

Uitoefening inspectiebevoegdheid van de Commissie begrensd door het Gerecht

Mr. G. Oosterhuis en mr. M.P.N. Lemmens*

In dit artikel worden de arresten *Nexans* en *Prysmian* van het Gerecht besproken. Het Gerecht geeft in deze uitspraken antwoord op de vraag hoe ruim de Europese Commissie haar inspectiebevoegdheid in mededingingsonderzoeken mag uitoefenen. Niettemin blijft een aantal kwesties onopgelost.

GvEA 14 november 2012, zaak T-135/09, Nexans France SAS en Nexans SA/Commissie en GvEA 14 november 2012, zaak T-140/09, Prysmian SpA en Prysmian Cavi e Sistemi Energia Srl/Commissie.

Inleiding

Verordening (EG) nr. 1/2003 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 (heden 101 en 102) van het verdrag (Verordening 2003/1/EG) geeft de Europese Commissie de bevoegdheid om alle noodzakelijke inspecties te verrichten.¹ Een onderneming moet meewerken aan een inspectie, op voorwaarde dat de Commissie een schriftelijke machtiging kan laten zien aan de onderneming voordat zij met de inspectie begint.² Daarnaast kan de Commissie onaangekondigd inspecties verrichten; de zogenoemde ‘*dawn raids*’. De Commissie besluit bij beschikking om een *dawn raid* te houden. Ondernemingen zijn verplicht hieraan mee te werken.³

De Commissie is verplicht zowel in de schriftelijke machtiging als in de inspectiebeschikking het voorwerp en doel van het onderzoek te beschrijven.⁴ De Commissie dient daarbij duidelijk de feiten te vermelden die zij wenst te onderzoeken, onder meer zodat de betrokken onderneming in staat is te beoordelen wat de omvang

van haar medewerkingsplicht is.⁵ Verder is het recht op privacy uit artikel 8 EVRM van toepassing. Dit betekent bijvoorbeeld dat de inzet van dwangmiddelen bij een inspectie niet willekeurig of onevenredig mag zijn. De nationale rechter moet in voorkomende gevallen (kunnen) onderzoeken of er voldoende ernstige aanwijzingen zijn voor een vermoeden dat de mededingingsregels zijn geschonden om een inspectie te rechtvaardigen.⁶

De NMa heeft net als de Commissie de bevoegdheid onaangekondigde inspectiebezoeken af te leggen, mits de uitoefening ervan proportioneel en evenredig is.⁷ Op basis van het evenredigheidsbeginsel – dat mede wordt ingevuld door artikel 8 EVRM – is de NMa eveneens verplicht bij aanvang van de *dawn raid* de betrokken onderneming door middel van overhandiging van een document op de hoogte te brengen van het doel en voorwerp van het onderzoek.⁸ Tijdens het inspectieonderzoek mag de NMa zich niet richten op informatie die buiten de reikwijdte van het onderzoek valt.⁹

Niettemin bestaat er een risico dat de Commissie en de NMa op ‘*fishing expedition*’ gaan. Door bijvoorbeeld het onderzoeksvoorwerp en –doel breed te formuleren, kan een onevenredig grote hoeveelheid informatie in het onderzoek worden betrokken, ingezien en gekopieerd. Bovendien kan deze informatie de basis vormen voor een nieuw onderzoek of reden zijn het bestaande onderzoek uit te breiden.

Recentelijk heeft het Gerecht zich in de arresten *Nexans* en *Prysmian* gebogen over de vraag of de Commissie

* Mr. G. Oosterhuis is advocaat bij Houthoff Buruma te Brussel. Mr. M.P.N. Lemmens is advocaat bij Houthoff Buruma te Brussel.

1. Art. 20 lid 1 Verordening 2003/1/EG.

2. Art. 20 lid 3 Verordening 2003/1/EG.

3. Art. 20 lid 4 Verordening 2003/1/EG.

4. Art. 20 leden 3 en 4 Verordening 2003/1/EG.

5. Zie ook GvEA 14 november 2012, zaak T-135/09, *Nexans France SAS en Nexans SA/Commissie*, n.n.g. punten 38-39; GvEA 14 november 2012, zaak T-140/09, *Prysmian SpA en Prysmian Cavi e Sistemi Energia Srl/Commissie*, n.n.g. punten 33-34.

6. HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, punten 23-27, 53-54 en 61 *Jur.* 2002, p. II-9011; art. 20 leden 7 en 8 Verordening 2003/1/EG.

7. Art. 52 lid 2 Mw jo. art. 5:13 en 5:15 Awb.

8. Dit is niet als zodanig in de wet opgenomen, maar volgt wel degelijk uit het evenredigheidsbeginsel. De NMa ziet dit in, zoals blijkt uit het feit dat zij deze verplichting voor haarzelf expliciet heeft gemaakt in art. 2 lid 1 Werkwijze NMa analoog en digitaal rechercheren (hierna: Werkwijze NMa).

9. Art. 3 Werkwijze NMa.

haar inspectiebevoegdheid te ruim had uitgeoefend.¹⁰ Het Gerecht heeft voornamelijk onderzocht of de afbakening van het onderzoek zoals geformuleerd in de inspectiebeschikkingen wel gerechtvaardigd kon worden op grond van de aanwijzingen waarover de Commissie beschikte. Kortgezegd zijn de beschikkingen nietig verklaard voor zover deze verwezen naar andere activiteiten dan die activiteiten waarvoor de Commissie redelijke gronden had om de inspecties te gelasten.¹¹

Hoewel het Gerecht de arresten afzonderlijk heeft gewezen, lenen deze zich voor gezamenlijke bespreking. Zowel de inhoud van de inspectiebeschikkingen, de argumenten die de ondernemingen naar voren hebben gebracht als het oordeel van het Gerecht komen in essentie overeen. Voordat wordt ingegaan op het oordeel van het Gerecht, wordt eerst een overzicht van de relevante feiten gegeven. Daarna komen de overwegingen van het Gerecht en de gevolgen van deze uitspraken aan bod. Ten slotte besteden we aandacht aan een aantal vragen dat het Gerecht onbeantwoord laat.

Feitencomplex

Zowel de Franse onderneming Nexans SA en haar dochtermaatschappij Nexans France SAS (hierna: Nexans) als de Italiaanse onderneming Prysmian SpA en haar dochtermaatschappij Prysmian Cavi e Sistemi Energia Srl (hierna: Prysmian) zijn in beroep gegaan tegen de inspectiebeschikkingen van de Commissie. Vermoedelijke kartelafspraken in de sector voor elektriciteitskabels waren aanleiding voor de Commissie om *dawn raids* bij beide ondernemingen te houden.

Volgens de bewoordingen van de beschikkingen hadden deze afspraken wellicht een wereldwijde omvang en bestonden deze uit: '(...) het indienen van onderling afgesproken offertes bij openbare aanbestedingen, de toewijzing van klanten en de onrechtmatige uitwisseling van commercieel gevoelige informatie over de levering van deze producten.'¹²

Verder was het voorwerp van onderzoek als volgt geformuleerd: '(...) de levering van stroomkabels en daarmee verband houdende apparatuur, waaronder, onder meer, onderzeese en, in sommige gevallen, ondergrondse hoogspanningskabels.'¹³

Gedurende de inspecties heeft de Commissie kopieën van een aantal documenten en *hard drives* van computers gemaakt en deze meegenomen voor latere voortzetting van het onderzoek.¹⁴

Het voorwerp van onderzoek

Het betoeg van Nexans en Prysmian richtte zich in de eerste plaats op de formulering van het onderzoeksvoorwerp. Beargumenteerd werd dat de product- en de geografische omvang te ruim en te vaag waren geformuleerd, zodat de Commissie op *fishing expedition* had kunnen gaan.¹⁵

De Commissie hoeft de relevante markt volgens vaste jurisprudentie niet precies te omschrijven. Wel dient zij in de beschikking de essentiële kenmerken van de vermoedelijke overtreding te vermelden, hetgeen noodzaakt dat ook de relevante markt op enigerlei wijze wordt beschreven.¹⁶

Verder dient de Commissie:

'(...) wel genoegzaam de sectoren te preciseren die onder de vermeende inbreuk vallen waarop het onderzoek betrekking heeft, opdat de betrokken onderneming haar samenwerking kan beperken tot haar activiteiten die betrekking hebben op de sectoren waarover de Commissie over voldoende ernstige aanwijzingen beschikt voor de verdenking van een inbreuk op de mededingingsregels, welke aanwijzingen een inmenging in de privésfeer van deze onderneming rechtvaardigen en, anderzijds, opdat de Unierechter in voorkomend geval kan nagaan of de aanwijzingen in dit opzicht toereikend zijn.'¹⁷

Volgens het Gerecht bleek uit de formulering van de beschikkingen dat de inspecties betrekking hadden op alle typen elektriciteitskabels (en bijbehorend materiaal) en niet alleen op de ondergrondse en onderzeese hoogspanningskabels. Gezien de bewoordingen '*including, amongst others*' and '*in certain cases*', werden deze typen elektriciteitskabels alleen als voorbeelden vermeld.¹⁸

Toch acht het Gerecht het voorwerp van de inspectie voldoende precies omschreven. Beide ondernemingen hadden de omvang van hun medewerkingsplicht kunnen bepalen. Deze omvatte namelijk alle typen elektriciteitskabels. Bovendien stelde deze omschrijving het Gerecht in staat te toetsen of de Commissie redelijke gronden voor de inspectie had.¹⁹ Dat de Commissie de relevante markten in een eerdere concentratiezaak nauwer had afgebakend, acht het Gerecht niet van belang.²⁰

Ook de geografische omvang van het onderzoek acht het Gerecht voldoende precies geformuleerd. De Commissie mag het gedrag van de betrokken ondernemingen op markten buiten de EU in het onderzoek betrekken, ten einde te onderzoeken of dit handelen een effect op de interstatelijke handel en de mededinging in de gemeenschappelijke markt zou kunnen hebben.²¹

10. Zaken *Nexans* en *Prysmian*.

11. *Nexans*, punten 91-94; *Prysmian*, punten 87-88.

12. *Nexans*, punten 3 en 5; *Prysmian*, punt 3.

13. *Nexans*, punt 3; *Prysmian*, punt 3.

14. *Nexans*, punten 12-14; *Prysmian*, punten 10-11.

15. *Nexans*, punten 33 en 95; *Prysmian*, punt 29.

16. *Nexans*, punt 44; *Prysmian*, punt 39.

17. *Nexans*, punt 45; *Prysmian*, punt 40.

18. *Nexans*, punten 50 en 52; *Prysmian*, punten 42-43.

19. *Nexans*, punt 53 en 54; *Prysmian*, punten 46-47.

20. *Nexans*, punt 56; *Prysmian*, punt 49.

21. *Nexans*, punt 99.

Voldoende ernstige aanwijzingen

De tweede grond had betrekking op de redenen voor de inspecties en op de omvang van de vermoedens van overtreding van het kartelverbod. Partijen betoogden dat de Commissie alleen informatie had over een inbreuk in de sector voor onderzeese hoogspanningskabels.²² Dit zou blijken uit een persbericht waarin de Commissie had aangegeven dat de inspecties waren uitgevoerd in de sector voor dit type kabels. Bovendien had de Commissie tijdens de *dawn raids* voornamelijk interesse getoond in werknemers die in deze subsector werkzaam waren.

Hoewel deze onderbouwing summier is, oordeelt het Gerecht dat van partijen niet kan worden verwacht dat zij meer bewijs voor hun stelling zouden aandragen, aangezien Nexans en Prysmian de aanwijzingen waarover de Commissie beschikte, ten tijde van de vaststelling van de inspectiebeschikkingen niet te voren konden inzien. Een ander oordeel zou ertoe leiden dat partijen geheel niet in staat zijn om te betwisten dat de aanwijzingen van de Commissie voldoende ernstig waren, waarmee het recht om in beroep te gaan tegen de inspectiebeschikkingen denkbeeldig zou worden.²³

Vervolgens heeft het Gerecht de klacht beoordeeld op grond van deze aanwijzingen in combinatie met een clementieaanvraag en een tweetal oude overeenkomsten betreffende middenspanningskabels die zich in het dossier van de Commissie bevonden.²⁴

Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie voldoende ernstige aanwijzingen had moeten hebben om *dawn raids* te kunnen gelasten met betrekking tot *alle typen* elektriciteitskabels, wat onvoldoende het geval bleek. Zo bleek uit de clementieaanvraag niet of de afspraken zich ook uitstrekten over andere sectoren dan de ondergrondse en onderzeese hoogspanningskabelsectoren.²⁵ In het dossier van de Commissie bevonden zich wel oude overeenkomsten die schijnbaar²⁶ betrekking hadden op alle sectoren. Echter, deze waren te gelegener tijd gemeld bij en goedgekeurd door het Duitse Bundeskartellamt en werden daarom geacht in overeenstemming te zijn met de Europese mededingingsregels. Deze overeenkomsten konden daarom volgens het Gerecht geen voldoende ernstige aanwijzingen vormen om aan te nemen dat op een later tijdstip illegale afspraken zouden zijn gemaakt over dezelfde producten.²⁷ Ten slotte had de Commissie de *dawn raids* zelf beperkt tot onderzeese en onder-

grondse hoogspanningskabels.²⁸ Gelet op het voorgaande had de Commissie ten tijde van de beschikking alleen voldoende ernstige aanwijzingen voor inspecties in relatie tot deze elektriciteitskabels. Het Gerecht heeft de inspectiebeschikkingen daarop vernietigd voor zover deze verwezen naar andere economische sectoren dan die sectoren voor welke de Commissie voldoende ernstige aanwijzingen had dat inbreuk was gemaakt op het kartelverbod van artikel 101 VWEU.²⁹

Commentaar

Bovengenoemde uitspraken bevestigen in de eerste plaats dat de Commissie niet op *fishing expedition* mag gaan. De uitoefening van de inspectiebevoegdheid wordt hierbij begrensd door de aanwezigheid van voldoende ernstige aanwijzingen die een inspectie rechtvaardigen. Dit betekent dat een inspectiebeschikking alleen die markten mag omvatten waarvoor voldoende ernstige aanwijzingen bestaan dat mededingingsregels daarop zijn geschonden.

Met andere woorden, als de Commissie informatie verkrijgt die een voldoende ernstige aanwijzing vormt dat een overtreding is begaan op bepaalde markten, kan dit geen grondslag vormen voor een inspectie die bedoeld is om informatie te vinden over mogelijke overtredingen op andere markten – ook niet als het gaat om aanpalende markten. Per markt moeten voldoende ernstige aanwijzingen voor een overtreding bestaan. Wij menen dat dit vereiste doorgetrokken moet worden naar de soorten overtredingen, dat wil zeggen dat de Commissie per soort overtreding over voldoende ernstige aanwijzingen moet beschikken voor een inspectie. Een voldoende ernstige aanwijzing dat op een markt sprake is van een prijskartel, vormt daarmee geen gerechtvaardigde grondslag voor een inspectiebeschikking die (mede) ziet op marktverdelingsafspraken op diezelfde markt. Echter, dit onderscheid heeft waarschijnlijk minder praktische betekenis dan het onderscheid per markt. Bijvoorbeeld, in geval een autoriteit weet heeft van uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie op een bepaalde markt, is waarschijnlijk vaak verdedigbaar dat die informatie geschikt is voor zowel een prijskartel als een marktverdelingsafpraak. Een indicatie ten aanzien van informatie-uitwisseling zou daarmee een voldoende ernstige aanwijzing kunnen vormen voor het bestaan van verschillende vormen van overtredingen.

Mocht een onderneming vanwege een *fishing expedition* beroep willen instellen tegen een inspectie, dan lijkt het op grond van bovenstaande steeds nuttig te onderzoeken of de Commissie wel voldoende ernstige aanwijzingen had van een schending van de mededingingsregels ten aanzien van de specifieke sectoren en de specifieke gedragingen waarvoor de inspectie is gelast.

22. Nexans, punt 36; Prysmian, punt 32.

23. Nexans, punten 69-72; Prysmian, punten 67-70.

24. Nexans, punten 68 en 74; Prysmian, punten 66 en 72.

25. Nexans, punt 78; Prysmian, punt 76.

26. De inhoud van deze overeenkomsten is vertrouwelijk en wordt niet besproken in het dossier.

27. Nexans, punten 81-84; Prysmian, punt 76. Bovendien was hier in tegenstelling tot het onderzoeksvoorwerp wel van belang dat de Commissie in het kader van een concentratiezaak eerder had geoordeeld dat er significante verschillen bestonden tussen hoog-, midden- en laagspanningskabels, Nexans, punten 89-90; Prysmian, punten 87-88.

28. Nexans, punten 91-92; Prysmian, punten 89-90.

29. Nexans, punten 91-94; Prysmian, punten 87-88.

Terzijde wordt hier opgemerkt dat de Commissie tegenstrijdige argumenten heeft aangevoerd inzake de onderzoeksomschrijving. In de procedure stelde zij enerzijds dat partijen uit de beschrijving van het voorwerp hadden moeten begrijpen dat het onderzoek enkel zag op hoogspanningskabels. Anderzijds stelde zij dat zij wel degelijk een inspectie had kunnen gelasten ten aanzien van alle soorten kabels, aangezien er geen wezenlijk onderscheid is tussen hoogspanningskabels en andere kabels. Daarbij verwees de Commissie naar een eerdere concentratiebeschikking. Echter, in deze beschikking had zij juist vastgesteld – en omstandig onderbouwd – dat verschillende soorten elektriciteitskabels wel degelijk afzonderlijke productmarkten vormen. Terecht vestigt het Gerecht hier de aandacht op: de Commissie mag haar eigen beschikkingen uiteraard niet laten buiksprekken.³⁰

Ten tweede was het al vaste jurisprudentie dat de bevoegde nationale rechter bij de inzet van dwangmiddelen onderzoekt of er voldoende ernstige aanwijzingen zijn die de verdenking rechtvaardigen dat de mededingingsregels zijn overtreden.³¹ Het Gerecht past deze toets nu strikt toe op de inspectie van de Commissie zelf.

In de derde plaats kunnen de uitspraken van het Gerecht ook van belang zijn voor het handelen van de NMa, nu ook de uitoefening van de onderzoeksbevoegdheden van de NMa proportioneel en evenredig moeten zijn.³² Nog zeer recent heeft de Nederlandse rechter deze toets uitgevoerd in een zaak waar het ging om de vraag of een verzoek om informatie van de NMa gekwalificeerd moest worden als een *fishing expedition*.

Het ging hier om de uitoefening van onderzoeksbevoegdheden tegenover een derde onderneming, namelijk een bureau dat gespecialiseerd is in digitaal forensisch onderzoek. Tijdens een *dawn raid* bij de van een kartelinbreuk verdachte onderneming X, trof de NMa een rapport aan van het forensisch bureau. Dit bureau had een mededingingsrechtelijke audit uitgevoerd voor onderneming X, maar was zelf niet betrokken bij de inbreuk. Omdat de NMa het vermoeden had dat onderneming X niet meer over alle gegevens beschikte waarop het rapport was gebaseerd, werd ook een inspectie bij het forensisch bureau uitgevoerd. Daarna heeft de NMa het forensisch bureau op straffe van een boete verzocht: (1) een overzicht te geven van de ondernemingen in de betrokken sector bij welke het bureau in de afgelopen vijf jaar *audits* had uitgevoerd, en; (2) alle gegevens over deze *audits* tot nader order voor het onderzoek beschikbaar te houden.³³

Het forensisch bureau weigerde dit verzoek op te volgen en is een kort geding gestart.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de NMa op zichzelf de relevante gegevens over onderneming X van het bureau kon verlangen. Het vermoeden bestond

immers dat onderneming X het kartelverbod had overtreden, terwijl de opgevraagde data niet meer bij onderneming X aanwezig waren.³⁴

Net als het Gerecht bepaalt de voorzieningenrechter, aan de hand van de aanwezigheid van een vermoeden van een overtreding, of de uitoefening van de onderzoekshandeling rechtmatig was. Dat was niet het geval. De NMa had disproportioneel en in strijd met het evenredigheidsbeginsel gehandeld door bij het bureau een lijst van al zijn opdrachtgevers in de betrokken sector op te vragen. Het was namelijk nog onbekend of tegen deze ondernemingen een vermoeden van overtreding van het kartelverbod bestond:

‘Artikel 5:20 Awb biedt naar voorlopig oordeel de Staat niet de mogelijkheid bij derden willekeurig gegevens op te vragen op basis waarvan dan vervolgens beoordeeld kan worden of er toezichthoudende bevoegdheden zullen worden ingezet.’³⁵

Het bureau was dan ook niet verplicht een dergelijke lijst te verstrekken, aan de hand waarvan de NMa zou kunnen bekijken op welke van deze ondernemingen het onderzoek zich zou kunnen richten.³⁶

De verplichting om de gegevens drie maanden te bewaren acht de voorzieningenrechter echter niet disproportioneel, aangezien deze gegevens informatie zouden kunnen bevatten van andere ondernemingen waar de NMa onderzoek naar doet.³⁷

Hoewel de Nederlandse en Europese rechter dus niet aarzelen achteraf te toetsen, is het goed mogelijk dat de discussie over de wenselijkheid een *ex ante* rechterlijke toetsing in te stellen weer oplaait naar aanleiding van de uitspraken inzake *Nexans* en *Prysmian*. Immers, voorafgaande rechterlijke controle of er voldoende ernstige aanwijzingen zijn dat inbreuk is gemaakt op de mededingingsregels, is met het oog op artikel 8 EVRM de meest effectieve waarborg tegen willekeur. Toetsing nadat de Commissie of de NMa bij een onderneming is langs geweest, is geen alternatief. Ook al zou achteraf worden geoordeeld dat sprake was van een *fishing expedition*, inspecteurs zijn dan al op de hoogte van de relevante informatie en zullen deze niet vergeten. Weliswaar kan die enkele kennis geen grond vormen voor een nieuwe inspectie, de betrokken onderneming zal toch vrezen dat de Commissie met deze informatie zal ‘vals spelen’. Ook al zou dat niet gebeuren, het lijkt ons wenselijk dat zo min mogelijk aanleiding wordt gegeven voor dit soort achterdocht.

30. *Nexans*, punten 89-92.

31. HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, punten 54 en 61.

32. Art. 5:13 Awb.

33. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, LJN BX9781, r.o. 1.8.

34. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, LJN BX9781, r.o. 3.3.

35. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, LJN BX9781, r.o. 3.4.

36. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, LJN BX9781, r.o. 3.4.

37. Rb. 's-Gravenhage 5 oktober 2012, LJN BX9781, r.o. 3.5. De bewaarplicht was evenmin disproportioneel mede gelet op de beperkte duur van het onderzoek, dat nog enkele weken in beslag zou nemen.

Onopgeloste kwesties

Een aantal vragen heeft het Gerecht onbeantwoord gelaten in *Nexans* en *Prysmian*.

Afgezien van de inspectiebeschikkingen zijn partijen opgekomen tegen de gang van zaken tijdens de inspecties, te weten het kopiëren en meenemen van documenten en *hard drives*. Het Gerecht acht de aangevoerde argumenten niet-ontvankelijk.³⁸ Deze bestempelt het Gerecht als handelingen ter uitvoering van de inspectiebeschikking, die niet zelfstandig appellabel zijn. *Nexans* en *Prysmian* kunnen hier alsnog tegen opkomen tegelijk met de eindbeslissing in het kartelonderzoek of via een schadevergoedingsactie tegen de Commissie.³⁹

Hoewel het Gerecht hier in lijn met de vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie oordeelt,⁴⁰ kan men zich afvragen of het recht op een effectieve rechtsbescherming uit artikel 6 lid 1 EVRM niet in het geding is. Uit de arresten *Primagaz* en *Canal Plus c.s.* blijkt dat het onder omstandigheden strijd oplevert met deze bepaling, als een onderneming de eindbeslissing moet afwachten om de rechtmatigheid van tussentijdse beslissingen aan te vechten.⁴¹

In beide zaken ging het om inspecties in het kader van kartelonderzoeken. *Primagaz* en *Canal Plus c.s.* konden echter alleen in cassatie tegen de inspectiebeschikkingen opkomen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) acht dit in strijd met het recht op een effectieve rechtsbescherming. Een cassatieberoep laat immers geen feitelijke toetsing toe. Als moet worden gewacht op een eindbeslissing, hangt de mogelijkheid om een rechtsmiddel in te stellen bovendien af van het feit of de mededingingsautoriteit wel een inhoudelijke eindbeslissing neemt. In het geval van *Primagaz* had de Franse *Autorité de la concurrence* de eindbeslissing in het kartelonderzoek in ieder geval nog niet genomen op het moment dat het EHRM het arrest heeft gewezen.

Uit de arresten *Primagaz* en *Canal Plus c.s.* volgt dat het EHRM van mening is dat het moment waarop een onderneming de rechtmatigheid van een inspectie in rechte kan betwisten, van belang is. Het is maar de vraag of een toetsing van de gang van zaken tijdens de inspecties bij *Nexans* en *Prysmian* tegelijk met de eindbeslissing nog voldoende nut heeft, nu betwijfeld kan worden of de aantasting van de rechten van beide ondernemingen dan nog ongedaan gemaakt kan worden.

Het Gerecht wijst erop dat *Nexans* en *Prysmian* tijdens de *dawn raids* de Commissie inzage in bepaalde documenten hadden kunnen weigeren met een beroep op de vertrouwelijkheid van de daarin vervatte informatie. Ook hadden zij geheel kunnen weigeren aan de inspecties mee te werken. De Commissie had hierop een

afzonderlijk (boete)besluit moeten nemen, dat – omdat het bindende rechtsgevolgen heeft die de rechtspositie van beide ondernemingen aanmerkelijk wijzigen – wel een zelfstandig appellabele beslissing is.⁴² Formeel is deze redenering juist. Zij stuit wel op het praktische bezwaar dat zeer weinig ondernemingen – hoe zeker zij ook zijn van hun zaak – het risico zullen willen lopen van een boete voor het weigeren van medewerking.

De Commissie mag de informatie over andere elektriciteitskabels dan onderzeese en ondergrondse hoogspanningskabels, niet meer in dit kartelonderzoek gebruiken.⁴³ Het ligt in de rede dat deze informatie evenmin mag worden gebruikt om een nieuw onderzoek te verrichten naar andere elektriciteitskabels. Als de Commissie dankzij haar ‘*fishing*’ interessante aanwijzingen heeft gevonden, zou zij in de verleiding kunnen komen op grond hiervan nieuw onderzoek te verrichten door een informatieverzoek of een inspectie.⁴⁴ Echter, hoewel het Gerecht deze mogelijkheid niet bespreekt, lijken de uitspraken zich hiertegen te verzetten. De relevante aanwijzingen voor een dergelijk onderzoek zouden immers op onrechtmatige wijze verkregen zijn.

Ten slotte maken de uitspraken duidelijk dat de Commissie graag *forensic images* meeneemt naar haar kantoor om daar nader onderzoek te verrichten. Helaas wordt niet duidelijk wat het Gerecht van deze praktijk vindt. Wat daar ook van zij, de Commissie lijkt bij deze vorm van onderzoek veel terughoudender te zijn dan de NMa. Na afloop van het onderzoek van de digitale gegevensdragers van *Nexans* en *Prysmian* ten kantore van de Commissie, worden de relevante documenten uitgeprint en ontvangen partijen onmiddellijk een kopie.⁴⁵ Dit is een wereld van verschil met de praktijk van de NMa, waar partijen na afloop van een dergelijk onderzoek geen inzicht hebben in de gekopieerde documenten, maar naar huis mogen met een lijstje van onderzoekstermen. De praktijk van de Commissie lijkt derhalve makkelijker de evenredigheidstoets te kunnen doorstaan dan die van de NMa.

Mogelijk zullen de beroepen van Heidelbergcement en Deutsche Bahn een antwoord opleveren aangaande de gesignaleerde openstaande punten.⁴⁶ In deze zaken ligt opnieuw de vraag voor of de Commissie te ver is gegaan

38. *Nexans*, punten 25 en 102 e.v.; *Prysmian*, punten 20 en 93 e.v.

39. Art. 340 tweede alinea VWEU.

40. Vgl. GvEA 7 juni 2006, gevoegde zaken T-213/01 en T-214/01, *Österreichische Postsparkasse en Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissie*, Jur. 2011, p. II-1601, punt 65.

41. EHRM 21 december 2010, definitief: 21 maart 2011, nr. 29613/08, *Primagaz/France*; EHRM 21 december 2010, definitief: 21 maart 2011, nr. 29408/08, *Canal Plus et autres/France*.

42. GvEA 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd en Akros Chemicals Ltd/Commissie*, Jur. 2007, p. II-3523, punt 46. Art. 23 lid 1 onder c en d Verordening 2003/1/EG. *Nexans*, punten 115-134; *Prysmian*, punten 93-110.

43. HvJ EG 22 oktober 2002, zaak C-94/00, *Roquette Frères*, Jur. 2002, p. I-9011, punt 49; HvJ EG 21 september 1989, gevoegde zaken C-46/87 en 227/88, *Hoechst/Commissie*, Jur. 1989, p. 2859, punt 34.

44. Art. 18 lid 1 Verordening 2003/1/EG, dat bepaalt: ‘Ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken kan de Commissie met een eenvoudig verzoek of bij beschikking de ondernemingen en ondernemersverenigingen vragen alle nodige inlichtingen te verstrekken.’ De NMa zou eenzelfde verzoek kunnen doen op basis van art. 5:16 jo. 5:20 Awb.

45. *Nexans*, punt 13.

46. Beroep ingesteld op 10 juni 2011, zaak T-302/11, *Heidelbergcement/Commissie* en de beroepen ingesteld op 7 juni 2011, zaken T-289/11 en T-290/11, en op 3 oktober 2011, zaak T-521/11, *Deutsche Bahn e.a./Commissie*.

in de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden en een *fishing expedition* heeft uitgevoerd.