de stukken opvragen. Daar hoeft op zich niets mis mee te zijn. Voor documenten die zijn gegenereerd in het kader van toezicht en handhaving ligt dat duidelijk anders. Net als verklaringen van kroongetuigen in het strafproces dienen verklaringen van de kroongetuigen in

mededingingsprocedures beschermd te worden *en te blijven*. De bescherming van clementieaanvragers staat echter onder druk, zowel langs nationaalrechtelijke als langs Unierechtelijke weg. Dat is een zorgelijke ontwikkeling.

Eerst de nationaalrechtelijke weg. In het arrest *Pfleiderer*² heeft het Hof van Justitie de deur voor *disclosure* van clementiemateriaal op een kier gezet. De nationale rechter moet een belangenafweging maken, maar krijgt daarvoor geen enkele *guidance* mee. Ging *Pfleiderer* (een bestuursrechtelijk geschil) over nationaal clementiemateriaal, de civiele actie van *National Grid* bij het Engelse High Court gaat over clementiemateriaal uit het dossier van de Commissie.³ In een eloquent vonnis van 4 april jl. voert Justice Roth de evenwichtsoefening uit waar *Pfleiderer* toe oproept. Daarbij worden veel gehoorde argumenten tegen *disclosure* van clementiemateriaal gewogen en te licht bevonden. Zoals de stellingen dat clementieverzoekers de legitieme verwachting hebben dat het overgelegde materiaal geheim blijft, dat zij niet slechter af mogen zijn dan partijen die niet met de mededingingsautoriteit hebben meegewerkt⁴ en het gevaar dat de effectiviteit van het clementieprogramma onder druk komt te staan. Op grond van het aloude proportionaliteitsbeginsel brengt de Engelse rechter niettemin een vrij strikte selectie aan in wat toegankelijk gemaakt moet worden. Wel: delen van de vertrouwelijke versie van de boetebeschikking van de Commissie en antwoorden op verzoeken om schriftelijke inlichtingen; niet: (delen van) de schriftelijke weergave van de ondernemingsverklaringen zelf.

In een Nederlandse civiele procedure zal die evenwichtsoefening moeten plaatsvinden op grond van arti-

* Mr. B.J. Drijber is advocaat en partner bij Pels Rijcken & Droogleeve Fortuijn en tevens redactielid van M&M.

1. Richtlijn 2006/111/EG (*Pb. EU* 2007, L 318/17) van de Commissie betreffende de ‘doorzichtigheid’ inzake de financiële betrekkingen tussen overheden en bepaalde ondernemingen transparant te maken (zie art. 25a e.v. Mw); Richtlijn 98/34/EG (*Pb. EG* 1998, L 204/ 37) betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (ook ‘notificatierichtlijn’ genaamd; en Richtlijn 2004/109/EG (*Pb. EU* 2004, L 390/98) betreffende transparantievereisten voor de gereglementeerde markten in effecten.

2. HvJ EU 14 juni 2011, zaak C-360/09. Zie M. Kuijper, ‘Pfleiderer AG/Bundeskartellamt’, *M&M* 2011/6, p. 189-193 en B.J. Drijber, ‘Zaak C-360/09, Pfleiderer AG/Bundeskartellamt’, *SEW* 2011/10, p. 454-457.
3. Te raadplegen op <www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/869.html>.
4. Zie ook het ECN *Leniency*-model, punt 47 van de toelichting.

kel 843a Rv. Het vierde lid van die bepaling voorziet in een weigeringsgrond wegens ‘gewichtige redenen’. Dat zou een grond kunnen zijn om bescheiden die in het bezit zijn van gedaagden maar afkomstig zijn uit het dossier van de Commissie uit te sluiten voor zover die bescheiden zijn terug te voeren op clementiemateriaal. Hoe dan ook, de nationale rechter moet een sterk casuïstische belangenafweging maken op grond van zijn eigen nationale rechtsregels. Dat is een recept voor uiteenlopende uitkomsten en een ongelijk speelveld.

In een bezorgde resolutie van 23 mei jl. roepen de *Heads* van de NCA’s, verenigd in het ECN, op tot bescherming van clementiemateriaal in de context van civiele schadevergoedingsacties. Een terechte oproep, al hebben de mededingingsautoriteiten zich zelf in een spagaat gewerkt door tot civiele handhavingsacties aan te sporen. Zij willen het vermogensrecht instrumenteel inzetten als verlengstuk van hun eigen strenge handhavingsbeleid.

De enige oplossing voor het gesignaleerde probleem is harmonisatie, oftewel een eenvormige ‘uniale’ regel. Naar verluidt denkt de Commissie na over de optie waarbij de partij die boete-immuniteit heeft gekregen ook schadevergoedingsimmunititeit zou krijgen.⁵ Dat lijkt om een aantal redenen niet fair. Transigeren met de overheid is één ding, maar derden (zoals kartelslachtoffers) staan daar volledig buiten. Deze optie is ook niet juist in de relatie tussen karteldeelnemers. Clementiepolitiek heeft al een hoog matennaaijgehalte, omdat de partij die het eerste klikt concurrenten een aanzienlijke kostenstijging in de vorm van een boete kan bezorgen; een vorm van *raising rivals’ costs*. Het wringt pas echt als de klikspan zelf de *ringleader* van het kartel is geweest en klikken in Brussel hem (binnen de EU) ook nog eens een vrijwaring tegen schadeclaims zou opleveren. Een bijkomend probleem is hoe om te gaan met de nummers twee en volgende in de clementierij: krijgen die een verminderde aansprakelijkheid? Dat wordt dus niets. De oplossing die wél perspectief biedt, is een eenvormige regel waaruit de nationale rechter kan opmaken of c.q. in hoeverre hij clementiemateriaal kan vrijgeven aan eisers in een *follow-on* actie. Ook na *Pfleiderer* staat het de Uniewetgever overigens vrij te bepalen dat clementiemateriaal van iedere vorm van *discovery* is uitgesloten. Dat zou wel zo helder zijn.

Dan de druk op het clementiebeleid vanuit het Unierecht. Op 22 mei jl. wees het Gerecht het arrest *EnBW*.⁶ Toen een dag later de ECN haar resolutie de lucht in stuurde, was dat arrest ongetwijfeld nog niet in de hoofden van de *Heads* ingedaald. De Duitse stroomgigant EnBW stelt, net als National Grid, slachtoffer te zijn van het kartel in gasgeïsoleerd schakelmateriaal (GIS). Zij vroeg de Commissie om toegang tot stukken uit haar GIS-dossier op grond van de Eurowob.⁷ De Commissie weigerde dat voor de volgende vijf categorieën van dos-

sierstukken: (1) clementiemateriaal, (2) verzoeken om inlichtingen en antwoorden, (3) documenten verkregen bij inspecties, (4) de punten van bezwaar en de antwoorden daarop en (5) interne documenten. Als uitsluitingsgronden beriep zij zich met name op ‘bescherming van het doel van onderzoeken’ en ‘bescherming van commerciële belangen’.⁸

Het Gerecht veegt eerst de aangehouden dossierindeling als ‘artificieel’ van tafel. De Commissie dient elk document afzonderlijk en concreet te onderzoeken. Zij had hier geen algemene grond om aan te nemen dat de toegang tot een hele categorie documenten kon worden geweigerd. Dat alleen al volstaat om de Eurowobbeschikking te vernietigen. Daar laat het Gerecht het echter niet bij. Het verwerpt ook het beroep van de Commissie op de uitzondering in verband met het doel van het onderzoek. Volgens het Gerecht is het doel van het onderzoek van de Commissie bereikt met de eindbeschikking; daarna is die uitzondering in beginsel niet meer van toepassing. Dat er tegen de boetebeschikking van de Commissie nog beroep loopt, doet niet ter zake.⁹ Mededingingsbeleid is niet ‘speciaal’ en clementie is niet het enige instrument voor effectieve handhaving ervan; private schadeacties zijn dat even goed.¹⁰ Maar dat is nog niet alles. Ook de weigeringsgrond ‘bescherming commerciële belangen’ wordt van de hand gewezen. Veel informatie afkomstig van de karteldeelnemers was toen het Eurowob-besluit werd genomen meer dan vijf jaar oud, een limiet die de Commissie zelf hanteert in haar Mededeling over toegang tot het dossier. De belangen van de karteldeelnemers zijn bovendien geen ‘commerciële belangen in eigenlijke zin’. Hadden ze maar niet aan een kartel moeten deelnemen, zo klinkt het door.¹¹

Is dit arrest verrassend? Vanuit openbaarheidsperspectief niet echt. Transparantie heeft zich in Europa ontwikkeld van een Scandinavisch-Nederlands stokpaardje naar een volwaardig beginsel verankerd in het Verdrag.¹² Geleidelijk aan heeft het Hof van Justitie – met naar verhouding veel rechters uit landen met voorheen een zeer ontransparant bestuur – dit beginsel meer inhoud gegeven. Openbaarheid is de regel, een weigering de uitzondering. De uit deze klassieke dichotomie voortvloeiende bewijslastverdeling leidt tot toenevende onderzoeks- en motiveringseisen voor de instellingen. Het arrest *My Travel* van het Hof van Justitie – de wegbereider van het arrest *EnBW* – is daar een mooi voorbeeld van.¹³ Nu is het in het bestuursrecht vaak zo dat het bestuursorgaan na vernietiging van zijn besluit zijn huiswerk overdoet en dezelfde beslissing opnieuw neemt maar dan beter gemotiveerd. Dan kan hier ook nog gebeuren. Het Gerecht kan bij nietigver-

5. Kennelijk geïnspireerd door hoe een en ander in de Verenigde Staten is geregeld.

6. Gerecht 22 mei 2012, zaak T-344/08.

7. Verordening (EG) nr. 1049/2001, *Pb. EG* 2001, L 145/43.

8. Zie art. 4 lid 2 Eurowob.

9. Punten 116-122.

10. Punten 127-128.

11. Punten 147-148.

12. Art. 15 VWEU (voorheen art. 255 EG-Verdrag).

13. HvJ EU 21 juli 2011, zaak C-506/08 P, *Zweden* (ondersteund door Denemarken, Nederland en Finland)/*Commissie* (ondersteund door Duitsland, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk).

klaring niet zelf in de zaak voorzien door bijvoorbeeld te verordonneren dat de opgevraagde documenten toegankelijk moeten worden gemaakt. De ruimte om met inachtneming van het arrest een nieuw (gelijkluidend) besluit te nemen lijkt in deze zaak echter beperkt.

De gevolgen van dit arrest zijn potentieel verstrekkend. Informatie die op grond van openbaarheidsregels toegankelijk wordt gemaakt komt meestal op de website van de overheid te staan en ligt daarmee dus op straat. Een specifiek toegangsregime opgesteld voor partijen (geadresseerden van punten van bezwaar en klagers) die een duidelijk belang hebben, dreigt hier te worden doorkruist door een algemene regeling waarvoor geen belang hoeft te worden aangetoond en die ook een volledig andere achtergrond heeft, namelijk democratisch bestuur. Dit leidt tot tal van vragen. Bijvoorbeeld of de klager, die op grond van de *leniency* bekendmaking uitdrukkelijk geen toegang krijgt tot *corporate statements*,¹⁴ daartoe toch toegang kan krijgen via de Eurowob als het mededingingsonderzoek is afgesloten. Voor de kartel-deelnemers zelf rijzen vergelijkbare vragen. In zijn arrest over het bierkartel heeft het Gerecht de weigering van de Commissie toegang te geven tot de antwoorden van andere partijen op de punten van bezwaar gegrond bevonden.¹⁵ Biedt het *EnBW*-arrest in zulke situaties een herkansing? Daarmee komen ook de procedure-regels bij het Gerecht onder druk te staan: waarom zou je een instructiemaatregel vragen bij het Gerecht om toegang te krijgen tot delen van het Commissiedossier, als de Commissie die stukken al op grond van de Eurowob ter beschikking zou moeten stellen? Vermoedelijk zal de Commissie zich dan – met recht – beroepen op de weigeringsgrond ‘gerechtelijke procedure’, maar er dreigt wel een onduidelijke mix van toegangsregimes te ontstaan.

Het arrest *EnBW* legt de bijl aan de wortel van het clementieprogramma van de Commissie. De kans dat de Eurowob wordt aangepast om mededingingsdossiers (en in elk geval clementiemateriaal) van haar werkingssfeer uit te sluiten is miniem. Net zoals de zeloten van het mededingingsbeleid niet dulden dat enige sector aan hun controle ontsnapt, zo dulden de openbaarheidsapostels niet dat enig onderwerp als zodanig buiten het toepassingsgebied van de Eurowob valt. Er zijn immers toch al de verschillende weigeringsgronden... De herziening van de Eurowob, die al sinds 2008 aansleept,¹⁶ wijst niet op enige ruimte voor een *carve out* van de werkingssfeer. Het Europees Parlement staat juist op de bres voor meer openbaarheid, wat men van een democratisch gekozen instelling overigens ook mag verwachten. Jammer is dan wel dat het Parlement zelf toegang tot een auditverslag heeft geweigerd.¹⁷

Uiteindelijk gaat het bij de tegenstelling tussen clementie en transparantie om een machtsstrijd verpakt als ouderwetse geloofsstrijd. Het ‘katholieke’ clementie-

beleid, waar biechten een aflaat oplevert en de macht van het instituut versterkt, staat tegenover de ‘protestantse’ transparantie, waar rechtlijnigheid en *moral high ground* in dienst staan van koopmansbelangen.

14. Zie punten 33 en 34 van de *leniency* bekendmaking.

15. Gerecht 16 juni 2011, zaak T-240/07, *Heineken*, punten 234 e.v.

16. COM(2008) 229 van 30 april 2008.

17. Gerecht 7 juni 2011, zaak T-471/08, *Toland/Parlement*.