

Op welk moment wordt het legal privilege geschonden?

Beschikking president Hof van Justitie EG 27 september 2004, C-7/04 P(R)

Mr C.T. Dekker

In deze uitspraak komt de vraag aan de orde wanneer een onderneming schade lijdt indien inzage door de Commissie wordt verkregen in documenten waarvoor achteraf – dat wil zeggen nadat inzage heeft plaatsgehad – wordt vastgesteld dat op die documenten het legal privilege van toepassing is. De president van het Hof meent dat die schade pas intreedt door het eventueel gebruik maken van de documenten als bewijs in een procedure waarbij een inbreuk wordt vastgesteld. De president van het Gerecht oordeelde dat die schade reeds ontstaat door het kennismaken van de inhoud van de documenten. De bepaling van het schademoment is cruciaal voor de vraag of in kort geding kan worden opgekomen tegen een beschikking van de Commissie waarin zij meedeelt de betrokken documenten daadwerkelijk aan het dossier toe te voegen, zo blijkt uit deze uitspraak.

Hoger beroep van de Commissie tegen de beschikking van de president van het Gerecht van Eerste Aanleg 30 oktober 2003 in gev. zaken T-125/03 R en T-253/03 R, Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals v. Commissie, n.n.g.

De feiten en verloop van de procedure

Bij beschikking van 30 januari 2003, die gewijzigd werd bij beschikking van 10 februari 2003, gelastte de Commissie Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals (hierna ook gezamenlijk als Akzo aan te duiden) op grond van artikel 14, lid 3, van Verordening 17¹ zich te onderwerpen aan een verificatie. Op basis van deze beschikking vonden op 12 en 13 februari 2003 dawn raids plaats in de kantoren van Akzo in het Verenigd Koninkrijk. Tijdens het onderzoek claimde Akzo voor een aantal documenten dat deze onder het voor briefwisseling met advocaten geldende beroepsgeheim (hierna: legal privilege) vielen en dus niet door de Commissie konden worden ingezien. De ambtenaren wilden de documenten vluchtig inzien ten einde vast te kunnen stellen of inderdaad het legal privilege op de stukken van

toepassing was. Dit gebeurde door het hoofd van het verificatieteam en een vertegenwoordiger van Akzo. Over een aantal documenten ontstond een meningsverschil. Deze stukken worden in de procedure in twee categorieën ingedeeld:

- a stukken waarvan de ambtenaren kopieën maakten, welke zij in een verzegelde envelop meenamen.
- b stukken waarvan de Commissie vond dat zij niet onder het *legal privilege* vielen en die zij daarom kopieerde en aan het dossier toevoegde.

De stukken onder a betreffen ten eerste een getypt memorandum van de algemeen directeur van Akcros aan een van zijn chefs. Het memo bevatte gegevens die de algemeen directeur in interne gesprekken met andere medewerkers had verzameld met het oog op het verkrijgen van een extern juridisch advies in het kader van het voordien door Akzo opgezette compliance programme. Ten tweede ging het om een tweede exemplaar van genoemd memorandum met daarop handgeschreven aantekeningen over contacten met een advocaat van Akzo, onder meer met vermelding van diens naam.

De stukken onder b betreffen ten eerste met de hand geschreven notities van de algemeen directeur, waarvan Akzo stelt dat zij naar aanleiding van gesprekken met ondergeschikten zijn gemaakt en voor het opstellen van het memorandum zijn gebruikt. Daarnaast ging het om twee e-mails, gewisseld tussen de algemeen directeur en de coördinator mededingingsrecht van Akzo, lid van de juridische dienst van en in vaste dienst bij Akzo, maar tevens in Nederland ingeschreven als advocaat.

Nadat Akzo beroep had ingesteld tegen de beschikkingen van de Commissie, heeft de Commissie op 8 mei 2003 een beschikking gegeven waarbij zij het verzoek van Akzo afwees om de documenten van de series a en b terug te sturen en te bevestigen dat alle kopieën van deze documenten die in het bezit waren van de Commissie, vernietigd zijn. De Commissie bepaalde voorts in deze beschikking voornemens te zijn de verzegelde envelop met de documenten van serie a te openen, maar dat niet te doen voor ommekomst van de termijn voor beroep in rechte tegen de beschikking.

Akzo heeft op 17 april 2003 beroep ingesteld tegen de beschikkingen van 30 januari en 10 februari en op dezelfde dag krachtens artikel 242 en artikel 243 EG een verzoek in kort geding ingediend, strekkend tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschik-

¹ Thans vormt art. 20, lid 4 van Verordening 1/2003 de basis voor een dergelijke beschikking.

king van 10 februari 2003 en voorzover nodig, die van 30 januari 2003 (T-125/03R). Op 4 juli 2003 heeft Akzo tevens beroep ingesteld tegen de beschikking van 8 mei 2003. Op 11 mei heeft zij in kort geding verzocht om opschorting van de tenuitvoerlegging van deze beschikking (zaak T-253/03R). De president van het Gerecht wees het beroep in zaak T-125/03 R af, daar niet voldaan was aan de *fumus boni juris*: de maatregelen die de Commissie wilde nemen (het daadwerkelijk inzien en toevoegen aan het dossier van de betrokken documenten) zijn na de vaststelling van de beschikkingen van 30 januari en 10 februari 2003 genomen en zijn daarvan te onderscheiden.

De Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE), de European Company Lawyer Association en de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten hebben verzocht om toelating tot interventie in beide zaken, ter ondersteuning van de conclusies van Akzo, welke verzoeken zijn toegewezen.

Akzo beriep zich er voor de president van het Gerecht op dat de Commissie in strijd heeft gehandeld met de in de in het arrest AM & S ontwikkelde procedurele beginselen en op het recht om voorlopige maatregelen te verzoeken, nu zij de documenten van de series a en b gelezen heeft en de documenten van serie b onmiddellijk in haar dossier heeft opgenomen. Voorts stelde Akzo dat de Commissie legal privilege en de fundamentele rechten die daaraan ten grondslag liggen materieel had geschonden waar zij te weigerde de documenten van serie b als door het beroepsgeheim gedekt te beschouwen en waar zij de documenten van serie a in beslag nam.

Akzo beriep zich erop dat de twee documenten van serie a en de met de hand geschreven notities van serie b door het beroepsgeheim worden gedekt, omdat zij een rechtstreeks resultaat waren van het compliance programme, dat zij met behulp van externe raadslieden hebben opgesteld. De middelen die Akzo naar voren bracht, werpen de interessante vraag op hoever het legal privilege zich uitstrekt en of ook de communicatie met een bedrijfsjurist die als advocaat is ingeschreven eronder valt. Daar de president van het Hof aan deze vragen niet toekomt, laat ik de discussie hierover en de lezenswaardige overwegingen van het Gerecht ter zake hier buiten beschouwing.

De beschikking van de president van het Gerecht

Ik beperk mij in de bespreking van de beschikking van de president van het Gerecht tot de overwegingen die hij wijdt aan de spoedeisendheid van het verzoek van Akzo, aangezien de president van het Hof meent dat van die spoedeisendheid geen sprake was en reeds daarom de beschikking van de president van het Gerecht vernietigt.

Ten aanzien van de documenten onder a merkte de president op dat wanneer de Commissie kennis neemt van de documenten van serie a en het Gerecht vervolgens in zijn arrest in de hoofdzaak oordeelt dat de Commissie ten onrechte heeft geweigerd ze als beschermd door het beroepsgeheim te beschouwen, het voor de Commissie in de praktijk onmogelijk zal zijn alle consequenties aan dat niet-verklaringsarrest te verbinden, omdat de ambtenaren van de Commissie de inhoud van bedoelde documenten dan al kennen. De president overwoog dan ook:

*'In die zin zou wanneer de Commissie kennis neemt van de in de documenten van serie a vervatte informatie, zulks als zodanig een ernstige en onherstelbare inbreuk zijn op het recht van verzoeksters om de vertrouwelijkheid van die documenten te doen eerbiedigen.'*²

Ten aanzien van het verweer van de Commissie dat zij de documenten waarvoor de nietigverklaring van de beschikking gevolgen heeft,

niet voor het bewijs kan gebruiken, oordeelde de president dat het niet mogen gebruiken voor het bewijs van deze documenten inderdaad belet dat een gedeelte van de schade die verzoeksters zouden kunnen lijden – te weten de schade als gevolg van het latere gebruik van de documenten als bewijsmateriaal –, nog ernstiger wordt.³

Met betrekking tot de documenten van serie b overwoog de president dat geen sprake was van spoedeisendheid. De Commissie had reeds kennis genomen van de betreffende documenten en ze aan het dossier toegevoegd. De president kon dan ook geen maatregel nemen om te verhinderen dat de Commissie kennis nam van die documenten. Hij wees er in dit verband op dat hij niet bevoegd is maatregelen te nemen die beogen vergoeding te bieden voor reeds ontstane en niet ongedaan te maken schade.⁴ Wel erkende de president dat er (slechts dan) schade kan ontstaan indien de Commissie maatregelen neemt op grond van de in de documenten van serie b vervatte informatie en Akzo vervolgens niet met voldoende zekerheid zou kunnen aantonen dat er daadwerkelijk een verband bestaat tussen die informatie en de getroffen maatregelen. De president vond echter dat Akzo niet aannemelijk had gemaakt dat het noodzakelijk en mogelijk was voorlopige maatregelen te gelasten ter voorkoming van een risico dat, bij gebreke van bewijs van het tegendeel, hypothetisch bleef en derhalve bij de beoordeling van de spoedeisendheid niet in aanmerking kon worden genomen.

De beschikking van de president van het Hof⁵

De president van het Hof kiest in het door de Commissie ingestelde appèl en het door Akzo ingestelde incidentele appèl (tegen het oordeel van de president dat ten aanzien van de documenten van serie b geen spoedeisend belang aanwezig was) een andere benadering van het element van spoedeisendheid.

Hij refereert aan constante jurisprudentie dat de procedure in kort geding tot doel heeft de volle werking van de toekomstige definitieve uitspraak te waarborgen, teneinde een lacune in de door het Hof verzekerde rechtsbescherming te voorkomen.⁶ Tevens merkt de president op, met verwijzing naar de uitspraak van het Hof in de zaak *Roquette Frères*⁷ dat in het geval een beschikking van de Commissie vernietigd wordt, dit de Commissie zou beletten om voor de procedure ter zake van een inbreuk op de communautaire mededingingsregels gebruik te maken van stukken of bewijzen die zij tijdens die verificatie mocht hebben verzameld. Volgens de president zijn deze uitgangspunten ook van toepassing wanneer een beschikking waarbij een legal privilege niet erkend wordt, vernietigd wordt.⁸ De president overweegt voorts dat de Commissie accepteert dat zij, wanneer haar beschikking als onrechtmatig zou worden beschouwd, zij genoodzaakt is de documenten die door die onrechtmatigheid

2 Pres. Ger. r.o. 164.

3 Pres. Ger. r.o. 166.

4 Met verwijzing naar beschikking president Hof 23 februari 2001, Oostenrijk v. Raad, C-445/00 R, Jur. 2001, I-1461.

5 De weergave is gebaseerd op de Engelse tekst van de beschikking. Een Nederlandse tekst was ten tijde van het schrijven van deze annotatie nog niet beschikbaar.

6 Besch. Pres. Hof 17 juli 2001, Cie v. NALOO, C-180/01P-R.

7 HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, Jur. 2002, I-9011.

8 Pres. Hof r.o. 38.

geraakt worden, uit haar dossier te verwijderen en dat zij derhalve niet in staat zal zijn die documenten als bewijs te gebruiken.

Onder die omstandigheden acht de president het onrechtmatig gebruik van de documenten onder a in een inbreukprocedure puur theoretisch en in ieder geval onwaarschijnlijk. Verder merkt de president op dat hoewel het enkel lezen door de Commissie van de informatie in de documenten onder a, zonder dat die informatie in een inbreukprocedure worden gebruikt, weliswaar mogelijk een inbreuk op het legal privilege vormt, maar dat dat op zichzelf niet voldoende is om aan te tonen dat aan het criterium van spoedeisendheid is voldaan.

Daar de Commissie al had aangegeven dat zij derden geen toegang tot de documenten zou geven, zolang geen arrest in de bodemprocedure is geweest, zou alleen de openbaarmaking van de documenten ertoe leiden dat er een spoedeisend belang is aan de zijde van Akzo. Daar de ambtenaren van de Commissie de documenten al vluchtig hadden bekeken, is de schade die ontstaat door een diepgaander lezing van de stukken, onvoldoende om te kunnen spreken van ernstige en onherstelbare schade, aangezien de Commissie die informatie toch niet zou kunnen gebruiken (wanneer achteraf komt vast te staan dat de stukken gedekt worden door het legal privilege), aldus de president.

De president vernietigt de uitspraak van de president van het Gerecht dan ook. Het incidentele appèl van Akzo wordt, op dezelfde gronden, verworpen.

Commentaar

De president komt in zijn uitspraak niet toe aan de interessante vraag hoever het legal privilege strekt en of het vandaag de dag verder strekt dan eerder in de arresten AM & S⁹ en Hilti¹⁰ was vastgesteld, omdat hij oordeelt dat niet is voldaan aan het vereiste dat de voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel vraagt.¹¹ De president baseert dat oordeel vooral daarop dat de Commissie accepteert dat zij de documenten in kwestie uit het dossier zal verwijderen, zodat zij ze niet als bewijsmateriaal kan gebruiken, wanneer haar beslissing van 8 mei 2003 in de bodemprocedure wordt vernietigd. Daarom is er alleen een theoretische mogelijkheid van het onrechtmatig gebruik van de documenten, aldus de president.

Met alle respect lijkt mij deze benadering van de president ook tamelijk theoretisch. Zij gaat eraan voorbij dat materiaal waarop het legal privilege berust, niet alleen op zichzelf bewijs van een inbreuk van de mededingingsregels kan opleveren, maar ook de aanleiding kan zijn om nadere stukken op te vragen, of inlichtingen te vragen aan personen, al dan niet van de betrokken onderneming. Dat materiaal kan bovendien aanleiding zijn verificaties bij andere ondernemingen uit te voeren. Daarbij kan het directe gebruik van de betreffende documenten achterwege worden gelaten, maar wordt

de kennis over de inhoud van de documenten gebruikt voor het verzamelen of voor de interpretatie van het overige bewijsmateriaal.

Deze schijnbaar vanuit meer praktische overwegingen voortkomende vraagtekens bij de uitspraak betreffen in wezen juist het kernpunt waar het in de uitspraken van beide presidenten om draait: wanneer wordt het legal privilege geschonden, of – anders gezegd – wanneer wordt schade toegebracht aan het recht op bescherming van het legal privilege? Wanneer van de inhoud van erdoor beschermde documenten kennis wordt genomen, of wanneer het materiaal gebruikt wordt als bewijs van een overtreding van de mededingingsregels?

Breder getrokken is het belangrijkste punt in deze uitspraak: hoe moet worden omgegaan met het begrip schade bij bescherming van fundamentele rechten. Moet de schending van een dergelijk recht, los van die schending zelf, nog eens aantoonbare (materiële) schade teweeg brengen? Of moet een partij alleen al door de schending van haar fundamentele rechten, geacht worden 'beschadigd' te zijn. De president van het Gerecht volgt naar mijn waarneming de laatste benadering.

De eerste benadering – die in appèluitspraak gevolgd is – gaat er naar mijn indruk in wezen vanuit dat het voldoende is wanneer er achteraf wordt vastgesteld dat een inbreuk op die rechten onrechtmatig is (geweest). Daarmee lost het probleem van de bescherming van fundamentele rechten zich in wezen op in een vraag naar voldoende adequate rechtsbescherming, in welk kader achteraf de instantie die inbreuk maakt op de fundamentele rechten een sanctie opgelegd krijgt (in het onderhavige geval in de vorm van het niet mogen gebruiken van het onrechtmatig verkregen bewijs). Men moet zich afvragen of met die benadering het fundamentele karakter van het recht voldoende erkend wordt.

Mijn inziens past de uitspraak van de president van het Hof niet in de benadering die het Hof eerder koos – zij het niet op het terrein van onrechtmatig verkregen bewijs – in de zaak SEP.¹²

Daarin ging het om de vraag of SEP verplicht was in het kader van een onderzoek door de Commissie op basis van Verordening 17 een contract met Statoil aan de Commissie te overleggen, welk contract de Commissie op grond van artikel 10, lid 1, Verordening 17 aan de autoriteiten van de lidstaten zou moeten verstrekken. SEP had daar bezwaar tegen omdat die autoriteit (toe nog de Minister van Economische Zaken) ook aandeelhouder was van Gasunie, tevens leverancier van SEP, maar concurrent van Statoil. Terwijl het Gerecht in die zaak oordeelde dat artikel 20 van Verordening 17 de autoriteiten van de lidstaten belette een beroep te doen op de door de Commissie verstrekte informatie bij de bepaling van het commerciële beleid van bepaalde overheidsbedrijven, benaderde juist het Hof in dat geval de zaak op een praktischer manier. Het Hof oordeelde dat ingevolge artikel 20, lid 1, van Verordening 17 de autoriteit van de lidstaten geen beroep kan doen op conform Verordening 17 door de Commissie aan haar toegezonden informatie tijdens een vooronderzoek en evenmin om een op basis van het mededingingsrecht gegeven beschikking te rechtvaardigen. Het Hof erkende echter dat de autoriteit niet verplicht is de haar ter kennis gebrachte inlichtingen te negeren en daarmee aan een 'acuut geheugenverlies' te lijden; de verkregen inlichtingen vormen aanwijzingen die in voorkomend geval de inleiding van een nationale procedure kunnen rechtvaardigen, aldus het Hof. Het Hof leidde hieruit af dat de beperking die artikel 20, lid 1, Verordening 17 aan het gebruik van de verkregen inlichtingen stelde, de onomkeerbare gevolgen van het enkele feit dat een leverancier – of de toezichthoudende autoriteit – op de

9 HvJEG 18 mei 1982 (AM&S v. Commissie, zaak 155/79), Jur. 1982, p. 1575.

10 Ger.EG 4 april 1990 (Hilti, zaak T-30/89), Jur. 1990, II-163, rechtsoverweging 18.

11 Pres. Hof, r.o. 43.

12 HvJEG 19 mei 1994, SEP v. Cie, C-36/92P, Jur. 1994, I-1911.

hoogte is van de voorwaarden waaronder een concurrerende leverancier aan zijn afnemer levert, niet kunnen voorkomen.¹³ In deze uitspraak¹⁴ haakt het Hof aan bij de schadelijkheid van de kennisneming zelf – door een derde – van de inhoud van een bepaald document en niet bij het gebruik dat die derde van zijn kennis van die inhoud van het document maakt. Dat lijkt mij ook in een geval waarbij de Commissie kennis neemt van de inhoud van een document waarvan achteraf komt vast te staan dat het onder het legal privilege valt, een betere benadering; ook van de Commissie kan immers niet verlangd worden dat zij aan acuut geheugenverlies lijdt bij het bepalen van haar strategie in een procedure ter handhaving van de mededingingsregels.

De consequentie van de uitspraak van de president van het Hof lijkt te zijn dat de Commissie zich in de praktijk vooralsnog weinig hoeft aan te trekken van het legal privilege. Immers, in de redenering van de president van het Hof kan de Commissie kennis nemen van de documenten en afwachten hoe het Gerecht in een eventuele bodemprocedure oordeelt over de vraag of een beroep op het legal privilege terecht is of niet. Zo niet, dan verwijdert de Commissie de stukken uit het dossier. Zij is dan echter niet slechter af dan wanneer zij de stukken reeds aanvankelijk buiten het dossier had gehouden. Integendeel, zij heeft uiteindelijk profijt van de inbreuk op het legal privilege, omdat zij in de praktijk niet aan geheugenverlies zal leiden en de verkregen informatie dus wel degelijk kan gebruiken om andere informatie over een mogelijke inbreuk op de mededingingsregels te zoeken en te interpreteren. Dat lijkt mij een onbevredigend resultaat van deze uitspraak.

13 SEP, r.o. 30.

14 En overigens ook in HvJ EG 24 juni 1986, AKZO Chemie, zaak 53/85, Jur. 1986, 1965, r.o. 29.